Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 330

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Anbietern (innerhalb) sozialer Netzwerke

Zugleich ein Beitrag zum Allgemeinen Teil des Medienstrafrechts

Von

Maximilian Nussbaum

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

MAXIMILIAN NUSSBAUM

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Anbietern (innerhalb) sozialer Netzwerke

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von
Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg
und
Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 330

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Anbietern (innerhalb) sozialer Netzwerke

Zugleich ein Beitrag zum Allgemeinen Teil des Medienstrafrechts

Von

Maximilian Nussbaum

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M., Hannover

Die Juristische Fakultät
der Leibniz Universität Hannover hat diese Arbeit
im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY SA 4.0
(s. https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/) veröffentlicht.
Die E-Book-Version ist unter https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 abrufbar.
Die freie Verfügbarkeit des E-Books wurde durch NiedersachsenOPEN, dem zentralen
niedersächsischen Open-Access-Publikationsfonds, ermöglicht.

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Maximilian Nussbaum
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-19473-5 (Print)
ISBN 978-3-428-59473-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ♾

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: https://www.duncker-humblot.de

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover im Herbst 2024 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Mai 2024 berücksichtigt. Ich danke Prof. Dr. Andreas Hoyer für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Strafrechtliche Abhandlungen N.F." und Frau Anke Geidel von Duncker & Humblot für die freundliche Betreuung der Veröffentlichung. Ich freue mich, dass die Arbeit frei abrufbar ist, was ich der Förderung des Fonds NiedersachsenOPEN zu verdanken habe.

Ich möchte ganz besonders den Personen danken, die mich bei der Entstehung der Arbeit auf vielfältige Weise unterstützend begleitet haben. Allen voran gilt mein tiefer Dank meiner Mentorin Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M., die die Arbeit nicht nur ermöglicht und betreut, sondern mich seit Beginn meines Studiums an ihrem Lehrstuhl in außerordentlichem Maß gefördert hat. Prof. Dr. Bernd-Dieter Meier danke ich für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Die Promotionszeit wäre nicht dieselbe gewesen ohne die Förderung durch die Studienstiftung des deutschen Volkes, der ich vieles und insbesondere einen bereichernden und motivierenden interdisziplinären Austausch zu verdanken habe.

Ich darf mich glücklich schätzen, dass es in meinem privaten Umfeld zahlreiche Menschen gibt, die sich nicht nur um das Gelingen des Promotionsprojektes verdient, sondern die letzten Jahre zu schönen gemacht haben. Besonders möchte ich meinen Freunden Dr. Martin Suchrow-Köster, Milena Köster, Florian Mäder, Anna-Lena Vollheyde und meinem Partner Claudius Schröder für die Begleitung, den Rückhalt und die geteilte Freude danken. Für zahlreiche Diskussionen zu meinem Dissertationsprojekt, die Durchsicht der ersten Fassung und weit mehr danke ich Simone Tiedau. Dr. Roger Thiel verdanke ich das Lektorat des Manuskripts. Meinen grenzenlosen Dank haben meine Mutter, Nicole Nussbaum, und meine Großmutter, Lore Nussbaum; sie wissen wofür. Ihnen ist die Arbeit in Liebe gewidmet.

Langenhagen, im Januar 2025 *Maximilian Nussbaum*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inhaltsübersicht

Einleitung 29

A. Hinführung 29
B. Begrenzung des Forschungsgegenstandes 36
C. Gang der Untersuchung 37

1. Teil

Phänomenologische Grundlagen 41

Kapitel 1

Begriff, Funktionen und Ordnung sozialer Netzwerke 41

A. Begriffsbestimmung: Soziale Netzwerke 41
B. Nutzungsfunktionen sozialer Netzwerke: Eine Frage der Affordanzen 56
C. Ordnung sozialer Netzwerke: Speicherung von Inhalten vs. Gestaltung von Inhaltserlebnissen 60

Kapitel 2

Soziale Netzwerke als Ort und Faktor aggressiver Kommunikation 69

A. Soziale Netzwerke als Ort einer mediatisierten Quasi-Interaktion 70
B. Soziale Netzwerke als Ort besonders schützenswerter Kommunikation 72
C. Soziale Netzwerke als Ort einer aggressiven Kommunikation 73

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Teil

(Außer-)Strafrechtliche Vorfragen 86

Kapitel 3

Telemedienrechtliche Grenzen einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit 86

A. Grundlagen der telemedienrechtlichen Providerprivilegierung 87
B. Anwendung der Host-Provider-Privilegierung auf Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke 104
C. Reichweite der Privilegierung: Das normimmanente Programm der Art. 6 ff. DSA . . 116
D. Privilegierungsausschluss 136
E. Zwischenfazit: Privilegierung der Anbieter nach dem DSA 180

Kapitel 4

Selektion strafrechtlich relevanten Verhaltens 184

A. Mögliche Anknüpfungspunkte für einen strafrechtlichen Vorwurf und der telemedienrechtliche Vorfilter 184
B. Verhaltensformfrage: Aktives Tun oder Unterlassen? 186
C. Zwischenfazit: Anknüpfungspunkte für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit 198

3. Teil

Die Verantwortlichkeit der Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke nach strafrechtlichen Grundsätzen 200

Kapitel 5

Strafrechtswidrig ausgerichtete Angebote 200

A. Organisationsdelikte: Originäre Verantwortlichkeit der Anbieter 200
B. Strafbarkeit der Anbieter nach den einzelnen Kommunikationsdelikten 246
C. Kriminalpolitischer Exkurs: Ausweitung des § 127 StGB auf Kommunikationsdelikte 347

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kapitel 6

Strafrechtswidrige Inhalte als ‚digitale Altlasten' in neutral ausgerichteten Angeboten 353

A. Kommunikationsdelikte im Spiegel des Erfolgsbegriffs i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB und die Entsprechungsklausel 354

B. Erfolgsverhinderung nach Erfolgseintritt und die Teilnahmefähigkeit nach Vollendung 381

C. Beseitigungsverpflichtung der Anbieter 434

D. Beteiligungsform des Unterlassens 486

Schluss 514

A. Zusammenfassende Thesen 514

B. Ausblick 531

Literaturverzeichnis 542

Sachwortverzeichnis 581

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 29

A. Hinführung 29
I. Hassrede innerhalb sozialer Netzwerke im Spiegel gesetzgeberischer Aktivitäten 30
II. Die Rolle des Strafrechts im Geflecht der Netzwerkregulierung in jüngster Zeit 33
III. Zum medienstrafrechtsdogmatischen Untersuchungsgegenstand 34
B. Begrenzung des Forschungsgegenstandes 36
C. Gang der Untersuchung 37

1. Teil

Phänomenologische Grundlagen 41

Kapitel 1

Begriff, Funktionen und Ordnung sozialer Netzwerke 41

A. Begriffsbestimmung: Soziale Netzwerke 41
I. Legaldefinition des NetzDG: Nur ein Ausgangspunkt? 41
1. ‚Telegram-Problem': Individual-, Massen- und Gruppenkommunikation 41
2. ‚LinkedIn-Problem': Beliebige Inhalte 43
3. Zwischenfazit: Soziale Netzwerke i. S. d. NetzDG 44
II. Kommunikationswissenschaftliche Begriffsfindung: Eine Frage des Zwecks? . . . 45
1. Soziale Netzwerke als Untergattung der sozialen Medien 46
2. Enge des kommunikationswissenschaftlichen Begriffs sozialer Netzwerke . . . 49
3. Weite des Oberbegriffs sozialer Medien 50
III. Eigener funktionaler Begriff Sozialer Netzwerke: ‚Ein Raum der Räume' 50
1. Kennzeichen eines ‚Raums in einem Raum' 51
2. Anbieter zweiter und dritter Ordnung 54
3. Exkurs: Anbieter dezentraler sozialer Netzwerke 54
4. Zwischenfazit: Notwendige und typische Merkmale sozialer Netzwerke 55
B. Nutzungsfunktionen sozialer Netzwerke: Eine Frage der Affordanzen 56
I. Profilerstellung 57
II. Vernetzen und Abonnieren 57

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Erstellen und Veröffentlichen von Inhalten 58
IV. Annotieren fremder Inhalte 58
V. Organisieren 59
C. Ordnung sozialer Netzwerke: Speicherung von Inhalten vs. Gestaltung von Inhaltserlebnissen 60
I. Ausgangspunkt: Datenwirtschaftliches und aufmerksamkeitsökonomisches Geschäftsmodell 61
II. Explizierte normative Ordnung: Netzwerkinterne Kommunikationsrichtlinien . . . 62
III. Codierte Ordnung 63
1. Sichtbare Aspekte: Affordanzen 63
2. Opake Aspekte: Kuratierung und Filterung von Inhalten 64

Kapitel 2

Soziale Netzwerke als Ort und Faktor aggressiver Kommunikation 69

A. Soziale Netzwerke als Ort einer mediatisierten Quasi-Interaktion 70
B. Soziale Netzwerke als Ort besonders schützenswerter Kommunikation 72
C. Soziale Netzwerke als Ort einer aggressiven Kommunikation 73
I. Ursachen einer ‚verrohten Kommunikation' in sozialen Netzwerken 75
1. Distanzbedingte Faktoren 75
2. Soziotechnische Faktoren 77
a) Broken-Web-Theorie und Toxizität von aggressiver Kommunikation 77
b) Ambivalenz sozialer Präsenz 78
3. Exkurs: Soziale Netzwerke als Raum der Social Bots 79
II. Wirkungen aggressiver Kommunikation in sozialen Netzwerken 80
1. Breitenwirkung 80
2. Raumzeitliche Distanz und Anonymität 81
3. Schwarmförmiges Verhalten: Cybermobbing und sog. Shit-Storms 81
4. Silencing-Effekt 82
III. Kommunikationsdelikte als Oberbegriff für Inhaltsverbreitungs- und Äußerungsdelikte 83

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Teil

(Außer-)Strafrechtliche Vorfragen 86

Kapitel 3

Telemedienrechtliche Grenzen einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit 86

A. Grundlagen der telemedienrechtlichen Providerprivilegierung 87
I. Von der ECRL zum DSA: Nichts Neues im Bereich der Haftungsprivilegierung? 88
1. Regelungsimpetus und -konzept des DSA 88
2. Übernahme der Providerprivilegierung aus der ECRL 90
a) Tatsächliche Veränderung des Regelungsgegenstandes 91
b) Das unionsrechtliche Urheberrecht als Vorlage einer stärkeren Plattformhaftung 92
c) Alternativentwürfe zum Nebeneinander von Privilegierung und Sorgfaltspflichten 93
aa) Argumente gegen eine Verzahnung von Sorgfaltspflichten und Haftungsprivilegierung 94
(1) Nicht ausreichender Sanktionsdruck 94
(2) Praktische Einwände 95
(3) Risiko des Overblockings 96
bb) (Rest-)Grund für die Übernahme der Privilegierungsvorschriften aus der ECRL 96
d) Zwischenfazit: Grundkonzeption der Providerprivilegierung 97
II. Systematische Verortung im Strafrecht 97
1. Filterlösungen bzw. zweistufige Modelle 98
2. Integrationslösung bzw. einstufige Modelle 100
3. Zwischenfrage: Telemedienrechtlicher Vorfilter im Strafrecht als reine Prüfungsökonomie? 102
B. Anwendung der Host-Provider-Privilegierung auf Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke 104
I. Dienste der Informationsgesellschaft 104
1. Entgeltlichkeitserfordernis 104
a) Entgeltlichkeit bei Anbietern verschiedener Ordnungen 104
b) Anwendung der Privilegierungsvorschriften bei Unentgeltlichkeit: § 7 Abs. 1 DDG 105
2. Schwierigkeiten des Ordnungsmodells? 106
II. Überblick: Funktionale Einteilung der Providerarten der DSA 108
III. Host-Provider-Eigenschaft 109
1. Anbieter erster Ordnung 109
2. Mitarbeiter und Moderatoren im Lager des Anbieters erster Ordnung 110

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Anbieter nachgelagerter Ordnung 111
a) Technische oder normative Prägung des Speicherbegriffs? 111
b) Herausforderungen einer normativen Bestimmung des Speicherbegriffs . . . 112
4. Sonderproblem: Messengerdienste 114
IV. Zwischenergebnis: Anwendung der Host-Provider-Privilegierung auf Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke 116
C. Reichweite der Privilegierung: Das normimmanente Programm der Art. 6 ff. DSA . . 116
I. Privilegierungstatbestand des Art. 6 DSA 116
1. Kenntnis, Art. 6 Abs. 1 a) DSA 117
a) Sicherheit und Konkretheit des Wissens 117
b) Kenntnisnahmefiktion bei tauglicher Meldung, Art. 16 Abs. 3 DSA 118
aa) Ausnahme von der Grundkonzeption des Privilegierungsregimes 119
bb) Praktische Relevanz 119
c) Reichweite der konkreten Kenntnis 120
aa) Kenntnis der Rechtswidrigkeit bei § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F. 120
(1) Unionsrechtskonforme Auslegung des § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F. . . . 121
(2) Eingriff in das nationale Strafrecht sowie praktische und rechtspolitische Bedenken 122
bb) Kenntnis der Rechtswidrigkeit bei Art. 6 Abs. 1 a) DSA 123
cc) Zwischenergebnis: Notwendigkeit der Kenntnis der Rechtswidrigkeit 125
d) Kenntniszurechnung 125
2. Zügige Tätigkeit, Art. 6 Abs. 1 b) DSA 127
3. Subordinations- oder Aufsichtsverhältnis, Art. 6 Abs. 2 DSA 129
II. Klarstellende Neuerung: Guter-Samariter-Privileg, Art. 7 DSA 130
1. Rechtsfolge des Art. 7 DSA 130
2. Praktische Relevanz 131
III. Flankierende Wirkung: Verbot allgemeiner Überwachungs- und Nachforschungspflichten, Art. 8 DSA 132
1. Keine unmittelbar praktische Relevanz für das Medienstrafrecht 133
2. Bedeutung des Grundgedankens für die Konturierung des Privilegierungsfilters 133
3. Indirekte Auswirkungen der Auslegung von Art. 8 DSA im Kontext richterlicher Anordnungen 133
D. Privilegierungsausschluss 136
I. Die (telemedienrechtliche) Figur des Sich-Zueigenmachens 136
1. Verschiedene Varianten des Sich-Zueigenmachens originär fremder Inhalte im Kontext von Diensteanbietern 137
a) Herrschaft über die rechtswidrige Information 138
b) Presserechtliche Kriterien und die Distanzierung des Anbieters 139
c) Wirtschaftliche Nutzung fremder Beiträge 140
d) Redaktionelle Tätigkeit 141

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Ablehnung der Figur des Sich-Zueigenmachens 142
a) Notwendigkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung 142
b) Fehltransplantation aus dem Äußerungsrecht 143
II. Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle 144
1. Ausgangspunkt der Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle in den ErwGen zur ECRL 145
2. Nutzung und Konkretisierung der Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle in der Rechtsprechung des EuGH 145
a) ‚Google France' 145
b) ‚L'Oréal/eBay' 146
c) ‚Papasavvas' 146
d) ‚YouTube und uploaded' 147
aa) Begründung des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe 149
bb) Relationierung durch den EuGH 150
cc) Reaktionen des Schrifttums 150
e) Kritik an der EuGH-Rechtsprechung 152
aa) Systematik der ErwGe 152
bb) Systematische Einwände aus dem Richtlinientext der ECRL 153
cc) Erneut: Das Guter-Samariter-Dilemma 153
dd) Inkohärenz, Unbestimmtheit und Vagheit 154
ee) Vergleich zwischen dem Sich-Zueigenmachen und der aktiven bzw. nicht-neutralen Handlung 155
3. Rezeption der Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle im DSA 157
a) ErwG Nr. 18 S. 1 zum DSA 157
b) ErwG Nr. 20 zum DSA 158
4. Systematisierung der ErwGe Nr. 18 und 20 zum DSA 159
a) Zum Verhältnis der einzelnen Sätze von ErwG Nr. 20 zum DSA 159
aa) Kongruente Konkretisierung von S. 1 durch S. 2 160
bb) Eigenständigkeit beider Sätze 160
b) Binnensystematische Relationierung: Verhältnis der (straf-)rechtswidrigen Zweckausrichtung zur Figur der aktiven Rolle 161
aa) Integrationsmodell und Separationsmodell 161
bb) Praktische Konsequenzen der Modelle 162
cc) Regelbeispielhaftigkeit von ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA als Einwand gegen das Separationsmodell 163
(1) Friktionen der differenzierenden Auslegung von S. 1 und S. 2 163
(2) Auflösung etwaiger systematischer Friktionen 164
c) Zwischenfazit: Das Neutralitätskriterium und die funktionale Dreiteilung seiner Fallgruppen 165
d) Exkurs: Nur eine terminologische Kritik am Neutralitätskriterium? 169

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

5. Konkretisierung der Fallgruppe der rechtswidrigen Zweckausrichtung aus ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA 170
a) Gesamtbetrachtung und ihre möglichen Indizien 170
aa) Anhaltspunkte aus ErwG Nr. 20 S. 3 zum DSA 170
bb) Indizien für und gegen eine rechtswidrige Zweckausrichtung 171
b) Sonderkonstellationen 171
aa) Pervertiertes Angebot: ‚Sich-Zueigenmachen' einer rechtswidrigen Zwecksetzung 172
(1) Fehlende Kenntnis von der Pervertierung 172
(2) Kenntnis von der Pervertierung 173
bb) Verletzung von Sorgfaltspflichten aus dem DSA: Verwachsung der zwei materiellen Säulen des Regulierungskonzepts 174
(1) Pflichtenprogramm des Art. 16 DSA 175
(a) Einrichtung eines Meldesystems i. S. v. Art. 16 Abs. 1 DSA 175
(b) Sonderfall der bewussten Unkenntnis von Hinweisen nach Art. 16 Abs. 2 DSA 175
(2) Sperrung von Nutzeraccounts nach Art. 23 Abs. 1 DSA 177
cc) Verletzung von Sorgfaltspflichten außerhalb des DSA: Die Folgen von ‚YouTube und uploaded' und ihre deliktsspezifische Einhegung 177
6. Zwischenfazit: Flexibilisiertes Neutralitätsgebot als versteckte ‚Buße' für die „Erbsünde" der Providerprivilegierung 179
E. Zwischenfazit: Privilegierung der Anbieter nach dem DSA 180

Kapitel 4

Selektion strafrechtlich relevanten Verhaltens 184

A. Mögliche Anknüpfungspunkte für einen strafrechtlichen Vorwurf und der telemedienrechtliche Vorfilter 184
B. Verhaltensformfrage: Aktives Tun oder Unterlassen? 186
I. Vorab: Praktische Relevanz der Unterscheidung 186
1. Unstrittiges 186
2. Exkurs: Unanwendbarkeit des Art. 6 DSA auf das aktive Tun? 186
II. Der bisherige Diskussionsstand: Inbetriebnahme des Angebots oder unterlassene Löschung 188
1. Überwiegende Auffassung 188
2. Abweichende Begründung eines aktiven Tuns: Automatisierter Betrieb als technisch vermitteltes Tun 190
III. Weitere Differenzierung der Verhaltensformfrage 193
1. Betriebsbegriff und seine fehlenden Differenzierungen bei naturalistischer Betrachtung 193

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Vervollständigung des Bildes um weitere Anknüpfungspunkte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit 195
a) Betrieb bei unsorgfältigem Einsatz technischer Sicherungsmaßnahmen 196
b) Pervertierte Angebote 196
c) Freigabevorbehalt 197
C. Zwischenfazit: Anknüpfungspunkte für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit 198

3. Teil

Die Verantwortlichkeit der Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke nach strafrechtlichen Grundsätzen 200

Kapitel 5

Strafrechtswidrig ausgerichtete Angebote 200

A. Organisationsdelikte: Originäre Verantwortlichkeit der Anbieter 200
I. Bildung einer kriminellen Vereinigung, § 129 StGB 201
1. Der neue Vereinigungsbegriff gem. § 129 Abs. 2 StGB 202
a) Voluntatives Element 203
b) Organisatorisches Element 204
2. Die Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke als kriminelle Vereinigung 205
a) Anbieter dritter Ordnung 205
b) Anbieter zweiter Ordnung 206
aa) Anbieter zweiter Ordnung unter dem (neuen) Vereinigungsbegriff 206
(1) Kriminell ausgerichtete Handelsplattformen als kriminelle Vereinigungen 206
(a) Mangelndes übergeordnetes Interesse 207
(b) Schwach ausgeprägtes personelles Element 207
(c) Flüchtigkeit des Zusammenschlusses bei Anbieterteams 208
(d) Zusammenschluss aus Betreibern und Nutzern 209
(e) Zwischenfazit: Handelsplattformen und Vereinigungsbegriff . . . 209
(2) Erste Rechtsprechung zu Anbietern zweiter Ordnung 209
(3) Die Anforderungen an den Vereinigungsbegriff im Kontext sozialer Netzwerke 211
(a) Zeitliches und personelles Element 211
(b) Voluntatives und organisatorisches Element 212
(aa) Trennung von vereinigungs- und plattformspezifischen Dynamiken 213
(bb) Interdependenz, Macht und Ordnung bei Angeboten zweiter Ordnung 214

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(c) Zwischenfazit: Vereinigungsbegriff und Angebote zweiter Ordnung 215
bb) Zweck oder Tätigkeit der Vereinigung 216
(1) Abgrenzung zur neutralen Vereinigungsausrichtung 216
(2) Teleologische Reduktion hinsichtlich der Bezugstaten 216
(3) Eigene oder fremde Straftaten 217
cc) Mitgliedschaftliche Beteiligung der Nutzer 218
(1) Passive Mitgliedschaft im Angebot zweiter Ordnung 219
(2) Aktive Gruppenmitglieder und übergeordnete Funktionen 221
II. Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet, § 127 StGB 222
1. (Materielle) Legitimation des Straftatbestandes 222
2. Begriff der Handelsplattformen und Anbieter innerhalb sozialer Netzwerke . . 224
a) Virtuelle Infrastruktur und Ordnungsmodell 224
aa) Problem der Trennbarkeit von Gesamt- und Substrukturen 225
bb) Praktische Folgen einer fehlenden Trennbarkeit 225
cc) Trennungsthese und ihre möglichen Einwände 226
(1) Gesetzgeberische Vorstellung vom einheitlichen Betrieb und der Gesamtbetrachtung 227
(2) (Un-)Möglichkeit eines nebentäterschaftlichen Betreibens 227
(3) Gefahr der tatbestandlichen Entgrenzung durch freie Skalierbarkeit der betriebenen Infrastruktur 228
dd) Zwischenfazit: Ordnungsmodell und Plattformbegriff 229
b) Kommunikationsräume als Handelsplattformen 230
aa) Beschränkende Wirkung des Handelsbegriffs 230
bb) Mangelnde Aussagekraft der erfassten Katalogtaten 232
cc) Zwischenfazit: Handelsplattform und Kommunikationsdelikte 233
3. Kriminelle Zweckausrichtung 233
a) Die Zweckausrichtung als subjektives und/oder objektives Merkmal 234
b) Indizienkatalog 235
aa) Indizien einer kriminellen Ausrichtung bei Handelsplattformen 235
(1) Indikationen 235
(2) Kontraindikationen 237
bb) Übertragbarkeit der Indizien auf Angebote innerhalb sozialer Netzwerke 238
c) Pervertierte Plattformen als Härteprobe für die Zweckausrichtung 239
aa) Abschichtung ‚echter und unechter Pervertierung‘ 240
bb) Echte Pervertierung 240
(1) Scheinproblem: ‚Ausrichtung durch Betrieb‘ 240
(2) Restriktionspotenzial der gemischt subjektiv-objektiven Auslegung der kriminellen Zwecksetzung 241
(3) Europarechtswidrigkeit der rein objektiven Auslegung 243

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

d) Zwischenfazit: Pervertierte Angebote und kriminelle Zweckausrichtung bei § 127 StGB 245
III. Zwischenfazit: Organisationsdelikte 245
B. Strafbarkeit der Anbieter nach den einzelnen Kommunikationsdelikten 246
I. Objektive Zurechnung: Konturierung des erlaubten Plattformrisikos und der Risikozusammenhang 247
1. Erlaubtes Risiko 247
a) Erlaubtes Risiko des Betriebs von Angeboten 248
b) Verhältnis zur Figur der neutralen (Beihilfe-)Handlung 250
aa) Gemischt subjektiv-objektive Lösung zur Behandlung des Problems . . 250
bb) Übertragbarkeit auf den Plattformbetrieb 251
2. Deliktsspezifischer Risikozusammenhang 253
II. Subjektive Zurechnung: Technisch vermittelte Distanz als Herausforderung des allgemeinen Medienstrafrechts 254
1. Vorsatzbestimmtheit: (K)eine Frage der Beteiligungsformlehre 255
a) Abgestufte Anforderungen an die Vorsatzbestimmtheit entsprechend der Beteiligungsform 255
b) Folgen der Abstufung für den Betrieb strafrechtswidrig ausgerichteter Angebote 258
aa) Vorstellungsunschärfen der Anbieter 259
bb) Anbietervorstellung und die Formel der h. M.: Kenntnis vom wesentlichen Unrechtsgehalt und der Angriffsrichtung 259
c) Kritik an der Differenzierung anhand der Beteiligungsform 261
2. Innertatbestandlicher Bereich: Die bloße Tatbestandsbezogenheit als Gegenentwurf zur h. M. 262
a) Rechtsunsicherheit, dogmatische Verdunkelung und kriminalpolitische Einwände 263
b) Keine Begründung über die Strafzumessung 264
aa) Vorsatz hinsichtlich der Unrechtsdimension als Strafzumessungsgegenstand 264
bb) Anstiftungsspezifische Begründung i. R. d. Strafzumessung 266
c) (Scheinbare) Ausnahme: Die Anstiftung 267
d) Friktionen mit der Exzess- und Irrtumsdogmatik 268
aa) Irrtumsdogmatik 269
bb) Exzessdogmatik 270
3. Zwischentatbestandlicher Bereich: Die strenge Tatbestandsbezogenheit 271
a) Unscharfe, aber tatbestandlich konkretisierte Vorstellungen: Lösung via dolus alternativus 272
b) Unscharfe und tatbestandlich nicht konkretisierte Vorstellungen: Die Suche nach den Grenzen des Alternativvorsatzes 273
c) Übertragung der Grundsätze auf zwischentatbestandliche Abweichungen 275
aa) Abweichung im Stufenverhältnis 276

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Abweichung zwischen verwandten Tatbeständen 277
(1) Aufweichung der Tatbestandsbezogenheit 277
(2) Rückführung auf eine Unschärfekonstellation und Lösung via dolus alternativus 279
4. Zwischenergebnis: Subjektive Zurechnung 281
III. Beteiligungsform beim strafrechtswidrig ausgerichteten Angebot 281
1. Inhaltsverbreitungsdelikte 282
a) Unmittelbare Täterschaft, § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB 282
aa) Vorab: Die Übertragung der überwiegenden Auffassung auf das Ordnungsmodell der Angebote 283
bb) Ausgangspunkt der Tatherrschaftslehre 284
(1) Beteiligungsformfrage im Pressestrafrecht 285
(2) Argumente für die Annahme einer Alleintäterschaft 286
(a) Herrschaft über den letzten Akt im Zuge der Automatisierung 286
(b) Überlagerung des Tatherrschaftsprinzips 287
(aa) Inhaltsverbreitungsdelikte als hybride Pflichtdelikte? 287
(bb) Garantensonderpflicht und die „Aufrollung der Teilnahmefrage vom Unterlassen her“ 290
cc) Zwischenfazit: Unmittelbare Täterschaft beim Inhaltsverbreitungsdelikt 291
b) Mittäterschaftliche Zurechnung, § 25 Abs. 2 StGB 292
aa) Gemeinsamer Tatentschluss 292
(1) Unkenntnis des Nutzers 292
(2) Unkenntnis des spezifischen Inhalts 294
(3) Hinzutreten des Nutzers nach Erbringung des Tatbeitrages 295
bb) Gemeinsame Tatausführung 297
cc) Zwischenergebnis: Mittäterschaft 299
c) Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB 299
aa) Organisationsherrschaft in der medienstrafrechtlichen Rechtsprechung 300
(1) Goyim-Fall 300
(2) Altermedia-Fall 301
bb) Organisationsherrschaft im medienstrafrechtlichen Schrifttum 302
cc) Medienstrafrecht als nächstes Gebiet einer bedenklichen Ausweitung der Organisationsherrschaft 302
(1) Flexibilisierung der Organisationsherrschaft im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Kritik 303
(a) Roxinsche Konzeption einer Organisationsherrschaft 303
(b) Rechtsgelöstheit und Fungibilität bei Angeboten innerhalb sozialer Netzwerke 304
(c) Kritik an der flexibleren Konzeption der Rechtsprechung 306

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(2) Nochmals: Konfusion von organisations- und plattformspezifischen Gefährlichkeitsfaktoren . . . 307
(3) Sonderproblem der Goyim-Entscheidung: Wechselseitige Organisationsherrschaft . . . 308
dd) Zwischenfazit: Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft . . . 309
d) Anstiftung, § 26 StGB und öffentliche Aufforderung zu Straftaten, § 111 StGB . . . 310
aa) Vorab: Abgrenzungsfragen und Öffentlichkeit . . . 310
bb) Haupttatkonkretisierung bei § 111 StGB . . . 311
cc) Erfordernis und notwendige Gestalt eines geistigen Kontakts . . . 312
(1) Angebote zweiter Ordnung . . . 313
(2) Angebote dritter Ordnung . . . 313
dd) Zwischenfazit: Anstiftung bzw. öffentliche Aufforderung zu Straftaten 314
e) Beihilfe, § 27 StGB . . . 314
2. Persönliche Äußerungsdelikte als Ausnahme von der Tatherrschaftslehre . . . 314
a) Vom Beleidigungsbrief-Fall und Rechtsgefühl . . . 315
b) Andere persönliche Äußerungsdelikte . . . 316
c) Weitere Begründung und Kritik der Abweichung vom Tatherrschaftskriterium . . . 318
d) Maßstäbe des äußerungsstrafrechtlichen Sich-Zueigenmachens im Vergleich mit anderen Regelungsmaterien . . . 321
e) Sich-Zueigenmachen und die Anbieter verschiedener Ordnung . . . 322
aa) Automatisierte Veröffentlichung . . . 322
(1) Vergleich mit den Maßstäben einer subjektiven Zurechnung . . . 322
(2) Vergleich mit der Verbreitung persönlicher Äußerungsdelikte mit Hilfe von Social Bots . . . 323
bb) Exkurs: Sich-Zueigenmachen bei Freigabevorbehalt . . . 324
f) Zwischenfazit: Beteiligungsform bei persönlichen Äußerungsdelikten . . . 324
3. Sonderproblem: Verlinkung und Teilen innerhalb der Angebote . . . 325
a) Inhaltsverbreitungsdelikte . . . 325
aa) Internetspezifischer Ansatz . . . 326
bb) Tatherrschaftslehre . . . 327
(1) Keine Tatherrschaft über den Zielinhalt . . . 327
(2) Kein öffentliches Zugänglichmachen bereits öffentlich zugänglicher Inhalte . . . 328
(3) Setzen eines Links als Kettenverbreitung . . . 329
(a) Verhältnis von Verbreiten und Zugänglichmachen . . . 329
(b) Verbreiten als gradueller Zustand . . . 331
(c) Auf-den-Weg-Bringen bei Verlinkung . . . 332
cc) Zwischenfazit: Linksetzung und Teilen bei Inhaltsverbreitungsdelikten 333
b) Persönliche Äußerungsdelikte . . . 334

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

IV. Konkurrenzen: Besonderheiten eigentlicher und uneigentlicher Organisationsdelikte . . . 334
1. Zum uneigentlichen Organisationsdelikt: Tateinheitliche Begehung durch kriminell ausgerichteten Betrieb . . . 335
a) Anwendung des uneigentlichen Organisationsdelikts im Bereich des Plattformstrafrechts . . . 336
b) Kritik am uneigentlichen Organisationsdelikt . . . 337
aa) Fehlender materiell-rechtlicher Nutzen gegenüber allgemeinen konkurrenzrechtlichen Bewertungen . . . 337
bb) Uneigentliches Organisationsdelikt als klandestine Zurechnungsfigur? 339
2. Zum konkurrenzrechtlichen Verhältnis von (eigentlichen) Organisationsdelikten und den Kommunikationsdelikten . . . 341
a) Vorab: Subsidiaritätsklausel des § 127 Abs. 1 Hs. 2 StGB . . . 341
b) Das interne Verhältnis: Gleichartige Idealkonkurrenz . . . 342
c) Das externe Verhältnis: Ungleichartige Idealkonkurrenz mit Kommunikationsdelikten . . . 342
aa) Unmittelbar fremde Kommunikationsdelikte . . . 342
bb) Unmittelbar eigene Kommunikationsdelikte . . . 343
d) Zum Konkurrenzverhältnis der Kommunikationsdelikte im Spiegel (bzw. in der Klammer?) der Organisationsdelikte . . . 344
aa) Rechtsprechungswandel hinsichtlich der Verklammerung durch § 129 StGB . . . 344
bb) Konsequenzen für den Betrieb der Angebote . . . 345
3. Zwischenfazit: Konkurrenzen . . . 346
C. Kriminalpolitischer Exkurs: Ausweitung des § 127 StGB auf Kommunikationsdelikte 347
I. Noch einmal: Keine Strafbarkeitslücken aufgrund akzessorischer Erfassbarkeit 347
II. Schuldunangemessene Abbildung des Unrechts de lege lata . . . 348
1. Mangelnde Abbildungsfähigkeit des verwirklichten Unrechts über die Beihilfe 349
2. Konkurrenzrechtliche Zusammenfassung als unangemessene Verkürzung . . . 349
III. Vergleich mit Handelsplattformen . . . 350
1. Plattformspezifische Gefährlichkeit bei illegalen Handelsgeschäften und Kommunikationsdelikten im Vergleich . . . 350
2. Besondere Betroffenheit von Art. 5 GG . . . 351
IV. Zwischenfazit: Ausweitung des § 127 StGB auf Kommunikationsdelikte als Bezugstaten . . . 352

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kapitel 6

Strafrechtswidrige Inhalte als ‚digitale Altlasten' in neutral ausgerichteten Angeboten 353

A. Kommunikationsdelikte im Spiegel des Erfolgsbegriffs i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB und die Entsprechungsklausel 354
I. Der Erfolg von Kommunikationsdelikten i. R. d. § 13 Abs. 1 StGB 355
1. Weiter Erfolgsbegriff: Tatbestandsverwirklichung als Erfolg 355
a) Vereinbarkeit mit dem Wortlaut 356
b) Entstehungsgeschichte des § 13 StGB 356
c) Unvereinbarkeit mit der Abgrenzung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten 357
2. Enger, materiell orientierter Erfolgsbegriff 358
a) Vorab: Verhältnis abstrakter Gefährdungsdelikte zu Tätigkeitsdelikten 358
b) Kommunikationsdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte 360
aa) Inhaltsverbreitungsdelikte 361
bb) Inhaltsverbreitungsdelikte mit Friedensstörungsklausel 361
cc) Weitere Eignungsdelikte 362
dd) Beleidigung und Bedrohung 363
ee) Zwischenergebnis: Einordnung ausgewählter Kommunikationsdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte 364
c) Ausnahme für die Beihilfe zum Unterlassen 364
d) Teleologische Einwände gegen einen materiell orientierten Begriff 364
3. Enger, formell orientierter Erfolgsbegriff 365
a) Ausschluss des Versuchs durch Unterlassen? 365
b) Die „Irrlehre" vom Tätigkeitsdelikt 366
aa) Kommunikationsdelikte als Tätigkeitsdelikte 367
(1) Persönliche Äußerungsdelikte 367
(2) Inhaltsverbreitungsdelikte 368
(a) Öffentliches Zugänglichmachen bzw. öffentliche Begehung . . . 368
(b) Verbreiten (i. e. S.) 370
(3) Konfrontationsdelikte 371
(4) Beihilfe als Erfolgsdelikt 371
bb) Ansätze zur ‚Rehabilitierung' der Lehre vom Tätigkeitsdelikte 372
(1) Systematisierung anhand der konkreten Begehungsweise 372
(2) Abschichtung minimaler Erfolgssachverhalte von sozialerheblichen oder materiell orientierten Erfolgssachverhalten 373
(3) Kritische Funktion der Unterscheidung von Tätigkeits- und Erfolgsdelikten 374
4. Zwischenergebnis: Erfolgsbegriff des § 13 Abs. 1 StGB 376

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Die Entsprechungsklausel 376
1. Inhaltsverbreitungsdelikte 378
2. Persönliche Äußerungsdelikte (insbesondere Beleidigung) 379
B. Erfolgsverhinderung nach Erfolgseintritt und die Teilnahmefähigkeit nach Vollendung 381
I. Die Vollendung von Kommunikationsdelikten 382
1. Delikte, die eine Kenntnisnahme erfordern 382
a) Generelles 383
b) Exkurs: Die Kenntnisnahme des Moderators bei der Beleidigung 384
2. Delikte, die eine öffentliche Kenntnisnahmemöglichkeit erfordern 385
a) Generelles 385
aa) Besonderheiten sozialer Netzwerke im Spiegel des Öffentlichkeitserfordernisses 386
bb) Exkurs: Sukzessive Öffentlichkeit 388
b) Aufforderung zu Straftaten, § 111 StGB 389
3. Delikte, die eine individuelle Kenntnisnahmemöglichkeit erfordern 391
4. Zwischenergebnis: Vollendungszeitpunkt der Kommunikationsdelikte innerhalb sozialer Netzwerke 394
II. Die ‚Irrlehre' von den Dauerdelikten? 394
1. Unbrauchbarkeit als Deliktstypus 396
2. Kritik der Figur der durativen Tatbegehung am Beispiel der Beleidigung, § 185 StGB 398
a) Verengung der Zurechnungsmöglichkeit durch die Figur der durativen Tatbegehung 399
aa) Fehlende Kontinuierlichkeit der Tatbestandsverwirklichung von § 185 StGB 399
bb) Die durative Begehung von § 185 Hs. 2 Var. 1, Var. 3 StGB n. F. 401
cc) Zwischenfazit: Verengung durch die Figur der durativen Tatbegehung 402
b) Ausweitung bzw. Veränderung des Zurechnungsgegenstandes durch die Figur der durativen Tatbegehung 403
aa) Ausmaß der zurechenbaren Rechtsgutsbeeinträchtigung 403
bb) Ersetzung des Erfolgssachverhalts bei Internetbeleidigungen 405
cc) Beihilfe zu einem Begehungs- oder Unterlassungsdelikt durch Unterlassen? 406
(1) Praktische Relevanz: (Dritte) Strafrahmenverschiebung nach § 28 Abs. 1 StGB 406
(a) Garantenpflicht als besonderes persönliches Merkmal 407
(b) Grenzen der mehrfachen Strafrahmenverschiebung 408
(c) Das Problem ‚gekreuzter Garantenpflichten'? 408
(2) Übergang eines aktiven Tuns in ein Unterlassen bei Kommunikationsdelikten 409
(3) Einwände gegen die Unterlassungskonstruktion 410

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Zwischenergebnis: Dauerdeliktseigenschaft und durative Begehungsweise als Antwort auf das ‚Altlastenproblem' 412
III. Gegenüberstellung der Anforderungen der Erfolgsabwendbarkeit (§ 13 Abs. 1 StGB) und Teilnahmefähigkeit (§ 27 Abs. 1 StGB) 413
1. Teilnahmefähigkeit nach Vollendung 414
a) Skizze des Streitstandes 414
b) Anforderungen an eine teilnahmefähige Nachphase 416
2. Erfolgsabwendbarkeit 417
3. Zwischenergebnis: ‚Digitale Altlasten' und deliktsspezifische Drei-Stufen-Prüfung 419
IV. Erfolgsabwendbarkeit und Teilnahmefähigkeit nach Vollendung bei Kommunikationsdelikten 420
1. Ehrschutzdelikte, §§ 185 ff. StGB 420
2. Verhetzende Beleidigung, § 192a StGB 421
a) Zwei-Personen-Verhältnis: Von der konkreten Gefahr zur Verletzung 421
b) Mehr-Personen-Verhältnis: Öffentlicher Frieden, überindividuelle Menschenwürde und äußere Ehre 421
c) Exkurs: Innertatbestandlichkeit des Gelangenlassens an Dritte 422
3. Bedrohung, § 241 StGB 423
a) Perpetuierung der Drohwirkung 423
b) Breitenwirkung 424
aa) Keine Übertragbarkeit der Erwägungen zur Qualifikation der öffentlichen Beleidigung 424
bb) Die öffentliche Bedrohung als verkapptes Delikt zum Schutze des öffentlichen Friedens 425
cc) Öffentliche Begehung als Zeugnis besonderer Entschlossenheit und Selbstverpflichtung 426
c) Zwischenergebnis 426
4. Abstrakte Gefährdungsdelikte 426
a) Vergleich der Inhaltsverbreitungsdelikte mit dem Abfallstrafrecht 427
b) Besonderheiten des § 111 StGB 430
aa) Vorfrage: Beihilfefähigkeit des § 111 Abs. 2 StGB 430
bb) Rechtsgutsbeeinträchtigung durch § 111 Abs. 1 StGB nach Verwirklichung der Bezugstat 431
(1) Nicht wiederholbare Taten 431
(2) Wiederholbare Taten 432
V. Zwischenfazit: Erfolgsabwendbarkeit und Teilanhmefähigkeit nach Vollendung 433
C. Beseitigungsverpflichtung der Anbieter 434
I. Garantenstellung 435
1. Garantenstellung aus telemedienrechtlichen Regelungen 436
a) TMG a. F. und DSA 436

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) NetzDG a. F. 438
c) Zwischenfazit: Garantenstellung aus telemedienrechtlichen Vorschriften . . 439
2. Obhuts- bzw. Beschützergarantenstellung gegenüber Nutzern 439
a) Vorab: Keine Obhutsgarantenstellung zum Schutze überindividueller Rechtsgüter 439
b) Vertragliche oder tatsächliche Übernahme 440
3. Überwachergarantenstellung 442
a) Ingerenz 442
aa) Pflichtwidrigkeit des Betriebs in Relation zur Begehungsstrafbarkeit 442
bb) Zurechnungszusammenhang 444
b) Herrschaft über die Gefahrenquelle 444
aa) Gefahrenquelle 445
(1) Angebote als Ganzes 445
(2) Speicherung rechtswidriger Inhalte oder deren Kenntnis 446
bb) Faktische Herrschaft über eine Gefahrenquelle 447
cc) Ansätze einer Restriktion 448
(1) Spezifische gesteigerte Gefährlichkeit 449
(2) Ausgleich für die Gewährung von Ausschlussrechten und Herrschaftsmonopol 449
(a) Beseitigungsmonopol vs. Kontrollmonopol 450
(b) Grundrechtsbindung Privater und das Beseitigungsmonopol . . . 452
(3) Normativ begründete Vertrauenserwartung: Das telemedienrechtliche Gefüge 453
II. Aus der Sachherrschaft resultierende Garantenpflichten 454
1. Zurechnungszusammenhang und Verantwortungsprinzip bei der Garantenstellung aus Sachherrschaft 455
a) Gegenstand der besonderen Gefährlichkeit einer Gefahrenquelle 457
aa) Anreiztheorie 457
(1) Übertragung auf das Abfall- und Medienstrafrecht durch Rechtsprechung und Literatur 458
(2) Kritik der Anreiztheorie 459
(a) Abhängigkeit vom konkreten Plan des Täters 459
(b) Empirisch fundierte Herangehensweise 460
(c) Probleme der vergleichenden Methode (in der digitalen Sphäre) 461
bb) Effektive Strafverfolgung 464
cc) Steigerung des Erfolgsunrechts 464
b) Differenzierung zwischen Straftatverhinderungs- und Beseitigungspflicht 464
aa) Referenzbeispiele 465
(1) Sonderbehandlung des Einsperrungs-Falls 465
(2) Differenzierung bei der ‚wilden' Müllablagerung 466

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Prinzipielle Gründe für eine Unterscheidung von Straftatverhinderungs- und Gefahrenabwendungspflichten . . . 467
cc) Referenzbeispiele nach dem Kriterium der Steigerung des Erfolgsunrechts . . . 468
(1) Einsperrungs-Fall . . . 468
(2) ‚Wilde' Müllablagerung . . . 470
dd) Zwischenfazit: Differenzierung zwischen Straftatenverhinderungs- und Gefahrenabwendungspflichten . . . 471
c) Angebote (innerhalb) sozialer Netzwerke . . . 472
aa) Spezifische Gefährlichkeit der Angebote: Verbreitungswirkung und Erfolgsunrecht . . . 472
bb) Vereinbarkeit mit der Lösung von weiteren Referenzbeispielen . . . 473
(1) Von Technoclubs und Wohnkomplexen . . . 473
(2) Vom problematischen Hausfassaden-Fall . . . 473
(a) Verkehrseröffnung . . . 475
(b) Hausfassaden-Fall und die Ansätze zur Einschränkung einer Garantenstellung: Kumulation von Beseitigungs- und Kontrollmonopol sowie der spezifischen Gefährlichkeit . . . 475
cc) Zwischenfazit: Zurechnungszusammenhang zwischen besonderer Gefährlichkeit und Erfolgsunrecht bei Angeboten . . . 477
2. Exkurs: Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei der Ingerenz . . . 477
3. Pflichtenumfang . . . 478
a) Überwachergarantenstellung ohne Überwachungspflichten? . . . 478
b) Begrenzung der Pflicht auf klar rechtswidrige Inhalte . . . 479
c) Löschfrist . . . 479
d) Gestufte Sonderverantwortlichkeit: Pflichtenumfang im Ordnungsmodell 480
III. Übertragung der Garantenpflicht auf Moderatoren . . . 482
IV. Zwischenfazit: Beseitigungspflichten . . . 483
V. Exkurs: Gesetzliche Fixierung einer Garantenpflicht . . . 485
D. Beteiligungsform des Unterlassens . . . 486
I. Inhaltsverbreitungsdelikte . . . 486
1. Nochmals: Inhaltsverbreitungsdelikte als allgemeine Herrschaftsdelikte . . . 486
2. Allgemeine Abgrenzungslösungen für die negative Moderationsentscheidung 487
a) „Theorie(n) der Einheitsbeihilfe" . . . 488
b) „Theorie(n) der Einheitstäterschaft" . . . 489
c) Pflichteninhaltslehren . . . 491
aa) Formelle Garantenlehre . . . 491
bb) Materielle Garantenlehre . . . 492
d) Subjektiver Ansatz der Rechtsprechung . . . 493
aa) Kritik . . . 493

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Täterwille der Anbieter bzw. ihrer Moderatoren 494
(1) Anbieter erster Ordnung 494
(2) Anbieter zweiter Ordnung 495
e) Tatherrschaftslösung(en) 496
aa) Empirisch fundierte potenzielle Tatherrschaft 497
bb) Normativ fundierte potenzielle Tatherrschaft in einer Gesamtbetrachtung 499
cc) Normativ fundierte potenzielle Tatherrschaft als rechtliche Beherrschung 499
dd) Die Lehre vom Tatherrschaftswechsel 501
(1) Kritik der Lehre vom Tatherrschaftswechsel und ihre Entgegnung 502
(2) Tatherrschaftswechsel im Digitalen und die Figur der Tatherrschaftswandlung 505
f) Wertungswidersprüche der Konkurrenzlösung und ihre Korrektur 507
aa) Zwei Varianten des behaupteten Widerspruchs 507
bb) Adressaten des behaupteten Widerspruchs 508
cc) Entzauberung des Widerspruchs mittels § 13 Abs. 2 StGB 509
dd) Zwischenergebnis: Wertungswidersprüche der Konkurrenzlösung 511
II. Persönliche Äußerungsdelikte: Sich-Zueigenmachen durch Unterlassen? 511
III. Zwischenfazit: Beteiligungsform des Unterlassens 512

Schluss 514

A. Zusammenfassende Thesen 514

B. Ausblick 531
I. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke 531
1. Verantwortlichkeit im technologischen Wandel: Anbieter von sozialen Netzwerken 531
2. Perspektivenerweiterung: Anbieter innerhalb sozialer Netzwerke 532
II. Die Entwicklung eines Allgemeinen Teils der Medienstrafrechtsdogmatik 533
1. Permanenz und Beherrschbarkeit 534
2. Distanz 535
a) Neutralität von Kommunikationstechnologie 535
b) Multifunktionalität von Beitragshandlungen im Unerlaubten 537
c) Besondere Handlungschronologie 539
3. Multiplikationswirkung 541

Literaturverzeichnis 542

Sachwortverzeichnis 581

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Einleitung

A. Hinführung

Hassrede innerhalb sozialer Netzwerke ist ein Problem unserer Zeit; sie verrohe das Sprachklima, vergifte den pluralistisch-demokratischen Diskurs und verdunkle den die Bürger emanzipierenden Kommunikationsraum der medialen Öffentlichkeit. Von einer solchen Problemerfassung zeugen die Aktivitäten des deutschen und europäischen Gesetzgebers sowie die Entwicklung des rechtswissenschaftlichen Diskurses.[1]

Doch schon die Frage, was sich hinter dem Begriff der Hassrede verbirgt, entzieht sich einem phänomenologischen Konsens. Uneinigkeit herrscht also schon über das Objekt des Bekämpfungs-[2], sachlicher: Regulierungswürdigen: Im weitesten Sinne wird bei Hassrede von jeder Form inziviler Kommunikation, also intentionalen Verstößen gegen grundlegende, nicht notwendigerweise strafbewehrte Kommunikationsnormen gesprochen.[3] Im engeren Sinne wird sie in Anlehnung an den Begriff der Hasskriminalität als eine vorurteilsgeleitete und -reproduzierende Kommunikation[4] gegenüber Gruppen oder einzelnen aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit verstanden.[5] Der Gesetzgeber, dessen Perspektive i. R. d. der nachstehenden Hinführung eingenommen werden soll, scheint (wenn auch nicht konsequent) einen verhältnismäßig weiten, nicht auf diskriminierende Sprache fokussierten Blick auf das Problem zu üben und jede Form strafbaren oder schon strafwürdigen aggressiven Sprechens vor Augen zu haben.[6]

---

[1] Nachweise im Folgenden unter Einleitung A. I.

[2] Etwa die Benennung des „Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität" (BGBl. I 2021, S. 411 ff.).

[3] Aus den Kommunikationswissenschaften *Kümpel/Rieger*, Wandel der Sprachkultur, S. 9; Rezeption in der (Straf-)Rechtswissenschaft durch *Geneuss*, JZ 2021, 286, 287; vgl. auch *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 594; vgl. auch die recht weite Definition des verwandten Begriffs des digitalen Hasses bei *Rubitzsch*, in: Das Phänomen „Digitaler Hass", S. 167, 170: „online getätigte herabwürdigende oder bedrohliche Äußerungen".

[4] Terminologisch wäre es sinnvoll, den Begriff des Hasses, allgemein als emotionsbezogen verstanden, durch den des Vorurteils (Vorurteilskriminalität bzw. diskriminierende Sprache) zu ersetzen. Zum ganzen *K. Lang*, Vorurteilskriminalität, passim.

[5] Vgl. stellvertretend *Bredler/Markard*, JZ 2021, 864 ff.; *Demus et al.*, in: Handbuch Cyberkriminologie 1, S. 261, 264 m. w. N.

[6] Vgl. nur BT-Drs. 18/12356, S. 1; BT-Drs. 19/18470, S. 1; zum Definitionsproblem von Hassrede vgl. mit zahlreichen Nachweisen nur *Stahel*, Hassrede im Internet, S. 5 ff.; *Steinl/Schemmel*, GA 2021, 86, 86 f.; *Sponholz*, in: Das Phänomen „Digitaler Hass", S. 17, 20 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

I. Hassrede innerhalb sozialer Netzwerke im Spiegel gesetzgeberischer Aktivitäten

So oder so: Aggressive Kommunikation[7] entfalte – so der Gesetzgeber – vielfältige Wirkungen in sozialen Netzwerken. Betrifft sie Individuen, entfalte sie aufgrund ihrer Breitenwirkung und permanenten Abrufbarkeit besondere Schlagkraft. Beschimpfungen und Bedrohungen wirkten länger, versetzten die Betroffenen unter Umständen in einen Zustand der Ohnmacht und könnten zu ihrem Verstummen oder gar einem vollständigen Rückzug aus dem digitalen Medium führen.[8] Daneben seien überindividuelle Schäden zu beklagen: Die Kommunikation verrohe[9], der Rückzug einzelner oder besonders betroffener (marginalisierter) Gruppen bedrohe demokratisch-deliberative Funktionen der sozialen Netzwerke als Raum des Meinungsaustauschs[10] und ein aggressives Sprachklima im digitalen Raum sei Nährboden nicht nur für weitere Sprachexzesse im Digitalen[11], sondern auch für aggressive Handlungen im analogen Miteinander.

Um diesen Schattenseiten einer Kommunikation im sog. Web 2.0, das es Nutzern seit den 2000er ermöglicht, aus der Rolle der Konsumenten herauszutreten und eigene Inhalte mit einer breiten Öffentlichkeit zu teilen, beizukommen, bedient sich der Gesetzgeber in den letzten Jahren eines vielfältigen regulatorischen Instrumentariums.

Aus dem Bereich des Strafrechts ist zunächst das „Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“ zu nennen, das seit 2021 in Kraft ist.[12] Den beschriebenen Auswüchsen einer „Verrohung“ sollte entgegengewirkt werden, indem – zentral für die Reform – der Anwendungsbereich der §§ 126, 140, 188, 241 StGB erweitert, die Qualifikation der öffentlichen Begehung bei den §§ 185, 241 StGB eingefügt und der § 46 Abs. 2 StGB um antisemitische Beweggründe erweitert wurde.[13] Angeschlossen haben sich punktuelle Verschärfungen des materiellen Strafrechts noch im Jahre 2021 mit der Einführung des Straftatbestandes des § 126a StGB („Gefährdendes Verbreiten personenbezogener Daten“),[14] mit dem die Verbreitung von sog. Feindeslisten im Internet kriminalisiert werden sollte[15] und der Einführung des § 192a StGB („Verhetzende Beleidigung“),[16] mit dem eine Schlie-

[7] Zum Begriff der aggressiven Kommunikation *Demus et al.*, in: Handbuch Cyberkriminologie 1, S. 261, 263 f.

[8] Vgl. BT-Drs. 19/18470, S. 1.

[9] BT-Drs. 19/18470, S. 1.

[10] BT-Drs. 19/18470, S. 1; vgl. auch schon BT-Drs. 18/12356, S. 1.

[11] BT-Drs. 19/18470, S. 1.

[12] BGBl. I 2021, S. 411 ff.

[13] BT-Drs. 19/18470, S. 1 ff.

[14] BGBl. I 2021, S. 4250 ff.

[15] BT-Drs. 19/28678, S. 1.

[16] Ebenfalls BGBl. I 2021, S. 4250 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ßung (vermeintlicher) Strafbarkeitslücken zwischen § 185 StGB und § 130 StGB, jedoch vornehmlich außerhalb von Internetsachverhalten, bezweckt wurde[17]. Weitere Vorschläge zum Ausbau des Beleidigungsstrafrechts finden sich in jüngerer Vergangenheit vermehrt auch im Schrifttum.[18] All diese teils breit angelegten, teils punktuell anmutenden Neukriminalisierungen und Strafverschärfungen betreffen dabei eine strafrechtliche Regulierung der Nutzer. Keine Aufstockung sollte bislang das materiell-strafrechtliche Besteck erfahren, wenn es um die Regulierung der Betreiber sozialer Netzwerke im Kontext von Hate Speech geht.[19] Zwar wurde ebenfalls im Jahr 2021 der § 127 StGB („Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet")[20] eingeführt, der eine strafrechtliche Eigenhaftung von Plattformbetreibern vorsieht. Allerdings nimmt dieser jedenfalls dem Namen („Handelsplattformen") und gesetzgeberischen Anliegen[21] nach weder soziale Netzwerke noch die aggressive Kommunikation in den Blick.

Außerhalb des (Kern-)Strafrechts hat sich der Gesetzgeber jedoch schon im Jahr 2017 in einer bis dahin global gesehen kaum vergleichbaren Weise den beschriebenen Schattenseiten angenommen und mit der Einführung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) bezweckt, soziale Netzwerke stärker in die Pflicht zu nehmen.[22] Mit dem NetzDG sollten „bußgeldbewehrten Compliance-Regeln für soziale Netzwerke [geschaffen werden], um effektiv und unverzüglich gegen Hasskriminalität und andere strafbare Inhalte im Netz vorgehen zu können."[23] Kern dieser Compliance-Pflichten war die Bereitstellung von anwenderfreundlichen Meldewegen und eine Entfernung strafrechtswidriger gemeldeter Inhalte innerhalb starrer Fristen. Letztlich sollte mit diesem ordnungsrechtlichen Rahmen eine eigenständige Rechtsdurchsetzung durch die sozialen Netzwerke incentiviert werden.[24] Dem deutschen Vorstoß mit dem – freilich nicht unumstrittenen – NetzDG folgten andere EU-Staaten etwa mit dem Kommunikationsplattformen-Gesetz (Österreich) oder der Loi Avia (Frankreich). Nicht zuletzt um einer damit angezeigten Zersplitterung des europäischen Binnenmarktes entgegenzuwirken, entschloss sich auch der europäische Gesetzgeber im Bereich der ‚regulierten Selbst-

[17] BT-Drs. 19/31115, S. 14.

[18] Vgl. zur diskriminierenden Beleidigung, Cybermobbing und sog. Hate Storms den Diskussionsentwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz für ein Gesetz zur nachdrücklichen strafrechtlichen Bekämpfung der Hassrede und anderer besonders verwerflicher Formen der Beleidigung, 2019; dazu *Großmann*, GA 2020, 546 ff.; vgl. auch die Beiträge von *A. Schmidt/Witting*, KriPoZ 2023, 190 ff.; *Rostalski/Weiss*, KriPoZ 2023, 199 ff.; *S. Beck/Nussbaum*, KriPoZ 2023, 219 ff.

[19] Zur Unterscheidung von Nutzer- und Plattformregulierung vgl. *Kubiciel*, in: FS-Dannecker, S. 53, 58 f.

[20] BGBl. I 2021, S. 3544 ff.

[21] BT-Drs. 19/28175, S. 1.

[22] BT-Drs. 18/12356, S. 1.

[23] BT-Drs. 18/12356, S. 2.

[24] Vgl. nur *Kubiciel*, in: FS-Dannecker, S. 53, 62.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

regulierung‘ tätig zu werden und mit dem Digital Services Act (DSA) einheitliche Regelungen in diesem Bereich zu schaffen. Mit vollständiger Geltung ab dem 17. 02. 2024 nimmt der DSA den vom NetzDG neu erschlossenen Platz ein und hält unter anderem Vorgaben zur Einrichtung von Meldewegen bereit, die durch die Mitgliedstaaten sanktionsrechtlich abgesichert werden sollen. In Deutschland erfolgt dies durch das Digitale-Dienste-Gesetz (DDG), das das NetzDG weitgehendst außer Kraft setzt.[25] Sowohl NetzDG als auch DSA sehen dabei Schnittstellen zu einer hoheitlichen Rechtsdurchsetzung vor, die aber im Einzelnen deutliche Unterschiede aufweisen: Das betrifft zum einen das Ausmaß, in denen Verletzungen der Compliance-Pflichten mit Bußgeldern belegt werden;[26] zum anderen variiert die Verzahnung von Compliance-System und hoheitlicher Strafverfolgung.[27]

Jenseits der strafrechtlichen Nutzerregulierung und ausgelagerten Rechtsdurchsetzung an Private zeigen sich Bestrebungen der deutschen Regierung, die Rechtsdurchsetzung durch Betroffene selbst – nicht nur im strafrechtlich relevanten Bereich[28] – mit einem „Gesetz gegen digitale Gewalt“ zu stärken.[29] Auch der Aufschlag zu diesem Gesetzespaket adressiert die „Hasskriminalität“ an prominenter Stelle und soll das regulatorische Instrumentarium diversifizieren.[30] Kern des Vorhabens ist es, eine leichtere Auskunft über die Identität von Rechtsverletzern zu ermöglichen, einen Anspruch auf richterlich angeordnete Accountsperren gegen ‚hartnäckige‘ Verletzer einzuführen und eine einfachere Erreichbarkeit von sozialen Netzwerken für Betroffene herzustellen.[31]

---

[25] BGBl. I 2024, Nr. 149.

[26] So sah etwa § 4 Abs. 1 Nr. 4 NetzDG a. F. Sanktionsmöglichkeiten vor, wenn die Bearbeitung entsprechender Meldungen nicht richtig überwacht wurde, während § 33 Abs. 5 DDG eine Entsprechung fehlt.

[27] Ergänzt wurde das NetzDG nämlich durch die Pflicht zur Meldung bestimmter Inhalte an das BKA, wenn sie in Verdacht standen ausgewählte Straftatbestände zu erfüllen (§ 3a NetzDG) (beachte aber VG Köln MMR 2022, 330 ff. zum Verstoß der Meldepflicht gegen das unionsrechtliche Herkunftslandsprinzip). Eine entsprechende Meldepflicht sieht Art. 18 DSA nur für den Verdacht von Straftaten vor, mit denen eine Gefahr für das Leben oder die Sicherheit von Personen verbunden ist.

[28] Kritik verdient dabei schon der öffentlichkeitswirksame Begriff der digitalen Gewalt, der nicht nur Phänomene des Cyberstalkings, Cybermobbings erfasst, sondern auch Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (etwa durch Restaurantkritik). Vgl. dazu *Valerius*, ZRP 2023, 142, 142 f.

[29] Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zum Gesetz gegen digitale Gewalt, April 2023.

[30] Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zum Gesetz gegen digitale Gewalt, April 2023, S. 1.

[31] Dass die so bezweckte Stärkung der Position vor und in zivilrechtlichen Verfahren dabei neben das Strafrecht tritt, ohne sich auf dessen Bedeutung auszuwirken, kann aber bezweifelt werden: zum einen rechtspolitisch, weil auf diesem Wege eine Initiative gezeigt wird, die das Gesamtphänomen der Hassrede betrifft; zum anderen rechtspraktisch, weil sich Strafverfolgungsbehörden auf die Stärkung der Betroffenenrechte verlassen könnten. Vgl. dazu *Valerius*, ZRP 2023, 142, 143.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Die Rolle des Strafrechts im Geflecht der Netzwerkregulierung in jüngster Zeit

In der Zusammenschau dieser gesetzgeberischen Tätigkeiten und Vorhaben zeigt sich, dass das Problem der Hassrede insbesondere innerhalb sozialer Netzwerke komplementär durch eine schärfere Nutzerregulierung, einer Inpflichtnahme der Netzwerkbetreiber als sog. Gatekeeper und eine Stärkung von Nutzerrechten „bekämpft" werden soll. Das sich auf diese Weise in der jüngeren Vergangenheit aufgebaute Geflecht der Regulierung sozialer Netzwerke wirft damit die Frage auf, welche Rolle dem Strafrecht als Instrument zur „Bekämpfung" von Hassrede innerhalb sozialer Netzwerke zukommen kann.

Geht es um die Nutzer sozialer Netzwerke, scheint der Gesetzgeber entweder davon auszugehen, dass durch erhöhte Strafen eine entsprechend höhere abschreckende Wirkung der Begehung erzielt werden kann, dass ein höherer Strafrahmen die Verfolgungsbehörden zu einem verstärkten Engagement verleiten oder dass zumindest symbolisch ein Problembewusstsein zum Ausdruck gebracht werden kann. Jedenfalls wird durch derlei Strafrechtsexpansionen gezeigt – was zuvor schon dem Grunde nach klar war –, dass bestimmte Formen von Äußerungen und Verbreitungen von Inhalten Angelegenheit des Strafrechts sind; auch (und gerade dann) wenn sie im Internet Platz finden.

Geht es nicht um unmittelbar tätige Nutzer, sondern um die Betreiber sozialer Netzwerke, werden Sanktionen vor allem an den Verstoß gegen risikominimierenden Organisationspflichten geknüpft (§ 4 NetzDG a. F.; § 33 DDG). Um eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber – also die Begehung von oder die Teilnahme an einzelnen Kommunikationsdelikten – scheint es angesichts der beschriebenen Reformen nicht zu gehen. Aus rechtspolitischer Perspektive mag das leicht erklärlich sein. Denn die Eröffnung der Kommunikationsräume für nutzergenerierte Inhalte bringt gerade nicht nur beschriebene Schattenseiten mit sich, sondern erhellt den digitalen Raum zunächst erst einmal mit Möglichkeiten der Partizipation. Trotz zunehmend beobachteter ‚Vergiftung' (oder besser: beobachteter Wahrnehmung der ‚Vergiftung'[32]) dieser Räume durch aggressive Sprache darf schließlich nicht vergessen werden, dass der Großteil der über Netzwerke vermittelten Kommunikation wünschenswert, jedenfalls aber neutral ist. Daher kann es nicht verwundern, dass der Betrieb sozialer Netzwerke nicht im Gesamten bei Strafe verboten wird oder werden soll. Aus strafrechtlicher Perspektive kann daher nur die fehlende Aussonderung von Hassrede einen Anknüpfungspunkt für Verantwortlichkeit bieten. Wo es aber um die Durchsicht, Bewertung und Löschung massenhafter (gemeldeter) Inhalte geht, bedienen sich Anbieter soziale Netzwerke sog. Moderatoren, die für die ‚Sauberkeit'[33] der von ihnen gestalteten Kommunikati-

[32] Dazu unten Kap. 2 C.

[33] Vgl. schon den Titel des 2018 erschienen Dokumentarfilm „The Cleaners", der die Schattenindustrie hinter der Contentmoderation sozialer Netzwerke ans mediale Licht gebracht hat (http://www.thecleaners-film.de) (letzter Abruf am 10. 5. 2024).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

onsräume sorgen. Sie sind es, die strafrechtswidrige Inhalte zur Kenntnis nehmen und über den Verbleib innerhalb der digitalen Kommunikationsräume entscheiden. Die Anbieter (man könnte auch sagen: die Architekten und Profiteure) dieser Räume dürften kaum je mit dem individual- und/oder gemeinwohlschädlichen ‚Abfall'[34] der Nutzer in Kontakt kommen. Diese Form der vertikalen Organisation und Arbeitsteilung großer sozialer Netzwerke vermag zu erklären, warum das traditionelle Strafrecht mit seiner Betonung des Schuldvorwurfs an Individuen nicht in Richtung einzelner (anbieterseitiger) Verantwortlichkeit für Inhalte ausgebaut wird.

III. Zum medienstrafrechtsdogmatischen Untersuchungsgegenstand

Damit ist indessen nichts darüber gesagt, ob Grundsätze strafrechtlicher Zurechnung nicht jetzt schon dazu in der Lage sind oder gar dazu zwingen, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit (der Anbieter) für die fehlende Aussonderung strafrechtswidriger Inhalte Dritter zu begründen. Diese medienstrafrechtsdogmatische Frage fand in der Vergangenheit bereits einige Aufmerksamkeit im Schrifttum und vereinzelt bei Strafverfolgungsbehörden,[35] hat aber ein beeindruckend gleichgewichtig gespaltenes Meinungsbild hinterlassen. Auch die gesetzgeberische Antwort auf das Phänomen der Hassrede in Form des NetzDG konnte und kann dem Ringen um eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit für einzelne Inhalte kein Ende setzen, nimmt sie doch eine dem traditionellen Strafrecht gegenüber fremde Perspektive ein.[36] Aus diesem Grund ist die vorliegende Untersuchung einer näheren Analyse der medienstrafrechtlichen Zurechnungskomplexe gewidmet.

In der Arbeit soll es aber nicht mit der Betrachtung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Anbieter sozialer Netzwerke bzw. ihrer Contentmoderatoren sein Bewenden haben. Vielmehr soll auch untersucht werden, ob weitere Adressaten einer strafbewehrten Pflicht zur Aussonderung strafrechtswidriger Inhalte innerhalb sozialer Netzwerke in Betracht kommen können. Ausgangspunkt der in der Arbeit vorgeschlagenen Perspektivenerweiterung ist eine Abstraktion des bereits Eingeführten: Kann der Architekt eines Kommunikationsraums für die dort abgelegten Inhalte verantwortlich gemacht werden, weil der Raum diesen Inhalten eine besondere Permanenz und Reichweite verleiht und weil er Nutzer zu jedweder, also auch aggressiver Kommunikation anregen kann? Diese Frage zeichnet das Bild eines Raums, der besondere straftatfördernde Eigenschaften aufweist.

[34] Die Abfall-Metaphorik wird in Kap. 6 aufgegriffen und vertieft.

[35] StA Hamburg BeckRS 2016, 12717; Staatsanwaltschaft München I, Pressemitteilung 04 vom 26.02.18 (abrufbar unter https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/staatsanwaltschaft/muenchen-1/presse/2018/04.php) (letzter Abruf am 10. 5. 2024).

[36] Vgl. *Ceffinato*, ZStW 2020, 544, 559 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Diese Raum-Metapher, die nicht nur der phänomenologischen Beschreibung, sondern auch einer dogmatischen Bearbeitung dienen soll,[37] lässt sich nämlich korrigieren bzw. ergänzen: Es existiert in sozialen Netzwerken nicht (nur) der eine Raum, der eine Öffentlichkeit und eine technisch vermittelte kommunikative Reichweite für Nutzer bereitstellt. Vielmehr unterteilt sich dieser Raum in viele synchron geschaltete Räume, die alle ihre eigene Reichweite aufweisen und eigenständig gestaltet sein können. Beispiele dafür sind Gruppen oder Veranstaltungsseiten innerhalb sozialer Netzwerke, die es möglich machen, mehr oder andere Nutzer zu erreichen, so als würde ein Nutzer seine verbundenen Kontakte durch öffentliche Posts adressieren. Solche Räume können zudem Nutzer zusammenführen, die besonders an einer aggressiven, sich den Grenzen des Strafbaren nähernden Kommunikation interessiert sind.

Ähnliches lässt sich auch für einen individuellen netzwerköffentlichen (Ausgangs-)Post annehmen, der einen Raum für Kommentare anderer (Anschluss-) Nutzer eröffnet. Auch dieser Post kann als Raum betrachtet werden, der die Anschlusskommunikation inhaltlich imprägniert und Reichweiten eröffnet, die kommentierenden Nutzern ansonsten aufgrund schwächerer oder anders orientierter eigener Vernetzung nicht bereitstehen würden. Auch sie könnte man als Anbieter von Kommunikationsräumen identifizieren. Es ließe sich – so wird hier vorgeschlagen – von Anbietern nachgelagerter Ordnung sprechen. Wenn man es also für dogmatisch begründbar hielte, die fehlende Aussonderung von strafrechtswidrigen Inhalten für die Anbieter *von* sozialen Netzwerken bzw. ihrer Moderatoren mit Strafe zu belegen, dann ließe sich auch fragen, ob Selbiges für eine fehlende Aussonderung durch Anbieter *innerhalb* sozialer Netzwerke denkbar ist.

Hat man sich erst der Frage nach einer mehrstufigen Verantwortlichkeit innerhalb sozialer Netzwerke geöffnet und bezieht mit den Anbietern nachgelagerter Ordnung weitere mögliche Adressaten einer Verpflichtung zur ‚Sauberkeit' der Kommunikationsräume ein, so lässt sich neu auf die These von einem insgesamt neutralen oder sogar wünschenswerten Kommunikationsraum zurückkommen. Denn während der gesamte Betrieb sozialer Netzwerke kaum als rechtlich missbilligtes Risiko eingestuft werden kann, ließe sich für Angebote nachgelagerter Ordnung, die geradezu zu aggressiver Kommunikation einladen, anderes denken. Betrachtet man solche Kommunikationsräume isoliert, können sie sich als äußerst abgelegen und düster herausstellen. Damit erweitert sich der strafrechtliche Blick von der Frage, inwiefern Anbieter sozialer Netzwerke zu einer Bereinigung von perpetuierten Spuren in Relation zur gesamtnetzwerköffentlichen Interaktion verhältnismäßig seltener Kommunikationsexzesse verpflichtet sind, hin zu der Frage, wann Anbieter nachgelagerter Ordnung nicht nur für fehlende Aussonderungen, sondern schon für die dunkle Architektur ihres Raums strafrechtlich verantwortlich sind.

[37] Vgl. dazu insbesondere Kap. 6 B. IV. 4. a) sowie Kap. 6 C. II. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Begrenzung des Forschungsgegenstandes

Gegenstand der Untersuchung ist daher, wie der Titel schon (etwas verkürzt) andeutet, die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Anbieter *von* sozialen Netzwerken und *innerhalb* sozialer Netzwerke. Die Perspektivenerweiterung macht gleichzeitig einige Begrenzungen des zu analysierenden Feldes notwendig:

Keine weitere Aufmerksamkeit soll dem einleitend verwendeten Begriff der Hassrede geschenkt werden. Es wird sich im Laufe der Untersuchung daher auf den neutraleren Begriff der Kommunikationsdelikte als übergeordneten Terminus für Inhaltsverbreitungs- und Äußerungsdelikte bezogen.[38] Auch die Diskussion um die Reichweite einschlägiger Kommunikationsdelikte und ihr Anpassungsbedarf bleibt anderen Untersuchungen[39] vorbehalten. Sie betreffen primär die strafrechtliche Nutzerregulierung jenseits ihrer Rolle als Anbieter nachgelagerter Ordnung. Ausnahmen sind dort zu machen, wo die Auslegung der einzelnen Delikte von Relevanz für die diskutierten Zurechnungskomplexe ist.

Nicht im Zentrum der Untersuchung stehen außerdem andere Fragen der medienstrafrechtlichen Zurechnung (innerhalb sozialer Netzwerke). Zu nennen sind etwa die seit langem diskutierte strafrechtliche Verantwortlichkeit für das Verlinken von Inhalten[40] oder (als ähnliche Erscheinung im neuen Gewand) die Interaktion (Liken, Kommentieren oder Teilen[41]) mit inkriminierten Inhalten. Ebenso dem erst jüngst durch die Medienstrafrechtsdogmatik entdeckten Phänomen der Nutzung von sog. Social Bots, also teilautonomen Computerprogrammen, die auf Grundlage einer nutzerseitigen Programmierung automatisch Hassrede produzieren und als menschliche Nutzer getarnt innerhalb sozialer Netzwerke verbreiten[42], soll keine nähere Beleuchtung zukommen. Auch wenn diese Phänomene keine eigenständige Betrachtung erlangen sollen, ist eine referenzielle Auseinandersetzung aber dort geboten, wo sie tatsächlich mit der Anbietertätigkeit in Verbindung stehen und besondere Zurechnungsfragen mit sich bringen[43] oder wo an ihnen eine Überprüfung von hier entwickelten Thesen stattfinden kann. Denn es wird sich zeigen, dass die aufgezählten Phänomene zum Teil identische Zurechnungsfragen mit sich bringen, von denen letztlich das gesamte Medienstrafrecht durchzogen wird. Aufgrund dieser Überschneidungen und Abstraktionspotenzialen soll die Untersuchung – dem Un-

[38] Dazu Kap. 2 C. III.

[39] Monografisch jüngst *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, passim.

[40] Eingehend *Hambel*, Verlinkung, S. 54 – 219; *Boese*, Links im Internet, passim.

[41] Monografisch *Tassis*, Statusmeldung, passim; vgl. auch *Reinbacher*, JZ 2020, 558; *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 215 ff.; *Nussbaum*, MMR 2022, 1089, 1090 ff.

[42] Dazu monografisch *Bittner*, Manipulative Maschinen, passim; *Woltmann*, Roboter, passim; vgl. auch *V. Volkmann*, MMR 2018, 58 ff.; *Reinbacher*, in: FS-RobotRecht, S. 457 ff.; ferner im Kontext des Betrugstatbestandes *S. Beck*, in: FS-RobotRecht, S. 401 ff.

[43] Etwa bei der Beteiligungsformfrage, wenn Links in ein Angebot zweiter Ordnung gestellt werden. Dazu der Exkurs bei Kap. 5 B. III. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tertitel der Arbeit entsprechend – zugleich einen Beitrag zum Allgemeinen Teil des Medienstrafrechts zu leisten versuchen.[44]

Ähnliches gilt hinsichtlich der Plattformverantwortlichkeit außerhalb sozialer Netzwerke, die insbesondere erhöhte Aufmerksamkeit in der Literatur unmittelbar vor und nach der Schaffung des § 127 StGB erhalten hat.[45] Da die dortigen Erwägungen dem hiesigen Untersuchungsgegenstand aber besonders nahstehen und sich vornehmlich durch die auf den jeweiligen Plattformen begangenen Delikte unterscheiden, wird an zahlreichen Stellen der Arbeit Stellung zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Betreibern von Handelsplattformen genommen, um anschließend einer Übertragbarkeit auf die Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke zu prüfen.

Weitere Ausgrenzungen müssen, wie schon angedeutet, hinsichtlich des NetzDG und den Bußgeldvorschriften des § 33 DDG vorgenommen werden, auch wenn sie die Anbieterverantwortlichkeit betreffen.[46] Allein im phänomenologischen Teil wird bei der Bestimmung des Begriffs sozialer Netzwerke im NetzDG ein Ausgangspunkt gesucht. Trotzdem sollen die Regelungen dort gewürdigt werden, wo ihre normativen Wertungen für strafrechtsdogmatische Fragestellungen fruchtbar gemacht werden können.[47]

Zuletzt muss, um den Umfang der Untersuchung nicht zu sprengen, auf Ausführungen zum Strafanwendungsrecht verzichtet werden. Die sich dort stellenden Fragen sind praktisch relevant wie theoretisch komplex. Sie hier verdichtet darzustellen scheint daher nicht angemessen, sodass auf andere Untersuchungen verwiesen werden muss.[48]

Nach Begrenzung des Forschungsgegenstandes ergibt sich folgender Gang der Untersuchung:

C. Gang der Untersuchung

Die Studie gliedert sich in drei Teile à jeweils zwei Kapitel: Im ersten Teil sollen knapp phänomenologische Grundlagen geklärt werden. Das gilt im 1. Kapitel dem Begriff der sozialen Netzwerke, dessen Bestimmung ihren Ausgangspunkt in der

[44] Zusammenführend Schluss B. II.

[45] Vgl. nur die jungen Monografien von *Wüst*, Underground Economy, passim; *A. Weber*, Plattformbetreiber, passim; *Wittmer*, Darknet, passim; *Bächer*, Plattform im Darknet, passim und *J. Haas*, Handelsplattformen, passim.

[46] Dazu monografisch *Handel*, Diensteanbieter, S. 290–473.

[47] Vgl. dazu vor allem in Kap. 6 C.

[48] Eingehend *Mey*, Straftaten via Internet, passim; *Namavicius*, Territorialgrundsatz und Distanzdelikt, passim; *Ibold*, in: Criminal Law Discourse of the Interconnected Society (CLaDIS), S. 317 ff.; *Handel*, Diensteanbieter, S. 36–62; *Busching*, MMR 2015, 295; *Kudlich/Berberich*, NStZ 2019, 633 ff.; *Breuer*, MMR 1998, 141 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Legaldefinition des NetzDG findet und sodann kommunikationswissenschaftliche Ansätze in sich aufnimmt. Hier soll auch das einleitend erwähnte Anbietermodell weitere Konturierung erfahren und vorpositiv der Frage nachgegangen werden, ob die Tätigkeit der Anbieter mit dem Begriff des „Speicherns fremder Inhalte" hinreichend beschrieben ist.

Im 2. Kapitel soll sich kursorisch den Besonderheiten der Kommunikation innerhalb sozialer Netzwerke im Allgemeinen und der aggressiven Kommunikation im Besonderen gewidmet werden. Annahmen eines vergifteten Kommunikationsklimas und der besonderen Anfälligkeit sozialer Netzwerke für aggressive Kommunikation betreffen den Untersuchungsgegenstand dabei in zweifacher Hinsicht: Zum einen sind Strafschärfungen und Neukriminalisierungen im Bereich der Nutzerregulierungen mittelbar auch strafrechtsausweitend für die Anbieter, wenn man eine Zurechnung für möglich hält. Zum anderen soll gefragt werden, ob bei einem kursorischen Blick auf die kommunikationssoziologische Forschung zu Hassrede in sozialen Netzwerken eine besondere Gefährlichkeit von über- oder untergeordneten Kommunikationsräumen ausgehen kann, die normativer Anknüpfungspunkt für eine ‚Raumverantwortlichkeit' der Anbieter ist.

Der zweite Teil der Untersuchung nimmt sich zwei Vorfragen der strafrechtlichen Bewertung der Anbietertätigkeit an. Zunächst sollen im 3. Kapitel die Grenzen einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit durch das rechtsgebietsübergreifende Haftungsregime der Art. 4 ff. DSA abgesteckt werden. Die dort enthaltenen Privilegierungstatbestände der Providerverantwortlichkeit sollen in ihrer Entwicklung aus den Art. 12 ff. E-Commerce-RL (ECRL) der Anfang 2000er Jahre gewürdigt und deren systematisches Verhältnis zu strafrechtlichen Regelungen geklärt werden. Die hier eingenommene Perspektive auf Anbieter verschiedener Ordnungen macht es erforderlich zu fragen, ob auch Anbieter nachgelagerter Ordnung in den Genuss der Host-Provider-Privilegierung aus Art. 6 DSA kommen, die an eine „Speicherung" von Inhalten anknüpft. Im Zentrum der Untersuchung steht sodann die Reichweite des Art. 6 DSA, der wie schon zuvor Art. 14 ECRL die positive Kenntnisnahme eines rechtswidrigen Inhalts zum entscheidenden Moment einer Haftungsreaktivierung macht. Es wird jedoch die These aufgestellt, dass die von der Rechtsprechung des EuGH geprägte Beschränkung der Privilegierung auf passive bzw. neutrale Tätigkeiten und die Rezeption in den ErwGen Nr. 18 und 20 zur DSA die Tür für eine differenzierte Konturierung der Privilegierung öffnet und sich vom Primat der menschlichen Kenntnis löst. Eine solche flexibilisierte Konturierung könnte an der Gefahrgeneigtheit und der Einhaltung von Sorgfaltspflichten orientiert sein. Die sich in den Augen des europäischen Gesetzgebers bewährte Trennung von Sorgfaltspflichten und Haftungsprivilegierung würde sich damit in einem Auflösungszustand befinden. Diese Hypothese ist für eine medienstrafrechtliche Untersuchung schon deshalb von gewisser Sprengkraft, weil sie einen für technische Entwicklungen von automatisierten Risikoverhütungsinstrumenten sensibilisierten Blick auf das erlaubte Risiko des Angebots sozialer Netzwerke zulassen könnte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Es schließt sich im 4. Kapitel die strafrechtliche Vorfrage an, an welche Verhaltensweisen eine strafrechtliche Verantwortlichkeit geknüpft werden könnte. Dafür wird zunächst der zuvor aufgespannte telemedienrechtliche Vorfilter befragt und sodann bei den verbliebenen Verhaltensweisen untersucht, ob sie einer Begehungs- oder Unterlassungsstrafbarkeit zuzuordnen sind. Auf Grundlage einer ontologischen Abgrenzung wird sodann mit der Konkurrenzlösung der Weg für den abschließenden, dritten Teil vorgezeichnet: Lässt sich ein strafrechtlicher Vorwurf schon an den Betrieb des Angebots (oder eine manuelle Freigabe von Inhalten) knüpfen, ist eine Begehungsstrafbarkeit eingehend zu prüfen (5. Kapitel). Ansonsten verbleibt es, eine Strafbarkeit an die unterlassene Löschung zur Kenntnis genommener Inhalte zu knüpfen (6. Kapitel).

Der so vorgezeichnete dritte Teil ist das strafrechtsdogmatische Kernstück der Arbeit. Im 5. Kapitel werden dabei zunächst die Organisationsdelikte der §§ 127, 129 StGB beleuchtet. Sodann wird erst einmal beteiligungsformunabhängig die Frage gestellt, wann der Betrieb eines Angebots (innerhalb) sozialer Netzwerke ein (straf-)rechtlich erlaubtes Risiko ist und welche Bedeutung der dogmatischen Figur der neutralen Handlung verbleiben kann. Es schließt sich ein Untersuchungsabschnitt zur notwendigen Konkretisierung des Vorstellungsbildes der Anbieter an. Es wird in diesem Abschnitt argumentiert, dass der medienstrafrechtliche Bereich Anlass für eine Revision der überwiegenden (teilweise zu strengen, teilweise zu lockeren) Auffassung zur notwendigen Vorsatzkonkretisierung ist. Erst nach allgemeinen Zurechnungsfragen widmet sich die Untersuchung der Beteiligungsformfrage. Von besonderem Interesse ist, ob der Herrschaftsgedanke im Bereich der Inhaltsverbreitungsdelikte durch einen Pflichtdeliktsgedanken (partiell) abgelöst wird. Eine Abwendung von Tatherrschaftsgedanken wird jedenfalls im Bereich der persönlichen Äußerungsdelikte nachzuvollziehen sein. Auch erste Anzeichen der Rechtsprechung, eine mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft in den medienstrafrechtlichen Kontext einzuführen, sind kritisch zu analysieren. Daran schließt sich die Verwendung des uneigentlichen Organisationsdelikts auf Konkurrenzebene an, deren Erforderlichkeit und Einflüsse auf die Zurechnungsebene zu beleuchten sind.

Im 6. Kapitel sollen abschließend bislang kaum beleuchtete Besonderheiten der Kommunikationsdelikte im Rahmen der Unterlassungsstrafbarkeit untersucht werden. Das betrifft zum einen die Frage, ob Kommunikationsdelikte überhaupt einen abzuwendenden Erfolg i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB aufweisen können. Zum anderen ist zu klären, ob der Erfolg überhaupt noch abwendbar ist, wenn der jeweilige Inhalt bereits im Kommunikationsraum abgelegt ist. Anschließend ist auf die Garantenpflicht der Anbieter einzugehen, wobei sich die Untersuchung auf den Konflikt mit dem Verantwortungsprinzip konzentrieren wird. Denn die strafrechtswidrigen Inhalte werden in aller Regel von eigenverantwortlich handelnden Dritten in die Angebote eingespeist. Zentral wird es für die Lösung dieses Problems sein, sich der Frage zu widmen, wann eine besondere Gefährlichkeit von den Kommunikationsräumen ausgeht. Dabei wird insbesondere die dogmatische Behandlung der

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

‚Raumverantwortlichkeit' in analogen Kontexten zu analysieren sein, die schon seit langem bislang nicht geklärte Fragen aufgibt. Abschließend soll sich der (im Allgemeinen) nicht weniger umstrittenen Beteiligungsformfrage im Unterlassen zugewendet werden. Hier wird ausgehend von der vorzugswürdigen Lehre vom Tatherrschaftswechsel der Versuch ihrer Weiterentwicklung unternommen, die die Besonderheiten einer sich wandelnden Tatherrschaft des Nutzers in den Blick nimmt.

Geschlossen wird die Untersuchung in einem Schlussteil, der aus zusammenfassenden Thesen, die dem Aufbau der Arbeit folgen, und einem Ausblick auf die Verantwortlichkeit innerhalb sozialer Netzwerke sowie die Entwicklung eines Allgemeinen Teil des Medienstrafrechts besteht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

1. Teil

Phänomenologische Grundlagen

Kapitel 1

Begriff, Funktionen und Ordnung sozialer Netzwerke

Das 1. Kapitel bezweckt zunächst eine Annäherung an den Begriff sozialer Netzwerke und ihrer Anbieter (A.). Anschließend sollen typische Nutzungsmöglichkeiten sozialer Netzwerke beschrieben und geordnet werden (B.). Auch auf dieser Grundlage soll die Rolle sozialer Netzwerke als Ort der Speicherung und der unterschiedslosen Verbreitung gespeicherter Inhalte in Frage gestellt und Schlaglichter auf die sozialitäts- und normativitätskonstruierenden Aspekte gelenkt werden (C.).

A. Begriffsbestimmung: Soziale Netzwerke

I. Legaldefinition des NetzDG: Nur ein Ausgangspunkt?

Will man sich der strafrechtlichen Verantwortungsstruktur innerhalb sozialer Netzwerke widmen, so liegt es nahe, für die Begriffsbestimmung des sozialen Netzwerks den Ausgangspunkt im NetzDG zu nehmen, da das NetzDG die Terminologie erstmals – soweit ersichtlich – in das deutsche Recht eingeführt hat. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG sind Betreiber sozialer Netzwerke digitale Dienste, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen.

Eine Auslegung der in § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG enthaltenen Merkmale kann dabei einige Unschärfen am Rande des Begriffs offenlegen, die es bei der eigenständigen Definition zu beachten gilt:

1. ‚Telegram-Problem': Individual-, Massen- und Gruppenkommunikation

Eine zentrale Begrenzung des Anwendungsbereichs betrifft den Ausschluss der Individualkommunikation. Die Begrenzung wird zum Teil schon dem Plattform-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

begriff entnommen.[1] Überzeugender ist jedoch, sie erst aus der notwendigen Zweckausrichtung einer Plattform auf das Teilen und öffentliche Zugänglichmachen von Inhalten durch Nutzer zu ziehen.[2] Nur noch klarstellende Wirkung kann daher der Bereichsausnahme in § 1 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 NetzDG zukommen.[3] Derweil fällt eine dichotome Unterscheidung von Massen- und Individualkommunikation im Kontext der Online-Kommunikation schwer. Gerade wenn bei Facebook nur eine bestimmte Freundesgruppe adressiert wird oder Inhalte innerhalb von WhatsApp-Gruppen platziert werden, lässt sich weder überzeugend von einer klassischen, an eine unbestimmte Öffentlichkeit gerichtete Massenkommunikation, noch von einer den individuellen Adressaten zentral stellenden Individualkommunikation sprechen.[4] Zu Recht wird daher teilweise vorgeschlagen, in der Auslegung des § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG eine dritte Form der ‚Gruppenkommunikation' am Merkmal des „Teilens" sichtbar zu machen.[5] Diese dreiteilige Differenzierung ist für die vorliegende Arbeit schon deshalb gewinnbringend, weil sie – wie einleitend angedeutet – Anbieter nachgelagerter Ordnung einbeziehen will.[6]

Vorteile bietet diese Betrachtung auch im Bereich der Messengerdienste, die ebenso wie E-Mail-Dienste durch den Gesetzgeber mit § 1 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 NetzDG nachdrücklich ausgeschlossen werden sollten.[7] Eine solche Gleichsetzung von Messengerdiensten mit E-Mail-Providern hat derweil zu Recht Kritik provoziert. So fragt Spindler: „Warum sollten etwa große WhatsApp-Gruppen nicht dem Begriff der sozialen Netzwerke unterfallen (da Messengerdienst), kleine Twittergruppen bzw. Follower dagegen schon?"[8]

---

[1] Vgl. dazu BT-Drs. 18/13013, S. 18 f.: Wonach sich der Plattformbegriff schon „nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auf Kommunikationsräume" beziehe, in denen „sich Kommunikation typischerweise an eine Mehrzahl von Adressaten richtet bzw. zwischen diesen stattfindet". Kritisch aber *Hoven/Gersdorf*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 1 NetzDG Rn. 25; vgl. auch *Liesching*, NetzDG, § 1 Rn. 5, der richtig auf die Friktionen mit § 1 Abs. 1 S. 3 NetzDG hinweist („Plattformen, die zur Individualkommunikation bestimmt sind"); vgl. hierzu auch vgl. OLG Frankfurt a. M. ZUM-RD 2019, 145, 149.

[2] *Hoven/Gersdorf*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 1 NetzDG Rn. 20 f.

[3] So auch ausdrücklich BT-Drs. 18/13013, S. 18.

[4] Vgl. *Spindler*, K&R 2017, 533, 533 f.; *Hoven/Gersdorf*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 1 NetzDG Rn. 20; in diese Richtung, wenn auch Gruppen- und Massenkommunikation wohl synonym verwendend OLG Frankfurt a. M., ZUM-RD 2019, 145, 149, das sich in der Entscheidung schwerpunktmäßig mit der Frage auseinandersetzt, ob der Facebook Messenger zu Facebook zählt oder getrennt betrachtet werden muss.

[5] *Hoven/Gersdorf*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 1 NetzDG Rn. 20, 22.

[6] Dazu ausführlich unter Kap. 1 A. III.

[7] BT-Drs. 18/12356, S. 18.

[8] *Spindler*, K&R 2017, 533, 534; ähnlich *Guggenberger*, NJW 2017, 2577, 2578; ferner *Kalbhenn*, ZUM 2022, 266, 269. Doch auch belässt man es bei einer Abgrenzung von Individual- und Massenkommunikation, lassen sich Zweifel an der gesetzgeberischen Einschätzung hegen. Besonders deutlich wird das etwa, wenn Messengerdienste wie Telegram oder seit 2023 auch WhatsApp nicht mehr nur eine Gruppenkommunikation anbieten, sondern auch zahlenmäßig völlig unbeschränkte Kanäle. Vgl. *Stopa*, Telegram in Grün, zeit.online vom

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abschließend ließe sich aber auch fragen, ob bei den Messengerdiensten überhaupt von Telemedien die Rede sein kann. Denn diese sind von Telekommunikationsdiensten, bei denen der Dienst „ganz oder überwiegend" aus der Signalübertragung besteht (§ 1 Abs. 1 S. 1 TMG, § 3 Nr. 24 TKG), abzugrenzen.[9] Auch wenn die Frage hier nicht weiter behandelt werden muss[10], lohnt sich ein Blick auf die Messengerdienste, lässt sich an ihnen doch aufzeigen, dass die Grenzen von verschiedenen Kommunikationsformen besonders vor dem Hintergrund der dynamischen Diensteentwicklung schwer zu ziehen sind.

2. ‚LinkedIn-Problem': Beliebige Inhalte

Das NetzDG verengt den Begriff der sozialen Netzwerke auch an anderer Stelle: Die Plattform muss der Verbreitung von *beliebigen* Inhalten dienen. Dieses Merkmal korrespondiert mit dem (klarstellenden) Ausschluss des § 1 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 NetzDG („Verbreitung spezifischer Inhalte").[11] Nicht erfasst werden sollen Netzwerke, die eine spezielle Themen- oder Nutzerfestlegung aufweisen, sodass Fachportale, Online-Spiele und berufliche Netzwerke nicht der Legaldefinition unterfallen.[12] Unberührt bleibt das Merkmal der Beliebigkeit hingegen, wenn eine Plattform im Rahmen ihrer netzwerkinternen Kommunikationsrichtlinien bestimmte Äußerungsformen und -inhalte untersagt[13], weil darin lediglich die Einforderung allgemeiner Verhaltensprinzipien zu sehen ist.

Damit verbleiben zwei Fallgruppen, die Schwierigkeiten im Hinblick auf das Merkmal der Beliebigkeit beinhalten: Zum einen Plattformen, die man etwa insgesamt als politisch extrem einstufen möchte; die Inhalte sind dann nicht beliebig, sondern von einer spezifischen ideologischen Couleur.[14] Spindler schlägt für ihre mögliche Einordnung unter dem NetzDG eine teleologische Auslegung des Merkmals der Beliebigkeit vor, die alle Plattformen erfasst, die überwiegend zum Aus-

20. September 2023 (https://www.zeit.de/digital/2023-09/whatsapp-kanaele-funktion-update-messenger-dienst-faq) (letzter Abruf am 10. 5. 2024).

[9] Dass solche Funktionen in die Plattform integriert sind (etwa beim Facebook-Messenger), kann jedenfalls keine „überwiegende" Funktion der Signalübertragung begründen. Ob es sich überhaupt um eine solche Übertragung handelt, wenn die Kommunikation technisch über identische Server vermittelt wird, kann daher dahinstehen (zu dieser Frage *Handel*, Verantwortlichkeit der Diensteanbieter, S. 13 f.).

[10] Eingehend *Kim*, KriPoZ 2022, 106, 109 f.

[11] Im Hinblick auf die erfassten Kommunikationsformen entfaltet das Merkmal jedenfalls keine beschränkende Funktion und soll, ausweislich der Gesetzesbegründung, auch solche Plattformen erfassen, die sich auf einzelne Formen (Text, Bild, Video, Audio) beschränken. Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 18; *Liesching*, in: Erbs/Kohlhaas, § 1 NetzDG Rn. 6.

[12] Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 18.

[13] Dazu unten Kap. 1 C. II.

[14] Es dürfte sich aber kaum um ein praktisch relevantes Problem gehandelt haben. Politisch in eine Richtung tendierende Plattformen dürften nämlich nur selten die notwendige Größe für die Anwendung des NetzDG erreicht haben.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tausch meinungsbildender Inhalte bestimmt sind.[15] Zum anderen sollte das Merkmal der Beliebigkeit etwa Karrierenetzwerke ausschließen.[16] Soweit diese Einschränkung damit erklärt werden soll, dass bei spezifischen Netzwerken eine Relevanz für die Meinungsbildung fehlt oder mangels quantitativen Ausmaßes von Rechtsverstößen keine Compliance-Regeln notwendig sind[17], bietet die Entwicklung des Karrierenetzwerks LinkedIn Anlass zu Zweifeln. Dort lassen sich in den letzten Jahren (besonders in und seit der Corona-Pandemie) vermehrt politische Debatten und Hassrede beobachten.[18] Zwar betont der Gesetzgeber, dass es auf die Zwecksetzung der Plattform, nicht aber auf etwaige thematische Erweiterungen durch Nutzerinhalte ankomme.[19] Gleichwohl ließe sich richtigerweise fragen, wann Abweichungen der gelebten Praxis im Hinblick auf Häufigkeit und Nachhaltigkeit zu einer Öffnung der gesamten Plattform führen können.[20]

3. Zwischenfazit: Soziale Netzwerke i. S. d. NetzDG

Es konnten anhand der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 NetzDG erste Anhaltspunkte für wesentliche Merkmale eines sozialen Netzwerks gefunden werden. Im Zentrum steht die Bereitstellung eines Raums für (teil-)öffentliche Kommunikation. Gleichzeitig fand der Gesetzgeber Merkmale zur Konturierung, die nicht notwendigerweise den Betrachtungsgegenstand der nachfolgenden Untersuchung verengen müssen. Denn anhand des ‚Telegram-Problems' (pauschaler Ausschluss von Messenger-Diensten aufgrund vermeintlicher Individualkommunikation) und des ‚LinkedIn-Problems' (Beliebigkeit der Inhalte zwischen anbieterseitig gesetztem Zweck und gelebter Kommunikationspraxis) konnte schon gezeigt werden, dass diese Begrenzungen des Anwendungsbereichs des NetzDG nicht unzweifelhaft sind. Es lässt sich aber immerhin noch mit dem Grundgedanken des NetzDG argumentieren, eine Globalabwägung unter systematischen Risikoaspekten vorzunehmen, die die Einführung von entsprechenden Compliance-Systemen geboten erscheinen lassen.[21] Geht es aber um die Untersuchung einer individuellen Verantwortung der Anbieter – auch nachgelagerter Ordnung –, so dürften die anbieterbezogenen Verengungen auf Massenkommunikation und beliebige Inhalte zu grob ausfallen. Aus

[15] *Spindler*, K&R 2017, 533, 534.

[16] BT-Drs. 18/13013, S. 19.

[17] Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 19.

[18] *Hamann*, Pöbeln, hassen, Karriere machen, zeit.online vom 6. März 2022 (https://www.zeit.de/2022/10/linkedin-hatespeech-corona-leugner) (letzter Abruf am 10. 5. 2024).

[19] Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 19.

[20] In diese Richtung auch *Liesching*, NetzDG, § 1 Rn. 8.

[21] Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 11 f.: „Dabei wird durch eine Legaldefinition des sozialen Netzwerks sichergestellt, dass die Berichtspflicht nur die Betreiber großer sozialer Netzwerke mit Meinungsmacht und nicht sämtliche Diensteanbieter nach dem Telemediengesetz (TMG) trifft." Beachtlich ist indessen, dass der europäische Gesetzgeber auf eine entsprechende Begrenzung, sogar auf die der Plattformen mit den Art. 16 ff. DSA verzichtet.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

diesem Grund scheint es geboten, im Folgenden die Kommunikationswissenschaften im Hinblick auf die Konturierung des im Zentrum dieser Untersuchung stehenden Begriffs zu befragen.

II. Kommunikationswissenschaftliche Begriffsfindung: Eine Frage des Zwecks?

Eine kommunikations- und medienwissenschaftliche Begriffsklärung hinsichtlich sozialer Netzwerke nimmt ihren Ausgangspunkt im Phänomen des „Web 2.0". Teilweise synonym verwendet[22], passender aber als die Grundlage für soziale Medien beschrieben[23], entwickelt sich das Web 2.0 seit Anfang der 2000er Jahre.[24] Anders als klassische Massenmedien zeichnet es sich durch die Ermächtigung der Internetnutzer aus, aus ihrer Konsumenten-Rolle herauszutreten und eigene Inhalte zu verbreiten sowie mit Inhalten anderer Nutzer zu interagieren; es lässt sich mit Toffler[25] von der Hervorbringung der „Prosumenten" sprechen.[26] Charakteristisch für Anwendungen des Web 2.0 ist dabei die intuitive Nutzbarkeit, die keine Kenntnisse in einer bestimmten Auszeichnungssprache, wie HTML, voraussetzt.[27] Gleichzeitig sind für Erscheinungen des Web 2.0 Netzwerkeffekte entscheidend, die eine Verbesserung des Nutzererlebnisses (und der ökonomischen Verwertbarkeit[28]) in Abhängigkeit von der Nutzerzahl beschreiben.[29] Netzwerkeffekte treten zwar nicht nur im Bereich der sozialen Medien, als im weitesten Sinne im Zusammenhang mit der Knüpfung und Pflege von sozialen Beziehungen assoziiert, auf.[30] Sie lassen sich in aller Deutlichkeit im Bereich der Handelsplattformen entdecken, deren Nutzung

[22] *Schwenke*, K&R 2012, 305.

[23] So auch *Adelberg*, Rechtspflichten und -grenzen, S. 9; vgl. auch *Kaplan/Haenlein*, Business Horizons 2010, 59 ff.

[24] Vgl. die Darstellung bei *Taddicken/J.-H. Schmidt*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 3, 7, die deutlich macht, dass die Metapher des Versionsupdates („Web 1.0, 2.0" etc.) insofern irreführend ist, als es sich nicht um abrupte Veränderungen, sondern schrittweise Veränderung der Angebote handelt. Kritisch auch *K. Beck/Jünger*, in: Handbuch Online-Kommunikation, S. 7, 24, die darauf hinweisen, dass auch schon Mailing-Listen Internetnutzer in einen produzierenden Status versetzen konnten.

[25] *Toffler*, The third wave, S. 12.

[26] *Taddicken/J.-H. Schmidt*, in: Handbuch Soziale Medien, 2017, S. 3, 4, 8; *Münker*, Emergenz, S. 15; *Drexl*, ZUM 2017, 529.

[27] *J.-H. Schmidt/Taddicken*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 19, 21 sprechen von den „WYSIWYG"-Editoren (abgekürzt für „what you see is what you get").

[28] Dazu unten Kap. 1 C.I.

[29] Vgl. nur die Definition vom Begriffsschöpfer des Web 2.0 *O'Reilly*, Web 2.0 Compact Definition: Trying Again, 2006 (http://radar.oreilly.com/2006/12/web-20-compact-definition-tryi.html.) (letzter Abruf am 10.5.2024).

[30] *Taddicken/J.-H. Schmidt*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 3, 5.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

attraktiver wird, je höher das Volumen von Angebot und Nachfrage ist.[31] Sie sorgen letztlich auch dafür, dass die große emanzipatorische Versprechung des Web 2.0, mit seinen Social-Media-Anwendungen eine Dezentralisierung zu bewirken und den Einzelnen zum Prosumenten zu ermächtigen, ein wenig einbricht; Netzwerkeffekte befördern nämlich stets eine Zentralisierung.[32]

1. Soziale Netzwerke als Untergattung der sozialen Medien

Was macht nun ein soziales Medium zu einem sozialen Netzwerk? Um diese Frage aus der Sicht der Kommunikationswissenschaften zu beantworten, soll sich der Kategorisierung und Abgrenzung verschiedener Gattung sozialer Medien von Taddicken/J.-H. Schmidt angenommen werden, wobei – wie schon im dogmatischen Spiegel des NetzDG angedeutet – eine trennscharfe und nachhaltige Zuordnung der Dienste mitunter schwerfallen kann. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass sich die Funktionen und Nutzungspraktiken einzelner Dienste nicht einheitlich feststellen lassen. Schon genanntes Beispiel sind die Messengerdienste Telegram und WhatsApp, die nicht nur eine Individualkommunikation, sondern (mittlerweile) mit den sog. Kanälen eine Massenkommunikation ermöglichen. Facebook und Instagram andererseits – im Folgenden als soziale Netzwerke bzw. Kreativplattformen verortet – beinhalten jeweils auch Messaging-Funktionen. Zudem entwickeln sich die einzelnen Angebote fortlaufend weiter, weshalb eine einmal getroffene Zuordnung nicht notwendigerweise Bestand haben muss.[33] Dennoch soll sich an einer groben Unterscheidung, angelehnt an Taddicken/J.-H. Schmidt, versucht werden: Sie differenzieren innerhalb des Sammelbegriffs sozialer Medien zunächst zwischen Personal-Publishing, Instant Messaging/Chats, Wikis und Plattformen.[34]

Wikis (bekanntestes Beispiel ist die Online-Enzyklopädie Wikipedia) dienten der kollaborativen Wissensdokumentation und werden in einem Hypertext-Dokument direkt im Browser erstellt.[35]

Chats und Instant Messaging seien auf die synchrone, typischerweise aber nicht ausschließlich textbasierte Kommunikation von Nutzern gerichtet. Während Chats einen eigenen Kommunikationsraum bereitstelle, der durch verschiedene Nutzer

[31] Vgl. dazu *Sunyaev et al.*, in: Rechtshandbuch Social-Media, Kap. 3 Rn. 9 ff.

[32] *Wielsch*, in: Netzwerkrecht, S. 61, 61 f. Das gilt insbesondere, wenn ein Wechsel der Plattform durch sog. Lock-in-Effekte zusätzlich unattraktiv wirkt. *Jaeckel*, Plattform, S. 176 beschreibt dieses Phänomen im Hinblick auf die verdateten Sozialkontakte, das persönliche, mitunter mühsam aufgebaute Profil und die um das Netzwerk herum entstandene Partner-Ökonomie.

[33] So auch *Taddicken/J.-H. Schmidt*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 3, 7 f.; vgl. auch *Hohlfeld et al.*, in: Rechtshandbuch Social Media, Kap. 2 Rn. 8 mit Beispielen.

[34] *Taddicken/J.-H. Schmidt*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 3, 8 ff.

[35] *Taddicken/J.-H. Schmidt*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 3, 12.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

betreten und bespielt werden könne, sei das Instant Messaging auf eine gegenseitige Autorisierung der Nutzer in der Individualkommunikation angewiesen.[36]

Plattformen seien dadurch charakterisiert, dass sie eine Vielzahl regelmäßig registrierter Nutzer zwecks Kommunikation zusammenführten und ihnen eine softwaretechnische Infrastruktur böten.[37] Taddicken/J.-H. Schmidt wollen drei Unterkategorien bilden:

Erstens (soziale) Netzwerkplattformen, bei denen die persönliche Darstellung der Nutzer in eigenständigen Profilbereichen im Vordergrund stehe, wenn Nutzer sich (regelmäßig kostenlos) registrieren.[38] Davon ausgehend erfüllten soziale Netzwerke Funktionen des Identitätsmanagements[39] i. S. e. Selbstdarstellung, indem sich der Nutzer „selbst in die Existenz schreibt“[40].[41] Weiteres Charakteristikum sei die Möglichkeit der Vernetzung mit anderen Nutzern im gegenseitigen Einvernehmen.[42] Insofern dienten soziale Netzwerke dem Beziehungsmanagement[43], verstanden als die Pflege sozialer Kontakte und die weitere Ausbildung eigener Identität durch die Interaktion mit anderen.[44] Die Darstellung der Inhalte für jeden einzelnen Nutzer erfolge entlang dieser ‚verdateten' Beziehungen. Der Inhalt folgt hier also typischerweise den sozialen Beziehungen.[45] Erfasst werden damit allgemeine (soziale) Netzwerke (bspw. mySpace, Facebook, vKontakte) und bereichsspezifische (soziale) Netzwerke, wie die bereits erwähnten Karrierenetzwerke (bspw. LinkedIn, Xing, monster.de) oder Partnervermittlungsseiten (bspw. ParShip, Elitepartner). Sie

[36] *Taddicken/J.-H. Schmidt*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 3, 11 f. Eine Trennung von Chats und Instant Messaging i. e. S. ist dann nur noch schwer zu vollziehen, wenn es um Nutzergruppen etwa bei WhatsApp geht.

[37] *Taddicken/J.-H. Schmidt*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 3, 8 f.

[38] *Boyd/Ellison*, Journal of Computer-Mediated Communication 2008, 210, 211.

[39] Zu dem Begriff *J.-H. Schmidt/Taddicken*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 19, 28; vgl. auch schon *Boyd/Ellison*, Journal of Computer-Mediated Communication 2008, 210, 219: „Impression Management and Friendship Performance“.

[40] Vgl. *Sundén*, Material virtualities, S. 3.

[41] *M. Koch/Richter/Schlosser*, Wirtschaftsinformatik 2007, 448, 450; *Bauer*, Soziale Netzwerke, S. 29; *Pille*, Meinungsmacht, S. 94. Damit einher geht es, dass im Gegensatz zu anderen Formen sozialer Medien eine Nutzung regelmäßig mit unter der „wahren“ personalen Identität stattfindet bzw. eine solche sogar innerhalb der AGB, wenn auch häufig ohne Durchsetzung dieser Forderung, vorgeschrieben wird. Vgl. dazu *Ihwas*, Strafverfolgung, S. 40; sowie *Pille*, Meinungsmacht, S. 128 f., der zugleich richtigerweise darauf hinweist, dass eine solche Charakteristik nicht zwingend vom Auftreten unter dem vollständigen oder richtigen Namen abhängt, sondern davon, dass der Nutzer für vernetzte Kontakte identifizierbar ist.

[42] *Boyd/Ellison*, Journal of Computer-Mediated Communication 2008, 210, 213.

[43] Zum Begriff wieder *J.-H. Schmidt/Taddicken*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 19, 29.

[44] Besonders betont wird dieser Aspekt auch von *Iben*, Meinungsroboter, S. 30, der aber letztlich die Relevanz für die politische Willensbildung mit Blick auf seinen Untersuchungsgegenstand höher gewichtet, indem er auch Twitter erfassen will.

[45] *Taddicken/J.-H. Schmidt*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 3, 8; den Aspekt der sozialen Identitätsbildung durch Interaktion betonend *Zehe*, in: Facebook, Google & Co., S. 33, 37.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unterscheiden sich hinsichtlich der Art der Vernetzung: Während eine virtuelle Verbindung in Universalnetzwerken regelmäßig erst nach einem persönlichen Aufeinandertreffen stattfindet, dienen die bereichsspezifischen Netzwerke häufig gerade einer Ausweitung des Netzwerks insgesamt entsprechend dem spezifischen Anliegen (bspw. Job- oder Partnersuche).[46] Besonders (aber nicht nur) die Entwicklung in der tatsächlichen Nutzung allgemeiner sozialer Netzwerke legt aber nahe, die Betonung des Identitäts- und Beziehungsmanagements zu überdenken. So beobachten K. Beck/Jünger, dass „mittlerweile […] die Verbreitung von Mitteilungen anscheinend wichtiger geworden [ist], während die Pflege der persönlichen Profile an Bedeutung verliert."[47] Immer weniger stünden die Profile, sondern Inhalte im Zentrum der Nutzung von bislang klar als soziales Netzwerk eingeordneten Diensten.[48]

Als *zweite* Unterform der Plattformen nennen Taddicken/J.-H. Schmidt Diskussionsplattformen (klassischerweise Foren), bei denen die Kommunikation weniger durch die Profile der Nutzer, sondern vielmehr durch die thematischen Fragen und entsprechenden Antworten (sog. Threads) strukturiert werde.[49]

Drittens seien Kreativ-Plattformen, bei denen das Publizieren und Rezipieren von nutzergenerierten Inhalten im Vordergrund stehe, als eigene Kategorie einzuordnen. Beispiele seien hier Instagram (Bild) und YouTube (Video). Zwar sei wie bei sozialen Netzwerken eine Interaktion mit den Beiträgen anderer möglich, der Fokus liege jedoch weniger auf Kontaktpflege und Identitätsmanagement als im Wesentlichen auf den generierten Inhalten.[50] Berücksichtigt man aber die Beobachtung von K. Beck/Jünger, so ist die von Taddicken/J.-H. Schmidt vorgeschlagene Trennung von sozialen Netzwerkplattformen und Kreativ-Plattformen im Begriff, sich aufzulösen. Denn eine Fixierung auf das Inhaltsmedium (Text, Bild, Video) lässt sich bei den einzelnen Plattformen kaum in mehr als einer Häufung ausmachen. So wird auch Instragram (als Plattform der Bilder) vermehrt für die Verbreitung kurzer Videos, aber auch von textfokussierten Inhalten (in Form grafischer Darstellungen) genutzt.

[46] *Pille*, Meinungsmacht, S. 123 f.

[47] *K. Beck/Jünger*, in: Handbuch Online-Kommunikation, S. 7, 23.

[48] *K. Beck/Jünger*, in: Handbuch Online-Kommunikation, S. 7, 23.

[49] *Taddicken/J.-H. Schmidt*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 3, 9.

[50] *Taddicken/J.-H. Schmidt*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 3, 9. Zu beachten ist, dass in der Vorauflage noch von UCG-Plattformen die Rede war. Die Verengung ist insofern zu begrüßen, als user generated content ein zentraler Bestandteil aller sozialen Medien ist. Gleichzeitig scheint eine Unterordnung von Bewertungs- und Empfehlungsplattformen wie TripAdvisor oder yelp nicht unzweifelhaft (a. a. O., S. 10). Denn stellt man den nutzergenerierten Inhalt bei Kreativ-Plattformen ins Zentrum der sozialen Interaktion, anders als es bei Diskussionsforen das vorgegebene Thema (bzw. Thread) ist, scheinen sich Bewertungsplattform weniger einzufügen. Vielmehr steht das Restaurant, Hotel oder die Arztpraxis etc. im Zentrum der Interaktion in Form der Bewertungen, sodass entsprechende Plattformen eine besondere Nähe zur Diskussionsplattform aufweisen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Neben den Wikis, Messagingdiensten und Plattformen stehe das Personal Publishing. Dieses richte sich zwar auch auf die Veröffentlichung von Inhalten, stelle dabei aber weniger die Interaktion zwischen den Nutzern, sondern vielmehr den einzelnen Autor bzw. Urheber in den Vordergrund. Klassische Formate sind Weblogs und auch Podcasts.[51] Sog. Micro-Blogging-Dienste hätten sich dabei zu einer eigenen Gattung des Personal Publishings entwickelt und wiesen eine starke Nähe zu Netzwerkplattformen auf, da die Strukturierung des Inhalts wieder an die Explikation von Beziehungen knüpfe, also davon abhänge, welchen Profilen ‚gefolgt' wird.[52] Der wohl bekannteste Micro-Blogging Dienst ist X (ehem. Twitter). Der Anbieter ermöglicht primär die Abgabe von telegrammartigen Inhalten von maximal (mittlerweile) 280 Zeichen durch eingeloggte Nutzer. Diese können sich an die gesamte Community, bestimmte Gruppen oder Einzelpersonen richten. So wie auch bei Facebook können Inhalte ‚geliked' und ‚geteilt' werden. Ebenso kann das Profil neben dem Nutzernamen zusätzlich mit einem Bild und einer biografischen Beschreibung sowie einigen persönlichen Daten versehen werden.[53] Ein Unterschied zu Facebook – und daran wird deutlich, dass es sich bei X (ehem. Twitter) nicht um eine soziale Netzwerkplattform im kommunikationswissenschaftlichen Sinne handelt – besteht darin, dass die Verknüpfung zu anderen Nutzern nicht über eine Verknüpfung der Konten durch ein ‚Befreunden' stattfindet, sondern durch das einseitig mögliche ‚Abonnieren' der Inhalte eines Nutzerprofils.[54] Zwar mag sich darin ein Unterschied hinsichtlich des Aspekts des Beziehungsmanagements ausdrücken, nicht aber ist daran ersichtlich, warum Micro-Blogging-Dienste nicht den Plattformen untergeordnet werden.

2. Enge des kommunikationswissenschaftlichen Begriffs sozialer Netzwerke

Aus der vorangehenden Darstellung ergibt sich, dass sich soziale Netzwerke in einem engen Sinne anhand ihrer Funktion als Raum eines ausgeprägten Identitäts- und Beziehungsmanagements darstellen lassen. Im Vordergrund stehen also – wie überwiegend angenommen – Selbstdarstellung und die Kontaktpflege. Stellt man diese Funktionen für eine Abgrenzung zentral, so bildet sich ein auf andere Weise enger Begriff als beim NetzDG, das sich – wie weiter oben festgestellt – vornehmlich an der Verbreitung von Inhalten in einem (teil-)öffentlichen Kommunikationsraum orientiert. Dieser Aspekt wird allerdings – wie aufgezeigt – auch zum Teil in der

[51] *Taddicken/J.-H. Schmidt*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 3, 10 f.

[52] *Taddicken/J.-H. Schmidt*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 3, 10 f.

[53] So macht der Dienste Twitter bzw. X zwar das Profilbild, die Biografie und Beiträge sichtbar. Im Vergleich zum sozialen Netzwerk Facebook geht es jedoch weniger um die lebenslaufartige Abbildung einer personalen Identität innerhalb des Profils. Zu den Stabilisierungstendenzen im Hinblick auf die Raum-Zeit-Konstitution bei Facebook gegenüber X *Hartmann*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 391, 402 f.

[54] Dazu unten Kap. 1 B. II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kommunikationssoziologischen Literatur gewürdigt.[55] Er ist auch für eine medienstrafrechtliche Betrachtung bedeutender als das Identitäts- und Beziehungsmanagement.[56] Denn Erwägungen zu strafrechtlichen Verantwortlichkeiten zeigen sich blind dafür, ob persönliche Profile und eine wechselseitig bestätigte Vernetzung (wie bei Facebook) stattfindet oder kurze Nutzerinhalte (wie bei X (ehem. Twitter)) im Zentrum der Raumarchitektur stehen und die Zuordnung der Inhalte über ein einseitiges Abonnieren stattfindet. Ebenso ist es für eine strafrechtliche Bewertung gleichgültig, ob Nutzer regelmäßig ihre echte Identität ausprägen oder ob (wie in WhatsApp-Gruppen) nur eine Telefonnummer bekannt ist.

3. Weite des Oberbegriffs sozialer Medien

Wenn für die Zwecke dieser Arbeit der überwiegend kommunikationswissenschaftlich geübte Begriff der sozialen Netzwerke, etwa unter Ausschluss von X (ehem. Twitter) und YouTube, zu eng ist, dann scheint die Frage berechtigt, warum nicht schlicht der Oberbegriff der sozialen Medien verwendet wird. Dafür würde auf den ersten Blick sprechen, dass es Charakteristikum sozialer Medien ist, Nutzern die Möglichkeit zu geben, eigene Inhalte einer Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Allerdings scheint der Begriff insofern zu weit, als er jede Aktivierung von Nutzern in diese Richtung erfasst, also auch Webblogs, Podcasts und Wikis. Dienste dieser Art sind dabei aber selten interessant im Hinblick auf die Verantwortlichkeit von Anbietern für die Inhalte Dritter. Zumeist geht es in solchen Fällen um die Verantwortlichkeit für eigene Inhalte und damit um Fragen der strafrechtlichen Nutzerregulierung. Solche Dienste (Webblogs, Podcasts und Wikis) sind kein Ausdruck dessen, was mit den Begriffen des Kommunikationsraums oder der Plattform verbunden ist, sodass der Begriff der sozialen Medien für unsere Zwecke zu weit scheint.

III. Eigener funktionaler Begriff Sozialer Netzwerke: ‚Ein Raum der Räume'

Für die Zwecke dieser Arbeit soll daher am Begriff der sozialen Netzwerke festgehalten werden. Er beschreibt im besonderen Maße, wie die Untersuchung einleitend darstellt, einen Kommunikationsraum, in dem sich Hassrede besonders verbreitet, der dazu einlädt und dessen ‚Kommunikationsklima' als besonders schützenswert erachtet wird.[57] Ein für diese Untersuchung verwendeter Begriff sozialer Netzwerke orientiert sich stark an der Vorstellung eines Kommunikations-

[55] Vgl. erneut *K. Beck/Jünger*, in: Handbuch Online-Kommunikation, S. 7, 23.

[56] In eine andere Richtung *Ihwas*, Strafverfolgung, S. 41 ff., der sich um eine „Definition im strafrechtlichen Sinne" bemüht und das Identitäts- und Beziehungsmanagement zentral stellt.

[57] Vgl. dazu Einleitung A. I.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

raums, der durch seine Anbieter gestaltet und für Nutzer und ihre Inhalte zugänglich gemacht wird. Dieses Begriffsverständnis bewegt sich wieder in Richtung der Definition des § 1 Abs. 1 NetzDG, sieht man einmal von der Begrenzung auf beliebige Inhalte und sonstige Bereichsausnahmen ab. Eine besondere Nähe hierzu weist auch der Begriff der Online-Plattform des DSA auf (Hostingdienst, der die Inhalte von Nutzern nicht nur speichert, sondern auch öffentlich verbreitet (Art. 3 i) DSA)).

Allerdings bietet sich letztgenannter Plattformbegriff für die hiesige Untersuchung aus zwei Gründen nicht an[58]: Zum einen umfasst er eben auch Plattformen, die nicht der Kommunikation als solcher dienen und in besonderer Weise anfällig für die Begehung von Kommunikationsdelikten sind. Zum anderen vermögen vor allem Angebote wie Facebook und X (ehem. Twitter) den Blick für verschiedene Anbieter nachgelagerter Ordnung zu öffnen, denen sich diese Untersuchung auch widmen soll. Das bedeutet nicht, dass Anbieter sozialer Netzwerke nicht als Online Plattformen i. S. d. DSA einzuordnen sind, sondern, dass sich Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke als präziserer Begriff für die nachfolgende Untersuchung darstellen.

Mit Anbietern nachgelagerter Ordnung sind dabei solche Nutzer gemeint, die durch ihre Nutzung der sozialen Netzwerke eigene Kommunikationsräume eröffnen und gestalten. Die These dieser Untersuchung ist es also, dass auf der Suche nach möglichen Adressaten einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit für strafrechtswidrige Inhalte nicht nur die Anbieter der sozialen Netzwerke als ‚Architekten und Türsteher' des Kommunikationsraums in Betracht kommen, sondern die Perspektive zu erweitern ist.[59] Denn etwa auch Gruppenadministratoren innerhalb sozialer Netzwerke eröffnen den Raum für Kommunikation, ebenso wie ein netzwerköffentlicher Post, der die Möglichkeit zur Kommentierung bietet und Gelegenheit zur Anschlusskommunikation schafft. Im Folgenden soll zunächst begründet werden, warum eine Konturierung von Unter-Kommunikationsräumen mit normativen Wertungen möglich ist (1.), um sodann eine Unterteilung dieser Angebote nachgelagerter Ordnung vorzuschlagen (2.).

1. Kennzeichen eines ‚Raums in einem Raum'

Die Frage, wann sich Räume innerhalb eines Raums im eben beschriebenen Sinne konturieren lassen, ist keine, die eine kommunikationswissenschaftliche Begriffs- und Kategorienbildung beschäftigt. Sie interessiert aus einer strafrechtsdogmatischen (und kriminalpolitischen) Perspektive. Die Frage wird daher von normativen Erwägungen und Gedankenansätzen geleitet, um den phänomenologischen Bereich

[58] Vgl. auch die Begriffskritik bei *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 132 ff., der die Plattformmetapher als ein verzerrtes Narrativ ablehnt, weil eine Neutralität gegenüber den Inhalten und ein kommunikatives Machtgleichgewicht insinuiert, was an der Realität vorbeigehe. Auf seine Kritik am Neutralitätstopos in Anbetracht der algorithmischen Sortierung und Strukturierung der Inhalte innerhalb des Kommunikationsraums wird an verschiedenen Stellen zurückzukommen sein (Kap. 1 C. und Kap. 3 B. III. c) aa)).

[59] Inspiriert ist diese Perspektive von *P. Hacker*, MMR 2018, 779.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auf das hier strafrechtlich Interessierende zuzuschneiden. Sicherlich wäre es dabei möglich, auf eine phänomenologische Begriffsbildung zu verzichten und sich mit den Einzelpraktiken der Nutzer auseinanderzusetzen. Man könnte dann schlicht von Gruppen, Posts, Fanseiten, Kanälen etc. sprechen. Damit die Arbeit aber anschluss- und übertragungsfähig bleibt, werden bereits zur Kennzeichnung von Unter-Räumen bzw. Anbietern nachgelagerter Ordnung normative Wertungen mit einbezogen, um zu bestimmen, wann sich eine Untersuchung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit innerhalb sozialer Netzwerke lohnen kann. Ein solches Vorgehen scheint schon deshalb geboten, weil sich Anwendungen innerhalb sozialer Medien mit höchster Dynamik verändern.

Die Frage, wann von Unter-Kommunikationsräumen bzw. Anbietern nachgelagerter Ordnung gesprochen werden kann, lässt sich daher wie folgt stellen: Wann ist der nutzerseitig geschaffene Raum für Anschlusskommunikation derart vom gesamten Kommunikationsraum ablösbar, dass er eine gesonderte Verantwortung begründen könnte? Die Antwort auf diese Frage muss gezwungenermaßen strafrechtsdogmatische Erwägungen vorwegnehmen. Sie muss benennen, welche technischen Funktionen innerhalb des Angebots erster Ordnung gegeben sein müssen, um eine strafrechtliche Bewertung in nachgelagerter Ordnung relevant werden zu lassen. Anhand dieser Funktionen lässt sich dann ein phänomenologischer Begriff von Kommunikationsräumen bzw. von Anbietern nachgelagerter Ordnung bilden.

Beim Vorausgriff möglicherweise normativ bedeutender Funktionen sind zwei Aspekte zu trennen, die mit den in Betracht zu ziehenden Anknüpfungspunkten für eine (straf-)rechtliche Verantwortlichkeit von Plattformanbietern korrespondieren[60]:

Zum einen stellt sich die Frage, ob mit der Bereitstellung des Kommunikationsraums ein rechtlich unerlaubtes Risiko geschaffen wird und schon deshalb die Eröffnung und Aufrechterhaltung des Raums eine Verantwortlichkeit begründen kann. Die Annahme eines erlaubten Risikos hängt entscheidend von der Gestaltung des Raums ab und ob sie im Vergleich zu der anderer Räume (straf-)rechtswidrige Kommunikation auf bestimmte Weise incentivieren kann. Und insofern ist es durchaus denkbar, dass bestimmte Gruppen, Fanseiten oder Ausgangs-Posts stärker zu einer solchen Kommunikation einladen als andere oder als die netzwerköffentliche Kommunikationsmöglichkeit. Damit können sodann die mit dem Raum als solchem verbundenen Risiken variieren. Gestaltbarkeit und ‚inhaltliche Imprägnierbarkeit' könnten also ein erster Aspekt der normativen Konturierung von Unter-Räumen sein.

Zum anderen ist fraglich, wann jemand für die mangelnde Aussonderung eines Inhalts innerhalb des eigens geschaffenen Kommunikationsraums verantwortlich sein könnte. Es werden innerhalb der Untersuchung zwei Besonderheiten näher betrachtet, die einer Konturierung dienen können: *Erstens*, dass die Unter-Kommunikationsräume eine eigene Reichweite vermitteln, die innerhalb des Netzwerks

[60] Vgl. schon Einleitung A. III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ansonsten nicht zur Verfügung stünde. Denn die besondere Reichweite der Netzwerköffentlichkeit bestimmt, wie zu Anfang der Untersuchung gezeigt, die Beeinträchtigungsstärke aggressiver Kommunikation jedenfalls aus Sicht des Gesetzgebers wesentlich mit.[61] Innerhalb sozialer Netzwerke besteht aber in praktischer Hinsicht nicht ‚die eine' für Nutzer zu erzielende Reichweite. Sie wird vielmehr multifaktoriell gebildet: Von maßgeblichem Einfluss ist dabei der eigene Vernetzungsgrad, also die Zahl der assoziierten Kontakte, aber auch die Nutzung bestimmter Gruppen, Profilseiten anderer (reichweitenstarker) Kontakte oder auch die Kommentierung unter (viralen) Posts. Daher könnte die Reichweite eines Kommunikationsraums, wenn davon das Ausmaß der Rechtsgutsbeeinträchtigung abhängt, ein besonderes Risiko und damit einen normativen Anknüpfungspunkt darstellen. *Zweitens* ist es ein Umstand, der normative Relevanz erlangen könnte, dass der Anbieter eine besondere Herrschaft über die Inhalte des eigenen Raums ausübt. Ausdruck davon könnte etwa die technische Option sein, Inhalte Dritter zu löschen. Beide Aspekte sind etwa im Falle von Gruppen oder einzelnen Posts innerhalb von Facebook zu beobachten. Anders liegt es etwa bei WhatsApp-Gruppen: Zwar ließe sich von einer eigenständigen Reichweite sprechen, die der Administrator den Gruppenmitgliedern verschafft, regelmäßig verbleibt ihm allerdings keine Möglichkeit der Löschung von Inhalten Dritter.[62]

Zusammengefasst: Um von einem Kommunikationsraum innerhalb eines sozialen Netzwerks sprechen zu können, braucht es zunächst einmal die Möglichkeit für andere Nutzer, innerhalb dieses Unter-Raums Inhalte zu platzieren. Eine weitere Konturierung lässt sich anhand normativ möglicherweise relevanter Umstände vornehmen. Zu nennen sind *erstens* die Gestaltbarkeit bzw. ‚inhaltliche Imprägnierbarkeit' des Raums, *zweitens* eine Veränderung der Reichweite des Nutzers im Vergleich zur Nutzung der netzwerköffentlichen Reichweite, die ihm mit einem eigenen Post zur Verfügung stünde und *drittens* die besondere Herrschaft des Anbieters innerhalb des Unter-Raums, die sich in der Fähigkeit zur Löschung fremder Inhalte ausdrückt. Im Laufe der Untersuchung wird sich zeigen, dass für die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht alle diese Umstände relevant sein müssen und Bedeutung etwa entweder nur dem Betrieb eines Angebots oder der fehlenden Aussonderung von strafrechtswidrigen Inhalten zukommen kann. Insofern spiegelt sich in diesem Vorausgriff die Zweiteilung des dritten Hauptteils der Untersuchung wider.[63]

---

[61] Vgl. Einleitung A. I. und eingehender Kap. 2 C.

[62] Es besteht auch keine Möglichkeit der Löschung der gesamten Gruppe, sondern nur die Option, sie zu verlassen. Anders ist es bspw. bei X (ehem. Twitter) und dem Kommunikationsraum eines Posts (ehem. Tweets). Zwar können Kommentare Dritter nicht isoliert gelöscht werden, jedoch kann der gesamte Post gelöscht werden.

[63] Kap. 5: Verantwortlichkeit für den Betrieb kriminell ausgerichteter Angebote; Kap. 6: Verantwortlichkeit für die unterlassene Aussonderung strafrechtswidriger Inhalte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Anbieter zweiter und dritter Ordnung

Die vorgeschlagene Konturierung von Kommunikationsräumen nachgelagerter Ordnung anhand von technischen Umständen soll für den weiteren Gang der Untersuchung eine nächste grobe Unterteilung tragen, die das Inklusivitätsverhältnis dieser Angebote verdeutlicht. Es wird vorgeschlagen, die Anbieter sozialer Netzwerke insgesamt als Anbieter erster Ordnung zu verstehen. Gruppen, Fanseiten, Profilseiten, Veranstaltungsseiten und Kanäle, in denen weitere Inhalte durch andere Nutzer platziert werden können (und sollen) sind Kommunikationsräume innerhalb dieser Angebote erster Ordnung. Sie werden daher als Angebote zweiter Ordnung verstanden.

Da einzelne kommentierungsfähige Posts auch innerhalb solcher Angebote zweiter Ordnung platziert werden können, die ihrerseits Raum für Anschlusskommunikation[64] schaffen, wiederum inhaltlich durch den Ausgangsinhalt ‚imprägnierbar' sind und eine eigene Reichweite vermitteln können, werden sie hier als Angebote dritter Ordnung bezeichnet.

Zur Veranschaulichung: Findet sich ein volksverhetzender Kommentar unter einem Post auf einer persönlichen Profilseite bei Facebook, so kommen neben dem Content-Provider für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit drei Adressaten in Betracht: Der Anbieter erster Ordnung, nämlich der Betreiber von Facebook bzw. seine Contentmoderatoren, der Anbieter zweiter Ordnung, nämlich der Betreiber der Profilseite und der Anbieter dritter Ordnung, der den Post auf dieser Profilseite abgegeben hat, unter dem sich der volksverhetzende Kommentar findet.

Es ist nicht zu übersehen, dass Angebote dritter Ordnung auch unmittelbar innerhalb der Netzwerköffentlichkeit positioniert werden können. Faktisch bleiben dann nur zwei Anbieter als mögliche Adressaten einer Verantwortlichkeit bestehen. Gleichwohl unterscheiden sich Angebote zweiter und dritter Ordnung auch in diesen Fällen phänomenologisch darin, dass Angebote dritter Ordnung im stärkeren Maße flüchtig sind als Angebote zweiter Ordnung, deren Zweck es regelmäßig ist, längerfristig einen Kommunikationsraum zu bieten und ihn von einem übergeordneten Thema und nicht von einem Ausgangsinhalt abhängig zu machen.

3. Exkurs: Anbieter dezentraler sozialer Netzwerke

Die erweiterte Perspektive auf Anbieter verschiedener Ordnungen innerhalb der Netzwerke wird zusätzlich durch jüngste technologische Entwicklungen im Bereich

[64] In Hatespeechanalysen werden zum Teil die Begriffe der Elternkommentare (für Inhalte, die keine Antwort auf andere Inhalte darstellen) und Kindkommentare (für Inhalte, die eine Antwort darstellen) verwendet, vgl. *Demus et al.*, in: Handbuch Cyberkriminologie 1, S. 261, 273. Da damit eine inhaltliche Beziehung gemeint ist und bei der kriminologischen Untersuchung thematische Wechsel relevante Zäsuren darstellen können, kann auch Anschlusskommunikation ein Elternkommentar in diesem Sinne sein.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Dezentralisierung von Netzwerken nahegelegt. Prominentestes Beispiel eines solchen dezentralen Netzwerks ist Mastodon, das dem sog. Fediverse zugeordnet wird und mittlerweile 10 Millionen Nutzer zählt.[65] Äußerlich weist Mastodon starke Ähnlichkeiten zu X (ehem. Twitter) auf[66], unterscheidet sich aber in seiner Philosophie und technosoziologischen Grundstruktur erheblich: Dem Gedanken der Dezentralisierung folgend werden Inhalte nicht auf zentralen, von einzelnen Netzwerkanbietern beherrschten Servern abgelegt, sondern auf unterschiedlichen vernetzten Einzelservern (sog. Instanzen), die durch jede natürliche oder juristische Person auf eigene Kosten bereitgestellt werden können.[67] Inhalte können trotzdem instanzübergreifend verbreitet und für den Nutzer zugänglich gemacht werden.[68] Wo erst eine zentrale Speicherung und Zuschreibung von Verantwortlichkeit für Drittinhalte ausscheidet, drängt sich ganz automatisch die Frage nach der Verantwortlichkeit der Anbieter der Instanzen auf. Sie betrifft freilich nicht speziell das hier im Zentrum der Untersuchung stehende Phänomen der mehrrangigen Anbieterordnungen, kann aber helfen, die Fixierung auf die vermeintlich singuläre Stellung einzelner Plattformanbieter zu lösen und offen nach den normativen Anknüpfungspunkten für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit zu suchen.[69]

4. Zwischenfazit: Notwendige und typische Merkmale sozialer Netzwerke

Für soziale Netzwerke soll i. R. d. Untersuchung ein verhältnismäßig weiter Begriff zugrunde gelegt werden soll, der jede Internetplattform umfasst, die Inhalte Dritter speichert und für Nutzer entsprechend ihrer ‚verdateten' sozialen Beziehung geordnet zugänglich macht.[70]

---

[65] *Wiedemann*, GRUR-Prax 2023, 411.

[66] Dezentrale Pendants gibt es auch von Facebook (Friendica), Instagram (Pixelfed) und YouTube (PeerTube). Vgl. dazu *John/J. Müller/Rennert*, GRUR 2023, 691.

[67] *Wiedemann*, GRUR-Prax 2023, 411.

[68] *John/J. Müller/Rennert*, GRUR 2023, 691; *Wiedemann*, GRUR-Prax 2023, 411.

[69] Vgl. zu der Frage der Providerprivilegierung der Instance-Anbieter unten Kap. 3 B. I. 1. a).

[70] Die Anknüpfung an den Begriff des sozialen Netzwerks wird bei *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 132 ff. ebenso wie die Begriffe der Diensteanbieter und Plattformen zu Gunsten des Begriffs der Informationsintermediäre befürwortet. Der Begriff kann für die Zwecke dieser Untersuchung schon deshalb nicht vorzuziehen sein, weil er auch Suchmaschinen erfasst (a. a. O., S. 148 f.) und keinerlei Begrenzung auf Kommunikationsplattformen mit sich bringt. Schiffs Kritik am Begriff sozialer Netzwerke betrifft zweierlei (a. a. O., S. 142): Erstens sei keine Abgrenzung von dem sozialwissenschaftlichen Begriff sozialer Netzwerke möglich (dazu nur *Kähler*, Zeitschrift für Soziologie 1975, 283, 285), die nicht der digitalen Sphäre vorbehalten sind. Zweitens sei nicht klar, ob die Summe der Personen und Kommunikation, aus denen das soziale Netzwerk besteht, oder die Betreiber gemeint sind. Für beides bietet der Begriff „Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke" eine Lösung. Der Anbieter steht dabei kurz für Diensteanbieter und der Begriff ist klar tätigkeitsbezogen. Er macht dabei auch die Abgrenzung vom allgemeineren sozialwissenschaftlichen Konzept deutlich, da soziale Netzwerke nicht als Service angeboten werden können.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Typischerweise ermöglicht das Design von sozialen Netzwerken die Eröffnung von Angeboten nachgelagerter Kommunikationsräume, in denen Dritte Inhalte platzieren können, die inhaltlich durch Nutzer ‚imprägnierbar' sind, die eine eigene Reichweite generieren können und über die regelmäßig nicht nur die Personen im Lager der sozialen Netzwerke, sondern andere Nutzer eine Herrschaft im Sinne einer Löschbefugnis ausüben. Facebook und X (ehem. Twitter) können als Prototypen solcher Netzwerke gelten, die Angebote aller drei Ordnungen beinhalten.

Indem einzelne technische Funktionen der Angebote nachgelagerter Ordnung vor dem Hintergrund einer möglichen strafrechtsdogmatischen Relevanz aufgezeigt wurden, besteht die Hoffnung, dass die Begriffsbestimmung für weitere, an der rechtlichen Verantwortlichkeit interessierte Forschungsarbeiten anschlussfähig ist, selbst wenn sich Begrifflichkeiten und Funktionen innerhalb der Netzwerke verändern. Denn es lässt sich schon an dieser Stelle beobachten, dass es die Architektur der sozialen Netzwerke ist, die darüber bestimmt, ob weitere Adressaten einer Verantwortlichkeit für Inhalte Dritter in Betracht kommen. Die für eine Konturierung von Unter-Räumen relevanten Nutzungsfunktionen, die also von den Anbietern erster Ordnung bestimmt werden, können sich dabei ebenso dynamisch wandeln wie auch sonstige Nutzungsfunktionen. Diese Anpassungen mögen zum einen im Zusammenhang mit rechtlichen Design-Vorgaben stehen, lassen sich aber zum anderen regelmäßig auf die privatwirtschaftlichen Interessen der Anbieter zurückführen. Es sollen daher noch zwei Abschnitte folgen, die die bisherige Begriffsbildung kontextualisieren: Zunächst sollen wesentliche Nutzungsfunktionen sozialer Netzwerke in der Art eines Glossars zusammengestellt werden, um einige bei der Begriffsbildung vorweggenommene Merkmale zu erläutern und eine definitorische Grundlage für die rechtlichen Betrachtungen zu liefern (B.). Sodann soll gezeigt werden, dass nicht nur diese Nutzungsfunktionen Teil einer von den Anbietern erster Ordnung errichteten normativen Ordnung sind, bei der Inhalte nicht frei und für jeden gleich zugänglich innerhalb des Kommunikationsraums residieren, sondern auf bestimmte Weise kuratiert werden (C.).

B. Nutzungsfunktionen sozialer Netzwerke: Eine Frage der Affordanzen

Die für unsere Untersuchung relevanten spezifischen Kommunikationsformen und Auswirkungen werden erst durch spezifische medientechnische Funktionen ermöglicht. Dabei ist der Begriff der Funktion nicht als Zweck der Plattform zu verstehen, auf den bereits eingegangen wurde.[71] Vielmehr sind Funktionen als tatsächliche Handlungs- und Nutzungsoptionen zu begreifen, die entsprechenden Zwecken eines Informations-, Beziehungs- oder Identitätsmanagements dienen können. Eine Brücke zwischen der technischen Nutzungsfunktion als solcher und

[71] Dazu oben Kap. 1 A. II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

den mit dem sozialen Netzwerk verbundenen Zwecken lässt sich mit dem auf Gibson[72] zurückgehenden und medienwissenschaftlich fruchtbar gemachten[73] Konzept der Affordanzen begrifflich sichtbar machen. Es betrachtet die technischen Nutzungsoptionen als eine Aufforderung, das technische Artefakt auf bestimmte Weise zu nutzen.[74] Dabei stellt nicht jedes Netzwerk alle sogleich dargestellten Affordanzen bereit. Allerdings ist auch hier der Versuch einer abstrakten Klassifikation geboten, weil sich die Affordanzen eines Netzwerks ebenso wie sein übergeordneter Zweck, sein Geschäftsmodell und vor allem seine Benennungen der Funktionen verändern können.

I. Profilerstellung

Für die meisten sozialen Netzwerke gilt, dass nach der Registrierung, also dem Abschluss eines Plattformnutzungsvertrags zwischen Netzwerkbetreiber und Nutzer, die Möglichkeit besteht, ein eigenes Profil zu erstellen. Es können auf der eigenen Profilseite je nach Netzwerk variierend eigene Fotos hochgeladen werden, persönliche Informationen (Geburtsdatum, Wohnort, Job) dargestellt und Interessen angegeben werden. Welche Informationen typischerweise durch Nutzer auf der Profilseite preisgegeben werden, hängt vom Zweck der Plattformnutzung und damit von der entsprechenden Inhaltsmaske ab: So zielen die Affordanzen bei LinkedIn darauf, eine möglichst starke Repräsentation des beruflichen Lebenslaufs abzubilden. Bei Facebook stehen persönliche Interessen stärker im Vordergrund und bei X (ehem. Twitter) lassen sich verhältnismäßig wenige Profilinformationen einfügen.

II. Vernetzen und Abonnieren

Das Vernetzen und Abonnieren (synonym „Subscribe“, „Folgen“) sind zentrale Affordanzen des sozialen Netzwerks, in denen soziale Beziehungen[75] zwischen Nutzern für einen selbst und andere sichtbar gemacht werden. An ihnen richtet sich typischerweise die Reichweite eigener Inhalte innerhalb des Netzwerks aus. Sie dienen damit nicht nur dem Beziehungsmanagement, sondern prägen die Möglichkeit, reichweitenstark innerhalb eines sozialen Netzwerks zu kommunizieren.

[72] *Gibson*, Visual Perception, passim und insbesondere S. 127.

[73] Vgl. etwa *Thompson*, Theory, Culture & Society 2020, S. 3, 6; *J.-H. Schmidt/Taddicken*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 19, 20 f.; *Kümpel/Rieger*, Wandel der Sprach- und Debattenkultur in sozialen Online-Medien, S. 13; eingehend zur medienwissenschaftlichen Rezeption m. w. N. *Hopkins*, in: Handbuch Soziale Praktiken und Digitale Alltagswelten, S. 47 ff.

[74] M.w.N. *J.-H. Schmidt/Taddicken*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 19, 20 f.

[75] *J.-H. Schmidt/Taddicken*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 19, 25 ordnen der Affordanz des Vernetzens nicht nur die Vernetzung von Nutzern, sondern auch die von Inhalten zu, was typischerweise durch Hyperlinks oder auch die Verwendung von Hashtags (#) erfolgt, um Inhalte thematisch zu clustern.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Darstellung nutzergenerierter Inhalte erfolgt zumeist entlang nutzergenerierter Vernetzungen. Das Vernetzen i. e. S. (bei Facebook: „Freundschaftsanfragen"; bei LinkedIn: „Kontaktanfragen") unterscheidet sich dabei vom Abonnieren dahingehend, dass erstere eine wechselseitige Bestätigung erfordert, während letztere einseitig erfolgen kann.

III. Erstellen und Veröffentlichen von Inhalten

Die für diese Arbeit zentrale Affordanz sozialer Netzwerke besteht in der Möglichkeit, meist registrierter Mitglieder, eigene Inhalte (Text, Bild, Video) zu verfassen und sie anschließend zu veröffentlichen. Es wird im Laufe der Untersuchung für diese Affordanz vielfach der Begriff des „Postings" verwendet. Der Veröffentlichungsgrad kann dabei wiederum von Einstellungen der Nutzer abhängen: So sind es regelmäßig die Nutzer, die darüber verfügen können, ob Posts im gesamten Netzwerk, nur für vernetzte Kontakte oder sogar lediglich für einen Ausschnitt dieser sichtbar sind.[76] Abgesehen von diesen Beschränkungen der Sichtbarkeit eines eigentlich netzwerköffentlichen Posts können auch ablösbare Kommunikationsräume, wie Gruppen, Profil- oder Veranstaltungsseiten Ort einer Veröffentlichung sein.

IV. Annotieren fremder Inhalte

Unter dem Begriff des Annotierens lassen sich verschiedene Formen der Interaktion mit typischerweise fremden Inhalten zusammenfassen. Denkbar sind verschiedene Formen der Bewertung, inhaltlichen Anmerkung und Verbreitung des Inhalts:

Das Kommentieren bezieht sich inhaltlich auf den Ursprungspost und gibt Nutzern die Möglichkeit, eigene Inhalte, meistens in Textform, dem Ursprungspost ‚anzuhängen'. Dabei werden die Inhalte typischerweise unterhalb des Posts dargestellt und können ihrerseits Ausgangspunkt für weitere Anschlusskommunikation sein.

Eine bewertende Annotation mit geringem Aufwand kann die für soziale Netzwerke typische Option des „Likens" („Gefällt mir"-Angabe) sein. Häufig werden solche Annotationen unter dem Ausgangspost oder einem Anschlusskommentar mit einem Daumen-Hoch-Symbol (bspw. Facebook, YouTube, LinkedIn) oder mit einem Herzen (Instagram, X (ehem. Twitter)) für andere sichtbar gemacht.

[76] Vgl. *J.-H. Schmidt/Taddicken*, in: Handbuch Soziale Medien, S. 19, 22, die eine analytische Trennung von Erstellung und Veröffentlichung insbesondere deshalb vorschlagen, weil Erstelltes ohne Veröffentlichung verworfen werden kann; dazu auch *K. Ziegler*, Urheberrechtsverletzungen, S. 14 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Zahl der „Likes“ gibt dem Betrachter dabei auf den ersten Blick ein Indiz für die Popularität eines Inhalts. Facebook und LinkedIn bieten dabei eine Auswahl verschiedener Ein-Klick-Annotation: „Wow“, „Angry“, „Haha“, „Love“ und „Sad“ sind etwa die bei Facebook hinter entsprechenden Symbolen stehende emotionale Reaktionen. Bei LinkedIn sind es Optionen, die zum Teil einen deutlicheren Bezug zu Projekten und persönlichen Leistungen aufweisen: Neben den Buttons „Gefällt mir“, „Lustig“ und „Wunderbar“ finden sich dort „Applaus“, „Unterstütze ich“ und „inspirierend“.

Letztlich finden sich bei den meisten typischen Netzwerken Annotationsaffordanzen, die einer Verbreitung des Inhalts mit dem individuell aufgebauten Netzwerk oder innerhalb von Gruppen dienen. Diese Funktionen werden als „Teilen“ (bspw. Facebook, LinkedIn) oder „Reposten“ (ehem. „Retweeten“) (X (ehem. Twitter)) bezeichnet.

Auch wenn nur die letztgenannten Annotationen primär einer Weiterverbreitung zu dienen scheinen, spielt es im Angesicht der noch zu erläuternden kuratierenden Algorithmen der Netzwerke eine Rolle, wieviel Interaktion mit dem Inhalt insgesamt stattfindet.

V. Organisieren

Der Begriff des Organisierens ist im Kontext der Affordanzen eng zu verstehen. Versteht man nämlich jede Form der Kommunikation mit Planungscharakter darunter, die einem bestimmten Zweck dienlich ist, so kann auch schon die bilaterale Kommunikation zweier Nutzer darunter gefasst werden, die etwa einer privaten Verabredung dient. Enger verstanden und als eigene technische Handlungsoption fallen darunter Möglichkeiten, Kommunikationsräume jenseits der plattformseitig kuratierten Öffentlichkeit zu schaffen. Sie bringen Nutzer jenseits der typischen Vernetzungslogik der Plattformen zu bestimmten Organisationszwecken zusammen. Weiter oben wurden sie als typische Angebote zweiter Ordnung eingeordnet.[77]

Zur Kategorie des Organisierens zählen vor allem die Optionen, Gruppen innerhalb der Netzwerke zu gründen und ihnen beizutreten. Diese Gruppen können von einzelnen oder mehreren Personen als Administratoren betrieben werden, die wiederum verschiedene Personen mit Befugnissen der Contentmoderation ausstatten können. Denkbar und typisch sind hier bei großen Gruppen eine Arbeitsteilung zwischen verschiedenen Personen auf Anbieterseite.[78]

Zu unterscheiden sind im Wesentlichen drei Arten von Gruppen: In offene Gruppen kann grundsätzlich jeder Nutzer eintreten. Sie lassen sich über die Suchfunktion auffinden, und ihre Mitglieder sind in der Regel sichtbar. Geschlossene

[77] Vgl. dazu oben Kap. 1 A. III. 2.

[78] In der Untersuchung wird insofern zum Teil von Anbieterteams gesprochen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gruppen lassen sich zwar regelmäßig auch suchen, der Beitritt bedarf aber der Zustimmung des Administrators oder eines von ihm entsprechend mit Befugnissen ausgestatteten Moderators. Geheime Gruppen lassen sich hingegen nicht suchen, der Beitritt ist daher nur auf Einladung möglich. Dabei weisen die netzwerkinternen Gruppen eine starke Ähnlichkeit zu klassischen, zumeist themenspezifischen Internetforen auf[79], wobei die Kommunikation weiterhin durch die von der Plattform vorgegebenen Annotationsvarianten geprägt wird und in besonders großen Gruppen verschiedene Kuratierungsformen der Inhalte denkbar sind.

Dabei ist nicht nur die Möglichkeit, verschiedenartige Gruppen zu eröffnen, eine Affordanz sozialer Netzwerke. Auch die Optionen ihrer Verwaltung durch die Nutzer stellen letztlich Affordanzen dar. Das kann die Möglichkeit sein, Inhalte anderer Gruppenmitglieder zu löschen, Inhalte erst innerhalb der Gruppe sichtbar zu machen, nachdem sie manuell durch Administratoren oder Moderatoren freigegeben wurden oder Mitglieder aus der Gruppe auszuschließen. Besonders beachtlich ist das von Facebook im Jahr 2021 eingeführte Tool „AdminAssist", dessen Name Programm ist: Den Gruppenadministratoren wurden weitere Verwaltungsoptionen netzwerkseitig zur Verfügung gestellt. So ist bspw. die automatische Aufnahme in die Gruppe, wenn ein Fragebogen ausgefüllt wurde, ebenso wie die automatische Blockade bestimmter Verlinkungen oder die automatische Entfernung von Inhalten, nachdem sie von einem Nutzer gemeldet wurden, möglich.[80] Mit dem AdminAssist-Tool zeigt sich also eine Verdichtung der Affordanzen, die Anbieter von Gruppen betreffen.

Neben der Eröffnung, Verwaltung und dem Beitritt von Gruppen lassen sich weitere Affordanzen beschreiben, die sich dem Organisieren zuordnen lassen: etwa thematische Kanäle, wie sie WhatsApp und Telegram anbieten, selbst wenn man sie insgesamt nicht als prototypische soziale Netzwerke einordnen will. Auch die Möglichkeit, Veranstaltungsseiten einzurichten und (themenbezogene) Kommunikation für die dieser Seite folgenden Nutzer zu eröffnen, ist eine Affordanz des Organisierens.

C. Ordnung sozialer Netzwerke: Speicherung von Inhalten vs. Gestaltung von Inhaltserlebnissen

Das Affordanzen-Konzept öffnet den Blick dafür, dass die Architekten sozialer Netzwerke nicht nur rein technische Nutzungsmöglichkeiten eröffnen, sondern dass der Architektur eines Netzwerks stets etwas Appellatives, Verhaltenslenkendes in-

[79] *Pille*, Meinungsmacht, S. 132.

[80] Vgl. dazu https://de-de.facebook.com/help/436275657385753 (letzter Abruf am 10.5.2024); vgl. auch die Darstellung bei *Thrun*, Facebook: Gruppen auf Autopilot mit Admin Assist, Hutter Consult vom 21. Mai 2021 (https://www.thomashutter.com/facebook-gruppen-auf-autopilot-mit-admin-assist/) (letzter Abruf am 10.5.2024).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

newohnt.[81] Diese medienwissenschaftliche Perspektive legt bereits nahe, dass sich soziale Netzwerke nicht in ihren definitorischen Merkmalen der Speicherung und Verbreitung von Drittinhalten erschöpfen. Im Folgenden soll diese These weiter ausgebaut und kontextualisiert werden. Zunächst ist dabei der die Architektur leitende Fluchtpunkt, nämlich das ökonomische Modell sozialer Netzwerke, kurz darzustellen (I.). Davon ausgehend soll gezeigt werden, dass Facebook und Co. selbst zu einer normativen Ordnung innerhalb ihrer Angebote beitragen, was sich explizit in ihren Nutzungsbedingungen und netzwerkinternen Kommunikationsrichtlinien zeigt (II.), aber auch in ihrem technischen Design, ihrem ‚Code' niederschlägt (III.). Dieser Abschnitt versucht damit zu zeigen, dass die Rolle sozialer Netzwerke eben nicht nur eine (neutrale) Speicher- und Verbreiterrolle ist, sondern dass der Kommunikationsraum eine normative Gestaltung aufweist.[82] Auf einige Beobachtungen wird hinsichtlich der Anbieter erster Ordnung zurückzukommen sein, wenn es um die Verantwortlichkeit für Drittinhalte geht. Außerdem offenbart sich erst, wie die Beschaffenheit von Angeboten nachgelagerter Ordnung von den Anbietern erster Ordnung geprägt wird, wenn man sich der normativen Ordnung innerhalb sozialer Netzwerke bewusst wird.

I. Ausgangspunkt: Datenwirtschaftliches und aufmerksamkeitsökonomisches Geschäftsmodell

Die Aussage „Wenn ein Produkt oder Dienst Dich nichts kostet, bist Du das Produkt" dürfte mittlerweile als Binsenweisheit gelten. In aller Regel kostet die Nutzung sozialer Netzwerke kein Geld.[83] Der Wertschöpfungsprozess sozialer Netzwerke beginnt vielmehr regelmäßig mit ihrer möglichst intensiven Nutzung und endet mit ihr.

Grob lässt sich das datenwirtschaftliche und aufmerksamkeitsökonomische Geschäftsmodell wie folgt skizzieren: Die Nutzung sozialer Netzwerke erfordert typischerweise nicht nur die Eingabe persönlicher Daten und etwa die Einwilligung, dass auf Daten von einem Endgerät zugegriffen werden kann („volunteered data"). Darüber hinaus hinterlässt sie auch Spuren persönlicher Daten („observed data"), die von den Netzwerken aggregiert und analysiert werden, um persönliche Interessens- und Neigungsprofile der Nutzer zu erstellen („inferred data"). Sie werden wiederum

[81] Dazu im vorangegangenen Abschnitt Kap. 1 B.

[82] Dazu auch ausführlich *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 152 ff.; *Wielsch*, in: Netzwerkrecht, S. 61 ff.; grundlegend auch *Dolata/R. Werle*, in: Gesellschaft und die Macht der Technik, S. 15 ff.

[83] Ausnahmen stellen etwa das Freemium-Modell von bereichsspezifischen Netzwerken wie LinkedIn, Xing und Partnervermittlungsbörsen dar. Eine Übersicht möglicher Geschäftsmodelle findet sich bei *Sunyaev et al.*, in: Rechtshandbuch Social-Media, Kap. 3 Rn. 20 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

für individualisierte Werbung an Partner verkauft („targeting"). Diese Werbung wird sodann in die Inhaltepräsentation der Netzwerke einfügt.[84]

Wertschöpfung wird demnach gemeinsam mit den Verbrauchern betrieben, die also nicht nur als Prosumenten[85] hinsichtlich der Inhalteerstellung und -rezeption, sondern auch bezüglich der Wertschöpfung betrachtet werden können.[86] Je häufiger und intensiver die Netzwerke benutzt werden, desto akkurater können individuelle Nutzer-Profile erstellt und Werbeinhalte wahrgenommen werden. Mit dieser Feststellung sind bei werbebasierten Plattform-Modellen zugleich die ökonomische Nutzbarmachung von Netzwerkeffekten in zweiseitigen Märkten und der Wert eines möglichst erfolgreichen Targetings der Nutzer beschrieben.[87] Die aktive Nutzung ist somit, ebenso wie ein langer Verweilzeitraum, das Ziel sozialer Netzwerke und damit der Ausgangspunkt der von ihnen aufgestellten normativen Ordnungen.

II. Explizierte normative Ordnung: Netzwerkinterne Kommunikationsrichtlinien

Zunächst äußert sich der Einfluss der Netzwerke auf die Beschaffenheit der Nutzerkommunikation in expliziter Weise. Ein zentrales Instrument der normativen Ordnung bezüglich des Kommunikationsverhaltens sind die netzwerkinternen Kommunikationsrichtlinien, die als – so etwa die Terminologie Facebooks – Gemeinschaftsstandards[88], regelmäßig als AGB in den Plattformnutzungsvertrag[89] miteinbezogen werden.[90] Mit Hilfe der netzwerkinternen Kommunikationsrichtlinien formulieren die Netzwerke eine Erwartungshaltung hinsichtlich ihres Kommunikationsverhaltens an die Nutzer und erklären, welche Inhalte unerwünscht sind. Sie dienen dabei als Ausdruck der Selbstverpflichtung gegenüber ihren Nutzern,

[84] *Sunyaev et al.*, in: Rechtshandbuch Social-Media, Kap. 3 Rn. 2 ff. m. w. N.; vgl. auch *Dolata*, Kommerzielle Plattformen, S. 12; *Wielsch*, in: Netzwerkrecht, S. 61, 67; ferner *Drexl*, ZUM 2017, 529, 533.

[85] Zum Begriff schon oben Kap. 1 A. II.

[86] *Sunyaev et al.*, in: Rechtshandbuch Social-Media, Kap. 3 Rn. 7.

[87] Vgl. dazu mit einer Differenzierung von direkten und indirekten Netzwerkeffekten *Sunyaev et al.*, in: Rechtshandbuch Social-Media, Kap. 3 Rn. 14.

[88] Die Begrifflichkeiten der unterschiedlichen Netzwerke weichen durchaus voneinander ab: YouTube-Richtlinien: https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=de (letzter Abruf am 10. 5. 2024); X-Regeln: https://help.twitter.com/de/rules-and-policies/x-rules (letzter Abruf am 10. 5. 2024).

[89] Vgl. dazu nur *Spindler*, CR 2019, 238, 239.

[90] *Elsaß/Labusga/Tichy*, CR 2017, 234, 237; *Wandtke/Ostendorff*, ZUM 2021, 26, 30 f.; *Friehe*, NJW 2020, 1697; aus der Rspr. OLG München NJW 2018, 3119, 3121; OLG München NJW 2018, 3115, 3116; OLG Dresden NJW 2018, 3111 3112; vgl. auch *Wielsch*, in: Netzwerkrecht, S. 61, 64 ff., der am Beispiel von Facebook die normative Ordnung granularer dekonstruiert und zwischen den „Facebook Grundsätzen", den konkreteren Nutzungsbedingungen und weiteren Instrumenten, u. a. den Gemeinschaftsstandards unterscheidet.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Werbepartnern und dem Staat und stellen gleichzeitig die quasi-normative Grundlage für die Moderation (Löschung, Sperrung oder Beschränkung von Kommunikationsfreiheiten) von Nutzerinhalten dar.[91]

Die Contentmoderation selbst findet meist nicht durch eine direkte Subsumtion unter den netzwerkinternen Kommunikationsrichtlinien statt, sondern basiert auf internen Richtlinien, die detaillierter sind und den Moderatoren eine Bewertung anhand von Referenzfällen ermöglichen.[92] Ausgehend vom daten- und aufmerksamkeitsökonomischen Geschäftsmodell der Netzwerke verwundert es kaum, dass dabei keine Kongruenz zum staatlichen (Straf-)Recht besteht[93]: Im Bereich der Nacktheit, aber auch der inzivilen Kommunikation[94] wird häufig auch unterhalb der Schwelle staatlicher Normen in die freie Kommunikation der Nutzer eingegriffen; hingegen bleibt die Löschpraxis im Bereich historisch-kulturell geprägter Kommunikationsverbote (etwa § 130 Abs. 3 StGB) tendenziell hinter den staatlichen Normen zurück.[95]

III. Codierte Ordnung

Jenseits der Explikation bestimmter Verhaltenserwartungen in den netzwerkinternen Kommunikationsrichtlinien und der Moderationspraxis zeigen sich aber auch in die Architektur des Kommunikationsraums eingeschriebene Lenkungen des Kommunikationsverhaltens. Diese Erkenntnis lässt sich im rechtswissenschaftlichen Kontext im Wesentlichen auf Lessig zurückführen, der schon im Jahr 1999 die Sentenz „code is law" prägte.[96] Die verhaltenssteuernden Rahmungen lassen sich im Falle von sozialen Netzwerken als (noch) sichtbare (1.) und opake (2.) Aspekte unterscheiden.

1. Sichtbare Aspekte: Affordanzen

Der Code der Netzwerke wirkt zunächst über die Affordanzen handlungslenkend.[97] Sie bestimmen die Nutzungsoberfläche und damit die Form der Kommunikation.[98] Mit Blick auf das dargestellte daten- und aufmerksamkeitsökonomische

[91] M.w.N. *S. Beck/Nussbaum*, in: Jenseits des Staates?, S. 35, 40.

[92] Vgl. dazu ausführlich *Klonick*, Harv. Law Review 2018, 1598, 1639.

[93] Freilich bleibt die normative Ordnung, die in den netzwerkinternen Kommunikationsrichtlinien geschaffen wird, nicht unbeeinflusst von staatlichen Normen. Vgl. etwa dazu *Carvalho/Negócio*, RW 2021, 452, 455.

[94] Zum Begriff vgl. die Nachweise bei Einleitung A.

[95] Dazu *S. Beck/Nussbaum*, in: Jenseits des Staates?, 35, 49 ff.

[96] *Lessig*, Code and other Laws of Cyberspace, S. 3 ff. und passim.

[97] Zur Klassifikation typischer Affordanzen sozialer Netzwerke vgl. oben Kap. 1 B.

[98] *Dolata*, Kommerzielle Plattformen, S. 11 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Geschäftsmodell erklärt sich der Fluchtpunkt der Affordanzen: Dort, wo netzwerkinterne Interaktion zentral für die Sammlung von Nutzerdaten und ihre Nutzer-Verweildauer auf der Plattform ist, erklärt es sich, dass besonders aufwandsarme Formen der Interaktion mit Inhalten, etwa durch die Annotationsoptionen, zentral sind.[99] Ein weiteres Beispiel für die Verhaltenslenkung bzw. -begrenzung durch Affordanzen ist das 280-Zeichen-Limit und die Möglichkeit des anonymen Veröffentlichens von Inhalten bei X (ehem. Twitter).[100] Dass nicht nur wirtschaftliche Aspekte eine Rolle spielen, sondern auch unmittelbar normative Prämissen, zeigt sich bei X (ehem. Twitter), das sich seit jeher und besonders seit seiner Umbenennung einer rigiden freedom of speech-Doktrin verschrieben hat[101], nicht nur in seiner Moderationspraxis, sondern auch etwa darin, dass für Nutzer – anders als bei Facebook – keine Möglichkeit der Löschung fremder Kommentare unter einem eigenen Post (ehem. Tweet) besteht.

2. Opake Aspekte: Kuratierung und Filterung von Inhalten

Weniger durch die Nutzer erfahrbar ist die algorithmische Kuratierung der Inhalte. Denn soziale Netzwerke zeichnet es im besonderen Maße (vor allem im Vergleich mit anderen Erscheinungen des Web 2.0) aus, dass sie nicht den *einen* Kommunikationsraum zur Verfügung stellen. Vielmehr wandelt der Raum seine Erscheinungsform und Erfahrbarkeit maßgeblich in Abhängigkeit davon, welcher Nutzer ihn betritt.

Zentral für die Wahrnehmbarkeit von Inhalten ist nämlich die für jeden Nutzer individuell zusammengestellte, eben kuratierte Darstellung der Netzwerköffentlichkeit (sog. Newsfeed). Die Reihenfolge, in der Inhalte für Nutzer im Newsfeed dargestellt werden, orientiert sich dabei zum einen an der jeweiligen Vernetzung, ist also durch den Nutzer im gewissen Maße beeinflussbar.[102] Zum anderen folgt die Sortierungslogik aber auch den hinterlassenen Nutzungsspuren und dem erstellten Neigungsprofil des entsprechenden Nutzers: Was ihn in der Vergangenheit wahrscheinlich überdurchschnittlich interessiert hat, interessiert ihn auch in Zukunft.[103]

Eine solche Sortierung ermöglicht zunächst einmal eine „Konsumierbarkeit“[104] der ansonsten unbegreiflichen Datenmenge[105] und folgt dabei dem Primat eines

[99] Vgl. auch *Ingold*, in: Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, S. 57, 60.

[100] Vgl. *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 156; im Kontext einer emotionalisierenden Sprache als politisches Mittel *Thompson*, Theory, Culture & Society 2020, 3, 22 f.

[101] Vgl. mit Zitaten von Musk *Whittle*, Ein Jahr X: Was hat Elon Musk aus Twitter gemacht?, DW vom 27. 10. 2023 (https://www.dw.com/de/ein-jahr-x-was-hat-elon-musk-aus-twitter-gemacht/a-67233029) (letzter Abruf am 10. 5. 2024).

[102] Vgl. oben Kap. 1 B. II.

[103] *Gillespie*, in: Media Technologies, S. 167 ff. spricht auch von „algorithmischer Logik“; näher zum sog. EdgeRank-Algorithmus *Drexl*, ZUM 2017, 529, 532 f.

[104] *Ingold*, in: Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, S. 57, 60 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

daten- und aufmerksamkeitsökonomischen Geschäftsmodells, weil auf diese Weise die Verweildauer und Interaktionsrate erhöht werden kann.[106] Als Folge dieses Mechanismus wird eine fehlende Diversität der Inhalte, die der Nutzer (algorithmisch bedingt) wahrnehmen kann, und das Entstehen sog. Filterblasen und Echokammern beklagt.[107]

Vor allem aufgrund dieser kuratierenden Rolle wird sozialen Netzwerken mittlerweile vermehrt eine ‚neutrale' Rolle als Host-Provider oder Online-Plattform ab- und stattdessen die Rolle eines „Verlegers neuen Typs", der Inhalte aufbereitet, zugesprochen.[108] Ob eine solche Neuvermessung der Rolle Einfluss auf die Verantwortlichkeit von Anbietern erster Ordnung hätte, wird zu zeigen sein.[109] Jedenfalls stellen die kuratierenden Algorithmen eine Grundlage für die mögliche Verantwortlichkeit von Anbietern Dritter Ordnung dar, da sie den einzelnen Posts eine individuelle Reichweite verschaffen. Damit prägt die algorithmische Ordnung der Inhalte den Umstand, dass Nutzer mit eigenständigen Posts keine identische Reichweite erlangen und so Anschlusskommunikation unter fremden Inhalten eine stärkere bzw. personell abweichende Reichweite zu generieren vermag, als sie mit eigenen Posts erreicht werden würde. Auch ein – wenn auch anders gelagerter – Zusammenhang mit Kommunikation innerhalb der Angebote zweiter Ordnung lässt sich ausmachen: Denn mit der Kommunikation innerhalb einer Gruppe umgeht der Nutzer die Bemessung der Reichweite innerhalb der kuratierten Netzwerköffentlichkeit. Inhalte werden anderen Gruppenmitgliedern (wiederum algorithmisch bedingt) mit unterschiedlicher Wahrscheinlichkeit zur Kenntnis gebracht.

Eine weitere Expression der algorithmischen Gestaltungsmacht über die Inhalte ist der Einsatz von Filtertechnologien (jenseits der Kuratierung[110]), die neben der Registrierung oder dem (seltenen) Ausschluss von Nutzern aus dem Netzwerk eine Art Zugangsschranke auf zweiter Ebene darstellen können.[111] Sie sind letztlich das algorithmische Pendant einer manuellen Contentmoderation und codieren die normative Grundlage letzterer. Codierter Maßstab sind dabei netzwerkinterne Kommunikationsrichtlinien oder rechtliche Vorgaben.

---

[105] Wobei einschränkend darauf hingewiesen werden kann, dass auch ohne nutzerangepasste Kuratierung eine „konsumierbare" Inhaltedarstellung möglich ist, wie sich anhand des dezentralen Netzwerks Mastodon zeigt, dass im Grundsatz eine chronologische Darstellung der Inhalte entlang der Vernetzung der Nutzer vornimmt, vgl. *Wiedemann*, GRUR-Prax 2023, 411.

[106] *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 158; *Drexl*, ZUM 2017, 529, 533.

[107] Statt vieler *Drexl*, ZUM 2017, 529, 533 ff.

[108] *Michal*, in: Medienwandel kompakt 2011 – 2013, S. 299 ff.

[109] Vgl. dazu Kap. 3 A.I. sowie Kap. 3 D.II.6.

[110] Zum Teil werden auch die kuratierenden Algorithmen als Relevanz- und Präferenzfilter bezeichnet und so eine einheitliche Terminologie der Filterinstrumente vorgeschlagen, *Ingold*, in: Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, S. 57, 63 f.; zum Teil wird auch vom „collaborative filtering" gesprochen, vgl. *Demus et al.*, in: Handbuch Cyberkriminologie 1, S. 261, 278 m.w.N.

[111] So *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 157.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Filtertechnologien lassen sich dabei auf verschiedene Weise ordnen: Zunächst ließe sich danach unterscheiden, ob sie proaktiv wirken oder ob sie erst anlassbezogen eingesetzt werden – das Netzwerk also nach ähnlichen Inhalten durchsucht wird, soweit ein Inhalt als rechtswidrig markiert wurde. Handelt es sich um Filter, die prinzipiell alle Inhalte betreffen, lässt sich weiter nach dem Grad der Mensch-Maschine-Interaktion unterscheiden: Während Uploadfilter eine Veröffentlichung des Inhalts ohne individuelle menschliche Betrachtung unterbinden, markieren andere Filter den Inhalt zunächst, damit anschließend eine individuell-menschliche (Nach-) Kontrolle stattfinden kann.[112] Zuletzt kann anhand des Maßstabs eines Filters eine letzte Unterscheidung vorgenommen werden: Bislang in der Praxis überwiegend genutzt sind Filterungen anhand von digitalen Fingerabdrücken (sog. Hashes) einmal eingespeister rechtswidriger Inhalte. Der Filter sucht dann nach Übereinstimmungen des Materials.[113] Denkbar ist aber auch, dass aus einer Menge bestimmter rechtswidriger Inhalte, zum Beispiel pornographischem Material, mithilfe von Big Data-Analysen nach gemeinsamen Mustern der Inhalte gesucht wird, um dann anhand dieses Musters zu filtern.[114] Besondere Schwierigkeiten bereitet vor diesem Hintergrund die Filterung aggressiver strafbarer Kommunikation, besteht doch schon bei der menschlichen Klassifikation nicht selten Uneinigkeit hinsichtlich der semantischen Auslegung bestimmter Inhalte und ihrer Abwägung mit der Meinungsfreiheit. Hinzu kommt die Unstrukturiertheit der zu filternden Datenmenge. Bei der Verwendung natürlicher Sprache sind dabei insbesondere Slangs, Fremdsprachen, Sonderzeichen, Links, Hashtags sowie die Verortung in einem kommunikativen Kontext ein Hindernis.[115]

Verdeutlichen lassen sich diese Herausforderungen an den linguistischen Untersuchungen von Marx, die aufzeigen, dass der Fokus auf die Sprachoberfläche durch automatische Detektionsprogramme teilweise Hate Speech nicht sichtbar machen kann und teilweise dort nahelegen würde, wo bei qualitativer Analyse nicht von Hate Speech auszugehen ist.[116]

Die erste Fallgruppe exemplifiziert sie an dem Twitter-Post der AfD-Politikerin Beatrix von Storch („WIR SCHAFFEN DAS! (‚Face with Symbols on Mouth'-Emoji)") aus dem Jahr 2018.[117] Sprachoberflächlich handelt es sich dabei sicherlich nicht um eine Form der aggressiven Kommunikation. Besonderheiten ergeben sich

[112] *Ingold*, in: Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, S. 57, 65 spricht von Kontrollmarker-Filtern, denen typischerweise ein dreiphasiges Modell zugrunde liegt: Erstens die Bestimmung eines Filtermaßstabs für problematischen Content. Zweitens die Markierung risikoreicher Inhalte. Drittens die individuelle Überprüfung durch Contentmoderatoren.

[113] *Ingold*, in: Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, S. 57, 66 ff. mit Anwendungsbeispielen.

[114] In diesem Zusammenhang lässt sich von der präventiven Generierung von Hashes sprechen. Vgl. dazu *Ingold*, in: Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, S. 57, 66.

[115] *Biron et al.*, in: Handbuch Cyberkriminologie 2, S. 1, 90 ff. m. w. N.

[116] *Marx*, in: Cyberkriminologie, S. 707 ff.

[117] *Marx*, in: Cyberkriminologie, S. 707, 713.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

erst aus Kontext: Der Post ist unmittelbar bekanntgeworden, nachdem ein psychisch kranker Mann sein Auto in eine Menschenmenge in der Münsteraner Innenstadt gesteuert hatte. Dabei nimmt der Inhalt den bekannten Satz der ehemaligen Bundeskanzlerin Angela Merkel auf, den sie erstmals in der Bundespressekonferenz am 31. August 2015 äußerte und der als motivierendes Signal im Kontext der Flüchtlingspolitik zu verstehen war. Rezipiert wurde er nicht nur von Vertretern einer Willkommenskultur, sondern auch von rechtspopulistischen und rechtsextremen Bewegungen als Ausdruck eines Versagens der Merkelschen Flüchtlingspolitik. Einer der Kommentare unter dem Post lautete: „das wird der dicken deutschen Stasi Merkel grosse Freude bereiten Blut auf den Strassen zu sehen. Ich würde es mit ihrer hässliche Fratze aufwischen."[118] Während also der reagierende Kommentar sprachoberflächlich ohne Weiteres als Hassrede identifiziert werden kann, bleibt der Ausgangspost unverdächtig. Marx zeigt an diesem Beispiel, dass die Identifizierung von Hassrede – unabhängig von der Frage, ob der Ausgangspost als strafrechtswidrig einzustufen ist – einem komplexen Rezeptionsmuster folgt, das nicht allein durch die wortwörtliche textuelle Information geleitet wird. Vielmehr entsteht bei den Rezipienten eine mentale Repräsentation des Textes, die den unmittelbaren Kontext (Münsteraner Vorfall) und das Weltwissen als Resultat eines diskursiven Prozesses (Merkel-Zitat und rechtspopulistische Umdeutung) einbezieht.[119]

Als Beispiel für die zweite Fallgruppe dient Marx ein Gruppen-Chatverlauf innerhalb des Messengerdienstes WhatsApp, der Äußerungen wie „Du bist voll eklig du sau", „C du stricher!" und „HURENSOHN" enthält.[120] Sprachoberflächlich handelt es sich ohne Zweifel um aggressive (wohl strafrechtswidrige[121]) Kommunikation. Marx macht aber deutlich, dass es sich um einen Fall des sog. Banterings bzw. Dissens handelt. Es handelt sich dabei um Formen von Verbalduellen, die sich typischerweise jenseits der sprachlichen Tabugrenzen bewegen, dabei jedoch nicht als exkludierende Aggressionsakte fungieren, sondern – berücksichtigt man erst die soziale Beziehung der Kommunikatoren – einer Stärkung des Gruppenzusammenhalts dienen sollen.[122]

Die Exemplifizierungen von Marx veranschaulichen zum einen die Probleme bei der technisch automatisierten Detektion von Hassrede.[123] Zum anderen bieten sie

[118] *Marx*, in: Cyberkriminologie, S. 707, 714.

[119] *Marx*, in: Cyberkriminologie, S. 707, 715.

[120] *Marx*, in: Cyberkriminologie, S. 707, 717 f.

[121] Beachte aber die Retorsionsvorschrift des § 199 StGB, deren Bedeutung im Hinblick auf wechselseitige Online-Kommunikation noch nicht ausgeleuchtet ist.

[122] *Marx*, in: Cyberkriminologie, S. 707, 718; vgl. in diesem Kontext auch *Jaki*, in: Digitale Hate Speech, S. 15, 26.

[123] Nähere Einblicke zur Datensammlung, manuellen Markierung von Hate Speech und computerlinguistischen Fragestellungen bietet *J. Schäfer*, in: Digitale Hate Speech, S. 89, 93 ff. sowie *T. Mandl*, in: Digitale Hate Speech, S. 111, 113 ff.; zu besonderen Schwierigkeiten der automatisierten Analyse der deutschen gegenüber der englischen Sprache vgl. *Demus et al.*, in: Digitale Hate Speech, S. 65, 66 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einen Ausblick auf das nachfolgende Kapitel, das sich den Besonderheiten der Kommunikation innerhalb sozialer Netzwerke widmet.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kapitel 2

Soziale Netzwerke als Ort und Faktor aggressiver Kommunikation

Anbieter sozialer Netzwerke gestalten und eröffnen Räume der Kommunikation, die nicht ohne Einfluss auf die Art des Kommunikationsverhaltens der Nutzer bleiben. Schon bei der Schaffung des NetzDG hatte der Gesetzgeber die Sorge vor Augen, dass die Kommunikation in der digitalen Sphäre der sozialen Netzwerke verrohe.[1] Ein Befund, der sich auch in den Gesetzesmaterialen zum Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität wiederfindet und weiter ausgeführt wird: Die Verrohung der Kommunikation schade dem politischen Diskurs in einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaftsordnung. Mitunter deshalb, weil ein vergiftetes Kommunikationsklima dazu führe, „dass bestimmte Meinungen aus Sorge vor solchen Reaktionen nicht mehr geäußert werden. Dies kann sogar dazu führen, dass sich Menschen vollständig aus dem öffentlichen politischen Diskurs zurückzuziehen. Damit ist der freie Meinungsaustausch im Internet und letztendlich die Meinungsfreiheit gefährdet."[2] Auch in der Strafrechtswissenschaft finden sich Diskussionen über den besonderen Schutz der Meinungsäußerungsbereitschaft als individuelles[3] und des pluralistisch-demokratischen Diskurses als überindividuelles[4] Rechtsgut.

Mit der Annahme einer Verrohung des Kommunikationsklimas, der Schutzbedürftigkeit ziviler Kommunikation innerhalb der Netzwerke und der besonderen Gravität der Beeinträchtigung von Individuen durch Kommunikationsexzesse zeichnet der Gesetzgeber das Bild eines Kommunikationsraums, der nicht nur Ort, sondern gleichsam kriminogener Faktor einer aggressiven Kommunikation ist. Diese Zuschreibungen könnten *erstens* unmittelbar für dogmatische Fragen hinsichtlich der Raumverantwortlichkeit relevant werden, sei es im Rahmen einer Globalabwägung erlaubter Risiken,[5] sei es hinsichtlich eines spezifischen Gefahrenpotenzials des Raums[6]. *Zweitens* können sie mittelbar auf die Anbieterverantwortlichkeit zurückwirken, wenn sie kriminalpolitischer Anlass für eine bei Strafe verschärfte Nutzerregulierung sind, an deren Tatbeständen und Rechtsfolgen sich letztlich auch

[1] BT-Drs. 18/12356, S. 1.

[2] BT-Drs. 19/18470, S. 1.

[3] Vgl. dazu *Großmann/Kubiciel*, KriPoZ 2023, 186, 188 mit dem Vorschlag einer Qualifikation der Beleidigung „als Teil [eines] fortgesetzten und systematischen Ehrangriffes auf die beleidigte Person" (bei aber genereller Beschneidung des Grundtatbestandes); vgl. dazu auch *Großmann*, StV 2022, 408, 409 f.

[4] Vgl. etwa *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397, 2399; ähnlich *Völzmann*, MMR 2021, 619, 620 ff.; skeptisch *Großmann/Kubiciel*, KriPoZ 2023, 186, 187; in diese Richtung schon *Großmann*, GA 2020, 546, 548 ff. sowie *Großmann*, StV 2022, 408, 410.

[5] Vgl. dazu Kap. 3 D. II. sowie Kap. 5 B. I.

[6] Ausführlich Kap. 6 C. II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Anbieter messen lassen müssen.[7] Und *drittens* könnten sie de lege ferenda zum Anlass einer eigenständigen Anbieterstrafbarkeit genommen werden, wie es mit anderer Stoßrichtung bei § 127 StGB der Fall war.[8]

Deshalb sollen im Folgenden angesichts der (straf-)rechtspolitischen Befunde einige Schlaglichter geworfen werden, die von einer differenzierenden Frage geleitet werden: Ist Kommunikation in sozialen Netzwerken aufgrund ihrer im Vergleich zu sonstigen Kommunikationsräumen besonderen Relevanz für die Meinungsbildung und damit den pluralistisch-demokratischen Diskurs und/oder aufgrund ihrer besonderen Anfälligkeit für aggressive Kommunikation verstärkt schutzwürdig? Zu diesem Zwecke soll zunächst für beide Aspekte der Frage übergreifend ein Blick auf die Kommunikationsbesonderheiten innerhalb sozialer Netzwerke geworfen werden (A.), um anschließend auf die Bedeutung sozialer Netzwerke für die (politische) Meinungsbildung (B.) und als Ort und Mittel aggressiver Kommunikation (C.) eingehen zu können.

A. Soziale Netzwerke als Ort einer mediatisierten Quasi-Interaktion

Gemeinsamer Ausgangspunkt der These von einer herausragenden Bedeutung für ziviler und der erhöhten Schwere und Massierung aggressiver Kommunikation kann in der Beschaffenheit der Kommunikationskultur innerhalb der Netzwerke gefunden werden. Erkenntnisbringend dürfte insofern die Kategorisierung von Kommunikation als Interaktion nach Thompson sein. In seinem Werk „The Media and Modernity" aus dem Jahre 1995 beschreibt er drei Kategorien der Interaktion[9]: die Face-to-Face-Interaktion, die mediatisierte Interaktion (bspw. Telefon oder E-Mail) und die mediatisierte Quasi-Interaktion (bspw. Zeitungen und lineares Fernsehen). Während die Face-to-Face-Interaktion von einem geteilten raumzeitlichen Referenzsystem lebt und den Interaktanten damit eine Vielheit symbolischer Mittel (bspw. Tonfall, Körpersprache, Erscheinung) bereitsteht, kennzeichnet die mediatisierte Interaktion und die mediatisierte Quasi-Interaktion eine Reduktion dieser symbolischen Kanäle und erstreckt Kommunikationsmöglichkeiten über Raum und/oder Zeit. In Thompsons Modell unterscheidet sich die mediatisierte Quasi-Interaktion von der mediatisierten Interaktion darin, dass sie sich nicht auf einen bestimmten Adressaten bezieht, sondern auf ein bestimmtes Potenzial von Adressaten. Damit einher geht eine für uns zentrale Differenzierung: Während die mediatisierte Interaktion (ebenso wie die Face-to-Face-Interaktion) als eine dialogförmige gestaltet ist, ist der Modus der mediatisierten Quasi-Interaktion eine Monologförmigkeit. Die Unterscheidung erinnert dabei an die bereits im Kontext des NetzDG angesprochene Unterscheidung

[7] Vgl. insbesondere Kap. 5 B.

[8] Vgl. dazu Kap. 5 C.

[9] *Thompson*, Media and Modernity, S. 82 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

von Individual- und Massenkommunikation, die auch in den Medien- und Kommunikationswissenschaften häufig herangezogen wird.[10]

Ein für die Zwecke dieser Untersuchung bedeutenderer Vorteil von Thompsons Modell dürfte sich jedoch gerade in der analytischen Potenz erblicken lassen, zwischen einem dialogischen und einem monologischen Kommunikationsmodus unterscheiden zu können. Diese Differenzierung führt zu einem besseren Verständnis, wenn die Grundunterscheidung von Dialog und Diskurs nach Flusser herangezogen wird: Wenn Flusser einen Dialog als rational-interaktiven Botschaftenaustausch zwischen Interaktanten versteht, während ein Diskurs aus einer losen, vernetzten Sammlung von Monologen besteht[11], dann scheint es naheliegend, die Kommunikation in sozialen Netzwerken als Diskurs zu begreifen.[12] Dem Begriffsraster von Thompson entsprechend könnte man dann von einer mediatisierten Quasi-Interaktion der Nutzer sprechen, denen es mit zunehmender Größe des Kreises potenzieller Interaktionspartner schwerer fällt, in einen dialogischen Austausch zu gelangen.[13] Es gehe dann eher um die Möglichkeit, bei unbestimmtem Adressatenkreis eine Botschaft (eben einen Monolog) zu senden, als auf die Person des Kommunikationspartners einzugehen; auf eine Antwort (i. S. e. Dialogs) kommt es den Nutzern seltener an.[14] Die These lautet kurzum: Die innerhalb sozialer Netzwerke für Nutzer kaum kalkulierbare Breitenwirkung beeinflusst den Kommunikationsmodus der Nutzer.

Diese Annahme soll das Fundament der beiden nachfolgenden Abschnitte bereiten. Es soll indessen nicht verschwiegen werden, dass Thompson selbst eine Erweiterung seiner Kategorisierung angesichts sozialer Medien vorgenommen hat. Dem Dreiklang der Kommunikationsformen fügt er nun die Kategorie der mediatisierten Online-Interaktion hinzu. Ebenso wie bei den anderen beiden Formen der mediatisierten Interaktion fehle es an einem raumzeitlichen Referenzsystem; die Auswahl symbolischer Kommunikationskanäle sei verengt. Anders als die mediatisierte Quasi-Interaktion ordnet Thompson aber der mediatisierten Online-Inter-

[10] Der Vorteil von Thompsons Modell bestehe jedoch, so *Hepp*, in: Kultur und mediale Kommunikation in sozialen Netzwerken, S. 13 Fn. 3, der die Kategorisierung übernimmt und in einen kulturtheoretischen Kontext setzt, darin, dass sich das Internet nicht als Massenmedium charakterisieren lasse. Anders als bei „klassischen Massenmedien" gebe es nicht das eine Medium, was an ein verstreutes Publikum gerichtet sei. Vgl. grundsätzlich zur Unterscheidung von Massen- und Individualkommunikation aus kommunikationswissenschaftlicher Perspektive *Röhner/Schütz*, Psychologie der Kommunikation, S. 106 ff.

[11] So auch *Hafez*, Communicatio Socialis 2017, 318, 325; instruktiv zur Unterscheidung Flussers *Bidlo*, Vilém Flusser – Einführung, S. 95 ff.

[12] *Hafez*, Communicatio Socialis 2017, 318, 325 f.: „Es gehört zu den Mythen des Internetzeitalters, dass das Netz den öffentlichen Dialog vorantreibe."

[13] So auch *Oğlakcıoğlu*, ZStW 2020, 521, 531, der dabei die Asynchronität, den Wegfall möglicher symbolischer Kanäle und das Ziel der Selbstprofilierung als für einen fruchtbaren Dialog hinderlich betont. Vgl. auch *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 586 ff.

[14] *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 586 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aktion einen dialogischen Kommunikationsmodus zu.[15] Das muss die von Flussers Unterscheidung inspirierte skizzenhafte Analyse der Kommunikation in sozialen Netzwerken als Sammlung lose vernetzter Monologe[16] aber nicht in Frage stellen. Denn es ist nicht das Anliegen von Thompsons aktualisierter Theorie, das Dialogische als solches einer kritischen Reflexion zu unterziehen.[17]

B. Soziale Netzwerke als Ort besonders schützenswerter Kommunikation

Die Charakterisierung der Kommunikation in sozialen Netzwerken als mediatisierte Quasi-Interaktion (bzw. als mediatisierte Online-Interaktion) kann einen ersten Zugang zu der Frage bieten, ob soziale Netzwerke eine besonders schützenswerte Kommunikation beinhalten. Denn das Potenzial, eigene Botschaften ohne erheblichen Zeit- und Kostenaufwand mit einer Netzwerköffentlichkeit zu teilen, verschafft zunächst einmal dem einzelnen Nutzer davor ungekannte Partizipationschancen. Die Beteiligung am öffentlichen Diskurs (weniger: Dialog) sozialer Netzwerke kann dabei besonders für marginalisierte Gruppen neue Chancen bergen, denen in der herkömmlichen massenmedialen Kommunikation kein großes Sprachrohr zur Verfügung steht.[18] Demnach birgt schon die Beschaffenheit des Kommunikationsraums selbst hinsichtlich der Meinungsfreiheit und dem öffentlich-politischen Diskurs Stärkungspotenziale.

Teilweise wurde dieser Aspekt auch in der deutschen Rechtsprechung im Hinblick auf die mittelbare Grundrechtsbindung bei der Löschung von rechtmäßigen Inhalten auf Grundlage der netzwerkinternen Kommunikationsrichtlinien thematisiert. Am häufigsten bezog sich diese Frage auf das Netzwerk Facebook, das mit durchschnittlich 2,1 Milliarden täglichen Nutzern weltweit[19] als „möglicherweise sogar marktbeherrschender“[20], „öffentlicher Marktplatz für Informationen und Meinungsaustausch“[21] beschrieben wird. Freilich fokussieren Diskussionen um die mittelbare Grundrechtsbindung sozialer Netzwerke nicht nur (jedenfalls nicht primär) ihre Relevanz für die Meinungsäußerungsbereitschaft und den pluralistisch-

[15] *Thompson*, Theory, Culture & Society 2020, 3, 6.

[16] Dazu erneut *Hafez*, Communicatio Socialis 2017, 318, 325.

[17] *Thompson*, Theory, Culture & Society 2020, 3 ff.

[18] *Hafez*, Communicatio Socialis 2017, 318, 320.

[19] Quartalszahlen des vierten Quartals 2023: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/222135/umfrage/taeglich-aktive-facebook-nutzer-weltweit/#:~:text=Täglich%20aktive%20Nutzer%20von%20Facebook,Quartal%202023&text=Die%20Zahl%20der%20täglich%20aktiven,(DAUs)%20bei%20Facebook%20gezählt (letzter Abruf am 10. 5. 2024).

[20] LG Frankfurt/M. MMR 2018, 770, 772.

[21] OLG München NJW 2018, 3119, 3120; OLG München MMR 2021, 79, 81; OLG Frankfurt a. M. MMR 2018, 474, 475.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

demokratischen (Online-)Diskurs, sondern (auch) die besondere Machtstellung sozialer Netzwerke.[22]

Wie steht es aber um die politisch-demokratischen Funktionen für Nutzer? Richtig ist zunächst einmal, dass soziale Netzwerke nicht ausschließlich oder auch nur primär für politische Auseinandersetzungen genutzt werden; sie sind „Berufsort, Unterhaltungsmedium, Bestellportal, Dating-Plattform und noch viel mehr."[23] Geht man aber nicht von dem Anteil der besonders meinungsrelevanten Inhalte in sozialen Netzwerken, sondern von der Frage aus, wo sich Menschen – wenn sie meinungsrelevante Inhalte veröffentlichen, konsumieren und diskutieren – ‚aufhalten', so deuten empirische Befunde auf eine (ganz besonders bei jüngeren Menschen) steigende Bedeutung sozialer Netzwerke hin.[24] Einschränkend ist zu sagen, dass diese Befunde natürlich nicht für alle sozialen Netzwerke übergreifend begründen können, sie als „Medium und Faktor" der öffentlichen Meinungsbildung zu charakterisieren.[25] Regelmäßig wird allgemeinen Netzwerke wie Facebook oder X (ehem. Twitter) eine höhere Meinungsbildungsrelevanz zugeschrieben als bereichsspezifischen Netzwerken.[26] Dass die Grenzen hier fließend sind, sollte allerdings an der vermehrt beobachteten Politisierung und „Verrohung" des Karrierenetzwerks LinkedIn deutlich werden.[27]

C. Soziale Netzwerke als Ort einer aggressiven Kommunikation

Wenn dem Phänomen der Hassrede besonders in sozialen Netzwerken ‚der Kampf angesagt wird', dann geht es dabei nicht nur um den Schutz von einem besonders schützenswerten Sprachklima, sondern auch (bzw. vor allem) um den Befund der „Verrohung"; soziale Netzwerke seien eben nicht nur Ort einer besonders meinungsbildungsrelevanten, sondern zeitgleich auch einer besonders aggressiven Kommunikation. Diese Annahme treibt nicht nur den Gesetzgeber um. In jüngerer Vergangenheit finden sich zunehmend empirische Untersuchungen zum Vorkommen von Hate Speech in sozialen Netzwerken, die unter anderem aufgrund verschiedener

[22] BVerfG NJW 2019, 1935, 1936 jedoch im Hinblick auf die politische Kommunikation von Parteien (vor einer Wahl). Zur mittelbaren Drittwirkung in diesem Kontext vgl. auch die Grundsatzentscheidung des BGH NJW 2021, 3179, 3185; dazu auch BVerfG MMR 2020, 99 (Recht auf Vergessen I).

[23] *Oğlakcıoğlu*, ZStW 2020, 521, 529; vgl. auch (etwas enger) auf den Konsum von Nachrichten innerhalb sozialer Netzwerke bezogen *Schneiders*, ZUM 2021, 480, 482 m. w. N.

[24] Nachweise aus empirischen Studien bei *C. Wagner*, ZUM 2022, 861, 862; vgl. auch *Schneiders*, ZUM 2021, 480, 481.

[25] *C. Wagner*, ZUM 2022, 861, 862.

[26] *Pille*, Meinungsmacht, S. 92 f.; *Iben*, Meinungsroboter, S. 30.

[27] Dazu oben Kap. 1 A. I. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

definitorischer Ansätze zur Hate Speech und auch sonst unterschiedlicher Untersuchungsdesigns zu einer beeindruckenden Bandbreite an Ergebnissen führen: So reicht die Einordnung der untersuchten Inhalte als Hate Speech (oder als „inzivile Kommunikation“[28]) von 1 % bis zu 41 %.[29]

Oğlakcıoğlu stellt diesen gemischten Befunden[30] zur zahlenmäßigen Häufigkeit von Hate Speech Studien gegenüber, die die Wahrnehmung von Hate Speech durch Nutzer untersuchen.[31] Ursachen einer deutlich stärkeren Wahrnehmung aggressiver Kommunikation können demnach einerseits in der besonderen Breitenwirkung und Fixierung der Inhalte in der mediatisierten Quasi-Interaktion (bzw. Online-Interaktion) gesehen werden. Wem soziale Netzwerke ermöglichen, eine große Menge an Inhalten wahrzunehmen, der wird eben auch mit aggressiver Kommunikation konfrontiert. Sie verfängt nicht nur emotional stärker und dominiert die Wahrnehmung, sondern ist Gegenstand besonders hoher Interaktion (durch Annotationen), weshalb sie durch die kuratierenden Algorithmen der sozialen Netzwerke als relevant eingeordnet und stärker verbreitet wird[32]. Andererseits lässt sich auch vermuten, dass die erhöht politische und mediale Aufmerksamkeit des Problems Hate Speech auf die Wahrnehmung zurückwirkt, Nutzer also ein generell erhöhtes Problembewusstsein aufweisen, das die Wahrnehmungserfahrung trüben und die Aufmerksamkeit auf (einzelne) Sprachexzesse lenken kann.[33]

Diese Beobachtung mitsamt ihren Erklärungsansätzen vorweggeschickt, soll im Folgenden versucht werden, einen Überblick über Einflüsse des Kommunikationsraums sozialer Netzwerke auf aggressive Kommunikation zu gewinnen. Dabei lassen sich täterbezogene Aspekte, insbesondere Enthemmungs- und Motivationsfaktoren

[28] Zur Unterscheidung von Hate Speech und inziviler Kommunikation und weiteren Nachweisen zum Definitionsproblem vgl. oben Einleitung.

[29] Vgl. die Übersicht der Studien bei *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 594 f.

[30] *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 596 spricht aber insgesamt von „moderaten Zahlen zur Häufigkeit von Hatespeech“.

[31] *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 596. Hervorgehoben sei die von Hoven in Auftrag gegebenen repräsentativen Bevölkerungsumfrage, die die Wahrnehmung des Kommunikationsklimas durch 1.000 Teilnehmende, „die häufig und regelmäßig das Internet nutzen“ untersucht: 79 % der Befragten gaben an, dass sie Kommentare im Internet in den letzten fünf Jahren als (deutlich) aggressiver wahrgenommen haben. Vgl. *Höft*, Hate Speech Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage (https://www.gdp-group.com/fileadmin/ms/presse text_hate_speech_final.pdf) (letzter Abruf am 10. 5. 2024). Kritisch zum Befragungsdesign *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, Fn. 933. Vgl. auch die forsa-Studie im Auftrag der Landesanstalt für Medien NRW, Ergebnisbericht forsa-Befragung zu: Hate Speech 2021, 2021 (https://www.medienanstalt-nrw.de/fileadmin/user_upload/NeueWebsite_0120/Themen/Hass/forsa_LFMNRW_Hassrede2021_Ergebnisbericht.pdf) (letzter Abruf am 10. 5. 2024) und jüngst *Bernhard/Ickstadt*, Lauter Hass – leiser Rückzug, 2024, S. 28 f. (https://kompetenznetzwerk-hass-im-netz.de/wp-content/uploads/2024/02/Studie_Lauter-Hass-leiser-Rueckzug.pdf) (letzter Abruf am 10. 5. 2024).

[32] Vgl. dazu oben Kap. 1 C. III.

[33] *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 597 f.; vgl. auch *Kümpel/Rieger*, Wandel der Sprachkultur, S. 13 f.; *Neitsch/Niebuhr*, in: Digitale Hate Speech, S. 35, 36.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(I.) von der Frage trennen, warum aggressive Kommunikation innerhalb sozialer Netzwerke besonders stark auf individuell Betroffene wirkt und welche weiteren schädlichen Folgen diese aggressive Kommunikation hat (II.). Abschließend sollen – in Überleitung zum dogmatischen Teil der Arbeit – die Begriffe der Hassrede sowie der aggressiven oder inzivilen Kommunikation hinter sich gelassen und der Terminus des Kommunikationsdelikts eingeführt werden (III.).

I. Ursachen einer ‚verrohten Kommunikation' in sozialen Netzwerken

Will man sich den Ursachen einer aggressiven Kommunikationskultur innerhalb sozialer Netzwerke zuwenden, so ist zunächst wieder auf die Spiegelbildlichkeit zu den Partizipationschancen und -erwartungen hinzuweisen: Wo Kommunikation den Affordanzen der Netzwerke entsprechend[34] niederschwellig ist und keine nennenswerten Kosten (sog. cheap-talk-effects)[35] mit sich bringt, gilt das grundsätzlich auch für sprachliche Exzesse.[36] Die Ursachen für eine ‚verrohte', verstanden als tendenziell aggressivere Kommunikation in sozialen Netzwerken, können kaum auf einzelne Faktoren reduziert werden. Mit einer Enthemmung (sog. disinhibition-effect)[37] oder der Motivation zur aggressiveren Kommunikation sind auch nur Oberbegriffe und Ergebniszustände benannt. Ihre im Schrifttum ausgemachten Ursachen sollen im Folgenden einer Systematisierung zugeführt werden, die einerseits nach distanzbedingten Enthemmungsfaktoren (1.), die auch jenseits einer digital mediatisierten Kommunikation denkbar sind, und andererseits nach technosozialen Aspekten trennt (2.).

1. Distanzbedingte Faktoren

Zunächst einmal hat der Sprecher durch die raumzeitliche Distanz zu Opfern und (anderen) Adressaten die von seinen Äußerungen betroffenen Personen nicht ‚vor Augen'. Das kann zu einer Deindividualisierung der Opfer und einer verringerten emphatischen Beziehung zu ihnen führen. Folge sind die Stärkung von Neutralisierungs- und die Schwächung von Selbstzensurmechanismen.[38] Während diese

[34] Vgl. oben Kap. 1 B.

[35] Vgl. nur *Hafez*, Communicatio Socialis 2017, 318, 319.

[36] Vgl. *Kümpel/Rieger*, Wandel der Sprachkultur, S. 13; *Jaki*, in: Digitale Hate Speech, S. 15, 17; *Schäfer*, in: Digitale Hate Speech, S. 89, 90.

[37] Zum online-dishinibition-effect vgl. schon *Suler*, Cyberpsychology & Behaviour 2004, 321 ff.

[38] *Brown*, Ethnicities 2018, 297, 300; *Citron*, Hate Crimes in Cyberspace, S. 59; *Doerbeck*, Cybermobbing, S. 80; *Rubitzsch*, Das Phänomen „Digitaler Hass", S. 167, 173; allgemeiner *Meier*, in: Cybercrime und Cyberinvestigations, S. 93, 97; *Brodowski*, in: FS-Sieber, S. 727, 736; *Suler*, Cyberpsychology & Behaviour 2004, 321, 322.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Distanzeffekte in jeder Internetkommunikation auftreten kann, ließe sich für soziale Netzwerke speziell erneut auf die Monologförmigkeit hinweisen: Dort, wo Kommunikation die Interaktanten nicht näher zusammenbringt, weil eine Antwort auf eigene Botschaften nicht erwartet wird (und der Sprecher deshalb keine tatsächliche Gegenreaktion in Form aggressiver Sprache oder gar körperlicher Gewalt zu befürchten hat[39]), könnte die Schwächung der Selbstzensur noch verstärkt sein. Während nämlich ein Dialog, der Interesse am Gegenüber zum Ausdruck bringt, auch in mediatisierter Form noch denkbar ist, scheint er, wie skizziert, in der mediatisierten Quasi-Interaktion (bzw. Online-Interaktion) besonders schwach ausgeprägt.

Zentral für die Enthemmung wird für die Internetkommunikation im Generellen die tatsächliche oder auch nur empfundene Anonymität genannt.[40] Enthemmend kann hier vor allem die Vorstellung sein, sich nicht für das Gesprochene rechtlich oder sozial verantworten zu müssen.[41] Der Aspekt des persönlichen Glaubens an die Anonymität[42] ist dabei auch innerhalb sozialer Netzwerke zu betonen: Nur weil ein Nutzer auf die Verwendung seines Klarnamen verzichtet[43], bedeutet das längst nicht, dass sich etwa statische IP-Adressen nicht ohne großen Aufwand zurückverfolgen lassen.[44]

[39] *Brown*, Ethnicities 2018, 297, 299, der diesen Aspekt der Anonymität zuordnet. Indessen lässt er sich auch weitgehendst auf die nicht-anonyme mediatisierte Kommunikation übertragen. Vgl. auch zur Fixierung auf die Anonymität *Meier*, in: Cybercrime und Cyberinvestigations, S. 93, 95 ff. In eine ähnliche Richtung *Suler*, Cyberpsychology & Behaviour 2004, 321, 322 f., der diesen Aspekt unter dem Faktor der Asynchronität rubriziert.

[40] *Hafez*, Communicatio Socialis 2017, 318, 326; *Citron*, Hate Crimes in Cyberspace, S. 57; *Suler*, Cyberpsychology & Behaviour 2004, 321, 322; *Brodowski*, in: FS-Sieber, S. 727, 736; *Doerbeck*, Cybermobbing, S. 79. Keinen unmittelbaren Zusammenhang zwischen Anonymität und Aggressivität der Kommentare konnte die Studie von *Rösner/Krämer*, Social Media + Society 2016, 2, 10 erkennen, wobei die Verfasserinnen selbst darauf hinweisen, dass das auch auf das kontrollierte Studiensetting und das Wissen der Teilnehmenden um die Studie zurückzuführen sein könnte. In eine andere Richtung *Rubitzsch*, Das Phänomen „Digitaler Hass", S. 167, 185 ff. Einen Überblick über empirische Untersuchungen findet sich bei *Kümpel/Rieger*, Wandel der Sprachkultur, S. 14.

[41] *Brown*, Ethnicities 2018, 297, 299.

[42] *Meier*, in: Cybercrime und Cyberinvestigations, S. 93, 95: „Illusion der Anonymität"; vgl. ferner *Brown*, Ethnicities 2018, 297, 298.

[43] Hinsichtlich der netzwerkseitigen Vorgaben zur Verwendung von Klarnamen ist zu unterscheiden: Während X (ehem. Twitter) keine Klarnamenpflicht in ihren Nutzungsbedingungen festschreibt, liegt es bei Facebook anders. Bei solchen Netzwerken, bei denen das Identitäts- und Beziehungsmanagement (noch immer) eine zentrale Rolle spielt (bzw. spielen soll), dürfte Anonymität gerade kein Strukturmerkmal der Interaktion sein. Vgl. dazu *Pille*, Meinungsmacht, S. 130.

[44] *Meier*, in: Cybercrime und Cyberinvestigations, S. 93, 95.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Soziotechnische Faktoren

Neben den für Internetkommunikation im Allgemeinen plausiblen Enthemmungsfaktoren lassen sich einige speziell auf soziale Netzwerke zugeschnittene Erklärungsansätze darstellen. Dazu zählt zunächst im Hinblick auf den kommunikationswissenschaftlichen Zweck sozialer Netzwerke das Identitäts- und Beziehungsmanagement[45]: Geht es den Nutzern primär um Selbstprofilierung, dann ist die sprachlich vermittelte Herabsetzung anderer häufig das Mittel der eigenen Aufwertung.[46] Dieser Aspekt lässt sich wiederum im Spiegel der Affordanzen und des aufmerksamkeitsökonomischen Geschäftsmodells betonen: Nimmt man an, dass die Interaktion mit einem Inhalt als Ausdruck von Aufmerksamkeit für Nutzer einen belohnenden Effekt hat, ihnen das Gefühl von Anerkennung vermittelt, dann kann darin eine Motivation für die Abgabe besonders polarisierender, interaktionspotenter, auch aggressiver Sprache gesehen werden.[47] Abgesehen davon lassen sich einige mögliche Faktoren identifizieren, die im Zusammenhang mit den Besonderheiten der von Anbietern erster Ordnung kuratierten Netzwerköffentlichkeit stehen:

a) Broken-Web-Theorie und Toxizität von aggressiver Kommunikation

Ein erster Aspekt steht im unmittelbaren Zusammenhang mit der breiten Sichtbarkeit der Inhalte innerhalb der sozialen Netzwerke. Die Annahme lautet: Wenn Nutzer gehäuft aggressive Kommunikation wahrnehmen, dann sind sie eher geneigt, selbst Sprachexzesse zu begehen.[48]

Diese Annahme wird zum Teil auf einen Transfer der Broken-Windows-Theorie aus der analogen Welt in digitale Kommunikationsräume gestützt. Die auf Wilson/Kelling zurückgehende Theorie beschreibt einen Zusammenhang zwischen dem Verfall von Stadtteilen und der dort beobachteten Delinquenz.[49] Die Übertragbarkeit der Broken-Windows-Theorie auf digitale Kommunikationsräume könnte sich nun insofern ergeben, als auch bei sichtbarer aggressiver Kommunikation der Eindruck entstehen könnte, eine Normdurchsetzung erfolge weder durch Staat noch durch Anbieter[50]; zum Teil ist von einer Broken-Web-Theorie die Rede[51]. Mit der Emp-

[45] Vgl. dazu schon oben Kap. 1 A. II. 1.

[46] Vgl. nur *Doerbeck*, Cybermobbing, S. 80 f.

[47] Vgl. die Hypothese bei *Rüdiger*, in: Digitale Polizeiarbeit, S. 259, 277 unter dem Stichwort „digitaler Narzissmus"; vgl. ferner zu psychologischen Effekten auf das aufmerksamkeitserfahrende Individuum *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 509.

[48] *Kümpel/Rieger*, Wandel der Sprachkultur, S. 14, 22.

[49] *Wilson/Kelling*, Broken Windows, The Atlantic Monthly 1982.

[50] *Kümpel/Rieger*, Wandel der Sprachkultur, S. 14; *Rüdiger*, in: Digitale Polizeiarbeit, S. 259, 267 ff.; vgl. auch *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 607 mit Hinweis darauf, dass eine Übertragung des Broken-Window-Theorems letztlich auch zu einer Verschiebung der verletzenden Kraft von Worten führt, weil alle, die sich innerhalb des Kommunikationsraums aufhalten, von dem Sprachverfall betroffen sind.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

findung eines rechtsfreien Raums mangels sichtbaren Normvollzuges scheint es aber beim Phänomen der aggressiven Kommunikation, anders als bei Angriffen auf das Eigentum, nicht sein Bewenden zu haben. In dieser Hinsicht wurde bislang nur beschrieben, was ein Teil der sog. cheap-talk-effects in der internetvermittelten Kommunikation sein soll, nämlich neben dem geringen Aufwand auch eine schwache Kontrolldichte.[52]

Neben der (permanenten) Sichtbarkeit des Normverstoßes bietet die Forschung zur sog. Toxizität von aggressiver Kommunikation einen weiteren soziotechnischen Enthemmungsfaktor als Erklärung an, der im Umfeld der Broken-Web-Theorie zu verorten ist. Der Begriff der Toxizität wird in der kommunikationswissenschaftlichen Analyse von Hate Speech verwendet, um deren Schädlichkeit auf der Konversationsebene zwischen den Nutzern zu beschreiben. Anders als der Begriff der Aggression, der sich auf einen konkreten Inhalt als solchen bezieht, benutzen Demus et al. die Toxizität insbesondere mit einen Blick auf die Effekte aggressiver Inhalte auf die Stimmungslage bei anderen Interaktanten.[53] Ihre Untersuchung widmet sich der Frage, wie aggressive Inhalte die Stimmung der wahrnehmenden Nutzer verändern können, sodass sie eher geneigt sind, ihrerseits aggressiv zu kommunizieren.[54] Es wird also die These von „emotionalen Ansteckungseffekten" aufgestellt.[55] Da das sozialpsychologische Konzept der emotionalen Ansteckung gerade nicht nur von textuellen Merkmalen, sondern besonders durch Mimik, Gestik, Körperhaltung, Stimmlage etc. geprägt wird, lässt sich im Kontext der Kommunikation innerhalb sozialer Netzwerke mit Blick auf die Reduktion von symbolischen Kanälen von einer „textuellen Mimikry" sprechen.[56] Diese Übertragungsthesen stehen dabei im Zusammenhang mit der Vorstellung von Angeboten dritter Ordnung als Kommunikationsraum, der nicht nur inhaltlich vorgeprägt ist, sondern Anschlusskommunikation auch auf affektiver Ebene beeinflusst.[57]

b) Ambivalenz sozialer Präsenz

Ein zweiter für soziale Netzwerke spezifischer Aspekt lässt sich in den Ausprägungen einer sozialen Präsenz innerhalb der sozialen Netzwerke erkennen. Richtet man wieder den Blick auf die verdateten Beziehungen der Nutzer und die Lenkung des Informationsflusses innerhalb sozialer Netzwerke durch die kuratie-

[51] *Rüdiger*, in: Digitale Polizeiarbeit, S. 259, 267 ff.

[52] Dazu *Hafez*, Communicatio Socialis 2017, 318, 319.

[53] *Demus et al.*, in: Handbuch Cyberkriminologie 1, S. 261, 263 ff.; vgl. auch m. w. N. *Kümpel/Rieger*, Wandel der Sprachkultur, S. 22.

[54] *Demus et al.*, in: Handbuch Cyberkriminologie 1, S. 261, 272 ff.

[55] So auch *Groß/Neckel*, in: Das Phänomen „Digitaler Hass", S. 135, 137.

[56] *Demus et al.*, in: Handbuch Cyberkriminologie 1, S. 261, 273 f. m. w. N.

[57] Zum Begriff der Angebote dritter Ordnung vgl. oben Kap. 1 A. III. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

renden Algorithmen[58], so erklärt sich die verstärkte Bildung von sozialen Gruppen.[59] Die Ordnungswirkung der kuratierenden Algorithmen verstärkt nämlich, was sozialpsychologische Ansätze auch im Analogen beobachten: die Neigung zur sozialen Homophilie bei der Gruppenbildung. Ähnliche Eigenschaften und Meinungen helfen dabei, schneller und intensiver Beziehungen zwischen Menschen zu konstruieren.[60] Da in der anderen Richtung, so die kommunikationswissenschaftliche Beobachtung, die Meinungsbildung analog zur Gruppenbildung verläuft, entstehen sog. Intergroup-Konflikte. Wo Gruppen, durch die Ordnung sozialer Netzwerke verstärkt, zu einer besonderen Homogenität neigen, sei daher der Nährboden für besonders extreme Meinungen geschaffen.[61] Eine starke Form dessen kann sich nicht zuletzt in den privaten Ecken der Netzwerköffentlichkeit in Form geschlossener Gruppen finden[62], bei denen zur Homogenität noch die zumindest empfundene Abschirmung nach außen hinzukommt.[63] Um die eigene soziale Identität zu stärken und sich von anderen sozialen Gruppen abzugrenzen kann ein Motivationsdruck zur aggressiveren Kommunikation entstehen.[64]

Gleichzeitig – insofern wirkt die besondere soziale Präsenz in sozialen Netzwerken ambivalent – hat die sich in ihrer Gruppenidentität bestärken wollende Person möglicherweise nicht den Eindruck, bei aggressiver Sprache gegen andere soziale Gruppen eben mit dieser anderen Gruppe (als homogener Einheit) zu kommunizieren. Wer mangels dialogischer Auseinandersetzung mit dem Empfängerkreis von diesem ein disperses Vorstellungsbild hat, der spricht (gefühlt) nicht gegen eine geschlossene Einheit, sondern mit einer seiner Vorstellung nach möglicherweise heterogenen Kreis von Menschen.[65]

3. Exkurs: Soziale Netzwerke als Raum der Social Bots

Ein Sonderfall der kriminogenen Faktoren besteht in der Ermöglichung neuartiger Werkzeuge für die Verbreitung aggressiver Kommunikation in Form von Social Bots.

---

[58] Vgl. oben Kap. 1 C. III.

[59] Hier nicht im Sinne Angebote zweiter Ordnung, vgl. oben Kap. 1 A. III. 2.

[60] Zum Zusammenhang der sozialen Homophilie und der kuratierten Ordnung *Demus et al.*, in: Handbuch Cyberkriminologie 1, S. 261, 277 m. w. N.

[61] *Demus et al.*, in: Handbuch Cyberkriminologie 1, S. 261, 278.

[62] Hier gemeint als Angebote zweiter Ordnung, vgl. oben Kap. 1 A. III. 2.

[63] Dazu *Schöffel*, in: Das Phänomen „Digitaler Hass", S. 121, 124 f. mit Hinweisen darauf, dass der Neuzugang zu extremistischen Gruppen wiederum im engen Zusammenhang mit den Empfehlungsalgorithmen von Facebook steht. Vgl. zur Bedeutung der Gruppenfunktion bei sozialen Netzwerken für die Bildung und Stabilisierung rechtsextremer Personenzusammenschlüsse *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 45 f.

[64] Dazu m. w. N. *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 613 ff.

[65] Zum Merkmal der Dispersität bei Massenkommunikation *Röhner/Schütz*, Psychologie der Kommunikation, S. 112. Vgl. auch *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 586, der diesen Effekt als enthemmend einordnet.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Werden durch einzelne Nutzer Computerprogramme eingesetzt, die getarnt als echte Nutzer aggressive Kommunikation Dritter mittels der Annotationsoptionen verbreiten oder eigene Inhalte erstellen, so handelt es sich kaum noch um spontane Aggressionsinteraktionen. Vielmehr können sie (erst ermöglicht durch die schwache Dialogförmigkeit[66]) das strategische Werkzeug einer gezielten Vergiftung des Kommunikationsklimas sein und zu einer von den kuratierenden Algorithmen verstärkten Verzerrung des wahrgenommenen Meinungsbildes führen.[67]

II. Wirkungen aggressiver Kommunikation in sozialen Netzwerken

Nachfolgend sollen einige Charakteristika aggressiver Kommunikation in digitalen Kommunikationsräumen dargestellt werden, die sich auf ihre besondere Wirkungen auf Betroffene und andere Nutzer beziehen. Nicht erneut erwähnt werden solche Effekte, die ihrerseits enthemmend und motivierend hinsichtlich aggressiver Kommunikation wirken und im vorangegangenen Abschnitt skizziert wurden.[68]

1. Breitenwirkung

Die für die Kommunikation innerhalb sozialer Netzwerke charakteristische und auf das Geschäftsmodell der Angebote zurückführbare[69] Breitenwirkung spielt für direkt Betroffene meist eine besondere Rolle.[70] Verstärkt wird dies, wenn die Netzwerköffentlichkeit auch aus nahen Kontakten aus der analogen Realität der Betroffenen besteht.[71] Bemerkenswert ist in der von Oğlakcıoğlu aufgestellten Gegenthese, dass sich die Wirkung von Hate Speech mit der Häufigkeit wahrgenommener Sprachexzesse bei den wahrnehmenden Personen zunehmend verflüchtigen könne.[72]

---

[66] Dazu oben Kap. 2 A.

[67] Dazu ausführlich *Frischlich et al.*, in: Online Hate Speech, S. 71 ff.

[68] Zum Zusammenfallen von Ursache und Wirkung auch *Kümpel/Rieger*, Wandel der Sprachkultur, S. 22. Zu solchen Enthemmungs- und Motivationseffekten, die sich auf eine Übertragung von Online Hate Speech in analoge Gewalthandlungen beziehen, vgl. die Darstellung bei *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 602 ff. mit Analyse der Studie von *K. Müller/Schwarz*, Fanning the Flames of Hate: Social Media and Hate Crime, 2020. Vgl. in diesem Zusammenhang ferner *Heuser/Witting*, in: Das Phänomen „Digitaler Hass", S. 37, 55 f.

[69] Vgl. oben Kap. 1 C. I.

[70] *Heuser/Witting*, in: Das Phänomen „Digitaler Hass", S. 37, 53 f.

[71] *Brown*, Ethnicities 2018, 297, 307.

[72] *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 601.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Raumzeitliche Distanz und Anonymität

Die (auch durch den Täter nur empfundene) Anonymität und Distanz von Täter und Opfer kann nicht nur ein enthemmender Faktor für den Täter sein, sondern auch auf der Betroffenenseite eine Rolle spielen. Einerseits können sprachliche Angriffe als schwerer empfunden werden, wenn sich das Gefühl einer Ohnmacht bei der betroffenen Person einstellt.[73] Andererseits wird die enthemmend wirkende Herauslösung aus einem gemeinsamen raumzeitlichen Referenzrahmen auch mit der These verbunden, dass die inzivile Kommunikation durch die betroffenen Nutzer als weniger schwer wahrgenommen werden kann.[74] Daneben kann ein Kommunikationsraum des potenziell Anonymen aber auch dafür sorgen, dass ein Eintreten für und Verteidigen von betroffenen Personen oder für ein Wertesystem mit weniger Zurückhaltung vorgenommen wird. Eine Erklärung dafür wäre die verringerte Angst vor Anfeindungen, eben weil weder Sender noch Empfänger persönlich bekannt sind.[75]

3. Schwarmförmiges Verhalten: Cybermobbing und sog. Shit-Storms

Zu den genannten Effekten tritt eine von Betroffenen als besonders belastend empfundene Wirkung hinzu, wenn sich sprachliche Angriffe auf sie häufen.[76] Tritt das Verhalten aggressiverer Kommunikatoren in Form des Cybermobbings oder der sog. Shit-Storms auf, lässt sich auch von einem schwarmförmigen Angriffsverhalten sprechen. Es zeichnet sich durch Spontanität der Teilnahme und das Fehlen fester und hierarchischer Organisationsstrukturen aus.[77] Das durch sie hervorgerufene Ohnmachtsempfinden auf Seiten der Betroffenen entspricht dabei nicht der Summe der Einzelbeeinträchtigungen, sondern wird durch synergetische Effekte verstärkt.[78] Es wird, um die Opferbeeinträchtigung zu verbildlichen, teilweise auch von einem „Internetpranger" gesprochen.[79]

Die Differenzierung der beiden Schwarm-Phänomene fällt dabei nicht leicht: Nach der Definition von Gomille ist unter einem Shit-Storm „das plötzliche, massenhafte Erscheinen von negativer Kritik in interaktiven Online-Medien, die sich gegen eine einzelne natürliche oder juristische Person und ihr Verhalten richtet" zu

[73] Vgl. *Doerbeck*, JR 2021, 54, 59 m. w. N.

[74] Vgl. *Kümpel/Rieger*, Wandel der Sprachkultur, S. 15.

[75] Vgl. dazu *Brown*, Ethnicities 2018, 297, 299; vgl. generell zur Produktion von mehr Hate Speech durch couragiertes Einschreiten *Kümpel/Rieger*, Wandel der Sprachkultur, S. 15 m. w. N.

[76] *Heuser/Witting*, in: Das Phänomen „Digitaler Hass", S. 37, 53.

[77] *Golla*, in: Schwärme im Recht, S. 77 mit Verweis auf *Ingold*, Der Staat 2017, 491, 514 f.

[78] Vgl. *Golla*, in: Schwärme im Recht, S. 77 f.

[79] *Reinbacher*, JZ 2020, 558, 560; *Reinbacher*, NK 2020, 186, 191; *Krischker*, JA 2013, 488, 492; vgl. auch *Gomille*, ZUM 2021, 81, 86 f.; *Voskamp/Kipker*, DuD 2013, 787.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

verstehen.[80] Im Unterschied zum Shit-Storm lässt sich das Cybermobbing weniger als spontaner ‚Entrüstungssturm', der durch ein bestimmtes Ereignis hervorgerufen wird, charakterisieren. Vielmehr zeichnet sich Cybermobbing als Sammelbegriff für vielfältige Erscheinungsformen[81] in der Tendenz durch eine wiederholte und andauernde Angriffsform aus.[82] Beide Phänomene haben indessen gemein, dass sie erst durch die auf Konnektivität und Interaktion ausgerichtete Netzwerkgestaltung (Affordanzen), letztlich der Architektur des Kommunikationsraums, ermöglicht werden.[83]

4. Silencing-Effekt

Wiederholt wurde darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber und Teile des Schrifttums die Verdrängung anderer Nutzer aus dem Online-Diskurs als besonderen Schaden von Hate Speech markiert. Dabei wird nicht nur an solche Nutzer gedacht, die als direkte Adressaten der Äußerungen anzusehen sind.[84] Angesprochen ist vielmehr (auch) der sog. Silencing-Effekt, also das Verstummung und die Selbst-Zensur von Nutzern aus Angst, sich einer aggressiven Kommunikation auszusetzen.[85] Oğlakcıoğlu wendet insofern ein, dass zu berücksichtigen sei, „dass das Internet eben die User auch erst einmal überhaupt dazu anregt, ihre Meinung – womöglich häufiger als sonst – auszudrücken. Wenn aber die Möglichkeiten der Ausübung von Meinungsfreiheit und Self-Expression eine exorbitante Erweiterung erfahren, muss es als normale Begleiterscheinung betrachtet werden, dass mit diesen Opportunitäten auch erhöhte Gefahren einhergehen."[86] Dem ist insofern zuzustimmen, als etwaige Verstummungseffekte vor allem die erst durch den digitalen Kommunikationsraum eröffneten Partizipationschancen betreffen. Auch die Ver-

[80] *Gomille*, ZUM 2021, 81, 83.

[81] Eingehend *Doerbeck*, Cybermobbing, S. 83 ff.

[82] *Golla*, in: Schwärme im Recht, S. 77, 83; vgl. auch *Kümpel/Rieger*, Wandel der Sprachkultur, S. 9 f.

[83] Vgl. dazu erneut Kap. 1 C. III. 1.

[84] BT-Drs. 19/18470, S. 1; *Steinl/Schemmel*, GA 2021, 86, 87; *Großmann*, StV 2022, 408, 409 f.; *Großmann/Kubiciel*, KriPoZ 2023, 186, 188; *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397, 2399; *Völzmann*, MMR 2021, 619, 620; *Hallweger/Thümmler*, NStZ 2023, 76, 80 f.

[85] Vgl. dazu erneut die von Hoven in Auftrag gegebene Befragung (https://www.gdp-group.com/fileadmin/ms/pressetext_hate_speech_final.pdf) (letzter Abruf am 10. 5. 2024), wonach 42 % aller Befragten antworteten, dass sie aufgrund von Hassreden vorsichtiger bei eigenen Beiträgen sind oder darauf verzichten, etwas zu posten. Kritisch auch in dieser Hinsicht *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, Fn. 933. Vgl. auch die Umfrage Landesanstalt für Medien NRW, Hate Speech und Diskussionsbeteiligung im Internet, 2019, S. 10 (https://www.medienanstalt-nrw.de/fileadmin/user_upload/lfm-nrw/Service/Veranstaltungen_und_Preise/Ergebnisbericht_Hate_Speech_Sonderstudie_LFMNRW.pdf) (letzter Abruf am 10. 5. 2024), in der 32 % der befragten Nutzer angeben, aus Angst vor beleidigenden Kommentaren nicht am Diskurs im Internet teilzunehmen; vgl. auch die Interviewstudie von *Heuser/Witting*, in: Das Phänomen „Digitaler Hass", S. 37, 62 ff.

[86] *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 598.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

teilung des Silencing-Effekts, der besonders Frauen und (andere) marginalisierte Gruppen betrifft[87], entspricht der Spiegelbildlichkeit; auch sie sind es, die im Besonderen von den Versprechungen einer für jeden zugänglichen Öffentlichkeit profitieren.[88] Analytisch mag es also zutreffend sein, von einer „normalen Begleiterscheinung" zu sprechen; es ist jedoch nicht gleichbedeutend damit, dass darin kein unrechtserschwerender Faktor zu sehen sein kann.[89]

III. Kommunikationsdelikte als Oberbegriff für Inhaltsverbreitungs- und Äußerungsdelikte

Wie die Untersuchung einleitend beschrieben hat, besteht kaum Einigkeit über die Definition von Hate Speech.[90] Die begriffliche Unklarheit des Neologismus erschwert dabei nicht nur, wie angedeutet, die Vergleichbarkeit empirischer Forschung[91], sondern ist einer rechtsdogmatischen Betrachtung hinderlich.[92] Aus diesem Grund soll an dieser Stelle der Übergang zum dogmatischen Hauptteil der Untersuchung durch einen Rückzug auf einen Begriff vorgenommen werden, der die hinter dem Begriff der Hate Speech stehenden Phänomene möglichst gut dogmatisch greifbar abbildet.

Zu diesem Zwecke soll der Terminus der Kommunikationsdelikte, der häufig im Kontext des § 263 StGB erprobt und an verschiedenen Stellen ohne weitere inhaltliche Bestimmung verwendet wurde, zugrunde gelegt werden.[93] Altenhain greift den Begriff des Kommunikationsdelikts auf, definiert ihn als „Tatbestände […], die die Äußerung oder Weitergabe mißbilligter Inhalte unter Strafe stellt"[94] und führt damit einen Oberbegriff für Äußerungs- und Inhaltsverbreitungsdelikte ein. Ob eine terminologische Zusammenführung beider Deliktskategorien unter den Kommunikationsdelikten als gelungen gelten kann, hängt wesentlich vom zugrunde gelegten Kommunikationsbegriff ab. Versteht man Kommunikation als ein interaktionistisches Verhältnis, in dem Äußerungen abgegeben und wahrgenommen werden[95], so

[87] Vgl. nur *Steinl/Schemmel*, GA 2021, 86, 87; *Bredler/Markard*, JZ 2021, 864, 865 m. w. N.; *Hallweger/Thümmler*, NStZ 2023, 76, 80 f.

[88] Dazu oben Kap. 2 B.

[89] Vgl. *Großmann*, StV 2022, 408, 410 mit Skepsis gegenüber einem strafrechtlichen Schutz über die Beleidigungsdelikte.

[90] Vgl. oben Einleitung.

[91] Dazu oben Kap. 2 C.

[92] So auch *Neitsch/Niebuhr*, in: Digitale Hate Speech, S. 35, 36.

[93] *Ar. Koch*, GA 2002, 703.

[94] *Altenhain*, CR 1997, 485; vgl. auch *Jimenez Bernales*, Service Provider, S. 103; *Bremer*, Strafbare Internet-Inhalte, S. 53; *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 60 f.; *V. Haug*, Grundwissen Internetrecht, Rn. 268; *Hingst*, Kommunikationsdelikte, S. 15 macht diese Definition sogar zur Untersuchungsgrundlage seiner systematisierenden Monografie.

[95] Vgl. die Darstellung bei *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 108.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bestehen vor allem hinsichtlich der Inhaltsverbreitungsdelikte Zweifel. Sie setzen nämlich überwiegend gerade keine Wahrnehmung des Inhalts durch einen anderen voraus.[96] Versteht man den Kommunikationsbegriff hingegen – wie hier im Folgenden – weiter als einen „Austausch von Informationen nach bestimmten Regeln", so lösen sich etwaige Friktionen auf.[97]

Inhaltsverbreitungsdelikte knüpfen den strafrechtlichen Vorwurf an die Weiterleitung oder Publikation des Inhalts. Regelmäßig enthalten sie eine Tathandlungstrias: Verbreiten, Begehung in einer Versammlung und das öffentliche Zugänglichmachen.[98] Unter die Kategorie der Äußerungsdelikte will Fuhr solche Tatbestände fassen, die „die bezweckte Übermittlung einer Information eines Menschen (Kommunikator) an einen anderen (Rezipient) in den Blick nehmen, wobei ein Kommunikator als solcher dem Rezipienten erkennbar sein muß"[99]. Dieser Begriffsbestimmung ließe sich dabei noch vorhalten, dass bei einem weiten Kommunikationsbegriff auch die Inhaltsverbreitungsdelikte erfasst sein könnten. Es bedarf daher für die Zwecke dieser Untersuchung einer näheren Eingrenzung in zwei Richtungen: *Erstens* werden als Äußerungsdelikte im Sinne dieser Arbeit nur notwendige Äußerungsdelikte verstanden, also Delikte ausgeschlossen, die sowohl durch Äußerung als auch durch sonstige Tathandlungen begangen werden können.[100] Klassisches Beispiel hierfür wäre die Begehung einer Sachbeschädigung oder eines Totschlags durch die Einwirkung auf einen anderen mittels Äußerungen (etwa falsches Hineinwinken in eine Parklücke oder die Täuschung über den Inhalt einer zu verabreichenden Pille).[101] *Zweitens* soll eine Abgrenzung zu den Inhaltsverbreitungsdelikten dadurch geschärft werden, dass im Folgenden von persönlichen Äußerungsdelikten die Rede sein wird, von denen kommunikatives Verhalten erfasst wird, das sich durch eine besondere Beziehung zwischen Sprechendem und Inhalt auszeichnet.[102] Die Abgrenzung erlangt so für die Beteiligungsformfrage besondere

[96] Dazu unten Kap. 5 B. III. 3. a) bb) (3) (a) sowie Kap. 6 B. I. 2.

[97] *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 115 mit Verweis auf *P. Mandl*, Internet Internals, S. 1.

[98] Eine Aufzählung der für soziale Netzwerke praktisch besonders relevanten Tatbestände könnte ohne Anspruch auf Vollständigkeit wie folgt lauten: §§ 80a, 86 Abs. 1 Var. 1, Var. 2 Abs. 2, 86a Abs. 1 Nr. 1, 90, 90a, 90b, 90c, 111 Abs. 1, 130a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1, 130 Abs. 2 Nr. 1, 131 Abs. 1 Nr. 1 a), 140 Nr. 2, 166 StGB.

[99] *Fuhr*, Äußerung, S. 26 in Abgrenzung zu solchen Informationsübermittlungen, insbesondere Tatsachenmanipulationen, bei denen ein Kommunikator nicht erkennbar ist (a. a. O., S. 30 ff.).

[100] *Fuhr*, Äußerung, S. 29. Keine weitere Aufgliederung ist für die Zwecke dieser Untersuchung in „reine Äußerungsverbote" und solche Delikte, bei denen die Äußerung ein notwendiger „Handlungsteil" neben weiteren Voraussetzungen ist, vorzunehmen, *Oğlakcıoğlu/Schuhr*, in: Handbuch Sprache im Recht, S. 527, 536 ff.

[101] Vgl. auch *Oğlakcıoğlu/Schuhr*, in: Handbuch Sprache im Recht, S. 527, 534 f.

[102] Eine Aufzählung der für soziale Netzwerke praktisch besonders relevanten Tatbestände könnte ohne Anspruch auf Vollständigkeit wie folgt (nach Überschneidungen geordnet) lauten: §§ 90a Abs. 1, 130 Abs. 1 Nr. 2, 166 („Beschimpfen", „böswillig verächtlich Machen", „Verunglimpfen"), § 130 Abs. 3, 140 Nr. 2 („Billigen", „Leugnen", Verharmlosen"); § 241

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Relevanz. Deshalb wird die Beschaffenheit dieser Verbindung vom Sprechenden zum Inhalt an entsprechender Stelle vertieft und ausdifferenziert.[103]

Auf zwei Besonderheiten ist bei der Abgrenzung von persönlichen Äußerungs- und Inhaltsverbreitungsdelikten hinzuweisen: Zum einen gibt es Tatbestände, die persönliche Äußerungsdelikte sind und gleichzeitig die Tathandlungstrias von Verbreitungsdelikten in sich aufnehmen (§§ 111, 126 Abs. 1 StGB). Sie erscheinen als hybride Kommunikationsdelikte. Zum anderen existieren Tatbestände, die die Weiterleitung von Inhalten erfassen, ohne sich der Handlungstrias zu bedienen (§§ 186 Hs. 1 Alt. 2, 187 Hs. 1 Alt. 2 StGB: „Verbreiten"; § 192a StGB: „Gelangenlassen"). Sie können dennoch in der Abgrenzung zu den persönlichen Äußerungsdelikten als Inhaltsverbreitungsdelikte im weiteren Sinne verstanden werden.[104] Das ergibt sich letztlich aus einer negativen Abgrenzung ausgehend von der Beteiligungsformfrage der persönlichen Äußerungsdelikte.

Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 Hs. 2 Var. 1 und 2 („Bedrohen"); § 126 Abs. 1 („Androhen"); §§ 186 Hs. 1 Alt. 1, 187 Hs. 1 Alt. 1 („Behaupten"); §§ 130 Abs. 1, 111 („Aufstacheln", „Auffordern").

[103] Vgl. dazu unten Kap. 5 B. III. 2.

[104] Auch *V. Haug*, Grundwissen Internetrecht, Rn. 272 ordnet hier das Verbreiten ein, spricht aber von „Publikationsdelikten".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Teil

(Außer-)Strafrechtliche Vorfragen

Kapitel 3

Telemedienrechtliche Grenzen einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit

Bevor im 4. Kapitel nach möglichen Anknüpfungspunkten für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Anbieter gesucht wird und in den Kapiteln 5 und 6 schwerpunktmäßig zwei Anknüpfungspunkte im strafrechtsdogmatischen Lichte betrachtet werden sollen, gilt es zunächst zu überprüfen, wie sich die telemedienrechtliche Providerprivilegierung der Art. 6 ff. DSA auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit auswirkt. Es wird sich nämlich zeigen, dass die europäischen Bestimmungen auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit durchziehen und sie begrenzen.

Nachdem die Grundlagen der telemedienrechtlichen Providerprivilegierung, also die Herausbildung ihrer Grundgedanken und Verschränkung mit allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften dargestellt wurden (A.), soll sich dem sachlichen Anwendungsbereich (B.), dem normimmanenten Programm der Vorschriften (C.) und abschließend vertieft einer teleologisch orientierten Beschränkung der Privilegierung zugewendet werden (D.). Besondere Aufmerksamkeit fordert dieser letzte Abschnitt auf dem phänomenologischen Fundament der beiden vorangegangen Kapitel: Anbieter erster Ordnung nehmen eine ganz spezifische Rolle bei der Ordnung ihres Kommunikationsraums ein. Anbieter nachgelagerter Ordnung – wenn sie denn überhaupt den Privilegierungstatbeständen unterfallen können – können ihre Unter-Kommunikationsräume inhaltlich vorprägen, ihnen gewissermaßen ein Kommunikationsklima einschreiben. Es ist daher zu fragen, wie die aus diesen Rollen folgende Verantwortlichkeit für Drittinhalte jeweils aus telemedienrechtlicher Sicht zu vermessen ist.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

A. Grundlagen der telemedienrechtlichen Providerprivilegierung

Die maßgeblichen telemedienrechtlichen Haftungsvorschriften beanspruchen seit dem 17. 2. 2024 in den Art. 4 ff. DSA[1] Geltung. Sie enthalten keine positiven Haftungsvoraussetzungen[2], sondern setzen diese vielmehr voraus.[3] Daher ist es treffend, sie als Providerprivilegien zu verstehen[4], die für alle Rechtsgebiete prinzipiell Geltung beanspruchen.[5] Konsentiert ist dabei auch, dass die telemedienrechtliche Privilegierung prinzipiell (Stichwort: horizontale Querschnittsregelung, ErwG Nr. 17 S. 3 zum DSA) für das Strafrecht Wirkung beansprucht.[6] Auch wenn es keinesfalls das Ziel ist, anhand des DSA (oder durch die ECRL war) den Bereich des Strafrechts zu harmonisieren, deutet sich die Wirkung der Privilegierung im Strafrecht an zwei Stellen im Verordnungstext selbst an: Zum einen unterscheidet Art. 6 Abs. 1 a) DSA zwischen Schadensersatzansprüchen und sonstiger (eben auch möglicherweise strafrechtlicher) Verantwortlichkeit. Zum anderen erwähnen Art. 2 Abs. 4 i), 9 Abs. 6 DSA strafprozessuale Vorgaben.[7] Ein anderes zu vertreten würde schon zu dem kaum gewollten Ergebnis führen, dass zwar eine Haftung für fremde Inhalte zivilrechtlich nur im Rahmen der Art. 4 ff. DSA möglich ist, die strafrechtliche Verantwortlichkeit als regelmäßig schwerere Belastung und ultima ratio aber nicht begrenzt ist.[8]

Im Folgenden seien einer detaillierteren Betrachtung des Anwendungsbereichs, der Reichweite und des Ausschlusses der Providerprivilegierung zwei grundlegende Aspekte vorausgeschickt: Zum einen die Entwicklung der Privilegierung in den Händen des europäischen Gesetzgebers von der ECRL zum DSA (I.) und zum anderen ihre Relationierung zum strafrechtlichen Prüfungsprogramm (II.).

---

[1] Es wird im Folgenden weiterhin vom DSA gesprochen, selbst wenn andere europäische Rechtsakte in ihrer deutschsprachigen Benennung geführt werden. Der Grund liegt nicht zuletzt darin, dass die deutsche Sprachfassung irreführend vom „Gesetz über digitale Dienste" spricht, es sich letztlich aber um eine Verordnung i. S. d. Art. 288 Abs. 2 AEUV handelt (vgl. dazu *Glöckner*, WRP 2023, 1027, 1029). Ein weiterer Grund liegt in der Benennung der ergänzenden nationalen Vorschriften als Digitale-Dienste-Gesetz (DDG). Auch zur besseren Trennbarkeit wird daher weiter vom DSA gesprochen.

[2] Etwa Anspruchsgrundlagen oder strafbarkeitsausdehnende Zurechnungsvorschriften.

[3] S. ErwG Nr. 17 zum DSA.

[4] Insofern ist die Überschrift der „Haftung der Anbieter von Vermittlungsdiensten" jedenfalls missverständlich. Vgl. dazu *Hofmann*, in: NK-DSA, Vor Art. 4 ff. Rn. 2.

[5] *Janal*, ZEuP 2021, 227, 236; *Hofmann*, in: NK-DSA, Vor Art. 4 ff. Rn. 68.

[6] Vgl. nur LG Berlin StV 2015, 222; zust. *Mrosk*, StV 2015, 224 ff.; jüngst auch BGH MMR 2024, 175 (Cyberbunker); *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, Vor § 7 TMG Rn. 15.

[7] Vgl. *Spindler*, MMR 2023, 73, 75.

[8] Stellvertretend *Hassemer*, NJW 2014, 3801.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

I. Von der ECRL zum DSA: Nichts Neues im Bereich der Haftungsprivilegierung?

1. Regelungsimpetus und -konzept des DSA

Mit dem DSA hat der europäische Gesetzgeber ein Regelungswerk mit spezifischen Haftungsvorschriften und besonderen Sorgfaltspflichten für Provider im Internet geschaffen. Zu Recht darf es mit Blick auf Regulierungsumfang und -tiefe als ein „weltweit beispiellose[r] Schritt zur Regulierung von Vermittlungsdiensten, insbesondere Online-Plattformen" beschrieben werden.[9] Dabei soll der DSA mit einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe in seinen 93 Artikeln und 156 ErwGen eine „entwicklungsoffene, grundrechtsgeleitete Weiterentwicklung der Plattformregulierung"[10] darstellen.

Den Ausgangspunkt nimmt der DSA dabei in der E-Commerce-RL 2000/31/EG. Ziel der ECRL war es Anfang der 2000er Jahre – als die Online-Wirtschaft noch in ihren Kinderschuhen steckte –, die Anbieter vor einer „Erstickung" durch drohende zivil- oder strafrechtliche Haftung für Inhalte Dritter im Binnenmarkt zu schützen.[11] Das zeigte sich nicht zuletzt schon in der Zielsetzung der Richtlinie in Art. 1 Abs. 1 ECRL, wonach sie „einen Beitrag zum einwandfreien Funktionieren des Binnenmarktes leisten [sollte], indem sie den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sicherstellt." Dass die Anforderungen an eine Regulierung der Diensteanbieter indessen komplexer geworden sind, wurde vom europäischen Gesetzgeber erkannt und drückt sich – vergleichend mit Art. 1 Abs. 1 ECRL – besonders plastisch im umfangreichen Art. 1 Abs. 1 DSA aus, wonach Ziel der Verordnung sei, „durch die Festlegung harmonisierter Vorschriften für ein sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld, in dem Innovationen gefördert und die in der Charta verankerten Grundrechte, darunter der Grundsatz des Verbraucherschutzes, wirksam geschützt werden, einen Beitrag zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts für Vermittlungsdienste zu leisten."

Dass der europäische Gesetzgeber sich anders als vor gut 20 Jahren um eine komplexe und multipolare Interessenabwägung bemüht, ist auf den massiven Wandel der Internetwirtschaft und -gesellschaft zurückzuführen. So hebt der Gesetzgeber schon in ErwG Nr. 1 zum DSA hervor, dass die Diensteanbieter nicht nur ein zentraler Bestandteil der Volkswirtschaft, sondern auch des alltäglichen Lebens der Unionsbürger sind. Er weist im gleichen Zuge darauf hin, dass sich Nutzer,

[9] *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537; vgl. auch *Steinrötter*, in: Europäische Plattformregulierung, § 1 Rn. 1.

[10] *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537, 3543.

[11] Vgl. allgemein auch *Janal*, ZEuP 2021, 227, 229; *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881 sprechen plastisch von damals noch „äußerst zarten und umhegungswürdigen ‚Pflänzchen'"; vgl. auch *Glöckner*, WRP 2023, 1027, 1027 f.: „Welpenschutz".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Unternehmen und die Gesellschaft als Ganzes durch diesen Wandel mit neuen Risiken und Herausforderungen konfrontiert sehen.[12]

Vor diesem Hintergrund entwirft der DSA eine Architektur, in dessen Zentrum – noch immer – die Haftungsprivilegierung der Diensteanbieter steht. Sie wird aus den Art. 12 – 15 ECRL entnommen und in die Art. 4 – 8 DSA überführt. Diese Haftungsbegrenzung wird durch einen Sorgfaltspflichtenkatalog ergänzt, der risikobasiert nach Größe und Auswirkung im Online-Umfeld der Anbieter differenziert Anwendung findet.[13] Regelungsprodukt ist ein „Pyramiden-Modell"[14] für Host-Provider (Art. 16 – 18 DSA), das mit jeder weiteren Stufe (Online-Plattformen: Art. 19 – 32 DSA; sehr große Online-Plattformen: Art. 33 – 48 DSA) zusätzliche Vorgaben bereithält. Insgesamt ist damit die Regulierung im Vergleich zur providerfreundlichen ECRL also deutlich dichter geworden. Besondere Beachtung verdienen dabei die letzten beiden Stufen, mit denen der europäische Gesetzgeber global gesehen Neuland beschreitet und strukturelle Risiken adressiert, die bei der Schaffung der ECRL noch kaum absehbar waren.[15] Exemplarisch sind hier nur der zuvor mangelnde Schutz vor willkürlicher Contentmoderation (Art. 20 DSA), der verhaltenssteuernden Wirkung von Dark Patterns (Art. 25 DSA) oder personalisierter Werbung (Art. 26 DSA) zu nennen. Es lässt sich bei dem Regulierungsdesign des DSA daher von „zwei materiell-rechtlichen Säulen"[16] oder einem „hybriden Regulierungskonzept"[17] (Haftungsprivilegierung und Sorgfaltspflichten) sprechen, das von einem Konzept (behördlicher) Rechtsdurchsetzung begleitet wird (Art. 49 ff. DSA), das an die Durchsetzungsmechanismen der DS-GVO erinnert.[18]

Eine nationale Umsetzung der Vorschriften ist aufgrund des Verordnungcharakters anders als bei der ECRL nicht notwendig. Die deutsche Umsetzung durch das TMG ist damit in Teilen überholt. Der nationale Gesetzgeber nimmt das zum Anlass, das TMG komplett und das NetzDG weitgehend zu streichen. An ihre Stelle tritt nun das DDG, das dort – wo national notwendig und zum Teil weiterhin für geboten gehalten – Vorschriften zur Ergänzung des DSA enthält.

---

[12] Zu beachten ist, dass die Kommission schon vor Schaffung des DSA einige Versuche unternommen hat, diesen Herausforderungen Herr zu werden und zu diesem Zwecke unverbindliche Instrumente gewählt hat: Vgl. etwa Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online; EU Code of Practice on Disinformation; Mitteilung der EU-Kommission, Umgang mit illegalen Online-Inhalten, COM (2017) 555 final; Empfehlung der EU-Kommission für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten, C (2018) 1177 final.

[13] *Steinrötter*, in: Europäische Plattformregulierung, § 1 Rn. 12.

[14] *Hofmann/Raue*, in: NK-DSA, Einleitung Rn. 40.

[15] Vgl. nur *Gerdemann/Spindler*, GRUR 2023, 115, 124.

[16] *Hofmann/Raue*, in: NK-DSA, Einleitung Rn. 37; so auch schon *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537.

[17] *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 43.

[18] *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537; ausführlicher zu den Durchsetzungsmechanismen *Gerdemann/Spindler*, GRUR 2023, 3, 3 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Übernahme der Providerprivilegierung aus der ECRL

Vor dem Hintergrund dieses umfangreichen Regelungsgefüges des DSA ist es bemerkenswert, dass die Providerprivilegierungen – als das „Fundament der Providerregulierung“[19] – scheinbar ohne wesentliche Veränderungen aus der ECRL übernommen wurden.[20] Auf einige Klarstellungen, Abweichungen und Neuheiten wird an entsprechenden Stellen zurückzukommen sein. Der Kern der Host-Provider-Privilegierung aus Art. 14 ECRL, die uns im Folgenden besonders beschäftigt, wurde in Art. 6 DSA beibehalten; die Reichweite wurde – jedenfalls im Verordnungstext selbst nicht bzw. nur an bestimmten für das Strafrecht irrelevanten Stellen (Art. 6 Abs. 3 DSA) – verkürzt.

Bemerkenswert ist das Erbe der Privilegierungsvorschriften nun vor dem Hintergrund, dass der europäische Gesetzgeber das Spannungsfeld zwischen der unternehmerischen Freiheit und der Kommunikationsfreiheit der Internetnutzer einerseits und der effektiven Rechtsdurchsetzung andererseits nach erstmaliger Abwägung Anfang der 2000er Jahre erneut zu vermessen hatte.[21] Dabei hat er sich zwar für eine Hinzunahme zahlreicher und nach Art sowie Größe des Dienstes differenzierender Sorgfaltspflichten entschieden, diese aber kaum im Verordnungstext mit der Haftungsprivilegierung verquickt.[22] Noch in Zeiten vor dem DSA wurde die Providerprivilegierung in jener Form von Hilgendorf als Kernproblem und „Erbsünde“ der Providerverantwortlichkeit beschrieben.[23]

Anlass, die Durchlässigkeit eines Privilegierungsfilters neu zu justieren, hätte sich, um diesen kritischen Blick aufzunehmen, dabei schon aus veränderten tatsächlichen Dynamiken des Regelungsgegenstandes ergeben (a)). Vorlagen einer differenzierenden Regulierung hätten sich zudem im unionsrechtlichen Urheberrecht gefunden (b)). Diese beiden Aspekte gilt es im Folgenden nachzuzeichnen, um sich vor diesem Hintergrund die Frage zu stellen, auf welcher Grundlage der europäische

[19] Vgl. auch *Berberich/Seip*, GRUR-Prax 2021, 4, 6: „Grundpfeiler der Internetwirtschaft“; *Hofmann*, in: NK-DSA, Vor Art. 4 ff. Rn. 1: „Haftungsverfassung im Internet“. Die Europäische Kommission, Impact Assessment Report, SWD(2020) 348 final, Part 1/2, Rn. 170 betont selbst: „The liability exemption of online intermediaries is a cornerstone for the fair balance of rights in the online world.“

[20] *Gerdemann/Spindler*, GRUR 2023, 3, 5: „wichtigste und zugleich änderungsresistenteste Grundentscheidung“; *Schmieke*, in: Handbuch Social-Media-Recht, Kap. 3 Rn. 23: „weitestgehend unangetastet“; *Hofmann*, in: NK-DSA, Vor Art. 4 ff. Rn. 68: „Ein Paradigmenwechsel ist nicht ersichtlich.“; *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 1, 7: „mit wenigen Modifikationen […] wortgleich“ und „im Wesentlichen unverändert“; *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537, 3538: „weitgehend […] übernommen“.

[21] Vgl. zu den konfligierenden Interessen *Hofmann*, in: NK-DSA, Vor Art. 4 ff. Rn. 19; *Kraul*, in: Das neue Recht der digitalen Dienste, § 1 Rn. 3 spricht hier von einer Gratwanderung. Vgl. aus dem älteren Schrifttum *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, Vor § 7 Rn. 1; *P. Schmitz/Dierking*, CR 2005, 420, 423; zu den §§ 8 ff. TDG a. F. *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 116.

[22] Zur Besonderheit des Art. 16 Abs. 3 DSA vgl. unter Kap. 3 C. I. 1. b).

[23] *Hilgendorf*, in: Zukunftsperspektiven des Strafrechts, S. 137, 156.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gesetzgeber für sein Privilegierungsmodell eine „positive Rechtfertigung im multipolaren Interessengefecht der Plattformen“[24] gefunden hat (c)).

a) Tatsächliche Veränderung des Regelungsgegenstandes

Begreift man die Haftungsprivilegierung der ECRL als eine Art „Start-up-Förderung“[25], so hätte es kaum fern gelegen, die Regelung einer größeren Reform zu unterziehen, haben sich die Anbieter doch teilweise zu „alles dominierenden Gatekeepern“[26] entwickelt.[27] Anbieter wie Amazon, Google und Meta erreichen hunderte Millionen Nutzer weltweit und erzielen Umsätze im dreistelligen Milliardenbereich.[28] Neben diesem generellen Zugewinn an wirtschaftlicher (und normativer[29]) Macht großer Plattformanbieter, lassen sich zwei weitere Entwicklungstendenzen beobachten, die eine Beibehaltung der Haftungsprivilegierung aus der ECRL in Frage stellen: Zum einen geraten zunehmend die strukturellen Risiken der Rechtsverletzung durch Dritte in den Fokus der Beobachtung. Die Nutzung von Internetplattformen wird – was sich immer deutlicher zeigt – auch in rechtswidriger Weise vorgenommen. Massenhafte Urheberrechtsverletzungen durch Sharehoster, die Verbreitung von Kinderpornographie über entsprechende Foren im Darknet und, wie gezeigt, die Flut an Hassrede und Desinformation vornehmlich in sozialen Netzwerken[30] sind nur einige Phänomene, die das öffentliche Bild von Diensteanbietern immer stärker dominieren.[31] Dafür werden nicht zuletzt Funktionslogiken der Internetwirtschaft und das technische Design von Plattformen verantwortlich gemacht. So laden etwa Handelsplattformen im Internet mitunter mehr als am anderen Orte zur Begehung von Betäubungsmitteldelikten ein,[32] und die kuratierenden Algorithmen sozialer Netzwerke bevorteilen emotionalisierende, tendenziöse und verletzende Inhalte[33]. Zum anderen gerät die Vorstellung von der Unkontrollierbarkeit der verarbeiteten Informationsmengen mit zunehmender Entwicklung au-

[24] *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 8.

[25] *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 6; vgl. auch erneut *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881; *Ohly*, ZUM 2015, 308, 310 ff.

[26] *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881.

[27] Vgl. dazu *Glöckner*, WRP 2023, 1027, 1030: „spontanes Störgefühl“; *Hilgendorf*, in: Zukunftsperspektiven des Strafrechts, S. 137, 156.

[28] *Kraul*, in: Das neue Recht der digitalen Dienste, § 1 Rn. 16.

[29] Vgl. oben Kap. 1 C.

[30] Dazu Kap. 2.

[31] Vgl. *Buchheim*, in: Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert, S. 249 ff.; *Hofmann*, in: NK-DSA, Vor Art. 4 ff. Rn. 36; *Kraul*, in: Das neue Recht der digitalen Dienste, § 1 Rn. 3; *Kusche*, in: FS-Danziger, S. 555.

[32] *Puschke*, in: FS-Barton, S. 387, 392.

[33] *Kusche*, in: FS-Danziger, S. 555, 561; vgl. dazu ausführlicher Kap. 2 C.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tomatisierter Filtersysteme in Zweifel; auch unstrukturierte Datenmengen werden für KI-basierte Filtersysteme immer stärker praktisch verfügbar.[34]

b) Das unionsrechtliche Urheberrecht als Vorlage einer stärkeren Plattformhaftung

Ein alternatives, von diesem Haftungsmodell abweichendes Konzept hat der europäische Gesetzgeber im Urheberrecht gewählt.[35] Hier wird der horizontale Ansatz der ECRL und nun auch des DSA[36] gem. Art. 17 Abs. 3 DSM-RL durchbrochen. In Art. 17 Abs. 4 DSM-RL wird nämlich zunächst von einer täterschaftlichen Begehung der Urheberrechtsverletzung ausgegangen, wenn der Diensteanbieter nicht nachweisen kann, entsprechende Sorgfaltspflichten erfüllt zu haben. Dabei – das stellt Art. 17 Abs. 5 DSM-RL klar – sind die einzuhaltenden Sorgfaltspflichten nicht nur an Art und Größe des Dienstes, sondern auch an der Verfügbarkeit wirksamer Mittel zur Verhinderung urheberrechtswidriger Handlungen und ihrer wirtschaftlichen Zumutbarkeit zu messen. Von den Sorgfaltspflichten, die proaktives Handeln erfordern und risikominimierend wirken, sollen Anbieter unter einem bestimmten Jahresumsatz befreit sein (Art. 17 Abs. 6 DSM-RL).[37] Damit kann einer Unterscheidung von Diensteanbietern mit ‚Start-Up-Charakter' und mächtigen Gatekeepern vorgenommen werden und eine Schwächung des innovationsfördernden Charakters der Privilegierung (zuvor a)) differenziert entgegengewirkt werden.[38] Diese bereichsspezifische Regelung hätte als Blaupause dienen können, eine Haftung der Provider von der Einhaltung von Sorgfaltspflichten abhängig zu machen.[39] Jedenfalls macht sie – ebenso wie andere bereichsspezifische Harmonisierungsakte des europäischen Gesetzgebers[40] – deutlich, dass eine horizontale Wirkung der Privilegierung unter Druck gerät.[41]

---

[34] Prägnant *Almada et al.*, in: Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert, S. 327, 350: „On the other hand, the need to process large volumes of data, often in a narrow time frame, turns automation into a de facto requirement for legal compliance."; allgemeiner zu an technischen Beherrschungsmöglichkeiten orientierten Verantwortungsregelungen *Kudlich*, StV 2012, 560, 564; zu Filtertechnologien auch Kap. 1 C. III. 2.

[35] Vgl. dazu als Ausgangspunkt generell differenzierender Ansätze *Kusche*, in: FS-Danziger, S. 555, 562.

[36] Vgl. Art. 89 Abs. 2 DSA.

[37] Außerdem ist die Begrenzung des Anwendungsbereichs aus Art. 2 Nr. 6 DSM-RL zu beachten.

[38] Vgl. auch *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 108, 264.

[39] Dazu auch *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 38 f.; *Leistner*, GRUR 2022, 803, 807; *Janal*, ZEuP 2021, 227, 244 f.

[40] Vgl. die AVMD-RL, Anti-Terror-VO sowie Richtlinie 2011/93/EU zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie.

[41] Vgl. *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 101 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

c) Alternativentwürfe zum Nebeneinander von Privilegierung und Sorgfaltspflichten

Vor diesem Hintergrund ließe sich durchaus fragen, warum sich der europäische Gesetzgeber beim Grundkonzept des DSA für ein Nebeneinander von Haftungsprivilegierung und Sorgfaltspflichten entschieden hat. Es wäre ihm auch möglich gewesen, generell eine stärkere Verzahnung von Sorgfaltspflichten und Haftungsprivilegierung oder parallel zur DSM-RL eine sektorspezifische Differenzierung vorzunehmen.[42] Ein sektorspezifisches Vorgehen hätte sich dabei den verschiedenen Faktoren entlehnen können, die der Ermittlung des erlaubten Risikos zugrunde liegen: Wahrscheinlichkeit von und befürchteter Schaden durch Verletzungshandlungen sowie die Möglichkeit verhältnismäßiger Risikominimierungsmaßnahmen. Art. 17 DSM-RL ist nämlich Produkt einer solchen Abwägung, bei der die Schutzbedürftigkeit von Urhebern und die Möglichkeit einer automatisierten Filterung von Inhalten auf Urheberrechtsverletzungen entscheidende Posten waren.[43]

Der europäische Gesetzgeber hätte so zum Beispiel mit Blick auf die Rechtsprechung von EuGH und EGMR Differenzierungen nach betroffenen Rechtsgütern vornehmen können: In der Rechtsprechung beider Gerichte lässt sich nämlich eine Tendenz erkennen, Intermediäre stärker in die Haftung zu nehmen, wenn die Verletzung individueller Rechte (etwa der Ehre) zu befürchten steht und keine Verschärfung dort vorzunehmen, wo es etwa um die geschäftliche Reputation geht.[44] Gerade im Bereich des Schutzes von Persönlichkeitsrechten wäre indessen zu beachten, dass der Einsatz automatisierter Filtersysteme kaum in der Lage ist, notwendige kontextabhängige Gesamtabwägungen zu berücksichtigen; während Entsprechendes für die Bereiche der harten Pornographie (§§ 184a f. StGB) und Gewaltdarstellungen (§ 131 StGB) verhältnismäßig besser gelingen dürfte.[45] Andererseits hätte wiederum, wenn es um einzuhaltende Sorgfaltspflichten geht, nach der Größe der Anbieter zu unterscheiden sein können.[46] Eine solche Abstufung scheint zunächst mit Blick auf das umrissene Pyramidenmodell zentral; betrifft aber nicht detaillierte Anforderungen an die Vermeidung rechtswidriger Inhalte auf den Plattformen, sondern vorwiegend andere systematische Risiken[47].

---

[42] *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 7 spricht ausdrücklich davon, dass die Sorgfaltspflichten außerhalb des zivil- und strafrechtlichen Regimes der Verantwortlichkeit eine Rolle spielen; vgl. zur Kritik des sektorübergreifenden Ansatzes im Lichte der Vielfältigkeit entstandener Geschäftsmodelle *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 98 f.

[43] Vgl. auch zur Vereinbarkeit der Anforderung automatisierte Filtersysteme einzusetzen mit der Meinungs- und Informationsfreiheit EuGH GRUR 2022, 820 (Polen).

[44] Mit entsprechenden Nachweisen eindrücklich *Field-Papuga*, MMR 2022, 453, 455 f.

[45] *Kusche*, in: FS-Danziger, S. 555, 562 f.; dazu schon Kap. 1 C. III. 2.

[46] *Field-Papuga*, MMR 2022, 453, 460; vgl. auch *Kern*, MMR 2024, 338, 339 zu OLG Frankfurt a. M. MMR 2024, 334.

[47] Vgl. erneut die Beispiele in Art. 20, 25, 26 DSA. Vgl. *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 263, der eine funktionale Unterscheidung von Host-Providern, deren Tätigkeit sich auf die Speicherung beschränkt (z. B. Filesharing-Dienste) und solchen, die eine weitergehende Funktion bei der Verbreitung von Inhalten einnehmen, vorschlägt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Field-Papuga geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass der europäische Gesetzgeber die Chance hat verstreichen lassen, eine Flexibilisierung des Haftungsregimes im DSA herbeizuführen.[48] Er schlägt – angelehnt an die noch ausführlich zu betrachtende Entscheidung des EuGH in der Sache ‚YouTube und uploaded'[49] – vor, dass eine Privilegierung nicht eingreifen sollte, wenn *erstens* eine redaktionelle Kontrolle der Inhalte vorgenommen wird, *zweitens* erkennbar ist, dass der Anbieter rechtswidrige Handlungen fördern will, etwa weil er ein entsprechendes Finanzierungsmodell verwendet, bösgläubig ist oder bewusste Unkenntnis walten lässt oder *drittens*, wo bekannt ist, dass das Angebot missbrauchsanfällig ist und keine entsprechenden Sorgfaltsmaßnahmen getroffen werden.[50] Gerade die dritte Fallgruppe zeigt eine Nähe zu Art. 17 Abs. 4 DSM-RL und dürfte in der Lage sein, nach Gefahrgeneigtheit und Möglichkeit sowie Zumutbarkeit von Maßnahmen zur Risikominimierung zu differenzieren.[51]

Mit Vorschlägen dieser Art hat sich die Europäische Kommission durchaus auseinandergesetzt, sie aber letztlich verworfen.[52] Die dort aufgeführten Gründe sollen ebenso wie anderslautende Begründungen aus dem Schrifttum im Folgenden erörtert werden (aa)), um sodann kurz auf den verbleibenden Zweck einer Transplantation der Privilegierungsvorschriften aus der ECRL einzugehen (bb)).

aa) Argumente gegen eine Verzahnung von Sorgfaltspflichten und Haftungsprivilegierung

(1) Nicht ausreichender Sanktionsdruck

Die Kommission macht im Impact Assessment Report ihre Annahme deutlich, dass eine stärkere Verzahnung von Sorgfaltspflichten und Haftungsprivilegierung die Anbieter nicht hinreichend verpflichte, sondern die Einhaltung von Verkehrspflichten freiwillig stelle bzw. sie lediglich incentiviere.[53] Argumentiert wird, dass eine Verzahnung dazu führen würde, dass die Nicht-Einhaltung durch die Anbieter einer Risiko-Nutzen-Abwägung unterworfen würde[54]: Zum einen könnten die Anbieter u. U. davon ausgehen, dass mangels Einschlägigkeit der positiven Haftungsvoraussetzungen eine Inanspruchnahme oder Strafverfolgung nicht droht. Zum anderen sind bestimmte Bereiche denkbar, in denen zwar positive Haftungsvoraus-

[48] *Field-Papuga*, MMR 2022, 453, 460.

[49] Dazu unten Kap. 3 D. II. 2. d).

[50] *Field-Papuga*, MMR 2022, 453, 460.

[51] Solche Differenzierungen werden auch bei *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 263 f. vorgeschlagen.

[52] Europäische Kommission, Impact Assessment Report, SWD(2020) 348 final, Part 2/2, S. 165 f.

[53] Europäische Kommission, Impact Assessment Report, SWD(2020) 348 final, Part 2/2, S. 165.

[54] Europäische Kommission, Impact Assessment Report, SWD(2020) 348 final, Part 2/2, S. 165 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

setzungen erfüllt sein könnten, aber aus praktischen Gründen nicht mit einer Rechtsdurchsetzung zu rechnen ist. Letztlich könnte selbst bei erkannten Risiken eine Abwägung mit den Kosten einer Einhaltung der Verkehrspflichten vorgenommen werden.[55]

Jene Argumente mögen dabei nicht zwingend gegen eine Verzahnung von Verkehrspflichten und Haftungsprivilegierung per se sprechen, bieten aber nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür, dass in einer Verzahnung nicht der alleinige Durchsetzungsmechanismus bestehen soll. So wäre es doch denkbar, einen direkten Sanktionsmechanismus für die Verletzung der angebotsbezogenen Sorgfaltspflichten anzunehmen (vgl. § 33 DDG) und einen indirekten Sanktionsmechanismus, der inhaltsbezogen ist und die Haftungsprivilegierung entfallen lässt.

(2) Praktische Einwände

Gleichwohl bietet die Europäische Kommission im Impact Assessment ein zusätzliches Argument an, das auch gegen ein solches ‚zweigleisiges Modell' sprechen dürfte: Die Feststellung von Verletzungen der Verkehrssicherungspflichten erfordert eine ganzheitliche Betrachtung des Angebots, das deutlich über eine inhaltsbezogene Einzelfallbetrachtung hinausgeht und daher weder in Zivil- noch in Strafverfahren zu leisten wäre.[56] Ein Beispiel: Geht es etwa um die mangelhafte Einrichtung eines Meldeweges für rechtswidrige Inhalte (Art. 16 Abs. 1 DSA) ist für eine eigenständige Sanktionierung über § 33 Abs. 5 Nr. 8 DDG zu ermitteln, ob der Anbieter ein Meldeverfahren nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht spätestens mit Anbieten des Hostingdienstes eingerichtet hat. Diese Feststellung kann praktisch durchaus schwierig sein und bedarf einer Betrachtung des gesamten Diensteangebots. Geht es aber um eine mittelbare Haftung für Inhalte Dritter, so wäre jedes Mal erneut festzustellen, ob zum Zeitpunkt, in dem sich der Inhalt im Angebot befand, ein entsprechender Meldeweg zur Verfügung stand. Das Argument der Kommission lautet also: Die inhaltsbezogene Ermittlung des Bestehens und der Reichweite eines Providerprivilegs sollte nicht davon abhängen, dass sich Zivil- und Strafgerichte mit der Einhaltung systematischer, auf das gesamte Angebot bezogenen Pflichten auseinandersetzen müssen. Dass dieses Argument einen berechtigten Kern in sich trägt, ist nicht von der Hand zu weisen. Gleichwohl ließe sich diese Erwägung auch im Bereich des Art. 17 DSM-RL in Anschlag bringen, der – wie angedeutet – die Providerprivilegierung mit der Einhaltung von sektorspezifischen Sorgfaltspflichten verknüpft.

[55] Europäische Kommission, Impact Assessment Report, SWD(2020) 348 final, Part 2/2, S. 165 f.

[56] Europäische Kommission, Impact Assessment Report, SWD(2020) 348 final, Part 2/2, S. 166.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(3) Risiko des Overblockings

Im Schrifttum wird aus anderer Richtung gegen eine deutliche Verzahnung von Privilegierung und Sorgfaltspflichten argumentiert. Um die drohende Haftung aufgrund eines Verstoßes gegen die Sorgfaltspflichten zu vermeiden, könnten Diensteanbieter tendenziell dazu geneigt sein, eher zu viele als zu wenige Inhalte zu entfernen (sog. Overblocking).[57] Conrad spricht insofern von einer „straf- und zivilrechtlichen Anreizstruktur" für „haftungsvermeidendes Verhalten".[58] Einer solchen gelte es aus dem Weg zu gehen, weil sich die Einhaltung von Sorgfaltspflichten nur ex post feststellen lässt und damit für den Anbieter nicht vorhersehbar sei.[59]

Dieses Argument ließe sich indessen auch gegen die eigenständige Sanktionierung verwenden. Die Entgegnung könnte also lauten: Entweder man hält die einzuhaltenden Sorgfaltspflichten durch den Verordnungstext selbst oder durch eine Konkretisierung in praxi für hinreichend. Dann schlägt der Einwand auch für die mittelbare Haftung für Inhalte Dritter kaum durch. Wenn man aber daran zweifeln will, dass eine hinreichend rechtssichere und vorhersehbare Compliance kaum auf der gesetzlichen Grundlage einzurichten ist, dann dürften auch Zweifel hinsichtlich der Legitimität einer eigenständigen Haftung entstehen.

bb) (Rest-)Grund für die Übernahme der Privilegierungsvorschriften aus der ECRL

Vor dem Hintergrund, dass der europäische Gesetzgeber an der Grundkonzeption der Haftungsprivilegierung festhält, drängt sich in Ansehung der vorangegangenen Erwägungen die Frage auf, warum sie der ECRL entnommen und in den DSA eingefügt wurde:

Die formale Ersetzung im DSA folgte dabei primär dem Zweck, den Rechtsanwendern „eine unmittelbar bindende europaweite Verordnungslösung zu präsentieren".[60] Dabei sollte mit den nationalen Alleingängen wie dem NetzDG, dem Kommunikationsplattformen-Gesetz Österreichs oder der (gekippten[61]) Loi Avia Frankreichs seit der Schaffung der ECRL aufgeräumt werden[62], um einheitliche Regeln für die Diensteanbieter zu schaffen.[63] Aber auch die Umsetzung der ECRL selbst hat trotz ihres Ziels einer starken Vereinheitlichung, Gestaltungsspielräume

[57] *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 9.

[58] *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 8.

[59] *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 9.

[60] *Steinrötter*, in: Europäische Plattformregulierung, § 1 Rn. 5; *Schäufele/Krück*, GRUR-Prax 2023, 120; *Nathanail*, in: Das neue Recht der digitalen Dienste, § 2 Rn. 11.

[61] Vgl. Conseil Constitutionnel (CC), Décision n° 2020–801 DC v. 18. 6. 2020 (Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet).

[62] Eine Aufzählung nationaler Vorstöße zur Bekämpfung rechtswidriger Online-Inhalte findet sich bei *Müller-Terpitz*, in: Müller-Terpitz/Köhler, Art. 1 Rn. 7.

[63] Vgl. ErwG Nr. 9 S. 2 zur ECRL; vgl. zudem nur *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627, 633.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bei der Umsetzung belassen.[64] Beispiele dafür sind im nationalen Recht die Figur des Sich-Zueigenmachens und der Ausschluss der Störerhaftung von der Anwendung der Haftungsprivilegierung.[65] Ob diese Bereiche durch die Überführung in einen Verordnungscharakter aufgelöst wurden, dürfte differenziert zu beantworten sein. Es wird darauf zumindest im Hinblick auf das Sich-Zueigenmachen zurückzukommen sein.[66]

d) Zwischenfazit: Grundkonzeption der Providerprivilegierung

Der europäische Gesetzgeber hat sich bewusst gegen eine Verzahnung von Haftungsprivilegierung und Sorgfaltspflichten im DSA entschieden. Damit verzichtet er darauf, die allein durch Art. 17 DSM-RL durchbrochene horizontale Wirkung der Haftungsprivilegierung zugunsten einer weiter sektorspezifischen Ausgestaltung aufzugeben. Dass die Gründe für eine solche Trennung überzeugen, mag bezweifelt werden; werden sie politisch zum Teil in entgegengesetzten Richtungen formuliert und betreffen praktisch ebenso das Urheberrecht und das eigenständige, national umzusetzende Sanktionsmodell (§ 33 DDG). Die hier aufgestellte These, der wir uns an späterer Stelle ausführlich zuwenden wollen[67], lautet aber: Der europäische Gesetzgeber hat mit der vom EuGH entwickelten Neutralitätskriterium in den ErwGen Nr. 18 und 20 zum DSA eine Hintertür für die (sektorspezifische) Verzahnung von Sorgfaltspflichten und Providerprivilegierung offengelassen.

II. Systematische Verortung im Strafrecht

Während die reine Anwendbarkeit der Privilegierungsvorschriften auf das Strafrecht unbestritten bleibt, besteht kaum Einigkeit hinsichtlich ihrer systematischen Verortung. Die systematische Relationierung zu strafrechtlichen Vorschriften ist dabei nicht allein von akademischem Interesse, sondern hat vielmehr, wie zu zeigen sein wird, Konsequenzen für die Behandlung von Irrtümern und Beteiligungsfragen.[68] Die diesbezüglichen Auffassungen lassen sich grob in zweistufige und integrative Modelle unterscheiden.[69]

[64] Vgl. ErwG Nr. 16 S. 3 zur ECRL.

[65] *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 21 f.

[66] Vgl. dazu unten Kap. 3 D. I.

[67] Vgl. resümierend Kap. 3 D. II. 6.

[68] Ausführlich *Handel*, Diensteanbieter, S. 73 ff.; vgl. auch *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 64 f.; deutlich auch *Hilgendorf*, NStZ 2000, 518 sowie *Marbeth-Kubicki*, Computer- und Internetstrafrecht, Rn. 364; die praktische Bedeutung bezweifelnd *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, Vor § 7 TMG Rn. 34; *Hoven*, ZWH 2018, 97, 98; *Schreiber*, Fake News, S. 226.

[69] Die nachfolgenden Darstellungen beziehen sich größtenteils auf Erwägungen des Schrifttums hinsichtlich der §§ 7 ff. TMG a. F. Sie sind ohne Einschränkungen auf die Relationierung vom DSA zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit übertragbar.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

1. Filterlösungen bzw. zweistufige Modelle

Die eine Auffassung will die Haftungsprivilegierung im Sinne eines Filters vor[70] – zum Teil auch nach[71] – der Prüfung des Unrechtstatbestandes betrachten. Insbesondere die Vorfilterlösung kann gegenüber der Nachfilterlösung und den anschließend dargestellten Integrationsmodellen auf den ersten Blick für sich beanspruchen, eine Förderung der Rechtseinheit im Hinblick auf den Charakter als rechtsgebietsübergreifende Regelung und eine Vereinfachung des Prüfprogrammes zu bewirken.[72] Letzteres dürfte dabei auch die Rechtssicherheit von Providern stärken, wenn diese ohne Ansehung des einzelnen positiven Haftungstatbestandes bereits feststellen können, dass eine strafrechtliche Verantwortlichkeit in jedem Falle auszuscheiden hat.[73] Kritik finden diese externen Lösungen, also sowohl der Vor- als auch der Nachfilter, im Wesentlichen in drei Punkten:

Erstens komme es durch ein zweigliedriges Vorgehen zu einer doppelten Prüfung ähnlicher Merkmale an ggf. divergierenden Maßstäben.[74] Beispiele dafür sind zum einen etwa die zwar vom Wortlaut des § 10 S. 1 Nr. 2 TMG a. F. (ebenso bei Art. 6 Abs. 1 b) DSA) nicht mehr ausdrücklich geforderte, aber vom Gesetzgeber als selbstverständlich vorausgesetzte technische Möglichkeit und Zumutbarkeit der Löschung[75] neben der Zumutbarkeit der gebotenen Handlung im Rahmen der Unterlassungsstrafbarkeit.[76] Zum anderen wäre an den Begriff der Kenntnis zu denken, der in § 10 S. 1 TMG a. F. (ebenso: Art. 6 Abs. 1 a) DSA), aber auch im Rahmen des Vorsatzes in einer Strafbarkeitsprüfung Relevanz erlangt. Auch hier bestehen, wie an späterer Stelle gezeigt wird[77], deutliche Abweichungen hinsichtlich der Zurechnung

[70] *Hollenders*, Mittelbare Verantwortlichkeit, S. 204 f.; *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor § 7 TMG Rn. 8 f.; *Hambel*, Verlinkung, S. 101; *Bleisteiner*, Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet, S. 157 („modifizierter Vorfilter"); *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 52 f.; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 66; *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 281 f.; *Pelz*, wistra 1999, 53, 58; *Moritz*, CR 1998, 505, 506; *Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2984; *Park*, GA 2001, 23, 29; zur Einordnung als Vorfilter im zivilrechtlichen Kontext stellvertretend BGH MMR 2004, 166, 167.

[71] *Bornkamm/Seichter*, CR 2005, 747, 749; *Wiebe*, WRP 2012, 1182, 1186; *S. Müller*, Hyperlinks, S. 84; ohne explizite Nennung, aber dem Vorgehen nach AG München NStZ 1998, 518; hinsichtlich der Art. 12 ff. ECRL *Spindler*, MMR 2011, 703, 704.

[72] Vgl. dazu *Bleisteiner*, Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet, S. 156; *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor § 7 TMG Rn. 8; *Sieber*, Verantwortlichkeit im Internet, Rn. 246; *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 26; *Klein*, Social-Sharing-Plattformen, S. 33.

[73] Vgl. *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor § 7 TMG Rn. 8.

[74] *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 67; *Haft/Eisele*, JuS 2001, 112, 117; *Busse-Muskala*, Informationsvermittler im Netz, S. 233; *Pankoke*, Providerhaftung, S. 192.

[75] BT-Drs. 14/6098, S. 23; *Hörnle*, NJW 2002, 1008, 1011; *Hennemann*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 10 TMG Rn. 42.

[76] Mit diesem Beispiel hinsichtlich des TDG *Haft/Eisele*, JuS 2001, 112, 117.

[77] Vgl. Kap. 3 C. I. 1. d).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fremden Wissens. Warum aber eine autonome Auslegung der Begriffe problematisch sein soll, ist nicht ohne weiteres erklärlich. Wenn aufgrund der Dopplungen die Prüfungseffizienz betroffen sein soll, dann scheint dennoch das Vorfiltermodell Erleichterungen insofern mit sich zu bringen, als auf erster Stufe keine Deliktsspezifika betrachtet werden müssen.[78] Wenn andererseits die begriffliche Spaltung innerhalb einer Prüfung angesprochen ist, ergeben sich auch hier kaum ersichtliche Spannungen, wenn bspw. auf der ersten allgemeineren Ebene eine Kenntnis (durch Zurechnung) bejaht und auf zweiter (zumeist speziellerer) Stufe verneint wird.[79] Letztlich zeigt etwa das Beispiel der Zumutbarkeit, dass mit den Integrationslösungen (dazu sogleich) nicht notwendigerweise eine Doppelprüfung vermieden werden kann; jedenfalls dann nicht, wenn die Zumutbarkeit auf Schuldebene, eine Integration der telemedienrechtlichen Vorgaben aber auf Tatbestands- oder Rechtswidrigkeitsebene vorgeschlagen wird.[80]

Zweitens sei ein telemedienrechtlicher Filter, der außerhalb des Verbrechensaufbaus stehe, dem Strafrecht auch in anderen Regelungskontexten fremd.[81] Diesem Einwand der Unüblichkeit lässt sich jedoch mit Altenhain entgegnen, dass etwa der nationale Gesetzgeber mit Blick auf die Gesetzesmaterialien[82] gewillt war, sich bewusst vom Üblichen zu lösen, ohne dabei gegen höherrangiges Recht zu verstoßen.[83] Für das Strafrecht im Besonderen legt Altenhain an anderer Stelle überzeugend dar, dass Vorbedingungen der Tatbestandsmäßigkeit im Strafrecht – etwa hinsichtlich des internationalen, interlokalen und intertemporalen Strafrechts – kein Unikum der Provider-Strafbarkeit sind.[84]

Drittens blieben Fragen hinsichtlich Irrtum und Teilnahme im zweigliedrigen Aufbau offen.[85] Die Irrtumsfrage betreffend lässt sich für die (externen) Filterlösungen zunächst sagen, dass § 16 StGB nicht unmittelbar anwendbar ist, weil die Privilegierungsvoraussetzungen gerade nicht in den Tatbestand integriert sind. Auch § 17 S. 1 StGB ist nicht direkt einschlägig, weil nicht das individuelle Unrechtsbewusstsein mit der Privilegierung betroffen ist.[86] Vielmehr handelt es sich bei der Privilegierung um eine rechtspolitische Zweckmäßigkeitsentscheidung, die dem

[78] *Hambel*, Verlinkung, S. 100; *Handel*, Diensteanbieter, S. 86.

[79] So auch *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor § 7 TMG Rn. 9.

[80] *Hollenders*, Mittelbare Verantwortlichkeit, S. 203.

[81] Vgl. die Darstellung in *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor § 7 TMG Rn. 8 Fn. 38.

[82] Vgl. BT-Drs. 13/7385, S. 20, 51 zu § 5 Abs. 2 TDG a. F.; vgl. auch zur darauffolgenden Reform des TDG im Jahre 2001 BT-Drs. 14/6098, S. 23 mit sprachlichen Tendenzen zur Nachfilterlösung. Vgl. zur Einordnung aber *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor § 7 TMG Rn. 7 Fn. 31 sowie *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, Vor § 7 TMG Rn. 33.

[83] *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor § 7 TMG Rn. 9.

[84] *Altenhain*, in: FS-Puppe, S. 343 ff.; vgl. auch zum Vergleich zum Strafanwendungsrecht *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, § 13 Rn. 22.

[85] *Liebau*, JURA 2006, 520, 522; *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, Vor § 7 Rn. 37; *Busse-Muskala*, Informationsvermittler im Netz, S. 233.

[86] Vgl. auch die Einwände gegen die integrative Verschuldenslösung unten Kap. 3 A. II. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

persönlichen Strafausschließungsgrund am stärksten ähnelt.[87] Nimmt ein Nicht-Provider irrigerweise an, durch die Art. 4 ff. DSA privilegiert zu sein, ließe sich, ausgehend von der umstrittenen Behandlung des Irrtums über den persönlichen Strafausschließungsgrund, die Auswirkung eines Irrtums über den Filtertatbestand prüfen: Nach vorzugswürdiger differenzierender Ansicht wäre danach zu fragen, ob die gesetzgeberische Entscheidung für einen Strafausschließungsgrund entweder staatspolitische (z. B. § 36 StGB) bzw. rechtspolitische Zweckmäßigkeitserwägungen (z. B. § 173 Abs. 3 StGB) oder schuldrelevante Gesichtspunkte, etwa eine notstandsähnliche Motivationslage, in den Blick nimmt. Im ersten Falle zeigt sich sodann der Strafausschließungsgrund irrtumsresistent, während es im zweiten entscheidend auf die Tätervorstellung ankommt.[88] Orientiert man sich an dieser Auffassung, lässt sich für die zugrundeliegende Differenzierung sagen, dass die Privilegierung auf rechtspolitische Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers zurückführen ist. Nicht hingegen betroffen sind schuldrelevante Gesichtspunkte.[89] Der Irrtum wäre damit unbeachtlich.[90]

Hinsichtlich der Teilnahme ergeben sich schon dann keine Besonderheiten gegenüber solchen Lösungen, die eine Integration im Rahmen des Tatbestandes vorschlagen, wenn es – wie es praktisch wohl nur vorkommen dürfte – um die Mitarbeiter des Diensteanbieters geht, die allerdings – wie noch zu zeigen sein wird[91] – selbst in den persönlichen Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung fallen.

Abweichungen von den auf Tatbestandsebene integrierenden Auffassungen betreffen praktisch daher allein den Irrtum, den die Vorfilterlösung für irrelevant erklären dürfte. Warum dieses Ergebnis aber nicht überzeugen sollte, ist kaum ersichtlich. Die Kritik an ihr überzeugt daher insgesamt nicht. Im Folgenden sollen im Vergleich zu den Integrationslösungen (erneut) ihre Stärken betont werden:

2. Integrationslösung bzw. einstufige Modelle

Auf Grundlage der geäußerten Kritik wird von dem wohl überwiegenden Teil des Schrifttums davon ausgegangen, dass die Haftungsprivilegierung in den Verbrechensaufbau zu integrieren und damit eine eingliedrige Prüfung vorzunehmen sei. Innerhalb dieses Lagers werden sodann verschiedene Stellen des Verbrechensaufbaus als Integrationsstellen vorgeschlagen:

---

[87] *Handel*, Diensteanbieter, S. 92 f.

[88] Vgl. eingehend zum Streitstand mit zahlreichen Nachweisen und dogmatischen Folgefragen *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, S. 97 ff.

[89] Anders die im Folgenden dargestellte, auf Schuldebene ansetzende Integrationslösung.

[90] So auch *Handel*, Diensteanbieter, S. 93 ff.

[91] Vgl. unten Kap. 3 B. III. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

So wird vereinzelt eine Verortung auf Schuldebene[92] oder eine Behandlung als persönlicher Strafausschließungsgrund[93] befürwortet. Hinsichtlich ersterem erklärt sich indessen kaum, warum die Privilegierungsvorschriften der Auflösung einer persönlichen Zwangslage, die aus der individuellen Unfähigkeit oder Unzumutbarkeit der Normbefolgung resultiert, dienen soll. Vielmehr handelt es sich um eine Privilegierung auf Grundlage wirtschaftspolitischer Gesichtspunkte.[94] Dem kann eine Einordnung als persönlicher Strafausschließungsgrund grundsätzlich Rechnung tragen, jedoch verbleibt der auch für die Schuldlösung geltende Einwand, dass es sich bei den Privilegierungsvorschriften um Querschnittsregelungen handelt, die Kategorie des persönlichen Schuldausschließungsgrundes im Deliktsrecht aber unbekannt ist.[95]

Wenn vertreten wird, dass es sich bei den §§ 8 ff. TMG a. F. (bzw. jetzt Art. 4 ff. DSA) um Rechtfertigungsgründe handelt[96], dann wird übersehen, dass die Privilegierung gerade die regelmäßige und nicht nur ausnahmsweise anzunehmende Sozialadäquanz der Providertätigkeit zum Ausdruck bringt, die bei einem tatbestandlichen Verhalten nicht gegeben wäre.[97]

Überwiegend wird innerhalb der Integrationsmodelle eine Verortung auf Tatbestandsebene befürwortet. Unterscheiden lassen sich hier wiederum solche Stimmen,

---

[92] So hinsichtlich § 5 TDG LG München I NJW 2000, 1051, 1052.

[93] *Heghmanns*, ZUM 2000, 463, 465; *Heghmanns*, JA 2001, 71, 78; *Wegner/Heghmanns*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Kap. 8 Rn. 44; zust. *Busse-Muskala*, Informationsvermittler im Netz, S. 245.

[94] Vgl. erneut *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, Vor § 7 Rn. 35; *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 116 f.

[95] *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, Vor § 7 Rn. 35; *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 24, die zusätzlich vorbringen, dass eine persönliche Privilegierung gegenüber einer sachlichen Privilegierung zur widersinnigen Folge hätte, dass sich zwar nicht der Provider, aber seine Angestellten als Gehilfen strafbar machen könnten (so auch *M. Popp*, Verantwortung, S. 94). Dieser Einwand dürfte jedoch als entschärft gelten, wenn man den persönlichen Anwendungsbereich der Privilegierung entsprechend weit zieht (dazu unten Kap. 3 B. III. 2.).

[96] So *M. Popp*, Verantwortung, S. 89 ff., der davon ausgeht, dass der Normbefehl „Du darfst keine strafbaren Inhalte verbreiten!“ für Host-Provider unverändert bleibt und die tatbestandliche Appellfunktion weiterhin Geltung beansprucht; vgl. auch *Walter*, in: LK-StGB, Vor § 13 Rn. 151; *Zieschang*, GA 2020, 57, 67; *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, § 13 Rn. 24, der mit dem rechtsgebietsübergreifenden Charakter und dem die Rechtfertigung bestimmenden Prinzip der Einheit der Rechtsordnung argumentiert; vgl. auch *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 149.

[97] Vgl. auch *Altenhain*, in: MüKo StGB, Vor § 7 TMG Rn. 8; *Busse-Muskala*, Informationsvermittler im Netz, S. 238; *Handel*, Diensteanbieter, S. 90 f.; *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 23; *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 119 ff.; *Hambel*, Verlinkung, S. 100; vgl. in diesem Zusammenhang allgemeiner zu der Verortung der Figur der Sozialadäquanz im Verbrechensaufbau *Ruppert*, ZIS 2020, 14, 21.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die eine objektive Zurechnung ausschließen[98], die Anforderungen an den Vorsatz modifizieren[99] oder einen verhaltensnormintegrierten Filter entwerfen[100].[101] Jedenfalls lässt sich gegen die Vorsatzlösungen einwenden, dass eine Verortung im Rahmen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit neu zu diskutieren wäre und daher eine uneinheitliche Verortung bewirken würde.[102] Außerdem führt auch diese Lösung zu unterschiedlichen Verortungen im Vergleich zum Sicherheits- und Ordnungsrecht, das sich nicht am Vorsatz orientiert.[103]

Insgesamt spricht gegen die Integrations- und für die Filterlösungen, dass sie den Charakter der Privilegierungsvorschriften als Querschnittsregelungen nicht hinreichend würdigen und aufgrund der Integrationsarbeit in den Verbrechensaufbau kaum zu Rechtseinheit und -klarheit beitragen kann.[104] Jedenfalls können die prüfungsökonomischen Vorteile der Vorfilterlösung die Integrationslösungen nicht aufweisen.[105] Insgesamt wird die Vorfilterlösung daher in der nachfolgenden Untersuchung bevorzugt.

3. Zwischenfrage: Telemedienrechtlicher Vorfilter im Strafrecht als reine Prüfungsökonomie?

Doch stellt sich im Rahmen einer primär strafrechtlichen Abhandlung die Frage, ob von den §§ 7 ff. TMG a. F. (jetzt Art. 4 ff. DSA) eine echte Filterwirkung ausgehen kann, sie also Verhalten privilegieren, das nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen als strafbar gelten würde. So selten diese Frage thematisiert wird, so

[98] *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, Vor § 7 Rn. 37; *Bode*, ZStW 2015, 937, 960 f.; *Liebau*, JURA 2006, 520, 522; *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 120 ff.; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 445; *Hilgendorf*, NStZ 2000, 518, 519; *Freytag*, Haftung im Netz, S. 139 ff.

[99] In diese Richtung KG Berlin NJW 2014, 3798, 3800; LG Berlin StV 2015, 222, 223; deutlich jetzt auch BGH MMR 2024, 175 Rn. 56 (Cyberbunker); *Mrosk*, StV 2015, 224, 225; *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 405; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 184 Rn. 84; *Stegbauer*, in: NK-Medienstrafrecht, § 111 Rn. 8; vgl. auch *D. Sternberg-Lieben*, in: BeckOK-UrhG, § 106 Rn. 46b; wohl ebenso *Heinze*, in: NK-Medienstrafrecht, § 186 Rn. 72.

[100] Vgl. nur *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 25 f.; *Bär*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Kap. 15 Rn. 186; *Klein*, Social-Sharing-Plattformen, S. 33.

[101] Ohne klare Zuordnung innerhalb des Tatbestandes *Hörnle*, NJW 2002, 1008, 1011; *Satzger*, CR 2001, 109, 111; *Haft/Eisele*, JuS 2001, 112, 117 f.; *Heger*, in: L/K/H, § 184 Rn. 7a; *Mitsch*, Fallsammlung Medienstrafrecht, S. 111.

[102] *Handel*, Diensteanbieter, S. 89; vgl. bspw. die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in § 23 S. 2 JMStV.

[103] *Handel*, Diensteanbieter, S. 89.

[104] *Bleisteiner*, Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet, S. 156; *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor § 7 TMG Rn. 8 m. w. N.

[105] Vgl. schon *Sieber*, Verantwortlichkeit im Internet, Rn. 246 sowie *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 26.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unterschiedlich fallen die sie betreffenden Einschätzungen aus.[106] Mit der strafrechtlichen Verantwortung nach allgemeiner Dogmatik wird sich im Laufe der Untersuchung eingehend auseinanderzusetzen sein, jedoch soll an dieser Stelle bereits ein erster Blick auf die Kongruenz von telemedienrechtlichem Vorfilter und allgemeiner Strafrechtsdogmatik geworfen werden, um sich ein Bild von der praktischen Relevanz der telemedienrechtlichen Fragen zu machen.

Prima vista könnte man sich zu der Behauptung verleiten lassen, dass durch den Vorfilter kein Verhalten im Rahmen einer Verantwortlichkeitsprüfung abgefangen würde, das nicht ohnehin im Rahmen der gewohnten Strafbarkeitsprüfung entfiele. Denn die uns interessierenden strafrechtlichen Bestimmungen sind allesamt als Vorsatzdelikte ausgestaltet, und der telemedienrechtliche Vorfilter ist auf die konkrete Kenntnisnahme des Inhalts fixiert (Art. 6 Abs. 1 a) DSA), schließt also vor allem eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit aus. Ein solcher Blick auf das Verhältnis des telemedienrechtlichen und strafrechtlichen Verantwortlichkeitsregimes wäre aber allzu vergröbernd.

Der zentrale Unterschied ist doch, soviel sei vorweggenommen, dass die von Art. 6 Abs. 1 a) DSA vorausgesetzte Kenntnis mehr voraussetzt als der dolus eventualis nach allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen. Es wird im 5. Kapitel einer der Schwerpunkte sein, zu zeigen, dass sich insbesondere bei geradezu auf strafrechtliche Handlungen ausgerichteten Angeboten ein Rahmen-Eventualvorsatz hinsichtlich verschiedener strafrechtswidriger Inhalte begründen lässt.[107] Spezifische Organisationsdelikte, wie der junge § 127 StGB, verzichten aufgrund ihrer Vorverlagerung sogar völlig auf eine konkrete Inhaltskenntnis, weshalb auch dort das telemedienrechtliche Gefüge zu berücksichtigen sein wird.[108] Und noch darüber hinaus könnten abhängig von der Bestimmung der Reichweite der Kenntnis i. S. v. Art. 6 Abs. 1 a) DSA subtilere praktische Filterungswirkungen gegenüber der konkreten Kenntnis bei etwaigen strafbewehrten Aussonderungspflichten zu beobachten sein.[109]

Der telemedienrechtliche Filter wäre in diesen Bereichen von erheblicher praktischer Relevanz. Ihn vornehmlich im Hinblick auf seine Beschränkungen jenseits des Verordnungstextes zu konturieren, ist daher zentrales Anliegen des 3. Kapitels.

---

[106] Von einer weitreichenden Relevanz für das Strafrecht sprechend *Hassemer*, NJW 2014, 3801: „abstruse Konsequenzen" bei der Unanwendbarkeit auf das Strafrecht; *Wimmers/Barudi*, GRUR 2017, 327, 332 mahnen die „möglichen strafrechtlichen Konsequenzen" an, die bei einer Verabschiedung der Hosting-Privilegien zu bedenken seien. In die entgegengesetzte Richtung deutet es bei *Hoven*, ZWH 2018, 97, 102.

[107] Vgl. dazu unten Kap. 5 B. II.

[108] Kap. 5 A. II. 3. c) bb) (3).

[109] Dazu Kap. 6 C. II. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Anwendung der Host-Provider-Privilegierung auf Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke

Bevor sich Inhalt und Reichweite der Host-Provider-Privilegierung der Art. 6 ff. DSA im Folgenden näher gewidmet wird, ist es geboten, einen kurzen Blick auf den Anwendungsbereich dieser Privilegierung zu werfen. Zunächst ist zu klären, was unter einem Dienst der Informationsgesellschaft (Art. 4 ff. DSA) zu verstehen ist (I.), um sodann einen Überblick über die darauf aufbauende Providertypisierung zu geben (II.). Anschließend ist die Einordnung der Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke als Host-Provider zu untersuchen (III.).

I. Dienste der Informationsgesellschaft

Gemeinsamkeit der Haftungsvorschriften der Art. 4 ff. DSA ist es, dass es sich um Dienste der Informationsgesellschaft handeln muss. Gemäß Art. 3 a) DSA ist (ebenso wie schon in Art. 2 a) ECRL i. V. m. Art. 1 Nr. 2 RL 98/34/EG a. F.) auf die Definition des Art. 1 Abs. 1 b) Info-RL zurückzugreifen, nach der ein solcher Dienst „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung" ist. Die Formulierung „in der Regel gegen Entgelt" lehnt sich an Art. 57 Abs. 1 AEUV an. Insofern zeigt sich sowohl der Begriff der ECRL als auch der des DSA aufgrund der Beschränkung der EU-Kompetenzen auf Fragen den Binnenmarkt betreffend als enger als der Diensteanbieter-Begriff des § 2 S. 1 Nr. 1 TMG a. F., der aufgrund der überschießenden Umsetzung nicht-kommerzielle Dienste in seinen Anwendungsbereich aufnahm (§ 1 Abs. 1 S. 2 TMG a. F.).[110] Es stellen sich im Bereich des Untersuchungsgegenstandes zwei spezifische Problemfragen: Wie ist mit dem Erfordernis der Entgeltlichkeit umzugehen? (1.) Und wie reagiert der Dienstebegriff auf die Besonderheit, dass Anbieter nachgelagerter Ordnung zeitgleich auch Nutzer sind? (2.)

1. Entgeltlichkeitserfordernis

a) Entgeltlichkeit bei Anbietern verschiedener Ordnungen

Probleme bereitet hinsichtlich der Entgeltlichkeit nur auf den ersten Blick, dass die Anbieter erster Ordnung in aller Regel[111] einen zunächst einmal kostenlosen Dienst erhalten. Dass sie dennoch regelmäßig kommerziell ausgerichtet sind und sich zu ihrer Betätigung plattformökonomischer Modelle bedienen, wurde bereits

[110] Vgl. zum DSA ErwG Nr. 5 sowie *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537; *Gerdemann/Spindler*, GRUR 2023, 3, 4; zur ECRL *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 30; *Frey*, Haftung von Hostprovidern, S. 37 f., 131.

[111] Ausnahmen bilden etwa die Premium-Modelle von vornehmlich beruflich genutzten sozialen Netzwerken, wie Xing oder LinkedIn.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gezeigt.[112] Während der EuGH betont, dass es für die Entrichtung des Entgelts nicht darauf ankommt, dass dieses vom Nutzer entrichtet wird, sondern es vielmehr ausreicht, wenn Einnahmen aus dem auf einer Website präsentierten Angebot erzielt werden[113], finden sich in der Literatur auch Ansätze, die eine Entgeltlichkeit direkt über das Verhältnis zum Nutzer begründen wollen.[114] Der mittelbare, von der Rechtsprechung in den Blick genommene, und der unmittelbare Begründungsansatz dürften sich praktische jedoch kaum unterscheiden.[115] Damit sind die Anbieter erster Ordnung, die allesamt wirtschaftlich ausgerichtet sind, auch wenn sie das Entgelt nicht im klassischen Sinne direkt von ihren Nutzern erhalten, vom Anwendungsbereich des DSA erfasst.[116]

Handelt es sich jedoch nicht um einen entgeltlich und kommerziell tätigen Anbieter, wie es bei Anbietern nachgelagerter Ordnung regelmäßig und Anbietern dritter Ordnung der Fall sein dürfte, greifen die Haftungsprivilegierungen der DSA nicht unmittelbar.[117] Gleiches gilt im Bereich der dezentralen Netzwerke wie Mastodon[118], da die Instanzen in aller Regel ohne Möglichkeiten der Werbeplatzierung betrieben werden.[119]

b) Anwendung der Privilegierungsvorschriften bei Unentgeltlichkeit: § 7 Abs. 1 DDG

Warum insbesondere die Privilegierungsvorschriften keine Anwendung auf solche Anbieter finden soll, die unentgeltlich ihre Dienste erbringen, leuchtet indessen nicht ein. Gerade sie sind es, denen es vergleichsweise wenig zumutbar sein dürfte,

[112] Dazu Kap. 1 C. I.

[113] EuGH MMR 2016, 63, 64 mit Hinweis auf den ErwG Nr. 18 der RL 2000/31/EG. Vgl. auch EuGH MMR 2016, 760, 762; 2017, 673, 674; *Kuhlmann*, ZUM 2023, 170, 172.

[114] *Chmelík*, Social Network Sites, S. 79 ff., der daneben aber auch dem mittelbaren Begründungsansatz zustimmt.

[115] Vgl. aber zur funktionalen Aufgliederung des Angebots erster Ordnung, etwa nach der Darstellung der Profile, der One-to-many-Kommunikation und Messenger-Funktionen *Chmelík*, Social Network Sites, S. 83 f.

[116] Zumindest für die Einordnung als Host-Provider wird dies im Hinblick auf soziale Netzwerke auch von EuGH ZUM 2012, 307, 309; EuGH MMR 2019, 798, 799 (Glawischnig-Piesczek) vorausgesetzt.

[117] *Marly*, in: Grabitz/Hilf, Vor Abschn. 4 Rn. 6 geht etwa in Bezug auf die ECRL darauf ein, dass es Wertungswidersprüche produziere, die Haftungsprivilegierung nicht auf die sich ausbreitende private Nutzung in Form von Hobby-Homepages, auf Angebote gemeinnütziger Vereine, von Universitäten, Ländern und Kommunen und non-profit-Organisationen zu erstrecken. Interessengerecht sei es vielmehr, zwar nicht die zusätzlichen Informationspflichten, aber die Privilegierung der Art. 12 ff. ECRL auf solche Angebote zu erstrecken. Eine Anwendung hinsichtlich der DSA-Privilegierung schlägt auch *Handel*, K&R 2023, 161, 162 vor. Kritisch hinsichtlich der ECRL *Chmelík*, Social Network Sites, S. 79, der auf die Handlungsfähigkeit der nationalen Gesetzgeber hinweist.

[118] Dazu Kap. 1 A. III. 3.

[119] Vgl. die erste Verortung bei *John/J. Müller/Rennert*, GRUR 2023, 691, 697.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eine ressourcenintensive Contentmoderation zu leisten und ihr Angebot zu überwachen. Aus diesem Grund dürfte sich auch der deutsche Gesetzgeber in der Umsetzung der ECRL für eine überschießende Regelung in § 1 Abs. 1 S. 2 TMG a. F. entschlossen und zusätzliche Pflichten, wie etwa aus § 5 TMG a. F. allein für entgeltliche Anbieter vorgesehen haben. Deshalb blieb zu hoffen, dass der deutsche Gesetzgeber nach der Einführung des DSA die §§ 7 ff. TMG a. F. beibehält[120] oder zumindest eine eigenständige Erweiterung des Anwendungsbereichs im DDG vornimmt, um unentgeltlich tätige Anbieter mit der Privilegierung zu versehen. Im Regierungsentwurf deutete es sich indessen zunächst anders an: Das TMG a. F. sollte durch das DDG ersetzt werden und der Gesetzgeber nahm an, dass für eine Anwendung auf unentgeltliche Anbieter grundsätzlich „im DDG kein Raum mehr [verbleibt]".[121] Eine Ausnahme sollte zunächst § 7 Abs. 3 DDG-E darstellen, der die Haftungsprivilegierung für Diensteanbieter, die Nutzern unentgeltlich einen Internetzugang über ein drahtloses lokales Netzwerk zur Verfügung stellen, fortführt.[122] Auf vom Bundesrat geäußerte Zweifel, ob es zu Regelungslücken durch das Entgeltlichkeitserfordernis kommen könne,[123] entgegnete die Bundesregierung, dass etwa mit § 7 Abs. 3 DDG-E eine entsprechende Regelung gefunden wurde[124]. Erst in der Beschlussempfehlung[125] wurde die Umbenennung des § 7 DDG in „Beschränkte Verantwortlichkeit" ohne die Einschränkung „bei Durchleitung von Informationen" und die Ergänzung des § 7 Abs. 1 DDG vorgeschlagen. Der letztlich verabschiedete § 7 Abs. 1 DDG erweitert begrüßenswerter Weise[126] den Anwendungsbereich der Art. 4 – 8 DSA auf unentgeltliche Anbieter.[127]

2. Schwierigkeiten des Ordnungsmodells?

Unabhängig von der Einordnung in die Provider-Typologie ist zunächst zu fragen, ob es sich bei Anbietern nachgelagerter Ordnung zunächst einmal überhaupt um eigenständige Diensteanbieter handelt. Aufmerksamkeit hat diese Frage im anderen Gewand in der nationalen Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des § 5 TMG a. F.

[120] *Hennemann*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 7 TMG Rn. 4a; so auch *Sesing-Wagenpfeil*, ZRP 2023, 115, 116 f., der auf die Notwendigkeit der Anpassung aufgrund des unionsrechtlichen Normwiederholungsverbots hinweist; vgl. auch *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 184 Rn. 47; wohl a. A. *Schäufele/Krück*, GRUR-Prax 2023, 120, die eine Streichung fordern, ohne auf den weiteren Anwendungsbereich des TMG einzugehen.

[121] BT-Drs. 20/10031, S. 66.

[122] Ebenda.

[123] BT-Drs. 20/10281, S. 10 f.

[124] BT-Drs. 20/10281, S. 14.

[125] BT-Drs. 20/10755, S. 3, 15.

[126] Vgl. auch die Kritik an den vorherigen Entwürfen bei *Spindler*, CR 2023, 602, 603.

[127] Es wird im Folgenden darauf verzichtet den § 7 Abs. 1 DDG i. V. m. Art. 6 ff. DSA zu zitieren, wenn auch unentgeltliche Anbieter gemeint sind.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(Impressumspflicht) erhalten.[128] Der Seitenblick auf die nationale Rechtsprechung verspricht schon deshalb Erhellung, weil der Begriff des Diensteanbieters letztlich über die ECRL (abgesehen von der Entgeltlichkeit) auch auf Art. 1 Abs. 1 b) Info-RL zurückgeht. Zum Teil wird nämlich bezweifelt, dass ein Nutzer i. S. v. § 2 S. 1 Nr. 3 TMG zugleich ein Diensteanbieter im Sinne des Gesetzes sein kann.[129] Diesem Verständnis ist aber schon mit einem Blick auf die Gesetzesbegründung zur Vorgängervorschrift zu widersprechen.[130] Ihr ist entgegenzuhalten, dass sie den Nutzer nicht in seinen verschiedenartigen Beziehungen zum Anbieter des Gesamtangebotes und anderen Nutzern erfassen und daher schon nicht erklären kann, wieso der Anbieter erster Ordnung nicht allein als Nutzer einzustufen ist, wenn er die Serverkapazitäten Dritter nutzt.[131]

Daher ist anzunehmen, dass Diensteanbieter auch sein kann, wer im Verhältnis zum Plattformbetreiber selbst als Nutzer zu verorten ist. Anders gewendet besteht seine Nutzung in der Erstellung eines eigenen Diensteangebots.[132] Zentral ist dafür, dass ein gewisser Grad an Selbständigkeit innerhalb des fremden Diensteangebots überschritten wird, damit es sich um ein eigenes Telemedium des Anbieters nachgelagerter Ordnung handelt.[133] Für diese kommunikationsbezogene Eigenständigkeit kommt es darauf an, ob sich das Angebot aus der Sicht eines Nutzers als Teil des Gesamtangebots oder funktional eigenständiges Angebot darstellt.[134] So wird in der Rechtsprechung festgehalten, dass es unerheblich ist, ob der Diensteanbieter eigene Speicherkapazitäten nutzt. Vielmehr kommt es allein darauf an, ob über den Inhalt und das Bereithalten des Dienstes, also die konkreten Einzelveröffentlichungen im Rahmen des Internetportals, bestimmt werden kann.[135] So wurden in der Rechtsprechung bereits Facebook-Fanpages[136], Profile bei Xing[137] oder Influencer-Profile

[128] Vgl. OLG Düsseldorf MMR 2008, 682; LG Aschaffenburg MMR 2012, 38; LG Regensburg MMR 2013, 246; LG Frankfurt a. M. BeckRS 2012, 2540; LG Berlin BeckRS 2013, 7636; OLG Stuttgart BeckRS 2014, 22472; *Lorenz*, VuR 2008, 321; *Lorenz*, VuR 2014, 83; *Rockstroh*, MMR 2013, 627, 628 f.; *T. Haug*, NJW 2015, 661, 662.

[129] *Lorenz*, VuR 2008, 321, 322 f. im Kontext von eBay-Angeboten; kritisch jedenfalls *Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, Rn. 99.

[130] BT-Drs. 14/6098, S. 16.

[131] Vgl. auch *Gitter*, in: Roßnagel, § 2 Rn. 20; vgl. auch *Sesing-Wagenpfeil*, in: BeckOK-IT-Recht, § 2 TMG Rn. 17 ff.

[132] *Martini*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 2 TMG Rn. 7a, 18; *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 2 TMG Rn. 11; *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 60 f.; *Spindler*, in: Rechtshandbuch Social Media, Kap. 6 Rn. 37.

[133] Vgl. *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 2 Rn. 12.

[134] OLG Frankfurt a. M. MMR 2007, 379, 380; LG Stuttgart MMR 2014, 674, 675; *Gersdorf*, MMR 2017, 439, 442; *Ricke*, in: Spindler/Schuster, § 2 TMG Rn. 3.

[135] OLG Düsseldorf MMR 2008, 682, 683; LG Freiburg MMR 2014, 118, 120; vgl. auch *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 2 Rn. 12.

[136] LG Regensburg MMR 2013, 246; *Rockstroh*, MMR 2013, 627, 628 f.

[137] LG Stuttgart MMR 2014, 674, 675.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auf Instagram[138] als Diensteanbieter eingeordnet.[139] Vor diesem Hintergrund ist es durchaus naheliegend, dass auch Angebote zweiter[140] und dritter Ordnung ein funktional eigenständiges Angebot darstellen, sie daher Angebote der Informationsgesellschaft sind.

II. Überblick: Funktionale Einteilung der Providerarten der DSA

Im Hinblick auf die Haftungsprivilegierung der Art. 4 ff. DSA unterscheidet das Gesetz zwischen drei Providerarten: Der Network-Provider, der die Übermittlung von Informationen innerhalb eines Kommunikationsnetzes bewirkt, und der Access-Provider, der erst den Zugang zu diesen Netzen ermöglicht[141], nehmen jeweils rein technische Tätigkeiten der Durchleitung vor und sind daher gem. Art. 4 DSA privilegiert. Der Proxy-Cache-Provider i. S. v. Art. 5 DSA nimmt über die bloße Zugangsvermittlung hinaus eine zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung der Informationen vor und ist auf ähnliche Weise wie der Access- und Network-Provider privilegiert.[142] Der Host-Provider i. S. v. Art. 6 DSA zeichnet sich hingegen dadurch aus, dass er im Auftrag Dritter Inhalte speichert. Anders als beim Proxy-Cache-Provider richtet sich seine Tätigkeit nicht auf eine vorübergehende, sondern auf eine dauerhafte Speicherung der Informationen.

Es bleibt zu beachten, dass moderne Kommunikationsmedien mehrere dieser Funktionen übernehmen können. Ist die (strafrechtliche) Verantwortlichkeit des Providers zu bestimmen, so ist nicht etwa nach dem Status, also einem Überwiegen der Tätigkeit zu fragen, sondern nach der konkreten Funktion, die im Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Inhalt steht.[143]

Der Content-Provider, der in § 7 Abs. 1 TMG a. F. selbständig adressiert wurde, kommt im DSA ebenso wenig wie schon in der ECRL vor. Da er ausweislich des § 7 Abs. 2 TMG a. F. nach den allgemeinen Vorschriften haften sollte, also nicht in den

[138] BGH NJW 2021, 3450, 3462.

[139] Vgl. auch *Spindler*, in: Rechtshandbuch Social Media, § 6 Rn. 37.

[140] Explizit zu Gruppen auch *Gersdorf*, MMR 2017, 439, 443. Der Eigenschaft als Diensteanbieter schadet es auch nicht, dass das Telemedium nicht allgemein zugänglich ist und im Falle von geschlossenen oder geheimen Gruppen nur einem begrenzten Nutzerkreis offensteht (*Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 2 TMG Rn. 7).

[141] Vgl. *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 57.

[142] Vgl. *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 58.

[143] *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 56; *Köhler*, in: Müller-Terpitz/Köhler, Art. 6 Rn. 22; ausführlich *Frey*, Haftung von Hostprovidern, S. 123 ff.; hinsichtlich des DSA und dem Abweichen bei der Qualifizierung als Online-Plattform *Laude*, RDi 2024, 216, 220.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Genuss einer Privilegierung kommt, hatte die Vorschrift ohnehin nur deklaratorische Bedeutung.[144]

III. Host-Provider-Eigenschaft

Am naheliegendsten ist eine Einordnung der Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke als Host-Provider, deren Tätigkeit in der Speicherung von Nutzern bereitgestellten Informationen liegt. Als solche werden dabei nicht nur die Anbieter, die Server samt Speicherkapazität[145] oder Cloud-Speicher[146] vermieten, gefasst, sondern alle Informations- und Kommunikationsangebote, die Speicherplatz für fremde Nutzerinhalte zur Verfügung stellen. Dazu zählen klassischerweise Foren, Gästebücher, Wikis und Blogs.[147]

1. Anbieter erster Ordnung

Hinsichtlich der Einordnung der Anbieter erster Ordnung als Host-Provider bestehen insofern keine durchgreifenden Bedenken.[148] Das erklärt sich schon aus der ratio des Providerprivilegs, die Verantwortlichkeit für mittelbare Rechtsgutsverletzungen zu beschränken; eben auch für mittelbare Host-Provider.[149] Gleichwohl wird bei dieser teleologischen Betrachtung vorausgesetzt, dass der Provider die Herrschaft über die Speicherkapazitäten ausübt, was sich insbesondere dadurch auszeichnet, dass er Inhalte auf den fremden Servern löschen oder sperren kann.[150]

Bedenkenswert ist allein eine von Handel hinsichtlich des Wortlauts von § 10 S. 1 TMG a. F. aufgeworfene Frage. Sie betrifft das „Speichern für einen Nutzer". Veranlasst ein Nutzer die Löschung seiner Inhalte, bleiben die Daten technisch gesehen aber vorhanden, so könnte man versucht sein anzunehmen, dass ab diesem

[144] Darüber hinaus war sie Nährboden der Unterscheidung von eigenen und fremden Inhalten, die der Begrenzungsfigur des Sich-Zueigenmachens originär fremder Inhalte zugrunde liegt. Dazu kritisch unten Kap. 3 D. I.

[145] BGH MMR 2024, 175 Rn. 57 (Cyberbunker); *Eisele*, in: Handbuch Strafrecht, § 63 Rn. 69; *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 10 Rn. 92.

[146] *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 10 Rn. 12.

[147] Vgl. *Jandt*, in: Roßnagel, § 10 Rn. 7; vgl. dazu etwa auch das Anliegen des TMG-ÄndG-Entwurfes BT-Drs. 16/11173, S. 3.

[148] Vgl. *Wimmers/Schulz*, CR 2008, 170, 174; *Ohly*, GRUR 2017, 441, 449; *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 80; *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 66; *Pankoke*, Providerhaftung, S. 51 f.; a. A. F. *Koch*, CR 1997, 193, 195; *Jürgens*, CR 2006, 188, 191 f.; *Pichler*, MMR 1998, 79 zu § 3 TDG a. F., die jeweils eine engere, auf die Eigentumsverhältnisse bzgl. der Server fokussierte Auffassung vertreten.

[149] *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 10 Rn. 12; *Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, Rn. 111.

[150] *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 10 Rn. 12; *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 80; *Kreutzer*, GRUR 2001, 307, 309.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zeitpunkt eine Speicherung nicht mehr *für* den Nutzer, sondern *für* den Anbieter erster Ordnung stattfindet.[151] Die damit verbundenen Zweifel an der Host-Provider-Eigenschaft ließe sich entsprechend auf den Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 DSA („im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen") übertragen. Auflösen lassen sie sich aber dadurch, dass weder durch § 10 S. 1 TMG a. F. noch durch Art. 6 Abs. 1 DSA vorausgesetzt wird, dass auf Veranlassung des Nutzers eine Löschung stattfindet.[152] Daher sind auch Anbieter erster Ordnung als Host-Provider einzuordnen, wenn Nutzer Inhalte auf der Seite hochladen.[153]

2. Mitarbeiter und Moderatoren im Lager des Anbieters erster Ordnung

Vor allem für die Anbieter erster Ordnung gilt es, die personelle Reichweite der Haftungsprivilegierung weiter auszuleuchten und zu fragen, ob auch die Mitarbeiter, insbesondere die die gemeldeten Inhalte prüfenden Moderatoren, von ihr erfasst werden. Diese Frage stellt sich für das Strafrecht mit besonderer Dringlichkeit, wird doch der strafrechtliche Vorwurf mangels Verantwortlichkeit der juristischen Person[154] und der Anforderungen an die Vorsatzstrafbarkeit[155] zumeist jene Moderatoren betreffen.

Indessen erbringen die Mitarbeiter, insbesondere die Moderatoren des Dienstes, keinen eigenständigen Dienst gegenüber den Nutzern. Sie treten vielmehr als Erfüllungsgehilfen des Diensteanbieters auf, sodass sie nicht über die Definition des Diensteanbieters in den privilegierten Bereich mit einbezogen werden.[156] Damit ist das weder von der ECRL, dem TMG noch vom DSA unmittelbar adressierte Problem benannt: Die rechtsgebietsspezifischen positiven Haftungstatbestände und die horizontale Haftungsprivilegierung haben unterschiedliche Adressaten.[157] Dies hätte bei unveränderter Lesart zur Folge, dass die Privilegierung des Diensteanbieters sodann praktisch unterlaufen würde und der Betrieb gerade größerer Plattformen kaum durchführbar wäre, wenn die Mitarbeiter entsprechenden Haftungsrisiken

[151] *Handel*, Diensteanbieter, S. 142.

[152] *Handel*, Diensteanbieter, S. 142 f., der zudem argumentieren will, dass § 10 S. 1 Nr. 2 TMG die Sperrung einer Löschung gleichsetzt.

[153] EuGH ZUM 2012, 307, 309; EuGH MMR 2019, 798, 799 (Glawischnig-Piesczek); *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 57; *Handel*, Diensteanbieter, S. 143; *Kartal-Aydemir/Krieg*, MMR 2012, 647, 647 f. Nichts anderes, etwa eine Einordnung in Art. 4 DSA, gilt dort, wo die Nutzer innerhalb eines Chats Nachrichten austauschen, solange die Nachrichten, ähnlich E-Mails, dauerhaft gespeichert werden (vgl. auch *Handel*, Diensteanbieter, S. 129).

[154] Zum Unternehmensstrafrecht und seiner Bedeutung für soziale Netzwerke *Kubiciel*, in: FS-Dannecker, S. 53 ff.

[155] Dazu Kap. 5 B. II.

[156] *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 2 Rn. 7; *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 34; *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 2 TMG Rn. 9 f., Vor § 7 TMG Rn. 13.

[157] So auch *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 34; zum DSA *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 52.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unterlägen.[158] Um diesen Wertungswiderspruch aufzulösen, ist der Anwendungsbereich der §§ 7 ff. TMG a. F. (jetzt: Art. 4 ff. DSA) auf dem Wege einer teleologischen Erweiterung auf solche Personen und Tätigkeiten zu erstrecken, die sich in das Angebot einfügen.[159]

3. Anbieter nachgelagerter Ordnung

Für die Anbieter nachgelagerter Ordnung stellt sich insofern die Frage, ob sie ein Hosting-Angebot innerhalb eines Hosting-Angebotes darstellen können. Zunächst lässt sich das perspektivenabhängige Verhältnis von Nutzer- und Diensteanbieterrollen[160] auf den tätigkeitsbezogenen Bereich des Art. 6 DSA übertragen.[161] Die Nutzung des Hosting-Angebots erster Ordnung könnte daher prinzipiell in der Eröffnung eines eigenen Hosting-Angebotes liegen.[162] Deutlich problematischer ist die Frage, inwiefern die für die Eigenschaft als Hosting-Provider konstitutive Speicherung durch Anbieter nachgelagerter Ordnung stattfindet.

a) Technische oder normative Prägung des Speicherbegriffs?

Zweifel können aufkommen, wenn man, wie der EuGH in der Sache ‚Google France', darauf abstellt, dass Speichern das Schreiben „in den Speicher seines Servers" bedeutet.[163] Jedoch könnte man auf Grundlage einer teleologisch geprägten Lesart des Speicherns fremder Inhalte auch meinen, dass den Anbietern nachgelagerter Ordnung eine entsprechende Herrschaft in Form von Löschbefugnissen zukommt.[164]

---

[158] Vgl. *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 2 TMG Rn. 10, Vor § 7 TMG Rn. 14; mit Hinweis auf etwaige zivilrechtliche Freistellungsansprüche unprivilegierter Angestellter *Dannecker*, in: Vernetztes Recht, S. 129, 154.

[159] Vgl. auch *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, Vor § 7 Rn. 41; *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 35; *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor § 7 TMG Rn. 14; *Dannecker*, in: Vernetztes Recht, S. 129, 154; zum DSA vgl. nur *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 53.

[160] Zuvor Kap. 3 B. I. 2.

[161] *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 10 Rn. 9.

[162] In diese Richtung deutet *Spindler*, in: Rechtshandbuch Social Media, Kap. 6 Rn. 47 hinsichtlich der Profile von Nutzern eines sozialen Netzwerks.

[163] EuGH MMR 2010, 315, 320 (Google France); vgl. auch *Hoffmann*, in: NK-DSA, Art. 6 Rn. 29.

[164] So auch *K. Ziegler*, Urheberrechtsverletzungen, S. 236 jedenfalls für Profilseiten bei Facebook; allgemeiner zur notwendigen normativen Flexibilisierung des Anwendungsbereichs *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 67; ähnlich *Köhler*, in: Müller-Terpitz/Köhler, Art. 6 Rn. 24: „kein technisches, sondern funktionales Verständnis"; i. E. *Salimi*, JBl 2019, 609, 621 (zur Facebook-Profilseite); auch in eine andere Richtung schlägt *Laude*, RDi 2024, 216, 219 eine teleologische Reduktion vor, wenn der Inhalt Dritten nicht zur Kenntnis kommt (z. B. Cloud-Dienste), um eine Anwendung des Art. 16 DSA auszuschließen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Herausforderungen einer normativen Bestimmung des Speicherbegriffs

Mit einer Normativierung des Speicherbegriffs ist es jedoch nicht getan; die Herrschaft über die Drittinhalte in Form der faktischen Löschmöglichkeit ist nicht die einzige mögliche Auslegung. Wenn man nämlich enger fordert, dass die Speicherung durch den mittelbaren Host-Provider (nachgelagerte Ordnung) in gleicher Weise eigenverantwortlich erbracht wird wie beim Einsatz eigener Speicherkapazitäten[165], so ist die Frage aufgeworfen, wie es sich auswirkt, dass der Anbieter höherer Ordnung regelmäßig ebenfalls bestimmte Möglichkeiten zur Löschung hat. Noch deutlicher wird das damit angesprochene Problem mit den Formulierungen von Sieber/Höfinger: „[Der Anbieter] muss sinnvollerweise als Adressat der mit der Kenntnis rechtswidriger Information entstehenden Handlungspflicht aus § 10 Satz 1 Nr. 2 TMG in Betracht kommen."[166] Sieber/Höfinger nähern sich der Frage nach der Reichweite des Anwendungsbereichs des § 10 TMG a. F. also funktional, indem sie von den „Handlungspflichten aus § 10 S. 1 Nr. 2 TMG" ausgehen.

Vor diesem Hintergrund wäre also folgende Kontrollfrage zu stellen: Können mehrere Anbieter gleichzeitig sinnvolle Adressaten einer Pflicht zur Löschung sein? Oder ist aus mehreren möglichen Adressaten eine, dem Inhalt möglicherweise näherstehende Person auszuwählen? Falls ja, warum wäre das der Anbieter erster und nicht der Anbieter nachgelagerter Ordnung? Konsequenz einer exklusiven Anwendung des Art. 6 DSA wäre es jedenfalls, dass der von der Speicherung weiter entfernte Anbieter nicht in den Genuss der Privilegierung käme. Das wäre paradox und mutet wertungswidersprüchlich an.[167] Denn letztlich darf die Aussage von Sieber/Höfinger nicht missverstanden werden: Zwar entsteht eine Handlungspflicht aus § 10 S. 1 Nr. 2 TMG a. F. (jetzt: Art. 6 Abs. 1 b) DSA). Diese stellt jedoch keine positive Haftungsnorm, sondern die Voraussetzung für den Erhalt einer Haftungsprivilegierung dar. Diese Privilegierungsmöglichkeit gilt es aber grundsätzlich zu erhalten, ist man sich nicht sicher, dass Anbieter nachgelagerter Ordnung keine Adressaten positiver Haftungsnormen sein können. Und sicher ist das – soviel sei der eingehenden Untersuchung folgender Kapitel vorweggenommen – auch für die medienstrafrechtliche Verantwortlichkeit nach allgemeinen strafrechtsdogmatischen Grundsätzen nicht. Außerhalb des medienstrafrechtlichen Bereichs zeigt schon die EuGH-Entscheidung zur mehrstufigen strafrechtlichen Verantwortlichkeit im datenschutzrechtlichen Kontext, dass auch die Anbieter nachgelagerter Ordnung in den Anwendungsbereich der horizontalen Privilegierung aufgenommen werden sollten.[168]

---

[165] *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, § 10 TMG Rn. 14; ähnlich *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 Rn. 6.

[166] *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 80.

[167] Vgl. in diese Richtung auch *J. Jahn*, NJW 2023, 2315, 2318.

[168] EuGH MMR 2018, 591; vgl. dazu und zur Übertragung auf allgemeine zivilrechtliche Haftungsgrundsätze *P. Hacker*, MMR 2018, 779 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Es sei auch angemerkt, dass der europäische Gesetzgeber in den ErwGen Nr. 27 S. 5, Nr. 51 S. 2 zum DSA erkennen lässt, an das Nebeneinander mehrerer Adressaten von Sorgfaltspflichten gedacht zu haben. In beiden ErwGen wird nämlich nahegelegt, die Meldungen an diejenigen Hostinganbieter zu senden, die aus „technischen oder operativen Gründen" am besten geeignet sind, eine Contentmoderation durchzuführen.[169] Freilich ist dieser Verweis mit Vorsicht zu genießen: Denn schon aus ErwG Nr. 27 S. 4 zum DSA ergeben sich Zweifel, dass der europäische Gesetzgeber die Anbieter nachgelagerter Ordnung als Hostinganbieter einordnen will: „Gegebenenfalls sollten auch andere Akteure, etwa Gruppenmoderatoren im nicht öffentlichen Online-Umfeld, insbesondere in großen Gruppen, dabei helfen, die Verbreitung rechtswidriger Inhalte im Internet im Einklang mit dem geltenden Recht zu verhindern." Aus den vorangehenden Sätzen des ErwG Nr. 27 zum DSA ergibt sich, dass mit „anderen Akteuren" jedenfalls nicht Nutzer und wohl auch keine Diensteanbieter gemeint sind, zu denen Gruppenmoderatoren also nicht gehören.

Nichtsdestotrotz dürfte ein teleologischer Blick auf den Anwendungsbereich der Host-Provider-Privilegierung eine extensive Auslegung der Privilegierung nahelegen, da Anbieter nachgelagerter Ordnung eine Speicherung der Nutzungsinhalte vermitteln, ihnen die Überprüfung aller Inhalte unzumutbar ist und realistischerweise Adressaten einer positiven Haftungsnorm sind.

Ein letzter Einwand könnte gegen die hier vorgeschlagene Sicht nun noch mit besonderem Blick auf das Regelungsgefüge des DSA in Anbetracht einer mehrrangigen Anbieterstellung gemacht werden: Denn Folge der Einordnung als Host-Provider ist nicht allein die Anwendung der Privilegierung aus den Art. 6 ff. DSA, sondern auch zusätzlicher Sorgfaltspflichten der Art. 16 ff. DSA. Trotz der Möglichkeit, auch bei Anbietern nachgelagerter Ordnung ein öffentliches Verbreiten anzunehmen und sie als Online-Plattformen einzuordnen, dürften die zusätzlichen Sorgfaltspflichten der Art. 20 ff. DSA schon aufgrund der Bereichsausnahme des Art. 19 DSA (Kleinst- und Kleinunternehmen) keine Rolle spielen. Was bleibt, ist aber die Frage, ob mit einer Normativierung des Speicherbegriffs auch anhand der Haftungsrisiken für Anbieter nachgelagerter Ordnung die Anwendung des Art. 16 DSA (sowie die Begründungspflicht des Art. 17 DSA und die Meldepflicht des Art. 18 DSA) einschlägig ist. Folge wäre die sanktionsbewehrte (§ 33 Abs. 5 Nr. 8 DDG) Pflicht zur Einführung eines Melde- und Abhilfeverfahrens (Art. 16 DSA). Hier nun ließe sich diskutieren, ob es sinnvoll ist, Anbieter nachgelagerter Ordnung mit solchen Sorgfaltspflichten zu belegen und Nutzern mehrere Beschwerdemanagementsysteme zur Verfügung zu stellen. Praktische Sprengkraft dürfte diese Frage jedoch nicht aufweisen, weil Anbieter nachgelagerter Ordnung innerhalb sozialer Netzwerke kaum jemals das Entgeltlichkeitskriterium erfüllen und daher der Art. 6 DSA über § 7 Abs. 1 DDG, nicht damit aber ohne weitere Begründung Art. 16

[169] Allgemein kritisch zum undifferenzierten Notice-and-Action-Verfahren des Art. 16 DSA *Field-Papuga*, MMR 2022, 453, 456, 459. Vgl. zu der Mehrrangigkeit von Verpflichtungen vor diesem Hintergrund nochmals unten Kap. 6 C. II. 3. d).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DSA analog anzuwenden wäre.[170] Die Anwendung der Art. 16 ff. DSA könnte dem nur dann im Wege stehen, wenn Anbieter nachgelagerter Ordnung ausnahmsweise als entgeltlich einzuordnen wären. Doch selbst dann dürfte sich bei einer teleologischen Betrachtung die Frage stellen, ob sie sinnvollerweise von Art. 16 ff. DSA getroffen werden sollen. Das dürfte mit Blick auf bereits anderweitig zur Verfügung stehende Meldewege und der begrenzten Gestaltbarkeit eines Meldesystems innerhalb der Architektur der Angebote erster Ordnung eher zu verneinen sein. Will man also Anbieter nachgelagerter Ordnung auf Grundlage eines weiten Speicherbegriffs als Host-Provider einordnen, so dürfte eine teleologische Reduktion des Art. 16 DSA für ausnahmsweise entgeltliche Anbieter nachgelagerter Ordnung in Erwägung zu ziehen sein.

Zusammenfassend zeigt sich in den vorangegangenen Erwägungen die erst durch den DSA in Erscheinung tretende Herausforderung, dass die persönlichen Anwendungsbereiche der Regelungen nicht nur für die Haftungsprivilegierung, sondern für die neu hinzugetretenen Sorgfaltspflichten relevant werden.[171] In besonderen Fällen, wie sie hier betrachtet werden, scheint eine einheitliche Konturierung der Anwendungsbereiche problematisch, weshalb besonders teleologische Perspektiven einbezogen werden sollten. Sie sprechen für einen weiten Anwendungsbereich der Privilegierungsvorschriften, wohl aber nicht für die Sorgfaltspflichten der Art. 16 ff. DSA.

4. Sonderproblem: Messengerdienste

Es wurde im 1. Kapitel bereits die Frage aufgeworfen, ob Messengerdienste wie WhatsApp, Telegram und Signal als soziale Netzwerke begriffen werden können. Und auch wenn sie im Lichte des § 1 NetzDG nicht eindeutig[172] und aus einer kommunikationswissenschaftlichen Perspektive nicht[173] als solche eingeordnet werden können, speichern und verbreiten sie doch nutzergenerierte Inhalte. Dass sie die Eröffnung inhaltlich gestaltbarerer Kommunikationsräume mit eigener Reichweite ermöglichen, zeigt sich besonders in Affordanzen der Organisation (etwa die Eröffnung von Gruppen).[174] Sie sind für die in dieser Untersuchung eingenommene Perspektive von Relevanz, und aufgrund ihrer phänomenologischen Nähe zu prototypischen sozialen Netzwerken lässt sich hier nun abschließend die Frage stellen, ob auch sie in den Anwendungsbereich der Privilegierung aus Art. 6 Abs. 1 DSA fallen.

[170] Vgl. dazu oben Kap. 3 B. I. 1. a).
[171] So auch *Laude*, RDi 2024, 216 ff.
[172] Kap. 1 A. I. 2.
[173] Kap. 1 A. II. 1.
[174] Vgl. Kap. 1 B. V.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der europäische Gesetzgeber adressiert die Erfassung von Instant-Messaging-Diensten im ErwG Nr. 28 zum DSA.[175] Dort zählt er die „Nachrichtenübermittlungsdienste" als eine seit den 2000er Jahren neu entstandene und genutzte Technologie auf. Ob es sich um Dienste der Informationsgesellschaft handelt und wie sie in die Typologie von Access-, Cache- und Hostprovidern einzuordnen sind, lässt er jedoch offen.[176] Er stellt in ErwG Nr. 28 S. 4 lediglich fest, dass „[b]ei diesen Diensten […] ebenfalls eine Inanspruchnahme der Haftungsausschlüsse möglich [ist], sofern sie als ‚reine Durchleitungs-', ‚Caching'-Leistungen oder ‚Hosting'-Dienste einzuordnen sind."

Ein Anzeichen für die Erfassung als Host-Provider ergibt sich dabei aus ErwG Nr. 14 zum DSA. Dort finden sich Gedanken zur Begriffsbestimmung des „öffentlichen Verbreitens", das entscheidend für die Qualifizierung eines Host-Providers als Online-Plattform ist. In ErwG Nr. 14 S. 3 stellt der europäische Gesetzgeber klar, dass ein solches öffentliches Verbreiten nicht bei interpersonellen Kommunikationsdiensten im Sinne der Richtlinie (EU) 2018/1972 anzunehmen ist, wozu auch grundsätzlich die Instant-Messaging-Dienste gehören können. Damit ist letztlich die Abgrenzung von Individual- und Massenkommunikation angesprochen, die schon im Rahmen des Anwendungsbereichs des NetzDG für Schwierigkeiten gesorgt hat.[177] Der europäische Gesetzgeber geht, wie er in ErwG Nr. 14 S. 3 zum DSA aber weiter feststellt, einen begrüßenswert klaren Weg und betont, dass die Abgrenzung nicht angebotsbezogen, sondern funktionsspezifisch vorzunehmen ist. Es ist also nicht primär relevant, ob WhatsApp als gesamtes Angebot Individual- oder Massenkommunikation ermöglicht, sondern ob es in einer Weise verwendet werden kann – und vor allem verwendet wird –, die dem Begriff des öffentlichen Verbreitens zugeordnet werden kann. Das ist dann der Fall, wenn öffentliche Gruppen oder Kanäle genutzt werden.[178] Praktische Aufgabe wird es in der Praxis sein, ähnlich wie es auch schon im Medienstrafrecht länger diskutiert wird[179], zu entscheiden, wann eine Gruppe oder ein Kanal einer im Hinblick auf den Adressatenkreis völlig unbegrenzten Gruppe gleichkommt.[180]

---

[175] Vgl. allgemeiner zur Ausweitung des Anwendungsbereichs auf Hilfsfunktionen *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 108 ff.

[176] Insgesamt Zweifel zur Relevanz der Einordnung, weil die allgemeinen Voraussetzungen der Art. 7 f. DSA und der Figur der „neutralen bzw. nicht-aktiven Rolle" typusübergreifend angewendet werden, *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 30. Es wird später gezeigt, dass es insbesondere bei der Figur der neutralen Rolle um die Konturierung des sozial Gebilligten, und dieses Merkmal ausfüllend, um eine typische Distanz zu Inhalten geht (vgl. dazu unten Kap. 3 D. II. 4.). Diese Typik lässt sich nicht völlig losgelöst von einer Unterscheidung der Providerarten bilden, auch wenn Übergänge fließend sein können.

[177] Dazu hier nur *Kalbhenn*, ZUM 2022, 266, 272; vgl. auch die Ausführungen zu Telegram im Kontext des NetzDG bei *Kim*, KriPoZ 2022, 106, 110. Vgl. dazu auch schon Kap. 1 A. I. 1.

[178] Vgl. ErwG Nr. 14 S. 4 zum DSA; dazu auch *Kalbhenn*, ZUM 2022, 266, 272 f.

[179] Vgl. dazu *Krischker*, Internetstrafrecht, S. 138; *Jimenez Bernales*, Service Provider, S. 105; *Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 86 Rn. 35; *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 269 f.

[180] So auch *Gerdemann/Spindler*, GRUR 2023, 115.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Durch diese auf den Typus der Online-Plattform bezogenen Erwägungen ergibt sich sodann, dass bei Messaging-Diensten, unabhängig von der Öffentlichkeit der Verbreitung im Einzelfalle, eine Zuordnung zu den Host-Providern anzunehmen ist. Denn dem Pyramiden-Modell des DSA entsprechend muss jede Online-Plattform als Host-Provider angesehen werden; Merkmal der Abschichtung ist das der öffentlichen Verbreitung.

IV. Zwischenergebnis: Anwendung der Host-Provider-Privilegierung auf Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke

Die Anbieter unterschiedlicher Ordnung sowie die von ihnen ggf. eingesetzten Moderatoren fallen jedenfalls nicht auf den ersten Blick und ohne weitere Begründung unter den Anwendungsbereich des Art. 6 DSA. Zweifel hinsichtlich der Entgeltlichkeit werden dabei durch § 7 Abs. 1 DDG beseitigt, der eine Anwendung der Privilegierung der Art. 4 ff. DSA auch auf unentgeltliche Anbieter vermittelt. Zweifeln hinsichtlich der Host-Provider-Eigenschaft von Anbieter nachgelagerter Ordnung und ggf. eingesetzten Moderatoren aufgrund des Speicherbegriffs lässt sich durch eine teleologisch extensive Auslegung beikommen. Kehrseite ist es dann aber, die Anwendung der Art. 16 ff. DSA auf (ausnahmsweise entgeltliche) Anbieter nachgelagerter Ordnung ggf. teleologisch zu reduzieren. Hinsichtlich der Messengerdienste lässt sich den ErwGen zum DSA zumindest mittelbar eine Einordnung als Host-Provider entnehmen.

C. Reichweite der Privilegierung: Das normimmanente Programm der Art. 6 ff. DSA

Nach der Konturierung des Anwendungsbereichs im Hinblick auf Anbietereigenschaften soll im Folgenden das inhaltliche Programm des Art. 6 DSA ausgeleuchtet werden (I.). Anschließend sollen die Art. 7 f. DSA als dieses Privileg flankierende Vorschriften in Relation gesetzt werden (II./III.).

I. Privilegierungstatbestand des Art. 6 DSA

Kern des insoweit unverändert gebliebenen Host-Provider-Privilegs gem. Art. 6 DSA ist das Notice-and-Take-Down-Verfahren. Wer also keine Kenntnis von dem rechtswidrigen Inhalt oder der Tätigkeit hat, ist privilegiert; der telemedienrechtliche Vorfilter greift. Der Anbieter ist nicht verpflichtet, nach rechtswidrigen Inhalten

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

innerhalb seines Angebots zu suchen.[181] Es drückt sich hierin der Grundgedanke der Privilegierung aus: Wer für andere Nutzer Inhalte massenhaft und automatisiert speichert, der soll grundsätzlich nicht die Verantwortlichkeit für diese Inhalte tragen. Erst wenn er Kenntnis von dem einzelnen Inhalt nimmt, können positive Haftungsnormen eine Verantwortlichkeit begründen (dazu 1.). Eine Verantwortlichkeit kann der Anbieter dann nur noch vermeiden, wenn er zügig nach Kenntnisnahme tätig wird und den entsprechenden Inhalt löscht (dazu 2.). Steht der Anbieter in einem besonderen Subordinationsverhältnis zu dem Nutzer, findet Art. 6 Abs. 1 DSA keine Anwendung (dazu 3.).

1. Kenntnis, Art. 6 Abs. 1 a) DSA

a) Sicherheit und Konkretheit des Wissens

Die Kenntnis meint die positive Kenntnis des konkreten Inhalts i. S. e. dolus directus 2. Grades. Weder das reine Für-Möglich-Halten noch die auch grob fahrlässige Unkenntnis können ausreichen, möchte man nicht entgegen Art. 8 DSA eine allgemeine Überwachungs- und Nachforschungspflicht einführen und die Abstufung hinsichtlich zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche in Art. 6 Abs. 1 a) DSA hinreichend würdigen.[182] Die Kenntnis muss insoweit auf einzelne Informationen konkretisiert sein, dass eine Identifikation des Inhalts ohne unzumutbaren Aufwand unschwer möglich ist.[183] Das dürfte bei Anbietern erster Ordnung insofern ohne weitere Probleme ablaufen, als ohnehin einzelne Inhalte von den Meldungen betroffen sind. Nicht hingegen genügt der Hinweis auf den Allgemeinplatz, dass das Angebot erster Ordnung zahllose rechtswidrige Inhalte enthält.[184] Bei Anbietern zweiter und dritter Ordnung, bei denen der Erhalt eher abstrakter Hinweise praktisch näherliegt, gilt es in Ansehung des konkreten Einzelfalls – insbesondere der Menge fremder Inhalte innerhalb des Angebotes – zu beurteilen, ob der rechtswidrige Inhalt ohne Weiteres auffindbar ist.

Ein anderer Kenntnisnahmebegriff wird vertreten, wenn man die Konstellation der kriminellen Zweckausrichtung des Angebots mit Art. 6 Abs. 1 a) DSA (zuvor im nationalen Recht: § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F.) selbst in den Griff bekommen wollte. Es wird nämlich teilweise behauptet, dass, wer sein Angebot bewusst kriminell ausrichte, damit rechne, dass sich die in ihr angelegte Tendenz realisiere; von der

[181] Vgl. dazu auch die Ausführungen zu Art. 8 DSA.

[182] KG Berlin NJW 2014, 3798, 3800; *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 116 f.; *Bode*, ZStW 2015, 935, 966; *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, § 10 TMG Rn. 18; *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 10 TMG Rn. 19.

[183] *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 84; *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 10 Rn. 24 f.; *Eisele*, in: Handbuch Strafrecht, § 63 Rn. 74.

[184] Vgl. auch *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 84.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kenntnis einer rechtswidrigen Handlung sei dann auszugehen.[185] Problematisch ist insofern, dass sich diese Kenntnis nicht wie vom Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 a) DSA eingefordert, dann auf den spezifischen rechtswidrigen Inhalt bezieht, sondern abstrakter Natur bleibt.[186] Dafür, dass eine solche abstrakte Kenntnis nicht für eine Haftungsreaktivierung genügen kann, sprechen ErwG Nr. 22 S. 4 zum DSA und Art. 6 Abs. 1 b) DSA: Die unverzügliche Entfernung der Information kann ohne konkrete Kenntnis vom Inhalt schon gar nicht vorgenommen werden. Im Hinblick auf den konkreten Inhalt würde also der Maßstab in die Richtung des dolus eventualis verfälscht werden.[187] Die Formel, dass der Anbieter damit rechne, dass sich eine in ihr angelegte Tendenz realisiere, dürfte sich letztlich gerade nicht nur für kriminell ausgerichtete Angebote bejahen lassen, sondern eben auch für Anbieter erster Ordnung wie Facebook. Die mit der Ausweitung des Kenntnisbegriffs drohenden Kollateralschäden an den Grundpfeilern der Haftungsprivilegierung sollten dringend vermieden werden.[188]

b) Kenntnisnahmefiktion bei tauglicher Meldung, Art. 16 Abs. 3 DSA

Der DSA führt für Host-Provider die Verpflichtung zur Einrichtung von Meldewegen in Art. 16 Abs. 1 DSA ein, wie es zuvor durch das NetzDG, nicht aber durch die ECRL oder das TMG bekannt war. Diese Verpflichtung gehört zum Kernbestand der vom DSA vorgesehenen Sorgfaltspflichten und stellt ein Bekenntnis zum Notice-and-Action-Verfahren dar. Beachtlich ist insofern vor allem der Art. 16 Abs. 3 DSA, der eine indirekte Verzahnung dieser Sorgfaltspflicht mit der Haftungsprivilegierung vorsieht: Wird ein Inhalt ordnungsgemäß (Art. 16 Abs. 2 DSA) gemeldet, so wird die Kenntnisnahme i. S. v. Art. 6 Abs. 1 a) DSA unwiderleglich vermutet.[189] Die ordnungsgemäße Meldung führt also zu einer Kenntnisnahmefiktion und damit zur Haftungsreaktivierung, wenn der Inhalt nicht zügig beseitigt wird.[190] Damit ist andererseits nicht die Aussage verbunden, dass eine nicht ordnungsgemäße Meldung

[185] *Greco*, ZIS 2019, 435, 448; *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 4; *Pastore*, KriPoZ-JuP 2023, 3, 17; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 71, 74.

[186] *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 117; so auch *Wüst*, Underground Economy, S. 73.

[187] Vgl. auch OLG München ZUM-RD 2017, 488, 492.

[188] Zu Recht daher i. E. kritisch hinsichtlich *Greco*, ZIS 2019, 435, 448 und *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 71 auch *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Fn. 29. Die Kritik hinsichtlich *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 117 kann aber nicht im gleichen Zuge erfolgen, wird dort ebenso wie hier (vgl. unten Kap. 3 D. II.) doch nicht mit einem normimmanenten Ausschluss gearbeitet; eine generelle wird der konkreten Kenntnis gerade nicht gleichgesetzt. Vielmehr lautet auch dort schon die Begründung: „Ab diesem Zeitpunkt [der Kenntnisnahme der überwiegend kriminellen Nutzung durch Dritte] umfasst das durch die §§ 7, 10 TMG vorgesehene Privileg den Betrieb der Plattform nicht mehr, weil das infrastrukturelle Risiko durch die Plattform den Bereich des Sozialadäquaten verlässt."

[189] *Hofmann*, in: NK-DSA, Vor Art. 4 ff. Rn. 69: „gesetzlich vermutet"; *Maamar*, in: Das neue Recht der digitalen Dienste, § 4 Rn. 64: „gesetzliche Fiktion der Kenntnis".

[190] Eine solche Regelung befürwortend schon vor der Schaffung des DSA u. a. *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 268.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht zur Kenntnis führen kann; bei dieser bedarf es dann jedoch Art. 6 Abs. 1 a) DSA entsprechend einer tatsächlichen Kenntnisnahme.[191]

aa) Ausnahme von der Grundkonzeption des Privilegierungsregimes

Bei dieser Verzahnung handelt es sich um eine augenfällige Ausnahme von dem der Regulierung zugrundeliegenden Grundsatz, dass die im DSA statuierten Sorgfaltspflichten nur durch ein eigenes Sanktionsregime durchgesetzt werden, die Haftungsprivilegierung davon aber unangetastet bleibt. Die Ausnahme ist insofern vor dem Hintergrund des Impact Assessment der Europäischen Kommission gut nachzuvollziehen, als es sich bei der Einrichtung eines entsprechenden Beschwerdemanagementsystems, nicht aber bei der Beachtung der darüber gemeldeten Inhalte, um einen systematischen Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten handelt. Auch dürfte die Feststellung des Tatbestandes des Art. 16 Abs. 3 DSA keine (quantitativ bedingten) Schwierigkeiten bei der Bewertung im Rahmen eines Zivil- oder Strafprozesses aufweisen.[192]

bb) Praktische Relevanz

Welche praktische Relevanz dem Art. 16 Abs. 3 DSA zukommen wird, bleibt abzuwarten. Zunächst einmal ist etwa bei Ehrverletzungsdelikten äußerst fraglich, ob die Rechtswidrigkeit des Inhalts ohne eingehende Rechts- und Sachprüfung vorgenommen werden kann.[193] Daran wird schon deutlich, dass die Spezifika der Verletzungshandlung zu berücksichtigen sind.

Noch darüberhinausgehend wird die Verzahnung in der Literatur als „folgenlos" bezeichnet.[194] Die Fiktion erfasse nur das Kenntnislevel des Art. 6 Abs. 1 a) DSA, nicht aber die Anforderungen von nationalen Verantwortlichkeitsvorschriften. So setze sowohl der auslösende Hinweis i. S. d. deutschen Störerhaftung[195] als auch die Anforderungen an den Gehilfenvorsatz im Strafrecht eine tatsächliche Kenntnisnahme voraus.[196] Im medienstrafrechtlichen Bereich kommt – abgesehen davon, dass eine Kenntnisfiktion keinen Platz hat – hinzu, dass eine Fiktion i. S. v. Art. 16 Abs. 3 DSA den verantwortlichen Betreiber und nicht den eingesetzten Contentmoderator treffen wird, der aber regelmäßig als Täter oder Gehilfe einer unterlassenen Lö-

[191] Gleichwohl können die Anforderungen an die Reichweite der Kenntnis hier bedeutende Grenzen setzen. Vgl. dazu sogleich Kap. 3 C. I. 1. c). Vgl. auch *Köhler*, in: Müller-Terpitz/Köhler, Art. 6 Rn. 48 ff. mit Vergleich zur US-amerikanischen Regelung bei formal unzureichender Notice.

[192] Vgl. dazu oben Kap. 3 A. I. 2. c) aa) (2).

[193] Vgl. auch *Berberich*, in: Europäische Plattformregulierung, § 5 Rn. 25.

[194] *Holznagel*, CR 2021, 123, 126.

[195] Vgl. dazu BGH GRUR 2022, 1308 Rn. 113; BGH GRUR 2022, 1328 Rn. 42 jeweils in Reaktion auf EuGH MMR 2021, 705 (Youtube und uploaded).

[196] *Holznagel*, CR 2021, 123, 126.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schung in Betracht kommt.[197] Dennoch wird später zu zeigen sein, dass Art. 16 Abs. 3 DSA medienstrafrechtliche Relevanz im Sonderfall der organisierten Unkenntnis von Meldungen zukommen kann, wenn diese nach Einrichtung eines Systems i. S. v. Art. 16 Abs. 1 DSA schlicht ignoriert werden.[198]

c) Reichweite der konkreten Kenntnis

Es stellt sich sodann die in Bezug auf § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F. strittige Frage, ob die für die Haftungsreaktivierung nach Art. 6 Abs. 1 a) DSA notwendige Kenntnis allein den Inhalt oder auch die Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Inhalts voraussetzt. Es lohnt sich ein Blick auf den Diskussionsstand hinsichtlich des TMG (aa)), um vor diesem Hintergrund eine Lösung für den Art. 6 Abs. 1 a) DSA zu präsentieren (bb)).

aa) Kenntnis der Rechtswidrigkeit bei § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F.

Der Wortlaut des § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F. spricht von der „Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information". Der Begriff der Handlung umfasst in diesem Kontext solche Konstellationen, in denen die Rechtswidrigkeit nicht von der zugrundeliegenden Information selbst ausgeht, sondern von einem bestimmten Umgang mit ihr (bspw. urheberrechtswidrige Veröffentlichung).[199] Für Streit sorgt derweil die Frage, ob der Bezugspunkt der Kenntnis auch im Hinblick auf die Information die Rechtswidrigkeit selbiger einschließt[200] oder sich allein auf den Inhalt als solchen bezieht[201]. Die Grammatik der Vorschrift deutet durch die Verwendung des Artikels („der") vor dem Wort „Information" auf eine Differenzierung hin. Das ist besonders auffällig, weil in der deutschen Sprachfassung des Art. 14 Abs. 1 a) ECRL dieser bestimmte Artikel fehlt („Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit

[197] Vgl. dazu unten Kap. 6 C. III.

[198] Vgl. unten Kap. 3 D. II. 5. b) (1).

[199] *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, § 10 TMG Rn. 25.

[200] *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, § 10 TMG Rn. 25; *Hennemann*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 10 TMG Rn. 30; *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 84; *Spindler*, ZUM 2017, 473, 480 f.; *Heinze*, in: NK-Medienstrafrecht, § 186 Rn. 72; *Chmelík*, Social Network Sites, S. 131; *P. Schmitz/Dierking*, CR 2005, 420, 426 f.; *Fitzner*, MMR 2011, 83, 85; *Michel*, Bewertungsportale, S. 197; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 447; *D. Sternberg-Lieben*, in: BeckOK-UrhG, § 106 Rn. 29.3; *V. Haug*, Grundwissen Internetrecht, Rn. 118; *R. Wenske*, Internet Service Provider, S. 52; *Hollenders*, Mittelbare Verantwortlichkeit, S. 224 f.; vgl. auch BGH MMR 2010, 475, 480 mit Verweis auf EuGH MMR 2010, 315, 319 (Google France); in dieser Richtung auch *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 152 f.

[201] BGH MMR 2024, 175 Rn. 56 (Cyberbunker); *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 84 ff.; *Jandt*, in: Roßnagel, § 10 Rn. 20; *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 12; *Gercke*, MMR 2003, 601, 603; *Bär*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Kap. 15 Rn. 194; *Kartal-Aydemir/Krieg*, MMR 2012, 647, 648; *Busse-Muskala*, Informationsvermittler im Netz, S. 184; *Hoven*, ZWH 2018, 97, 100; *Schreiber*, Fake News, S. 242.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

oder Information").[202] In diese differenzierende Richtung deutet auch die Gesetzesbegründung zu §§ 11 TDG a. F., in der der Gesetzgeber zwischen Tätigkeiten (bzw. Handlungen), deren Rechtswidrigkeit erst aus weiteren Umständen bekannt wird, und Informationen, deren Rechtswidrigkeit bereits aus der Information als solcher zu schließen ist, unterscheidet.[203] Dass dieser Gedanke trägt, kann bezweifelt werden. Denn über die Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Handlung, also ihre juristische Bewertung, ist bis dahin noch nichts gesagt. Dass generell Kenntnis bezüglich aller tatsächlichen Umstände vorliegen muss, die die Ermittlung der Rechtswidrigkeit ermöglichen, ist insoweit unstrittig.[204] Andererseits kann kaum ernsthaft behauptet werden, dass die Rechtswidrigkeit bei Informationen stets aus dem Inhalt als solchem erkennbar wird. Zu denken ist allein an den Bereich der Ehrverletzungsdelikte, bei denen der (entsprechend zu ermittelnde) Wahrheitsgehalt einer Tatsachenbehauptung eine zentrale Rolle spielen oder eine Einwilligung in die Verbreitung bestimmter Aussagen die Rechtswidrigkeit entfallen lassen kann.[205]

(1) Unionsrechtskonforme Auslegung des § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F.

Es dürfte eine berichtigende einheitliche Interpretation mit Blick auf den Wortlaut des Art. 14 ECRL in der deutschen und englischen[206] Fassung, noch deutlicher in der französischen[207] und gänzlich eindeutig in der spanischen[208] sowie italienischen[209] Fassung schon hinsichtlich des § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F. geboten gewesen sein.[210]

---

[202] *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, § 10 TMG Rn. 24; *Hoven*, ZWH 2018, 97, 100; *Kartal-Aydemir/Krieg*, MMR 2012, 647, 648; anders *Heinze*, in: NK-Medienstrafrecht, § 186 Rn. 72: „formalistisch und beliebig".

[203] BT-Drs. 14/6098, S. 25.

[204] *Jandt*, in: Roßnagel, § 10 Rn. 15.

[205] Vgl. auch *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 446 f.; *Heinze*, in: NK-Medienstrafrecht, § 186 Rn. 72.

[206] „[…] the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information […]".

[207] „[…] le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites […]".

[208] „[…] conocimiento efectivo de que la actividad o la informatión es elicita […]".

[209] „[…] non sia efettivamente al corrente del fatto che l'attività ol'informatione é illecita […]".

[210] Statt vieler *Spindler*, ZUM 2017, 473, 480 f.; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 447; *P. Schmitz/Dierking*, CR 2005, 420, 426 f.; *Michel*, Bewertungsportale, S. 197; anders verstehen *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 87 f. den grammatikalischen Bezug des Rechtswidrigkeitsbegriffs als eine reine Konkretisierung der Information, auf die sich indessen nicht zwingend die Kenntnis zu beziehen habe. Gleiches gelte für die rechtswidrige Handlung, bei der mit der Rechtswidrigkeit nicht die rechtliche Bewertung gemeint sei, sondern allein die notwendige Sachverhaltskenntnis (a. a. O., Rn. 86); vgl. auch *Fitzner*, MMR 2011, 83, 84, die aus der Genese der Art. 12 ff. ECRL und aus einem Vergleich zur US-amerikanischen Regelung des 17 U. S. C. § 512(c), der dem europäischen Gesetzgeber Pate gestanden haben soll, schließt, dass in Art. 14 Abs. 1 ECRL eine Formulierung hätte

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das gilt vor allem deshalb, weil eine trennende Lesart, dem Wortlaut des § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F. entsprechend, zu einer Schwächung der Haftungsprivilegierung führte. Plastisch wird diese Reduktion der privilegierenden Wirkung besonders in Fällen, in denen der Anbieter den von ihm geöffneten digitalen Raum auf rechtswidrige Inhalte hin untersucht. Hier zusätzlich die Kenntnisnahme der Rechtswidrigkeit zu fordern, mildert in den Guter-Samariter-Konstellationen[211] die Gefahr einer Haftungsreaktivierung durch § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F. Diese kann vor allem dort wirksam werden, wo etwa im äußerungsstrafrechtlichen Kontext nicht allein der erste Blick auf die Information, sondern eine nähere Betrachtung des Äußerungskontextes und des Inhalts notwendig ist, um eine Rechtswidrigkeit festzustellen.[212] Zu weit führt aber der Einwand, dass es auf die Einführung einer allgemeinen Überwachungspflicht hinauslaufe, die bloße Kenntnis der Information ausreichen zu lassen.[213] Mit dieser Behauptung dürfte die Grenze zwischen einer von § 7 Abs. 2 TMG a. F. ausgeschlossenen allgemeinen Kontroll- und Überwachungspflicht und einer Prüfpflicht hinsichtlich des konkreten Inhalts verwischt werden.[214]

(2) Eingriff in das nationale Strafrecht sowie praktische und rechtspolitische Bedenken

Gleichwohl werden beachtliche Bedenken gegen die Einbeziehung der Rechtswidrigkeit erhoben, die gleichermaßen für eine Auslegung des Art. 6 Abs. 1 a) DSA Geltung beanspruchen dürften und daher Aufmerksamkeit verdienen: Die einheitliche enge Auslegung führe nämlich eine erhebliche Ausnahme von der nationalen Irrtumsdogmatik mit sich. Da die einschlägigen Äußerungs- und Inhaltsverbreitungsdelikte kein Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit enthalten, könne ein diesbezüglicher Irrtum allein über § 17 StGB gelöst werden, der nur im Falle der Unvermeidbarkeit die Schuld berühre. Die die Rechtswidrigkeit einbeziehende Lösung hingegen sorge im Endeffekt für das flächendeckende Zugeständnis des § 16 Abs. 1 StGB, ist doch der Nachweis über die Kenntnis hinsichtlich der Rechtswidrigkeit kaum zu erbringen.[215] Ausnahmen wären offensichtliche Fälle, die bei den

Eingang finden können, die die Rechtswidrigkeit deutlicher einbezieht. Ein solches Beispiel liefert EuGH MMR 2010, 315, 319 (Google France).

[211] Dazu im Kontext des Art. 7 DSA unten Kap. 3 C. II.

[212] Vgl. *Michel*, Bewertungsportale, S. 197.

[213] So *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, § 10 TMG Rn. 23; mit dem Zusatz, dass eine rechtliche Prüfung aller bekannten Inhalte notwendig wäre, wenn der Provider sich umfassend absichern wolle, *Hennemann*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 10 TMG Rn. 29.

[214] In dieser Richtung auch *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 89; *Eisele*, in: Handbuch Strafrecht, § 63 Rn. 72.

[215] *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 84 f.; *Gercke*, MMR 2003, 601, 603; *Eisele*, in: Handbuch Strafrecht, § 63 Rn. 72; vgl. auch *Hoven*, ZWH 2018, 97, 101; vgl. aber auch *Zaczyk*, in: NK-StGB, 5. Aufl., § 185 Rn. 19, der Unsicherheiten hinsichtlich des Vorliegens einer Beleidigung mit einer besonders sorgfältigen Prüfung des subjektiven Tatbestandes (§ 16 Abs. 1 StGB) verbinden will.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hier im Fokus stehenden Äußerungs- und Inhaltsverbreitungsdelikten wohl aber verhältnismäßig rar gesät sein werden. Daneben wird angeführt, dass der Bereich der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zurückgedrängt würde, was den §§ 23 f. JMStV den Anwendungsbereich entzöge.[216] Letztlich wäre eine rechtspolitisch kaum wünschenswerte Folge, dass der rechtsunkundige Provider prämiert würde.[217]

Hinsichtlich des letzten Arguments lässt sich jedoch schon in einem ersten Schritt bezweifeln, dass diese „Prämierung" kriminalpolitisch nicht wünschenswert ist. Denn stellt man sich die Frage, welche Host-Provider bzw. Provider-Mitarbeiter in der Tendenz rechtskundiger sind als andere, dürfte sich eine Differenzierung anhand der notwendigen Professionalisierung der Contentmoderation abzeichnen. Große soziale Netzwerke, die geschulte Moderatoren einsetzen, um routinemäßig rechtswidrige oder gegen selbst gesetzte Gemeinschaftsstandards[218] verstoßende Inhalte zu identifizieren, sind so vielleicht billigerweise stärker in die Pflicht genommen als kleine Host-Provider, die verhältnismäßig selten mit der Herausforderung einer Contentmoderation konfrontiert sind.

bb) Kenntnis der Rechtswidrigkeit bei Art. 6 Abs. 1 a) DSA

Die differenzierende Grammatik des § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F. findet sich nunmehr in der deutschen Sprachfassung des Art. 6 Abs. 1 a) DSA nicht wieder („Kenntnis der rechtswidrigen Tätigkeit oder rechtswidrigen Inhalte"). Der „formalistische"[219] Anknüpfungspunkt der differenzierenden Auffassung dürfte damit der Boden entzogen sein. Zwar ließe sich allein in Anbetracht dieser Grammatik noch behaupten, dass es sich bei der Rechtswidrigkeit um ein Attribut handelt, das die Tätigkeit oder den Inhalt beschreibt, nicht aber notwendiger Gegenstand der Kenntnis sein muss.[220] Jedoch finden sich in den ErwGen Anhaltspunkte, die diesem Einwand hinsichtlich des DSA Überzeugung rauben. In ErwG Nr. 22 S. 3 zum DSA heißt es: „Der Anbieter kann diese tatsächliche Kenntnis oder dieses Bewusstsein des rechtswidrigen Charakters [!] von Inhalten unter anderem durch Untersuchungen aus eigener Initiative oder durch Meldungen erlangen, […]". Mit dem rechtswidrigen Charakter kann nichts anderes als die Rechtswidrigkeit des Inhalts gemeint sein.[221]

Allein Art. 16 Abs. 3 DSA könnte Zweifel an dieser Auslegung begründen. Die Vorschrift knüpft die unwiderlegliche Vermutung der Kenntnis der „betreffenden Einzelinformation" an die Frage, ob die Meldungen „einem sorgfältig handelnden

[216] *Jandt*, in: Roßnagel, § 10 Rn. 18.

[217] *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 10 Rn. 29; *Spindler*, NJW 2002, 921, 924; rechtspolitisch ebenso *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 269.

[218] Dazu oben Kap. 1 C. II.

[219] S. erneut *Heinze*, in: NK-Medienstrafrecht, § 186 Rn. 72.

[220] Vgl. erneut hinsichtlich der ECRL *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 87 f.; ähnlich *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 12.

[221] Zweifelnd *Fellmann*, Verantwortlichkeit, S. 45 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Anbieter von Hostingdiensten ermöglichen, ohne eingehende rechtliche Prüfung festzustellen, dass die einschlägige Tätigkeit oder Information rechtswidrig ist." Wenn nämlich die Kenntnis bereits dann vorliegen soll, wenn Meldungen die Feststellung der Rechtswidrigkeit ermöglichen, dann ist jedenfalls im Kontext der Meldung nicht die tatsächliche Kenntnis der Rechtswidrigkeit ausschlaggebend.[222]

Aus dieser speziellen Regelung kann jedoch kaum eine pauschale Entscheidung für den vorliegenden Streitpunkt gezogen werden. Vielmehr handelt es sich – wie gesehen – um eine Kenntnisnahmefiktion, die die Sorgfaltspflichten des DSA mit der Haftungsprivilegierung verschaltet.[223] Eine Differenzierung der Anforderungen an die Reichweite der Kenntnis in Abhängigkeit von dem Ursprung der Kenntnisnahme ist dabei sogar überaus sinnvoll: Wie schon angedeutet und später nochmals eingehend betrachtet, drückt sich in Art. 7 DSA aus, dass die anlasslose Contentmoderation dem Anbieter prinzipiell nicht zum Nachteil geraten soll. Gleichzeitig wird zu zeigen sein, dass eine Kenntnisnahme durch solche anlasslosen Maßnahmen nicht vollständig gegen eine Haftungsreaktivierung nach Art. 6 Abs. 1 a) DSA immunisieren kann.[224] Es bleibt aber passend, den proaktiv kenntnisnehmenden Anbieter nicht genauso zu behandeln wie den durch Meldung Kenntnisnehmenden. Der europäische Gesetzgeber hat nämlich mit Art. 16 DSA das Notice-and-Action-Modell ins Zentrum seiner Regulierung zur Bekämpfung rechtswidriger Inhalte gestellt.

Dieses Ergebnis lässt sich noch einmal systematisch aus einer anderen Richtung absichern: Wenn die Kenntnis i. S. v. Art. 6 Abs. 1 a) DSA nur dann gem. Art. 16 Abs. 3 DSA fingiert wird, wenn die Meldung (Art. 16 Abs. 2 DSA) hinreichend bestimmt ist und die Rechtswidrigkeit ohne eingehende rechtliche Prüfung festzustellen ist, dann kann für eine (echte) Kenntnisnahme gem. Art. 6 Abs. 1 a) DSA nicht weniger zu fordern sein. Kurz: Die Anforderungen des Art. 16 Abs. 3 DSA verdeutlichen, dass die Kenntnis i. S. v. Art. 6 Abs. 1 a) DSA jedenfalls nicht blind für die Rechtswidrigkeit des Inhalts ist.[225] Es könnte auf dieses letzte systematische Argument versucht werden zu antworten, dass dann jedenfalls die Anforderungen des Art. 16 Abs. 3 DSA auch bei Art. 6 Abs. 1 a) DSA genügen müssten. Mit einer solchen vermittelnden Lösung (Kenntnis aller relevanten Umstände und keine Notwendigkeit eingehender Prüfung zur Feststellung der Rechtswidrigkeit statt

[222] Eine andere Lesart legt *Handel*, K&R 2023, 161, 164 zugrunde, der mit dem den Normtext wiederholenden ErwG Nr. 53 S. 2 zum DSA zu argumentieren versucht, dass gerade die Kenntnis von der Rechtswidrigkeit erforderlich sei. Diese Deutung geht nicht davon aus, dass mit Art. 16 Abs. 3 DSA eine Vorverlagerung des (fingierten) Kenntnisnahmezeitpunktes vorliegt, sondern dass die Rechtswidrigkeit tatsächlich erkannt werden musste und allein die Anforderungen an den zu meldenden Inhalt beschrieben werden. Das ergäbe nur dann Sinn, wenn der Gesetzgeber eine Haftungsreaktivierung in solchen Fällen ausschließen wollte, in denen eine Meldung dazu führt, dass die Anbieter weitere Informationen sammeln müssen, um in Kenntnis der Rechtswidrigkeit zu gelangen. In diesen Konstellationen würde sich die Haftungsreaktivierung aber ohnehin an Art. 6 Abs. 1 a) DSA knüpfen.

[223] Dazu oben Kap. 3 C. I. 1. b).

[224] Vgl. dazu unten Kap. 3 D. II.

[225] I. E. auch *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537, 3639.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kenntnis der Rechtswidrigkeit) würde aber die Differenzierung zur Kenntnis bei Schadensersatzansprüchen in Art. 6 Abs. 1 a) DSA eingeebnet werden.

cc) Zwischenergebnis: Notwendigkeit der Kenntnis der Rechtswidrigkeit

Schon hinsichtlich des § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F. war es überzeugender, einen engen einheitlichen Maßstab anzulegen und die Kenntnis auch auf die Rechtswidrigkeit der Information zu beziehen. Dafür sprach schon vor dem DSA eine unionsrechtskonforme Auslegung hinsichtlich der verschiedenen Sprachfassungen des Art. 14 ECRL. Der Anlass für eine zwischen Tätigkeit und Inhalt differenzierende Auslegung dürfte mit Blick auf die Grammatik und den ErwG Nr. 22 S. 3 zum DSA erheblich geschrumpft sein. Insbesondere aber im ausdifferenzierenden Regelungsgeflecht zwischen Art. 7 DSA und Art. 16 Abs. 3 DSA dürfte klar werden, dass hinsichtlich einer (echten) Kenntnisnahme i. S. v. Art. 6 Abs. 1 a) DSA Kenntnis hinsichtlich der Rechtswidrigkeit zu fordern ist. Dass mit dieser Auslegung Eingriffe in die Irrtumsdogmatik des Strafrechts verbunden wären, ist dann schlichte Folge telemedienrechtlicher Auslegungen. Eine „Prämierung" rechtsunkundiger Anbieter bzw. Moderatoren muss derweil nicht zwingend für unbillig erachtet werden.

d) Kenntniszurechnung

Es stellt sich zuletzt die Frage, inwiefern sich der Anbieter die Kenntnis seiner Mitarbeiter oder Dritter zurechnen lassen muss. Während zum Teil ohne weitere Differenzierung von einer Wissenszurechnung nach dem Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB ausgegangen wird[226], halten andere die Prinzipien der Wissenszurechnung im Strafrecht aufgrund des Schuldprinzips für unanwendbar.[227] Letzteres kann aber auf dem Boden der hier vertretenen Vorfilterlösung nicht überzeugen. Es spricht nichts dagegen, zunächst dem Charakter als Querschnittsregelung Rechnung zu tragen, eine Wissenszurechnung für möglich zu halten und sodann im subjektiven Tatbestand eine Wissenszurechnung zu verneinen.[228] Altenhain weist richtigerweise darauf hin, dass diese zweistufige Prüfung im Bereich der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, etwa bei § 23 S. 2 JMStV, den Vorzug mit sich bringt, in der ersten Stufe eine Kenntniszurechnung bejahen zu können und in der zweiten Stufe diese zugerechnete Kenntnis – „im Einklang mit dem Schuldgrundsatz" – im Rahmen der objektiven

[226] *Hennemann*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 10 TMG Rn. 25; *Jandt*, in: Roßnagel, § 10 Rn. 13.

[227] *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 10 Rn. 38; *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, § 10 TMG Rn. 29; *Malek/A. Popp*, Strafsachen im Internet, Rn. 89; i. E. auch *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 184 Rn. 85; *D. Sternberg-Lieben*, in: BeckOK-UrhG, § 106 Rn. 29.3; im Strafrecht die im Bereich der strafrechtlichen Produkthaftung entwickelten Grundsätze anwenden wollend *Barton*, Multimedia-Strafrecht, Rn. 341.

[228] *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 19; zust. *R. Wenske*, Internet Service Provider, S. 59.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Sorgfaltspflichtverletzung und der Frage, was der Anbieter hätte wissen können, zu berücksichtigen.[229]

Zweifel an der dogmatischen Herleitung der Wissenszurechnung über nationale Vorschriften (§ 166 Abs. 1 BGB) und Rechtsgedanken sind jedoch angebracht, da es um die Anwendung europäischer Vorgaben geht.[230] Vorzugswürdig ist es daher, eine Kenntniszurechnung entsprechend der personellen Erstreckung der Privilegierung anzunehmen. Wenn Einigkeit darüber besteht, dass der Anbieter privilegierte Mitarbeiter einsetzen können muss, damit der Dienst zum einen wachsen kann und zum anderen eine sorgfältige Contentmoderation vorgenommen wird, dann scheint es schon als Spiegelbild dessen geboten, dem Anbieter auch die konkrete Kenntnis ebendieser Mitarbeiter zuzurechnen.[231]

Die Zurechnung von Maschinenwissen genügt hingegen – nahezu konsentiert – nicht. Vielmehr kommt es auf die Sichtung der Informationen durch Anbieter oder zu ihnen gehörender Personen an.[232] Das ergibt sich *erstens* aus dem Wortlaut: Computersysteme kennen keine Inhalte, sondern Speichern oder Durchsuchen sie.[233] Noch deutlicher wird es *zweitens*, wenn man, wie hier[234], die Kenntnis der Rechtswidrigkeit voraussetzt, weil diese Feststellung einen menschlichen Gedankengang erfordert.[235] *Drittens* würde andernfalls die Wirkung des Art. 7 DSA unterlaufen, dessen Rechtsfolge sich nicht auf den normimmanenten Ausschluss, sondern nur auf das Neutralitätskriterium bezieht.[236] Setzt also ein Anbieter erster Ordnung etwa einen automatischen Wortfilter ein, um rechtswidrige Inhalte zu erfassen, geht bei einem Treffer noch keine entsprechende Kenntniszurechnung vom System aus. Erst

[229] *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 19, der davon die Frage nach dem Organisationsverschulden, etwa in Form der sorgfaltswidrig unterlassenen Weisung an die Mitarbeiter, ihm ihr Wissen mitzuteilen, miteingeschlossen sieht; zust. *R. Wenske*, Internet Service Provider, S. 59.

[230] *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 20; zust. *R. Wenske*, Internet Service Provider, S. 58 f.

[231] *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 21 f.; zust. *R. Wenske*, Internet Service Provider, S. 58 f.; Fragen lässt die Differenzierung nach proaktiven und reaktiven Tätigkeiten der Moderatoren offen bei *Jandt*, in: Roßnagel, § 10 Rn. 13.

[232] *Spindler*, NJW 2021, 2554, 2556; *Spindler*, MMR 2011, 703, 705; *R. Koch/Biggen*, NJW 2020, 2921, 2923; *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 24; *Jandt*, in: Roßnagel, § 10 Rn. 10; EuGH NJW 2021, 2571, 2578 (YouTube und uploaded): Die automatische Indexierung und Kuratierung der Inhalte nach Nutzerpräferenzen genügt nicht für eine tatsächliche Kenntnis (diese Annahme hat sogar Eingang in ErwG Nr. 22 S. 5 zum DSA gefunden); vgl. auch bereits OLG Brandenburg MMR 2004, 330, 331 f.; kritisch aber *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 95 f.

[233] *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 24.

[234] Dazu oben Kap. 3 C. I. 1. c).

[235] So auch *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, § 10 TMG Rn. 30.

[236] Vgl. dazu oben Kap. 3 C. II. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wenn ein für den Anbieter tätiger Moderator mit der Sache befasst ist, liegt eine (dem Anbieter zurechenbare) Kenntnis vor.[237]

2. Zügige Tätigkeit, Art. 6 Abs. 1 b) DSA

Gem. Art. 6 Abs. 1 b) DSA besteht die Privilegierung auch nach Kenntnis des rechtswidrigen Inhalts oder der Handlung dann weiter, wenn der Anbieter zügig tätig wird, die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Die tatsächliche Entfernung oder Sperrung wird nicht vorausgesetzt, sondern es genügt ein ernsthaftes Bemühen, den Zugang zur Information zu verhindern.[238] Wobei man zu berücksichtigen haben wird, dass in aller Regel für die Anbieter der verschiedenen Ordnungen eine Löschungsmöglichkeit unproblematisch besteht.[239] Sollte das etwa in Abhängigkeit von einem veränderten Design des Angebots erster Ordnung für Anbieter nachgelagerter Ordnung nicht mehr der Fall sein – wie etwa bei Gruppenanbietern innerhalb von Messenger-Diensten[240] –, dürfte sich die geforderte Tätigkeit entsprechend auf die Meldung des Inhalts beim Anbieter erster Ordnung reduzieren.[241]

Auffällig ist nun, dass anders als in der deutschen Sprachfassung von Art. 14 Abs. 1 b) ECRL nicht mehr von der „unverzüglichen", sondern vom „zügigen" Tätigwerden die Rede ist. Fraglich ist, ob der Unionsgesetzgeber damit eine nicht nur sprachliche, sondern auch inhaltliche Änderung bezweckt. Für Letzteres dürfte zunächst sprechen, dass in einer früheren Entwurfsfassung des DSA in ErwG Nr. 22 S. 1 noch von „unverzüglicher" Tätigkeit gesprochen wird, sich aber in der Endfassung nun an selber Stelle der Begriff des „zügigen" Tätigwerdens findet.[242] Auf der anderen Seite haben sich in der englischen („acts expeditiously") und französischen („agisse promptement") Sprachfassung keine Änderungen ergeben.[243] Weniger eine materiell-rechtliche Änderung durch den Unionsgesetzgeber dürfte also naheliegen als die Demonstration gesteigerter Sprachsensibilität in der deutschen

[237] *Jandt*, in: Roßnagel, § 10 Rn. 10; *R. Koch/Biggen*, NJW 2020, 2921, 2923; *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 24.

[238] *Hennemann*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 10 TMG Rn. 42; *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, § 10 TMG Rn. 44; *Eisele*, in: Handbuch Strafrecht, § 63 Rn. 76.

[239] Vgl. dazu oben Kap. 1 A. III. 1.

[240] Vgl. oben Kap. 3 B. III. 4.

[241] Zur Reduktion des Pflichteninhalts in positiven strafrechtlichen Haftungsnormen vgl. unten Kap. 6 C. II. 3. d).

[242] Vgl. *Glöckner*, WRP 2023, 1027, 1031 f.

[243] Dazu auch *Hofmann*, in: NK-DSA, Art. 6 Rn. 9; vgl. jedoch *Marly*, in: Grabitz/Hilf, Art. 14 ECRL Rn. 14, davon ausgehend, dass „unverzüglich" mehr erfordert als ein zügiges Handeln aus Art. 13 ECRL. Diese Differenzierung hat schon im Rahmen der ECRL nicht überzeugt, weil es in den anderen Sprachfassungen an einer Unterscheidung zwischen Art. 13 und 14 ECRL fehlte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Übersetzung. Diese Sensibilität dürfte für die deutsche Rechtspraxis indessen nicht ohne jede Bedeutung bleiben: Während man sich hinsichtlich der Umsetzung ins TMG noch mangels entgegenstehender Anhaltspunkte aus der ECRL über § 121 Abs. 1 BGB nähern konnte[244], wonach unverzüglich als „ohne schuldhaftes Zögern" verstanden wird, lässt sich ein solches für den DSA und seine unmittelbare Anwendung gerade nicht mehr sagen.[245]

Es bleibt also dabei, dass anders als beim NetzDG keine starren Fristen zur Löschung oder Sperrung von (straf-)rechtswidrigen Inhalten bestehen.[246] Diese Entscheidung ist prinzipiell sinnvoll,[247] und anderes (starre Fristen) wurde hinsichtlich des NetzDG vielfach kritisiert[248]: Insbesondere bei solchen Inhalten, bei denen zum einen kontextuelle Umstände berücksichtigt werden müssen und zum anderen eine komplexe Güterabwägung[249] vorzunehmen ist, sollte den Anbietern ausreichend Zeit zur Überprüfung bleiben. Ansonsten droht man eine Anreizstruktur dafür zu schaffen, im Zweifelsfalle auch rechtmäßige Inhalte zu löschen/sperren.[250] Im Einzelfall wird etwa zu berücksichtigen sein, wie viele rechtswidrige Inhalte auf einmal zur Kenntnis geraten[251], wie schwer die Verletzung durch den Inhalt wiegt und wie schnell und intensiv sich die Verletzung fortsetzt, wenn es nicht zu einer Löschung kommt.[252] Ein Anhaltspunkt lässt sich in Art. 3 Abs. 3 Anti-Terror-VO finden, der bei behördlicher Anordnung eine Löschung binnen einer Stunde vorsieht. Diese Sonderregelung lässt zumindest darauf schließen, dass etwa bei Urheberrechtsverletzungen nicht ein ebenso zügiges Tätigwerden zu fordern sein dürfte; schon gar nicht, wenn eine gerichtliche Prüfung nicht vorausgegangen ist.

Zuletzt müsste die Sperrung oder Löschung dem Anbieter auch technisch möglich und zumutbar sein. Diese Anforderung leitet sich zwar nicht mehr aus dem Wortlaut ab[253], lässt sich aber aus allgemeinen Grundsätzen entnehmen.[254] Bei der Zumut-

[244] So auch *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, § 10 TMG Rn. 46.

[245] *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 140; *Glöckner*, WRP 2023, 1027, 1031 f.; a. A. *Handel*, K&R 2023, 161, 165.

[246] Im Anwendungsbereich des NetzDG auf die Fristenregelungen zurückgreifend aber *Hennemann*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 10 TMG Rn. 46; mit Einschränkungen hinsichtlich der 24-Stunden-Frist *Handel*, Diensteanbieter, S. 173. Zu Recht kritisch schon im Hinblick auf die alte Rechtslage *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 28; *Liesching*, NetzDG, § 3 Rn. 8; *Spindler*, ZUM 2017, 473, 479 f. mit dem Hinweis, dass es der vollharmonisierenden Wirkung entgegenstünde, wenn die Mitgliedsstaaten eigenständig Fristen festlegten.

[247] *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537, 3640.

[248] Vgl. *Liesching*, MMR 2018, 26, 29; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 95; *Spindler*, ZUM 2017, 473, 479 f.; *Guggenberger*, NJW 2017, 2577, 2579.

[249] Vgl. zur notwendigen Berücksichtigung einer solchen Abwägung nur ErwG Nr. 22 S. 2 zum DSA.

[250] *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537, 3640.

[251] *Laude*, RDi 2024, 216, 221.

[252] Vgl. *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 141.

[253] S. aber noch § 5 TDG a. F.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

barkeit hat eine Interessenabwägung zu erfolgen. Zu berücksichtigen sind prinzipiell die Meinungsfreiheit auf Seiten des sich äußernden Nutzers, die Rechte betroffener Dritter sowie die wirtschaftliche Situation des Anbieters.[255] Allerdings dürfte die Zumutbarkeitsgrenze regelmäßig dort, wo der konkrete Inhalt und sein Speicherplatz bekannt sind, nicht erreicht werden, da die Kosten der Löschung bzw. Sperrung verhältnismäßig gering sind.[256]

3. Subordinations- oder Aufsichtsverhältnis, Art. 6 Abs. 2 DSA

Der Anbieter ist dann nicht von der Privilegierung erfasst, wenn ihm der Nutzer untersteht oder er von ihm beaufsichtigt wird. Ein Unterstehen liegt bei einem eher auf Dauer angelegten Zustand der Weisungsgebundenheit vor (etwa Arbeitsverhältnis), während ein Beaufsichtigen eher situationsbezogen aus einem besonderen Fürsorgeverhältnis (etwa Lehrer-Schüler-Verhältnis) entsteht.[257] Ein Ausschluss kommt nur dort in Betracht, wo nicht bereits ein eigener Inhalt deshalb anzunehmen ist, weil ein Arbeitnehmer ihn im Rahmen seiner Tätigkeit gespeichert hat.[258]

Insofern könnte für die Anbieter zu erwägen sein, ob ihre jeweiligen Moderationsmöglichkeiten eine derartige Unterordnung der Nutzer bewirken.[259] Regelmäßig dürfte sich die von den Anbietern ausgeübte Kontrolle aber gerade nicht, wie von Art. 6 Abs. 2 vorausgesetzt[260], auf den Nutzer als Person, sondern auf den jeweiligen Inhalt beziehen, nachdem es zu dessen Veröffentlichung gekommen ist. Die Möglichkeit der nachträglichen Kontrolle von Inhalten, selbst die Möglichkeit der nachträglichen Kontrolle über den Nutzer durch Ausschluss vom Angebot oder Begrenzung seiner Befugnisse innerhalb des Angebotes[261], sind jedoch der Grundkonstellation des Art. 6 Abs. 1 DSA eingeschrieben.[262] Dass die Anbieter erster und zweiter Ordnung die Möglichkeit haben, ihr Angebot durch entsprechende Vorab-

[254] Vgl. nur BT-Drs. 14/6098, S. 23.

[255] *Jandt*, in: Roßnagel, § 10 Rn. 29; *Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, Rn. 110.

[256] In diese Richtung auch *Jandt*, in: Roßnagel, § 10 Rn. 29; *Eisele*, in: Handbuch Strafrecht, § 63 Rn. 76; *Bär*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Kap. 15 Rn. 195.

[257] *Hofmann*, in: NK-DSA, Art. 6 Rn. 18 f.; *Jandt*, in: Roßnagel, § 10 Rn. 32; *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 92; *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 30.

[258] *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 29, 31; *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 10 Rn. 63.

[259] In Betracht ziehend *Jandt*, in: Roßnagel, § 10 Rn. 32.

[260] Vgl. nur *Jandt*, in: Roßnagel, § 10 Rn. 31; *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 92.

[261] Dazu Kap. 1 B. V.

[262] Vgl. in diese Richtung auch *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 94; *Hennemann*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 10 TMG Rn. 55; *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 30.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kontrollen zu gestalten, kann über die Einschränkung des Art. 6 Abs. 2 DSA nichts anderes bewirken, gehört es doch gerade zum privilegierten Bereich, das Angebot entsprechend der automatischen Speicherung ohne solche Vorabkontrollen auszurichten.[263]

II. Klarstellende Neuerung: Guter-Samariter-Privileg, Art. 7 DSA

Gegenüber der ECRL und dem TMG a. F. neu ist der Art. 7 DSA, der als ‚Guter-Samariter-Privilegierung' bezeichnet werden darf. Ein Vorbild einer solchen Regelung findet sich, freilich mit erheblichen Unterschieden, in 47 U.S. Code § 230 c).[264] Das Guter-Samariter-Privileg soll die Haftungsprivilegierungen flankieren und die Anwendbarkeit der Privilegierungen dann erhalten, wenn freiwillige proaktive Untersuchungen durchgeführt werden, solange dies nach Treu und Glauben und sorgfältig geschieht.

1. Rechtsfolge des Art. 7 DSA

Rechtsfolge dieses Privilegs könnte nun zweierlei sein: Zum einen eine Verzahnung mit Art. 6 Abs. 1 a) DSA, sodass die Haftungsreaktivierung durch Kenntnisnahme gehemmt wird. Zum anderen die Klarstellung, dass aus proaktiven Maßnahmen keine ‚aktive Rolle'[265] herzuleiten ist, die das Provider-Privileg a priori ausschließt.

ErwG Nr. 26 S. 5 zum DSA stellt klar, dass jedenfalls zweiteres der Fall ist. Eine ‚aktive Rolle' aus anderen Gründen wird wiederum nicht ausgeschlossen; proaktive Maßnahmen können die Tätigkeit also nicht gegen des Ausschluss der Haftungsprivilegierung immunisieren.[266] Dass darüber hinaus auch eine Verzahnung mit der Kenntnisnahme i. S. v. Art. 6 Abs. 1 a) DSA denkbar ist, liegt daran, dass die Rechtsfolge ausweislich des ErwG Nr. 26 S. 5 zum DSA „insbesondere in Bezug" auf die aktive bzw. neutrale Rolle gilt.[267] Ein Argument gegen eine solche Verzahnung dürfte sich jedoch schon aus Art. 7 DSA selbst ergeben, da nach ihm die Haftungsprivilegierungen „in Betracht kommen" sollen. Außer Betracht bleiben sie nämlich nur, wenn der Anbieter eine aktive bzw. nicht-neutrale Rolle einnimmt. Wenn sie weiterhin in Betracht kommen, verbleibt es, die Haftungsreaktivierung

[263] So auch *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 94.

[264] Zum Verhältnis näher *Kuczerawy*, The EU Commission on voluntary monitoring: Good Samaritan 2.0 or Good Samaritan 0.5?, 2018; näher und kritisch auch *Field-Papuga*, MMR 2022, 453, 455; vgl. auch zum Verhältnis zu § 512 DMCA *Janal*, GRUR 2022, 211.

[265] Dazu vertieft unter Kap. 3 D. II.

[266] *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627, 633; *Rössel*, AfP 2021, 93, 96; *Gerdemann/Spindler*, GRUR 2023, 3, 6 f.; *Spindler*, MMR 2023, 73, 77.

[267] So auch *Sesing-Wagenpfeil*, MMR 2023, 655, 658.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gem. Art. 6 Abs. 1 a), b) DSA zu prüfen.[268] In diese Richtung deutet auch zuletzt der ErwG Nr. 22 S. 3 zum DSA, der darauf abstellt, dass die Kenntnis „durch Untersuchungen aus eigener Initiative oder durch Meldungen" erlangt werden kann.

Es wurde jedoch hinsichtlich der unter dem DSA nur noch vermindert streitbaren Frage nach der Reichweite der notwendigen Kenntnis gezeigt, dass Art. 7 DSA noch eine indirekte Wirkung entnommen werden kann: die deutliche Unterscheidung der Kenntnisnahme durch proaktive Maßnahmen der Anbieter von der Kenntnisnahme durch Meldungen (Art. 16 Abs. 3 DSA).[269]

2. Praktische Relevanz

Da der EuGH[270] selbst und der BGH[271] schon zuvor entschieden haben, dass eine technische proaktive Filterung nicht zum Privilegierungsausschluss führt, bleibt der Gehalt von Art. 7 DSA weitgehendst deklaratorisch.[272] Er präzisiert aber, anders als die vorangegangen Judikate, dass auch eine manuelle proaktive Überprüfung nicht zu einer aktiven Rolle führt.[273]

Dass darüber hinausgehend keine Verzahnung mit Art. 6 Abs. 1 a) DSA vorgenommen wurde, wird teilweise beklagt und Art. 7 DSA als „halbes Samariter-Privileg" apostrophiert.[274] Field-Papuga spricht davon, dass die Möglichkeit, durch proaktive Maßnahmen haftungsreaktivierende Kenntnis zu erlangen, im unmittelbaren Konflikt mit dem Ziel des Art. 7 DSA steht, solche Maßnahmen zu incentivieren. Es entstehe damit ein „Moderatoren-Dilemma", weil – so dürfte der Gedanke zur Klarheit zu ergänzen sein – eine manuelle Nachkontrolle oder generell manuelle Kontrolle der Inhalte die Drohung einer Haftung mit sich bringt.[275] Dass damit ggf.

[268] So i. E. auch *Spindler*, MMR 2023, 73, 77; *Holznagel*, CR 2021, 123, 128; *Rössel*, AfP 2021, 93, 96; *Hofmann*, in: NK-DSA, Art. 7 Rn. 9 ff.; *Schmieke*, in: Handbuch Social-Media-Recht, Kap. 3 Rn. 27.

[269] Vgl. dazu oben Kap. 3 C. I. 1. c) bb).

[270] EuGH MMR 2021, 705, Rn. 109 (Youtube und uploaded).

[271] Im Hinblick auf die fragwürdige Figur des Sich-Zueigenmachens: BGH MMR 2015, 726 Rn. 28; BGH MMR 2016, 418 Rn. 18.

[272] *Hofmann*, in: NK-DSA, Art. 7 Rn. 11: Dafür spreche auch ErwG Nr. 26 zum DSA, der von einer Präzisierung der Grundsätze spricht. Freilich bleibt zu beachten, dass die Kommission bereits im Dezember 2020, also vor der Entscheidung in der Sache ‚YouTube und uploaded', das Guter-Samariter-Privileg in seinem Entwurf aufgenommen hat (vgl. dazu auch *Glöckner*, WRP 2023, 1027, 1031); vgl. auch *Fellmann*, Verantwortlichkeit, S. 44.

[273] *Sesing-Wagenpfeil*, MMR 2023, 655, 658.

[274] Vgl. *Kuczerawy*, The EU Commission on voluntary monitoring: Good Samaritan 2.0 or Good Samaritan 0.5?, 2018; deutlich auch *Field-Papuga*, MMR 2022, 453, 460; *Specht-Riemenschneider*, GRUR 2021, 1054, 1067; vorsichtiger *Spindler*, GRUR 2021, 545, 550; ferner *Spindler*, NJW 2021, 2554, 2555: „halbe Miete"; *Köhler*, in: Müller-Terpitz/Köhler, Art. 7 Rn. 52.

[275] *Field-Papuga*, MMR 2022, 453, 460; zum Vergleich mit dem weitergehenden Privileg im US-amerikanischen Recht auch *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 109.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

allein auf automatisierte Filterungen mit der Gefahr des Overblockings gesetzt werden könnte, mag zwar zutreffen. Jedoch dürften die im DSA zumindest für Online-Plattformen vorgesehenen Begründungspflichten nach Art. 17 DSA sowie Beschwerde- und Abhilfeverfahren nach Art. 20 f. DSA dieser Gefahr entgegenwirken.[276] Letztlich ist die begrenzte Rechtsfolge Ausdruck des Gedankens, dass eine Beseitigung des Inhalts nicht mehr unzumutbar ist, sobald schon ein Mensch mit dem Einzelinhalt befasst ist und die Rechtswidrigkeit erkannt hat.[277] Daher ist der Kritik an der Reichweite von Art. 7 DSA nicht zuzustimmen – auch wenn der Vorwurf des Anachronismus eines insgesamt auf Kenntnis aufgebauten Haftungssystems nicht von der Hand zu weisen ist.[278]

Insgesamt dürfte es jedenfalls der Rechtssicherheit Vorschub leisten, dass das Guter-Samariter-Privileg im DSA festgeschrieben wurde, auch wenn es aus praktischer Sicht keine Novität darstellt.

III. Flankierende Wirkung: Verbot allgemeiner Überwachungs- und Nachforschungspflichten, Art. 8 DSA

Art. 8 DSA übernimmt das Verbot der allgemeinen Überwachungspflicht mit leichten Abweichungen[279] aus Art. 15 ECRL und flankiert so die Providerprivilegierung.[280]

---

[276] Vgl. *Field-Papuga*, MMR 2022, 453, 460.

[277] *Hofmann*, in: NK-DSA, Art. 7 Rn. 13.

[278] Dazu unten zusammenführend Kap. 3 D. II. 6.

[279] Es ergibt sich beim Vergleich der englischen Sprachfassung von Art. 8 DSA und Art. 15 Abs. 1 ECRL eine auffällige Unterscheidung. Nach wie vor begrenzt Art. 8 DSA die Zulässigkeit von Überwachungs- (Alt. 1) und Nachforschungspflichten (Alt. 2). Während aber in der englischen Fassung des Art. 15 Abs. 1 ECRL beiden Alternativen das Wort „general" vorangestellt war, findet es sich in Art. 8 DSA nur noch in Bezug auf Überwachungspflichten. Gleiche Auffälligkeit ist auch der französischen, nicht aber der deutschen Sprachfassung zu entnehmen. Will man dieser Unterscheidung einen Hinweis zur abweichenden Auslegung entnehmen, so ergäbe sich Folgendes: Im Hinblick auf Überwachungspflichten, bei denen es um die proaktive Kontrolle der Inhalte auf Rechtmäßigkeit geht (*Hofmann*, in: NK-DSA, Art. 8 Rn. 13), ist eine Einschränkung des Verbots durch den Zusatz der Allgemeinheit der Pflichten zu entnehmen. Hinsichtlich der Nachforschungspflichten, bei denen es um das Aufspüren von rechtswidrigen, bereits gespeicherten Inhalten (etwa auf Grundlage bestimmter Suchbegriffe) geht (*Hofmann*, in: NK-DSA, Art. 8 Rn. 13), wäre keine Beschränkung des Verbots auf allgemeine Pflichten mehr erkennbar. Kurzum: Das Verbot der Nachforschungspflichten wäre weitgehender als das der Überwachungspflichten. Dass der europäische Gesetzgeber mit dieser eher unscheinbaren redaktionellen Änderung eine praktisch derart gewichtige Modifikation des Bewertungsmaßstabes bezwecken wollte, erscheint jedoch eher fernliegend. Insbesondere mit Blick auf die deutsche Sprachfassung dürfte es näher liegen, die Beschränkung des Verbots auf beide Alternativen zu beziehen (*Rössel*, AfP 2021, 93, 97; anders *Holznagel*, CR 2021, 123, 127). Eine solche Lesart stützt schließlich auch der später hinzugefügte ErwG Nr. 30 S. 3 zum DSA, der nicht nur in der deutschen, sondern auch in der englischen Sprachfassung klarstellt, dass sich die Einschränkung der Allgemeinheit auch auf

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

1. Keine unmittelbar praktische Relevanz für das Medienstrafrecht

Besondere Bedeutung kommt der Vorschrift im Bereich der Unterlassungsanordnungen gegen Anbieter zur Abstellung oder Verhinderung von Rechtsverletzungen zu, die von Art. 6 Abs. 4 DSA von der Host-Provider-Privilegierung ausgenommen ist.[281] Damit betrifft sie nicht unmittelbar die strafrechtliche Verantwortlichkeit, weil dort – wenn die Anwendung nicht ausgeschlossen ist[282] – ohnehin der Art. 6 Abs. 1 DSA greift. Denn Art. 6 Abs. 4 DSA betrifft allein die Möglichkeit einer Entfernungsanordnung, nicht aber eine etwaige strafrechtliche Verantwortlichkeit infolge der Nichtbefolgung dieser Anordnung.[283]

2. Bedeutung des Grundgedankens für die Konturierung des Privilegierungsfilters

Gleichwohl wird auf Art. 8 DSA im Folgenden noch einmal zurückzukommen sein. Denn seine Anwendung wird zwar ausgeschlossen, wenn man einem der (unter D.) dargestellten Konzepte eines Privilegierungsausschlusses folgt. Gleichzeitig wird an bestimmten Sonderkonstellationen zu zeigen sein, dass sein Grundgedanke, dass es für den Anbieter unzumutbar ist, alle Inhalte anlassunabhängig zu kontrollieren, bei der Konturierung des Privilegierungsausschlusses selbst zu berücksichtigen ist.[284]

3. Indirekte Auswirkungen der Auslegung von Art. 8 DSA im Kontext richterlicher Anordnungen

Deutlich subtiler sind die indirekten Wirkungen einer Auslegung des Art. 8 DSA im Kontext der Unterlassungsansprüche auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit. Sie entstehen an der umstrittenen Frage, ob Art. 8 DSA (zuvor Art. 15 ECRL a. F.) die richterliche Anordnung von Unterlassungsmaßnahmen auch dort begrenzt, wo Anbieter nicht nur zur Löschung bestimmter Inhalte, sondern auch wort- oder sinngleiche Inhalte innerhalb des Angebots auffinden und löschen sollen. Hier stellt sich im Hinblick auf Art. 8 DSA die Frage, ob es sich bei einer Überwachungs- bzw.

---

die Nachforschungspflichten bezieht. Auch ErwG Nr. 30 S. 2 zum DSA kann nichts anderes nahelegen: Zwar bezieht sich dieser ausdrücklich auf die EuGH-Rechtsprechung (gemeint ist wohl EuGH MMR 2019, 798 (Glawischnig-Piesczek); vgl. *Gerdemann/Spindler*, GRUR 2023, 3, 6), das dürfte aber weniger die subtile sprachliche Abweichung betreffen, die in der Entscheidung auffällig ist, als die grundsätzliche Einschränkung des Verbots im Bereich der Anordnung spezieller Überwachungs- und Nachforschungspflichten.

[280] *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 95.

[281] *Hofmann*, in: NK-DSA, Art. 6 Rn. 4.

[282] Dazu unten Kap. 3 D.

[283] Vgl. nur *Dregelies*, MMR 2022, 1033, 1035.

[284] Vgl. dazu unten Kap. 3 D. II. 5. b) aa).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Nachforschungspflicht um eine allgemeine oder eine dem Verbot nicht unterfallende Pflicht „in spezifischen Fällen" handelt.

Während die Frage nach der Reichweite des Art. 15 ECRL (jetzt: Art. 8 DSA) durch den EuGH lange Zeit eher uneinheitlich und kaum spezifisch adressiert wurde[285], ist mit der Entscheidung in der Rechtssache ‚Glawischnig-Piesczek'[286] eine wesentliche Begrenzung des Verbotes einer allgemeinen Überwachungspflicht verbunden.[287] Der EuGH hält es für mit Art. 15 ECRL a. F. vereinbar, wenn Host-Provider (durch nationale Gerichte) verpflichtet werden, nicht nur die beanstandeten rechtswidrigen Inhalte zu löschen, sondern darüber hinaus weitere wort- und sinngleiche Inhalte weltweit zu löschen.[288] Sinngleich sei dabei ein solcher Inhalt, der zwar „leicht unterschiedlich formuliert ist, aber im Wesentlichen die gleiche Aussage vermittelt"[289]. Einschränkend erklärt das Gericht: „Unterschiede in der Formulierung dieses sinngleichen Inhalts im Vergleich zu dem für rechtswidrig erklärten Inhalt dürfen jedenfalls nicht so geartet sein, dass sie den Hosting-Anbieter zwingen, eine autonome Beurteilung dieses Inhalts vorzunehmen".[290] Unter dieser Voraussetzung sei keine unverhältnismäßige Belastung des Host-Providers zu erkennen, weil er auf automatisierte Techniken und Mittel zur Nachforschung zurückgreifen könne.[291]

Daran angelehnt entschied auch das LG Frankfurt a. M. in der Sache Künast und gab dem Anbieter erster Ordnung nicht nur auf, „kerngleiche" Inhalte aufzuspüren und zu löschen. Darüber hinaus sprach es der Klägerin eine Geldentschädigung i. H. v. 10.000 EUR wegen der ungenügenden Löschung von Inhalten zu.[292] Unabhängig von der Frage, ob der Anspruch auf Geldentschädigung sich mit § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F. verträgt,[293] fordert die Reichweite möglicher Unterlassungsanord-

[285] Dazu *Holznagel*, ZUM 2018, 350, 355.

[286] EuGH MMR 2019, 798 (Glawischnig-Piesczek).

[287] *Spindler*, NJW 2019, 3274: „Tragweite für Provider kaum zu überschätzen"; *Fremuth/Friedrich*, EuZW 2019, 942, 945: „opferorientierte Selbstermächtigung".

[288] EuGH MMR 2019, 798, 801 (Glawischnig-Piesczek).

[289] EuGH MMR 2019, 798, 800 (Glawischnig-Piesczek).

[290] EuGH MMR 2019, 798, 800 (Glawischnig-Piesczek).

[291] EuGH MMR 2019, 798, 800 (Glawischnig-Piesczek).

[292] Vgl. LG Frankfurt a. M. MMR 2022, 494, insbesondere Rn. 81; s. in diesem Zusammenhang zudem LG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2023, 232 sowie darauf folgend OLG Frankfurt a. M. MMR 2024, 334 ff.

[293] Sind die „sinngleichen" Inhalte dem Anbieter ebenfalls zur Kenntnis gebracht worden, ohne dass der Anbieter unverzüglich reagiert, so kommt es gem. § 10 S. 1 TMG a. F. ohne Weiteres zur Haftungsreaktivierung (vgl. LG Frankfurt a. M. MMR 2022, 494 Rn. 89; so auch noch OLG Frankfurt a. M. MMR 2024, 334, 338, das einen Entschädigungsanspruch an einer hartnäckigen Weigerung zur Löschung des Inhalts durch den Anbieter scheitern lässt). Geht es aber um die weitaus praxisrelevantere Konstellation, dass der Anbieter seiner durch einen Unterlassungsanspruch weit gezogenen Prüfpflicht nicht nachkommt und nur deshalb „sinngleiche" Inhalte nicht gelöscht bzw. am Re-Upload gehindert werden, kommt eine verschuldensabhängige Haftung, die sich im Vorfilter des § 10 S. 1 TMG a. F. zu messen hat, gerade nicht in Betracht. Die Kenntnis i. S. d. § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F. muss auf den spezifischen und

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nungen einige Kritik heraus, die sich im Wesentlichen den generellen Problemen von automatisierten Filtertechnologien zuwendet[294]: Schon im Hinblick auf wortgleiche Inhalte darf unter Verweis auf den möglichen Einsatz etwaiger Wortfilter nicht verkannt werden, dass die Rechtswidrigkeit in Abhängigkeit von dem Kontext steht. Zu denken ist etwa an die wortgleiche Wiederholung einer Beleidigung unter distanzierender Stellungnahme.[295] Erst recht ist zweifelhaft, wie automatisierte Filtersysteme sinngleiche Äußerungen identifizieren sollen[296], ist doch schon der Maßstab einer „leicht unterschiedlichen Formulierung" kaum ein Rechtssicherheit schaffender und die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten vereinheitlichender Anhaltspunkt.[297] Gerade dort, wo Filtersysteme aber im dynamischen und besonders kontextabhängigen Spannungsfeld zwischen Meinungs- und Informationsfreiheit sowie den Persönlichkeitsrechten zum Einsatz gebracht werden, steht zu befürchten, dass flächendeckend (noch) rechtmäßige Inhalte entfernt werden (Overblocking) und in der Folge Effekte der Selbstzensur auf Seiten der Nutzer auftreten (chilling effects).[298]

Vor dem Hintergrund dieser Diskussion erklären sich nun die indirekten Auswirkungen auch auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit:

Befürwortet man die Ausweitung der Prüfpflicht auf „wort- und sinngleiche" Inhalte und incentiviert so die Verwendung technischer Prüfverfahren mit anschließender manueller Überprüfung, so kommt es häufiger zur Kenntnisnahme i. S. v. Art. 6 Abs. 1 a) DSA. Es könnte in praktischer Hinsicht daraus folgen, dass sich häufiger eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht löschender Moderatoren feststellen lässt.[299]

---

einzelnen Inhalt bezogen bleiben, sodass die Kenntnis des ursprünglichen Inhalts nicht im Hinblick auf „wort- oder sinngleiche" Inhalte ausreicht (vgl. *Holznagel*, MMR 2022, 499, 500).

[294] Dazu schon oben Kap. 1 C. III. 2. Vgl. zur nationalen Rechtsprechung und der Übertragung der sog. Kerntheorie auf das Äußerungsrecht nur *Specht-Riemenschneider*, MMR 2019, 798, 801.

[295] *Fremuth/Friedrich*, EuZW 2019, 942, 945; *Paal*, JZ 2020, 92.

[296] *Paal*, JZ 2020, 92, 93; auch im Schlussantrag des GA *Szpunar*, BeckRS 2019, 10236, Rn. 73 (Glawischnig-Piesczek) finden sich Zweifel daran, dass die automatisierte Suche nach sinngleichen Inhalten nicht ohne „Einsatz hochentwickelter Lösungen" möglich sei. Auch aus diesem Grund wird im Schlussantrag vorgeschlagen, dass sich die Sperrpflicht hinsichtlich sinngleicher Inhalte personell auf den Nutzer beschränkt, der den ursprünglichen Beitrag hochgeladen hat (a. a. O., Rn. 75); die Überforderung von technischen (Upload)-Filtern ist bereits zentraler Gegenstand der Kritik an Art. 17 DSM-RL (vgl. dazu nur *Spindler*, NJW 2019, 3274, 3275).

[297] *Paal*, JZ 2020, 92, 93; im Schlussantrag des GA *Szpunar*, BeckRS 2019, 10236, Rn. 67 (Glawischnig-Piesczek) findet sich eine engere Interpretation der Sinngleichheit: „Schreibfehler, einen anderen Satzbau oder eine andere Zeichensetzung".

[298] *Paal*, JZ 2020, 92, 94; ähnlich GA *Szpunar*, BeckRS 2019, 10236, Rn. 74 (Glawischnig-Piesczek).

[299] Dazu eingehend Kap. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hält man hingegen ein sehr weites Verständnis von Art. 8 DSA – unter Kritik der sich abzeichnenden Tendenzen von EuGH und dem LG Frankfurt a. M. (sowie OLG Frankfurt a. M.[300]) – hoch, so stehen Ausweichbewegungen zu befürchten. Dort wo es das Ziel wäre, Anbieter erster Ordnung mit weitreichenden Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen zu belegen, könnte nämlich die Versuchung für die Gerichte bestehen, sich den Privilegierungseinschränkungen des Neutralitätskriteriums zu bedienen.[301]

D. Privilegierungsausschluss

Nachdem sich dem Programm der Art. 6 bis 8 DSA zugewendet und gezeigt wurde, dass auch das Privilegierungskonzept des DSA wesentlich um die Kenntnisnahme rechtswidriger Inhalte gebaut ist, soll sich abschließend der Notwendigkeit eines Ausschlusses der Privilegierung jenseits dieses Programms gewidmet werden. Es sollen die zwei hierzu entwickelten Figuren vorgestellt werden: Zum einen die in der nationalen Rechtsprechung überwiegend verwendete Figur des Sich-Zueigenmachens originär fremder Inhalte (I.) und sodann die aus der Rechtsprechung des EuGH stammende Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle (II.).

I. Die (telemedienrechtliche) Figur des Sich-Zueigenmachens

Die Figur des Sich-Zueigenmachens von Inhalten wurde insbesondere anhand der nationalen Umsetzung des Art. 14 ECRL in § 10 S. 1 TMG a. F. entwickelt, wonach es sich bei den von Nutzern hochgeladenen Inhalten um fremde Informationen[302] handeln musste. Für eigene Inhalte sollte der Anbieter hingegen gem. § 7 Abs. 1 TMG a. F. unprivilegiert haften. Anbieter jeder Ordnung halten vor dem Hintergrund dieser Unterscheidung sowohl originär eigene als auch fremde Informationen bereit. Originär eigene Informationen sind bei Anbietern dritter Ordnung natürlich der eigene Inhalt, unter dem sodann Raum für fremde Informationen entsteht. Bei Anbietern zweiter Ordnung handelt es sich sowohl bei den Namen von Gruppen oder Fanpages als auch entsprechenden Beschreibungen der Gruppe und ggf. explizit gemachten Kommunikationsregeln um originär eigene Inhalte. Auch die Angebote erster Ordnung enthalten originär eigene Inhalte, etwa in Form von Erläuterungen, Hilfeleistungen oder bspw. dem Einsatz von chat bots. Dabei muss der

[300] OLG Frankfurt a. M. MMR 2024, 334 ff.

[301] So auch *Holznagel*, ZUM 2018, 350, 356 f.

[302] Der aus der ECRL übernommene Begriff der Information ist dabei weit zu verstehen und umfasst jede Art von Daten und wird im Folgenden synonym mit dem Begriff des Inhalts verwendet. Vgl. dazu *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor § 7 TMG Rn. 15; *Frey*, Haftung von Hostprovidern, S. 130 mit Hinweis auf den früher geführten Streit, ob nur „kommunikative Inhalte" von der Haftungsprivilegierung erfasst werden können.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inhalt nicht vom Diensteanbieter bzw. seinen verantwortlichen Personen persönlich eingegeben sein. Es reicht vielmehr, wenn die Mitarbeiter oder beauftragten Personen sie im Rahmen ihrer Tätigkeit erstellen.[303]

Problematisch ist indessen die Frage, ob sich Anbieter fremde Inhalte unter Umständen zu eigen machen können und damit das Providerprivileg entfällt, ohne dass es auf ihre Kenntnisnahme ankäme. Von der Möglichkeit einer Zurechnung fremder Inhalte über die Figur des Sich-Zueigenmachens ging jedenfalls der historische Gesetzgeber zu den Vorgängervorschriften der §§ 8 ff. TDG a. F. aus.[304] Auch wenn die Privilegierungsvorschriften des DSA die Unterscheidung von eigenen und fremden Inhalten nicht kennen[305], soll eine Darstellung der verschiedenen Varianten der Figur des Sich-Zueigenmachens (1.) und ihre kritische Würdigung (2.) folgen. Die Sinnhaftigkeit eines solchen Vorgehens ergibt sich zum einen daraus, dass die fehlende Unterscheidung bei der ECRL und die damit einhergehende Richtlinienwidrigkeit der Figur[306] auch vor den Zeiten des DSA der Verbreitung der Figur keinen Einhalt gebieten konnte. Zum anderen – wendet man sich schließlich dem hier bevorzugten Neutralitätskriterium zu – ist es zentral, die Inkongruenzen der beiden Figuren (Sich-Zueigenmachen und Neutralitätskriterium) aufzeigen zu können, um eine Integration problematischer Konstellationen des Sich-Zueigenmachens in das „sichere Gewand“[307] des Neutralitätskriteriums zu verhindern.

1. Verschiedene Varianten des Sich-Zueigenmachens originär fremder Inhalte im Kontext von Diensteanbietern

In der Rechtsprechung finden sich folgende Leitlinien zur Figur des Sich-Zueigenmachens im telemedienrechtlichen Kontext stets wieder: *Erstens* komme es darauf an, dass der Anbieter nach außen erkennbar Verantwortung für die Äußerung Dritter übernehmen will oder den zurechenbaren Anschein erweckt, er identifiziere sich mit dem Inhalt.[308] *Zweitens* sei die erste Frage bei einer Gesamtbewertung aus

[303] *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor § 7 TMG Rn. 21; *Jandt*, in: Roßnagel, § 7 Rn. 33; *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, § 7 TMG Rn. 28, die dies unmittelbar aus § 10 S. 2 TMG a. F. folgern wollen.

[304] BT-Drs. 14/6098, S. 23.

[305] Vgl. nur *Laude*, RDi 2024, 216, 218.

[306] Dazu unten Kap. 3 D. I.

[307] Vgl. die ähnliche Analyse von *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 91 ff., dass der BGH teilweise an der Figur des Sich-Zueigenmachens festhält, sich dann aber der Rhetorik des EuGH zur aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle bedient, um „seine Entscheidung unionsrechtlich abzusichern“.

[308] BGH MMR 2009, 752, 753; 2010, 556, 557; 2015, 726, 728; 2016, 418, 419; NJW 2017, 2029, 2030; MMR 2020, 387, 390; 2022, 947, 948; OLG Hamburg MMR 2017, 120, 122; LG Frankfurt a. M. ZUM-RD 2018, 585, 589.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Perspektive eines verständigen Durchschnittnutzers zu beantworten.[309] *Drittens* sei bei der Annahme einer Identifikation[310] mit fremden Inhalten grundsätzlich Zurückhaltung geboten.[311]

Diese formelhafte und unbestimmte Beschreibung der Figur des Sich-Zueigenmachens wurde sodann anhand unterschiedlichster Kriterien versucht zu konkretisieren[312]:

a) Herrschaft über die rechtswidrige Information

Im Hinblick auf Forenbetreiber wurde zum Teil vertreten, dass ein Sich-Zueigenmachen bereits dadurch gegeben sei, dass die Diensteanbieter in der Lage sind, die rechtswidrigen Informationen zu sperren oder zu löschen.[313] Diese Annahme geht schon deshalb fehl, weil die Möglichkeit der Löschung gerade das Charakteristikum der Provider kennzeichnet und Anknüpfungspunkt für die Handlungspflicht des § 10 S. 1 Nr. 2 TMG a. F. (jetzt: Art. 6 Abs. 1 b) DSA) ist.[314]

Wenn zu § 5 TDG a. F. noch vorgeschlagen wurde, dass ein Sich-Zueigenmachen angenommen werden kann, wenn ein Inhalt über längere Zeit in einem Forum steht und die Inhalte ungeprüft bleiben[315], dann forderte dies schon damals Kritik heraus.[316] Diese Ansicht ist mit § 7 Abs. 2 TMG a. F. (jetzt: Art. 8 DSA) unvereinbar.[317]

---

[309] BGH MMR 2010, 556, 557; 2015, 726, 728; 2016, 418, 419; 2022, 947, 948; OLG Brandenburg MMR 2004, 330; OLG Hamburg MMR 2017, 120, 122; OLG Karlsruhe MMR 2022, 901, 902; LG Frankfurt a. M. ZUM-RD 2018, 585, 589; weniger deutlich BGH NJW 2017, 2029, 2030: „aus objektiver Sicht".

[310] Zu dem Identifikationskriterium im telemedienrechtlichen Zusammenhang *Pelz*, ZUM 1998, 530, 533; *Park*, GA 2001, 23, 32 f.; *Malek/A. Popp*, Strafsachen im Internet, Rn. 80; *M. Popp*, Verantwortung, S. 68.

[311] BGH MMR 2009, 752, 753; 2015, 726, 728; 2016, 418, 419; NJW 2017, 2029, 2030; MMR 2020, 387, 390; 2022, 947, 948; OLG Hamburg MMR 2017, 120, 122; LG Frankfurt a. M. ZUM-RD 2018, 585, 589.

[312] Vgl. auch *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 88 f. zur Unbestimmtheit der Grundformel.

[313] *Jürgens*, CR 2006, 188, 192.

[314] Vgl. *Sieber*, Verantwortlichkeit im Internet, Rn. 300; *Hollenders*, Mittelbare Verantwortlichkeit, S. 213.

[315] Vgl. noch zu § 5 TDG a. F. LG Düsseldorf MMR 2003, 61; LG Trier MMR 2002, 694, 695; AG Winsen/Luhe MMR 2005, 722.

[316] Zutreffend LG Köln MMR 2003, 601, 602; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443, 445; *Hollenders*, Mittelbare Verantwortlichkeit, S. 215. Dazu, dass einer Nicht-Löschung originär fremder Inhalte durch einen Profilinhaber keine „Genehmigung" erklärt wird, *K. Ziegler*, Urheberrechtsverletzungen, S. 230.

[317] *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, § 7 TMG Rn. 17. Von einem Sich-Zueigenmachen gehen *Lütke/Gramlich*, NJ 2016, 413, 417 f. auch etwa aus, wenn die Meldung eines rechtswidrigen Inhalts nicht in angemessener Frist zur Löschung oder Sperrung führt. Damit nehmen sie letztlich die Regelung des Art. 16 Abs. 3 DSA vorweg.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Presserechtliche Kriterien und die Distanzierung des Anbieters

Auch eine unmittelbare Übertragung presserechtlicher Kriterien[318], etwa die mangelnde Kennzeichnung der Fremdheit des Inhalts und eine fehlende Distanzierung, dürften kaum hilfreich sein. Denn jedenfalls der mit § 10 TMG a. F. in den Blick genommene Normalfall, nämlich die automatisierte Speicherung des Inhalts, stellt den wesentlichen Unterschied zur presserechtlichen Regelkonstellation dar, dass von Seiten des Verlegers bzw. Redakteurs über das ‚Ob' der Veröffentlichung entschieden wird.[319] Presseakteure sind notwendigerweise mit dem Äußerungsinhalt konfrontiert und entscheiden sich aktiv für die Einbindung in ein insgesamt von ihnen – jedenfalls dem Anschein nach – kuratiertes Medium.[320] Abgesehen von diesen grundsätzlichen Einwänden lassen sich weitergehend zwei kritische Punkte anbringen:

Erstens dürfte eine pauschale Distanzierung in Form eines Disclaimers von allen Inhalten für die Anbieter praktisch zwar keine Herausforderung darstellen. Gleichzeitig lässt sich aber kritisch fragen, ob es sich dabei letztlich nur um eine „sinnentleerte Förmelei" handeln würde.[321] Wenn, wie vereinzelt in der Rechtsprechung zu finden, eine konkrete und ausdrückliche Distanzierung vom Inhalt verlangt wird,[322] dann steht dies im klaren Widerspruch zu § 7 Abs. 2 TMG a. F. (jetzt: Art. 8 DSA). Denn eine konkrete Distanzierung dürfte doch nur dort möglich sein, wo der Inhalt zur Kenntnis des Betreibers – und zwar dann im Zweifel durch anlasslose Überwachung – gelangt ist.[323]

Zweitens lässt sich darauf hinweisen, dass eine Distanzierung und letztlich auch die pressestrafrechtlichen Grundsätze vor allem im Hinblick auf Werturteile und Tatsachenbehauptungen entwickelt wurden, sie aber naturgemäß nicht zu sonstigen, auch vom TMG bzw. DSA als Vorfilter betroffenen deliktischen Verhaltensweisen (bspw. Urheberrechtsverletzungen, Verbreitung von Gewaltdarstellungen oder kin-

[318] Vgl. OLG Brandenburg MMR 2004, 330 f.; *F. Koch*, CR 1997, 193, 197; *Barton*, Multimedia-Strafrecht, Rn. 305 ff.; für eine „vorsichtige" und modifizierende Übertragung OLG Köln MMR 2002, 548; nicht eindeutig *Meckbach/C. Weber*, MMR 2007, 451, 452: „pauschale Distanzierung völlig ausreichend"; unter Kritik an der Figur des Sich-Zueigenmachens *Fitzner*, GRUR Int 2012, 109, 113; ebenso *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 90: „wobei die Lage in den Einzelheiten durchaus unklar ist".

[319] *Lober/Karg*, CR 2007, 647, 648.

[320] Vgl. auch *Hollenders*, Mittelbare Verantwortlichkeit, S. 214; näher zum Vergleich des Diensteangebots und Veröffentlichungen in Presseerzeugnissen Kap. 5 B. III. 1. a) bb) (1).

[321] So *Lober/Karg*, CR 2007, 647, 648; *Handel*, Diensteanbieter, S. 120; *Malek/A. Popp*, Strafsachen im Internet, Rn. 78; zur Unbeachtlichkeit eines solchen Disclaimers im Rahmen der Nutzungsrechte vgl. BGH MMR 2015, 726, 728.

[322] LG Hamburg MMR 2007, 450 451.

[323] Vgl. *Freytag*, Haftung im Netz, S. 173; *Meckbach/C. Weber*, MMR 2007, 451, 452; *Hollenders*, Mittelbare Verantwortlichkeit, S. 216.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

derpornographischem Material) passt.[324] Denn ob der äußere Anschein der Identifikation entsteht, spielt zwar für die Abgrenzung vom Verbreiten und Behaupten, bei dem zweiteres durch ein subjektives Element des Einstehens für eine Äußerung und das persönliche Glaubhaftmachen geprägt ist[325], eine Rolle. Für solche Delikte, bei denen allein die Verbreitung inkriminiert ist, stellt sich aber die Frage, wie etwa eine Identifikation mit ihnen aussehen soll.[326]

c) Wirtschaftliche Nutzung fremder Beiträge

Andere Ansätze konzentrieren sich auf die materielle Vorteilserlangung durch die Bereitstellung der fremden Inhalte.[327] Dass die Einbettung in einen kommerziellen Kontext in tragender Weise gegen die Anwendung des Providerprivilegs verstößt, vermag aber schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sich die ECRL sowie der DSA mit ihrem Verweis auf Art. 1 Abs. 1 b) InfoRL in ihrer Wirkung gerade auf kommerzielle Angebote beschränkt.[328] Eine Einschränkung würde letztlich das Privileg für kommerzielle Anbieter leerlaufen lassen und so zu einer Gefährdung der Geschäftsmodelle von Providern führen.[329] Mit Blick auf das nationale Recht war es vor dem DSA noch zu bedenken, dass die §§ 7 ff. TMG a. F., anders als der § 5 TMG a. F., gerade nicht zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Diensten unterschied.[330]

---

[324] *Freytag*, Haftung im Netz, S. 173; *Hoffmann/Volkmann*, in: Spindler/Schuster, § 7 TMG Rn. 18; *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 41 Fn. 1; *Nolte/Wimmers*, GRUR 2014, 16, 21; *Spindler*, MMR 2004, 440, 442; *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 98; *Handel*, Diensteanbieter, S. 120; s. auch *Pankoke*, Providerhaftung, S. 101.

[325] Vgl. dazu unten im äußerungsstrafrechtlichen Kontext Kap. 5 B. III. 2.

[326] Dazu weiter unten Kap. 3 D. I. 2. b).

[327] In einer Gesamtschau auch OLG Köln MMR 2002, 548, 549; vorgeschlagen hinsichtlich der Beteiligungsform bei Urheberrechtsverletzungen bei gleichzeitiger Ausdehnung der telemedienrechtlichen Privilegierung *Specht*, ZUM 2017, 114, 119 f.; enger OLG Hamburg BeckRS 2015, Rn. 275 sowie *K. Ziegler*, Urheberrechtsverletzungen, S. 208, die eine über die bloße Generierung von Werbeeinnahmen hinausgehende wirtschaftliche Vereinnahmung der Inhalte fordern. Unter anderem auf die auch wirtschaftliche Zuordnung abstellend, indem sich umfassende Nutzungsrechte eingeräumt werden lassen BGH MMR 2010, 556, 557; vgl. auch *Ludyga*, ZUM 2016, 1013, 1017 f., der ein Sich-Zueigenmachen von Youtube neben der Einräumung von Nutzungsrechten unter anderem auf die Generierung von Werbeeinnahmen und die kommerzielle Nutzung der eingestellten Werke abstellt; a. A. richtigerweise OLG Hamburg BeckRS 2015, Rn. 275; OLG München MMR 2016, 833, 835 f.; vgl. auch Ansätze, die die Grundsätze der urheberrechtlichen Veranstalterhaftung übertragen wollen und neben der Einflussmöglichkeit auf den Inhalt auf die wirtschaftlichen Interessen des Diensteanbieters abstellen bei *Freytag*, Haftung im Netz, S. 173 ff.; zur Kritik vgl. nur *Hollenders*, Mittelbare Verantwortlichkeit, S. 217 f.

[328] Ausführlich zur Entgeltlichkeit unten Kap. 3 B. I. 1.

[329] Vgl. OLG Zweibrücken MMR 2009, 541 mit Verweis auf BGH MMR 2004, 668 und BGH MMR 2007, 507; *Handel*, Diensteanbieter, S. 121.

[330] So auch *Lober/Karg*, CR 2007, 647, 649.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

d) Redaktionelle Tätigkeit

Seit der Entscheidung des BGH im Fall ‚marions-kochbuch.de'[331] finden sich in der Rechtsprechung immer wieder als zentrale Indizien für ein Sich-Zueigenmachen die inhaltlich-redaktionelle Kontrolle auf Vollständigkeit und Richtigkeit, die spezifische Auswahl von Inhalten sowie die Einbindung in das eigene redaktionelle Angebot.[332] Auch diese Formel wirft Fragen hinsichtlich ihrer Konkretisierung auf:

Erstens ist zu berücksichtigen, dass die Anknüpfung an die redaktionelle Kontrolle die Anbieter mitunter in folgenden Spagat versetzen kann: Auch um den eigenen Ruf zu schützen, mag der Anbieter bestrebt sein, fremde rechtswidrige Inhalte zu entfernen und aus diesem Grund die ein oder andere Form einer inhaltlichen Kontrolle durchzuführen.[333] Würde dies zu einem Sich-Zueigenmachen der Inhalte führen, so würde dem Anbieter entsprechend der Entfall der Privilegierung drohen, was zu der Schaffung des durchaus kontraintuitiven Anreizes führen könnte, solche Maßnahmen zu unterlassen.[334] Aus diesem Grund wird vertreten, dass Vorabkontrollen nur dann ein Sich-Zueigenmachen begründen sollen, wenn sie eine redaktionell-inhaltliche Einflussnahme bedeuten, aber nicht dann, wenn sie dem Ziel dienen, rechtswidrige Inhalte zu filtern.[335] Dieser Ansatz ist – wenn man das Kriterium des Sich-Zueigenmachens nicht ohnehin ablehnt – nicht erst im Lichte des Art. 7 DSA[336] zu begrüßen. Eine redaktionell-inhaltliche Einflussnahme dürfte vor diesem Hintergrund denkbar sein, wenn eigenständige Änderungen am Inhalt vorgenommen werden[337], was aber für die Anbieter zweiter und dritter Ordnung ausgeschlossen ist. Für Anbieter zweiter Ordnung könnte höchstens von einer entsprechenden Einflussnahme auszugehen sein, wenn nur ausgewählte Inhalte nach der anbieterseitigen Überprüfung zugelassen werden, die der inhaltlichen Ausrichtung des Angebots im besonderen Maße entsprechen.

Zweitens stellt sich die Frage, wenn es um die redaktionelle Prüfung und Freigabe eines einzelnen Inhalts geht, worin die besondere Bedeutung des Sich-Zueigenmachens für die allein telemedienrechtliche Bewertung liegen kann. Auf den ersten Blick dürfte doch gleichsam Kenntnis von dem Inhalt i. S. v. § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F. (jetzt: Art. 6 Abs. 1 a) DSA) eintreten und das Haftungsprivileg entfallen.[338] Bei

[331] BGH MMR 2010, 556, 557.

[332] BGH MMR 2015, 726, 728; BGH MMR 2016, 418, 419; BGH MMR 2022, 947, 948; BGH NJW 2017, 2029, 2030; BGH MMR 2020, 387, 390; OLG Hamburg MMR 2017, 120, 122; OLG Karlsruhe MMR 2022, 901, 902; LG Frankfurt a. M. ZUM-RD 2018, 585, 589.

[333] *van Hoboken et al.*, Hosting Intermediary services and illegal content online, S. 41 f.

[334] *Nolte/Wimmers*, GRUR 2014, 16, 21; *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 7 Rn. 19; in diese Richtung auch *Ohly*, GRUR 2017, 441, 444.

[335] *Leistner*, in: FS-Köhler, S. 415, 425; in diese Richtung deutet auch BGH MMR 2015, 726, 728; im Kontext des Neutralitätskriteriums *Frey*, Haftung von Hostprovidern, S. 144 f.

[336] Dazu oben Kap. 3 C. II.

[337] Vgl. auch *P. Hacker*, MMR 2018, 779, 781.

[338] Vgl. nur etwa LG Köln MMR 2004, 183, 184.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

näherer Betrachtung ist aber zum einen denkbar, dass die redaktionell-inhaltliche Prüfung nicht jeden Teil des Inhalts erfasst hat und damit keine tatsächliche Kenntnis des Inhalts i. S. v. § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F. anzunehmen ist. Zum anderen dürfte das Sich-Zueigenmachen in dieser Variante auch dann zu einem Privilegierungsausschluss führen, wenn zwar durch die Kontrolle der Inhalt, aber nicht dessen Rechtswidrigkeit zur Kenntnis gelangt.[339]

Drittens gilt es zu fragen, wo die Grenze einer redaktionellen Prüfung verläuft. Richtigerweise wird man statistische Auswertung zu bestimmten Durchschnittswerten und einer Weiterempfehlungsrate nicht als redaktionelle Kontrolle ansehen können.[340]

Viertens – und das betrifft Anbieter zweiter Ordnung im Besonderen – stellt sich die Frage, ob aus der Sicht eines Dritten nicht bereits ein zurechenbarer Anschein genügt, dass generell redaktionell-inhaltliche Kontrollen vorgenommen werden, ohne dass notwendigerweise der konkrete Inhalt betroffen ist.[341] In dieser Frage zeigt sich die praktische Relevanz der Perspektive des Sich-Zueigenmachens: Kommt es gar nicht primär darauf an, ob Inhalte einer redaktionellen Kontrolle unterlagen, entsteht aber der Eindruck für die Nutzer, dass bspw. der Anbieter bzw. seine Moderatoren die Inhalte einer Gruppe intensiven Nachkontrollen unterziehen, so müsste dies konsequenterweise für ein Sich-Zueigenmachen auch völlig ungeprüfter Inhalte genügen.[342]

2. Ablehnung der Figur des Sich-Zueigenmachens

Kritik verdient die Figur des Sich-Zueigenmachens – unabhängig von den Schwächen der eben dargestellten Konkretisierungsansätze[343] – aus zwei Richtungen:

a) Notwendigkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung

Zunächst stellt sich die Figur schlicht und ergreifend als unionsrechtswidrig dar. Die vom nationalen Gesetzgeber vorgenommene Unterscheidung von eigenen und fremden Inhalten fand schon keinen Rückhalt in der ECRL. Vielmehr wurde durch

[339] Vgl. *Lober/Karg*, CR 2007, 647, 649; zum Erfordernis der Kenntnis der Rechtswidrigkeit vgl. oben Kap. 3 C. I. 1. c).

[340] So BGH MMR 2015, 726, 728.

[341] In diese Richtung *Hoffmann*, MMR 2000, 434, 435; wohl auch *Hörnle*, NJW 2002, 1008, 1011; ablehnend im Hinblick auf Youtube OLG München MMR 2016, 833, 836; hinsichtlich Facebook ähnlich LG Frankfurt a. M. MMR 2022, 494, 497 f.

[342] *Handel*, Diensteanbieter, S. 127 scheint diesen Anschein einer redaktionellen Kontrolle nicht mit einzubeziehen, wenn er annimmt, dass die Identifikation denklogisch nur dort bestehen könne, wo Kenntnis hinsichtlich des konkreten Inhalts vorliegt.

[343] Insgesamt die mangelnde Rechtssicherheit im Hinblick auf das Sich-Zueigenmachen bemängelnd *Specht*, ZUM 2017, 114, 119; s. auch *Handel*, Diensteanbieter, S. 123.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Art. 12 ff. ECRL a. F. darauf abgestellt, ob die Information durch einen Nutzer eingegeben wurde. Zwar ist es bei der Richtlinienumsetzung den Mitgliedsstaaten unbenommen, eigene Begrifflichkeiten zu verwenden, die sich in die nationale Dogmatik einfügen. Ein anderes gilt aber dort, wo das Regelungsziel der Richtlinie durch die Abweichung vereitelt zu werden droht.[344]

Da die Abgrenzung eigener und fremder Inhalte einen Anknüpfungspunkt bietet, über das Sich-Zueigenmachen die Haftungsprivilegierung zu begrenzen, kann von einer solchen Vereitelung gesprochen werden. Es kann bei einer gebotenen richtlinienkonformen Auslegung daher nicht an eine geistige Urheberschaft, sondern nur an die technische Herkunft der Information angeknüpft werden.[345] Zweifelhaft ist die Verteidigung des Sich-Zueigenmachens als richtlinienkonform mit Verweist darauf, dass ErwG Nr. 42 zur ECRL die Tätigkeiten nur für privilegierungsbedürftig erklärt, wenn sie „rein technischer, automatischer und passiver Art" sind.[346] Denn dann müsste eine Kongruenz beider Figuren bzw. einen Einschluss des Sich-Zueigenmachens durch das Neutralitätskriterium begründet werden können.[347] Zudem müssten erklärt werden, warum mit der Unterscheidung eigener von fremden Inhalten ein dogmatischer Anknüpfungspunkt gefunden ist, der es wert ist, beibehalten zu werden.

b) Fehltransplantation aus dem Äußerungsrecht

Daneben verdienen nicht erst die bereits dargestellten Auswüchse einer Transplantation aus dem Äußerungsrecht[348], namentlich die zentrale Stellung einer Distanzierung von dem Inhalt, Kritik. Bereits die Grundlage dessen, nämlich das Identifikationskriterium, welches sich immer wieder in den Leitlinien der Rechtsprechung findet, will nicht so recht in das gebietsübergreifende Telemedienrecht

[344] *Spindler*, MMR 2004, 440, 441; *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 7 Rn. 8.

[345] *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor § 7 TMG Rn. 25 f.; *Fitzner*, MMR 2011, 83, 86; *Hennemann*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 7 TMG Rn. 32 ff.; *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 39 ff.; *Spindler*, MMR 2004, 440, 441; *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 7 Rn. 8; *Jandt*, in: Roßnagel, § 7 Rn. 37 f.; in diese Richtung auch *Specht*, ZUM 2017, 114, 119; *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 91 ff.; *Pankoke*, MMR 2004, 211, 216; *Chmelík*, Social Network Sites, S. 94; ablehnend i. E. auch *Hambel*, Verlinkung, S. 85; vgl. auch LG Berlin StV 2015, 222, 224.

[346] *K. Ziegler*, Urheberrechtsverletzungen, S. 203 f.; ähnlich *Chmelík*, Social Network Sites, S. 138 ff., der gegen eine Richtlinienwidrigkeit anführt, dass die Figuren nahezu identisch sind, solange man auf eine Gesamtbetrachtung abstellt, sodann aber – wie auch hier im Folgenden – die Perspektive eines objektiven Durchschnittsempfängers kritisiert; vorsichtiger *Michel*, Bewertungsportale, S. 184: „Besorgnis mangelnder Unionsrechtskonformität zumindest relativiert".

[347] Zum Verhältnis beider Figuren Kap. 3 D. II. 2. e) ee).

[348] *Sieber/Höfinger*, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 41.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

passen.[349] Wie schon hinsichtlich der am Presserecht orientierten Konkretisierung der Formel angedeutet[350], mag die Frage nach der Identifikation mit solchen Inhalten, die nicht Meinungsäußerung oder Tatsachenbehauptung sind, verwundern. Dabei geht es nicht nur um das Identifikationskriterium als solches, sondern auch damit einhergehend um die Perspektive eines verständigen Durchschnittsnutzers. Anders als im Presse- und Äußerungsstrafrecht erklärt sich kaum, warum der Frage nach einem äußerlich erkennbaren Anschein zentrale Bedeutung zukommen soll. Geht es nämlich beim Äußerungsstrafrecht und der Frage nach der Beteiligungsform – wie noch an späterer Stelle zu zeigen sein wird[351] – um den das Handlungs- aber auch Erfolgsunrecht maßgeblich bestimmenden Aspekt der ersichtlichen Identifikation mit einem Äußerungsinhalt, steht hier die Frage im Raum, wann ein Provider den Bereich des sozialadäquaten Betriebs überschreitet.[352]

Dabei mag es für den Bereich der ehrverletzenden oder kreditgefährdenden Äußerungen vielleicht noch plausibel sein, wenn in diese Gesamtabwägung mit einfließt, ob die Beeinträchtigung dadurch verstärkt wird, dass der Anbieter sie äußerlich mitträgt. Für jene Bereiche außerhalb der persönlichen Äußerungsdelikte erschließt sich diese Beurteilungsperspektive jedoch nicht mehr. Für Überschreiten des sozialadäquaten Betriebs leuchtet es kaum ein, auf eine äußere Zuordnung aus der Perspektive eines Durchschnittsempfängers abzustellen.[353]

II. Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle

Da die Figur des Sich-Zueigenmachens nach alledem abzulehnen ist, stellt sich die Frage, ob auf anderem Wege eine unionsrechtlich abgesicherte und teleologisch einleuchtende Begrenzung der Privilegierung erreicht werden kann. Ein solches verspricht die Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle. Im Folgenden soll zunächst die Grundlage dieser Figur in den ErwGen zur ECRL (1.) und die Belebung durch die Rechtsprechung des EuGH nachgezeichnet werden (2.), um sodann die Übernahme in den DSA, genauer: in seine ErwGe, zu beleuchten (3.). Abschließend soll der Versuch ihrer weiteren Konkretisierung unternommen werden (4.).

[349] So auch *Hollenders*, Mittelbare Verantwortlichkeit, S. 222 f., die letztlich einen Ansatz verfolgt, der eher dem Neutralitätskriterium als der Konturierung des Sich-Zueigenmachens durch die Rechtsprechung entspricht und das Abstellen auf die Identifikation in das Zentrum ihrer Kritik stellt.

[350] Dazu oben Kap. 3 D.I 1.b).

[351] Vgl. unten Kap. 5 B.III.2.

[352] Vgl. in dieser Richtung auch *Spindler*, MMR 2004, 440, 442.

[353] So auch *Pankoke*, Providerhaftung, S. 101; *Hennemann*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 7 TMG Rn. 33; vgl. auch *Sieber*, Verantwortlichkeit im Internet, Rn. 294 f.; *P. Schmitz/Dierking*, CR 2005, 420, 425.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

1. Ausgangspunkt der Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle in den ErwGen zur ECRL

Die Begrenzung der Haftungsprivilegierung nimmt ihren Ausgangspunkt in den ErwGen Nr. 42 und 44 zur ECRL. Es ist nicht zu übersehen, dass sich diese ErwGe unmittelbar nur auf Access-, Network- und Caching-Provider (Art. 12 f. ECRL) beziehen. Das wird daran deutlich, dass es in ErwG Nr. 42 S. 1 zur ECRL allein um die vorübergehende Speicherung (Caching; Art. 13 ECRL), nicht aber die längerfristige Speicherung (Hosting; Art. 14 ECRL) geht. Noch deutlicher wird es in ErwG Nr. 44 zur ECRL: „leistet mehr als reine Durchleitung und Caching". Eine Konturierung des Host-Provider-Privilegs findet zudem erst ab ErwG Nr. 46 zur ECRL statt, dessen S. 1 im Wesentlichen den Gehalt von Art. 14 ECRL wiedergibt und keine weitere Einschränkung in Richtung der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle vorsieht.[354]

2. Nutzung und Konkretisierung der Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle in der Rechtsprechung des EuGH

a) ‚Google France'

Ausgehend von ErwG Nr. 42 zur ECRL fordert der EuGH in der Sache ‚Google France' erstmals, dass das Providerprivileg nur solche Host-Provider erfasst, „[bei] denen die Tätigkeit des Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft ‚rein technischer, automatischer und passiver Art' ist, was bedeutet, dass der Anbieter ‚weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt'."[355] Beachtlich ist aber hier schon, dass es anschließend heißt:

> „Daher ist zur Feststellung, ob die Verantwortlichkeit des Anbieters des Referenzierungsdiensts nach Art. 14 der RL 2000/31 beschränkt sein könnte, zu prüfen, ob die Rolle dieses Anbieters insofern neutral ist, als sein Verhalten rein technischer, automatischer und passiver Art ist und er weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt."[356]

Damit überlässt der EuGH den nationalen Gerichten die Frage, welche Rolle Google in der Funktion als Referenzierungsdienst einnimmt, wenn Werbekunden mit dem Keyword Tool Vorschläge für eine optimierte Schaltung von Werbeanzeigen gemacht werden. Zum anderen – und das ist für die nachfolgende Untersuchung

---

[354] Dass die Begrenzung auf Access- und Caching-Provider aber auch in den ErwGen zur ECRL nicht völlig eindeutig sind, zeigt wiederum der generalisierende Beginn des ErwG Nr. 42 S. 1 zur ECRL: „Die in dieser Richtlinie hinsichtlich der Verantwortlichkeit festgelegten Ausnahmen decken nur Fälle ab […]". (Vgl. dazu auch *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 64, letztlich aber S. 165.)

[355] EuGH MMR 2010, 315, 320 (Google France).

[356] EuGH MMR 2010, 315, 320 (Google France).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

relevanter – führt er den Begriff der „neutralen Rolle“ ein, der in ErwG Nr. 42 zur ECRL nicht auftaucht.[357]

b) ‚L'Oréal/eBay‘

Der vom EuGH entwickelte Kenntnis-oder-Kontrolle-Test, der zur Feststellung der aktiven Rolle herangezogen wird, ist auch Gegenstand der Entscheidung in der Sache ‚L'Oréal/eBay‘.[358] Nach Wiederholung von Teilen der Formel weicht der EuGH jedoch insofern ab, als nicht mehr tatsächliche Kenntnis oder Kontrolle gefordert wird, sondern die aktive Rolle Kenntnis oder Kontrolle über die Daten verschaffen können muss.[359] Im konkreten Fall weist der EuGH darauf hin, dass es für einen entsprechenden Privilegierungsausschluss nicht ausreiche, wenn „der Betreiber eines Online-Marktplatzes die Verkaufsangebote auf seinem Server speichert, die Modalitäten für seinen Dienst festlegt, für diesen eine Vergütung erhält und seinen Kunden Auskünfte allgemeiner Art erteilt“.[360] Er führt weiter aus, dass ein anderes gelte, wenn „der Betreiber […] Hilfestellung geleistet [hat], die u. a. darin bestand, die Präsentation der betreffenden Verkaufsangebote zu optimieren oder diese Angebote zu bewerben.“[361] Wie es nun im Falle von eBay lag, überlässt der EuGH wiederum der Bewertung der nationalen Gerichte.[362]

c) ‚Papasavvas‘

In der Entscheidung ‚Papasavvas‘ wiederholte der EuGH sowohl die Formel aus ‚Google France‘ als auch die aus ‚L'Oréal/eBay‘.[363] Hinsichtlich der Begrenzung der Verantwortlichkeit einer Presseverlagsgesellschaft gem. Art. 12 ff. ECRL a. F. nahm der EuGH sodann an, dass die Gesellschaft grundsätzlich Kenntnis und Kontrolle über Inhalte hat, wenn diese in einer elektronischen Fassung der Zeitschrift auf ihrer Website erscheint.[364] Ob der Dienst unentgeltlich oder entgeltlich erbracht wird, sei für die Einordnung als aktive Rolle unerheblich.[365] Auffällig ist dabei, dass zwar der enge Kenntnis-oder-Kontrolle-Test aus ‚Google France‘ wiederholt wird, anschlie-

[357] Darauf macht auch *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 64 aufmerksam.

[358] EuGH MMR 2011, 596, 602 (L'Oréal/eBay).

[359] EuGH MMR 2011, 596, 603 (L'Oréal/eBay).

[360] EuGH MMR 2011, 596, 602 (L'Oréal/eBay). Zu diesen Auskünften allgemeiner Art gehören etwa auch Informationen und Tipps dazu, wie die Nutzer die Reichweite ihrer Inhalte optimieren können. Vgl. nur *Wiebe*, WRP 2012, 1182, 1187.

[361] EuGH MMR 2011, 596, 603 (L'Oréal/eBay).

[362] EuGH MMR 2011, 596, 603 (L'Oréal/eBay).

[363] EuGH MMR 2016, 63 Rn. 41, 44 (Papasavvas), wobei auffällig ist, dass er in a. a. O., Rn. 41 auch hinsichtlich der engen Variante des Kenntnis-oder-Kontrolle-Tests die Entscheidung ‚L'Oréal/eBay‘ zitiert.

[364] EuGH MMR 2016, 63 Rn. 45 f. (Papasavvas).

[365] EuGH MMR 2016, 63 Rn. 45 f. (Papasavvas).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ßend aber ausreichend ist, dass die Presseverlagsgesellschaft „grds. von den von ihr veröffentlichten Informationen Kenntnis hat und eine Kontrolle über diese Informationen ausübt“[366]. Das aber reicht bei genauer Betrachtung nur für den weiteren Kenntnis-oder-Kontrolle-Test aus ‚L'Oréal/eBay'.[367]

d) ‚YouTube und uploaded'

In der Entscheidung ‚YouTube und uploaded' wiederholt der EuGH sodann erneut sowohl die enge als auch weitere Fassung des Kenntnis-oder-Kontrolle-Tests.[368] Sodann stellt er darauf ab, ob der Dienst „über die bloße Bereitstellung seiner Plattform hinaus dazu beiträgt, der Öffentlichkeit unter Verletzung des Urheberrechts geschützte Inhalte zugänglich zu machen“.[369] Diese Begründung steht jedoch kaum noch in Zusammenhang mit dem Kenntnis-oder-Kontrolle-Test, sondern scheint einen ersten Hinweis auf Flexibilisierung des Kriteriums der ‚aktiven Rolle' zu liefern.[370]

Von sich nicht aufdrängender, aber bei näherem Hinsehen besonderer Sprengkraft, ist die Frage, inwiefern mit der Entscheidung eine Verbindung von positiven und negativen Haftungsvoraussetzungen vorgenommen wird. Denn der EuGH beschäftigt sich ausführlich mit der Frage nach einer täterschaftlichen Haftung i. S. v. Art. 3 InfoSoc-RL und handelt anschließend die Vorlagefrage zur Providerprivilegierung nach Art. 14 ECRL relativ kurz ab. Unter den Merkmalen der Vorsätzlichkeit der Verbreitungshandlung und der „zentralen Rolle“ bei der Verbreitung bildet der EuGH drei Fallgruppen, in denen eine täterschaftliche Haftung i. S. v. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL anzunehmen sein kann: *Erstens*, wenn der Anbieter trotz konkreter Kenntnis den rechtswidrigen Inhalt nicht entfernt. *Zweitens*, bei allgemeiner

[366] EuGH MMR 2016, 63 Rn. 45 (Papasavvas).

[367] Anders ist es, wenn man mit *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 71 darin eine „echte redaktionelle Kontrolle“ entdecken will, die wiederum an die Ausfüllung der fragwürdigen Figur des Sich-Zueigenmachens in der Rechtsprechung des BGH erinnert (vgl. dazu Kap. 3 D. I. 1. b)). Vgl. auch das Verständnis des GA *Saugmandsgaard Øe*, GRUR-RS 2020, 18772, Rn. 152 (YouTube und uploaded) von der Entscheidung in der Sache ‚L'Oréal/eBay': Mit Bezug auf die Ausfüllung in ‚Papasavvas' vertritt er, dass das Kontrollkriterium durch ein nach außen scheinbares Sich-Zueigenmachen ausgefüllt wird.

[368] Ebenso wie den Verweis auf ErwG Nr. 42 zur ECRL: EuGH MMR 2021, 705, 711 (Youtube und uploaded), wobei anders als bei der Entscheidung ‚Papasavvas' die Entscheidungen in den Sachen ‚Google France' und ‚L'Oréal/eBay' entsprechend dem engen und weiten Kenntnis-oder-Kontrolle-Test passend zitiert werden.

[369] EuGH MMR 2021, 705, 711 (Youtube und uploaded); vgl. auch GA *Saugmandsgaard Øe*, GRUR-RS 2020, 18772, Rn. 191 (YouTube und uploaded): „Es handelt sich um den Fall, in dem dieser Diensteanbieter die Begehung rechtswidriger Handlungen der Nutzer seines Dienstes wissentlich erleichtert. Wenn objektive Anhaltspunkte die Bösgläubigkeit dieses Diensteanbieters belegen, steht ihm die in Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 vorgesehene Haftungsbefreiung meines Erachtens nicht zu.“

[370] So auch *Holznagel*, CR 2021, 603, 606; gegen eine Flexibilisierung noch OLG München MMR 2017, 625, 627.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kenntnis bzw. Kennenmüssen von Rechtsverletzungen nicht die geeigneten technischen Maßnahmen ergreift, „die von einem, die übliche Sorgfalt beachtenden Wirtschaftsteilnehmer in seiner Situation erwartet werden können", um Urheberrechtsverletzungen „glaubwürdig und wirksam zu bekämpfen". *Drittens*, wenn der Betreiber an der Auswahl der Inhalte beteiligt ist, zum unerlaubten Teilen von Inhalten spezielle, bestimmte Hilfsmittel anbietet oder aber Verletzungen wissentlich fördert, z. B. hierzu verleitet.[371] Besonders interessant ist in unserem Kontext die zweite Fallgruppe, mit der der EuGH sich dem damals noch nicht wirksamen Art. 17 DSM-RL[372] annähert, weil die Einhaltung von Sorgfaltspflichten auch etwa durch den Einsatz von automatisierten Inhaltskontrollen festgestellt werden könnte.[373]

Die Frage nach dem Verhältnis von Art. 3 InfoSoc-RL und Art. 14 ECRL ist für unsere Untersuchung nun aufgrund des folgenden Gedankengangs besonders relevant: Geht man von einer unmittelbaren Verknüpfung positiver Haftungsvoraussetzungen (Art. 3 InfoSoc-RL) und negativer Haftungsvoraussetzungen (Art. 14 ECRL) aus, dann zeigt sich eine Durchbrechung des sektorübergreifenden Ansatzes, wie ihn sodann auch Art. 17 DSM-RL vornimmt.[374] Hält man aber anders den Maßstab zur Auslegung von Art. 3 InfoSoc-RL für eine eigenständige Konturierung der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle generell brauchbar, so hätte die Entscheidung weitreichende Bedeutung auch für das Medienstrafrecht. Der sektorübergreifende Ansatz des Art. 14 ECRL würde dann beibehalten. Eine Verzahnung von Haftungsprivilegierung und Sorgfaltspflichtenkonzept könnte letztlich über die Hintertür der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle vorgenommen werden.[375]

Im Folgenden wird zu zeigen sein, dass das Verhältnis beider Haftungsregime vom EuGH – ausgehend von den Ausführungen des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe (aa)) – nicht mit völliger Klarheit erläutert wird (bb)). Dieser Befund findet Bestätigung in einer gemischten Rezeption durch das medienrechtliche Schrifttum (cc)).

---

[371] EuGH MMR 2021, 705, 709 (Youtube und uploaded). Zur Darstellung der Fallgruppen vgl. *Holznagel*, CR 2021, 603, 604 f.

[372] Dazu oben Kap. 3 A. I. 2. b).

[373] Vgl. *Ewert*, EuZW 2021, 902, 911; *Specht-Riemenschneider*, GRUR 2021, 1054, 1066. Die erste Fallgruppe hingegen scheint insofern im Bereich der Haftungsprivilegierung redundant, als damit nichts anderes als die konkrete Kenntnisnahme i. S. v. Art. 6 Abs. 1 a) DSA angesprochen ist. Aus der anderen Richtung *Köhler*, in: Müller-Terpitz/Köhler, Art. 6 Rn. 36, der dem normimmanenten Kenntnismerkmal keinen „zusätzlichen Erkenntniswert" entnehmen will, wenn man die Fallgruppen von ‚YouTube und uploaded' für die Bestimmung der aktiven Rolle berücksichtigt.

[374] Dazu oben Kap. 3 A. I. 2. b).

[375] In diese Richtung wurden potenzielle Auswirkungen auf völlig andere Bereiche bislang nur von *Holznagel*, CR 2021, 603 erkannt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aa) Begründung des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe

Zunächst geht Generalanwalt Saugmandsgaard Øe völlig zu Recht davon aus, dass der vorlegende BGH annimmt, die Erfüllung der positiven Haftungsnorm („öffentliche Wiedergabe" i. S. v. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL) führe dazu, dass eine Berufung auf Art. 14 ECRL aufgrund der aktiven Rolle ausgeschlossen ist.[376] Anschließend führt der GA aus:

> „Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 gilt jedoch meines Erachtens horizontal für jede Form der Haftung, die sich für die darin genannten Anbieter aus jeder Art von Informationen ergeben kann, die sie im Auftrag der Nutzer ihrer Dienste speichern, unabhängig davon, woraus sich diese Haftung ergibt oder welcher Rechtsbereich betroffen ist, und unabhängig von den genauen Tatbestandsvoraussetzungen und der exakten Rechtsnatur dieser Haftung. […] Folglich ist Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 meines Erachtens grundsätzlich nicht anwendbar, wenn ein Anbieter seinen ‚eigenen' Inhalt öffentlich wiedergibt; er kann jedoch anwendbar sein, wenn der wiedergegebene Inhalt, wie dies vorliegend der Fall ist, von den Nutzern seines Dienstes bereitgestellt wurde. Für diese Auslegung spricht meines Erachtens, dass weder diese Bestimmung noch Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 eine Ausnahme für diejenigen Diensteanbieter vorsehen, die die ‚öffentliche Wiedergabe' von Werken vornehmen, die von den Nutzern ihrer Dienste bereitgestellt wurden. Im Gegenteil hebt der 16. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 hervor, diese ‚berühr[e] nicht die Bestimmungen der [Richtlinie 2000/31] zu Fragen der Haftung'."[377]

Kurzum: GA Saugmandsgaard Øe betont, dass die sektorübergreifende Wirkung, bzw. hier: der Anwendungsbereich des Host-Provider-Privilegs, nicht durchbrochen und mit den sektorspezifischen Sonderregelungen konfundiert werden sollte. Gleichwohl findet sich in seinen Schlussanträgen und Fußnoten ein klares Bekenntnis zur kohärenten Auslegung der „zentralen Rolle" i. S. d. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL und der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle bei Art. 14 ECRL.[378]

---

[376] GA *Saugmandsgaard Øe*, GRUR-RS 2020, 18772, Rn. 137 (Youtube und uploaded).

[377] GA *Saugmandsgaard Øe*, GRUR-RS 2020, 18772, Rn. 138 f. (YouTube und uploaded).

[378] GA *Saugmandsgaard Øe*, GRUR-RS 2020, 18772 (YouTube und uploaded): „Daraus folgt, dass der Gerichtshof, falls er entgegen meines Vorschlags die erste Frage bejahen sollte, gleichwohl die zweite Frage beantworten müsste, um dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort zu geben. Dabei können, wie ich noch darlegen werde, die für eine ‚öffentliche Wiedergabe' im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 maßgeblichen Kriterien und die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 kohärent ausgelegt werden, so dass Überschneidungen zwischen diesen beiden Bestimmungen praktisch vermieden werden." (a. a. O., Rn. 140) „Insbesondere gilt es, so weit wie möglich eine Situation zu vermeiden, in der ein Diensteanbieter nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 haften würde, zugleich aber nach Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 von dieser Haftung befreit wäre." (a. a. O., Fn. 20) „Ich weise darauf hin, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 und Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 meines Erachtens kohärent auszulegen sind. Insbesondere sollte die ‚zentrale Rolle' im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur erstgenannten Bestimmung in der Praxis für die Vermittler, die von den Nutzern ihrer Dienste bereitgestellte Informationen speichern, der ‚aktiven Rolle' entsprechen, auf die er in seiner Rechtsprechung zu der letztgenannten Bestimmung abstellt." (a. a. O., Fn. 212).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Relationierung durch den EuGH

Der EuGH übernimmt diese – nicht völlig klare – Linie[379]:

> „Zwar ist, wie der GA in den Nr. 138 bis 140 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, die Frage, ob ein solcher Betreiber eine ‚öffentliche Wiedergabe' i. S. v. Art. 3 Abs. 1 Urheberrechts-RL vornimmt, für sich genommen für die Beurteilung, ob Art. 14 Abs. 1 der RL über den elektronischen Geschäftsverkehr [ECRL] anwendbar ist, nicht entscheidend. Gleichwohl erfüllt ein solcher Betreiber, der über die bloße Bereitstellung der Plattform hinaus dazu beiträgt, der Öffentlichkeit unter Verletzung des Urheberrechts Zugang zu solchen Inhalten zu gewähren, nicht die in der letztgenannten Bestimmung aufgestellten, in den Rn. 105 und 106 … dargelegten Anwendungsvoraussetzungen."[380]

cc) Reaktionen des Schrifttums

Dass die Ausführungen zum Verhältnis des positiven und negativen Haftungsregimes weder in den Schussanträgen des GA noch beim EuGH völlig klar sind, zeigt sich sodann in den verschiedenen Lesarten im Schrifttum:

Zum Teil scheint ein unmittelbarer Zusammenhang angenommen zu werden. Field-Papuga geht etwa davon aus, dass: „The Peterson case poses the interesting possibility of linking the liability exemption under the E-Commerce Directive with the positive obligation of the Copyright Directive."[381] Spindler spricht davon, dass die vom EuGH zu Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL entwickelten Maßstäbe der Figur der aktiven Rolle i. S. v. ‚L'Oréal/eBay' „entsprechen".[382] Besonders deutlich dürfte die Wechselwirkung von Frey und Glöckner angenommen werden: Erster sieht in der Auslegung des EuGH einen Gleichlauf mit Art. 17 Abs. 3 DSM-RL.[383] Zweiter verfolgt eine Lesart der Entscheidung, die den Schlussanträgen des GA entgegensteht und eine aktive bzw. nicht-neutrale Rolle dann annimmt, wenn eine positive Haftung als Täter oder Teilnehmer vorliegt.[384]

---

[379] Kritik an der Widersprüchlichkeit auch bei *Holznagel*, CR 2021, 603, 606.

[380] EuGH MMR 2021, 705, 711 (Youtube und uploaded).

[381] *Field-Papuga*, MMR 2022, 453, 459.

[382] *Spindler*, NJW 2021, 2554, 2555; vgl. auch *Ewert*, EuZW 2021, 902, 911; *Ohly*, NJW 2022, 2961, 2962; *Rennert*, IWRZ 2022, 18, 21. Vgl. in dieser Richtung auch schon zuvor *Nordemann*, GRUR Int. 2018, 526, 529: „passende Schnittstelle zu den harmonisierten Haftungsprivilegien für Hostingprovider"; *Nordemann*, ZUM 2022, 806, 812; deutlich auch *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537, 3539: „Bei einer *aktiven*, *täterschaftlichen* Handlung ist sie von vornherein nicht anwendbar." (Hervorhebung durch M. N.).

[383] *Frey*, MMR 2022, 97, 100, der jedoch anschließend hinzufügt, dass aus einer aktiven Rolle nicht auf haftungsbegründende Umstände geschlossen werden darf und eine „Konkretisierung der ‚aktiven Rolle' folglich unabhängig von der rechtsgebietsspezifischen Norm in Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL erfolge […]". Zweiteres dürfte sich jedoch nicht aus ersterem ergeben und stehe windschief zum Vergleich mit Art. 17 DSM-RL.

[384] *Glöckner*, WRP 2023, 1027, 1034.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Andere Stimmen betonen jedoch zu Recht, dass es, wie beim GA zunächst anklingend, einer Trennung bedarf und weder aus einer aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle auf die positiven Haftungsvoraussetzungen noch aus einer „öffentlichen Wiedergabe" aufgrund einer „zentralen Rolle" auf die negativen Haftungsvoraussetzungen geschlossen werden darf.[385] Grisse vermutet, dass der Anschein der Widersprüchlichkeit in den Schlussanträgen des GA darauf zurückzuführen sein könnte, dass die passive bzw. neutrale Rolle nicht als echte Voraussetzung des Art. 14 ECRL verstanden wird, sondern nur eine Berufung auf das Privileg gehindert sein soll.[386]

---

[385] *Grisse*, ZUM 2020, 819, 826 f.; *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 35 ff.; ferner *Leistner*, GRUR 2017, 755, 760.

[386] *Grisse*, ZUM 2020, 819, 826. Damit dürfte die Frage angesprochen sein, ob es sich bei der Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Handlung letztlich um eine Flexibilisierung der einmal mit der Haftungsprivilegierung getroffenen Entscheidung über die Erlaubtheit des Risikos handelt oder – dann nicht als echte Voraussetzung der Privilegierung – darum, eine Berufung auf die Privilegierung mit Blick auf den Rechtsmissbrauchsgedanken zu versagen. Beide Gründe (soziale Missbilligung bzw. Übertretung des erlaubten Risikos und der Rechtsmissbrauchsgedanke) werden häufig in einem Atemzug genannt (vgl. nur *Bächer*, Plattform im Darknet, S. 75). Der deutsche Gesetzgeber beruft sich in seiner Begründung, warum der § 127 StGB nicht wegen Verstoßes gegen §§ 14 f. ECRL europarechtswidrig ist, allein auf den Gedanken der Rechtsmissbräuchlichkeit (BT-Drs. 19/28175, S. 12). Auch die bereits erwähnte Cyberbunker-Entscheidung des BGH lässt den Gedanken einfließen, um zu begründen, dass sich die Server-Provider aus Traben-Trarbach nicht auf § 10 TMG bzw. Art. 14 ECRL berufen können (BGH MMR 2024, 175, 181 (Cyberbunker)). *Gerhold*, ZRP 2021, 44, 46 hält dem – sogar dem Privilegierungsausschluss insgesamt – entgegen, dass sich in Bezug auf Straftaten stets davon sprechen lassen müsse, dass eine Berufung auf die ECRL rechtsmissbräuchlich sei. Es komme sodann zu einer Aushebelung des Erfordernisses einer positiven Kenntnis, würde man so argumentieren. Warum aber das Kenntniserfordernis für neutral ausgerichtete Plattformen ausgehebelt werden sollte, wenn es um strafrechtswidrige Inhalte geht, leuchtet nicht ein. Darum scheint es Gerhold aber auch nicht zu gehen, wenn er weiter schreibt: „Es scheint nämlich strafwürdiger, wenn ein Diensteanbieter seinem Nutzer mit dolus eventualis Hilfe zu einer konkreten rechtswidrigen Tat leistet, als wenn er lediglich einem dolus generalis gleich einen Dienst anbietet, der sich zur Begehung von Straftaten eignet, und er sich diese Eignung wirtschaftlich zu Nutze machen will." Erstens verdient diese kriminalpolitische Erwägung hinsichtlich der Strafwürdigkeit schon keinen Beifall. Sie ist nämlich im Kontext der Kriminalisierung des § 127 StGB zu lesen, den Gerhold für europarechtswidrig hielt. Zwar versteht der Gesetzgeber den Zweck des § 127 StGB tatsächlich als rein lückenfüllenden Tatbestand, der das Problem des (vermeintlich) unzureichenden „dolus generalis" i. R. d. Gehilfenstrafbarkeit kompensieren soll. Da sich § 127 StGB aber auch materiell über die besondere plattformspezifische Breitenwirkung legitimieren lässt (ausführlich unten Kap. 5 A. II. 1.), dürfte der Strafwürdigkeitsvergleichung von Gerhold zu widersprechen sein. Sodann stellt sich aber die Frage, ob sich, selbst wollte man der Annahme eines Strafwürdigkeitsgefälles folgen, daraus ein telemedienrechtliches Argument gegen den Rechtsmissbrauchsgedanken (letztlich aber die Beschränkung der Privilegierung überhaupt) gewinnen lässt. Das ist zu verneinen. Denn der normimmanente Grund für die Haftungsreaktivierung (konkrete Kenntnisnahme) lässt sich nicht mit der Privilegierungsbeschränkung durch die rechtswidrige Zweckausrichtung vergleichen. Bei ersterem entfällt auf telemedienrechtlicher Bewertungsebene schlicht der Grund für eine Privilegierung, nämlich die Unzumutbarkeit einer vollständigen Überwachung und Prüfung der Inhalte, während bei zweiterem völlig unabhängig davon eine Privilegierungswürdigkeit insgesamt zu verneinen ist, wenn eine besondere Anreizwirkung für die Begehung von Straftaten von der Plattform ausgeht. Ob aber

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verstünde man hingegen die neutrale Rolle als Voraussetzung der Providerprivilegierung und strebte eine kohärente Auslegung wie der GA an, dann wäre der Hinweis, dass eine gesonderte Prüfung der Voraussetzungen vorgenommen wird, wohl bedeutungslos.[387] Auch Rössel betont, dass die „aktive Rolle" von der „zentralen Rolle" terminologisch strikt zu trennen ist. Die Annahme einer täterschaftlichen, öffentlichen Wiedergabe des Vermittlers i. S. v. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL könne nur mittelbar zu einer privilegierungsschädlichen aktiven Rolle führen.[388] Gleichwohl will er den in der Sache ‚YouTube und uploaded' vom EuGH angestellten Erwägungen indizielle Bedeutung für das Vorliegen einer aktiven Rolle im Allgemeinen zusprechen, etwa, wenn sorgfältige, glaubwürdige und wirksame Abwehrtechniken bei Wissen oder Wissenmüssen im Allgemeinen von der rechtswidrigen Tätigkeit vorliegt.[389]

In dieser prinzipiellen Trennung bei praktischem Streben nach Kohärenz liegt nun die allgemeine Sprengkraft der Entscheidung ‚YouTube und uploaded'. Auf sie wird im Rahmen der Konkretisierung des Neutralitätsgebots[390] im Lichte des DSA noch zurückzukommen sein.[391]

e) Kritik an der EuGH-Rechtsprechung

An der Linie der EuGH-Rechtsprechung wurde zu verschiedensten Zeitpunkten – primär aber vor ‚YouTube und uploaded' – erhebliche Kritik geäußert, die hier in aller Kürze nachzuzeichnen ist, um berechtigte Einwände bei der Integration in das Regelungsgefüge des DSA berücksichtigen zu können.

aa) Systematik der ErwGe

Schon GA Jääskinen weist in seinen Schlussanträgen zur Sache ‚L'Oréal/eBay' darauf hin, dass die Begrenzung des Host-Provider-Privilegs durch die Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle nicht auf ErwG Nr. 42 zur ECRL gestützt werden

letztlich von einer echten Haftungsvoraussetzung (im Richtlinientext ungeschriebene Konturierung des erlaubten Risikos) oder vom Rechtsmissbrauchsgedanken, der bislang vom europäischen Steuerrecht aus verallgemeinert wird, ausgegangen wird, kann letztlich dahinstehen.

[387] *Grisse*, ZUM 2020, 819, 826.

[388] *Rössel*, ITRB 2023, 12, 14.

[389] *Rössel*, ITRB 2023, 12 Fn. 24. Dass diese in der Sache ‚YouTube und uploaded' gefundene Erwägung letztlich als ein Fall der aktiven Rolle behandelt wird, kann terminologisch schon nicht überzeugen. Denn wer Sicherungsmaßnahmen systematisch vernachlässigt, obwohl ihm ein generell gesteigertes Risiko der Verwendung des Angebots zu rechtswidrigen Zwecken bekannt ist, dessen Verhalten erschöpft sich gerade in der Passivität und dem Vorwurf einer zu großen und nicht einer zu geringen Distanz zum Inhalt. Ausführlich dazu, warum eine Integration dieser Fallgruppe in die Figur der aktiven Handlung ungünstig ist, unten zusammenführend Kap. 3 D. II. 4. c).

[390] Begriff nach *Ott*, K&R 2012, 387.

[391] Vgl. dazu unten Kap. 3 D. II. 5.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

könne. Es werde dabei verkannt, dass dieser gerade an die Tätigkeit des Access- und Network-Providers anknüpfe, nicht aber den Host-Provider erwähne.[392] Diesem Einwand ist zu entgegnen, dass der ErwG Nr. 42 zur ECRL dennoch ein auch der Privilegierung des Host-Providers zugrundeliegender Gedanke zu entnehmen ist. Er findet sich im unmittelbaren Zusammenhang mit der Begründung sämtlicher Providerprivilegien.[393]

bb) Systematische Einwände aus dem Richtlinientext der ECRL

Ein weiterer, und zwar systematischer Einwand wurde von Holznagel an den Art. 14 Abs. 2 ECRL a. F. (jetzt: Art. 6 Abs. 2 DSA) geknüpft: Nur (!) dort, wo eine Rückausnahme davon abhängt, ob der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von diesem beaufsichtigt wird, lasse sich die Grenze zwischen einer neutralen und einer aktiven Rolle ziehen.[394] Die These von der Ausschließlichkeit dieser Begrenzung kann aber schon deshalb nicht (mehr) überzeugen, weil die insbesondere durch technologische Neuerungen gebrachten Möglichkeiten des Host-Providers die Inhalte zu kontrollieren in der ECRL noch nicht notwendigerweise eingegangen sind, wovon die Entscheidung in der Sache ‚YouTube und uploaded' besonderes Zeugnis ablegt.[395]

cc) Erneut: Das Guter-Samariter-Dilemma

Zum Teil wird auch eingewendet, dass mit der Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle ein Anreiz für die Anbieter geschaffen werde, die Inhalte nicht auf ihre Rechtswidrigkeit zu überprüfen. Es werde vielmehr ein Anreiz geschaffen, sich in organisierte Unkenntnis zu versetzen, um einem Verlust der Privilegierung zu entgehen.[396] Zwar wurde die Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle schon vor dem DSA in der Rechtsprechung kaum so gehandhabt, dass von ihr proaktive Filtermaßnahmen oder sonstige Kontrollen erfasst waren. Spätestens aber der neu

[392] GA *Jääskinen*, BeckRS 2010, 91402, Rn. 139 – 142 (L'Oréal/eBay); vgl. aus dem Schrifttum *Holznagel*, Notice and Take-Down-Verfahren, S. 121; *Handel*, Diensteanbieter, S. 167; *van Hoboken et al.*, Hosting Intermediary services and illegal content online, S. 32; *F. Hacker*, GRUR-Prax 2011, 391, 393; *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 19; *Ott*, K&R 2012, 387, 389; *Kuczerawy*, Active vs. passive hosting in the EU intermediary liability regime: time for a change?, 2018; im Kontext strafrechtlicher Verantwortlichkeit auch *Gerhold*, ZRP 2021, 44, 46; *Rückert*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 16.

[393] *Frey*, Haftung von Hostprovidern, S. 138; *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 7 Rn. 10; *Bächer*, Plattform, S. 65; *Wüst*, Underground Economy, S. 75.

[394] *Holznagel*, Notice and Take-Down-Verfahren, S. 121.

[395] Vgl. dazu oben Kap. 1 C. III. 2. sowie Kap. 3 A. I. 2. a). Auffällig ist auch, dass Holznagel selbst in jüngeren Stellungnahmen Potenziale der Begrenzungsfigur hinsichtlich gefahrgeneigter Plattformen herauszuarbeiten gewillt ist (*Holznagel*, CR 2021, 123, 124 ff.).

[396] *van Hoboken et al.*, Hosting Intermediary services and illegal content online, S. 40 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eingefügte Art. 7 DSA sollte in diesem Kontext für Rechtssicherheit sorgen.[397] Im Gegenteil zeigt sich in der Entscheidung ‚YouTube und uploaded', dass – und hier deutet sich das terminologische Problem der „aktiven Rolle" bereits an – eine proaktive Filterung einen Teil der Sorgfaltsmaßnahmen darstellen kann, die gegen einen Privilegierungsausschluss sprechen.[398] Es geht nämlich gute zehn Jahre nach ‚Google France' und ‚L'Oréal/eBay' nicht länger nur um eine untypische Nähe zum Inhalt, sondern vielmehr um eine Distanz, die das mit dem Angebot verbundene Risiko fördert, weil Risikoverringerung möglich und zumutbar gewesen wäre. Es deutet sich damit ein Paradigmenwechsel bzw. eine Ausdifferenzierung hinsichtlich der Nähe/Distanz zum Inhalt innerhalb des Neutralitätskriteriums an, das weiterer Systematisierung bedarf.[399]

dd) Inkohärenz, Unbestimmtheit und Vagheit

Zum Teil wurde die Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Handlung als zu unbestimmt zurückgewiesen, um eine Beschränkung der Providerprivilegierung zu legitimieren.[400] Nachzuvollziehen ist etwa die Kritik, die im Anschluss an die Sache ‚L'Oréal/eBay' geäußert wurde, nämlich, dass der EuGH den Rechtsanwender mit der Frage allein lässt, was eine „Hilfestellung" sein soll, die dazu führt, dass der in der Sache nunmehr normativ verstandene Kenntnis-oder-Kontrolle-Test anschlägt.[401] Ebenso zeigt sich schon zwischen ‚Google France' und ‚L'Oréal/eBay' eine bedeutende Inkohärenz zwischen den zugrunde gelegten Kenntis-oder-Kontrolle-Tests. Während bei ersterer Entscheidung noch von der (tatsächlichen) Kenntnis oder Kontrolle die Rede war, soll es bei zweiterer ausreichen, wenn Kenntnis-oder-Kontrolle erlangt werden können.[402] Auf die beiden Varianten wird im Rahmen der ErwGe zur DSA ausführlicher eingegangen werden.[403] Letztlich ist das Bestreben dieser Untersuchung – später in Bezug auf den DSA –, zu einer solchen Klärung beizutragen. Dieser Versuch wird dabei – der medienstrafrechtlichen Perspektive geschuldet – weniger in Richtung der klassischen Fälle einer aktiven Rolle[404]

[397] Vgl. dazu oben Kap. 3 C. II.

[398] EuGH NJW 2021, 2571, 2577 f. (YouTube und uploaded).

[399] Vgl. dazu unter Kap. 3 D. II. 5. f.

[400] *Hoeren*, MMR 2011, 605; *Holznagel*, Notice and Take-Down-Verfahren, S. 122; *Nolte/Wimmers*, GRUR 2014, 16, 21; *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 19.

[401] *Spindler*, MMR 2011, 703, 705; vgl. auch *Hoeren*, MMR 2011, 605; *Holznagel*, Notice and Take-Down-Verfahren, S. 122.

[402] Kritisch stellvertretend *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 166 f.

[403] Vgl. dazu unten Kap. 3 D. II. 3.

[404] Vgl. die Bestrebungen des Schrifttums und der Rspr. zur Konkretisierung einer aktiven Rolle: Etwa zur Irrelevanz der Kategorisierung innerhalb der Plattform *Spindler*, JZ 2012, 311, 313; *Wiebe*, WRP 2012, 1182, 1187; *Michel*, Bewertungsportale, S. 194, der erst recht bei sozialen Netzwerken gegenüber Bewertungsportalen keine hinreichende Vorstrukturierung erkennt; anders noch unter der Kategorie des Sich-Zueigenmachens OLG München MMR 2002, 548. Hinsichtlich einer rechtswidrigen Ausrichtung durch die Kategorisierung gilt an-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(verstanden und legitimiert als eine untypische Distanzlosigkeit zu den Drittinhalten) gehen, sondern stärker in die Richtung einer besonderen Gefahrgeneigtheit des Angebots.

Dass eine wiederholt mit entsprechenden Fragestellungen konfrontierte Rechtsprechung zur Konturierung beitragen kann, wird auch anhand der in der nationalen Rechtsprechung entwickelten Figur des Sich-Zueigenmachens behauptet.[405] Diese Aussage gibt Anlass, das Verhältnis der beiden Figuren klarzumachen, um Inkongruenzen der beiden Figuren zu zeigen und vor einer Vermengung zu warnen:

ee) Vergleich zwischen dem Sich-Zueigenmachen und der aktiven bzw. nicht-neutralen Handlung

In der nationalen Rechtsprechung lässt sich zunehmend eine Übernahme des Kriteriums der aktiven Rolle entdecken, wobei es, ohne dass das Verhältnis zum Sich-Zueigenmachen geklärt wäre, regelmäßig neben dieses für sich bereits unklare und richtlinienwidrige[406] Kriterium gestellt wird.[407] Zum Teil wird davon ausgegangen, dass das Neutralitätskriterium in die Figur des Sich-Zueigenmachens integriert werden kann[408] oder andersherum das Sich-Zueigenmachen dem Neutralitätskriterium unterzuordnen sei.[409] Häufig findet sich im Schrifttum der Vermerk, dass beide Figuren weitgehend kongruent wären[410] oder zumindest das Neutralitätskriterium alle Fälle des Sich-Zueigenmachens erfassen könne[411].

---

deres (vgl. *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2013, 986, 989; anders wohl *Michel*, Bewertungsportale, S. 194 f.; dazu die hier sog. Kategorie der nicht-neutralen Ausrichtung des Gesamtangebots; vgl. Kap. 3 D. II. 4.). Zur Irrelevanz der Kommerzialisierung der konkreten Tätigkeit *Frey*, Haftung von Hostprovidern, S. 142; i. E. auch *Bächer*, Plattform, S. 79; anders wohl der GA *Maduro*, BeckRS 2009, 71026, Rn. 145 (Google France); in dieser Richtung auch einige französische Gerichte (Nachw. bei *Holznagel*, Notice and Take-Down-Verfahren, S. 121 Fn. 183); zurückhaltend unmittelbare Vorteile als Indiz berücksichtigend *Holznagel*, CR 2017, 463, 469; *Holznagel*, Notice and Take-Down-Verfahren, S. 122 f. mit Verweis auf EuGH ZUM 2012, 307, 309; vgl. auch EuGH MMR 2019, 798, 799 (Glawischnig-Piesczek), in der die „neutrale" Rolle von Facebook nicht thematisiert wurde, weil sie nicht Teil der Vorlagefrage war. GA *Szpunar*, BeckRS 2019, 10236 Rn. 30 (Glawischnig-Piesczek) äußerte jedoch Bedenken im Schlussantrag: „Ungeachtet aller Zweifel, die man insoweit hegen mag, geht aus dem Vorabentscheidungsersuchen hervor, dass Facebook Ireland nach Auffassung des vorlegenden Gerichts unstreitig ein Hostprovider ist, dessen Verhalten sich auf das eines Vermittlers beschränkt."

[405] *Nolte/Wimmers*, GRUR 2014, 16, 21.

[406] Vgl. dazu oben Kap. 3 D. I. 2. a).

[407] BGH MMR 2015, 726; NJW 2017, 2029, 2030 f.

[408] So wohl OLG Braunschweig BeckRS 2019, 27084, Rn. 35 sowie OLG Karlsruhe MMR 2022, 901, 902.

[409] Vgl. *Eisele*, in: Handbuch Strafrecht, § 63 Rn. 46; wohl auch *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, § 7 Rn. 17; vgl. auch *Hennemann*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 7 TMG Rn. 34a.

[410] *Nolte/Wimmers*, GRUR 2014, 16, 20; *Chmelík*, Social Network Sites, S. 138 ff.; ähnlich *Michel*, Bewertungsportale, S. 185.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Übersehen werden darf bei solchen Annahmen aber nicht die Gefahr, dass aufgrund der maßgeblichen Perspektive eines Durchschnittsnutzers auch der reine Anschein einen Entfall der Privilegierung bedeuten kann.[412] Das Neutralitätskriterium setzt hingegen bei der tatsächlichen Tätigkeit des Anbieters an und kann deshalb stellenweise im Vergleich enger als das Sich-Zueigenmachen sein.[413] Tendenzen der Rechtsprechung, einen Perspektivwechsel hin zu den unionalen Vorgaben zu vollziehen, sind zwar in der Entscheidung des BGH im Fall „klinikbewertungen.de" erkennbar.[414] Gleichwohl stellen sich diese Schritte bei näherer Betrachtung als eher zaghaft dar[415] und werden in einer nachfolgenden Entscheidung, die ebenfalls dem 6. Zivilsenat zur Entscheidung vorlag, nicht erneut gegangen[416].

Besondere Beachtung verdient zuletzt die Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH im sog. Cyberbunker-Verfahren. In dieser Entscheidung stützt sich der Senat bei Begründung des Privilegierungsausschlusses nicht mehr auf die Figur des Sich-Zueigenmachens, sondern allein auf die nicht-neutrale Rolle der Server-Provider.[417] Das ist zu begrüßen und kann auch als Andeutung darauf verstanden werden, dass die Figur des Sich-Zueigenmachens – anders als im strafrechtlichen Schrifttum teilweise behauptet[418] – nicht mit allen Konstellationen eines nicht mehr sozial gebilligten Betriebs zurechtkommt.[419] Da nämlich die Figur maßgeblich auf die nach außen scheinende Identifikation mit dem Inhalt abstellt, lässt sich nur unter größten Mühen eine Konstellation erfassen, in der die Server-Provider bewusst vermeiden, einzelne

[411] *K. Ziegler*, Urheberrechtsverletzungen, S. 207; so auch *Köhler*, in: Müller-Terpitz/Köhler, Art. 6 Rn. 29 mit einer Integration über den Kenntnis-oder-Kontrolle-Test.

[412] Dazu oben Kap. 3 D. I. 2. b).

[413] Vgl. *Spindler*, JZ 2012, 311, 312; *Frey*, Haftung von Hostprovidern, S. 139; *Ott*, K&R 2012, 387, 392; anders scheinbar *Helmschrot*, in: Leupold/Wiebe/Glossner, Teil 5.3 Rn. 26; auf die sich unterscheidenden Beurteilungsperspektiven hinweisend, das Problem aber mit Blick auf die Handhabung in der Rechtsprechung stark relativierend auch *Michel*, Bewertungsportale, S. 185.

[414] BGH NJW 2017, 2029, 2030: „aus objektiver Sicht".

[415] In BGH NJW 2017, 2029, 2031 wird es für unschädlich erklärt, dass der redaktionelle Eingriff durch den Anbieter nach außen nicht für den Durchschnittsnutzer, aber für die von dem Inhalt betroffene Person durch anbieterseitige Kundgabe erkennbar ist.

[416] BGH MMR 2022, 947, 948.

[417] BGH MMR 2024, 175 (Cyberbunker).

[418] *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 4; *Finke*, Internet-Provider, S. 111; *Fünfsinn/B. Krause*, in: FS-Eisenberg, S. 641, 645; *Bode*, ZStW 2015, 937, 982; ferner *Wittmer*, ZdiW 2022, 414, 419; *Wittmer*, Darknet, S. 104; in dieser Richtung auch *Lober/Karg*, CR 2007, 647, 649, die es darauf ankommen lassen wollen, ob Gesichtspunkte der Architektur von virtuellen Welten entsprechende Rechtsverletzungen provozieren; a. A. im Hinblick auf kriminell ausgerichtete Handelsplattformen *Greco*, ZIS 2019, 435, 448.

[419] Wünschenswert wäre eine klarere Konturierung und dahingehende Trennung vom Begriff der aktiven Rolle gewesen, auch wenn sie nicht nötig gewesen wäre, weil das Bulletproof-Hosting durch die Angeklagten als aktive Rolle im Hinblick auf jeden auf den Server abgelegten Inhalt verstanden werden konnte. Zur entsprechenden Trennung unten Kap. 3 D. II. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inhalte wahrzunehmen, gar mit einer „no matter what"-Politik werben. Ein, wie vom EuGH in der Sache ‚YouTube und uploaded' flexibilisiertes Neutralitätskriterium hingegen schafft es, ohne Probleme solche Konstellationen zu verhandeln. Damit leuchtet der Cyberbunker-Fall den Weg für eine sogleich noch vorzunehmende Differenzierung des Neutralitätskriteriums aus.[420]

3. Rezeption der Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle im DSA

Die Begrenzung der Privilegierung durch die Figur der ‚aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle' findet nun – anders als die Figur des Sich-Zueigenmachens – Eingang in den DSA. Sie wird – wie in Art. 7 DSA gesehen – im Verordnungstext vorausgesetzt. Eine deutlichere Rezeption findet sich jedoch in den ErwGen, womit der Einwand, die Figur gelte nicht für Host-Provider[421], nicht mehr greifen kann. Dass bei der Konturierung der Haftungsausschlüsse gerade auch auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden soll, betont ErwG Nr. 16 S. 4 zum DSA.

a) ErwG Nr. 18 S. 1 zum DSA

In ErwG Nr. 18 S. 1 zum DSA[422] wurde die Formulierung aus der Entscheidung ‚Google France' und damit der verhältnismäßig enge Kenntnis-oder-Kontrolle-Test übernommen.

Das ist schon deshalb bedauerlich, weil der Kenntnis-oder-Kontrolle-Test, insbesondere die enge Variante, als misslungen gelten kann. Schließlich – das stellt auch GA Saugmandsgaard Øe richtig fest[423] – zeichnet ein gewisses Maß an Kontrolle das Verhältnis von Host-Provider zum Inhalt schlechthin aus; sie äußert sich schon in der typischen Möglichkeit der Löschung oder Sperrung.[424] Auch eine konkrete tatsächliche Kenntnis des Inhalts kann nicht gemeint sein, ohne dass nicht regelmäßig[425]

---

[420] Kritisch aber insgesamt hinsichtlich des Neutralitätskriteriums und strafrechtlicher Verantwortlichkeit *Gerhold*, ZRP 2021, 44; *Gerhold*, StV Spezial 2022, 29; jedenfalls kritisch hinsichtlich § 126a StGB-E *Oehmichen/Weißenberger*, KriPoZ 2019, 174, 177.

[421] Vgl. oben Kap. 3 D. II. 2. e) aa).

[422] „Die in dieser Verordnung festgelegten Haftungsausschlüsse sollten nicht gelten, wenn der Anbieter sich nicht darauf beschränkt, die Dienstleistungen auf neutrale Weise und durch die bloße technische und automatische Verarbeitung der vom Nutzer bereitgestellten Informationen zu erbringen, sondern dahin gehend eine aktive Rolle einnimmt, dass er Wissen oder Kontrolle über diese Informationen erhält."

[423] GA *Saugmandsgaard Øe*, GRUR-RS 2020, 18772, Rn. 151 (YouTube und uploaded).

[424] So auch *van Hoboken et al.*, Hosting Intermediary services and illegal content online, S. 32; *Holznagel*, CR 2017, 463, 469; *Holznagel*, CR 2021, 603, 605; *Janal*, ZEuP 2021, 227, 240; *Bächer*, Plattform im Darknet, S. 69.

[425] Zur Reichweite der notwendigen Kenntnis oben Kap. 3 C. I. 1. c). Die Ausnahme läge dann in der Kenntnis des Inhalts bei fehlender Kenntnis seiner Rechtswidrigkeit.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Art. 6 Abs. 1 a) DSA einschlägig wäre.[426] Erst, wenn man es mit der Entscheidung in der Sache ‚L'Oréal/eBay'[427] für ausreichend erachtet hätte, dass durch die besondere Nähe zur Tätigkeit eher hätte Kenntnis erlangt oder Kontrolle ausgeübt werden können, hätte der Formel ein eigenständiger Zweck entnommen werden können.[428]

b) ErwG Nr. 20 zum DSA

Von besonderem Interesse in unserer medienstrafrechtlichen Untersuchung ist der ErwG Nr. 20 zum DSA[429]. Dabei greift S. 1 auf den ErwG Nr. 44 zur ECRL zurück, stellt aber dieses Mal klar, dass keine Einschränkung auf Access- und Caching-Provider vorgesehen ist, sondern die Begrenzung der Haftungsprivilegierung für alle Vermittlungsdienste gilt. Außerdem ist auffällig, dass nicht mehr von einer „absichtlichen", sondern einer „bewussten" Zusammenarbeit die Rede ist.

Eine Novität ist dabei der ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA: Dieser entwickelt die Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle jenseits des Kenntnis-oder-Kontrolle-Tests weiter.[430] Damit bildet der europäische Gesetzgeber (bedauerlicherweise nicht im Verordnungstext selbst[431]) einen flexibilisierten, mehr normativ als technisch ausgerichteten Maßstab für die aktive bzw. nicht-neutrale Rolle. Der Grundgedanke des S. 2 erinnert dabei an die Formel des EuGH in ‚YouTube und uploaded'[432] und – nicht auf das Urheberrecht zugeschnitten und daher nicht im Verdacht lediglich Kehrseite

[426] *Holznagel*, CR 2017, 463, 469; *Holznagel*, CR 2021, 603, 605; *Bächer*, Plattform im Darknet, S. 70.

[427] EuGH MMR 2011, 596, 603 (L'Oréal/eBay).

[428] Vgl. dazu auch *Ott*, K&R 2012, 387, 391.

[429] „Arbeitet ein Anbieter von Vermittlungsdiensten bewusst mit einem Nutzer zusammen, um rechtswidrige Tätigkeiten auszuüben, sollte nicht davon ausgegangen werden, dass die Dienstleistungen auf neutrale Weise erbracht wurden, und der Anbieter sollte dementsprechend die in dieser Verordnung vorgesehenen Haftungsausschlüsse nicht in Anspruch nehmen können. Dies sollte beispielsweise dann der Fall sein, wenn der Anbieter seine Dienstleistung hauptsächlich zu dem Zweck anbietet, rechtswidrige Tätigkeiten zu erleichtern, indem er beispielsweise seinen Zweck – die Erleichterung rechtswidriger Aktivitäten – klar zum Ausdruck bringt und seine Dienstleistungen für diesen Zweck geeignet sind. Allein die Tatsache, dass ein Dienst verschlüsselte Übertragungen oder ein anderes System anbietet, mit dem die Identifizierung des Nutzers unmöglich wird, sollte für sich genommen nicht als Erleichterung rechtswidriger Tätigkeiten gelten."

[430] Generell eine Flexibilisierung der Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle befürwortend *Gerdemann/Spindler*, GRUR 2023, 3, 6; schon *Janal*, ZEuP 2021, 227, 240; *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2013, 986, 989; *Frey/Rudolph/Oster*, CR-Beilage 2015, 1, 26.

[431] In dieser Richtung auch *Conrad*, in: Europäische Plattformregulierung, § 3 Rn. 67; *Köhler*, in: Müller-Terpitz/Köhler, Art. 6 Rn. 83 bezeichnet das Vorgehen als mutlos. Eine Aufnahme im Verordnungstext wäre schon deshalb sinnvoll gewesen, weil der EuGH erfahrungsgemäß zurückhaltend ist, seine Auslegung auf die ErwGe zu stützen (vgl. *Gerdemann/Spindler*, GRUR 2023, 3, 6, Fn. 29).

[432] EuGH MMR 2021, 705, 711 (Youtube und uploaded); dazu Kap. 3 D. II. 2. d).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der öffentlichen Wiedergabe aus Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL zu sein – an die Ausführungen von GA Saugmandsgaard Øe[433].

4. Systematisierung der ErwGe Nr. 18 und 20 zum DSA

Das auf diese Weise gerahmte Werkzeug zur Bekämpfung einer Überprivilegierung von Host-Providern lässt dennoch einige Auslegungsfragen offen[434], denen sich die folgenden Abschnitte widmen sollen. Als Grundlage einer weiteren Konkretisierung im Rahmen der Untersuchung soll zunächst der Versuch unternommen werden, die Figur der aktiven bzw. nicht-neutralen Rolle auf Grundlage der ErwGe zum DSA auszudifferenzieren und die Fallgruppen zu systematisieren. Eine solche Systematisierung der Fallgruppen wird ausgehend von der rechtswidrigen Zweckausrichtung i. S. v. ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA vorgenommen. Zunächst soll eine Relationierung zu der bewussten Zusammenarbeit mit einem Nutzer, um rechtswidrige Tätigkeiten zu erleichtern i. S. v. ErwG Nr. 20 S. 1 zum DSA, vorgenommen werden (a)), um sodann das Verhältnis zu ErwG Nr. 18 zum DSA auszuleuchten (b)). Auf Grundlage dieser Systematisierungsversuche soll sodann eine Unterteilung in den Fallgruppen der fehlenden Neutralität im Rahmen eines Zwischenfazits vorgeschlagen werden (c)).

a) Zum Verhältnis der einzelnen Sätze von ErwG Nr. 20 zum DSA

Es wurde bereits skizziert, dass S. 1 des Erwägungsgrundes Nr. 20 zum DSA weitgehendst dem ErwG Nr. 44 zur ECRL entspricht. Neu hingegen sind die S. 2 und 3, deren Relation zu S. 1 zu beleuchten ist. Ohne besondere Zweifel ist es zunächst, dass S. 3 eine Klarstellung hinsichtlich S. 2 trifft: Der Betrieb des Angebots unter Verwendung anonymisierender Technologien genügt nicht, um einen Ausschluss der Privilegierung gem. S. 2 zu begründen. Schwieriger ist es, S. 2 ins Verhältnis zu S. 1 zu setzen. Durch die Einleitung von S. 2 („Dies sollte beispielsweise dann der Fall sein, wenn […]“) liegt es nahe, von einem Regelbeispiel zu S. 1 auszugehen.[435] Abweichend von dieser Regelbeispielsanordnung wären zwei Lesarten zumindest denkbar: *Erstens* eine umfängliche Konkretisierung von S. 1 (aa)). *Zweitens* ein Nebeneinander zweier Unterfälle der fehlenden Neutralität in S. 1 und S. 2 (bb)). Ihre Tragfähigkeit sei nachfolgend erprobt:

---

[433] GA *Saugmandsgaard Øe*, GRUR-RS 2020, 18772, Rn. 191 (YouTube und uploaded).

[434] Kritisch etwa *Spindler*, MMR 2023, 73, 78: „Überraschend ist auch die Abstinenz des DSA hinsichtlich der vom EuGH vorgenommenen Differenzierungen zwischen aktiven und passiven Diensteanbietern im Bereich des Hostprovidings. Hinzu kamen Entscheidungen gegen Access-Provider und WLAN-Betreiber. Der DSA (Erwägungsgrund 18 ff.) gibt letztlich nur die Leitlinien des EuGH wieder und vermeidet weitere Aussagen zur genaueren Abgrenzung, was angesichts der eingetretenen Rechtsunsicherheiten mehr als bedauerlich ist.“

[435] So i. E. *Glöckner*, WRP 2023, 1027, 1033.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aa) Kongruente Konkretisierung von S. 1 durch S. 2

Die erste der soeben aufgezeigten Alternativen ist durch die Grammatik („beispielsweise") kaum noch gangbar. Sie darf trotzdem nur dann bevorzugt und die sprachliche Fassung als missglückt betrachtet werden, wenn es gelingt, eine vollständige Kongruenz beider Fälle in der Form zu begründen, dass der zweite Satz in konkretisierender Form alle denkbaren Fälle des ersten Satzes erfasst. Die Kontrollfrage lautet daher: Sind Konstellationen denkbar, in denen man von einem bewussten Zusammenwirken mit dem Nutzer spricht, ohne dass man eine rechtswidrige Zweckausrichtung i. S. v. S. 2 bejahen kann? Diese Frage ist zu bejahen. Denn nicht jede bewusste Zusammenarbeit muss sich angebotsbezogen, also in Verortung, Gestaltung und Verwaltung[436] des Angebots manifestieren. Es ist bspw. denkbar, dass ein Betreiber auf Anfrage zusichert, ausnahmsweise einen geplanten rechtswidrigen Inhalt nicht zu löschen. Aus Sicht strafrechtlicher Beteiligungsdogmatik gesprochen liegt hierin die Absprache über einen mittäterschaftlichen Beitrag, über eine Anstiftung (wohl abhängig von der Frage, wer den Auftakt dieser Absprache macht) oder jedenfalls über eine psychische Beihilfe. Eine solch bilaterale, auf die Begehung rechtswidriger Tätigkeit durch Nutzer bezogene Kommunikation, schlägt sich nicht in etwas nieder, das eine angebotsbezogene Betrachtung erfassen könnte. Eine kongruente Konkretisierung von S. 1 durch S. 2 ist daher nicht nur aus grammatischen Gründen abzulehnen.

bb) Eigenständigkeit beider Sätze

Da sich Fälle einer bewussten Zusammenarbeit denken lassen, die nicht dem S. 2 unterfallen, liegt es daher auch nicht von vornherein fern, anzunehmen, dass es sich um zwei eigenständige Fallgruppen der fehlenden Neutralität handelt. Der Vorzug einer solchen Lesart bestünde zum einen darin, dass die „bewusste Zusammenarbeit" begrifflich nicht derart geweitet würde, dass sie eine von späteren Nutzern völlig unabhängige Betrachtung erfasst. Jedenfalls dann nämlich, wenn man sich bei dieser bewussten Zusammenarbeit an beteiligungsdogmatischen Figuren und Zurechnungsmodellen orientiert, gerät man (unnötig) schon im Rahmen des Vorfilters unter Druck, wenn es um die subjektiven Konkretisierungsanforderungen der bewussten Zusammenarbeit geht.[437] Zum anderen hätte eine deutlichere Trennung zur Folge, dass eine unterschiedliche Reichweite der Beschränkung ebenso deutlicher zu Tage tritt. Dieser Aspekt ist zentral für die hier im Folgenden vorgeschlagene Relationierung zur Figur der aktiven Rolle aus ErwG Nr. 18 zum DSA und soll deshalb im nächsten Abschnitt erneut aufgegriffen werden.

Davor sei aber darauf hingewiesen, dass ein Nebeneinander eigenständiger Gründe zwar mit der Grammatik vereinbar wäre. Denn durch den relativen Satz-

[436] Näheres unten Kap. 3 D. II. 5. a) bb).

[437] Dazu im strafrechtlichen Kontext Kap. 5 B. II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

anschluss könnte auch lediglich der zweite Halbsatz von S. 1 (Nicht-Neutralität und daher Privilegierungsbeschränkung) in Bezug genommen werden. Diese Lesart ist nun aber nicht in gleichem Maße naheliegend, hätte es sich doch für den europäischen Gesetzgeber ohne Weiteres aufgedrängt, davon zu sprechen, dass von einer neutralen Rolle auch dann nicht auszugehen ist, wenn eine rechtswidrige Zweckausrichtung vorliegt. Es ist daher vorzugswürdig von einer nicht-kongruenten Konkretisierung von S. 1 durch S. 2 auszugehen, wobei zu zeigen sein wird, dass diese Lesart korrigierende Eingriffe bei der Bestimmung der Beschränkungsreichweite erforderlich macht und eine weitere Konkretisierung der neutralen Rolle dem EuGH und dem Schrifttum überantwortet wurde.

b) Binnensystematische Relationierung: Verhältnis der (straf-)rechtswidrigen Zweckausrichtung zur Figur der aktiven Rolle

Es stellt sich daher die Frage, wie sich das Merkmal der (straf-)rechtswidrigen Ausrichtung zu dem vom EuGH erprobten Merkmal der „aktiven Rolle" verhält.

aa) Integrationsmodell und Separationsmodell

Denkbar sind zwei verschiedene Anordnungsmodelle der Figuren: Einerseits könnte man die aktive Rolle als Gegenbegriff zur neutralen Rolle verstehen. Dann würde auch die (straf-)rechtswidrige Ausrichtung letztlich zu einer aktiven, weil nicht-neutralen Rolle, führen.[438] Diesen Ansatz wollen wir im Folgenden als ‚Integrationsmodell' bezeichnen, weil er versucht, die mit ErwG Nr. 20 zum DSA gebrachte Flexibilisierung in die EuGH-Rechtsprechung einzufügen. Die argumentative Kette würde wie folgt lauten: Wer sein Angebot (straf-)rechtswidrig ausrichtet, der fördert die Verwendung zu rechtswidrigen Zwecken in einer Weise, die der typischen Distanz[439] zwischen Host-Provider und fremden Inhalten nicht mehr entspricht.[440] Er ist so zu behandeln, als würde er hinsichtlich einzelner Inhalte Maßnahmen zur Optimierung der Darstellung ergreifen, die es nicht mehr rechtfertigen, vom reinen Speichern zu sprechen.[441]

Andererseits könnte man den Versuch unternehmen, unter dem Oberbegriff des Neutralitätskriteriums oder Neutralitätsgebots zwei (Ober-)Fallgruppen anzuordnen; die der aktiven Rolle und die der inhaltlich fehlenden Neutralität. Diese Anordnung lässt sich als ‚Separationsmodell' begreifen, wenn man eine von der Figur

[438] Ohne explizite Herleitung so wohl *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2013, 986, 989.

[439] Vgl. dazu auch *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 164 f.

[440] Vgl. *Bächer*, Plattform, S. 74 f.

[441] In einer solchen Richtung deutet es auch bei *Köhler*, in: Müller-Terpitz/Köhler, Art. 6 Rn. 27, der die Kritik an der EuGH-Rspr. (vor ‚YouTube und uploaded'), dass die aktive Rolle keine gefahrgeneigten Plattformen erfassen könne, für „überzogen" hält. Dadurch, dass solche Plattformen massive Anreize setzen, weisen die „einen zu der notwendigen technischen Rolle überschießenden aktiven Gehalt auf".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der „aktiven Rolle“ ausgehende Perspektive einnimmt. Hier würde sich die Herleitung anders vollziehen: Wer sein Angebot (straf-)rechtswidrig ausrichtet, der liegt mit seinem Verhalten jenseits dessen, was sozial gebilligt und durch die Providerprivilegierung gefördert werden soll bzw. was nicht als rechtsmissbräuchlich gilt. Einen (Um-)Weg über die Kasuistik der „aktiven Rolle“ bzw. ihr unterliegende Legitimierungsmodelle würde man sodann nicht mehr nehmen (müssen).[442]

bb) Praktische Konsequenzen der Modelle

Es ist zunächst die Frage zu beantworten, ob sich die abweichende Herleitung der Begrenzungsformel im Separationsmodell überhaupt praktisch auswirken kann. Da das Integrationsmodell den Weg über die aktive Rolle wählt, ist dort der zentrale Ausgangspunkt der konkret beanstandete Inhalt.[443] Es geht dann um die untypische Distanzlosigkeit zum Inhalt durch eine Förderung der Tätigkeit, die über eine reine Speicherung hinausgeht. Im Falle der rechtswidrig ausgerichteten Angebote liegt diese Förderung – wie noch weiter zu konkretisieren sein wird – in der Anreizschaffung und Erleichterung der Straftatbegehung. Bächer, die zumindest partiell[444] eine Herleitung über die aktive Rolle, verstanden als Distanzlosigkeit, bemüht, sieht etwa selbst, dass es dann nicht um die Förderung einzelner Nutzerinhalte geht, „sondern [sie sich] durch die generelle Ausgestaltung der Plattform als abstrakte Hilfestellung auf sämtliche Nutzerinhalte bezieht.“[445]

Diese Flexibilisierung der „aktiven Rolle“ überzeugt jedoch nicht. Im Fall der (straf-)rechtswidrigen Ausrichtung geht es nicht um die abstrakte Förderung „sämtlicher [gemeint wohl: strafrechtswidriger] Nutzerinhalte“, sondern die abstrakte Hilfestellung hinsichtlich aller Inhalte, die sich innerhalb der rechtswidrigen Ausrichtung befinden. Dabei wird nicht übersehen, dass einige Ausgestaltungen für jede Deliktsart fördernde Wirkung haben können. Dennoch vernachlässigt eine solche Herleitung die Spezifität der Verletzungshandlung. Ist etwa eine Plattform äußerlich erkennbar auf die Begehung von Urheberrechtsverletzungen ausgerichtet und wird auf ihr im Einzelfalle kinderpornographisches Material verbreitet, so fehlt es häufig an einem entsprechenden Förderungszusammenhang. Die strafbare Handlung wird nicht durch die Ausrichtung gefördert; die Distanz ist dieselbe wie zu allen rechtmäßigen Inhalten. Das Separationsmodell hingegen könnte auch hinsichtlich des kinderpornographischen Materials eine Haftungsprivilegierung ausschließen, weil sich nach ihm die Begrenzung für die gesamte Plattform ergibt.

[442] Zwar von der „aktiven Rolle“ sprechend, aber gleichzeitig auf die Missbilligung durch die Rechtsordnung abstellend *Frey/Rudolph/Oster*, CR-Beilage 2015, 1, 26.

[443] Vgl. statt aller *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2013, 986, 989; *Wüst*, Underground Economy, S. 71.

[444] Es folgt dieser Herleitung ebenfalls eine Begründung jenseits der aktiven Rolle, die dem hier vorgestellten Separationsmodell ähnelt: *Bächer*, Plattform im Darknet, S. 75.

[445] *Bächer*, Plattform im Darknet, S. 74; so auch schon *Wüst*, Underground Economy, S. 75 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Sofern der Bereich des Privilegierungswürdigen verlassen wird, ist eine Privilegierung insgesamt zu verneinen.

Kurzum: Während das Integrationsmodell auch bei (straf-)rechtswidrig ausgerichteten Angeboten bei einer streng inhaltszentrierten Betrachtung bleiben müsste, kann sich das Separationsmodell davon lösen.[446]

cc) Regelbeispielhaftigkeit von ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA als Einwand gegen das Separationsmodell

Der zentrale Unterschied beider Begründungsmodelle liegt im Ergebnis in der Beachtung einer Deliktsspezifität der Ausrichtung. Es ließe sich bei näherem Hinsehen jedoch ein Einwand gegen die Folge des hier vorgeschlagenen Separationsmodells formulieren: Denn systematische Friktionen drohten, wenn S. 1 von ErwG Nr. 20 zum DSA deliktsunspezifisch und S. 2 – wie der Wortlaut nahelegt – ein Regelbeispiel des S. 1 wäre. Deshalb gilt es die Frage zu stellen, ob das kollusive Zusammenwirken des S. 1 selbst deliktsunspezifisch ist.

(1) Friktionen der differenzierenden Auslegung von S. 1 und S. 2

Da der einzige hier ersichtliche Fall eines solchen Zusammenwirkens, der nicht durch S. 2 erfasst werden kann, die angebotsunabhängige kollusive Abrede mit einem Nutzer ist[447], liegt es nahe, sich der Frage von diesem Unterfall aus zu nähern. Zu beantworten ist also, ob auch dann eine Privilegierung entfallen soll, wenn der Nutzer einen rechtswidrigen Inhalt jenseits des verabredeten Zusammenwirkens i. S. v. ErwG Nr. 20 S. 1 zum DSA verbreitet. Zunächst einmal lässt es der Wortlaut des S. 1 zu, dass allein das Zusammenarbeiten in Form einer Abrede mit einem Nutzer, rechtswidrige Tätigkeiten auszuüben, nicht voraussetzt, dass es auch zu entsprechenden Tätigkeiten kommt. Der Anbieter würde sodann mit dem Betrieb den Bereich des sozial Gebilligten im Hinblick auf den einzelnen Nutzer verlassen, mit dem er zusammenwirkt, und zwar unabhängig davon, was dieser Nutzer sodann für rechtswidrige Tätigkeiten über das Angebot vornimmt. Dann würde der Teil „um rechtswidrige Tätigkeiten auszuüben“ – strafrechtlich gesprochen – zu einer überschießenden Innentendenz gedeutet werden. Eine solche Lesart ist zwar denkbar, liegt indessen weniger nahe, als die rechtswidrige Tätigkeit als eine Art Erfolgsmoment zu lesen. Denn die Legitimation einer Privilegierungsbegrenzung speist sich letztlich daraus, dass im Hinblick auf das Angebot das erlaubte Risiko überschritten wird. Das Risiko von rechtswidrigen Handlungen eines Nutzers wird aber nicht durch

[446] Zur Spiegelung positiver Haftungsregime in Form der Zurechnung fremden Verhaltens oder einer Eigenhaftung vgl. unten Kap. 3 D. II. 4. c). Mit den Auswirkungen auf den telemedienrechtlichen Vorfilter ist indessen noch nichts über die medienstrafrechtliche Relevanz im Ergebnis gesagt. Zu Deliktsspezifika bei § 127 StGB und in der Zurechnung wegen einzelner rechtswidriger Inhalte unten Kap. 5 B. I. 2.

[447] Vgl. oben Kap. 3 D. II. 4. a) bb).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

jede Abrede in gleichem Maße breitenwirksam gesteigert. So ist es zwar denkbar, dass der Anbieter aus persönlicher Verbundenheit keinen der rechtswidrigen Inhalte löscht oder anzeigt; dann dürfte eine besondere Anreizsituation auch deliktsunspezifisch gegeben sein. Ebenso ist es aber denkbar, dass ein ‚Freifahrtschein' nur für den Inhalt einer bestimmten Art gegeben wird.[448] Dann aber dürfte die Risikosteigerung durch Anreiz nicht auf die Abrede zurückzuführen sein, wenn es sich um eine völlig andere Art des Inhalts handelt. Die Bestimmung der Reichweite eines Privilegierungsausschlusses müsste hier ausgehend von einer Abrede zwischen Anbieter und Nutzer im Einzelfalle festgestellt werden.

Nun lässt sich auf den ersten Blick aber gleiches für den Grund aus S. 2 behaupten. Auch dort wird das Risiko von rechtswidrigen Inhalten erst dann gesteigert, wenn der konkrete Inhalt auch der rechtswidrigen Zweckausrichtung des Angebots entspricht. Wenn nun aber die Beschränkung nach S. 1 im Hinblick auf die Verletzungshandlung spezifisch, der S. 2 aber unspezifisch sein soll, dann würde es im besonderen Maße stören, S. 2 als Regelbeispiel des S. 1 zu verstehen.

(2) Auflösung etwaiger systematischer Friktionen

Die unterschiedliche Reichweite der Begrenzungsfallgruppen hätte tatsächlich reibungsloser gestaltet werden können, wenn man die quasi-tatbestandlichen Voraussetzungen des S. 1 und des S. 2 eigenständig formuliert hätte.[449] Gleichwohl lässt sich auch hinsichtlich des jetzigen Wortlauts sagen, dass der Begriff der bewussten Zusammenarbeit ein Oberbegriff für eben zwei Konstellationen ist: die der angebotsvermittelten und die der angebotsunabhängigen Zusammenarbeit. Erstere ist dabei eigenständig in S. 2 benannt, während zweitere nicht in den ErwGen konkretisiert wurde. Da es in beiden Unterfällen um das mit dem Betrieb des Angebots verbundene Risiko geht, lässt sich erklären, dass ein engerer Maßstab für den zweiten Fall gilt. Denn die Verbindung zum Betrieb des Angebots wird in Fällen der Abrede erst durch den Inhalt und dessen Passung zur Abrede hergestellt, während sie bei der rechtswidrigen Zweckausrichtung i. S. v. S. 2 immanent ist.

Diese differenzierende Skizze wird plastischer mit der Unterscheidung Glöckners, der den Fällen der Haftungsbegrenzung Konzepte einer positiven Haftungsbegründung zuordnet: So geht es bei S. 1 um die Fälle einer Zurechnung fremden Unrechts quasi nach den Grundsätzen einer Mittäterschaft oder Beihilfe, während S. 2 dem Prototyp einer Eigenhaftung für den risikoreichen Betrieb einer Plattform als solcher zuzuordnen ist.[450] Aus strafrechtlicher Perspektive entspricht dieses Bild von S. 2 dem § 127 StGB, dem neuen auf Internetplattformen bezogenen Vorbe-

[448] Für einen ganz bestimmten Inhalt wiederum dürfte kein Platz im Rahmen des Erwägungsgrundes Nr. 20 S. 1 zum DSA sein, weil schon der normimmanente Ausschlussgrund der Kenntnis greifen würde.

[449] Dazu schon oben Kap. 3 D. II. 4. a) bb).

[450] *Glöckner*, WRP 2023, 1027, 1033.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

reitungstatbestand.[451] Seine Konzeption besteht gerade nicht darin, Zurechnungsregeln des Allgemeinen Teils zu modifizieren und das Unrecht einzelner Haupttaten zuzurechnen, sondern an die Organisationseinheit der technischen Infrastruktur als solcher anzuknüpfen.

Doch auch für den Fall der Zusammenarbeit durch Abrede der unterlassenen Löschung oder Anzeige lässt sich ein strafrechtliches Pendant finden, ohne dass es um die Zurechnung des Erfolgsunrechts eines einzelnen Inhalts geht: Die Verabredung zum Verbrechen aus § 30 Abs. 2 StGB. Warum also behält Glöckner mit seiner Gegenüberstellung Recht? Warum lässt sich nicht auch eine Privilegierungsbegrenzung aufgrund der Absprache als solcher, also auch im Sinne einer Eigenhaftung annehmen? Die Antwortet lautet kurz: Weil diese Eigenhaftung nicht den Betrieb eines Angebots, also den Gegenstand der Art. 4 ff. DSA betrifft, sondern eine motivationale Bindung jenseits dessen. Das Angebot ist in den hier identifizierten (allein von ErwG Nr. 20 S. 1 zum DSA erfassten) Fällen nicht mehr als eine austauschbare Bezugsmaterie der Vereinbarung, weshalb es aus telemedienrechtlicher Perspektive eines zusätzlichen Zusammenhangs zum Inhalt bedarf, wenn die spiegelbildliche Eigenhaftung (S. 2) nicht in Betracht kommt.

Diese Herleitung bietet damit eine Erklärung der Frage, warum Fälle des nichtangebotsvermittelten Zusammenwirkens abrede- und deliktsspezifisch zu behandeln sind (nicht explizit konkretisierter Unterfall des S. 1), während Konstellationen des unmittelbar angebotsvermittelten Zusammenwirkens (S. 2) grundsätzlich keine Deliktsspezifität aufweisen. Die mögliche Kritik am Separationsmodell, die aus dem Regelbeispielsverhältnis von S. 1 und S. 2 des ErwG Nr. 20 zum DSA herrühren könnte, lässt sich also entkräften.

c) Zwischenfazit: Das Neutralitätskriterium und die funktionale Dreiteilung seiner Fallgruppen

Nach alldem scheint es geboten, eine synonyme Verwendung der aktiven und der nicht-neutralen Rolle aufzugeben. Ausgehend von den ErwGen Nr. 18 und Nr. 20 zum DSA wird eine medienrechtsdogmatische Ordnung unter dem Begriff des Neutralitätsgebots vorgeschlagen, die sich in drei Fallgruppen gliedert:

Erstens die aktive Rolle. Sie lässt sich ErwG Nr. 18 zum DSA entnehmen (zuvor ErwG Nr. 42 zur ECRL) und wird von Art. 7 DSA vorausgesetzt. Ihren Ursprung nimmt diese Fallgruppe in der EuGH-Rechtsprechung in den Sachen ‚Google France', ‚L'Oréal/eBay' und ‚Papasavvas'. Ihre Legitimation bei der Begrenzung der Privilegierung bezieht sie aus der atypischen Nähe zum rechtswidrigen Inhalt, was sich im vielfach angesprochenen Kenntnis-oder-Kontrolle-Test äußert. Ihre Perspektive ist streng inhaltsbezogen, sodass ein Verlust der Providerprivilegierung nur solche Inhalte betrifft, bezüglich derer sich eine aktive Rolle annehmen lässt. An-

[451] Ausführlich zu § 127 StGB unten Kap. 5 A. II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

knüpfungspunkt der Reduktion ist im Normtext der Begriff der Speicherung selbst, der nicht rein faktisch, sondern normativ als die „bloße Speicherung“ zu verstehen ist. Ein Beispiel dafür ist die redaktionelle Kontrolle eines Inhalts, auch wenn dabei solche Teile nicht gesichtet werden, die rechtswidrig sind und daher nicht der normimmanenten Haftungsreaktivierung durch Kenntnisnahme (Art. 6 Abs. 1 a) DSA) unterliegen. Zentral ist aber, dass die inhaltliche Einheit, aus der sich eine Rechtswidrigkeit ergibt, Gegenstand dieser Kontrolle ist und es nicht ausreichen kann, wenn der Anbieter generell vereinzelt redaktionelle Kontrollen vornimmt, selbst wenn der Anschein entsteht, dass er auch den rechtswidrigen Inhalt kontrolliert hat. Ein anderes würde die Inhaltsbezogenheit der aktiven Rolle und/oder den objektiven Maßstab zu Gunsten einer Anscheinshaftung ähnlich der Figur des Sich-Zueigenmachens preisgeben.[452]

Zweitens das bewusste Zusammenwirken mit einem Nutzer. Diese Fallgruppe lässt sich dem ErwG Nr. 20 S. 1 zum DSA (zuvor ErwG Nr. 44 zur ECRL) entnehmen. Durch das bewusste Zusammenwirken mit einem Nutzer wird ebenfalls das mit dem Betrieb des Angebots verbundene Maß des erlaubten Risikos überschritten. Ihren im Hinblick auf ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA eigenständigen Anwendungsbereich kann diese Fallgruppe bei solchen Fällen des Zusammenwirkens finden, in denen sich der Beitrag den Anbieters nicht im Angebot selbst niederschlägt. Ein Beispiel wäre die vorab gegebene Zusicherung, einen rechtswidrigen Beitrag nicht zu löschen oder anzuzeigen. In diesen Konstellationen ist Bezugspunkt die kollusive Verbindung zum Nutzer selbst. Ein Privilegierungsverlust tritt also auch hier nicht hinsichtlich des gesamten Angebots ein, sondern bleibt auf die Inhalte des individualisierten Nutzers gerichtet.[453] Welche Inhalte des Nutzers bei dieser Fallgruppe von der Privilegierung ausgeschlossen werden, ist im Einzelfall zu ermitteln. Sagt ein Anbieter etwa aus persönlicher Verbundenheit einem Nutzer zu, die Inhalte unabhängig von ihrem Inhalt anstandslos stehenzulassen, dürften entsprechend alle Inhalte des Nutzers erfasst sein. Anders dürfte es liegen, wenn die Absprache das rechtswidrige Angebot einer im Erbbestand gefundenen Schusswaffe betrifft, der Nutzer dann aber auch Betäubungsmittel zum Verkauf anbietet. Hierin zeigt sich letztens, dass die Fallgruppe des bewussten Zusammenwirkens – von der Dogmatik positiver Haftungsregime aus gesprochen – eine individuelle Zurechnung einzelner rechtswidriger Handlungen Dritter verkörpert.

Drittens die rechtswidrige Zweckausrichtung des Angebots. Sie ergibt sich aus ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA und wurde der Sache nach bereits in der EuGH-Entscheidung ‚YouTube und uploaded‘ begründet.[454] Ihre Legitimation findet die Fallgruppe (anders als die beiden vorgenannten) nicht über die Mitwirkung an einzelnen rechtswidrigen Handlungen, sondern ist – aus Sicht positiver Haftungskonzepte – einer Eigenhaftung nachgebildet, wie sie etwa durch § 127 StGB ein-

[452] Dazu oben Kap. 3 D. I. 2. b).

[453] Dazu Kap. 3 D. II. 4. b) cc) (2).

[454] Vgl. Kap. 3 D. II. 2. d).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

geführt wurde. Daher gilt es auch grundsätzlich, anders als bei einer Haftung für Drittverhalten, etwa keinen inhaltlichen Konnex zwischen rechtswidriger Ausrichtung und getätigten Einzelhandlungen zu fordern. Diese Unterscheidung ist sodann für den telemedienrechtlichen Vorfilter relevant, bleibt aber im Medienstrafrecht in der Kombination mit den positiven Haftungsvoraussetzungen (objektive und subjektive Zurechnung) im Ergebnis ohne Bedeutung. Dass der Wortlaut nahelegt, dass die rechtswidrige Zweckausrichtung ein Unterfall des Zusammenwirkens ist, ist im Hinblick auf diese Emanzipation von Konzepten individueller Zurechnung fremden Handelns ungünstig, lässt sich aber korrigieren.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Nicht-Neutralität	Grundlage in der ECRL	Grundlage im DSA	Anleihen in der EuGH-Rspr.	Reichweite der Beschränkung	Legitimier-barkeit der Quasi-Haftungsfigur	Beispiel
Aktive Rolle bei der Speicherung des Inhalts	ErwG Nr. 42 (nicht direkt für Hostprovider)	ErwG Nr. 18	EuGH MMR 2010, 315, 320 (Google France); EuGH MMR 2011, 596, 603 (L'Oréal/eBay); EuGH MMR 2016, 63, 65 (Papasavvas)	Streng inhaltsbezogen	Atypische Nähe zum Inhalt	Redaktionelle Kontrolle; Besondere Bewerbung
Kollusives Zusammenwirken mit dem Contentprovider	ErwG Nr. 44 (nicht direkt für Hostprovider)	ErwG Nr. 20 S. 1	–	Auf von Kollusion betroffene Inhalte bezogen	Zurechnung fremden Verhaltens	Abrede, die Inhalte von einer Person nicht zu Löschen
Rechtswidrige Zwecksaus-richtung des Angebots	–	ErwG Nr. 20 S. 2, 3	EuGH MMR 2021, 705, 711 (Youtube und uploaded)	Angebots-bezogen	Eigenhaftung	Eindeutige Benennung oder spezifisch deliktische Hilfsmittel

Abbildung 1: Das Neutralitätskriterium und die funktionale Dreiteilung der Fallgruppen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

d) Exkurs: Nur eine terminologische Kritik am Neutralitätskriterium?

Die vorstehende Zusammenführung verschiedener Fallgruppen und Rationes einer Privilegierungsbegrenzung unter dem Begriff der Neutralität setzt sich dabei solcher Kritik aus, die den Begriff der ‚Neutralität' selbst betrifft. Schiff lehnt das Neutralitätskriterium nämlich insofern ab, als er es für Intermediäre als falsch gesetzte Prämisse deklariert, ihren Dienst neutral erbringen zu können. Angebote (in seiner Terminologie: Intermediäre) seien durch explizit und implizit eingehende normative Setzungen[455] nie neutral.[456] Diese Erkenntnis verdient Anerkennung, begründet aber nicht, Globalkritik am Topos der Neutralität zu üben. Eine normative Architektur der Angebote – und sei sie nur aus ökonomischen Motiven so gestaltet – sollte per se keinen Anlass bieten, die Providerprivilegierung grundsätzlich in Frage zu stellen.[457] Wenn Schiff diese paradigmatisch fehlende Neutralität aufgrund der kuratierenden Algorithmen annimmt, dann ist damit jedenfalls grundsätzlich noch kein Verstoß gegen das Neutralitätsgebot verbunden, dass einen Privilegierungsausschluss rechtfertigt. Ausnahmen können aber dann etwa vorliegen, wenn die Kuratierung an unmittelbar diskriminierenden Kriterien ausgerichtet wird; ein Gedanke, der sich nunmehr auch Art. 7 DSA entnehmen lässt. Ein Beispiel dafür könnten die Vorwürfe gegen den Dienst TikTok sein, die Reichweite von Menschen mit Behinderung und für LGBTQI+-Themen zu begrenzen (sog. shadow banning[458]).[459] Jenseits dieser Fälle dürfte es sich aber kaum rechtfertigen lassen, eine prinzipiell zu bezweifelnde Neutralität mit erheblichen Einschränkungen der Providerprivilegierung zu verbinden.

Die Erkenntnis, dass Technologie nie völlig neutral ist[460], sollte vielmehr als Einladung verstanden werden, ein normatives Verständnis von Neutralität im Kontext der Anbieter zu formen und entlang der Achse Nähe/Distanz zum Inhalt in differenzierender Manier eine Überprivilegierung zu verhindern. Ein solcher Versuch wurde mit der vorstehenden funktionalen Dreiteilung unternommen.

---

[455] Zu dieser Unterscheidung vgl. oben Kap. 1 C.

[456] *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 169 ff. mit Nachweisen aus dem US-amerikanischen Diskurs, bei dem sich diese Erkenntnis schon früher durchgesetzt hat.

[457] Zeugnis davon legt nicht zuletzt das tatbestandliche Programm des Art. 7 DSA ab, wonach proaktive Maßnahmen dann keine Neutralität ausschließen sollen, wenn sie bestimmten normativen Grundsätzen folgt. Vgl. dazu Kap. 3 C. II.

[458] Dazu auch ErwG Nr. 55 zum DSA.

[459] Vgl. *Eydlin*, TikTok räumt systematische Diskriminierung von Nutzern ein, zeit.online vom 5. 12. 2019 (https://www.zeit.de/digital/internet/2019-12/tik-tok-social-media-diskriminierung-moderationsregeln-online-plattform) (letzter Abruf am 10. 5. 2024); *Posselt*, WIE DIE IM INTERNET WIEDER SPRECHEN, zeit online vom 12. 6. 2023 (https://www.zeit.de/campus/2023-06/tiktok-algorithmus-zensur-lgbtq-algospeak) (letzter Abruf am 10. 5. 2024).

[460] *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 171 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

5. Konkretisierung der Fallgruppe der rechtswidrigen Zweckausrichtung aus ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA

Nachdem eine funktionale Dreiteilung der Fallgruppen des Neutralitätsgebots versucht wurde, soll abschließend der neue Fall der rechtswidrigen Zweckausrichtung (ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA) konkretisiert werden. Zunächst sollen einige Indizien diskutiert werden, die in der Gesamtabwägung für oder gegen eine rechtswidrige Zweckausrichtung herangezogen werden können. Hierbei bietet es sich an, auch auf die medienstrafrechtliche Literatur, insbesondere der zu § 127 StGB zu blicken, da dieser ebenfalls – wenn auch etwas enger – an die kriminelle Zweckausrichtung anknüpft (a)).[461] Daran angeschlossen werden Sonderkonstellationen betrachtet, die die Beibehaltung der Grundkonzeption hinsichtlich des Haftungsregimes unter Druck setzen (b)).

a) Gesamtbetrachtung und ihre möglichen Indizien

aa) Anhaltspunkte aus ErwG Nr. 20 S. 3 zum DSA

Der europäische Gesetzgeber gibt dem Rechtsanwender in diesem Kontext in ErwG Nr. 20 S. 3 zum DSA lediglich an die Hand, dass „[a]llein die Tatsache, dass ein Dienst verschlüsselte Übertragungen oder ein anderes System anbietet, mit dem die Identifizierung des Nutzers unmöglich wird, […] für sich genommen nicht als Erleichterung rechtswidriger Tätigkeiten gelten [sollte]." Damit dürfte schon deutlich werden, dass nicht allzu geringe Anforderungen an die Förderung von rechtswidrigen Tätigkeiten zu stellen sind, denn dass Anonymisierungsdienstleistungen rechtswidrige Tätigkeiten incentivieren können und eine Rechtsdurchsetzung erschwert wird, ist zunächst einmal augenfällig.[462] Vorsichtiger und differenzierter könnte man dem S. 3 aber auch zweierlei entnehmen:

Zum einen wird deutlich („für sich genommen"), dass zu diesem Zwecke eine Gesamtbetrachtung der Einzelfallumstände vorgenommen werden sollte. Ein Vorgehen, das explizit auch für § 127 StGB vorgeschlagen wird.[463]

Zum anderen kann das Beispiel der geringen Indizkraft einer Anonymisierungsdienstleistung verdeutlichen, dass es nicht allein um das Ausmaß der Förderungs-, genauer: Anreizwirkung geht, sondern – strafrechtsdogmatisch gesprochen – um den (generellen) deliktischen Sinnbezug[464] des Angebots. Die Frage lautet also, ob die Gestaltung des Angebots als eine Anpassung an rechtswidrige Tätigkeiten zu

[461] Zu der Nachbildung eines solchen Organisationsdelikts bzw. einer Eigenhaftung durch den ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA vgl. oben Kap. 3 D. II. 4. b) cc) (2).

[462] *Glöckner*, WRP 2023, 1027, 1033 sieht darin die „begründete Angst des Unionsgesetzgebers vor der eigenen Courage", die in S. 2 gezeigt wurde.

[463] BT-Drs. 19/28175, S. 15.

[464] Zur strafrechtlichen Figur des deliktischen Sinnbezugs vgl. nur *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 221 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

verstehen ist oder ob ihr auch rechtmäßige Zwecksetzungen zugeordnet werden können. Im Hinblick auf Anonymisierungsleistungen und etwa die Verortung im Darknet gilt es insofern richtigerweise zu beachten, dass diese auch für neutrale, gar sozial nützliche Zwecke verwendet werden können.[465]

ErwG Nr. 20 S. 3 zum DSA lässt sich also unmittelbar entnehmen, dass Anonymisierungsdienstleistungen kein hinreichendes Indiz für eine rechtswidrige Zwecksetzung sind und darüber hinausgehend verallgemeinernd dahingehend verstehen, dass es vor allem um den (generellen) rechtswidrigen Sinnbezug geht.

bb) Indizien für und gegen eine rechtswidrige Zweckausrichtung

Jenseits der gesetzgeberischen Hinweise aus ErwG Nr. 20 S. 3 zum DSA finden sich im Schrifttum bislang keine Anhaltspunkte für eine Konkretisierung. Da aber – wie gezeigt – eine strukturelle Nähe zum Straftatbestand des § 127 StGB ausgemacht werden kann, lassen sich dort diskutierte Erwägungen zu einem Indizienkatalog heranziehen. Um Redundanzen zu vermeiden, sei auf untenstehende Ausführungen zur kriminellen Zweckausrichtung bei § 127 StGB verwiesen, ohne dabei zu übersehen, dass im allgemeinen Medienrecht natürlich keine Begrenzung auf *straf*rechtswidrige Ausrichtungen anzunehmen ist.[466] Zusammengefasst können für eine rechtswidrige Zweckausrichtung eine entsprechende Namensgebung oder die mögliche rechtswidrige Inhalte strukturierende Kategorisierung[467] des Angebots ebenso als Indizien herangezogen werden wie die Notwendigkeit, eine Keuschheitsprobe zu bestehen, um das Angebot nutzen zu können. Häufig wird auch vorgeschlagen, im besonderen Maße auf die tatsächliche Nutzung des Angebots durch andere Nutzer abzustellen. Vorsicht ist hingegen geboten, die nur partielle Einhaltung von Sorgfaltspflichten aus dem DSA als Kontraindiz heranzuziehen. Gleiches gilt für die Verwendung von AGB und Nutzungshinweisen, die eine legale Nutzung vorschreiben, können sie doch als ‚schnell geschriebene Feigenblätter' missbraucht werden.

b) Sonderkonstellationen

Abschließend sollen drei Sonderkonstellationen betrachtet werden, die zum einen den ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA in seiner Reichweite herausfordern und zum anderen zu der These zurückführen, dass der europäische Gesetzgeber mit dem flexibilisierten Neutralitätsgebot die Tür offengelassen hat, damit der Rechtsanwender und

[465] Dazu ausführlich unten Kap. 5 A. II. 3. b) aa) (1).

[466] Vgl. dazu unten Kap. 5 A. II. 3. b) aa).

[467] Vgl. im telemedienrechtlichen Kontext auch *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 4, wenn bei kriminellen Handelsplattformen zusätzlich die Schaffung oder Aufrechterhaltung von kriminellen Zwecken dienenden Kategorien hinzukommt; ebenso *Wittmer*, ZdiW 2022, 414, 418; *Wittmer*, Darknet, S. 103.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

insbesondere der EuGH das Grundkonzept eines zur ECRL identischen Haftungsregimes peu à peu zurückstutzt.

aa) Pervertiertes Angebot: ‚Sich-Zueigenmachen' einer rechtswidrigen Zwecksetzung

Eine erste Herausforderung für die Begrenzung der Providerprivilegierung über das Neutralitätskriterium stellt die Sonderkonstellation der durch Dritte pervertierten Plattform dar. Eine solche liegt vor, wenn ein originär neutral ausgerichtetes Angebot mit massenhaft rechtswidrigen Inhalten durch Nutzer überflutet wird.[468] Die überwiegend rechtswidrige Nutzung kann dabei einerseits Konsequenz einer zu rechtswidrigen Tätigkeiten einladenden Gestaltung oder Verwaltung des Angebots sein. Dann aber handelt es sich nicht um eine ‚echte' Pervertierung, sondern nur um den Ausdruck einer nicht direkt erkennbaren rechtswidrigen Ausrichtung durch die Gestaltung des Angebots. Davon zu trennen ist es andererseits, wenn von der rechtswidrigen Nutzung ihrerseits eine anreizende Wirkung auf weitere Nutzer ausgeht.[469] Dass in dieser zweiten Konstellation das durch die Providerprivilegierung abgesicherte Maß an rechtmäßigem Verkehr überschritten wird, ergibt sich hier vor allem daraus, dass von pervertierten Plattformen ein besonderer Anreiz für die Begehung weiterer Straftaten ausgeht. Zum einen vermitteln sie nämlich den Eindruck, dass man ein kriminelles Gegenüber, insbesondere bei Geschäftspartnern, besonders einfach findet. Zum anderen ergibt sich für Suchende auch der Eindruck, dass innerhalb der Plattform nicht wirksam gegen strafrechtswidrige Inhalte vorgegangen wird. Einwände gegen die Figur der pervertierten Plattform als kriminell ausgerichtete und damit nicht mehr neutrale Plattform lassen sich nach Kenntnisstand des Betreibers differenzieren:

(1) Fehlende Kenntnis von der Pervertierung

Besonders problematisch ist zunächst die Konstellation, in der die Pervertierung der Plattform durch ihren massenhaften Missbrauch vom Betreiber nicht zur Kenntnis genommen wird. Denn die Begrenzung der Providerprivilegierung durch das Neutralitätskriterium gerät in diesem Falle in besonderen Konflikt mit dem Grundgedanken des Art. 8 DSA. Will man nämlich die Anwendung der Providerprivilegierung für Plattformbetreiber einschränken, so geht es gerade darum, dem strengen Maßstab des Art. 6 Abs. 1 a) DSA zu entgehen und den Betreiber nicht mehr von allgemeinen Überwachungspflichten gem. Art. 8 DSA befreit zu sehen. Weiß der Betreiber aber nicht einmal darum, dass sein Dienst vermehrt missbraucht wird und das Angebot infolgedessen einen Anreiz für weitere Straftaten aussendet, so befindet

[468] Vgl. dazu bereits *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 116; aufgenommen wird dieser Gedanke von *Kusche*, JZ 2021, 27, 33; *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 31. Zur Sonderkonstellation des pervertierten Angebots vgl. im Kontext des § 127 StGB unten Kap. 5 A. II. 3. c).

[469] Zur Unterscheidung ausführlich unten Kap. 5 A. II. 3. c) aa) und bb).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

er sich nach wie vor in einer privilegierungsbedürftigen Situation. Art. 8 DSA steht somit auf der Rechtsfolgenseite einer Privilegierungsbegrenzung aufgrund rechtswidriger Zweckausrichtung, gleichzeitig aber ist sein Gedanke für die Konturierung jener rechtswidrigen Zweckausrichtung zu beachten. Erst wenn der Betreiber Kenntnis von der kriminellen Ausrichtung der Plattform nimmt, begrenzt das Neutralitätskriterium den Anwendungsbereich der Providerprivilegierung.[470]

Eine solche Begrenzung des Neutralitätskriteriums ergibt sich auch aus den Erwägungen des europäischen Gesetzgebers zum DSA: In ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA heißt es nämlich, dass der „Zweck – die Erleichterung rechtswidriger Aktivitäten – klar zum Ausdruck" gebracht werden muss (durch den Anbieter); eine objektive Nützlichkeit für die Verwendung zu kriminellen Zwecken wird kumulativ gefordert. Nimmt man diese Formulierung ernst, so läuft man nicht Gefahr, in Fällen der Pervertierung des Angebots in Unkenntnis einen Privilegierungsausschluss unter dem Neutralitätskriterium zu begründen. Dies folgt nicht nur aus dem zweiten Satz der Erwägung, sondern letztlich auch aus dem Regelbeispielverhältnis zu S. 1[471]: Selbst wenn man bei einer funktionalen Betrachtung der ErwG Nr. 20 S. 1 zum DSA in einen geschriebenen (ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA) und einen ungeschriebenen Fall (kollusives nicht-angebotsvermitteltes Zusammenwirken) unterteilt und beide Privilegierungsausschlüsse mit unterschiedlicher Reichweite versehen will[472], bleibt es dabei, dass jedenfalls das Bewusstsein aus S. 1 für S. 2 gelten muss.

(2) Kenntnis von der Pervertierung

Nicht aber ohne mögliche Einwände bleibt auch die Konstellation, in der die Pervertierung zur Kenntnis genommen und das Angebot ohne Anpassung aufrechterhalten wird. In diesem Falle könnte nämlich zum Ausdruck gebracht werden, dass der Anbieter die von anderen gesetzten Zwecke billige. Ob dies für andere erkennbar ist, spielt anders als bei der überwiegenden Auslegung hinsichtlich des Sich-Zueigenmachens[473] keine Rolle. Es kommt allein auf die tatsächliche Tätigkeit des Anbieters an, auch wenn die Formulierung des Erwägungsgrundes („klar zum Ausdruck bringt") auf den ersten Blick in eine andere Richtung gedeutet werden könnte. Auch ohne Relevanz bleibt es, ob sich diese Übertretung des objektiven Risikos durch aktives Tun oder Unterlassen ausdrückt, also ob von ‚Weiterbetrieb' des Angebots oder von der ‚unterlassenen Reinigung' die Rede ist. Für die Frage, ob

[470] So schon *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 117; zust. wohl *Kusche*, JZ 2021, 27, 33, obwohl der Anknüpfung an „systematische Verstöße" gegen § 10 S. 1 Nr. 2 TMG a. F. auch ein zeitlich-repetetives Element innewohnen könnte.

[471] Vgl. dazu oben Kap. 3 D. II. 4. a).

[472] Vgl. erneut oben Kap. 3 D. II. 4. b) cc).

[473] Vgl. dazu oben Kap. 3 D. I. und erneut den speziellen Art. 6 Abs. 3 DSA, für den anderes gilt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der telemedienrechtliche Vorfilter in Kraft bleibt, sind diese Erwägungen zunächst irrelevant.[474]

Es fragt sich letztlich, ob der Gedanke der Guten-Samariter-Privilegierung (nunmehr Art. 7 DSA[475]) einer Erfassung des pervertierten Angebots unter dem Neutralitätskriterium entgegensteht. Diesem dürfte aber eine andere Stoßrichtung zukommen: Aus einer proaktiven Kontrolle und der erhöhten Nähe zu den Inhalten soll nicht die Annahme einer aktiven Rolle und damit ein Privilegierungsausschluss folgen. Nicht angesprochen ist der Fall, in dem der Anbieter durch proaktive Maßnahmen Kenntnis von der (massenhaften) Pervertierung seines Angebots nimmt und dadurch mittelbar über die bewusst kriminelle Ausrichtung seine Neutralität verliert. Hier lässt sich erneut die funktionale Systematisierung nach verschiedenen Fallgruppen des Neutralitätskriteriums mit besonderem Augenmerk auf den unterschiedlichen Legitimierungskonzepten nutzbar machen.[476] Wollte man das anders sehen, würde eine Einschränkung vom Wortlaut des Art. 7 DSA auch nur dann vorzunehmen sein, wenn die Kenntnisnahme der Pervertierung durch anlasslose Untersuchungen hervorgerufen wird, die der Auffindung von rechtswidrigen Inhalten dienen. Solche Konstellationen dürften praktisch jedoch kaum im Bereich dieser Fallgruppe vorkommen.

Besteht also Kenntnis hinsichtlich des von Dritten ausgehenden massenhaften Missbrauchs, so entfällt mangels Neutralität das telemedienrechtliche Providerprivileg.

bb) Verletzung von Sorgfaltspflichten aus dem DSA: Verwachsung der zwei materiellen Säulen des Regulierungskonzepts

Neben der Sonderkonstellation des pervertierten Angebots lässt sich abschließend auf das eingangs erörterte materiell-rechtliche Zwei-Säulen-Modell des Regulierungsansatzes durch den DSA[477] und das Bekenntnis zu einer Trennung von Sorgfaltspflichtenkatalog und Haftungsprivilegierung[478] zurückkommen: Kann eine Verletzung von Sorgfaltspflichten aus dem DSA durch die Anbieter unter der Fallgruppe der rechtswidrigen Ausrichtung zu einem Privilegierungsausschluss führen?

[474] Sie wird aber bei der Verhaltensformfrage eine Rolle spielen. Vgl. dazu unten Kap. 4 B. III. 2. b).

[475] Dazu oben Kap. 3 C. II.

[476] Vgl. dazu oben Kap. 3 D. II. 4.

[477] Vgl. oben Kap. 3 A. I. 1.

[478] Vgl. oben Kap. 3 A. I. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(1) Pflichtenprogramm des Art. 16 DSA

(a) Einrichtung eines Meldesystems i. S. v. Art. 16 Abs. 1 DSA

Ein sich aufdrängendes Beispiel ist etwa die Einrichtung von Meldewegen i. S. v. Art. 16 Abs. 1 DSA.[479] Wer ein solches System nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig in sein Angebot implementiert, kann nach § 33 Abs. 5 Nr. 8 DDG mit einem Bußgeld belegt werden. Der europäische Gesetzgeber hat sich gerade dagegen entschieden, einen Ausschluss der Privilegierung an den Verstoß gegen diese Sorgfaltspflicht zu knüpfen. Gleichwohl lässt sich nun aber im Lichte der rechtswidrigen Zweckausrichtung als Unterfallgruppe des Neutralitätsgebots erwägen, ob derjenige, der ein solches Meldeverfahren nicht einrichtet, eben damit zum Ausdruck bringt, dass auch rechtswidrige Inhalte über sein Angebot sollen gespeichert bzw. verbreitet werden können. So geht auch Spindler davon aus, dass die Verletzung von Art. 16 Abs. 1 DSA „als Indiz für ein generell gefahrgeneigtes ‚aktives' System, das zu Rechtsverletzungen quasi einlädt, angesehen werden [kann], so dass die Anwendung der Haftungsprivilegierungen eher zu verneinen ist."[480]

Gleichwohl scheint es zu weit zu führen – und eben der Grundkonzeption des DSA diametral entgegenzustehen –, wenn man solche Sorgfaltspflichtverletzungen in jeder Schwere schon ausreichen lassen wollte, um einen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot zu begründen. Es dürfte zum einen zusätzlich auf weitere im Indizienkatalog angedeutete Umstände ankommen und zum anderen hinsichtlich der Gravität der Sorgfaltspflichtverletzung zu unterscheiden sein. Die Kontrollfrage muss nämlich weiterhin lauten: Kommt in der Sorgfaltspflichtverletzung hinreichend zum Ausdruck, dass der Anbieter gerade auch rechtswidrige Inhalte in seinem Angebot akzeptiert? Das dürfte eher dort fernliegen, wo die Meldewege (leicht) verspätet oder in der formalen Gestaltung nicht korrekt eingerichtet wurden; während man der Verletzung dort eine größere Indizkraft zusprechen dürfte, wo Meldewege gar nicht eingerichtet wurden und darüber hinaus etwa die Erreichbarkeit der Anbieter erschwert wird, um sich systematisch in Unkenntnis zu halten.

(b) Sonderfall der bewussten Unkenntnis von Hinweisen nach Art. 16 Abs. 2 DSA

Damit gehört in diesen Kontext auch die Konstellation, in der der Anbieter bewusst eine Kenntnisnahme von rechtswidrigen Inhalten und damit eine Haftungsreaktivierung nach Art. 6 Abs. 1 a) DSA als eine Art „Schutzschild"[481] vermeidet. Das kann einmal, wie dargestellt, durch die Vereitelung von Meldungen i. R. d.

[479] Dazu schon oben Kap. 3 C. I. 1. b) sowie Kap. 3 B. III. 3. b).

[480] *Spindler*, GRUR 2021, 545, 553.

[481] *Hoven*, ZWH 2018, 97, 102; *Blanke*, Verantwortlichkeit des Internet-Providers, S. 68 spricht von der „Flucht in die Unwissenheit".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Notice-and-Action-Systems geschehen, aber auch beim Bestehen eines Meldesystems, wenn entsprechende Meldungen nicht gelesen werden.[482]

Bode etwa vertritt für Sharehoster, dass eine Neutralität dann zu verneinen ist, wenn eine objektiv sorgfaltswidrige Betriebsorganisation eine Kenntnisnahme rechtswidriger Inhalte vermeidet.[483] Eine dogmatische Begründung bietet er in zweierlei Richtung an[484]: Zum einen über „eine Art Kenntnis zweiter Ordnung", also letztlich einen normimmanenten Ausschluss. Dass darin eine „unglückliche" Abweichung vom Grundsatz liegt, dass eine Kenntnis i. S. v. § 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F. (jetzt: Art. 6 Abs. 1 a) DSA) konkret zu sein hat und eine Zurechnung durch „Kenntnis" eines Computersystems abzulehnen ist[485], erkennt auch Bode selbst.[486] Zum anderen liege in solchen Fällen ein Rechtsmissbrauch bei Berufung auf die Privilegierung bzw. der Überschreitung des rechtlich erlaubten Risikos vor.[487]

Einer Stellungnahme zum Problem der bewussten Unkenntnis als Grund für einen Privilegierungsausschluss enthält sich derweil Hoven mit dem Argument, dass das Problem des hinreichend konkreten Gehilfenvorsatzes des Plattformbetreibers nicht geklärt ist. Nach ihrem Dafürhalten kommt es also gar nicht auf eine Begrenzung der Providerprivilegierung an, weil ein dolus eventualis hinsichtlich der Haupttaten – entgegen Bode[488] – zu verneinen ist.[489] Es wird an späterer Stelle ausführlich zu zeigen sein, dass dem ein teils zu strenges, teils zu lockeres Verständnis von den Bestimmtheitsanforderungen an den (Gehilfen-)Vorsatz zugrunde liegt.[490] Mit einer Irrelevanz für das Medienstrafrecht lässt sich daher nach hier vertretener Auffassung die Fallgruppe der bewussten Unkenntnis nicht unbetrachtet lassen.

---

[482] Vgl. dazu auch *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 268.

[483] *Bode*, ZStW 2015, 937, 988; in dieser Richtung auch *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 329; einschränkend *Liebau*, JURA 2006, 520, 526: Gleichstellung mit der konkreten Kenntnis „nur in Extremfällen, in denen der Diensteanbieter trotz näherer und konkreter Hinweise eine ‚Vogel-Strauß-Politik' betreibt"; mit Verweis auf § 242 BGB auch *Hoeren*, MMR 2002, 113 sowie schon *Freytag*, Haftung im Netz, S. 183.

[484] *Bode*, ZStW 2015, 937, 988.

[485] Vgl. nur *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 18; näher oben Kap. 3 C. I. 1.

[486] *Bode*, ZStW 2015, 937, Fn. 234; kritisch auch *Handel*, Diensteanbieter, S. 146; *Gerhold/Handel*, in: NK-Medienstrafrecht, § 10 TMG Rn. 10; vgl. insofern auch *Hennemann*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, § 10 TMG Rn. 24 mit Verweis auf die abweichende Auffassung bei *von Petersdorff-Campen*, in: NK-Medienrecht, Abschnitt 30 Rn. 30, wobei es dort um das Sich-Verschließen vor der Kenntnisnahme der Rechtswidrigkeit und nicht des Inhalts als solchem gehen dürfte.

[487] Ablehnend im Hinblick auf das TMG *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rn. 18, weil die Regelungen der ECRL abschließend sei.

[488] *Bode*, ZStW 2015, 937, 988.

[489] *Hoven*, ZWH 2018, 97, 102.

[490] Vgl. unten ausführlich unter Kap. 5 B. II. Jedenfalls mit Blick auf Bodes Betrachtung von Sharehostern, die verhältnismäßig gleichartige Verstöße fördern, ließe sich daran zweifeln, ob der Vorsatz, selbst nach der revisionsbedürftigen Rechtsprechungslinie abzulehnen ist. Zur Figur der ommissio libera in causa im Zusammenhang mit der bewussten Unkenntnis zurecht ablehnend *Jimenez Bernales*, Service Provider, S. 117.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die praktische Relevanz löst sich indessen durch die Verzahnung der Meldung mit der normimmantenten Haftungsreaktivierung gem. Art. 6 Abs. 1 a) DSA durch den Art. 16 Abs. 3 DSA auf. Durch die Kenntnisnahmefiktion kann im Sonderfall der ignorierten Meldungen bereits eine Passage durch den Privilegierungsfilter begründet werden.[491] Eine für das gesamte Angebot geltender Verstoß gegen das Neutralitätsgebot in Gestalt einer rechtswidrigen Ausrichtung braucht daher nicht (länger) konstruiert zu werden.

(2) Sperrung von Nutzeraccounts nach Art. 23 Abs. 1 DSA

Als weiteres Beispiel soll der sorgfältige Umgang mit Nutzeraccounts dienen, die wiederholt durch die Begehung von Straftaten bzw. die Verbreitung sonstiger rechtswidriger Inhalte auffallen. Dass aber die unterlassene Sperrung von Nutzern zu einer Versagung der Providerprivilegien führen soll, scheint zu weit zu führen. Eine rechtswidrige Zweckausrichtung des Angebots i. S. v. ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA lässt sich nämlich kaum anhand des vereinzelt gebliebenen Verstoßes gegen die Sorgfaltspflicht aus Art. 23 DSA begründen. Es fehlt regelmäßig an einem systematischen Verstoß, der das Risiko des gesamten Angebots derart ansteigen lässt, dass insgesamt der Bereich des Privilegierungswürdigen überschritten wird. Näher liegt schon eher eine Einordnung in die Fallgruppe des kollusiven (nicht angebotsvermittelten) Zusammenwirkens zwischen Anbieter und Nutzer (ErwG Nr. 20 S. 1 zum DSA). Doch auch dort wird die ausbleibende Sperrung kaum das Maß eines Zusammenwirkens erreichen, dass dieser Fallgruppe des Neutralitätskriteriums zuzuordnen sein dürfte.

cc) Verletzung von Sorgfaltspflichten außerhalb des DSA: Die Folgen von ‚YouTube und uploaded' und ihre deliktsspezifische Einhegung

Die letzte Sonderkonstellation betrifft Sorgfaltspflichten, die sich nicht aus dem DSA ergeben, sondern allgemeinen Gedanken der notwendigen Gefahrenverhütung entsprechen. Der Weg für solche Erwägungen wird vor allem durch die Entscheidung des EuGH in der Sache ‚YouTube und uploaded' bereitet: Wenn es – wie oben herausgearbeitet[492] – keinen unmittelbaren Zusammenhang zwischen „zentraler Rolle" i. S. v. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL und dem Neutralitätskriterium gibt, sondern eine kohärente Auslegung anzustreben ist, dann ließen sich die zugrundeliegenden Erwägungen auch auf weitere Felder anwenden. Das ist erneut besonders für die Fallgruppe der Nicht-Beachtung der üblichen Sorgfalt bei der Verwendung geeigneter technischer Maßnahmen zur Verhinderung rechtswidriger Handlungen relevant, wenn ein allgemeines Wissen besteht, dass über das Angebot rechtswidrige Handlungen begangen werden. Wenn solche technischen Maßnahmen gerade in der Verwendung automatisierter Filter bestehen, dann lässt sich erneut fragen, ob

[491] Zu Art. 16 Abs. 3 DSA vgl. oben Kap. 3 C. I. 1. b).

[492] Vgl. oben Kap. 3 D. II. 2. d) zu EuGH MMR 2021, 705, 709 (Youtube und uploaded).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Spannungen im Verhältnis zu Art. 8 DSA entstehen. Wie schon im Kontext der Sonderkonstellationen der pervertierten Angebote gezeigt[493], bedingt die Annahme einer neutralen Handlung erst die Wirkung des Art. 8 DSA. Sie bei der Begrenzung hinsichtlich des allgemeinen Wissens um die Verwendung zu rechtswidrigen Zwecken auch auf Seiten der Voraussetzung zu verorten, scheint dabei geboten, nicht aber notwendigerweise darüber hinaus. Ist dem Anbieter erst einmal bekannt, dass das Angebot im Allgemeinen zu rechtswidrigen Zwecken verwendet wird, so scheint es durchaus vertretbar, entsprechende technische Maßnahmen für eine Neutralität zu fordern.

Was jedoch Maßnahmen sind, „die von einem die übliche Sorgfalt beachtenden Wirtschaftsteilnehmer in seiner Situation erwartet werden können", um Rechtsverletzungen „glaubwürdig und wirksam zu bekämpfen"[494], dürfte im Einzelfall zu prüfen sein und im erheblichen Maße von dem jeweiligen Regelungsbereich der positiven Haftungsvoraussetzungen abhängen. So lassen sich etwa automatisierte und KI-basierte Filtersysteme im Bereich der Kinderpornographie und Gewaltdarstellungen tendenziell besser einsetzen als bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen.[495] Anhaltspunkte bieten könnte darüber hinaus auch die Entscheidung des EuGH in der Sache ‚Polen' zur Vereinbarkeit des Art. 17 DSM-RL mit der Meinungs- und Informationsfreiheit.[496] Davon ausgehend dürfte es erforderlich werden, nach Größe, Gefahrgeneigtheit und verhältnismäßiger Filterbarkeit rechtswidriger Inhalte sowie drohender Verletzungen zu differenzieren. Eine detaillierte Analyse, inwiefern auf der Grundlage von ‚YouTube und uploaded' Sorgfaltspflichtenverstöße (jenseits der Art. 16 ff. DSA) für einen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot sprechen können, muss weiteren Arbeiten und der Konturierung durch den EuGH vorbehalten bleiben.

Dennoch sollen an dieser Stelle schon zwei allgemeine Erwägungen Platz finden: Zum einen dürfte sich eine Rezeption der EuGH-Linie in ‚YouTube und uploaded' durch ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA nicht mit einer Globalabwägung zufriedengeben. Sie kann nur ein erster Schritt zur Konturierung des Privilegierungsausschlusses sein. Darüber hinaus dürfte die Prüfung geboten sein, ob aus der unterlassenen Verwendung von Risikominimierungstechnologien hinreichend klar zum Ausdruck kommt, dass gerade auch rechtswidrige Inhalte gefördert werden sollen. Erst damit dürfte die nötige Verbindung zur Formulierung des ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA gefunden sein. Für eine solche Bewertung bietet sich das oben aus ErwG Nr. 20 S. 3 zum DSA abstrahierte Kriterium des deliktischen Sinnbezugs der Angebotsgestaltung an.[497] Es öffnet den Blick dafür, dass eine Globalabwägung zwar zu dem Ergebnis kommen kann, dass für bestimmte Anbieter Filter für spezifische Inhalte sorgfältig wären, aus

[493] Kap. 3 D. II. 5. b) aa) (1).

[494] EuGH MMR 2021, 705, 709 (Youtube und uploaded).

[495] Vgl. erneut *Kusche*, in: FS-Danziger, S. 555, 562 f.

[496] EuGH MMR 2022, 544 (Polen); zu diesem Vergleich auch *Köhler*, in: Müller-Terpitz/Köhler, Art. 7 Rn. 30.

[497] Vgl. dazu oben Kap. 3 D. II. 5. a) aa).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einer Missachtung aber noch nicht die rechtswidrige Zwecksetzung hinreichend klar zum Ausdruck kommt. Es lässt sich also die Frage stellen, ob sich aus ErwG Nr. 20 S. 2 und S. 3 zum DSA Anlass ergibt, eine tendenziell zurückhaltende Rezeption der EuGH-Rechtsprechung (YouTube und uploaded) zu üben.

Zum anderen ließe sich – will man bei zukünftiger Weiterentwicklung entsprechender Filtertechnologien einen hinreichenden deliktischen Sinnbezug erkennen – eine Ausnahme von der oben aufgestellten Regel der Deliktsunspezifität der angebotsvermittelten Nicht-Neutralität begründen. Es wurde zwar unter dem Stichwort des Separationsmodells und im Vergleich zur nicht-angebotsvermittelten Kollusion gezeigt, dass eine rechtswidrige Ausrichtung des Angebots hinsichtlich aller rechtswidrigen Inhalte zum Privilegierungsverlust führen kann.[498] Bei der Rezeption von ‚YouTube und uploaded' könnte nun aber Zurückhaltung geboten sein und einen Privilegierungsausschluss allein hinsichtlich der nicht gefilterten Inhalte angenommen werden. Das ergibt sich im Vergleich zum Verstoß gegen Art. 16 Abs. 1 DSA schon daraus, dass die ‚Filterbarkeit' von Inhalten von der Inhaltsgattung abhängen dürfte. Darüber hinaus aber mag die unterlassene Risikominimierung beim Betrieb nicht in gleichem Maße wie eine aktive Gestaltung hinsichtlich der rechtswidrigen Nutzung dem gesamten Betrieb die Sozialadäquanz rauben.

Bei beiden zuletzt genannten Aspekten handelt es sich nur um erste Vorschläge einer zurückhaltenden Rezeption der EuGH-Linie in die dritte Fallgruppe des Neutralitätsgebots. Sie verdienen weitere Aufmerksamkeit. Jedenfalls aber – so lässt sich festhalten – hat der europäische Gesetzgeber die Tür für eine Begrenzung der Haftungsprivilegierung bei systematisch unsorgfältigem Verhalten mit ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA offenstehen lassen.

6. Zwischenfazit: Flexibilisiertes Neutralitätsgebot als versteckte ‚Buße' für die „Erbsünde" der Providerprivilegierung

Nach der Systematisierung und Konkretisierung des Neutralitätskriteriums soll abschließend der Bogen zur Grundkonzeption der Providerprivilegierung gespannt werden, die im DSA im Wesentlichen unverändert beibehalten werden sollte. Die Grundidee des Privilegierungsregimes, weiterhin die positive Kenntnis ins Zentrum der Haftungsprivilegierung zu stellen, kann, wie an verschiedenen Stellen gezeigt, zu einer ungünstigen Anreizstruktur führen. Vorteilhaft ist es für Anbieter damit, eine Kenntnisnahme von Inhalten zu vermeiden, was sich nicht nur in den Fällen einer unzureichenden Einrichtung eines Meldesystems gem. Art. 16 Abs. 1 DSA, sondern auch in der Vermeidung einer positiven Kenntnisnahme durch proaktive Maßnahme zeigt. Diese Beobachtungen können im Zusammenhang der sich gewandelten Macht und Steuerungsmöglichkeit von Anbietern die von Hilgendorf pointiert geübte Kritik

[498] Vgl. Kap. 3 D. I. 4. b) bb) und cc).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

an einer unveränderten Providerprivilegierung als „Erbsünde“ der ECRL rechtfertigen.[499]

Es konnte aber gezeigt werden, dass mit dem Neutralitätskriterium ein Instrument besteht, die Probleme einzufangen, die aus der Kenntnisfixierung der Art. 4 ff. DSA in die Richtung einer Überprivilegierung entstehen. Das kann vor allem dann gelingen, wenn man sich einer grundlegenden Trennung von Fallgruppen anschließen will, die eine Privilegierungsbegrenzung tragen könnten. Die aktive Rolle und die besondere Nähe zu den Inhalten kann daher nur eine dieser Fallgruppen sein. Löst man sich von ihr in anderen Bereichen und erkennt an, dass auch eine Distanz zu den Inhalten, die innerhalb eines Angebots zugänglich sind, sorgfaltswidrig sein und damit das erlaubte Risiko eines Dienstes überschreiten kann, so lässt sich ‚Buße‘ für die „Erbsünde“ tun. Mit einem flexibilisierten bzw. ausdifferenzierten Verständnis von dem Neutralitätskriterium, das auch durch die ErwGe Nr. 18 und 20 zum DSA nahegelegt wird, lässt sich eine solche Korrektur schon de lege lata herbeiführen. Fluch und Segen dieser ‚dogmatischen Hintertür‘ ist ihr technik-dynamisches[500] und zeitgleich Rechtssicherheit schwächendes Potenzial, das Gefahrgeneigtheiten, Verfügbarkeit und Effektivität von technischen Hilfsmitteln sowie ihre Zumutbarkeit in Abhängigkeit von der Größe des Angebots berücksichtigen kann. Sie bleibt aber wichtiger Ausdruck eines flexiblen und dynamischen Risikoverständnisses hinsichtlich der Errichtung und Aufrechterhaltung von digitalen Kommunikationsräumen und fordert eine intensive und kontinuierliche Reevaluierung und Konkretisierung durch die Rechtswissenschaft und Justiz.

E. Zwischenfazit: Privilegierung der Anbieter nach dem DSA

Die Haftungsprivilegierungen der Art. 4 ff. DSA bilden Querschnittsregelungen, die auch für strafrechtliche Betrachtungen ihre Wirkung entfalten. Sie sind dogmatisch als Vorfilter zu berücksichtigen. Während es hinsichtlich der Anbieter erster Ordnung ohne durchgreifende Zweifel bleibt, dass diese nicht nur Dienste der Informationsgesellschaft i. S. v. Art. 3 a) DSA i. V. m. Art. 1 Abs. 1 b) Info-RL, sondern auch funktionsspezifisch dem Hosting i. S. v. Art. 6 DSA zuzuordnen sind, stellen Anbieter zweiter und dritter Ordnung beide Voraussetzungen des Anwendungsbereichs (Entgeltlichkeit und Speichertätigkeit) vor weitere Herausforderungen. Hinsichtlich der Entgeltlichkeit schafft eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Privilegierung auf unentgeltliche Anbieter durch § 7 Abs. 1 DDG Abhilfe. Außerdem ist mit einer funktionsspezifischen Betrachtung die Erkenntnis verbunden, dass

[499] *Hilgendorf*, in: Zukunftsperspektiven des Strafrechts, S. 137, 156; vgl. auch die Kritik bei *Schiff*, Informationsintermediäre, S. 109 f. sowie erneut *Field-Papuga*, MMR 2022, 453, 460; *Kusche*, in: FS-Danziger, S. 555 ff.

[500] Vgl. auch *Köhler*, in: Müller-Terpitz/Köhler, Art. 7 Rn. 30: „Entwickelt sich der Stand der Technik weiter, müssen sich auch die Überwachungsmaßnahmen weiterentwickeln.“

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die gleichzeitige Nutzereigenschaft der Anbieter nachgelagerter Ordnung nicht ausschließt, auch Diensteanbieter i. S. d. DSA sein zu können. Hingegen bestehen hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Art. 6 DSA insofern Bedenken, als eine Speicherung nicht (nur) durch die Anbieter nachgelagerter, sondern solcher erster Ordnung vorgenommen wird. Gleichwohl lässt sich eine teleologisch extensive Auslegung des Speicherbegriffs befürworten, die dann aber eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs der Art. 16 ff. DSA notwendig machen kann.

Sieht man die Anbieter verschiedener Ordnung (und ggf. ihre Moderatoren) vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst, ist zentrales Merkmal der Privilegierung gem. Art. 6 Abs. 1 a) DSA die Unkenntnis vom konkreten rechtswidrigen Inhalt. Es wurde gezeigt, dass es vorzugswürdig ist, den Gegenstand einer haftungsreaktivierenden Kenntnis auch auf die Rechtswidrigkeit des Inhalts zu beziehen. Diese Auffassung lässt sich nicht nur auf den Vergleich des Wortlauts von Art. 6 Abs. 1 a) DSA zu der entsprechenden Regelung des TMG und der ECRL stützen, sondern auch über eine Verortung im Regelungsgeflecht der Art. 7 und 16 Abs. 3 DSA begründen. Beide Vorschriften sind ggü. ECRL und TMG neu. Neben der indirekten Wirkung bei der Konturierung des Privilegierungsausschlusses kommt dem Art. 7 DSA (Guter-Samariter-Privileg) nur deklaratorische Funktion zu. Die Kenntnisnahmefiktion des Art. 16 Abs. 3 DSA entfaltet unmittelbare Wirkungen in praktisch für das Medienstrafrecht relevanter Weise nur in spezifischen Sonderkonstellationen. Um eine Haftungsreaktivierung trotz konkreter Kenntnis zu vermeiden, muss der Anbieter gem. Art. 6 Abs. 1 b) zügig in Richtung einer Sperrung oder Entfernung tätig werden. Bei der Bewertung der Zügigkeit ist – anders als im Konzept des NetzDG a. F. vorgesehen – eine umfassende Berücksichtigung der Einzelfallumstände vorzunehmen.

Gewissermaßen neben dem normimmanenten Privilegierungsprogramm der Art. 6 ff. DSA wurden und werden zwei Ansätze einer Privilegierungsbegrenzung diskutiert. Folgendes lässt sich nach eingehender Analyse festhalten: Die in der nationalen Rechtsprechung entwickelte und im Schrifttum weitverbreitete Figur des Sich-Zueigenmachens originär fremder Inhalte ist nicht nur als unionsrechtswidrig einzuordnen, sondern stellt, schwer nachvollziehbar, allein auf den äußeren Anschein einer Identifikation ab. Zahlreiche Konkretisierungsversuche der Figur führen darüber hinaus zu erheblichen Friktionen mit dem Grundgedanken der Providerprivilegierung.

Vorzugswürdige Figur zur Vermeidung einer Überprivilegierung ist das Neutralitätskriterium, das in der Rechtsprechung des EuGH entwickelt, vom europäischen Gesetzgeber in den ErwGen Nr. 18 und 20 zum DSA rezipiert und für das Medienstrafrecht relevant flexibilisiert wurde. Auf der Grundlage der ErwGe und der verschiedenen Legitimationsgedanken einer Privilegierungsbegrenzung lässt sich eine funktionale dreiteilige Systematisierung unter dem Oberbegriff des Neutralitätskriteriums vorschlagen: *Erstens* die aktive Rolle (ErwG Nr. 18 zum DSA) bei der Speicherung einzelner Inhalte, die aufgrund einer für Host-Provider untypischen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Distanzlosigkeit zum Inhalt zu einem Entfall der Privilegierung führt. Legitimation findet diese Fallgruppe in der Erwägung, ob dort, wo der Provider durch eine spezifische Behandlung des Inhalts Nähe zu diesem aufbaut, eine Haftung nach allgemeinen Regeln zumutbar wird. *Zweitens* das kollusive, aber nicht angebotsvermittelte Zusammenwirken mit einem Nutzer (ErwG Nr. 20 S. 1 zum DSA). Von der Privilegierung ausgeschlossen wären darunter alle Inhalte, die einen Konnex zur jeweiligen Kollusion aufweisen. Legitimation findet die Begrenzung in Prinzipien der Zurechnung von Unrecht nach klassischer (strafrechtlicher) Beteiligungsdogmatik. Und *drittens* die rechtswidrige Zweckausrichtung des Angebots (ErwG Nr. 20 S. 2, 3 DSA). Anders als ein kollusives Zusammenwirken ist dieses eher einer Eigenhaftung für die Organisationseinheit des Angebots nachgebildet. Die Begründung einer Privilegierungsbegrenzung erfolgt nicht über die individuelle Förderung einer rechtswidrigen Tätigkeit, sondern über die soziale Missbilligung des Betriebs einer technischen Infrastruktur als gesamter. Es lassen sich hier grundsätzlich keine inhalts- bzw. deliktsspezifischen Zusammenhänge fordern.

Mit dieser dritten Fallgruppe (der rechtswidrigen Zweckausrichtung) öffnet der europäische Gesetzgeber die Tür für den EuGH als Ersatzgesetzgeber, wenn es um die Konturierung der Providerprivilegierung im Kontext gefahrgeneigter Dienste geht. In Vorbereitung dieser Konturierung lässt sich ein Indizienkatalog entwickeln, der der Feststellung einer rechtswidrigen Zweckausrichtung dienlich sein kann.

Besondere Aufmerksamkeit verdienen drei Sonderkonstellationen im Lichte der Fallgruppe der rechtswidrigen Zweckausrichtung: Kommt es *erstens* zu der Pervertierung eines originär neutral ausgerichteten Angebots durch massenhaften Missbrauch, können ähnlich anreizende Wirkungen für andere Nutzer ausgehen wie von originär rechtswidrig ausgerichteten Angeboten. Auch ihr unveränderter Weiterbetrieb kann daher zu einem Entfall der Neutralität führen, wenn der Betreiber Kenntnis von der Umwidmung durch Dritte genommen hat. Dass gleiches nicht für Konstellationen der unerkannten Pervertierung gilt, wurde mit dem Grundgedanken des Art. 8 DSA argumentiert. Verletzt der Anbieter *zweitens* systematisch Sorgfaltspflichten aus dem DSA, die die Vermeidung von rechtswidrigen Inhalten und Tätigkeiten betreffen – wie etwa die Einrichtung von Meldewegen – können sich auch daraus Indizien für eine kriminelle Zweckausrichtung ergeben. Mit einer solchen Auslegung kann das Grundkonzept eines Nebeneinanders von Providerprivilegierung und Sorgfaltspflichten durch die in ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA geöffnete ‚Hintertür' aufgeweicht werden. Auch die Verletzung von Sorgfaltspflichten jenseits des DSA könnten *drittens* auf diesem Wege Berücksichtigung finden. Den Weg zu dieser Fallgruppe bereitet die Entscheidung des EuGH in der Sache ‚YouTube und uploaded', in der die Figur der nicht-neutralen Rolle schon vor dem Inkrafttreten des DSA erhebliche Flexibilisierung erfahren hat. Der EuGH nimmt nämlich an, dass die Einhaltung der branchenüblichen Sorgfalt etwa durch den Einsatz automatisierter Filtersysteme zu berücksichtigen sein kann. Es bleibt weiteren Bemühungen des Schrifttums und letztlich dem EuGH vorbehalten, zu erwägen, wann etwa der Verzicht auf KI-gestützte Filtermaßnahmen eine Unsorgfältigkeit begründet, die, wie

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

im Urheberrecht, einen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot nahelegt. Erste Ansätze einer zurückhaltenden Rezeption der Grundsätze aus ‚YouTube und uploaded' in das Neutralitätskriterium wurden abschließend angeboten.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kapitel 4

Selektion strafrechtlich relevanten Verhaltens

Nach eingehender Analyse des Verantwortlichkeitsregimes für Host-Provider, das für die Anbieter der verschiedenen Ordnungen von besonderer Bedeutung ist, soll das nachfolgende Kapitel einem Übergang zum strafrechtsdogmatischen Hauptteil der Untersuchung dienen. Es kann als Schnittstelle von telemedienrechtlichen Regelungen und strafrechtlichen Zurechnungsgrundsätzen verstanden werden. Um der Frage nachzugehen, an welches Verhalten der Anbieter ein strafrechtlicher Vorwurf zu knüpfen sein könnte, werden daher zunächst verschiedene Anknüpfungspunkte im Spiegel des im vorigen Kapitel konkretisierten Privilegierungsfilters[1] betrachtet (A.). Sodann soll das Verhältnis der den Filter passierenden Konstellationen zueinander geklärt werden, wobei sich insbesondere der Abgrenzung von Tun und Unterlassen zuzuwenden ist (B.).

A. Mögliche Anknüpfungspunkte für einen strafrechtlichen Vorwurf und der telemedienrechtliche Vorfilter

Weit überwiegend scheint die Frage nach dem Anknüpfungspunkt des strafrechtlichen Vorwurfs auf die Inbetriebnahme eines Angebots insgesamt und der Nicht-Löschung einzelner Inhalte nach Kenntnisnahme reduziert zu werden. Nach ausführlicher Bestimmung der Durchlässigkeit des telemedienrechtlichen Vorfilters erklärt sich das für die Inbetriebnahme des Angebots als Gesamten, etwa durch die Ausrichtung auf rechtswidrige Inhalte (durch aktive Gestaltung), damit, dass gegen das Neutralitätsgebot verstoßen wird.[2] Hinsichtlich der Nicht-Löschung nach Kenntnisnahme eines strafrechtswidrigen Inhalts folgt das aus der normimmanenten Haftungsreaktivierung des Art. 6 Abs. 1 a) DSA.[3] Es lassen sich indessen weitere Anknüpfungspunkte bedenken, wenn man auf die Durchlässigkeit des Vorfilters blickt:

Zu ihnen zählt zunächst, dass der Anbieter von der Verwendung von technischen Maßnahmen (insbesondere Uploadfilter) zur Verhinderung von Rechtsverstößen absieht. Es wurde im vorangegangenen Kapitel gezeigt, dass unter bestimmten Umständen ein Privilegierungsausschluss aufgrund des Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot in der Unterkonstellation der rechtswidrigen Ausrichtung (ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA), besonders mit Blick auf künftige Weiterentwicklungen der

[1] Zur Einordnung als Vorfilter, der eigenständig vor einer Untersuchung der allgemeinen strafrechtlichen Voraussetzungen zu prüfen ist vgl. Kap. 3 A. II.

[2] Dazu Kap. 3 D. II. 5. a).

[3] Dazu Kap. 3 C. I.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Filtertechnologien denkbar wird.[4] An eine unsorgfältige Absicherung könnte sich daher prinzipiell auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit knüpfen, wobei noch zu klären wäre, ob der Vorwurf ein Unterlassen der technischen Maßnahmen oder das aktive Tun des Anbietens betrifft.[5]

Außerdem lässt sich erwägen, einen eigenen mit dem Betrieb des Angebots inkongruenten Anknüpfungspunkt zu sehen, wenn Anbieter einen strafrechtswidrigen Inhalt manuell freigeben. Solche quasi-redaktionellen Kontrollen scheinen für die Anbieter erster Ordnung eher unwahrscheinlich. Allein, sollten sich entsprechende Verfahrensweisen als Reaktion auf einen wiederholten Verstoß als eine weniger intensive Alternative zur Sperrung des Nutzers ergeben, könnte sie in Zukunft praktisch relevant werden. Auf Ebene der zweiten Ordnung scheint eine solche Konstellation hingegen durchaus denkbar. So bietet Facebook in den letzten Jahren durch Funktionen des „AdminAssist" immer weitere Möglichkeiten für Administratoren, ihre Gruppen zu verwalten und zu kontrollieren.[6] Dazu gehört – auch schon vor der Einführung von AdminAssist – die Option, Beiträge generell oder von bestimmten Personen vor Erscheinen freigeben zu müssen. Unabhängig davon, ob der Inhalt und dessen Rechtswidrigkeit bei der Freigabe tatsächlich zur Kenntnis genommen werden (Art. 6 Abs. 1 a) DSA), entfällt der telemedienrechtliche Vorfilter schon vorab, weil der Anbieter bei der Speicherung eine aktive Rolle i. S. v. ErwG Nr. 18 zum DSA einnimmt.[7]

Es bleibt die Frage, ob die unterlassene Sperrung eines Nutzeraccounts, der wiederholt im Zusammenhang von Straftaten (oder der Verbreitung sonstiger rechtswidriger Inhalte) aufgefallen ist, als Anknüpfungspunkt für einen Strafbarkeitsvorwurf in Betracht kommt. Blickt man auch hier zunächst auf den telemedienrechtlichen Vorfilter, spricht Art. 6 Abs. 1 a) DSA hier gegen eine strafrechtliche Verantwortlichkeit.[8] Obwohl Art. 23 DSA eine entsprechende Pflicht zur Sperrung von wiederholt auffälligen Nutzern entnommen werden kann, lässt die Regelung eine Art. 16 Abs. 3 DSA entsprechende Verschaltung mit dem normimmanenten Pro-

[4] Kap. 3 D. II. 5. b) cc).

[5] Dazu Kap. 4 B. III. 2. a).

[6] Dazu Kap. 1 B. V.

[7] Dazu ausführlich Kap. 3 D. II. 4. c) (erste Fallgruppe). Anders *Brodowski*, JR 2013, 513, 521, der auf die Kenntnis des Inhalts abstellt.

[8] Es lässt sich derweil nicht schon das Verbot des Art. 8 DSA anführen, da es sich kaum noch um eine allgemeine Pflicht handeln kann, wenn Nutzer wiederholt oder durch besonders schwerwiegenden Missbrauch der Plattform auffallen. Das dürfte sich bereits aus Art. 23 Abs. 1 DSA, der eine Pflicht für solche Accountsperren vorsieht, entnehmen lassen. Aus diesem Grund bleibt unklar, warum *Ceffinato*, ZStW 2020, 544, 556 in der Überwachung und ggf. Sperrung von Nutzern eine Möglichkeit des Anbieters sieht, seinen Pflichten nachzukommen. Jedenfalls eine Strafbarkeit wegen unechten Unterlassens würde nach wie vor an Art. 6 Abs. 1 a) DSA scheitern. Um eine solche Strafbarkeit scheint es *Ceffinato*, ZStW 2020, 544, 558 aber auch nicht zu gehen, wenn er davon ausgeht, dass „Pflichteninhalt […] nicht die Löschung einzelner Posts ist" (andererseits *Ceffinato*, ZStW 2020, 544, 555 „Verantwortlichkeit, den Beitrag zu löschen").

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gramm des Art. 6 DSA vermissen. Den Vorfilter würde nur passieren, wer die Privilegierung aufgrund fehlender Neutralität des Dienstes versagen will. Es wurde aber bereits gezeigt, dass sich ein solches weder unter ErwG Nr. 20 S. 1 zum DSA (in der Kosntellation des nicht-angebotsvermittelten Zusammenwirkens) noch unter ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA begründen lässt.[9]

B. Verhaltensformfrage: Aktives Tun oder Unterlassen?

Hinsichtlich der möglichen, den telemedienrechtlichen Vorfilter passierenden Verhaltensweisen ist nun zu klären, ob an sie eine Begehungs- oder Unterlassungsstrafbarkeit zu knüpfen ist. Dafür soll zunächst die praktische Relevanz der Verhaltensformfrage in den Blick genommen werden (I.). Anschließend soll sich dem bisherigen Diskussionsstand zugewendet werden (II.), um letztlich das so entstehende Bild weiter auszudifferenzieren (III.).

I. Vorab: Praktische Relevanz der Unterscheidung

Es ist „entscheidende Ausgangsfrage“[10] für die Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Anbieter, ob die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Anbieter an ein aktives Tun oder ein Unterlassen anzuknüpfen ist.

1. Unstrittiges

Das liegt primär an der beim Unterlassen vorausgesetzten und im Bereich des Hostprovidings umstrittenen Garantenpflicht und der fakultativen Strafmilderung gem. § 13 Abs. 2 StGB.[11] Zudem stellt sich unterlassungsspezifisch die Frage, worin der Anknüpfungspunkt der Erfolgsverhinderungspflicht bei den hier in den Blick genommenen Kommunikationsdelikten liegen soll.[12]

2. Exkurs: Unanwendbarkeit des Art. 6 DSA auf das aktive Tun?

Die Relevanz der Abgrenzung könnte zudem darin bestehen, neben dem Neutralitätskriterium einen Ausschluss der telemedienrechtlichen Privilegierung zu begründen, wenn man die Haftungsprivilegierung auf das Unterlassen beschränken

[9] Dazu Kap. 3 D. II. 5. b) bb) (1).

[10] *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 21.

[11] Allgemein *Walter*, ZStW 2004, 555, 556; *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 20 f.

[12] Dazu ausführlich Kap. 6 A.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

will.[13] Wüst geht nämlich davon aus, dass aus dem Wortlaut des § 7 Abs. 2 TMG a. F. („Dienstanbieter (…) sind nicht verpflichtet, (…)") folge, „dass die Haftungsprivilegien der §§ 7 ff. TMG lediglich eine Handlungspflicht begrenzen. Sie schränken Nachforschungs- und Untersuchungspflichten ein und betreffen dementsprechend nur die Garantenpflicht im Rahmen einer Unterlassungsstrafbarkeit".[14] Ein vergleichbarer grammatikalischer Hinweis lässt sich jedoch im Rahmen der §§ 8 ff. TMG a. F. kaum (ebensowenig in Art. 4 ff. DSA) finden. Deren Rechtsfolge ist vielmehr neutral formuliert („nicht verantwortlich" bzw. „haftet nicht").[15] Bezieht man diese Rechtsfolge auf die verhaltensbezogenen Privilegierungstatbestände der §§ 7 – 10 TMG a. F. (Übermitteln, Zugang vermitteln, Zwischenspeicherung, speichern) so ist vielmehr auffällig, dass Verhaltensweisen angesprochen sind, die sich einer aktiven Handlung zuordnen lassen. Zwar setzen die Privilegierungen zum Teil providerseitige Unterlassungen (bspw. § 9 Nr. 1 TMG a. F.: Nicht-Veränderung der Datei) und zum Teil aktive Handlungen (bspw. § 10 S. 1 Nr. 2 TMG a. F.: Tätigwerden nach Kenntnisnahme) voraus. Warum aber die Voraussetzungen des Privilegierungstatbestandes Auskunft darüber geben könnten, was der Gegenstand der Privilegierung ist, erschließt sich nicht.[16]

Auch mit Blick auf das Telos des Art. 14 ECRL a. F. lässt sich eine Beschränkung auf die Unterlassungsstrafbarkeit kaum begründen. Im Gegenteil: Ziel war es auf dem Wege der Vollharmonisierung durch die ECRL eine Vereinheitlichung zwischen den Mitgliedsstaaten zu erreichen und eine Hemmung des Binnenmarktes zu verhindern.[17] Das gilt erst recht für die Art. 4 ff. DSA.[18] Eine vereinheitlichende Wirkung kann aber dort als vereitelt gelten, wo die Anwendung des Haftungsprivilegs von der bereits – wie gleich zu zeigen sein wird – im deutschen Strafrecht nicht völlig unzweifelhaften Abgrenzung zwischen aktivem Tun und Unterlassen abhängig gemacht wird[19] und die Mitgliedsstaaten durch die Schaffung neuer Straftatbestände

[13] So *Safferling/Rückert*, Analysen und Argumente 291, S. 10; *Wüst*, Underground Economy, S. 74; *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 110 f.; a. A. ohne weitere Begründung KG NJW 2014, 3798, 3799; OLG München GRUR 2017, 619, 621.

[14] *Wüst*, Underground Economy, S. 74; vgl. auch *Rückert*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 21.

[15] Vgl. auch *Gerhold*, StV Spezial 2022, 29, 32.

[16] Zu Recht *Gerhold*, StV Spezial 2022, 29, 32.

[17] Vgl. nur BT-Drs. 14/6098, S. 1.

[18] Vgl. dazu oben Kap. 3 A. I. 2. c) bb).

[19] Dass eine Lösung über die Abgrenzung von Tun oder Unterlassen mit dieser Konstellation überfordert ist, deuten die Ausführungen von *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 116 f. an: „Profitieren können nach alldem allein solche Personen, die den kriminellen Nutzen der Plattform bei ihrer Errichtung oder Umwidmung schlicht verkannt haben." Dieser Aussage ist zwar i. E. zuzustimmen (dazu das Neutralitätskriterium oben Kap. 3 D. II. 5. b) bb)). Wenn man den Weg über Anwendungsbeschränkung der Privilegierung auf Unterlassungsdelikte einschlägt, dann wird es aber mit Blick auf das zitierte Ergebnis notwendig herzuleiten, wieso mit dem Erkennen der pervertierten Nutzung des Angebots ein aktives Tun einhergeht. Das lässt sich jedenfalls dann kaum begründen, wenn im Hinblick auf das Angebot keinerlei aktive Handlungen mehr vorgenommen werden (vgl. dazu sogleich Kap. 4 B. III.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

frei darin sind, an den Betrieb (bestimmter) Plattformen als solcher anzuknüpfen.[20] Letzteres wäre sodann gerade nicht durch eine auf Unterlassungsstrafbarkeiten begrenzte Deutung der ECRL verhindert. Ein Beispiel dafür bietet der später näher betrachtete § 127 StGB[21], der an die Tathandlung des Betreibens anknüpft.

Aus der Beschränkung der Haftungsprivilegierung des TMG bzw. der ECRL auf die Unterlassungsstrafbarkeit kann daher keine gangbare Begründung für den Ausschluss von kriminell ausgerichteten Angeboten gewonnen werden. Abgesehen von ihrer dogmatischen Anfälligkeit besteht für sie aber in Anbetracht des hier konkretisierten Neutralitätskriteriums[22] keine Erforderlichkeit. Folglich liegt in der Begrenzung der Providerprivilegierung keine Relevanz für die Verhaltensformfrage.

II. Der bisherige Diskussionsstand: Inbetriebnahme des Angebots oder unterlassene Löschung

Nimmt man den bisherigen Meinungsstand zur Verhaltensformfrage bei Host-Providern in den Blick, so scheint mit vereinzelten Ausnahmen (2.) weitgehend Einigkeit zu bestehen (1.).

1. Überwiegende Auffassung

Zielt das Angebot auf die Förderung von Straftaten ab, ist eine Begehungsstrafbarkeit zu prüfen. Ist das Angebot demgegenüber ‚neutral', soll die etwaige Strafbarkeit nur an die unterlassene Löschung eines Inhalts geknüpft werden.[23] Soweit ist sich die ganz herrschende Auffassung einig. Kaum vergleichbarer Konsens besteht hinsichtlich der Begründung. Während sich manche auf die von der Rechtsprechung geübte Formel von dem „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit"[24]

[20] *Gerhold*, StV Spezial 2022, 29, 32.

[21] Vgl. Kap. 5 A. II.

[22] Dazu oben ausführlich Kap. 3 D. II. 5.

[23] Für soziale Netzwerke (Anbieter erster Ordnung) im Speziellen: *Handel*, Diensteanbieter, S. 188 ff.; *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 5; *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 294; für Host-Provider im Generellen: *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 404; *Hörnle*, NJW 2002, 1008, 1011; *Greco*, ZIS 2019, 435, 440; *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 219 ff.; *Wüst*, Underground Economy, S. 164 f.; *Boßmanns*, Urheberrechtsverletzungen, S. 121 ff.; *Bächer*, Plattform, S. 88 ff.; nicht zwischen Provider-Arten trennend: *Derksen*, NJW 1997, 1878, 1882; *Finke*, Internet-Provider, S. 109 ff.; *M. Popp*, Verantwortung, S. 115, 121 ff.; *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 25; *Kudlich*, Berufsbedingtes Verhalten, S. 408 ff.; *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 141; ohne Hinweis auf eine mögliche kriminelle Ausrichtung *Malek/A. Popp*, Strafsachen im Internet, Rn. 109; mit rechtsvergleichender Perspektive *Ritz*, Inhalteverantwortlichkeit von Online-Diensten, S. 240 ff.

[24] Seit BGHSt 5, 59 ständige Rspr. Zur Verbreitung in der Literatur vgl. die Nachweise bei *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 158a; *Kühl*, AT, § 18 Fn. 18.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stützen[25], scheinen andere vom Vorrang der Begehungsstrafbarkeit auszugehen, wenn sie zunächst feststellen, dass eine solche an der Sozialadäquanz bzw. der Erlaubtheit des Risikos des ‚neutralen' Betriebs scheitere, um sodann auf die unterlassene Löschung des strafrechtswidrigen Inhalts auszuweichen (sog. Konkurrenzlösung)[26]. Der wesentliche Unterschied beider Wege liegt mit Otto darin, dass mit der Schwerpunkt-Formel „in einer gleichsam oberflächlichen Globalprüfung das Ergebnis, das eine gründliche Deliktsprüfung erst aufdecken soll, vorweggenommen" werden soll.[27] Ein solches ‚verflachendes' Vorgehen wird zu recht abgelehnt.[28]

Deshalb soll (unter III.) eine Lösung angeboten werden, die sich den naturalistischen Theorien zuordnen lässt und danach fragt, ob ein aktiver Energieeinsatz für den Erfolg kausal ist.[29] Konkret zu prüfen ist also, ob sich mit der Inbetriebnahme des Angebots (oder einer manuellen Freigabe von einzelnen Inhalten) eine Begehungsstrafbarkeit begründen ließe. Wenn das nicht der Fall ist, etwa weil die Inbetriebnahme ein erlaubtes Risiko darstellt, kann erst die Frage praktisches Interesse erlangen, ob sich eine Unterlassungsstrafbarkeit bejahen lässt. Denn betrachtet man Begehungs- und Unterlassungsmomente zunächst eigenständig und beziehen sich beide mit derselben Schuldform auf dasselbe Delikt, so tritt das Unterlassen

[25] *Handel*, Diensteanbieter, S. 188 ff.; *Finke*, Internet-Provider, S. 109; *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 294; *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 25; *Kudlich*, Berufsbedingtes Verhalten, S. 406 ff.; *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 141; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 257 f.; *Ritz*, Inhalteverantwortlichkeit von Online-Diensten, S. 240 ff.; *Boßmanns*, Urheberrechtsverletzungen, S. 121 ff.; *Bächer*, Plattform, S. 88 ff.

[26] Unter vorheriger Kritik an der Schwerpunkt-Formel: *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 404, 408; *Greco*, ZIS 2019, 435, 440 Fn. 77; *M. Popp*, Verantwortung, S. 115, 121 ff.; *Zieschang*, GA 2020, 58, 59 ff.; *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, § 13 Rn. 31 f.; ohne Auseinandersetzung mit der Schwerpunkt-Formel: *Malek/A. Popp*, Strafsachen im Internet, Rn. 109; *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 5; *Derksen*, NJW 1997, 1878, 1882; *Hörnle*, NJW 2002, 1008, 1011; *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 55 f.; *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 531; *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 219 ff.; *Mitsch*, Fallsammlung Medienstrafrecht, S. 113; von der Schwerpunkt-Formel ausgehend**,** aber für das Energiekriterium aufgrund des Eigenverantwortlichkeitsprinzips eine objektive Zurechenbarkeit im Rahmen der Begehungsstrafbarkeit ablehnend *Sieber*, JZ 1996, 494, 499; zust. *Finke*, Internet-Provider, S. 110.

[27] So die Formulierung von *Otto*, AT, § 9 Rn. 2.

[28] *V. Haas*, in: Matt/Renzikowski, § 13 Rn. 8 spricht vom „irrationalen Gefühlsurteil", wenn auf eine Prüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale verzichtet wird; *Otto*, AT, § 9 Rn. 2: „[…], denn gefühlsmäßig wird der soziale Schwerpunkt eines Verhaltens stets dort empfunden werden, wo diese Verhaltensweise als strafbar erlebt wird."

[29] M. w. N. *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 78, Fn. 114. Ihren Ausgangspunkt findet diese Auffassung bei *Engisch*, in: FS-Gallas, S. 175. Nicht zu übersehen ist, dass auch *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 99 ff. Ausnahmen von dieser naturalistischen Betrachtung in vier Fallkonstellationen des „Unterlassens durch Tun" macht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zurück (materielle Subsidiarität).[30] Das Ergebnis – will man an die initiale Inbetriebnahme oder die Löschung eines strafrechtswidrigen Inhalts anknüpfen – deckt sich dann mit dem Ergebnis der weit überwiegenden Auffassung: Geht es um die Inbetriebnahme eines kriminell ausgerichteten Angebots, lassen sich – so viel sei dem 5. Kapitel vorweggenommen – objektive und subjektive Zurechnung hinsichtlich der einzelnen Kommunikationsdelikte bejahen. Diese Vorgehensweise deckt derweil auf, dass es sich bei der Maßgabe der überwiegenden Auffassung nicht um die echte Abgrenzungsfrage von Tun und Unterlassen handelt, sondern um eine Behandlung von ambivalenten Verhaltensweisen, die sich mehr oder weniger gut getrennt betrachten lassen.[31] Bevor (unter III.) gezeigt wird, dass dieses zugrundeliegende Modell jedoch als verkürzt gelten darf, ist sich mittels verschiedener Begründungen abweichenden Auffassungen, speziell zum Betrieb eines Angebots, zuzuwenden:

2. Abweichende Begründung eines aktiven Tuns: Automatisierter Betrieb als technisch vermitteltes Tun

Zu einem erheblich abweichenden Ergebnis für Fälle des ‚neutralen Betriebs' kommen ersichtlich allein Galetzka/Krätschmer, Altenhain und Pelz.[32]

Erstere wollen auf Grundlage der Schwerpunkt-Formel annehmen, dass nach Kenntnisnahme des rechtswidrigen Inhalts (§ 10 S. 1 Nr. 1 TMG a. F.) ein unveränderter Weiterbetrieb als aktives Tun zu erfassen ist.[33] Dem hält Handel den § 10 S. 1 Nr. 2 TMG a. F. entgegen, dessen Rechtsfolge allein an das Untätigbleiben des Diensteanbieters geknüpft ist.[34] Ob eine Kritik der strafrechtsdogmatischen Position von Galetzka/Krätschmer von der Sprachfassung des § 10 S. 1 Nr. 2 TMG a. F. ausgehen kann, lässt sich analog zum im Zusammenhang mit der Begrenzung der telemedienrechtlichen Privilegierung auf Unterlassungsstrafbarkeiten bezweifeln.[35] Gleichwohl zeigt sich bei Galetzka/Krätschmer, was an der Schwerpunkt-Formel im Allgemeinen kritisiert wird: Nämlich die Möglichkeit jedes durch sie gewonnene

[30] So auch *Jakobs*, AT, 28/4 unter gleichzeitiger Kritik einer Lösung, die im Zweifel vom aktiven Tun ausgeht; *Stoffers*, GA 1993, 262, 274 f.; *Mosenheuer*, Unterlassen, S. 51; *Walter*, ZStW 2004, 555, 567; *V. Haas*, in: Matt/Renzikowski, § 13 Rn. 23.

[31] Vgl. zu der Abschichtung echter Abgrenzungsfragen von der (konkurrenzrechtlichen) Behandlung ambivalenter Verhaltensweisen nur *Stoffers*, GA 1993, 262 ff.

[32] *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518, 522; *Altenhain*, CR 1997, 485, 488 ff.; *Pelz*, wistra 1999, 53 Fn. 45; vgl. in dieser Richtung aus zivilrechtlicher Perspektive auch *Pichler*, MMR 1998, 79, 82, der für ein aktives Tun anführt, dass bei Unterlassungsansprüchen die Forderung eines „Unterlassens des Unterlassens" sinnbefreit wäre. Dass daraus ein für das Strafrecht sinnvoller Anknüpfungspunkt gewonnen werden kann, dürfte zu bezweifeln sein.

[33] *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518, 522.

[34] *Handel*, Diensteanbieter, S. 190 f.

[35] Vgl. dazu oben Kap. 4 B. I. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ergebnis mit der Behauptung eines Schwerpunktes auf der einen oder anderen Seite behaupten zu können.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt auch Altenhain mit einer internetspezifischen Version des Energiekriteriums.[36] Er ist daher – soweit ersichtlich – der Einzige, der die ontologische Einordnung des automatisierten Betriebs abweichend beantwortet: Während das Energiekriterium in seiner ursprünglichen Version mit „gewillkürten Körperbewegungen" in Zusammenhang gestellt wurde, soll nach Altenhain aktives Tun nicht nur der „menschliche Energieeinsatz, sondern auch der vom Menschen aktuell beherrschte maschinelle Energieeinsatz" sein.[37] Dabei sei die Beherrschung nichts anderes als die Möglichkeit, in den Arbeitsprozess der Maschine einzugreifen.[38] Eine normative Absicherung seines erweiterten Energiekriteriums sucht er im sich unterscheidenden Einwirkungsgrad auf die Handlungsfreiheit des Adressaten einer Verhaltensnorm: Während ein Verbot in einer konkreten Situation dem Täter zwar ein bestimmtes Tun untersage, aber ansonsten seine Energie und Zeit nicht binde, läge es bei dem Gebot anders, da es einen anderweitigen Einsatz von Energie und Zeit verhindere.[39] Auf den ersten Blick dürfte diese dogmatische Grundlegung die Annahme eines aktiven Tuns als Anknüpfungspunkt beim Hostproviding nicht nahelegen. Altenhain ergänzt jedoch:

> „Wer hier aber auf den aktuellen körperlichen Energie(nicht)einsatz abstellt, läßt außer acht, daß der Betreffende durch den Einsatz der Maschine seinen Handlungsspielraum erweitert hat. Derjenige, der sich entscheidet, die Maschine weiterlaufen zu lassen, obwohl er es auch verhindern könnte, nutzt deren Zeit und Energieeinsatz für sich."[40]

M. Popp wendet gegen diesen Gedankengang ein, dass sich auf dieser Grundlage vermutlich jedes Unterlassen als ein „Leben ohne im konkreten Fall zu handeln" umdeuten lasse, es sich also kaum um einen technikspezifischen Ansatz handele.[41] Als Beispiel soll der Bereitschaftsarzt mit KfZ dienen, der sich entscheidet, nicht zu einem bewegungsunfähigen Notfallpatienten zu fahren. Das Gebot der Hilfeleistung schränke hier nur den Freiheitsbereich ein, den der Arzt durch seine Ausbil-

[36] *Altenhain*, CR 1997, 485, 488.

[37] *Altenhain*, CR 1997, 485, 488 f.

[38] *Altenhain*, CR 1997, 485, 489.

[39] *Altenhain*, CR 1997, 485, 490.

[40] *Altenhain*, CR 1997, 485, 491.

[41] *M. Popp*, Verantwortung, S. 122 f. Fn. 158; kritisch auch *Götze*, Providerhaftung, S. 105 mit dem verhältnismäßig enger gefassten Einwand, dass eine Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen im (multi-)medialen Bereich damit faktisch aufgehoben werde, was sich nicht mit § 13 Abs. 2 StGB vereinbaren lasse; ähnlich ebenfalls *Bächer*, Plattform, S. 88; vgl. auch *Finke*, Internet-Provider, S. 110, der aber den Vergleich zum Respirator-Fall überbetont liest, obwohl es Altenhain nicht um eine zentral gestellte Parallelisierung von maschinell automatisierten Rettungsverläufen (Respirator) und Tatwerkzeugen (Provider) gehen dürfte; vgl. ferner die Kritik bei *Handel*, Diensteanbieter, S. 187; *Boßmanns*, Urheberrechtsverletzungen, S. 122.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dung und das Halten eines KfZ gewinnt.[42] Die Kritik von M. Popp trifft dabei freilich nur, aber nachvollziehbar, die normative Absicherung von Altenhains Modell. Da sie aber zentral für die Quasi-Zurechnung maschinellen Energieeinsatzes zu menschlichem Energieeinsatz ist, kann sie das modifizierte Energieeinsatzkriterium desavouieren.

Zustimmung findet der Altenhainsche Ansatz grundsätzlich bei Pelz.[43] Er will aber dann ein aktives Tun ablehnen, wenn eine andere Person der Organisation den Betrieb übernimmt.[44] Mit dieser Einschränkung wird jedoch deutlich, dass Pelz den argumentativen Boden von Altenhains Modell verlässt. Denn die Verknüpfung von maschinellem und menschlichem Energieeinsatz im Modell Altenhains setzt nicht die menschliche Inbetriebnahme als Startpunkt der automatisierten Prozesse voraus, sondern die faktische Einwirkungsmöglichkeit („Beherrschung") auf das Maschinelle.[45] Pelz hingegen dürfte es letztlich darum gehen, dass die automatisch ablaufenden Vorgänge auf die Systemeinrichtung durch aktives Tun zurückgehen.[46] Damit ließe sich sein Ansatz als eine Kombination einer unmodifizierten primären Energieentfaltung bei sich später einstellender Überschreitung des erlaubten Risikos durch Kenntnisnahme des rechtswidrigen Inhalts und damit Tatbestandsmäßigkeit deuten. Allerdings droht Pelz damit eine Vermischung von Elementen des aktiven Tuns und Unterlassens vorzunehmen, die uns – allgemeiner gesprochen – beim sog. Dauerdelikt begegnet. Eine Kritik der sog. Dauerdelikte (versteht man sie nicht allein als eine konkurrenzrechtliche Figur) wird noch an späterer Stelle formuliert. In ihrem Zentrum steht die Behauptung, dass die Figur des Dauerdelikts die Unterscheidung von Begehungs- und Unterlassungsphasen einer zeitlich gestreckten Tatverwirklichung verunklart. Das wirkt sich besonders dann aus, wenn die Teilnahme in einer Unterlassungsphase geleistet wird, aber der Dauerdeliktscharakter für eine Umdeutung in ein einheitlich zu betrachtendes Tun sorgt.[47] Ebenso praktisch relevant wird es aber, wenn man die initiale, rechtlich erlaubte Inbetriebnahme eines Angebots als Anknüpfungspunkt für ein unerlaubtes Risiko wählen will, sobald sich strafrechtswidrige Inhalte innerhalb des Angebots finden. Dann nämlich setzt man sich, anders als Altenhain, nicht für eine abweichende ontologische Einordnung des automatisierten Betriebs, sondern dafür ein, die Inbetriebnahme als unzweifelhaftes aktives Tun normativ fortwirken zu lassen. Erst gar keine Unterlassungsphase zu entdecken, kann hingegen nur mit Altenhains Figur gelingen, sie ist jedoch der eben geäußerten Kritik ausgesetzt.

Teilt man also die hier geäußerte Kritik an den abweichenden Auffassungen, ergibt sich folgendes Bild:

---

[42] *M. Popp*, Verantwortung, S. 122 f. Fn. 158.

[43] *Pelz*, wistra 1999, 53 Fn. 45.

[44] *Pelz*, wistra 1999, 53 Fn. 45.

[45] Vgl. erneut *Altenhain*, CR 1997, 485, 489.

[46] In dieser Richtung auch der zweite Satz bei *Pelz*, wistra 1999, 53 Fn. 45.

[47] Dazu ausführlich unten Kap. 6 B. II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

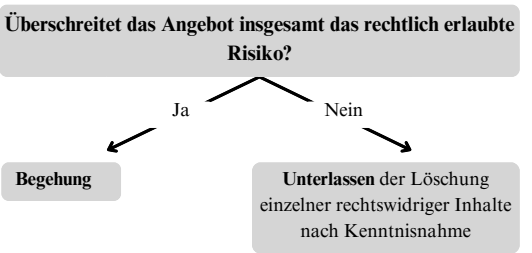

Abbildung 2: Verhaltensformfrage nach überwiegender Auffassung

III. Weitere Differenzierung der Verhaltensformfrage

Das bisher gezeichnete Bild scheint aber in zweifacher Hinsicht als zu grob. Zum einen im Hinblick auf das anscheinend zugrundeliegende, aber selten explizit gemachte Verständnis von einer Sukzession von Betrieb und Nicht-Löschung (1.). Zum anderen, weil andere Anknüpfungspunkte einer Strafbarkeit noch nicht berücksichtigt sind (2.).

1. Betriebsbegriff und seine fehlenden Differenzierungen bei naturalistischer Betrachtung

Sowohl die überwiegende Auffassung als auch die abweichenden Lösungen scheinen ihren Gedanken überwiegend die Annahme zugrunde zu legen, dass auf eine initiale Inbetriebnahme des Angebots eine Phase der automatisierten Abläufe folgt, in der sich sodann der strafrechtswidrige Inhalt im Angebot wiederfindet. Bei einer Betrachtung durch die Brille der naturalistischen Theorien (Energieeinsatz und/oder Kausalität) sei die nachfolgende Phase dann – nur eben bei Altenhain[48] nicht – ein Unterlassen.[49]

Diese Betrachtung könnte dabei aber vernachlässigen, was im Rahmen der Tathandlung des Betreibens bei § 127 StGB unlängst erkannt wurde[50]: Naturalistisch gesehen dürften regelmäßig auch noch nach initialer Inbetriebnahme des Angebots weitere Akte aktiven Energieeinsatzes (etwa durch Wartungsarbeiten am Angebot)

[48] Vgl. oben Kap. 4 B. II. 2.

[49] Es ließe sich mit der Unterscheidung von *Stoffers*, Tun und Unterlassen, S. 126 ff. also sagen, dass die Vorstellung von einer „Sukzession von Verhaltensformen" vorliegt. Dieser Fallgruppe eines Nacheinanders von Tun und Unterlassens sind typischerweise Konstellationen zuzuordnen, in denen eine Gefahrenquelle eröffnet wurde und anschließend eine Absicherung bzw. Beseitigung im Anschluss unterlassen wird (*Stoffers*, Tun und Unterlassen, S. 136).

[50] Vgl. *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 31.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zu finden sein.[51] Bezieht man diese Akte in die Betrachtung mit ein, so ergibt sich ein neuer Begründungsdruck für die überwiegende Auffassung, die nach Kenntnisnahme eines strafrechtswidrigen Inhalts[52] in einem initial sozial gebilligten ausgerichteten Betrieb von einem Unterlassen der Entfernung des Inhalts ausgehen will.[53]

Eine differenzierende Lösung auf dem Boden einer naturalistisch geprägten Abgrenzung könnte in der Art eines Entscheidungsbaums wie folgt aussehen:

Die erste Unterscheidung lautet entsprechend dem Vorstehenden, ob der Anbieter überhaupt noch einen weiteren Energieeinsatz in Form von Eingabebefehlen in Bezug auf das Angebot nach initialer Inbetriebnahme vorgenommen hat. Ist das nicht der Fall, ist schon von vornherein eine Begehungsstrafbarkeit ausgeschlossen. Andernfalls:

Nachfolgende Frage ist sodann, ob diese Eingabebefehle kausal für das Weiterbestehen des Angebots im Gesamten, inklusive der weiteren Abrufbarkeit des strafrechtswidrigen Inhalts ist.[54] Ist das zu verneinen, so scheidet eine Begehungsstrafbarkeit hinsichtlich des einzelnen rechtswidrigen Inhalts aus. Andernfalls:

Die letzte, wohl begründungsbedürftigste (Kontroll-)Unterscheidung macht sich an der Frage fest, ob sich der Eingabebefehl entweder kausal auf das gesamte, initial als rechtlich erlaubt risikoreich einzustufende Angebot bezieht (und damit automatisch auch den rechtswidrigen Inhalt betrifft) oder ob der Befehl den einzelnen rechtswidrigen Inhalt gewissermaßen aussondert. Praktisch selten wird zweiteres der

[51] Darauf weist auch *Handel*, Diensteanbieter, S. 185 hin.

[52] Ohne Kenntnisnahme würde der Vorfilter des Art. 6 Abs. 1 a) DSA nicht passiert werden. Das ist in praktischer Hinsicht besonders für Anbieter erster Ordnung von Relevanz, deren Betrieb sich durch ein hohes Maß an Arbeitsteilung auszeichnet (vgl. auch *Handel*, Diensteanbieter, S. 188 sowie allgemeiner erneut *Pelz*, wistra 1999, 53 Fn. 45). Zwar ließe sich einwenden, dass eine Wissenszurechnung nach oben bei Host-Providern möglich ist (vgl. oben Kap. 3 C.I.1.d)). Das ändert jedoch im Ergebnis nichts, weil zum einen selten die Zielpersonen einer solchen Zurechnung persönlich Wartungsarbeiten vornehmen und zum anderen, weil eine Wissenszurechnung nicht nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen angenommen werden kann, es also sodann an einem Vorsatz mangeln würde (näher zur subjektiven Zurechnung Kap. 5 B.II.).

[53] Mit *Stoffers*, Tun und Unterlassen, S. 126 ff. kommt nämlich dann die Fallgruppe der „Koinzidenz" von Verhaltensformen ins Spiel. Dieser sind etwa der Ziegenhaar- oder der Radleuchten-Fall (RGSt 63, 211; 63, 392) zuzuordnen. Sie beschreibt also Fälle, in denen während eines aktiven Tuns die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen wurde, Elemente des Tuns und des Unterlassens also gleichzeitig vorliegen. So wäre es dann ggf. (unter bestimmten Voraussetzungen; dazu nachfolgend Kap. 4 B.III.) auch bei den Anbietern: Das aktive Handeln ist die Wartungsarbeit bei Unterlassen einer Bereinigung von dem rechtswidrigen Inhalt. So auch *Handel*, Diensteanbieter, S. 189, der vom „echten Zusammentreffen von Tun und Unterlassen" spricht.

[54] Das dürfte regelmäßig schon für die Anbieter zweiter und dritter Ordnung abzulehnen sein, weil diese nach der initialen Eröffnung einer Gruppe bzw. Fanseite oder der Abgabe eines Posts keine weiteren Handlungen vornehmen können, die für die weitere Existenz des Angebots notwendig wären. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass diese Angebote technisch in das Angebot erster Ordnung eingegliedert sind.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Fall sein; es dürfte dann aber eine Begehungsstrafbarkeit in Betracht kommen.[55] Regelmäßig wird es um die erstere Konstellation gehen, in der eine kausale Energieentfaltung auch, aber nicht nur in Bezug auf den einzelnen rechtswidrigen Inhalt auszumachen ist. Da nun aber – und an dieser Stelle müssen wir auf Grundlage der hier verfolgten Konkurrenzlösung vorweggreifen – die objektive Zurechenbarkeit des anhaltenden Erfolgs[56] zu beachten ist[57], lautet die Frage: Wird eine naturalistisch aktive Betriebshandlung, die sich auf ein gesamtes – ansonsten mit einem rechtlich erlaubten Risiko versehenen – Angebot bezieht, dadurch zu einem unerlaubten Risiko, dass eine Kenntnis von einem einzelnen strafrechtswidrigen Inhalt besteht? Die Antwort dürfte ‚Nein' lauten.[58] Nach wie vor handelt es sich bei diesen Betriebshandlungen um solche, die auf ein rechtlich erlaubtes Risiko, nämlich auf das vom gesamten Angebot ausgehende Risiko, bezogen sind. Eine Ausnahme dieser Annahme ist jedoch in der Konstellation der pervertierten Plattform zu machen.[59] Nimmt der Anbieter nicht nur einen einzelnen rechtswidrigen Inhalt, sondern die Pervertierung des gesamten Angebots zur Kenntnis und nimmt dann für die weitere Abrufbarkeit kausale Wartungsarbeiten vor, so handelt es sich nicht mehr um eine mit dieser naturalistischen Betrachtung als aktives Tun einzuordnenden Handlung.[60]

2. Vervollständigung des Bildes um weitere Anknüpfungspunkte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit

Die weiterführende Ausdifferenzierung soll hinsichtlich der (unter A.) herausgefilterten Anknüpfungspunkte einer Strafbarkeit vorgenommen werden.

[55] Ein solcher Fall lag dem LG Karlsruhe BeckRS 2018, 40013 (DiDW) zugrunde, bei dem sich der Vorwurf letztlich nicht auf die Erhaltung des gesamten Forums zu stützen brauchte, sondern sich lediglich auf die Wiedersichtbarmachung der Kategorie „Waffen" beziehen kann, die ihrerseits das erlaubte Risiko unproblematisch übersteigt.

[56] Wann ein Erfolgsunrecht sich deliktsspezifisch weiter vertiefen kann, ist der Untersuchungsgegenstand in Kap. 6 B.

[57] So letztlich auch *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 98 für Konstellationen der Sukzession; zentral stellen auch *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 13 Rn. 3 die objektive Zurechnung bei der Verhaltensformfrage.

[58] In dieser Richtung auch *Kühl*, AT, § 18 Rn. 17.

[59] Näher sogleich Kap. 4 B. II. 2. b).

[60] Dass Kenntnis von der Pervertierung vorliegen muss, folgt nicht aus der Lehre der objektiven Zurechnung bzw. vom erlaubten Risiko, sondern vielmehr aus dem telemedienrechtlichen Vorfilter, der mithilfe des Neutralitätskriteriums in der Fallgruppe der rechtswidrigen Zweckausrichtung erst passiert werden kann, wenn eine solche Kenntnis vorliegt. Vgl. dazu oben Kap. 3 D. II. 5. b) aa).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

a) Betrieb bei unsorgfältigem Einsatz technischer Sicherungsmaßnahmen

Zunächst betrifft das den unsorgfältigen (Nicht-)Einsatz technischer Sicherungsmaßnahmen zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte.[61] Handelt es sich hier um einen Unterlassungsvorwurf (unterlassene Filterung) oder einen Begehungsvorwurf (Betrieb)? Die Fragestellung weist erhebliche Überschneidungen mit den Fahrlässigkeitskonstellationen, wie dem Ziegenhaar-[62] oder dem Radleuchten-Fall[63] auf, bei denen sich Handlungs- und Unterlassungskomponenten benennen lassen.[64] Da sich hier wie dort das Unterlassen in einer zur Gefährlichkeit des Betriebs komplementären Sicherung erschöpft, ist regelmäßig von einem aktiven Tun auszugehen.[65] Dieses Ergebnis mag nach der Schwerpunkt-Formel aufgrund ihrer beliebigen Funktionsweise nicht zwingend erscheinen, ergibt sich aber mit Klarheit bei einer naturalistischen Abgrenzung und der Konkurrenzlösung durch die aktive Inbetriebnahme des Angebots. (Theoretische) Ausnahmen wären danach nur dann denkbar, wenn die gebotenen Sicherungsmaßnahmen erst nach der letzten aktiven Betriebshandlung zur üblichen Sorgfalt gehören.

b) Pervertierte Angebote

Vergleichbares gilt für die bereits erwähnte Sonderkonstellation der pervertierten Angebote.[66] Die Fälle der massenhaften Überflutung eines initial rechtlich erlaubt eingerichteten Betriebs lassen sich entsprechend der hier vorgeschlagenen Differenzierung einordnen: Können keine weiteren Eingabebefehle nach Kenntnisnahme der Pervertierung des Angebots ausgemacht werden, die für die weitere Abrufbarkeit des Angebots und seiner Inhalte ursächlich sind, so geht es um den Vorwurf der unterlassenen Anpassung des gesamten Angebots i. S. e. Bereinigung vom kriminellen Erscheinungsbild.[67] Werden hingegen entsprechende Wartungsarbeiten nach Kenntnisnahme der Pervertierung vorgenommen, steht eine Begehungsstrafbarkeit (als Betrieb eines strafrechtswidrigen Angebots) im Raum.

[61] Vgl. oben Kap. 3 D. II. 5. b) cc).
[62] RGSt 63, 211.
[63] RGSt 63, 392.
[64] Vgl. statt vieler *Gaede*, in: NK-StGB, § 13 Rn. 6; *Kühl*, AT, § 18 Rn. 24.
[65] Vgl. *Kühl*, AT, § 18 Rn. 24.
[66] Vgl. dazu Kap. 3 D. II. 5. b) aa).
[67] Vgl. dazu kurz unten Kap. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

c) Freigabevorbehalt

In den Sonderfällen des Freigabevorbehalts liegt es nun bei naturalistischer Betrachtung näher, von einem aktiven Tun auszugehen.[68] Eine Ausnahme ist nur dort anzunehmen, wo der Inhalt freigegeben, der rechtswidrige Teil aber nicht wahrgenommen wird. Auf Grundlage der Konkurrenzlösung ist nämlich dann der Vorsatz bei der Freigabe zu verneinen, und eine Unterlassungsstrafbarkeit kann sich bei nachträglicher Kenntnisnahme an die Nicht-Löschung knüpfen.[69] Anders ist es, wenn die prüfende Person irrig davon ausgeht, eine Äußerung sei noch von der Meinungsfreiheit gedeckt oder die sich äußernde Person könne die Wahrheit der ehrenrührigen Tatsachenbehauptung noch beweisen.[70] In solchen Fällen stünde ein Tatumstands-[71] oder regelmäßig ‚nur' ein Verbotsirrtum entlastend zur Seite.[72] In diesem Fall dürfte bei Unbeachtlichkeit des Irrtums das nachfolgende Unterlassen wieder aufgrund der materiellen Subsidiarität verdrängt werden.[73]

---

[68] In dieser Richtung *Sieber*, JZ 1996, 494, 499; *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 26; a. A. *Finke*, Internet-Provider, S. 110 f., der z. B. auch bei moderierten Newsgruppen oder Mailinglisten ein Unterlassen annimmt und meint, dass „allein die Tatsache, daß der Service-Provider vor der Verbreitung der Daten Kenntnis von deren Inhalt erlangt, rechtfertigt meines Erachtens hinsichtlich der Handlungsqualität keine grundlegend andere Bewertung, als wenn der Service-Provider lediglich durch einen Zufall Kenntnis vom Dateninhalt erlangt."

[69] Vergleiche lassen sich hier mit dem Pressestrafrecht und der Verantwortlichkeit des Verlegers bzw. Redakteurs anstellen, der eine Veröffentlichungsfreigabe ohne inhaltliche Kontrolle vornimmt. Dort eher von einem Unterlassen ausgehend *Sieber*, JZ 1996, 494, 499; im Rückgriff auf die klassischen Fälle des aktiven Tuns bei der Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt (Radleuchten- und Ziegenhaar-Fall) so auch *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, § 13 Rn. 33.

[70] Dazu *Brodowski*, JR 2013, 513, 521.

[71] *Brodowski*, JR 2013, 513, Fn. 79 weist insofern auf die Problematik hin, dass es sich bei der Nichterweislichkeit einer Tatsache bei § 186 StGB um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit handele, sodass eine Privilegierung gem. § 16 StGB auszuscheiden habe.

[72] Vgl. *Brodowski*, JR 2013, 513, 521, der dieses Ergebnis für unbillig hält und daher – ganz im Sinne der Guter-Samariter-Vorschrift des Art. 7 DSA – auf Ebene der objektiven Zurechnung eine Privilegierung sucht. Anknüpfend an die Figur der Risikoverringerung schlägt Brodowski vor, nicht das Risiko der Freigabehandlung als solcher, sondern vorgelagert an das der Freigabeprüfung anzuknüpfen, die von Host-Providern nicht erwartet werde (§§ 7, 10 TMG). Während nämlich die Freigabe das Risiko der Ehrverletzung erhöht, wenn ein Nutzer einen solchen Inhalt hochladen will, verringere sich das Risiko von Ehrverletzungen durch freiwillig vorgenommene Vorfilterungen insgesamt. Dieser Lösung ist jedoch entgegenzuhalten, dass sie sich – wenn auch mit kriminalpolitisch vorzugswürdigen Ergebnissen – von den Grundsätzen der individuellen Zurechnung entfernt und eher das Organisationsrisiko des Angebotsbetriebs und seiner Ausgestaltung im Gesamten in den Blick zu nehmen scheint.

[73] Anders wohl *Finke*, Internet-Provider, S. 126, der diese Konstellation einer Ingerenzgarantenstellung zuordnen will.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

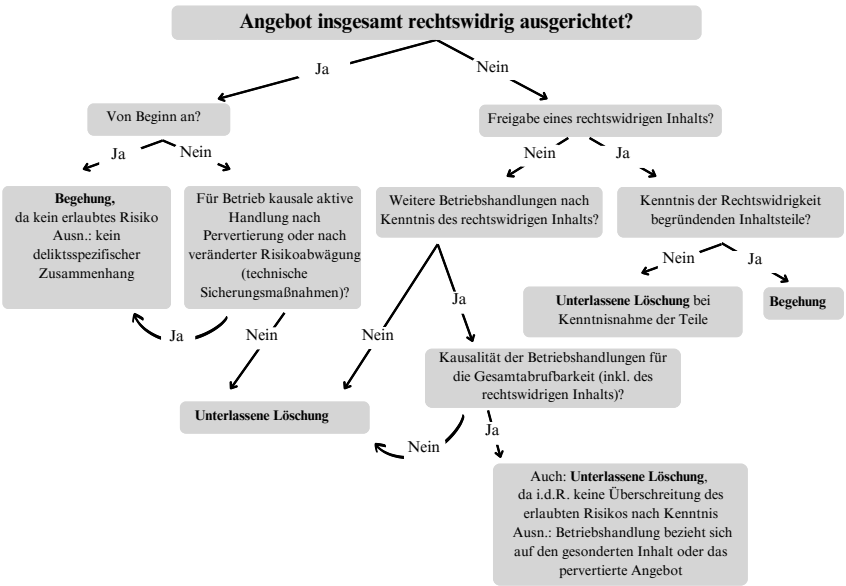

Abbildung 3: Verhaltensformfrage nach eigener Auffassung

C. Zwischenfazit: Anknüpfungspunkte für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit

Die Auswahl möglicher Anknüpfungspunkte für eine Strafbarkeit lässt sich in zwei Schritten vollziehen: Zunächst ist die Vorfilterwirkung der Art. 6 ff. DSA zu prüfen. Die initiale Inbetriebnahme passiert den Filter nur, wenn gegen das Neutralitätsgebot verstoßen wird und eine Privilegierung ausgeschlossen ist. Die unterlassene Löschung einzelner Inhalte passiert den Filter aufgrund der Haftungsreaktivierung aus Art. 6 Abs. 1 a) DSA. Der fehlende Einsatz von Filtertechnologien lässt sich im Spiegel des Neutralitätskriteriums nur dann zum Anknüpfungspunkt strafrechtlicher Verantwortlichkeit machen, wenn man in Zukunft gewillt ist, entlang der Rechtsprechung des EuGH zu ‚YouTube und uploaded' den Privilegierungsausschluss weiter zu flexibilisieren. Unterlassene Nutzersperrungen hingegen führen nicht zu einem Privilegierungsausschluss (unter ErwG Nr. 20 S. 1 oder S. 2 zum DSA). In der Sonderkonstellation des Freigabevorbehalts ist eine Privilegierung schon aufgrund der aktiven Rolle (ErwG Nr. 18 zum DSA) ausgeschlossen. Der Fall der pervertierten Plattform passiert den Filter nach Kenntnisnahme aufgrund von ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA.

In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, ob jeweils auf ein aktives Tun oder Unterlassen abzustellen ist. Es wird der Konkurrenzlösung gefolgt, die bei mehreren

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

möglichen Anknüpfungspunkten danach fragt, ob – bei naturalistischer Vorbetrachtung – eine Begehungsstrafbarkeit in Betracht kommt und subsidiär auf ein mögliches Unterlassen abstellt. Es konnte gezeigt werden, dass der automatisierte Weiterbetrieb eines Angebots ohne aktive Betriebshandlungen als Unterlassen einzuordnen ist und ein modifiziertes internetspezifisches Energiekriterium dabei abzulehnen ist.

Ob eine Strafbarkeit an initiale oder sukzessiv aktive Betriebshandlungen zu knüpfen ist, soll eingehend im 5. Kapitel untersucht werden. Dennoch sind einige Vorausgriffe möglich, um den weiteren Gang der Untersuchung zu strukturieren: Ist mit der Inbetriebnahme ein als rechtlich erlaubt bewertetes Risiko (das unter anderem die Frage einzubeziehen hat, ob der Einsatz von Filtertechnologien effektiv und zumutbar ist) verbunden, scheidet eine Begehungsstrafbarkeit mit diesem Bezugspunkt aus. Es bleibt allein, die unterlassene Löschung einzelner Beiträge zu prüfen. Daran ändert sich auch nichts, wenn weitere aktive Betriebshandlungen (etwa Wartungsarbeiten) kausal für die weitere Abrufbarkeit auch dieser Inhalte sind, solange sie sich auf den ansonsten neutral ausgerichteten Betrieb des Angebots beziehen.

Anders liegt es hingegen bei der Konstellation der pervertierten Plattform, bei der die nachträgliche Wartungsarbeit durchaus ein unerlaubtes Risiko darstellen kann. Die Sonderkonstellation der manuellen Freigabe von rechtswidrigen Handlungen ist regelmäßig als aktives (nicht mit dem Gesamtbetrieb kongruentes) Tun einzuordnen. Auf sie wird sich nur am Rande im 5. Kapitel bezogen, wenn sich Sonderfragen stellen. Dort, wo weder durch aktive Betriebshandlungen noch durch manuelle Freigaben eine Begehungsstrafbarkeit angenommen werden kann, wird das konkurrenzrechtlich sonst als subsidiär einzuordnende Unterlassen der Löschung relevant. Diesen Konstellationen ist das 6. Kapitel gewidmet.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Teil

Die Verantwortlichkeit der Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke nach strafrechtlichen Grundsätzen

Kapitel 5

Strafrechtswidrig ausgerichtete Angebote

Die Frage, wann eine Strafbarkeit der Anbieter wegen der initialen Inbetriebnahme oder wegen weiterer aktiver Betriebshandlungen nach Kenntnisnahme der Pervertierung in Betracht kommt, soll im Folgenden in drei Schritten beantwortet werden: Zunächst sollen die Organisationsdelikte der §§ 127, 129 StGB durchleuchtet (A.) und anschließend die individuelle strafrechtliche Zurechenbarkeit i. R. v. Kommunikationsdelikten in den Blick genommen werden (B.). Abschließend sollen kriminalpolitische Erwägungen zu einer Anpassung des besonderen Teils skizziert werden, die das Phänomen der kriminell ausgerichteten Angebote innerhalb sozialer Netzwerke betreffen (C.).

A. Organisationsdelikte: Originäre Verantwortlichkeit der Anbieter

Zwei Organisationsdelikte sind bei der Betrachtung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für kriminell ausgerichtete Angebote von besonderem Interesse: Während der Tatbestand der Bildung einer kriminellen Vereinigung – insbesondere in der Handlungsmodalität der mitgliedschaftlichen Beteiligung – gem. § 129 Abs. 1 StGB auf seine bislang kaum behandelten Besonderheiten im digitalen Kontext zu untersuchen sein wird (I.), wirft der verhältnismäßig junge und auf Online-Plattformen zugeschnittene § 127 StGB die vom Gesetzgeber nicht bedachte Frage nach der Erfassung politisch und ideologisch motivierter Kommunikationskriminalität sowie der Anwendung auf ein der Untersuchung zugrunde gelegtes Ordnungsmodell auf (II.). Jeweils handelt es sich um dogmatische Fragen, die ihre theoretische Brisanz dadurch beweisen, dass sie legitimatorische Probleme der Organisationsdelikte herausfordern. Außerdem zeigen sie ihre praktische Relevanz

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schon deshalb, weil ihre Anwendung auf den digitalen Raum bei § 129 StGB erste gerichtliche Entscheidungen gefördert hat[1].

I. Bildung einer kriminellen Vereinigung, § 129 StGB

Bevor wir uns dem § 127 StGB zuwenden, ist also zu fragen, ob die Anbieter durch die jeweilige Eröffnung der (Unter-)Kommunikationsräume eine kriminelle Vereinigung bilden. Das Vereinigungsdelikt des § 129 StGB schützt dabei nach hier vertretener Auffassung (weit) im Vorfeld die Rechtsgüter der mit der Vereinigung bezweckten Straftaten.[2] Eine derartige Vorverlagerung der Strafbarkeit und personelle Strafausdehnung[3] rechtfertigt sich aufgrund der besonderen Gefährlichkeit, die allein vom Bestand der kriminellen Vereinigung ausgeht. Konkreter ist sie in der, der kriminellen Vereinigung innewohnenden und auf die Begehung von Straftaten angelegten inneren Struktur, dem Gruppendruck und der Verantwortungsnegierung – letztlich dem Abbau von Hemmungsfaktoren – zu sehen.[4] Daneben, gewissermaßen auf einer zweiten Spur hin zur gesteigerten Erwartbarkeit von aus der Vereinigung heraus begangenen Straftaten, stehen Aspekte der Professionalisierung und Arbeitsteilung durch den Zugriff auf erhöhte Wissensressourcen.[5]

---

[1] Hinsichtlich § 129 StGB: BGH NStZ-RR 2021, 136 (Goyim I); BGH BeckRS 2023, 18384 (Goyim II); BGH MMR 2024, 175 (Cyberbunker); OLG München BeckRS 2022, 31775 (Telegram); ferner OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris (Altermedia).

[2] *Ostendorf*, in: NK-StGB, 5. Aufl., § 129 Rn. 5; *Schroeder*, Die Straftaten gegen das Strafrecht, S. 9 f.; *Rudolphi*, NStZ 1982, 198, 199; *Puschke*, Vorbereitungstatbestände, S. 353, 428; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 287 f.; wohl auch *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435, 445; vgl. auch *Stein/Greco*, in: SK-StGB, § 129 Rn. 5; anders stellvertretend für die wohl h. M., die auf den Schutz der öffentlichen Ordnung bzw. Sicherheit abstellt, *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 1 und *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 1 jeweils m. w. N.; die Ansätze kombinierend *Ast*, in: Handbuch Strafrecht, § 25 Rn. 101 f.; ähnlich *Heger/Huthmann*, KriPoZ 2023, 259, 264 f., wobei der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor allem auf schwere Kriminalität und „mafiaähnliche Strukturen" bezogen ist, die eigenständige Einschüchterungseffekte mit sich bringen.

[3] Vgl. nur *Eidam*, Organisationsgedanke, S. 319 f.: Hochstufung der Teilnahme zur Täterschaft.

[4] *Hilgendorf*, in: A/W/H/H, § 44 Rn. 15; *Drenkhahn/Momsen/Diederichs*, NJW 2020, 2582, 2584; *Selzer*, KriPoZ 2018, 224, 229; zur Legitimation über den Status einer „Unrechtsperson" *Montenegro*, GA 2019, 489, 494 ff.

[5] Vgl. *Ast*, in: Handbuch Strafrecht, § 25 Rn. 115; gänzlich kritisch hinsichtlich der von der h. M. ins Zentrum der Legitimation gerückten Eigendynamik *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435, 446; in dieser Richtung auch *Eroshkina*, Die organisationsbezogene Beteiligung im Strafrecht, S. 174 ff.; für ein „doppelspuriges" Legitimationsmodell auch *Eidam*, Organisationsgedanke, S. 45.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

1. Der neue Vereinigungsbegriff gem. § 129 Abs. 2 StGB

Bevor wir uns konkret den Anbietern innerhalb sozialer Netzwerke im Spiegel des § 129 StGB zuwenden, soll vorab die Darstellung des seit 2017 bestehenden (neuen) Vereinigungsbegriffs gem. § 129 Abs. 2 StGB erfolgen. Seine Konturen haben nicht nur selbstverständlich Einfluss auf das, was als eine Vereinigung gelten darf. Daneben ist die Frage danach, wie eine mitgliedschaftliche Beteiligung i. S. v. § 129 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB aussieht, eng mit den Anforderungen des Abs. 2 verzahnt.[6]

Nach der Legaldefinition des Abs. 2 ist eine Vereinigung ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses. Mit dieser Legaldefinition bezweckte der Reformgesetzgeber in Anlehnung an die Begriffsbestimmung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität[7] eine nicht unerhebliche Ausweitung des Vereinigungsbegriffs gegenüber der bis dahin vorherrschenden Rechtsprechung und Auffassung im Schrifttum.[8]

So setzte der überholte Vereinigungsbegriff einen auf eine gewisse Dauer angelegten organisatorischen Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und untereinander derart in Beziehung stehen, dass sie sich als einheitlicher Verband fühlen.[9] Der neue Vereinigungsbegriff, der sich bereits zuvor nach h. M. aus vier konkretisierenden Elementen (personelles, zeitliches, organisatorisches und voluntatives)[10] zusammensetzte, sollte so insbesondere die bis dahin durch den 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs nicht erfasste organisierte Wirtschaftskriminalität ins Visier nehmen können.[11] Um dies zu erreichen und den europarechtlichen Vorgaben zu genügen, wurde durch den neuen, legal-

[6] Vgl. unten Kap. 5 A. I. 2. b) cc).

[7] Der deutsche Gesetzgeber ist insofern von dieser Formulierung abgewichen, als er die Zwecksetzung nicht auf finanzielle oder sonstige materielle Vorteile begrenzt, sondern gerade politisch, ideologisch, religiös oder weltanschaulich motivierte Kriminalität durch den Begriff des übergeordneten Interesses erfasst sehen wollte. Dazu und zum vorausgesetzten Strafrahmen der Bezugstaten auch *Selzer*, KriPoZ 2018, 224, 226. Zur Entwicklung der internationalen Vorgaben instruktiv *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435, 438 f.

[8] BT-Drs. 18/11275, S. 11; zur Kritik, insbesondere zur erschwerten Abgrenzbarkeit von Bande und Vereinigung *S. Martin*, Kriminalistik 2018, 269, 271; *Selzer*, KriPoZ 2018, 224, 228; *Montenegro*, GA 2019, 489, 500 f.; dazu auch schon BGH NJW 2010, 1979, 1984.

[9] Vgl. *Lohse*, in: SSW-StGB, § 129 Rn. 9 sowie von *Heintschel-Heinegg*, in: FS-Schroeder, S. 799, 801 jeweils mit Nachweisen aus der Rspr. und Literatur.

[10] *Stein/Greco*, in: SK-StGB, § 129 Rn. 7 gehen indessen davon aus, dass als ein fünftes Element der „Zusammenschluss" einen durch die anderen Elemente weiter zu qualifizierender Ausgangspunkt des Vereinigungsbegriffs darstellt; kritisch dazu *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435, 448.

[11] Vgl. *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 129 Rn. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

definierten Begriff des § 129 Abs. 2 StGB zwar nicht das zeitliche Element (auf eine längere Dauer) oder das quantitative Element (mindestens drei Personen) angetastet, derweil aber die Anforderungen an das voluntative und organisatorische Element herabgesetzt:

a) Voluntatives Element

Im Hinblick auf das voluntative Element wurde vor der Legaldefinition des Vereinigungsbegriffs gefordert, dass die Mitglieder ihren individuellen Willen dem Willen der Gesamtheit unterordnen.[12] Da nach der Rechtsprechung des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs dieser Gruppenwille nach bestimmten Gruppenregeln gebildet werden sollte und so der individuelle Gestaltungseinfluss zurückgedrängt werden musste, sollten hierarchisch strukturierte und von einseitigen Befehlswegen geprägte Organisationen nicht erfasst werden.[13] Der nunmehr „europafreundliche"[14] Vereinigungsbegriff scheint die Anforderungen herabzusetzen, indem er allein ein übergeordnetes Interesse fordert.[15]

Dass mit dieser Auflockerung längst nicht alle und insbesondere nicht die mit der Änderung adressierte Frage nach der Erfassung organisierter Wirtschaftskriminalität beantwortet zu sein scheint, zeigen zwei am 2. 6. 2021 ergangene Entscheidungen des 3. Strafsenats und ihre zum Teil kritische Rezeption im Schrifttum.[16] Zentral ist die Annahme des Senats, dass zur Abgrenzung von einer Bande, der allein eine strafschärfende Wirkung zukommt, anhand des übergeordneten Interesses mehr zu fordern ist, als die bezweckte Begehung der konkreten Straftaten und ein Handeln um eines persönlichen materiellen Vorteils willen.[17] Die damit zugespitzte Streitfrage, wie sich der Anwendungsbereich des § 129 StGB im Spannungsfeld von (internationalen) rechtspolitischen Zielen der Entpolitisierung, der ohnehin fragilen Legitimation des § 129 StGB und der Abgrenzbarkeit vom Bandenbegriff bewegt[18], scheint daher nach wie vor schwer lösbar, tangiert den hier interessierenden Bereich

[12] Zu diesem Element, das sich an § 2 Abs. 1 VereinsG anlehnte, vgl. *Ast*, in: Handbuch Strafrecht, § 25 Rn. 125.

[13] BGH NJW 2010, 1979, 1982; NJW 2015, 1540; NJW 2016, 657; kritisch mit dem Hinweis darauf, dass es auch schon nach dem alten Vereinigungsbegriff nicht erklärlich war, warum nicht auch die Willensbildung durch einzelne und autoritäre Durchsetzung dieses Willens erfasst werden konnte, *Fischer*, StGB, § 129 Rn. 5; mit Hinweis auf sozialpsychologische Erkenntnisse und den Legitimationsgrund von § 129 StGB von *Heintschel-Heinegg*, in: FS-Schroeder, S. 799, 806; vgl. ferner *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 24.

[14] Vgl. BGH NJW 2010, 1979, 1981; *Montenegro*, GA 2019, 489, 499 ff.

[15] BT-Drs. 18/11275, S. 7.

[16] BGH NJW 2021, 2813; 2021, 297; vgl. auch BGH BeckRS 2022, 20799, Rn. 9 ff.; *Nestler/Schiffner*, NStZ 2022, 35; *Brand*, NJW 2021, 2979, 2981; *Kinzig*, NJW 2021, 2813, 2817.

[17] BGH NJW 2021, 2813, 2814.

[18] Zum Spannungsfeld auch *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 36; mit Hinweis auf die rechtshistorische Genese des Vereinigungsbegriffs *Eidam*, Organisation, S. 39 ff. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aber kaum und bedarf daher keiner eingehenden Erörterung. Schließlich wird ein übergeordnetes Interesse bei Verfolgung weltanschaulich-ideologischer, religiöser oder politischer Ziele regelmäßig angenommen.[19]

b) Organisatorisches Element

Durch den neuen Vereinigungsbegriff sollen zudem die Anforderungen an das organisatorische Element herabgesetzt werden, sodass nunmehr eine „nur rudimentäre" Organisationsstruktur genüge.[20] Ausdrücklich nicht notwendig sollen gem. § 129 Abs. 2 StGB die Festlegung von Rollen der Mitglieder, die Kontinuität der Mitgliedschaft und die Ausprägung der Struktur des organisierten Zusammenschlusses sein. Die Versuche, die Anforderungen an den Organisationsgrad dabei durch einen positiven Indizienkatalog zu konkretisieren, fallen dabei nicht einheitlich aus, orientieren sich aber regelmäßig an der Legitimation des § 129 StGB, nämlich der gesteigerten Erwartbarkeit der Straftatbegehung aus der Vereinigung.

Eine fruchtbare nähere Analyse des organisatorischen Elements nehmen Sinn/Iden/Pörtner auf sozialwissenschaftlichem Fundament vor.[21] Sie beschreiben die Interdependenz, die organisatorische Macht und die Ordnung als prägende Elemente eines organisatorischen Zusammenschlusses:

Dabei sei die *Interdependenz* die Abhängigkeit verschiedener Beiträge voneinander. Im Kontext des § 129 Abs. 2 StGB fordere sie, dass es zu tatsächlichen Kooperationsvorteilen komme und das übergeordnete Interesse nicht in gleicher Form durch jeden einzelnen Teil erreicht werden könnte.[22] Die *organisatorische Macht* entstehe durch die In-Dienststellung der individuellen Macht, die kehrseitig zu einer Begrenzung der individuellen Handlungsfreiheit im Rahmen der Organisationsstruktur führe. Solche Strukturen könnten von der bloßen Koordination der Mitglieder bis hin zur Ausbildung von festen Willensbildungs- und Führungsstrukturen reichen.[23] In diesem Zusammenhang dürfte sich auch die Vermachtung des Organisationskörpers hinsichtlich der negativen Freiheit der Mitglieder, sich nicht mehr an der Erfüllung der Vereinigungszwecke beteiligen zu wollen, verorten lassen. Die *Ordnung* einer Organisation bilde sich durch Regeln und Verfahrensabläufe. Indizien für ein ausgeprägtes Ordnungselement seien eine planmäßige Infrastruktur, eine

[19] Vgl. BT-Drs. 18/11275, S. 11; LG Köln NStZ-RR 2021, 74; BGH NStZ-RR 2021, 136, 137; NStZ 2022, 606, 607; ferner BGH NStZ-RR 2020, 245, 246; *Lohse*, in: SSW-StGB, § 129 Rn. 17; zu § 129 StGB a. F. BGH NJW 2010, 1979.

[20] BT-Drs. 18/11275, S. 11; kritisch *Montenegro*, GA 2019, 489, 500; vgl. auch mit dem Hinweis darauf, dass eine Kompensation durch die Begrenzung der Bezugstaten nicht gelungen ist, *Heger/Huthmann*, KriPoZ 2023, 259, 261; aus der Rspr. zum alten Vereinigungsbegriff BGH NJW 1992, 1518; 2010 1979, 1982.

[21] *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435, 444 f.

[22] *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435, 444.

[23] *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435, 445.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Methodik der Kommunikation, eine gemeinsame Vorgehensweise oder geteilte Verhaltensregeln.[24]

Sinn/Iden/Pörtner gehen zu Recht davon aus, dass ein diese Konkretisierungen in den Blick nehmendes Verständnis des organisatorischen Elements in hinreichender Verbindung zur Legitimation der Strafbarkeitsvorverlagerung steht. Nur ein Zusammenschluss, der eine durch diese Rahmenmerkmale geprägte Struktur aufweist, kann ein Mindestmaß gegenseitiger Verpflichtung produzieren[25] und die Erwartbarkeit von Straftaten aufgrund der Professionalisierung und Unterdrückung von Verantwortungsgefühlen bewirken.[26]

2. Die Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke als kriminelle Vereinigung

Auf der Grundlage des erläuterten neuen Vereinigungsbegriffs und insbesondere der konkretisierten Anforderungen an das organisatorische Element (Interdependenz, Macht und Ordnung) soll sich kurz den Anbietern dritter Ordnung als kriminelle Vereinigung (a)) und sodann ausführlicher den Anbietern zweiter Ordnung zugewendet werden (b)).[27]

a) Anbieter dritter Ordnung

Unabhängig davon, in welchem Ausmaß Anbieter dritter Ordnung ihr rechtswidriges Anliegen innerhalb ihres Beitrags konturieren, ergibt sich durch die Eröffnung eines Raums für Reaktionen, insbesondere Kommentare, keine Möglichkeit, einen übergeordneten Willen mit den Kommentatoren zu bilden (voluntatives Element), gar einen hinreichenden organisatorischen Verbund zu begründen (organisatorisches Element). Zwar sind Konstellationen denkbar, in denen ein Nutzer einen verhetzenden Inhalt formuliert und innerhalb seines Beitrags andere Nutzer dazu auffordert, ihre (ähnliche) Meinung kundzutun. In solchen Fällen ließe sich unter Umständen ein übergeordnetes Interesse insofern bejahen, als es durch den Ausgangsbeitrag klar formuliert wird. Jedenfalls an der hinreichenden Organisationsstruktur wird es jedoch fehlen, da es an jedweder Koordination und Verständigung innerhalb des Angebots dritter Ordnung mangelt. Allein die Möglichkeit des Anbieters, Kommentare Anderer zu löschen, ändert daran nichts, bleibt dieses technische Herrschaftsverhältnis doch einseitig[28] und vermag es nicht, andere Nutzer in einen personellen Zusammenschluss zu führen, der eine für das organisatorische Element hinreichende Festigkeit und Kontinuität aufweist. Vielmehr ist das Angebot

[24] *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435, 445.

[25] Dazu *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 39.

[26] *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435, 445.

[27] Vgl. zum Ordnungsmodell der Anbieter innerhalb sozialer Netzwerke oben Kap. 1 A. III. 2.

[28] Zu diesem Herrschaftsverhältnis später noch ausführlich unter Kap. 6 D. I. 2. e).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dritter Ordnung durch die Architektur des Angebots erster Ordnung von einer Flüchtigkeit geprägt, die zu einer personell recht zufälligen Akkumulation von Kommunikationsdelikten führt. Weder lässt sich eine auf die Begehung weiterer Taten hindrängende Interdependenz noch die Vermachtung einer geordneten Einheit bei Angeboten dritter Ordnung ausmachen.

b) Anbieter zweiter Ordnung

Ein näherer Blick ist hingegen auf die Anbieter zweiter Ordnung, insbesondere Gruppen, zu richten, die ihr Angebot auf den Austausch bestimmter rechtswidriger Äußerungen und Inhalte ausrichten. Hier stellen sich vor allem drei Fragen: Wann genügen Anbieterteams (Administratoren und Moderatoren) den zuvor skizzierten Anforderungen des neuen Vereinigungsbegriffs (aa))? Wie ist die kriminelle Zwecksetzung vor dem Hintergrund zu behandeln, dass regelmäßig innerhalb der Angebote auch nicht strafbare Äußerungen und Inhalte verbreitet werden und es sich bei den hier in den Blick genommenen Meinungsäußerungsdelikten ihrerseits z. T. um schwer zu legitimierende Verbotsnormen handelt (bb))? Wann werden Mitglieder einer Gruppe in sozialen Netzwerken zu Mitgliedern der kriminellen Vereinigung (cc))?

aa) Anbieter zweiter Ordnung unter dem (neuen) Vereinigungsbegriff

Um Anbieterteams zweiter Ordnung unter dem neuen Vereinigungsbegriff, insbesondere hinsichtlich des organisatorischen Elements einordnen zu können, soll zunächst ein Seitenblick auf die Betreiber krimineller Handelsplattformen geworfen werden ((1)). Sodann folgt eine vorläufige Analyse der ersten Rechtsprechung zu Anbietern zweiter Ordnung innerhalb sozialer Netzwerke ((2)). Auf dieser Grundlage wird versucht, Indizien für die Bewertung, insbesondere des organisatorischen Elements hinsichtlich Anbieterteams zu erarbeiten ((3)).

(1) Kriminell ausgerichtete Handelsplattformen als kriminelle Vereinigungen

Als Ausgangspunkt für die Einordnung der Anbieter zweiter Ordnung unter dem Vereinigungsbegriff des § 129 Abs. 2 StGB bieten sich die in der Gesetzgebung und Literatur bereits existierenden Ausführungen zu Plattformbetreibern, insbesondere im DarkNet an. Der Strafgesetzgeber ging bei der Schaffung des § 127 StGB nämlich davon aus, dass Betreiberteams den Vereinigungsbegriff des § 129 Abs. 2 StGB nur selten erfüllen würden. Ihnen fehle in der Regel die notwendige Festigkeit der Organisationsstruktur beim Betrieb der Handelsplattformen. Der § 129 Abs. 2 StGB verlange gerade mehr als eine – im Bereich der Internetkriminalität häufig anzutreffende – lediglich lose Übereinkunft mehrerer Personen, miteinander bestimmte Straftaten begehen zu wollen. Darüber hinaus könne in der Regel nicht angenommen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werden, dass die Betreiberteams ein übergeordnetes Interesse verfolgen würden.[29] Diese gesetzgeberischen Annahmen bedürfen einer Überprüfung:

(a) Mangelndes übergeordnetes Interesse

Was das übergeordnete Interesse anbelangt, sei auf die bereits angerissene Streitfrage hinsichtlich der organisierten Wirtschaftskriminalität und die Entscheidung des 3. Strafsenats zum Fortbestand eines Hawala-Systems als übergeordnetes Interesse[30] hingewiesen.[31] Lässt man die in dieser Entscheidung aufgegriffenen und auf das Hawala-System angewendeten Anforderungen genügen, so dürfte es kaum fernliegen, bei den Betreibern kriminell ausgerichteter Handelsplattformen ein gemeinsames, über die individuellen Erwerbsinteressen hinausgehendes Interesse am Fortbestand der Plattform und ihrem gewinnbringenden Weiterbetrieb zu entdecken.[32]

In diesem Kontext sind die Ausführungen des 3. Strafsenats zum Cyberbunker-Fall nur bedingt auf andere medienstrafrechtliche Konstellationen übertragungsfähig: Nachdem auch dort wiederholt wird, dass das voluntative Element mehr als eine Parallelführung von individuellen Erwerbsinteressen fordere,[33] stellt der Senat vor allem den hohen Organisationsgrad und den Fortbestand des Cyberbunkers nicht nur als ‚Arbeitsplatz', sondern auch als Wohnort der Angeklagten in den Fokus. Außerdem konnte er unterstützend die ideologische Einfärbung der Organisation heranziehen, wenn es „um [das] Ziel [geht], Dritten einen der staatlichen Kontrolle und Überwachung entzogenen Internetzugang zu verschaffen"[34].

(b) Schwach ausgeprägtes personelles Element

Weil der Zusammenschluss der Administratoren zwar häufig die niedrige Schwelle des personalen Elements übersteigen dürfte, gleichwohl aber zahlenmäßig besonders überschaubar bleibt und eine klare Rollenverteilung vorliegt, wird jedoch zum Teil eine Vereinigungseigenschaft mit der Begründung abgelehnt, dass es an

[29] BT-Drs. 19/28175, S. 10 f. (zu § 127 StGB); BT-Drs. 19/9508, S. 10 (zu § 126a StGB-E); zust. *Greco*, ZIS 2019, 435, 440; *Fünfsinn/B. Krause*, in: FS-Eisenberg, S. 641, 649, die die (vermeintliche) Flüchtigkeit des Zusammenschlusses betonen; *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 127 Rn. 2; krit. mit dem Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber dem alten Vereinigungsbegriff verhaftet bleibt und der neue Vereinigungsbegriff gerade die Möglichkeit bieten würde, neue Formen krimineller Zusammenschlüsse auch im Internet zu erfassen, *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 129 Rn. 2 f.; auch krit. bzgl. der Annahme, dass es sich um flüchtige Kontakte handele *Wüst*, Underground Economy, S. 77 f.

[30] BGH NJW 2021, 2979.

[31] Vgl. oben Kap. 5 A. I. 1. a).

[32] I. E. auch *Wüst*, Underground Economy, S. 78 f.; *Bächer*, Plattform, S. 96.

[33] BGH MMR 2024, 175 Rn. 41 (Cyberbunker).

[34] BGH MMR 2024, 175 Rn. 44 (Cyberbunker).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einer die kriminelle Vereinigung kennzeichnenden Eigendynamik fehle.[35] Diese Argumentation wirft in methodischer Hinsicht jedoch die Frage auf, ob sie als eine teleologische Reduktion des abstrakten Gefährdungsdelikts oder als eine Auslegung des Vereinigungsbegriffs verstanden sein will. Geht man von ersterem aus, so ließe sich näherungsweise an den Streit um die teleologische Reduktion des § 306a Abs. 1 StGB bei konkret ausgeschlossener Gefährlichkeit denken.[36] Ob ein derartiger Nachweis der Ungefährlichkeit im Kontext des § 129 Abs. 2 StGB bei nur geringfügigem Überschreiten des personalen Elements möglich ist, lässt sich aber bezweifeln. Wenn das Argument hingegen als eine teleologische Auslegung des Vereinigungsbegriffs zu verstehen ist, dann bleibt unklar, ob das personelle Element dafür einen hinreichenden Spielraum belässt. Während nämlich sowohl das zeitliche, als auch das voluntative und das organisatorische Element durchaus die Frage zulassen, ob eine zur Straftat hindrängende Eigendynamik und/oder Professionalisierung durch die jeweilige Ausfüllung des Elements erkennbar wird, gibt es hinsichtlich des personellen Elements kaum Diskussionen. Man könnte das Argument schließlich auch nicht in das organisatorische Element transferieren und behaupten, dass bei geringer Mitgliederzahl eine Interdependenz, Machtverlagerung und Ordnung kaum zu finden sein würden. Gerade das Zusammenwirken verschiedener Kompetenzen (verteilt auf wenige) kann für eine starke Abhängigkeit der mitgliedschaftlichen Beiträge voneinander und für eine Ordnung innerhalb des Betreiberteams sorgen, und zwar unabhängig von einer größeren personellen Dimension.

(c) Flüchtigkeit des Zusammenschlusses bei Anbieterteams

Für unsere Frage bedeutender ist die gesetzgeberische Annahme, dass die Internetkriminalität eher von losen Übereinkünften geprägt ist. Wie dieser Einwand genau zu verstehen ist, erläutert der Gesetzgeber nicht. Wenn damit eine fehlende Kontinuität des Zusammenschlusses im engeren Sinne gemeint ist, die nicht hinreichend auf Straftaten i. S. d. gesetzten Zwecks hindrängen lässt, so sind hinsichtlich kriminell ausgerichteten Handelsplattformen jedenfalls Zweifel angebracht. Gerade hier können verschiedene Kompetenzen erforderlich sein, um den Betrieb eines solchen Marktplatzes zu ermöglichen. Eine Näherung mit gewiss eingeschränkter Übertragungsfähigkeit bietet auch hier der Cyberbunker-Fall, in dem der 3. Strafsenat einen besonders starken organisatorischen Zusammenhalt und eine professionelle Strukturierung erkennt.[37] Richtig wird es (auch) im Kontext krimineller Handelsplattformen sein, im Einzelfalle den Grad der Professionalisierung durch

[35] *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 408; *Safferling/Rückert*, Analysen und Argumente 291, S. 11; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 84 f. jeweils zusätzlich mit Zweifeln daran, ob eine allein auf die Förderung fremder rechtswidriger Taten gerichtete Vereinigung überhaupt von § 129 StGB erfasst werden kann. Dazu näher unten Kap. 5 A. I. 2. b) bb).

[36] Dazu statt aller *Radtke*, in: MüKo-StGB, § 306a Rn. 43 ff.

[37] BGH MMR 2024, 175 Rn. 42 ff. (Cyberbunker).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Arbeitsteilung zu erfassen.[38] Jedenfalls kann es mit dem pauschalen Hinweis auf eine „Flüchtigkeit" sein Bewenden nicht haben.

(d) Zusammenschluss aus Betreibern und Nutzern

Ein anderes ist es, wenn das voluntative und organisatorische Element hinsichtlich der Beziehung von Betreibern und Nutzern verneint wird. Hier dürfte es tatsächlich in aller Regel an einem übergeordneten Interesse fehlen, sofern man nicht die mitunter singuläre Straftatbegehung genügen lassen wollte. Nicht einmal ein gemeinsames Gewinnstreben lässt sich in der Beziehung von Betreiber und Nutzer erkennen.[39] Außerdem wirken Betreiber und Nutzer regelmäßig nicht vorausplanend und koordinierend zusammen.[40]

(e) Zwischenfazit: Handelsplattformen und Vereinigungsbegriff

Der Blick auf die bisherige Auseinandersetzung mit illegalen Handelsplattformen im Spiegel des § 129 Abs. 2 StGB zeigt zum einen, die eigenen im Lichte der Hawala-Entscheidungen stehenden Besonderheiten hinsichtlich des voluntativen Elements. Zum anderen deutet sich eine auf Anbieter zweiter Ordnung innerhalb sozialer Netzwerke übertragbare, aber differenzierungsbedürftige These der Flüchtigkeit eines Zusammenschlusses innerhalb des digitalen Raums an, auf die zurückzukommen sein wird.

(2) Erste Rechtsprechung zu Anbietern zweiter Ordnung

Neben den Erwägungen des Gesetzgebers und des Schrifttums zu den kriminell ausgerichteten Handelsplattformen finden sich erste Judikate hinsichtlich der Anbieter zweiter Ordnung. Besonderes Interesse verdienen die ersten im Rahmen einer Haftprüfung[41] und später im Hauptsacheverfahren[42] getätigten Ausführungen des BGH im Goyim-Fall. Die Angeklagten arbeiteten gemeinsam daran, antisemitische Hassbotschaften über das Internet unter dem von ihnen selbst erfundenen Namen Goyim-Partei zu verbreiten. Dazu betrieben sie verschiedene Seiten und Gruppen (Angebote zweiter Ordnung) innerhalb des sozialen Netzwerks vk.com. Bei einer

[38] In dieser Richtung auch *Zöller*, KriPoZ 2021, 79, 84; *Bächer*, Plattform, S. 96; a. A. *Safferling/Rückert*, Analysen und Argumente 291, S. 11; abl. auch *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 408; *Ceffinato*, ZRP 2019, 161, der ein arbeitsteiliges Vorgehen von mehreren Betreibern nicht ausreichen lassen will; ebenso *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 83.

[39] Vgl. auch *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 82 f.

[40] *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241, 243; *Wüst*, Underground Economy, S. 85; *Wittmer*, Darknet, S. 116 f.; *Bächer*, Plattform, S. 95; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 81 f. zusätzlich mit dem Hinweis auf die – die gegenseitige Verbindlichkeit hindernde – Anonymisierung (dazu weiter unten Kap. 5 A. I. 2. b) aa) (3) (b) (bb)); schon aufgrund der unbestimmten Vielzahl von Plattformnutzern eine hinreichende Verbindung verneinend *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 408; *Ceffinato*, ZRP 2019, 161.

[41] BGH NStZ-RR 2021, 136 (Goyim I).

[42] BGH BeckRS 2023, 18384 (Goyim II).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

von ihnen handelte es sich um die Seite „Goyim Partei Deutschland“ (GPD), innerhalb der die Anbieter selbst, aber auch andere Nutzer volksverhetzende Inhalte verbreiteten.[43] Im Rahmen der Haftprüfung stellte der BGH zunächst fest, dass die GPD als ‚Gruppe‘ in einem sozialen Netzwerk einen eher geringen Organisationsgrad aufweise.[44] Darin sah er jedoch keinen Anlass, die Vereinigungseigenschaft mangels hinreichender Organisationsfestigkeit zu verneinen, sondern schien einen selbständigen Indizienkatalog im Sinn zu haben, wenn es um das organisatorische Element im Digitalen geht. So soll es der Vereinigungseigenschaft nicht entgegenstehen, wenn die Beteiligten „untereinander lediglich über das Internet kommunizierten und zu keinem Zeitpunkt eine konkrete Rollen- und Aufgabenverteilung festlegten. Die Besonderheit einer ‚Gruppe‘ in sozialen Netzwerken […] besteht vielmehr gerade darin, dass sie in gewisser Weise unverbindlich ist und keine besonders ausgestalteten Regeln kennt.“[45] Nach der „europafreundlichen“ Neufassung des Vereinigungsbegriffs in § 129 Abs. 2 StGB reiche bereits ein „koordiniertes Zusammenwirken, um ein gemeinsames, über die Begehung der konkreten Straftaten hinausgehendes Ziel zu erreichen, wobei nach der Gesetzesbegründung eine rudimentäre Organisationsstruktur ausreicht“.[46] Ein solcher Organisationsgrad sei bereits dann gegeben, wenn die Anbieter zweiter Ordnung vielfach untereinander kommunizieren, um sich über das Vorgehen innerhalb des Angebots auszutauschen.[47]

Damit setzt der BGH die Anforderungen an das organisatorische Element denkbar tief an. Richtig ist zwar, dass eine festgelegte Rollen- und Aufgabenverteilung nach dem Wortlaut nicht mehr erforderlich und dass eine Kommunikation in gegenseitiger Anwesenheit nicht notwendig, daher die allein digital agierende kriminelle Vereinigung prinzipiell denkbar ist.[48] Das Gericht scheint jedoch zu diesem Zeitpunkt noch zu versuchen, die Not zur Tugend zu machen, wenn es die Unverbindlichkeit und innere Regellosigkeit innerhalb von Gruppen in sozialen Netzwerken als Normalfall setzt. Die Begründung droht, so einen eigenen Maßstab für die online agierende kriminelle Vereinigung finden zu wollen, der sich nicht notwendig an den, die erhebliche Strafbarkeitsvorverlagerung legitimierenden Aspekten orientiert. Dabei steht sie geradezu windschief zu der Vorstellung des Gesetzgebers, dass eine Flüchtigkeit des Zusammenschlusses hinderlich sei.[49]

Es verwundert daher nicht, dass die Begründung im Hauptsacheverfahren vorsichtiger ausfällt. Auch dort findet sich der Hinweis auf den „eher niedrigen Or-

[43] Sachverhalt bei BGH BeckRS 2023, 18384, Rn. 7 ff. (Goyim II).

[44] BGH NStZ-RR 2021, 136, 137 (Goyim I).

[45] BGH NStZ-RR 2021, 136, 137 (Goyim I); zust. OLG München BeckRS 2022, 31775, Rn. 18 (Telegram).

[46] BGH NStZ-RR 2021, 136, 137 (Goyim I).

[47] BGH NStZ-RR 2021, 136, 137 (Goyim I).

[48] So auch OLG München BeckRS 2022, 31775, Rn. 19 (Telegram).

[49] Vgl. erneut BT-Drs. 19/28175, S. 10 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ganisationsgrad“, der sodann aber u. a. durch die „willensmäßige […] Einbindung der Beteiligten, [die] koordinierte […] Vorgehensweise, [und die] Dauerhaftigkeit ihrer Verbindung“ kompensiert werden soll.[50] Wiederholt wird auch, dass es „rechtlich nicht entscheidend [ist], ob der Austausch in persönlichen Begegnungen oder über andere Dialogformen stattfindet. Ein Verbandsleben kann sich ebenso in virtuellen (Chat-)Räumen abspielen.“[51] Zu Recht wurde darauf verzichtet, die Regellosigkeit und Unverbindlichkeit quasi zum eigenen Organisationscharakteristikum im Internet zu erklären.

Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden die Anforderungen des neuen (aufgelockerten) Vereinigungsbegriffs, insbesondere des organisatorischen Elements in den Kontext der Angebote sozialer Medien gesetzt werden.

(3) Die Anforderungen an den Vereinigungsbegriff im Kontext sozialer Netzwerke

(a) Zeitliches und personelles Element

Ohne Schwierigkeiten bleibt es für den Rechtsanwender, die Anbieter zweiter Ordnung innerhalb sozialer Netzwerke unter das personelle und zeitliche Element zu subsumieren. Die Feststellung, dass mehr als drei Personen – auf Dauer angelegt – beteiligt sind, damit sich eine die Vorverlagerung legitimierende Eigendynamik und Erwartbarkeit von Straftaten entdecken lässt, stellt in der Regel keine Herausforderung dar.[52]

Beim personellen Element stellt sich allein die Sonderfrage, unter welchen Voraussetzungen sich Nutzer des Angebots an der Vereinigung beteiligen. Die Relevanz dieser Frage verdeutlicht die Entscheidung des OLG München, das über den hinreichenden Tatverdacht hinsichtlich der mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung bei der Erstellung und aktiven Nutzung eines Telegram-Kanals zu befinden hatte.[53] Neben der Veröffentlichung allgemeiner Inhalte diente der Kanal dem Beschuldigten und anderen Nutzern dazu, missbilligtes Verhalten vor allem staatlicher Stellen anzuprangern und zum Vorgehen gegen „verantwortliche Personen“ mittels Straftaten aufzurufen.[54] Zwar lässt das OLG München ausdrücklich offen, „inwieweit sämtliche Mitglieder der T.-Gruppe – auch rein passive Konsumenten von Inhalten – auch Täter iSd. […] §129 StGB sind“[55]. Dass das Gericht aber jedenfalls implizit davon ausgeht, dass einige Mitglieder des Kanals, die diesen mit Inhalten bespielen, sich mitgliedschaftlich an der Vereinigung beteiligen,

[50] BGH BeckRS 2023, 18384, Rn. 16 (Goyim II).

[51] BGH BeckRS 2023, 18384, Rn. 16 (Goyim II).

[52] Die Anforderungen an das personelle Element anzuheben oder dieses stärker mit dem organisatorischen Element zu verschleifen, überzeugt, wie ausgeführt, nicht. Dazu oben Kap. 5 A. I. 2. b) aa) (1) (b).

[53] OLG München BeckRS 2022, 31775, Rn. 1 (Telegram).

[54] OLG München BeckRS 2022, 31775, Rn. 18 (Telegram).

[55] OLG München BeckRS 2022, 31775, Rn. 20 (Telegram).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wird schon daraus deutlich, dass es das personelle Element – wenn auch ohne ausdrückliche Erwähnung – zu bejahen scheint. Denn aus der Begründung geht nicht hervor, dass hinter dem Betrieb des Kanals bzw. dem dahinterstehenden Nutzerprofil mehrere Personen stehen.[56]

In diesem Zusammenhang sorgt es zumindest für Unklarheit, wenn das Gericht auf Grundlage des neuen Vereinigungsbegriffs annimmt, dass es „unerheblich [ist], dass das Aufwiegeln und die Aufforderung zu Straftaten (überwiegend) einseitig vom Beschuldigten ausgingen", weil Rolle und Funktion nicht mehr für den Vereinigungsbegriff entscheidend seien.[57] Wenn diese These zudem damit gestützt werden soll, dass der Gesetzgeber die unterschiedlichen Rollen bei der Strafandrohung berücksichtigt hat und nach Rädelsführer (Abs. 5), einfachem Mitglied (Abs. 1 S. 1), Unterstützer (Abs. 1 S. 2) und Mitläufer (Abs. 6) unterschieden habe[58], dann droht das Gericht zu verkennen, dass es für die Konstitution der kriminellen Vereinigung gerade auf die Zahl der Mitglieder, nicht aber etwa auf die der Unterstützer ankommt.

(b) Voluntatives und organisatorisches Element

Hinsichtlich des voluntativen Elements und den Anforderungen an ein übergeordnetes Interesse i. S. v. Abs. 2 dürfte jedenfalls dort, wo die ideologisch oder politisch motivierte Begehung von Kommunikationsdelikten im Raum steht, ein übergeordnetes Interesse zu bejahen sein.[59]

Zentral bleibt daher die Frage, ob und wie Anbieter zweiter Ordnung das organisatorische Element erfüllen können. Zunächst einmal zeigt der das OLG Stuttgart beschäftigende Altermedia-Fall neben dem schon erwähnten Cyberbunker-Fall, dass auch im Internet ein hohes Maß an Organisation und Arbeitsteilung möglich ist, wenn Betreiber entsprechend ihrer Kompetenzen die Pflege der technischen Infrastruktur, die Kontrolle von Inhalten und die Darstellung innerhalb sozialer Netzwerke untereinander aufteilen, um eine vor allem der Darstellung volksverhetzender Inhalte dienende Internetseite zu betreiben.[60] Ob sich Gleiches schon im Goyim-Fall[61] oder gar dem Telegram-Fall des OLG München[62] sagen lässt, scheint zweifelhaft. Um nicht derselben Versuchung wie der BGH und das OLG München zu

[56] Ausführlich dazu unten Kap. 5 A. I. 2. b) cc).

[57] OLG München BeckRS 2022, 31775, Rn. 19 (Telegram). Offen bleibt dabei zunächst, ob das Gericht dieses Auffordern zu Straftaten gem. § 111 StGB oder die später verübten Straftaten, zu denen aufgefordert wurde, etwa Nachstellungen, Bedrohungen oder Beleidigungen (a. a. O., Rn. 18) als Bezugspunkt des Vereinigungszwecks ansieht.

[58] OLG München BeckRS 2022, 31775, Rn. 19 (Telegram).

[59] Vgl. dazu Kap. 5 A. I. 1. a).

[60] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 70 ff. (Altermedia).

[61] BGH NStZ-RR 2021, 136 (Goyim I); BGH BeckRS 2023, 18384 (Goyim II).

[62] OLG München BeckRS 2022, 31775 (Telegram).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

erliegen und eine dezisionistisch anmutende Begründung im Hinblick auf das organisatorische Element zu liefern (zuvor (2)), sollen auch mit Blick auf die Diskussionen zu kriminellen Handelsplattformen (zuvor (1)) erste Indizien zur Bewertung des organisatorischen Elements im Einzelfalle entwickelt werden.

Dabei soll vor allem die Gefährlichkeit der Vereinigung berücksichtigt werden, die in der Erwartbarkeit von Straftaten liegt und sich zum einen durch die entstehende Eigendynamik mittels Verantwortungsnegierung und Gruppenidentität und zum anderen durch entsprechende Professionalisierungsvorteile erreichen lässt.[63]

(aa) Trennung von vereinigungs- und plattformspezifischen Dynamiken

Vor diesem Hintergrund lassen sich zunächst – ebenso wie bei kriminellen Handelsplattformen – spezifische straftatförderliche Plattformeffekte bedenken. So betont etwa Wüst, wenn auch hinsichtlich krimineller Handelsplattformen, dass von diesen eine erhebliche Gefahr vor allem in Ansehung ihrer Strukturierungs- und Organisationsfunktion ausgeht. Durch sie werde der profitorientierte Austausch zwischen Cyberkriminellen mit unterschiedlichen IT-Kenntnissen ermöglicht und die Zusammenarbeit erheblich erleichtert.[64] Ähnliche Plattformeffekte lassen sich auch hinsichtlich entsprechend ausgerichteter Gruppen innerhalb sozialer Netzwerke entdecken. So verschaffen diese Angebote zweiter Ordnung das Gefühl, einen für die Begehung von ideologisch oder politisch motivierten Kommunikationsdelikten sicheren Ort gefunden zu haben.[65] Durch Effekte der Gruppenpolarisierung können sie die Begehung ähnlicher Kommunikationsdelikte incentivieren.[66] Zu beachten ist jedoch, dass diese Effekte nicht darauf zurückgehen, dass das Angebot durch einen organisatorischen Zusammenschluss betrieben wird, sondern auf die soziotechnische Natur des Angebots als solchem. Es wäre verfehlt und würde die Konzeption des § 129 StGB in Richtung des § 127 StGB ablenken, wenn bei den Anforderungen an das organisatorische Element diese spezifischen Gefahren des Plattformbetriebs Berücksichtigung fänden.[67] Es ist daher im digitalen Bereich be-

[63] Vgl. dazu oben Kap. 5 A. I.

[64] *Wüst*, Underground Economy, S. 79 ff., die solche Plattformeffekte innerhalb der Frage nach der Gefahr für die öffentliche Sicherheit durch die bezweckten Straftaten adressiert. Diesen Anknüpfungspunkt für eine teleologische Reduktion des Tatbestandes versteht Wüst jedoch recht weit, wenn sie nicht auf die bezweckten Straftaten, sondern die Art ihrer Ermöglichung durch eine Plattform abstellt.

[65] Vgl. dazu Kap. 2 C. I. 2. b).

[66] Vgl. etwa *Harrendorf/P. Müller/Mischler*, ZIS 2020, 411, 414; dazu auch oben Kap. 2 C. I. 2. a).

[67] Diese Eigendynamik bezieht *Wüst*, Underground Economy, S. 82 schlussendlich auf die Zusammenarbeit der Gruppe, wobei gerade zweifelhaft ist, ob sie, wie behauptet, durch die Zusammenarbeit mehrerer zu erreichen ist. Unabhängig davon ginge es jedenfalls eher um die Professionalisierungschancen durch kompetenzgerechte Aufgabenverteilung als um eine gruppenspezifische Eigendynamik im oben beschriebenen Sinne. Zur Trennung der Organisationselemente auch *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 56 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sonders darauf zu achten, vereinigungs- und plattformspezifische Dynamiken voneinander zu trennen.

(bb) Interdependenz, Macht und Ordnung bei Angeboten zweiter Ordnung

Auch wenn eine Kommunikation in gegenseitiger Anwesenheit, wie der BGH im Goyim-Fall ausführt[68], nicht notwendig ist, könnten die internetspezifischen Kommunikationsumstände erheblichen Einfluss auf die Festigkeit des Zusammenschlusses haben. Ein Aspekt dürfte in der Frage liegen, ob die Anbieter Kenntnis ihrer Identität im analogen Leben haben (bspw. im Cyberbunker-Fall) oder sich allein in möglicherweise pseudonymisierter Form kennengelernt haben. In letzterem Fall dürfte das Maß an Verbindlichkeit, welches zwischen den Anbietern besteht, tendenziell geringer ausfallen, kann sich ein jeder doch gänzlich, ohne Repressionen durch die anderen Anbieter zu fürchten, aus dem Betrieb der Plattform herausziehen.[69] Dieses Kriterium steht – greifen wir auf die Rahmenmerkmale von Sinn/Iden/Pörtner zurück[70] – im Zusammenhang mit dem Organisationselement der *Macht.*

Im Hinblick auf den *Ordnungsaspekt* spricht es für eine hinreichende Organisationsstruktur, wenn die inhaltliche Moderation der Gruppe bestimmten, vor allem auf das übergeordnete Interesse gerichteten Regeln unterliegt. Diese können bei der Löschung bestimmter Beiträge der Nutzer, aber auch im Falle von geschlossenen Gruppen (bei der Auswahl der Nutzer) eine Rolle spielen. Kaum ausgeprägt sind sie hingegen, wenn in einer Chatgruppe eine unbeschränkte Kommunikation zwischen den Mitgliedern ermöglicht wird.

Am schwierigsten dürfte es wohl sein, eine *Interdependenz* bei dem Angebot zweiter Ordnung zu entdecken. Der Betrieb einer Gruppe innerhalb sozialer Netzwerke bedarf aufgrund der präexistenten Umgebung (durch das Angebot erster Ordnung) verhältnismäßig wenig verschiedener Kompetenzen zum Betrieb. Die Professionalisierungschancen sind im Vergleich mit dem Betrieb einer kriminellen Handelsplattform (bspw. Cyberbunker[71] oder DidW[72]) oder einer eigenen Internetseite (bspw. Altermedia[73]) verhältnismäßig gering. Nur wenn die Gruppe eine Größe erreicht hat, bei der die Administration allein kaum möglich ist, oder falls es das Ziel ist, die Gruppenmitglieder als Anbieter selbst regelmäßig mit entsprechenden Inhalten zu versorgen, könnten die Kapazitätsgrenzen einzelner Nutzer dafür sorgen, dass es zu Kooperationsvorteilen kommt. Aufgrund der Besonderheiten des Platt-

[68] Vgl. dazu oben Kap. 5 A.I.2.b)aa)(2).

[69] So auch *Bock/Harrendorf*, ZStW 2014, 337, 357; in dieser Richtung auch *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 127.

[70] Vgl. dazu oben Kap. 5 A.I.1.b).

[71] BGH MMR 2024, 175 (Cyberbunker).

[72] LG Karlsruhe BeckRS 2018, 40013 (DiDW).

[73] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris (Altermedia).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

formbetriebs ist jedoch selbst in diesem Falle zu hinterfragen, ob das Zusammenwirken die Erwartbarkeit von Taten erhöht.[74]

Es dürfte hier zu trennen sein: Die (eher geringen) Professionalisierungschancen betreffen das Aufrechterhalten des Angebots. Insofern besteht ein – wenn auch nur loser – Bezug zu den aus der Vereinigung entstehenden Straftaten in der Verantwortlichkeit für fremde Inhalte.[75] Geht es hingegen um die eigenhändige Verbreitung von Inhalten durch die Mitglieder, so lassen sich keine Professionalisierungschancen erkennen. Die Begehung von Äußerungs- und Inhaltsverbreitungsdelikten ist in aller Regel besonders vorbereitungsarm und im Internet von kaum praktischen Hürden geprägt. Besonders hinsichtlich der eigenhändigen Verbreitung strafbarer Inhalte dürften aber wiederum Aspekte der Gruppendynamik Wirkung beanspruchen können, die sich im Rahmen des organisatorischen Elements in Aspekten der *Macht* und der *Ordnung* widerspiegeln können. Weiterführende Einordnungen scheinen derweil der Prüfung im Einzelfalle vorbehalten zu bleiben.

(c) Zwischenfazit: Vereinigungsbegriff und Angebote zweiter Ordnung

Die Untersuchung hinsichtlich des Vereinigungsbegriffs im Hinblick auf digitale Kommunikationsräume konnte bisher nur versuchen, erste differenzierende Linien zu zeichnen. Dabei hat sich gezeigt, dass die vier Elemente, in die der Vereinigungsbegriff zerfällt, überwiegend durch eine teleologische, im Zusammenhang mit der Legitimation des § 129 StGB stehenden Auslegung geprägt sind. Während im Hinblick auf das personelle Element kaum Spielraum für eine Auslegung besteht und das zeitliche sowie das voluntative Element in diesem Kontext kaum begrenzendes Potenzial vermitteln, ist eine kritische Überprüfung des organisatorischen Elements geboten. Eine weitere Konkretisierung des Letzteren durch die Rahmenmerkmale der *Macht*, *Ordnung* und *Interdependenz* und deren Ausleuchtung im digitalen Kontext konnte dabei erste Leitlinien bieten, um einen eigenen Indizienkatalog für Online-Zusammenschlüsse zu entwickeln. Ob die Rechtsprechung zur Ausgestaltung dieses Indizienkatalogs in einer Form beiträgt, die die Legitimationsprobleme des § 129 StGB sowie die Besonderheiten der Online-Kommunikation berücksichtigt, bleibt abzuwarten. Jedenfalls aber gilt es, im Kontext der Angebote zwischen plattformeigenen und vereinigungsspezifischen Effekten zu trennen, die auf eine Begehung von Straftaten innerhalb und durch das Angebot hindrängen.

[74] Gerade im Hinblick auf den letztgenannten Aspekt bleibt aber zu prüfen, ob das Angebot zweiter Ordnung innerhalb des sozialen Netzwerks einer von mehreren Tätigkeitsbereichen zur Erreichung des Vereinigungszwecks ist. Sodann kann auch ein einzelner Anbieter Mitglied einer kriminellen Vereinigung sein, dessen Rolle es ist, das Angebot zu verwalten. In diesem Fall stellt aber das Angebot selbst kein hinreichendes Organisationsobjekt dar.

[75] Dazu weiter unter Kap. 5 A. I. 2. b) bb) (3).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Zweck oder Tätigkeit der Vereinigung

Der Zweck oder die Tätigkeit der Vereinigung muss auf die Begehung von Straftaten gerichtet sein. Hinsichtlich der Angebote zweiter Ordnung stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Ausrichtung der Vereinigung auf die Begehung von Straftaten zu bejahen wäre ((1)), ob diese den öffentlichen Frieden regelmäßig gefährden können ((2)) und inwiefern der Vereinigungszweck auf die Begehung eigener Taten als Täter gerichtet sein muss ((3)).

(1) Abgrenzung zur neutralen Vereinigungsausrichtung

Von besonderer Bedeutung für die Frage nach der hinreichenden Ausrichtung auf die Begehung von Straftaten sind die Ausführungen des OLG Stuttgart zur Verbreitung rechtsextremistischer Inhalte im Altermedia-Fall.[76] Das Gericht äußerte sich zu der Frage, ob es der kriminellen Ausrichtung der Vereinigung entgegensteht, dass Zweck des Angebots nicht nur der Austausch solcher Inhalte ist, die die Schwelle zur Strafbarkeit überschreiten. So geht es davon aus, dass § 129 StGB nicht voraussetze, dass die Begehung von Straftaten der alleinige oder der Haupt- oder Endzweck der Vereinigung sein muss.[77] Damit zusammenhängend wird für irrelevant erklärt, welchen rechnerischen Anteil tatsächlich strafrechtswidrige Inhalte haben. Es komme allein darauf an, ob die Begehung von Äußerungs- und Inhaltsverbreitungsdelikten das Erscheinungsbild des Angebots mitprägt.[78] Zudem stünde es der Vereinigungseigenschaft nicht entgegen, dass der Inhalt der Texte nicht von vornherein für die Mitglieder feststand. Entscheidend soll nach dem OLG Stuttgart allein sein, dass die Bandbreite der zu erwartenden Inhalte hinreichend konturiert ist; die Planung konkreter Straftaten sei gerade nicht notwendig.[79]

(2) Teleologische Reduktion hinsichtlich der Bezugstaten

Seit der Reform im Jahr 2017 müssen die Bezugstaten im Höchstmaß mit einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sein.[80] Vor der Einführung dieser

[76] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris (Altermedia); die Revision wurde vom BGH BeckRS 2019, 16209 weitgehendst, im Hinblick auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts, sogar vollständig verworfen.

[77] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1368 (Altermedia); zum Sachverhalt Rn. 57: (End-)Ziel der Angeklagten war es, „der rechtsradikalen Szene mit der Internetseite ‚Altermedia' ein unabhängiges Nachrichtenportal zur Verfügung zu stellen, an dem alle ‚Aufrechten in allen Fraktionen des Widerstands' mitarbeiten sollten"; vgl. auch *Fischer*, StGB, § 129 Rn. 17; *Hilgendorf*, in: A/W/H/H, § 44 Rn. 12.

[78] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1371 (Altermedia); vgl. auch *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 40.

[79] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1370 (Altermedia); vgl. auch *Hilgendorf*, in: A/W/H/H, § 44 Rn. 14.

[80] Für die hier interessierenden Delikte entfaltet diese Voraussetzung jedoch keinerlei beschränkende Wirkung. Seit der Einführung der Qualifikation der öffentlichen Beleidigung ist

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auf den Ausschluss von Bagatellkriminalität gerichteten Grenze, wurde von der Rechtsprechung und dem Schrifttum gefordert, dass die geplanten Straftaten eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeuten und unter diesem Blickwinkel von einigem Gewicht sind.[81] Selbst im Hinblick auf die neue Fassung soll die Einschränkung weiter von Bedeutung bleiben.[82] Bei der Beurteilung der Gefährlichkeit für die öffentliche Sicherheit komme es nicht allein auf das sich im Strafrahmen spiegelnde, abstrakt tatbestandliche Unrecht, sondern auf eine Gesamtwürdigung an, die reale und potenzielle Auswirkungen auf die öffentliche Sicherheit mitzuberücksichtigen habe.[83] Nicht zu fordern sei hingegen, wie es sich schon aus der vom Gesetzgeber eingefügten Begrenzung ergibt, dass es sich um besonders schwere Straftaten handelt.[84] Ebenso wenig kann es überzeugen, wenn man abstrakte Gefährdungsdelikte, zu denen die hier betrachteten Kommunikationsdelikte größtenteils gezählt werden[85], vom Kreis der tauglichen Bezugstaten ausnimmt.[86] Das zeigt bereits der Hinweis auf die Brandstiftungsdelikte deutlich: Eine entsprechend hinreichende Gefahr bei § 306 StGB anzunehmen, sie aber bei § 306a StGB abzulehnen, erscheint widersinnig.[87]

(3) Eigene oder fremde Straftaten

Letztlich könnte es – an den vorherigen Punkt anknüpfend – einer Strafbarkeit entgegenstehen, wenn es nicht Zweck des Angebots ist, dass vornehmlich die Mitglieder der Vereinigung die rechtswidrigen Inhalte abgeben. Klar ist dabei, dass die Taten (zunächst einmal unabhängig von der Beteiligungsform) nicht allein durch Nicht-Mitglieder ohne jede Zurechnung zu Mitgliedern begangen werden (sollen).[88] Hinsichtlich der notwendigen Beteiligungsform wird zum Teil angenommen, dass es ausreicht, wenn Beihilfe zu fremden Taten durch die Mitglieder der Vereinigung

sogar die Begehung von internet-öffentlichen Beleidigungen tauglicher Zweck. Vgl. zur ausbleibenden Restriktion des § 129 StGB auch *Heger/Huthmann*, KriPoZ 2023, 259, 261.

[81] BGH NJW 1983, 1334, 1335; 1995, 2117, 2118; NStZ 2000, 27; vgl. auch *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 53 ff.

[82] *Lohse*, in: SSW-StGB, § 129 Rn. 28; *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 53 ff.; *Wüst*, Underground Economy, S. 80; zurückhaltend *Kuhli*, in: Matt/Renzikowski, 2. Aufl. 2020, § 129 Rn. 17; wohl auch krit. *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 129 Rn. 5.

[83] *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 54; *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 40; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 2, § 95 Rn. 6; vgl. auch *Wüst*, Underground Economy, S. 80, die aber im Hinblick auf den Betrieb von DarkNet-Plattformen gegen eine erhebliche Gefährlichkeit sprechen lässt, dass dem Betrieb der Plattform eine doppelte Vorverlagerung der Verletzung (individueller) Rechtsgüter zugrunde liegt; a. A. *Stein/Greco*, in: SK-StGB, § 129 Rn. 35.

[84] *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 2, § 95 Rn. 6; anders BGHSt 31, 202, 207.

[85] Vgl. dazu unten Kap. 6 A. I. 2. b).

[86] So aber *Puschke*, Vorbereitungstatbestände, S. 429.

[87] So auch *Stein/Greco*, in: SK-StGB, § 129 Rn. 35.

[88] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1369 (Altermedia).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

geleistet wird und hierauf die innere Struktur der Organisation gerichtet ist.[89] Von anderen wird bestritten, dass die Hilfeleistung[90] sowie die Begehung solcher Delikte, die ihrerseits eine Strafbarkeit im Vorfeld individueller Rechtsgüterschäden bestimmen (§§ 111, 140 Nr. 2, 130a StGB),[91] taugliche Bezugstaten der kriminellen Vereinigung sind.

Wenn eine derartige Restriktion mit dem Blick auf das Telos und wiederum den Schutz der öffentlichen Sicherheit begründet werden soll, so scheint insbesondere in den Fällen der §§ 111, 140 Nr. 2, 130a StGB zweifelhaft, warum gerade die von ihnen ausgehende Gefahr für den öffentlichen Frieden nicht von einigem Gewicht sein soll, schützen sie nach überwiegender Auffassung doch gerade dieses Kollektivrechtsgut.[92] Warum nur eine Täterschaft, nicht aber die Beihilfe als Bezugstaten ausreichen soll, erklärt sich indessen ebenso wenig. Nimmt man auch für die Kommunikationsdelikte, die eine Motivation zu Taten im weiten Vorfeld bestrafen (§§ 111, 140 Nr. 2, 130, 130a StGB), an, dass sie durch die Anbieter zweiter Ordnung nur als Gehilfen verwirklicht werden[93], so stellt sich die Frage erst recht: Genügt es, dass die Vereinigung (organisatorischer Zusammenschluss der Anbieter) nur Beihilfe zur motivierenden Tat leistet? Auch gegen die Bejahung dieser Frage lassen sich im Allgemeinen kaum durchgreifende Bedenken erkennen.

Wollte man dies aber anders sehen, so wird die bereits mehrfach angekündigte Frage, ob nicht eine mitgliedschaftliche Beteiligung der Nutzer in Betracht kommt, auch für das Merkmal der kriminellen Zwecksetzung relevant:

cc) Mitgliedschaftliche Beteiligung der Nutzer

Wie bereits mehrfach angerissen, spielt es für § 129 StGB im Kontext sozialer Netzwerke und seiner Angebote unterschiedlicher Ordnung eine zentrale Rolle, wann eine mitgliedschaftliche Beteiligung der Nutzer vorliegt. Es entscheidet – wie wohl im Telegram-Fall des OLG München[94] – darüber, ob das personale Element

[89] Vgl. allgemein BGH NStZ 1999, 503, 504; *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 57; speziell BGH MMR 2024, 175 Rn. 46 (Cyberbunker).

[90] *Kuhli*, in: Matt/Renzikowski, § 129 Rn. 18; zu kriminell ausgerichteten Handelsplattformen vgl. erneut zweifelnd *Safferling/Rückert*, Analysen und Argumente 291, S. 11; *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 408: jedenfalls Gefahr für die öffentliche Sicherheit; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 85; offenlassend, weil im Bereich weiter gefasster darknet-typischer Delikte häufig eine Alleintäterschaft angenommen werden könne, *Bächer*, Plattform, S. 98.

[91] Vgl. in dieser Richtung BGH NJW 1978, 433; OLG Koblenz, Beschluss vom 5. 3. 1997 – OJs 13/95; hier wiederum bejahend *Kuhli*, in: Matt/Renzikowski, § 129 Rn. 18.

[92] OLG Düsseldorf NStZ 1998, 249; tendenziell auch BGH NStZ 2000, 27; offengelassen noch von BGH NJW 1995, 2117, 2118; *D. Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 129 Rn. 7a; *Hilgendorf*, in: LPK-StGB, § 129 Rn. 22; differenzierend *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 58; *Fischer*, StGB, § 129 Rn. 21.

[93] Dazu unten Kap. 5 B. III.

[94] OLG München BeckRS 2022, 31775 (Telegram).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bejaht werden kann. Anhand der Abgrenzung mitgliedschaftlicher Beteiligung (§ 129 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB) und der Unterstützung (§ 129 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 StGB) zeigen sich also die personellen Grenzen der Organisation.[95]

Nach § 129 StGB a. F. erforderte die Mitgliedschaft eine auf Dauer angelegte Teilnahme am Verbandsleben und die Eingliederung in die Organisation, die sich in einer aktiven Förderung des Aufbaus, der Fortdauer oder der Tätigkeit der Vereinigung im Rahmen des übergeordneten Gruppenwillens äußern.[96] Problematisch ist insofern, dass der Bezugspunkt Merkmale des Vereinigungsbegriffs in sich aufnimmt, die in jener Form nicht mehr Bestandteil der Definition sind. Daher wird für den neuen Vereinigungsbegriff eine Teilnahme am Verbandsleben nicht mehr gefordert.[97] Zum Teil wird in Korrespondenz zu dem Streit um die Anforderungen an die Vereinigung weiterhin eine einvernehmliche Eingliederung in die Organisation der Vereinigung gefordert, die durch eine gegenseitige Verpflichtung der Mitglieder gekennzeichnet ist.[98] Die diese Eingliederung zum Ausdruck bringenden Förderhandlungen müssen aber gerade nicht in der Mitwirkung an einzelnen Straftaten bestehen. Ansonsten drohte man die Beteiligung an der Vereinigung mit der Beteiligung an Straftaten gleichzusetzen.[99] Zudem ist erforderlich, dass die Förderung von innen, also durch konsentiertes Zusammenwirken zum Zwecke der Begehung von Straftaten mit anderen Mitgliedern und im Einvernehmen mit den anderen Mitgliedern über ein längerfristig verabredetes Zusammenwirken vorliegt.[100]

(1) Passive Mitgliedschaft im Angebot zweiter Ordnung

Der BGH ließ im Goyim-Fall ausdrücklich offen, ob sich jeder Nutzer, der sich online auf der GPD-Seite (innerhalb von vk.com) als ‚Mitglied' registrierte bzw. durch einen Mausklick seinen Beitritt zur ‚Community' erklärte, auch i. S. d. § 129 I StGB mitgliedschaftlich an der Organisation beteiligte.[101] Dabei muss der BGH bereits materielle Förderungswirkungen durch die Mitgliedschaft im Sinn gehabt haben, wird doch nahezu einhellig vertreten, dass eine formelle Mitgliedschaft weder

[95] Ausdruck findet das nicht zuletzt in der häufig anzutreffenden Umschreibung der Unterstützung als die Förderung der Vereinigung als „Nichtmitglied von außen" (krit. zur vermeintlichen Dichotomie von Innen und Außen *Stein/Greco*, in: SK-StGB, § 129 Rn. 46).

[96] *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 129 Rn. 8.

[97] BGH BeckRS 2019, 28702, Rn. 28; *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 96; *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 129 Rn. 8; *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 82.

[98] BGH BeckRS 2019, 28702, Rn. 28; *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 96 f.

[99] *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 100; vgl. auch *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 82, 86.

[100] BGH NStZ 1993, 37, 38; *Hilgendorf*, in: LPK-StGB, § 129 Rn. 26; *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 129 Rn. 8; *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 97.

[101] BGH NStZ-RR 2021, 136, 137 (Goyim I); in der Hauptsache BGH BeckRS 2023, 18384 Rn. 17 (Goyim II) wird im Einzelnen hier auf BGH NStZ-RR 2021, 136, 137 (Goyim I) verwiesen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hinreichendes noch notwendiges Merkmal einer mitgliedschaftlichen Beteiligung ist.[102]

Dass aber Nutzer allein durch das Folgen einer Fanseite oder den Beitritt einer Gruppe eine Förderung, die über das Faktum der (nach innen) sichtbaren Mitgliedschaft hinausgeht, leisten, scheint zweifelhaft. Die Förderwirkung könnte allein in der Besonderheit der Angebote zweiter Ordnung innerhalb sozialer Netzwerke im Kontext der Kommunikationsdelikte zu suchen sein: Zweck der Angebote ist es regelmäßig, einen ideologisch, politisch oder religiös motivierten gesellschaftlichen Wandel herbeizuführen, indem Nutzer, die die Vorstellungen der Gruppe noch nicht teilen, gewonnen oder Nutzer mit ähnlichen Vorstellungen weiter bestärkt und ggf. radikalisiert werden. Für dieses Unterfangen sind Adressaten der Inhalte unerlässlich, was sich in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen der Kommunikationsdelikte spiegelt.[103] Dieser an die Problemkonstellation der notwendigen Teilnahme erinnernde Befund kann jedoch, für sich genommen, keine hinreichende Eingliederung in die Vereinigung demonstrieren. Vielmehr müsste an die psychischen Wirkungen angeknüpft werden, die durch einen Beitritt und den anschließenden Verbleib in der Gruppe verursacht werden. Es ist nicht auszuschließen, dass dadurch die Entschlossenheit und die Durchhaltebereitschaft der Vereinigungsmitglieder gesteigert wird, zum einen eigene mitgliedschaftliche Beiträge in Form von strafrechtswidrigen wie legalen, dem Vereinigungszweck entsprechenden Posts abzugeben und zum anderen das Angebot für den inhaltlichen Austausch Außenstehender aufrechtzuerhalten. Unabhängig von der Frage, ob eine solche Wirkung den Anforderungen der Unterstützung i. S. v. § 129 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 StGB genügen kann[104], erfordert die mitgliedschaftliche Förderung (i. S. v. Abs. 1 S. 1) eine Eingliederung, die eine Zuordnung des Einzelnen zur Organisation und ihren Zielen von außen erkennen lässt. Dort, wo aber die Mitgliedschaft im Angebot passiver Natur bleibt und keine sonstigen Betätigungsakte hinzutreten, lässt sich der Nutzer kaum einer Vereinigung zuordnen, die politisch oder ideologisch auf andere einwirkt; vielmehr verharrt er zunächst in der Rolle des Rezipienten.

[102] Vgl. allgemein BGH NJW 2019, 2552, 2554; *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 87; *Hilgendorf*, in: LPK-StGB, § 129 Rn. 26; *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 97, 99 m. w. N.

[103] Vgl. dazu oben Kap. 2 C. I. 2. b).

[104] Offenlassend OLG München BeckRS 2022, 31775, Rn. 19 (Telegram). Betroffen könnte damit gerade eine der Konstellationen sein, die das unmittelbare Unterstützen der Vereinigung und nicht die verselbständigte Form der Beihilfe zur mitgliedschaftlichen Beteiligung betrifft (vgl. *Fischer*, StGB, § 129 Rn. 39; *Kuhli*, in: Matt/Renzikowski, § 129 Rn. 23). In dieser Konstellation bezieht sich das Unterstützen unmittelbar auf die gesamte Organisation, ohne dass sich die Förderwirkung auf einzelne mitgliedschaftliche Beteiligungen beschränkt (zur psychischen Unterstützung allgemein *Stein/Greco*, in: SK-StGB, § 129 Rn. 46).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(2) Aktive Gruppenmitglieder und übergeordnete Funktionen

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob solche Nutzer, die auf Inhalte in der Gruppe reagieren oder selbst Inhalte i. S. d. des Vereinigungszwecks hochladen, als Mitglieder einer Vereinigung zu behandeln sind. Die Rechtsprechung – und ihr folgend die Literatur – lässt es gemeinhin für eine mitgliedschaftliche Beteiligung nicht ausreichen, wenn eine – auch intensive – Tätigkeit für die Organisation vorliegt.[105] Das könnte auch für die rege Beteiligung innerhalb des Angebots zweiter Ordnung gelten. Es ist vielmehr eine Eingliederung in die Organisation notwendig, die nicht durch eine auf einseitigem Willensentschluss beruhende Unterordnung hergestellt werden kann. Vielmehr bedarf es der Zustimmung durch die Vereinigung. Eine solche Bestätigung der Außengrenzen des Zusammenschlusses dürfte zunächst einmal dort näherliegen, wo die formelle Teilnahme an dem Angebot an eine Zulassung geknüpft wird, es sich etwa um geschlossene oder geheime Gruppen handelt.[106] Ähnliches könnte dort gelten, wo Beiträge der Nutzer durch einzelne Mitglieder freigeschaltet werden müssen. Wenn andernfalls in offenen Gruppen jeder sich beteiligen kann, fehlt es wohl an einer entsprechend einvernehmlichen Eingliederung der Nutzer in einen bereits bestehenden Zusammenschluss.

Noch näher liegt es, eine mitgliedschaftliche Förderung dann in Erwägung zu ziehen, wenn das Gruppenmitglied darüberhinausgehend in die Administration der Gruppe, die Vermarktung des Angebots nach außen oder die Auswahl weiterer Mitglieder auf Grundlage des Bewerbungstextes planvoll einbezogen wird. In solchen Fällen wird nach außen hin deutlich, dass dieser Nutzer eine Stellung innerhalb der Vereinigung einnimmt und sich von sonstigen Nutzern innerhalb der Gruppe unterscheidet.[107] Ähnliches dürfte dort zu erwägen sein, wo der Nutzer als ein ideologischer oder politischer Wortführer innerhalb der Gruppe angesehen werden kann und er sich deshalb aus der Masse der Gruppenmitglieder deutlich hervortut. Befindet er sich dabei innerhalb des übergeordneten Interesses, so könnte am ehesten von einer *Interdependenz* der anderen Anbieter von diesem Nutzer gesprochen werden. Gleichwohl dürfte in die Gesamtbewertung mit einzubeziehen sein, inwiefern über dieses Verhalten ein koordinierender Austausch mit den anderen stattfindet.

Es bleibt daher im Einzelfalle kritisch zu prüfen, ob sich Mitglieder einer Gruppe innerhalb sozialer Netzwerke mitgliedschaftlich an dem Angebot beteiligen und so innerhalb der „Außengrenze des Zusammenschlusses“[108] zu verorten sind.

[105] Vgl. mit jeweils w. N. BGH NJW 2019, 2552, 2554; 2009, 3448; *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 91.

[106] Zur Unterscheidung vgl. oben Kap. 1 B. V.

[107] Dazu ferner BGH NJW 2019, 2552, 2554.

[108] Vgl. *Eroshkina*, Die organisationsbezogene Beteiligung im Strafrecht, S. 43.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet, § 127 StGB

Als weiteres – und für Anbieter von Plattformen spezielles – Organisationsdelikt kommt der neue § 127 Abs. 1 StGB in Betracht.[109]

1. (Materielle) Legitimation des Straftatbestandes

Hinsichtlich ihres Schutzzwecks wirft die Vorschrift ein ähnliches Meinungsbild wie § 129 StGB auf: Überwiegend wird auf den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abgestellt.[110] Vorzugswürdig ist es jedoch, sie als vorgelagerten Schutz der durch die Katalog-Tatbestände geschützten Güter zu verstehen.[111]

Dabei sollen – ausweislich der gesetzgeberischen Erwägungen – dort Strafbarkeitslücken geschlossen werden, wo Handelsplattformen ‚vollautomatisiert' betrieben werden, sodass eine für eine Beihilfestrafbarkeit ausreichende Konkretisierung des Vorstellungsbildes nicht gegeben sei.[112] Ob eine Beihilfestrafbarkeit mangels hinreichend konkreten Vorsatzes regelmäßig zu verneinen ist, kann – ebenso wie die damit postulierte Größe der Strafbarkeitslücke – bezweifelt werden.[113] Auf die Anforderungen an die Vorsatzkonkretisierung bei durch Automatisierung bedingter Distanz zu rechtswidrigen Inhalten wird noch ausführlich zurückzukommen sein.[114]

Gleichwohl kann das Gesetz die phänomenologische Besonderheit von kriminell ausgerichteten Handelsplattformen erfassen: Wo nachfolgende Haupttaten bilateral, konspirativ und über verschlüsselte Kommunikationswege abgewickelt werden, kann die notwendige Feststellung der von den Betreibern geförderten Haupttat

[109] Ausführlich zur Entwicklung des § 127 StGB *J. Haas*, Handelsplattformen, passim; *Bächer*, Plattform, S. 205 ff.

[110] *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 10; *Heger*, in: L/K/H, § 127 Rn. 1; *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 2; *Eisele*, in: FS-Sieber, S. 757, 764; *Vassilaki*, CR 2022, 204, 205.

[111] BT-Drs. 19/28175, S. 17; *Fischer*, StGB, § 127 Rn. 2; *Zöller*, KriPoZ 2019, 274, 279; *Zöller*, ICLR 2021, 279, 291; *Bächer*, Plattform, S. 213 ff.; *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 263; jedenfalls neben der öffentlichen Sicherheit *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 127 Rn. 1; zusätzlich auf das neue Rechtsgut der Funktionsfähigkeit und Integrität der Online-Wirtschaft abstellend *Goger*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 2; so auch *Eschelbach*, in: NK-StGB, § 127 Rn. 9; *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 14; krit. zur Integrität der Online-Wirtschaft *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 127 Rn. 4.

[112] BT-Drs. 19/28175, S. 1, 10.

[113] *Ceffinato*, ZRP 2019, 161 ff.; *Greco*, ZIS 2019, 435 ff.; *Eisele*, in: FS-Sieber, S. 757, 763; *Oehmichen/Weißenberger*, KriPoZ 2019, 174 ff.; *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 ff.; *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 113 ff.; *Kusche*, JZ 2021, 27 ff.; *Zöller*, KriPoZ 2019, 274 ff.; *Zöller*, KriPoZ 2021, 79 ff.; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 298 ff. und passim.

[114] Vgl. unten Kap. 5 B. II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schwierigkeiten bereiten.[115] Der § 127 StGB bietet der Strafverfolgung insofern eine praktische Erleichterung, als in Evidenzfällen bereits gegen die Betreiber ermittelt werden kann, um nachfolgend die Ermittlungsergebnisse zu verwenden, einzelne Haupttaten festzustellen und über die Gehilfenstrafbarkeit regelmäßig die formelle Subsidiaritätsklausel auslösen zu lassen.[116] Dass darin ein überzeugender Strafgrund, insbesondere mangels Begrenzung auf das DarkNet liegt, wird indessen zu Recht bezweifelt.[117]

Vielmehr lässt sich das spezifische materielle Unrecht darin erblicken, dass eine breitenwirksame Anreizstruktur von entsprechenden Handelsplattformen ausgeht, die die Gefahr schafft, dass es zu massenhaften Tatbegehungen kommt.[118] Dieser materiell geprägte Legitimationsansatz schafft es, einen Gleichlauf zu § 129 StGB herzustellen und die dort nicht zu berücksichtigenden Plattformeffekte in den Blick zu nehmen.[119] Mit dieser materiellen Legitimation fordert die Subsidiaritätsklausel Kritik heraus[120], weist aber eine (zumindest partiell) immunisierende Wirkung hinsichtlich des Vorwurfs auf, dass keine Strafbarkeitslücke vor Schaffung des § 127 StGB bestanden habe, und stellt den jungen Vorbereitungstatbestand auf ein breiteres, materiell legitimierendes Fundament.

---

[115] *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241, 244; *Fünfsinn/B. Krause*, in: FS-Eisenberg, S. 641, 650; *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 4; *Wüst*, Underground Economy, S. 234; mit Hinweis darauf, dass Strafprozessrecht, nicht aber das materielle Strafrecht das richtige Instrument ist, den Beweisschwierigkeiten zu begegnen, *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 300 f.; ähnlich auch *Eisele*, in: FS-Sieber, S. 757, 765 f. mit konkreten Vorschlägen strafprozessualer Art; vgl. ferner BR-Drs. 33/19, S. 7.

[116] *Fischer*, StGB, § 127 Rn. 2, 9; vgl. auch *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241, 244; *Fünfsinn/B. Krause*, in: FS-Eisenberg, S. 641, 650; zu möglichen Problemen im Kontext der Subsidiaritätsklausel vgl. *Zöller*, ICRL 2021, 279, 291 f.

[117] *Kusche*, JZ 2021, 27, 29 f.; *Eschelbach*, in: NK-StGB, § 127 Rn. 4.

[118] *Kusche*, JZ 2021, 27, 29 f.; *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 11; in dieser Richtung auch *Vassilaki*, CR 2022, 204, 206; *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 127 Rn. 1; *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 127 Rn. 4; vgl. ferner *Brodowski*, Stellungnahme zu BT-Drs. 1928175, S. 3; *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 9.

[119] Dazu oben Kap. 5 A. I. In dieser Richtung auch *Heger*, in: L/K/H, § 127 Rn. 1 sowie *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 49 ff., 262; a. A. *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 292 f.; anders wohl auch *Wüst*, Underground Economy, S. 226 f., die von einer „abstrakten Gefahr für diese abstrakte Gefahr" spricht, weil es sich bei den auf Handelsplattformen begangenen Delikten regelmäßig ihrerseits um abstrakte Gefährdungsdelikte handelt. Ob aber der Unterschied zu § 129 StGB derart auffällig ist, dürfte schon deshalb zu bezweifeln sein, weil auch die kriminelle Vereinigung allein auf die Begehung abstrakter Gefährdungsdelikte gerichtet sein kann (dazu oben Kap. 5 A. I. 2. b) bb) (2)).

[120] Vgl. *Goger*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 3; im Hinblick auf die regelmäßige Einschlägigkeit der Qualifikationen gem. § 127 Abs. 3, 4 krit. *Zöller*, KriPoZ 2021, 79, 82, 88; dazu auch *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 276 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Begriff der Handelsplattformen und Anbieter innerhalb sozialer Netzwerke

Der Anwendungsbereich der neuen Strafvorschrift bemisst sich maßgeblich nach der Legaldefinition der Handelsplattform gem. § 127 Abs. 2 StGB. Darunter soll jede virtuelle Infrastruktur zu verstehen sein, die im frei zugänglichen wie im durch technische Vorkehrungen zugangsbeschränkten Bereich des Internets verortet ist, und die Gelegenheit bietet, Menschen, Waren, Dienstleistungen oder Inhalte (§ 11 Abs. 3 StGB) anzubieten oder auszutauschen.

Der Begriff des Internets i. S. d. § 127 Abs. 2 StGB ist weit zu verstehen. Es umfasst, anders als im Gesetzesvorschlag des Bundesrates,[121] nicht nur Plattformen im vermeintlich zugangsbeschränkten DarkNet, sondern auch solche, die im DeepWeb und ClearWeb verortet sind.[122] Außerdem wird nicht vorausgesetzt, dass die Plattform browserbasiert betrieben wird, sodass etwa auch administrierte Chatgruppen den Tatbestand prinzipiell erfüllen können.[123] Bei einem derart weiten Internetbegriff dürften hiervon auch die innerhalb des Angebots erster Ordnung angesiedelten Angebote zweiter und dritter Ordnung erfasst werden.

Es stellen sich, ausgehend von der Legaldefinition, zwei für soziale Netzwerke weitgehendst spezifische Fragen: Inwiefern verträgt sich das Merkmal der virtuellen Infrastruktur mit dem der Untersuchung zugrundeliegenden Ordnungsmodell für Anbieter? (a)) Und: Schließt der Begriff der Handelsplattform eine Anwendung auf Kommunikationsdelikte aus? (b)).

a) Virtuelle Infrastruktur und Ordnungsmodell

Die erste Frage lässt sich abstrahieren: Erfasst der Begriff der virtuellen Infrastruktur innerhalb von Plattformen allein das Gesamtangebot oder auch Unterstrukturen? Einen ersten Ausgangspunkt für diese Frage bietet der DiDW-Fall, der vom LG Karlsruhe entschieden wurde.[124] Gegenstand war der Betrieb einer Diskussionsplattform innerhalb des DarkNet, die insgesamt überwiegend der legalen Kommunikation diente, im Laufe des Betriebs aber u. a. innerhalb der Kategorie „Spackentreff" die Unterkategorie „Waffen" mit dem Untertitel „Herstellung, Vertrieb und sachgerechte Verwendung" enthielt.[125] Innerhalb dieser Unterkategorie kam es sodann – dem Angeklagten bekannt – zum Handel mit Waffen.[126]

[121] BT-Drs. 19/9508.

[122] BT-Drs. 19/28175, S. 16; *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 14; *Reuter*, Kriminalistik 2021, 490, 492.

[123] *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 14; *Reuter*, Kriminalistik 2021, 490, 492; *Kim*, KriPoZ 2022, 106, 111; a. A. *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 220, weil kein Einfluss auf die technische Infrastruktur als solche bestehe.

[124] LG Karlsruhe BeckRS 2018, 40013 (DiDW); vgl. dazu *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112 ff.

[125] LG Karlsruhe BeckRS 2018, 40013, Rn. 1, 22 (DiDW).

[126] LG Karlsruhe BeckRS 2018, 40013, Rn. 88 ff. (DiDW).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aa) Problem der Trennbarkeit von Gesamt- und Substrukturen

Hinsichtlich dieses Falls nimmt Eisele richtigerweise an, dass der Betrieb der Plattform – unabhängig von der Verortung im DarkNet – eine neutrale Handlung darstellt, durch die Einfügung der Unterkategorie Waffen aber eine darüberhinausgehende Förderung vorgenommen wird.[127] Interessant ist sodann, dass Eisele zugleich davon ausgeht, dass der DiDW-Fall nicht von den Entwurfsnormen erfasst wäre:

> „An diesem Punkt sind die Entwürfe also sogar zu eng. Die Plattform ‚Deutschland im DeepWeb', über die der Waffenkauf im Münchner Fall abgewickelt wurde, war […] ganz überwiegend ein Kommunikationsforum mit legalen Inhalten; Unterstrukturen zu kriminellen Zwecken waren eher beiläufig vorhanden. Beide Gesetzentwürfe würden diesen Fall erstaunlicherweise nicht erfassen."[128]

So könne die kriminelle Zweckausrichtung – etwa bei entsprechender Rechtsberatung – umgangen werden, wenn der Betreiber ein weitreichendes, legales Angebotsfeld um illegale Kategorien baut.[129] Dem von Eisele unterbreiteten Formulierungsvorschlag[130], der dieses Problem beseitigen sollte, ist der Gesetzgeber nicht gefolgt. Daher stellt sich die Frage, ob eine isolierte Betrachtung von Substrukturen auch de lege lata generell möglich ist oder zumindest dann, wenn eine Betrachtung funktional von der Person des Betreibers ausgeht.

bb) Praktische Folgen einer fehlenden Trennbarkeit

Eine mangelnde Differenzierbarkeit nach Gesamt- und Substrukturen – wie sie Eiseles Bedenken zugrunde liegt – hätte gleich auf drei Ebenen Konsequenzen:

Erstens die schon genannte Folge, dass die kriminelle Ausrichtung nur im Gesamten festgestellt wird und damit – will man die Zweckausrichtung auf Grundlage des Gesamterscheinungsbildes anhand der tatsächlichen Nutzung feststellen[131] – Umgehungsmöglichkeiten entstehen.

---

[127] *Eisele*, in: FS-Sieber, S. 757, 760; so auch bereits ausführlich *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 114 ff.

[128] *Eisele*, in: FS-Sieber, S. 757, 765 bezieht sich dabei auch auf den Entwurf des Bundesrates zu § 126a StGB (BR-Drs. 33/19); vgl. auch *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 7.

[129] Vgl. *Eisele*, in: FS-Sieber, S. 757, 765 f.

[130] „Wer als Telemediendiensteanbieter eine Plattform im Internet betreibt, die ihrem Zweck nach beim Handel von Waren oder Dienstleistungen insgesamt oder in einzelnen Teilen darauf gerichtet ist, Straftaten Dritter nach Abs. 2 zu ermöglichen oder zu fördern (enger: Vorschubzuleisten), wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei 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 […]." (*Eisele*, in: FS-Sieber, S. 757, 765 f. sowie *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 7).

[131] Dazu unten Kap. 5 A. II. 3. b).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Folgen setzen im Prüfungsaufbau zudem an anderen Stellen früher an: Geht es nämlich *zweitens* um die – im folgenden Abschnitt näher beleuchtete – Eigenschaft als Handelsplattform, wäre auch jene schon nur einheitlich zu bewerten. Käme man also zu einer restriktiven Auslegung des Begriffs der Handelsplattform und fordert etwa mit Brockhaus/Burghardt einen kommodifizierten Austausch[132], so hieße das, dass Chatgruppen innerhalb von Instant-Messaging-Diensten nicht erfasst werden können, weil der Messaging-Dienst insgesamt nicht (im Schwerpunkt) Ort eines solchen kommodifizierten Austausches ist.[133]

Drittens – wiederum noch früher ansetzend – könnte man schon beim Merkmal der virtuellen Infrastruktur, auf die das Merkmal der Handelsplattform unter Hinzunahme weiterer Voraussetzungen aufsetzt, zweifeln. Schon an diesem Punkt gerät die Erfassung der Anbieter zweiter und dritter Ordnung unter Druck, die zweifelsohne nicht das gesamte Plattformangebot erster Ordnung betreiben und deshalb gegebenenfalls auch keine isoliert zu betrachtende Einheit bilden können.

Verfolgt man also Eiseles Bedenken konsequent und hält eine Trennung von inhaltlich-technischen Ober- und Substrukturen unter dem jetzigen Tatbestand für nicht durchführbar, wäre § 127 StGB jedenfalls nicht auf die Anbieter nachgelagerter Ordnung anwendbar.

cc) Trennungsthese und ihre möglichen Einwände

Dieses, keine weitere Untergliederung einer Plattform zulassende, Verständnis von § 127 StGB scheint jedoch nicht notwendiges Auslegungsergebnis zu sein. Durch den extensiven und eher konturlosen Begriff der virtuellen Infrastruktur[134], der das Fundament des Merkmals der (Handels-)Plattform bildet, dürften Anbieter der zweiten Ordnung, die einen feststehenden virtuellen Raum innerhalb des Angebots der ersten Ordnung schaffen, erfassbar sein.[135] In teleologischer Hinsicht stellt sich nämlich die Frage, warum die tatfördernden Plattformeffekte[136] nicht sollen im Unterbereich einer Handelsplattform (im DarkNet) auftreten können, wie es im DiDW-Fall war.[137] Hinsichtlich dieser Trennungsthese verdienen jedoch drei mögliche Einwände Beachtung:

---

[132] *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 22 f.; zum Restriktionspotenzial des Begriffs der Handelsplattform gegenüber der virtuellen Infrastruktur sogleich Kap. 5 A. II. 2. b).

[133] Vgl. dazu *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 24.

[134] Krit. zur Legaldefinition mit diesem Ausgangspunkt *Brodowski*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 5 f.

[135] In dieser Richtung auch *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 21; offengelassen bei *Kusche*, JZ 2021, 27, 32.

[136] Zum materiellen Legitimationsansatz Kap. 5 A. II. 1.

[137] So i. E. auch *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 21; *Eschelbach*, in: NK-StGB, § 127 Rn. 12; *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 127 Rn. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(1) Gesetzgeberische Vorstellung vom einheitlichen Betrieb und der Gesamtbetrachtung

Zunächst könnte sich den Gesetzgebungsmaterialien ein Einwand entnehmen lassen: Eine kriminelle Zweckausrichtung sei danach auch dann anzunehmen, wenn nur einzelne Kategorien oder Unterkategorien diesen Zweck (offensichtlich) tragen. „Wenn sich auf einer Handelsplattform etwa neben harmlosen Kategorien wie ‚Fahrräder' und ‚Autos' auch eine Kategorie ‚Kriegswaffen' findet, dann drängt sich die Annahme einer entsprechenden Zweckausrichtung der Plattform insgesamt auf."[138] Der Gesetzgeber scheint damit einen anderen als den hier eingeschlagenen Weg gehen zu wollen, der zwar für die Betreiber, die ihr Angebot selbst weiter untergliedern, zu identischen Ergebnissen kommen dürfte. Dort, wo aber innerhalb einer ansonsten legal ausgerichteten Plattform Dritte kriminelle Substrukturen einrichten und fortan verwalten, stößt die in der Gesetzesbegründung angedeutete Lösung auf Schwierigkeiten. Die Lösung des Gesetzgebers tendiert nämlich dazu, die Anforderungen an die Gesamtbetrachtung des Angebots herabzusetzen, anstatt die Eigenständigkeit von Substrukturen – es ließe sich vergröbernd von ‚kleinen Plattformen' sprechen – anzuerkennen. Dabei findet sie – wie es Anliegen der Trennungsthese ist – keine befriedigende Antwort auf die Frage, ob sich besagter Dritter als Betreiber einer Substruktur nach § 127 StGB strafbar machen kann. Um die Möglichkeit der Verschleierung einer kriminellen Ausrichtung durch das Hinzufügen legaler Kategorien auszuschließen[139], braucht es die vom Gesetzgeber angedeutete Lösung indessen nicht.

(2) (Un-)Möglichkeit eines nebentäterschaftlichen Betreibens

Ein weiterer Einwand könnte seinen Ausgangspunkt in der Tathandlung des Betreibens nehmen. Im Fall der Angebote unterschiedlicher Ordnung stellt sich nämlich die Frage, ob sowohl Anbieter erster als auch nachgelagerter Ordnung – in quasi nebentäterschaftlicher Form – die Substruktur betreiben können. Dieser Einwand bezieht sich also ganz spezifisch auf eine Trennbarkeit bei Vorhanden-Sein eines Anbieters nachgelagerter Ordnung und betrifft weniger die Skalierbarkeit der Plattformgröße bei nur einem oder gleichrangigen Anbietern, wie es beim DiDW-Fall war.

Würde man den Begriff des Betreibens etwa ‚hardwarefixiert' verstehen wollen, so könnte man versucht sein, die Anbieter nachgelagerter Ordnung nicht mehr erfasst zu sehen. Sie üben nämlich keine Herrschaft über das informationstechnische, eben hardwarebasierte Fundament ihres Angebots aus. Dann wären allein die Anbieter erster Ordnung als Betreiber zu verstehen. Dass eine solche ‚hardwarefixierte' Auslegung aber kaum angezeigt ist, deutet sich schon mit einem Blick auf die

[138] BT-Drs. 19/31108, S. 4 in Ergänzung zur tendenziell anderslautenden Annahme bei BT-Drs. 19/28175, S. 15.

[139] Darauf stellt auch *Bächer*, Plattform, S. 237 ab, die eine gesetzgeberische Klarstellung nach dem Vorbild von *Eisele*, in: FS-Sieber, S. 757, 765 fordert.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Entwicklung der Vorschrift an. War im ursprünglichen Entwurf der Bundesregierung das Bereitstellen der Server-Infrastruktur noch eine vorgesehene Tatvariante, fand sie später keinen Eingang in die Gesetzesfassung und sollte allein als Beihilfe behandelt werden.[140] Auch die bisherige Kommentarliteratur will den Begriff des Betreibens nicht mit der Herrschaft über das informationstechnische Fundament gleichsetzen, sondern als das verantwortliche Leiten des Betriebs in einem weiteren Sinn verstehen.[141] Wenn es etwa bei Eschelbach heißt, dass der Betreiber die „technische Infrastruktur zur Verfügung stellt und den Systemzugriff innehat",[142] ist auch damit keine hardwarefixierte Auslegung gemeint, sollen doch auch Moderatoren erfasst sein, wenn ihnen der „Teilzugriff in einer selbstständigen Unterabteilung der Plattform" eingeräumt wurde.[143] Der Betreiberbegriff ist also nicht nur Voraussetzung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit, sondern setzt einen eigenverantwortlichen Betrieb der Substruktur voraus.

Dieser Erkenntnis folgend ergibt sich aus der anderen Richtung die Frage, ob auch der Anbieter erster Ordnung noch als Betreiber eines Angebots nachgelagerter Ordnung angesehen werden kann. Die inhaltliche Verantwortlichkeit könnte dann nämlich primär bei demjenigen liegen, der die Substruktur einrichtet und verwaltet (Anbieter nachgelagerter Ordnung). Doch gerade der vollständige Systemzugriff durch den Anbieter erster Ordnung und eine Orientierung an den telemedienrechtlichen Vorgaben[144] deuten auf eine Nicht-Exklusivität. Beteiligungsrechtlich ließe sich – sofern keine näheren Absprachen getroffen werden (§ 25 Abs. 2 StGB) – von einem nebentäterschaftlichen Betrieb der Substruktur sprechen.

(3) Gefahr der tatbestandlichen Entgrenzung durch freie Skalierbarkeit der betriebenen Infrastruktur

Daran schließt sich jedoch ein dritter Einwand an: Hält man eine Trennung von Ober- und Substrukturen für möglich, dann könnte dem noch zu vertiefenden Merkmal der kriminellen Zweckausrichtung sein tatbestandsbegrenzendes Potenzial genommen werden. Denn will man die tatsächliche Nutzung der Plattform als maßgebliches Indiz für eine solche kriminelle Zweckausrichtung heranziehen, bestünde, so Rückert, die Möglichkeit den wesentlichen Bezugspunkt beliebig in Richtung einer kriminellen Ausrichtung zu skalieren.[145] Diesem Einwand ist insofern beizupflichten, als Einschränkungen hinsichtlich der Trennungsthese notwendig werden:

[140] BT-Drs. 19/28175, S. 7.

[141] *Fischer*, StGB, § 127 Rn. 14; so auch *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 20 f.; *Heger*, in: L/K/H, § 127 Rn. 3; *Eschelbach*, in: NK-StGB, § 127 Rn. 16.

[142] *Eschelbach*, in: NK-StGB, § 127 Rn. 16.

[143] *Eschelbach*, in: NK-StGB, § 127 Rn. 16; so auch *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 127 Rn. 33.

[144] Vgl. dazu Kap. 3 B. III. 3. b).

[145] *Rückert*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 17.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

So lässt sich die entscheidende Frage stellen, wann eine Substruktur als autonome virtuelle Infrastruktur verstanden werden kann.[146] Kaum dürfte es dem Bild des § 127 StGB entsprechen, jede virtuelle Infrastruktur ausreichen zu lassen. Die Angebote dritter Ordnung sind dabei ein passendes Beispiel: Zwar schaffen sie einen Kommunikationsraum, der auch der Begehung von Katalogstraftaten dienen kann – man denke etwa an die Aufforderung, dass sich interessierte Anbieter und Abnehmer bestimmter Betäubungsmittel gerne unter einem Post austauschen können. Abgesehen davon, dass die Überschneidung jedenfalls mit § 111 StGB unverkennbar wird[147], deutet eine hier bevorzugte materielle Ausleuchtung des Strafgrundes den vorzugswürdigen Weg: Wenn der Strafgrund des § 127 StGB eng mit kriminogenen Plattformeffekten verknüpft ist[148], dann werden ebenjene zum zentralen Maßstab der Selbständigkeit von Substrukturen. Während Angebote dritter Ordnung aufgrund ihrer Flüchtigkeit und fehlenden Ausschlusseffekten kaum eigene spezifische Plattformeffekte bieten, liegt es bei Angeboten zweiter Ordnung tendenziell anders. Mit dieser Beschränkung dürfte der Mahnung Rückerts entgegengekommen sein: Es ist etwa nicht möglich, die kriminelle Zweckausrichtung auf einen einfachen Inhalt der Plattform zu beziehen, da er nicht die notwendige Gestalt annehmen kann, um eine eigenständige Gefährlichkeit i. S. d. § 127 StGB zu entfalten.[149]

Dargestellt ist damit freilich bloß eine grobe Unterschreidung, die nur als erste Markierung einer Abgrenzung dienen kann und im Einzelfall je nach technischer Ausgestaltung der Infrastrukturen zu erfolgen hat.[150]

dd) Zwischenfazit: Ordnungsmodell und Plattformbegriff

Es wurde gezeigt, dass sich auch de lege lata begründen lässt, dass Anbieter nachgelagerter Ordnung den Tatbestand des § 127 StGB prinzipiell erfüllen können.

---

[146] Ähnlich fragen auch *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 24 danach, wann von einem „klar abgegrenzten Teilbereich der Infrastruktur" zu sprechen ist. Zwar beziehen sich *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 21 und *Eschelbach*, in: NK-StGB, § 127 Rn. 12 jeweils allein auf Fälle der Personenverschiedenheit. Eine Beschränkung auf solche Konstellationen scheint jedoch zumindest nicht unter dem Merkmal der Handelsplattform bzw. virtuellen Infrastruktur geboten.

[147] Dazu vertieft weiter unten Kap. 5 B. III. 1. d).

[148] Vgl. oben Kap. 5 A. II. 1.

[149] Ähnlich *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 137 f. Zwar kann von ihm sehr wohl eine Anreizwirkung für weitere kriminelle Inhalte ausgehen und die Anschlusskommunikation inhaltlich geprägt werden: Zum einen eine unmittelbare, die jedoch über die §§ 26, 111 StGB besser erfasst wäre (vgl. unten Kap. 5 B. III. 1. d)). Zum anderen eine mittelbare über die ihn umgebene Struktur, weil seine fortwährende Existenz den Eindruck vermitteln kann, dass gegen strafrechtswidrige Inhalte nicht vorgegangen wird. Dieser zweite Effekt darf allerdings nicht als eine plattformtypische Gefahr missverstanden werden, sondern ist Teil des Gesamteindrucks hinsichtlich der Zweckausrichtung, der ihn umgebenden Struktur.

[150] Ebenso wie Angebote zweiter Ordnung tendenziell eine hinreichende Abgrenzung von der übergeordneten Infrastruktur bieten können, um eigene Plattformeffekte auszulösen, können das auch (wie im DiDW-Fall) die Unterkategorien innerhalb eines Diskussionsforums.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wer einen eigenständigen Handelsplattformbereich für den inkriminierten Austausch von Gütern verwaltet, kann selbst Betreiber einer virtuellen Substruktur sein; und zwar unabhängig davon, ob die Oberstruktur insgesamt als kriminell ausgerichtet angesehen wird oder nicht. Auch beim Betrieb durch einzelne oder mehrere gleichrangige Personen einer Oberstruktur lässt sich der Anwendungsbereich auf Substrukturen herrunterskalieren, sofern diese – mit Blick auf die materielle Legitimierung des Tatbestandes – ihrerseits typische Plattformeffekte bedingen können (hier sog. Trennungsthese).

b) Kommunikationsräume als Handelsplattformen

Mit der Begründung einer Trennungsthese ist indessen noch nicht dargelegt, dass der § 127 StGB auch auf die Angebote zweiter Ordnung innerhalb sozialer Netzwerke anwendbar ist.[151] Denn es drängt sich auf den ersten Blick auf, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff der Handelsplattform nicht den Betrieb von Kommunikationsplattformen vor Augen hatte. Zieht man jedoch erneut die Legaldefinition der Handelsplattform aus § 127 Abs. 2 StGB heran, so könnte der „Austausch von Inhalten i. S. v. § 11 Abs. 3 StGB" einen Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit auf Kommunikationsdelikte bieten. So wird zum Teil vertreten, dass durch die Aufnahme der Inhalte i. S. v. § 11 Abs. 3 StGB der Anwendungsbereich erheblich, nämlich auch auf den Austausch bloßer Kommunikation (etwa auch Messenger-Dienste) erweitert wurde.[152] Entscheidend für die Erfassung von Anbietern sozialer Netzwerke dürfte letztlich sein, ob der Begriff des Austauschs derart weit zu verstehen ist und damit das Merkmal der Handelsplattform weitet.

aa) Beschränkende Wirkung des Handelsbegriffs

Nähert man sich aus Richtung der Gesetzesüberschrift und des Handelsbegriffs, fällt auf, dass in der Literatur und den Gesetzesmaterialien auf die Begriffe des Kaufs, Tauschs und der Schenkung zurückgegriffen wird.[153] Dies deutet darauf hin, dass der Austausch enger verstanden wird als ein solcher im Sinne eines unmittelbar kommunikativen mit entsprechender Kenntnisnahmewirkung innerhalb des Angebots; auch wenn keine Beschränkung auf den kommerziellen Handel (Tausch und

[151] Offengelassen von *Kusche*, JZ 2021, 27, 32.

[152] *Rückert*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 14, der a. a. O., S. 17 davon ausgeht, dass auch soziale Netzwerke erfasst werden; *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 16; im Hinblick auf Instant-Messaging-Gruppen *Kim*, KriPoZ 2022, 106, 111; *Vassilaki*, CR 2022, 204, 206; *Bächer*, Plattform, S. 220; vgl. auch *Bartl/Moßbrucker/Rückert*, Angriff auf die Anonymität im Internet, S. 9.

[153] BT-Drs. 19/28175, S. 15; vgl. auch *Reuter*, Kriminalistik 2021, 490, 492.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schenkung) bezweckt wurde.[154] Auch der Gesetzgeber selbst scheint mit der Verwendung des Inhaltsbegriffs in der Legaldefinition nicht die Erfassung aller Kommunikationsdelikte im Blick gehabt zu haben, wenn es in der Gesetzesbegründung heißt, dass dadurch „Sharing-Plattformen, bei denen Nutzer durch Einstellen eigener Inhalte (§ 11 Absatz 3 StGB) Zugriff auf die von anderen Nutzern eingestellten Inhalte erhalten, ohne dass es dabei zu einem unmittelbaren Austausch zwischen den Nutzern kommen muss", erfasst werden.[155] Hauptanliegen der Ergänzung des § 127 StGB um den Austausch von Inhalten i. S. v. § 11 Abs. 3 StGB war es wohl vielmehr, den auch nicht synallagmatischen Austausch von Kinderpornographie in Form eines „Ringtauschs"[156] erfasst zu sehen.[157] Dass der Gesetzgeber mit dem § 127 Abs. 1 StGB ein weiteres Mittel gegen den uns interessierenden Ausschnitt der Kommunikationsdelikte im Internet und insbesondere innerhalb sozialer Netzwerke an die Hand geben wollte, spiegelt sich auch nicht an anderer Stelle der Begründung wieder.[158]

Im Gegenteil weist die Gesetzgebungsgeschichte in eine andere Richtung: Nachdem der Bundesrat den Begriff der „Handelsplattform" kritisiert und die Ersetzung durch den Begriff der „Plattform" vorgeschlagen hatte[159], widersprach die Bundesregierung[160]. Die Befürchtung des Bundesrates, man könne keinen nichtkommerziellen Handel erfassen, sei unbegründet, werde der Tauschhandel dem natürlichen Sprachgebrauch „als älteste Form des Handeltreibens" mit eingeschlossen.[161] Außerdem sei durch die Legaldefinition sichergestellt (Anbieten oder Austauschen[162]), dass der Tauschhandel erfasst werden könne.[163] Der reduzierte und vom Bundesrat vorgeschlagene Begriff der „Plattform" sei hingegen vergleichsweise konturlos.[164] Wenn nun mit dem Handelsbegriff in Relation zur „Plattform" noch klarere Umgrenzungen benannt sein sollen, dann liegt es nahe, dass jedenfalls bloße Kommunikation ausgeschlossen sein soll.[165]

---

[154] *Hilgendorf*, in: LPK-StGB, § 127 Rn. 3; *Reuter*, Kriminalistik 2021, 490, 492; krit. insofern mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG hinsichtlich des „Handels" als Begriffsbestandteil *Zöller*, ICRL 2021, 279, 288.

[155] BT-Drs. 19/28175, S. 16.

[156] *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 127 Rn. 12.

[157] BT-Drs. 19/28175, S. 16.

[158] Vgl. dazu auch *Bartl/Moßbrucker/Rückert*, Angriff auf die Anonymität im Internet, S. 10; *Wüst*, Underground Economy, S. 225.

[159] BR-Drs. 147/1/21, S. 2.

[160] BT-Drs. 19/28175, S. 26.

[161] BT-Drs. 19/28175, S. 26.

[162] Darauf bezieht sich auch *Bächer*, Plattform, S. 219.

[163] BT-Drs. 19/28175, S. 26.

[164] BT-Drs. 19/28175, S. 26.

[165] Vgl. auch *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 231 f. zur Forderung einer allgemeinen Profitabsicht, die sich auch in vermögenswirksamen Leistungen i. S. e. Ringtauschs erkennen lässt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kurzum: Die Legaldefinition in Abs. 2 scheint zu weit geraten zu sein.[166] Der Handelsbegriff und das gesetzgeberische Anliegen einer restriktiven Auslegung legen nahe, die vorliegend betrachteten Kommunikationsräume (mit besonderer Relevanz für die Meinungsfreiheit) vom Anwendungsbereich auszunehmen.[167]

bb) Mangelnde Aussagekraft der erfassten Katalogtaten

Andererseits deutet ein Blick auf die Katalogtaten des § 127 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a) StGB darauf hin, dass auch der Austausch staatsgefährdender oder abstrakt gefährlicher Inhalte umfasst ist (§§ 86, 86a, 91, 130 StGB).[168] Einmal vernachlässigt, dass nicht zwischen den Absätzen des § 130 StGB differenziert wird, könnte eine Unterscheidung zwischen persönlichen Äußerungsdelikten und Inhaltsverbreitungsdelikten (i. e. S.) bedacht werden:[169] Ausgenommen wären dann persönliche Äußerungsdelikte, bei denen es um das Element der persönlichen Stellungnahme und die damit einhergehenden unmittelbaren Wirkungen geht. Erfasst wäre die Verbreitung von Inhalten, von denen als solchen eine Gefährlichkeit ausgeht. Bei solchen, für sich genommen, gefährlichen Inhalten wäre sodann auch der Austausch im Sinne eines Handels strafrechtsrelevant.[170] Eine solche Deutung würde zwar erklären, warum sich etwa die §§ 111, 126, 140, 185 ff. StGB[171] nicht bei den Katalogtaten wiederfinden, nicht aber, warum die §§ 130a, 131 StGB ebenso wenig aufgeführt werden. Eine Differenzierung der Kommunikationsdelikte kann auch nicht erklären, dass zwar § 184b Abs. 1 S. 2 StGB, nicht aber § 184a StGB aufgelistet wird.[172] Eine stringente und für die hier interessierende Auslegung fruchtbare Ordnung kann also nicht hinter der Selektion von Katalogtaten gesucht werden kann. Daher scheint die Auswahl erfasster Vergehen kein belastbarer Hinweis für die Auslegung des Merkmals der Handelsplattform.[173]

---

[166] Krit. auch *Bächer*, Plattform, S. 219; *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 18.

[167] So auch *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 21 ff.

[168] Vgl. auch *Brodowski*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 5 hinsichtlich § 130 StGB: „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."; so i. E. auch mit Blick auf eine restriktive Auslegung *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 127 Rn. 7.

[169] Zur Differenzierung vgl. schon oben Kap. 2 C. III.

[170] *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 45, die zuvor eine Restriktion des Tatbestandes anhand der Frage, ob es zum kommodifizierten Austausch von Waren kommt, vornehmen, wollen auch dementsprechend die §§ 86a, 130 StGB nur dann zur Anwendung kommen lassen, wenn dies durch den Abschluss eines Handelsgeschäftes geschieht, nicht aber, wenn „dies lediglich durch Äußerung auf der Plattform" erfolgt.

[171] Zur Einordnung als persönliche Äußerungsdelikte unten Kap. 5 B. III. 2. b).

[172] S. auch *Goger*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 3.

[173] Krit. hinsichtlich der Weite und Auswahl der Katalogtaten *Zöller*, ICRL 2021, 279, 288; *Wüst*, Underground Economy, S. 241.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

cc) Zwischenfazit: Handelsplattform und Kommunikationsdelikte

Zwar zeigt sich die Legaldefinition aus § 127 Abs. 2 StGB zunächst als offen für eine Anwendung auf Kommunikationsdelikte und damit auf die Anbieter zweiter Ordnung innerhalb sozialer Netzwerke. Der Straftatenkatalog des § 127 StGB bietet derweil wenig belastbarere Anhaltspunkte für die Auslegung. Entscheidend gegen eine Anwendung des Begriffs der Handelsplattform i. S. v. § 127 StGB auf die Angebote innerhalb sozialer Netzwerke spricht die Normüberschrift, das Tatbestandsmerkmal der Handelsplattform sowie die gesetzgeberischen Erwägungen, dass gerade nur ‚typische' Handelsdelikte erfasst werden sollten. Wollte man die Plattformeffekte im Bereich der Kommunikationsdelikte fokussieren, müsste der Gesetzgeber erneut tätig werden. Eine Neukriminalisierung wäre stärker als der jetzige § 127 StGB an Art. 5 Abs. 1 GG zu messen, und es wären notwendige Differenzierungen hinsichtlich der materiellen Legitimierung des Vorverlagerungstatbestandes vorzunehmen. Darauf wird am Ende des 5. Kapitels zurückzukommen sein.[174]

3. Kriminelle Zweckausrichtung

Folgt man der hier vertretenen restriktiven Auslegung des Merkmals der Handelsplattform nicht, so wäre ein Blick auf das Erfordernis der kriminellen Zweckausrichtung zu werfen.[175] Abgesehen davon dürften nachfolgende Erwägungen trotzdem dann praktische Relevanz gewinnen, wenn man de lege ferenda die Anbieter der Kommunikationsräume als Aggregatoren besonders kriminalisieren will.[176]

Die Auslegung des Merkmals der kriminellen Zweckausrichtung soll in drei Schritten erfolgen: Zunächst soll auf die Frage eingegangen werden, ob es sich um ein objektives oder subjektives Tatbestandsmerkmal handelt (a)). Sodann sollen einige mögliche Indizien erwogen und Besonderheiten im Kontext von Kommunikationsdelikten in den Blick genommen werden (b)). Abschließend soll sich dem – im telemedienrechtlichen Kontext schon einmal betrachteten – Sonderfall des pervertierten Angebots zugewendet werden (c)).

[174] Kap. 5 C.

[175] Zur Kritik, dass sowohl der Zweck als auch die Ausrichtung in den Gesetzestext aufgenommen wurden, *Fischer*, StGB, § 127 Rn. 5.

[176] Vgl. dazu unten Kap. 5 C.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

a) Die Zweckausrichtung als subjektives und/oder objektives Merkmal

Zwar mag der Begriff des Zwecks eine subjektive Auslegung – wie bei § 129 StGB[177] – durchaus nahelegen, jedoch wären mit einer solchen nicht nur praktische Beweisprobleme verbunden.[178] Vielmehr würde eine rein subjektive Auslegung dazu führen, dass bei einer objektiv völlig neutralen Plattform einem Gesinnungsstrafrecht das Wort geredet würde.[179] Schließlich sprechen auch der gesetzgeberische Wille und die angeführten Indizien mindestens für einen objektivierenden Ansatz bei der Bestimmung der Zweckausrichtung.[180]

Es bleiben zwei mögliche Auslegungsansätze: Zum einen könnte man von einer rein objektiven Zwecksetzung sprechen, die aus der Perspektive eines objektiven und durchschnittlichen Beobachters eine Begrenzung vornimmt und subjektive Komponenten erst auf Ebene des Eventualvorsatzes betrachtet.[181] Zum anderen ließe sich eine objektivierende (oder: gemischt subjektiv-objektive[182]) Perspektive einnehmen. Ihr Ausgangspunkt läge in der Annahme, dass einer Zweckausrichtung naturgemäß ein finales, durch einen Menschen gesetztes Element innewohnt. Diese Finalität müsste sich sodann nach außen manifestieren.[183] Für eine gemischt subjektiv-objektive Lesart dürfte die Rechtsprechung des BVerfG zu § 202c StGB sprechen[184], die es mit Art. 103 Abs. 2 GG für unvereinbar hält, den Zweck als Eignung hinsichtlich der genannten Computerdelikte heranzuziehen.[185] Vielmehr könne auf ein finales Element der Zwecksetzung nicht verzichtet werden, das sich wiederum objektiv zu manifestieren habe.[186]

---

[177] Dort wurde dem subjektiv verstandenen Merkmal des Zwecks, weiter verstanden als Willensübereinstimmung der Mitglieder, die objektive Tätigkeit alternativ zur Seite gestellt. Ein gleichlautender Vorschlag wurde in BR-Drs. 33/19, S. 2 gemacht, was schon deshalb befremdete, weil eine technische Infrastruktur, anders als ein personeller Zusammenschluss, nicht tätig werden kann.

[178] *Kusche*, JZ 2021, 27, 32; zust. *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 127 Rn. 9.

[179] *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 37.1.; vgl. ferner *Kusche*, JZ 2021, 27, 32.

[180] BT-Drs. 19/28175, S. 16.

[181] Vgl. *Fischer*, StGB, § 127 Rn. 5; *Hilgendorf*, in: LPK-StGB, § 127 Rn. 5; *Heger*, in: L/K/H, § 127 Rn. 2; *Eschelbach*, in: NK-StGB, § 127 Rn. 18; *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 6; *Eisele*, in: FS-Sieber, S. 757, 765; *Brodowski*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 3 f., der mit Hinweis auf die Schwierigkeiten im Hinblick auf den „Zweck" bei § 202c StGB eine Streichung vorgeschlagen hat, um klarzustellen, dass es sich um ein allein objektives Merkmal handelt.

[182] So die Bezeichnung bei *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 37.2.

[183] So *Kusche*, JZ 2021, 27, 32; *Bächer*, Plattform, S. 228 ff.; *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 204 f.

[184] *Bächer*, Plattform, S. 228 ff.

[185] BVerfG ZUM 2009, 745, 749; krit. *Hilgendorf*, in: LK-StGB, § 202c Rn. 20.

[186] BVerfG ZUM 2009, 745, 749 f.; vgl. zum Hinweis, dass es keine „objektiven Zwecke" eines Programmes geben könne, weil Zwecke vom Menschen gesetzt werden, *Hilgendorf*, in: LK-StGB, § 202c Rn. 15 m. w. N.; *A. Popp*, GA 2008, 375, 378 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kulhanek nimmt an, dass in praktischer Hinsicht beide Ansätze kaum Unterschiede aufweisen würden, weil bei einem schweigenden/bestreitenden Beschuldigten ohnehin auf objektive Gesichtspunkte zurückzugreifen wäre.[187] Es wird sogleich zu zeigen sein, dass sich Unterschiede sehr wohl anhand der Frage ergeben können, ob die durch Dritte pervertierte Plattform überhaupt eine kriminelle Zweckausrichtung aufweisen kann (c)).

b) Indizienkatalog

Bevor aber auf den Sonderfall der pervertierten Plattform eingegangen wird, ist als Grundlage die Auslegung des Ausrichtungsmerkmals im Normalfall zu beleuchten. Ob eine Plattform kriminell ausgerichtet ist, lässt sich dabei nur durch eine Gesamtbetrachtung ermitteln.[188] Teilweise wird einer Erläuterung dieses Merkmals in der Literatur vorangestellt, dass mit Blick auf die Providerprivilegierung ein restriktiver Maßstab anzulegen ist.[189] Inwiefern aber Zurückhaltung geboten ist, erklärt sich nicht, hat man den telemedienrechtlichen Vorfilter erst mit Hilfe des Neutralitätskriteriums passiert.[190] Es sollen im Folgenden zunächst die im Hinblick auf Handelsplattformen weiter gereiften Ansätze in den Blick genommen werden (aa)), um sodann eine Übertragbarkeit auf die Angebote innerhalb sozialer Netzwerke zu untersuchen (bb)).

aa) Indizien einer kriminellen Ausrichtung bei Handelsplattformen

Die möglicherweise zu würdigenden Aspekte werden nach Indikationen und Kontraindikationen hinsichtlich der kriminellen Ausrichtung geordnet:

(1) Indikationen

Erheblich für eine kriminelle Ausrichtung spricht eine kriminalitätsmoderierende Strukturierung der Plattform, etwa die Untergliederung entsprechend der geförderten Delikte.[191] Eine solche erleichtert die Auffindung eines kriminellen Pendants.[192] Auch der Name der Plattform kann für Suchende deutlich machen, dass auf der

[187] *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 37.2.

[188] BT-Drs. 19/28175, S. 15; *Reuter*, Kriminalistik 2021, 490, 491; *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 39; *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 6; *Vassilaki*, CR 2022, 204, 207; *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 127 Rn. 11.

[189] *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 37; mit abweichender Begründung auch *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 127 Rn. 13.

[190] Vgl. zum Neutralitätskriterium oben Kap. 3 D.II. und zu Konflikten mit der objektiven Auslegung der Zweckausrichtung unten Kap. 5 B.I.

[191] Vgl. BT-Drs. 19/28175, S. 15; *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 6; *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 115; *Reuter*, Kriminalistik 2021, 490, 491.

[192] *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 115; *Bächer*, Plattform, S. 232; *Kusche*, JZ 2021, 27, 32; vgl. auch *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 127 Rn. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Plattform entsprechende Inhalte zu finden sind (etwa „Dutch Drugs", „Cocaine Market").[193] Ebenso die alleinige oder hauptsächliche finanzielle Abwicklung über virtuelle Kryptowährungen, die eine Nachverfolgung von Zahlungsströmen erschweren, kann für eine kriminelle Ausrichtung sprechen.[194] Ein starkes Indiz für eine kriminelle Ausrichtung ist zudem die Notwendigkeit der Durchführung einer sog. Keuschheitsprobe, um Zugang zur Plattform zu erlangen.[195]

Ein verhältnismäßig geringer Indizwert muss der Verortung der Plattform im Darknet oder Deepweb zukommen, weil ein Interesse an Anonymität auch durch neutrale, oder gar wünschenswerte, Zwecke begründet werden kann[196]: Neutral, etwa wenn es Nutzern darum geht, dass persönliche Daten nicht gespeichert und ggf. kommerzialisiert werden, oder dass gehandelte Produkte zwar nicht illegal, aber sehr wohl anrüchig oder auf andere Weise sensibel sind.[197] Wünschenswert, wenn die Plattformen Whistleblowern oder Dissidenten dienen; Seiten, die nur über den TOR-Browser besucht werden können, werden auch von Reporter ohne Grenzen, dem Chaos Computer Club und der Enthüllungsplattform Wikileaks genutzt.[198] Abgesehen davon spricht schon die gesetzgeberische Entscheidung gegen eine Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 127 StGB auf nicht durch Zugangsbeschränkungen gesicherte Bereiche des Internets gegen einen erheblichen Indizwert.[199] Auch der ErwG Nr. 20 S. 3 zum DSA, der zur Konturierung des telemedienrechtlichen Vorfilters beiträgt, spricht gegen eine starke Berücksichtigung.[200]

Letztlich soll es entscheidend auf die tatsächliche Nutzung der Plattform ankommen.[201] Dabei kann es kaum überzeugen, auf die Nutzung zu illegalen Zwecken im Sinne eines absoluten Maßstabes abzustellen. Andernfalls wäre – wenn man den Begriff der Handelsplattform, nicht so wie hier, restriktiv auslegte – Facebook als Anbieter erster Ordnung ebenso erfasst wie „eBay".[202] Vielmehr wird es auf eine Würdigung dieses Verhältnisses ankommen, wobei ein „prozentual fixiertes Quo-

[193] *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 115; *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 38; *Liesching*, StV 2015, 226, 227.

[194] *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 6; *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 38; *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 39.

[195] *Bächer*, Plattform, S. 232.

[196] *Bode*, ZStW 2015, 935, 985; *Greco*, ZIS 2019, 435, 441; *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 115; *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 6; *Bächer*, Plattform, S. 236; *Kusche*, JZ 2021, 27, 29; wohl auch *Reuter*, Kriminalistik 2021, 490, 491; vgl. auch *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 39: „(widerlegbare) Indizien"; *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 127 Rn. 11.

[197] *Greco*, ZIS 2019, 435, 441; vgl. auch *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 115.

[198] *Greco*, ZIS 2019, 435, 436 m. w. N.

[199] Vgl. *Bächer*, Plattform, S. 235 f.

[200] Vgl. dazu oben Kap. 3 D. II. 5. a) bb).

[201] *Fischer*, StGB, § 127 Rn. 6.

[202] Vgl. *Fischer*, StGB, § 127 Rn. 9; zur Befürchtung, auch auf solche Anbieter könne die Zweckausrichtung zutreffen *KriK*, Stellungnahme zu § 126a StGB-E, S. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rum“ kaum praktikabel wäre.[203] Bereits hier sei darauf hingewiesen, dass die tatsächliche Nutzung der Plattform als Indiz für die Zweckausrichtung dann unproblematisch ist, wenn sie als Eingangsindiz für die Suche nach aktiv gestalterischen Maßnahmen des Betreibers in Richtung einer kriminellen Zweckausrichtung dient. Andererseits bedarf es einer weiteren Untersuchung, ob es für § 127 StGB ausreichen kann, wenn die Zweckausrichtung allein in einer nach außen tretenden Pervertierung der Plattform zum Ausdruck kommt.[204]

(2) Kontraindikationen

Teilweise wird – wenn auch spezifisch im Hinblick auf die Neutralität von Handelsplattformen – vertreten, dass eine Plattform, die den Anforderungen des § 10 S. 1 Nr. 2 TMG a. F. genügt, nie kriminell ausgerichtet sei.[205] Versteht man diesen Einwand als eine sichere Methode, sein Angebot neutral zu gestalten, und nicht nur als Hinweis auf die Indizwirkung einer ausgeprägten telemedienrechtlichen Compliance, so bleibt der Ansatz zweifelhaft.[206] § 10 S. 1 Nr. 2 TMG a. F. funktioniert (ebenso wie jetzt Art. 6 Abs. 1 a) DSA) als Ausschluss einer Haftungsreaktivierung bei Kenntnis eines konkreten Inhalts. Wie aber sollte sich an dieser Vorschrift die generell kriminelle Ausrichtung messen lassen? Genügt dafür schon die einmalige Löschung eines Beitrages nach Kenntnis? Das kann mit Blick auf allzu leichte Umgehungsmöglichkeiten offensichtlich nicht für eine legale Ausrichtung genügen. Braucht es die regelmäßige oder gar lückenlose Entfernung von rechtswidrigen Inhalten?

Eine präzisierende Antwort auf diese Fragen findet der Vorschlag und die Begründung des Kriminalpolitischen Kreises: Er empfahl die Aufnahme eines Tatbestandsausschlusses (bei § 127 StGB) „für Handlungen eines Anbieters, der eine empfangsberechtigte Person im Inland benannt und seine Pflichten aus §§ 2, 3 NetzDG und §§ 7 bis 10 TMG im Wesentlichen erfüllt hat.“[207] Dabei stellt das Merkmal „im Wesentlichen“ klar, dass „eine solche besondere Gefährlichkeit nur bei systemischen Verletzungen auf[fällt], so dass vereinzelte Verstöße gegen diese Verpflichtungen nur über das spezielle Haftungsregime des NetzDG oder ggf. über eine Beihilfestrafbarkeit zu sanktionieren sind.“[208]

Diesem Vorschlag ist der Gesetzgeber zwar nicht gefolgt, jedoch könnte unter den genannten Voraussetzungen eine kriminelle Ausrichtung i. S. v. § 127 StGB kon-

[203] So *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 41.

[204] Dazu unten Kap. 5 A. II. 3. c) aa).

[205] *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 61 (zur Relevanz für die Begehungsform a. a. O., S. 73 f.) mit Verweis auf *KriK*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 7 sowie *Brodowski*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 4.

[206] Zu offen erscheint die Formulierung etwa bei *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 61.

[207] *KriK*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 5; so auch *Brodowski*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 4.

[208] *KriK*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 7.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

traindiziert sein.[209] Dem ist prinzipiell zuzustimmen. Gleichwohl sind einzelne Aktualisierungen hinsichtlich der aktuellen Gesetzeslage nötig: Die Einhaltung der §§ 7 ff. TMG a. F. entspricht jetzt der Befolgung der Art. 4 ff. DSA. Die §§ 2 f. NetzDG sind durch Art. 16 Abs. 1 DSA ersetzt worden. Zwar zwingt der Art. 16 Abs. 1 DSA, anders als das NetzDG, nicht zu einer tatsächlichen Kenntnisnahme durch Bearbeitungspflichten mit starren Fristen. Eine (ordnungsgemäße) Meldung führt aber über Art. 16 Abs. 3 DSA zur Kenntnisnahmefiktion, sodass das Sorgfaltspflichtengeflecht der Art. 16 Abs. 1, Abs. 3, 6 Abs. 1 DSA, trotz abweichender Verzahnung dem der §§ 2, 3 NetzDG a. F. und §§ 7 bis 10 TMG a. F. entspricht. Eine systematische Einhaltung dieser Pflichten kann überzeugend als Kontraindiz einer kriminellen Ausrichtung gewertet werden.

Vorsicht ist hingegen geboten, den AGB und Nutzungshinweisen, die eine legale Nutzung vorschreiben, eine starke Kontraindikation zu entnehmen.[210] Andernfalls würde man einer Umgehung des § 127 StGB durch die Benutzung schnell geschriebener Feigenblätter das Tor öffnen.[211] Ebenso wenig können einzelne, rechtlich erlaubte Inhalte die kriminelle Ausrichtung ausscheiden lassen.[212]

bb) Übertragbarkeit der Indizien auf Angebote innerhalb sozialer Netzwerke

Wie lassen sich die behandelten Indizien aber auf Kommunikationsräume im hier gemeinten Sinne übertragen? Wenn für Handelsplattformen auf Benennung der Plattform verwiesen wird, dann lässt sich das auf Angebote zweiter Ordnung innerhalb sozialer Netzwerke ebenso übertragen wie der Hinweis darauf, dass der Name nur eine erste Indizwirkung entfalten und ebenso ein ‚Spaßname' sein kann.[213] Deutlich schwieriger ist die Übertragung, wenn auf die Beschaffenheit der Nutzeroberfläche und die Ordnung der Kommunikation mittels kriminalitätsassoziierter Kategorien abgestellt wird. Anbieter zweiter Ordnung weisen keine bzw. kaum Möglichkeiten auf, die Affordanzen ihres Angebots derart an die Begehung von Kommunikationsdelikten anzupassen, dass dies für eine kriminelle Ausrichtung sprechen könnte.[214] Die Oberfläche, der digitale Raum der Anbieter zweiter Ordnung, wird größtenteils weiterhin durch die Anbieter erster Ordnung gestaltet. Der verbleibende Gestaltungsspielraum – etwa die Frage, ob ein Freigabevorbehalt eingestellt wird – weist eben keine deliktische Assoziation auf und steht in besonderer Nähe zu verfassungsrechtlich verbrieften Kommunikationsgrundrechten.

[209] *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 40.

[210] Vgl. dazu aber noch RefE IT-Sicherheitsgesetz 2.0, 03/2019, S. 80 f.

[211] So auch *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 40.

[212] *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 127 Rn. 5; *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 40.

[213] *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 60; vgl. auch *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 115; *Liesching*, StV 2015, 226, 227.

[214] Zu den Affordanzen Kap. 1 B.; zur Beherrschung der Affordanzen durch Anbieter erster Ordnung vgl. Kap. 1 C. III. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Darin liegt ein technisch bedingter Unterschied zu Handelsplattformen im Clear- oder DarkNet.

Außerdem besteht eine deliktsspezifische Differenz darin, dass auf Handelsplattformen oder in Diskussionsforen eine Untergliederung etwa nach Betäubungsmitteln, Kinderpornographie und Waffen – also dem Handeln mit äußerst unterschiedlichen Gütern – kriminell Gleichgesinnte gezielt zusammenführt.[215] Eine vergleichbare Lenkung deliktischen Verhaltens findet bei Kommunikationsdelikten regelmäßig nicht statt. Vielmehr findet ihre Förderung im besonderen Maße Beeinflussung durch gelebte Kommunikation innerhalb eines digitalen Raums.[216] Anbietern zweiter Ordnung verbleibt ein Einfluss, da sie Verhaltensregeln aufstellen können. Diese Besonderheiten bergen die Schwierigkeit, eine kriminelle Ausrichtung von einer Ausrichtung, gerichtet auf die Ausübung der Kommunikationsfreiheiten (Art. 5 Abs. 1 GG), unterscheiden zu können.[217]

c) Pervertierte Plattformen als Härteprobe für die Zweckausrichtung

Die Sonderkonstellation der pervertierten Plattform wurde erstmals im Kontext der telemedienrechtlichen Haftungsprivilegierung angesprochen. Eine Auslegung hat dort nahegelegt, dass es keinen Unterschied für den Verlust der Privilegierung macht, ob sich bei dem Anbieter eine (originäre) Finalität entdecken lässt oder er lediglich Kenntnis vom massenhaften Missbrauch genommen und den Betrieb nicht angepasst hat.[218] Wie aber liegt es im Lichte des § 127 StGB? Dass der Missbrauch einer zunächst rechtmäßig ausgerichteten Plattform durch einzelne Inhalte nicht zu einer kriminellen Ausrichtung soll führen können, ergibt sich schon aus der Gesetzesbegründung.[219] Keine klare Aussage findet sich aber zur massenhaften Pervertierung der Plattform. Möchte man – wie vom Gesetzgeber vorgeschlagen[220] und von der überwiegenden Literatur befürwortet – der tatsächlichen Nutzung des Angebots eine gewichtige Rolle zusprechen, ist die massenhafte Pervertierung konsequenterweise beachtlich.[221] Es scheinen nachfolgende Differenzierungen geboten:

---

[215] *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 115.

[216] Vgl. oben zur Toxizität von aggressiver Kommunikation Kap. 2 C. I. 2. a).

[217] Ähnlich bei *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 42. Vgl. dazu auch die Überlegungen de lege ferenda unter Kap. 5 C. III.

[218] Vgl. dazu oben Kap. 3 D. II. 5. b) aa).

[219] BT-Drs. 19/28175, S. 15; ebenso *Vassilaki*, CR 2022, 204, 206 f.; *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 127 Rn. 5; *Eschelbach*, in: NK-StGB, § 127 Rn. 20.

[220] Vgl. BT-Drs. 19/28175, S. 15.

[221] Für die mögliche Erfassung unter § 127 StGB *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 31; *Kusche*, JZ 2021, 27, 33; jeweils mit Verweis auf *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 116.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aa) Abschichtung ‚echter und unechter Pervertierung'

Zunächst einmal sind zwei Fälle der Pervertierung als Indiz für eine kriminelle Ausrichtung voneinander abzugrenzen: Es sind Konstellationen denkbar – und praktisch wohl häufiger anzutreffen –, in denen die überwiegend rechtswidrige Nutzung des Angebots Zeugnis davon ablegt, dass der Betreiber die Plattform durch seine Gestaltung kriminell ausgerichtet hat. Diese Fälle ließen sich als Konstellationen einer ‚unechten Pervertierung' begreifen, weil hier die strafrechtswidrige Nutzung bereits in der Architektur der Plattform angelegt ist. Ihre dogmatische Behandlung ist verhältnismäßig unproblematisch, weshalb es Aufgabe der Praxis ist, es nicht bei der Feststellung einer tatsächlich strafrechtswidrigen Verwendung der Plattform durch Nutzer bewenden zu lassen, sondern (angestrengt) zu prüfen, ob sich diese Nutzung nicht auf Umstände der Plattformgestaltung zurückführen lässt.

Die zweite Variante, die ‚echten Pervertierung', lässt solche Rückschlüsse nicht zu. Erst hier stellt sich die Frage, inwiefern die von Dritten bewirkte äußerliche Erscheinungsform als Ort des kriminellen Handels zu einer kriminellen Ausrichtung führen kann.

bb) Echte Pervertierung

Die Behandlung der echten Pervertierung bereitet bei § 127 StGB nun andere dogmatische Herausforderungen als im telemedienrechtlichen Zusammenhang des Neutralitätskriteriums.

(1) Scheinproblem: ‚Ausrichtung durch Betrieb'

Es fragt sich nämlich zunächst, inwiefern eine Zweckausrichtung durch Dritte überhaupt tatbestandsmäßig sein kann. Im Schrifttum finden sich in dieser Hinsicht Ausführungen, die auf eine Skepsis hindeuten: So geht Eisele davon aus, dass die Plattform „vom Betreiber dem kriminellen Zweck gewidmet sein (‚ausgerichtet')" muss.[222] Bächer hingegen weist darauf hin, dass der Hinweis in den Gesetzgebungsmaterialien, ein Eventualvorsatz hinsichtlich der Zweckausrichtung genüge, nur dann sinnvoll sein könne, wenn Betreiber und zwecksetzendes Subjekt auseinanderfallen können.[223] Eingehender setzt sich J. Haas mit der Frage auseinander, ob sich die Zweckausrichtung und der Betrieb getrennt betrachten lassen:

> „Ein solches Verständnis [die Zweckausrichtung durch Dritte] würde allerdings gekünstelt außer Acht lassen, dass die Zweckausrichtung einer Plattform und der Betrieb der Plattform

[222] *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 6; ebenso *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 127 Rn. 4: „Allerdings muss der Täter die von ihm betriebene Plattform auf die im Gesetz formulierten kriminelle[n] Zweck[e] ausrichten […]".

[223] *Bächer*, Plattform, S. 229 f.; ähnlich wohl i. E. *Heger*, in: L/K/H, § 127 Rn. 4a; anders *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 7; *Vassilaki*, CR 2022, 204, 207, die dem Eventualvorsatz hingegen keine praktische Bedeutung zusprechen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

insgesamt sehr wohl miteinander verwoben sind. Der objektive Niederschlag der Zweckbestimmung und auch der diesbezüglichen Ausrichtung wäre ohne hierauf gerichtete Betriebshandlungen erst gar nicht messbar. Damit bestimmt der Betrieb der Plattform ihren objektiven Zweck, wodurch das Motiv des Betriebs mit der Zweckausrichtung der Plattform inhaltlich übereinstimmen muss, […].“[224]

Diese Passage deutet zunächst in die Richtung von Eiseles These. Dass nun aber die „hierauf gerichtete[n] Betriebshandlungen“ im weiteren Sinne zu verstehen sein könnten (auch der Weiterbetrieb ohne Anpassung des Angebots), zeigt sich darin, dass J. Haas neben die Absicht des Betreibers als Teil der gemischt subjektiv-objektiven Auslegung wertungsmäßig das sichere Wissen um die kriminelle Ausrichtung stellt.[225] Damit dürfte der richtige Weg eingeschlagen sein, nämlich nicht an eine Zweckausrichtung durch aktiv gestalterischen Betrieb anzuknüpfen, sondern eine Art des ‚Sich-Zueigenmachens‘ der kriminellen Widmung durch Dritte genügen zu lassen.[226] Auf diesem Pfad stellt sich die Frage, ob Betreiber und zwecksetzende Person identisch sein müssen, nunmehr als Scheinproblem dar.

(2) Restriktionspotenzial der gemischt subjektiv-objektiven Auslegung der kriminellen Zwecksetzung

An dieser Stelle gilt es einen Bogen zurück zu schlagen zu der Frage, wie das Merkmal der kriminellen Zweckausrichtung auszulegen ist: objektiv oder gemischt objektiv-subjektiv? Denn das Erfordernis eines sicheren Wissens um die Zweckausrichtung durch Dritte lässt sich allein dem Aspekt der kriminellen Zweckausrichtung, nicht aber den allgemeinen Vorsatzbestimmungen entnehmen, die – entgegen der Kritik im Vorfeld der Gesetzesfassung[227] – auch den Eventualvorsatz erfassen. Folgt man hingegen der rein objektiven Auslegung, wie sie vom Gesetzgeber und der überwiegenden Auffassung in der Literatur nahegelegt wird, wäre der Betrieb eines kriminellen Angebots auch dann erfasst, wenn die Pervertierung nur billigend in Kauf genommen wird. Wie genau diese zusätzliche Anforderung nun aus einer gemischt subjektiv-objektiven Auslegung zu gewinnen ist, lässt sich nur in (leichter) Abweichung von der Lesart von J. Haas nachvollziehen: Denn der Autor geht davon aus, dass sich, wie bei § 202c StGB[228], eine subjektive Zwecksetzung durch den Betreiber sodann objektiv im Erscheinungsbild manifestiert.[229] Da nun die Zwecksetzung allein durch ein ‚Sich-Zueigenmachen‘ auf den Betreiber übertragen

[224] *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 207.

[225] *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 207.

[226] So auch die Abschnittsüberschrift bei *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 206. Wobei im Folgenden zu zeigen sein wird, dass sich diese Terminologie möglicherweise Einwänden im Kontext der pervertierten Plattform aussetzt.

[227] *Brodowski*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 4.

[228] Wobei er sogar annimmt, dass bei § 127 StGB der subjektiven Seite durch die kumulative Verwendung von Zweck und Ausrichtung eine relativ stärkere Bedeutung zukommt: *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 204).

[229] *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 205.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werden kann, lässt sich praktisch bezweifeln, ob dieses ‚Sich-Zueigenmachen' wiederum stets eine Manifestation im äußeren Erscheinungsbild der Plattform findet. Für einen durchschnittlichen Nutzer der Plattform wird nämlich regelmäßig kaum erkennbar sein, dass eine Kenntnisnahme durch den Betreiber stattgefunden hat. Diesem Problem ist aber schon dadurch beizukommen, dass man subjektive und objektive Komponenten nebeneinander stehen lässt und keinen Bezug des objektiv Erkennbaren auf das Subjektive fordert.[230] In der Konstellation der pervertierten Plattform ist die Verbindung zwischen objektiven und subjektiven Merkmalen nämlich gerade in die andere Richtung gestrickt: Es besteht ein objektiv rechtswidrig ausgerichtetes Erscheinungsbild durch die Überflutung mit strafrechtswidrigen Inhalten, das durch Kenntnisnahme und unterlassene Maßnahmen in die Zwecksetzung im Sinne eines dolus directus 2. Grades aufgenommen wird. Dieses Sich-Zueigenmachen manifestiert sich aber nicht notwendigerweise erkennbar nach außen, weshalb hier von einer subjektiv-objektiven Auslegung und nicht von einer objektiven Manifestation oder Verobjektivierung des Zwecks gesprochen werden sollte.

Eine solche Lesart vermag auch eine Sonderfrage zu beantworten: Kann überhaupt eine Zwecksetzung durch den Missbrauch vieler vorgenommen werden? Oder bleibt die Figur des Sich-Zueigenmachens des Zwecks bei § 127 StGB nicht auf solche Konstellationen begrenzt, in denen eine andere Einzelperson einen Zweck setzt und sich der aktuelle Betreiber sodann diese Zwecksetzung zu eigen macht? Nimmt man nämlich, anders als eben vorgeschlagen, seinen Ausgangspunkt bei der subjektiven Zwecksetzung, so dürften Zweifel bestehen, ob überhaupt eine Vielzahl von Nutzern zu einer solchen Zwecksetzung in der Lage sind. Von einer übereinstimmenden Willensbestimmung, wie bei § 129 StGB, lässt sich nämlich kaum sprechen.[231] Geht man hingegen, wie vorgeschlagen, zunächst vom objektiven Erscheinungsbild, das zweifelsohne durch eine Vielzahl von Nutzern geprägt werden kann, aus, kann der Betreiber auf dieser Grundlage durch positive Kenntnisnahme und unterlassene Anpassung seinen Zweck setzen. Es dürfte im Rahmen dieser Konstruktion daher näherliegen, von einer „Ausrichtung durch Unterlassen"[232] als

[230] Bei *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 205 findet sich im gleichen Absatz auch eine Formulierung, die in diese Richtung deutet.

[231] Aus diesem Grund verwundert es nicht, dass sich *Bächer*, Plattform, S. 230 auf eine Parallelisierung mit § 202c StGB und den Zwecksetzungen vergangener Programmierer stützt und keine Aussage zur Pervertierung einer Plattform durch Viele trifft. Diese Figur behandelt sie jedoch später im anderen Kontext: *Bächer*, Plattform, S. 309 mit Verweis auf *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 116.

[232] So bei *Kusche*, JZ 2021, 27, 33, wobei nicht verkannt werden darf, dass dieses Unterlassen nicht Anknüpfungspunkt des Strafbarkeitsvorwurfs ist, sondern der Betrieb. Diese Klarstellung ist in zwei Konstellationen relevant: Zum einen – offensichtlich – kann § 127 StGB nicht begehen, wer es sich zum Ziel macht, ein originär neutral ausgerichtetes Angebot im Alleingang (etwa mit Hilfe von Social Bots) oder in Absprache mit anderen (§ 25 Abs. 2 StGB) mit strafrechtswidrigen Inhalten zu überfluten. Zum anderen (praktisch relevanter) darf nicht verkannt werden, dass hier nicht eine Begehung des § 127 StGB durch Unterlassen im Raum steht, sondern eine Begehungsstrafbarkeit (ohne § 13 Abs. 2 StGB), wenn nach Kenntnisnahme der Pervertierung weitere für die Abrufbarkeit der Plattform kau-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

von dem Sich-Zueigenmachen einer Zwecksetzung zu sprechen, fehlt es doch in dieser Sonderkonstellation an einer Zwecksetzung, die sich zu eigen gemacht werden kann.

(3) Europarechtswidrigkeit der rein objektiven Auslegung

Es wurde damit gezeigt, dass einer subjektiv-objektiven Auslegung ein Restriktionspotenzial zukommt, das die rein objektive Auslegung nicht mit sich bringen kann. Letztere setzt nämlich nicht die positive Kenntnisnahme der Pervertierung voraus, sondern müsste sich auch mit einem Eventualvorsatz begnügen. Man könnte nun versucht sein, dieses Ergebnis schlicht als mögliche, wenn auch dem Verfasser unliebsame dogmatische Folge der objektiven, ja vom Gesetzgeber nahegelegten Auslegung abzutun. Es sei aber darauf hingewiesen, dass dieser Folge der objektiven Auslegung der Vorwurf der Europarechtswidrigkeit droht. Wenn die Providerprivilegierung der Art. 6 ff. DSA auch für den § 127 StGB dem Grunde nach Anwendung finden soll, eine Privilegierung aber aufgrund des Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot bei krimineller Zweckausrichtung ausgeschlossen sein soll, dann wäre ein Gleichlauf mit der Behandlung der Pervertierung unter dem Neutralitätsgebot herzustellen. Es wurde indessen im 3. Kapitel gezeigt, dass sich ein solcher Privilegierungsausschluss (unter ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA) erst dann annehmen lässt, wenn eine Kenntnis hinsichtlich der Pervertierung besteht.[233] Wenn nun aber § 127 StGB in einer Konstellation greift, in der die Providerprivilegierung noch aktiv ist, droht die Europarechtswidrigkeit.[234] Etwas anderes ließe sich nur dann annehmen, wenn man Art. 6 DSA im Hinblick auf das Organisationsdelikt des § 127 StGB ohnehin für unanwendbar hält und daher keinen Gleichlauf mit dem Neutralitätskriterium herzustellen braucht:

Kulhanek etwa sieht schon im Grundsatz – und jenseits etwaiger Erwägungen zum Neutralitätsgebot[235] – keinen Konflikt zwischen § 127 StGB und dem telemedienrechtlichen Providerprivileg, weil durch das Organisationsdelikt keine (strafrechtliche) Verantwortlichkeit des Plattformbetreibers für von Nutzern gespeicherten Informationen begründet würde. Vielmehr knüpfe § 127 StGB vorgelagert an die Erstellung bzw. Erhaltung der virtuellen Infrastruktur an.[236] Sodann sieht er aus-

sale Betriebshandlungen vorgenommen werden (vgl. dazu schon oben Kap. 4 B. III. 2. a)). Deshalb wäre auch die davor allgemeiner vorgenommene Differenzierung von *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 31 besser hinter der Sonderkonstellation der Pervertierung platziert.

[233] Vgl. dazu oben Kap. 3 D. II. 5. b) aa).

[234] Zum Gleichlauf mit dem Neutralitätskriterium (dort insbesondere auf ErwG Nr. 44 zur ECRL gestützt) BT-Drs. 19/28175, 12 f.; ebenso *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 4, der zudem auf die Einschlägigkeit der normimmanenten Haftungsreaktivierung hinweist (dazu krit. oben Kap. 3 C. I. 1.).

[235] *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 52 f.

[236] *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 54; vgl. auch *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 49.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nahmsweise grundsätzliche Konflikte mit der Privilegierung in der Konstellation, in der eine ursprünglich legal ausgerichtete Plattform pervertiert wird.[237] Diese Friktionen – so Kulhanek – würden sich aber schon dadurch auflösen, dass ohne entsprechende Kenntnis eine Strafbarkeit ohnehin an den Anforderungen des subjektiven Tatbestandes scheitern würde und bei entsprechender Kenntnis die normimmanente Haftungsreaktivierung (jetzt: Art. 6 Abs. 1 a) DSA) eintrete.[238] Diese Einordnung verdient partielle Zustimmung: Beifall verdient zunächst die Abschichtung der beiden Fallkonstellationen, die der § 127 StGB erfassen kann, nämlich des Normalfalls der kriminellen Zweckausrichtung durch aktive Gestaltung (Benennung, Kategorisierung, Werbung etc.) der Plattform und des Spezialfalls der Pervertierung der Plattform. Auf den Normalfall passt der vorverlagernde Charakter des Art. 6 DSA – unabhängig vom Privilegierungsausschluss wegen Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot – nicht.[239] Zutreffend ist weiter die markierte Friktion der Sonderkonstellation des pervertierten Angebots mit der Privilegierung. Weniger überzeugend scheint es aber, dass die normimmanente Haftungsreaktivierung des Art. 6 Abs. 1 a) DSA bei Kenntnisnahme der Pervertierung eingreifen soll, geht es doch – wie zuvor noch zustimmungswürdig festgestellt – um die Verantwortlichkeit für einen konkreten Inhalt nach positiver Feststellung; hier lässt sich allein – wie gezeigt – mit dem Neutralitätskriterium operieren. Ebenso trifft es nicht notwendigerweise zu, dass bei fehlender Kenntnisnahme der Pervertierung der subjektive Tatbestand des § 127 StGB ohnehin nicht erfüllt sei; zumindest dann nicht, wenn man mit dem Wortlaut einen Eventualvorsatz hinsichtlich der kriminellen Zwecksetzung ausreichen lassen will. Denn dass mit einer Pervertierung durch Dritte gerechnet werden kann und eine solche billigend für möglich gehalten wird, dürfte nicht ausgeschlossen sein.[240]

Demnach bleibt es in der Folge europarechtswidrig, wenn die Tatbestandsmäßigkeit bejaht werden soll, auch wenn die Pervertierung nicht positiv zur Kenntnis genommen wird.[241] Dies spricht letztlich gegen eine rein objektive Auslegung der kriminellen Zweckausrichtung.[242]

---

[237] *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 55; diese Differenzierung findet sich bei *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 50 nicht.

[238] *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 55.

[239] Anders *Gerhold*, StV Spezial 2022, 29; ebenso, aber ohne Begründung *Gercke*, ZUM 2021, 921, 928.

[240] *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 50 versuchen hier Hinweise und Wartungsarbeiten als objektive Anhaltspunkte für das Bestehen eines Eventualvorsatzes zu halten. Treffender dürfte es sein, solche Anhaltspunkte für die praktisch schwierige Nachweisfrage heranzuziehen, ob Kenntnis i. S. e. dolus directus 2. Grades genommen wurde. Auch fragt sich, wie die kognitive Seite eines bedingten Vorsatzes eher erfüllt sein dürfte, je „eindeutiger und unverhohlener die nutzerbestimmte Gestaltung der Plattform" ist.

[241] Auch *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 127 Rn. 20 ff. sieht Friktionen mit der telemedienrechtlichen Privilegierung und fordert in der Folge als unionsrechtskonforme Auslegung erhöhte Anforderungen an den subjektiven Tatbestand. Methodisch dürfte die hier vertretene Befürwortung einer subjektiv-objektiven Auslegung der kriminellen Ausrichtung den Vorzug

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

d) Zwischenfazit: Pervertierte Angebote und kriminelle Zweckausrichtung bei § 127 StGB

Da der Gesetzgeber und die überwiegende Auffassung im Schrifttum als (maßgebliches) Indiz für eine kriminelle Zweckausrichtung auf die tatsächliche Nutzung der Plattform abstellen wollen, ergibt sich die Frage, ob diese Nutzung nur als Eingang in die Suche nach einer incentivierenden Gestaltung durch den Betreiber (hier sog. unechte Pervertierung) oder auch als eigenständige Ausrichtung herangezogen werden kann. Es hat sich gezeigt, dass sowohl eine objektive als auch eine gemischt subjektiv-objektive Auslegung des Merkmals ein solches Ergebnis tragen könnte. Die objektive Auslegung geht jedoch insofern weiter, als keine positive Kenntnisnahme der Pervertierung für die Strafbarkeit nötig wäre. Denn der subjektive Tatbestand des § 127 StGB könnte damit auch durch den bedingten Vorsatz hinsichtlich einer objektiven Zweckausrichtung durch Dritte erfüllt sein. Ein solches Ergebnis stellt sich jedoch als europarechtswidrig dar, erfasst es doch Fälle, in denen die Haftungsprivilegierung des Art. 6 Abs. 1 DSA *erstens* grundsätzlich Anwendung findet, *zweitens* nicht durch das Neutralitätskriterium ausgeschlossen ist und *drittens* keine normimmanente Haftungsreaktivierung nach Art. 6 Abs. 1 a) DSA greift. Eine unionsrechtskonforme Auslegung kann daher nur mit einer gemischt objektiv-subjektiven Auslegung erreicht werden, wenn das Erfordernis der positiven Kenntnisnahme in Kombination mit dem unveränderten Weiterbetrieb die subjektive Zwecksetzung durch den Betreiber zum Ausdruck bringt.

III. Zwischenfazit: Organisationsdelikte

Wird ein Angebot zweiter oder dritter Ordnung innerhalb sozialer Netzwerke strafrechtswidrig ausgerichtet, so kommt eine Strafbarkeit der Anbieter nach den Organisationsdelikten der §§ 129 Abs. 1, 127 Abs. 1 StGB in Betracht, die die Gefährlichkeit des personellen Zusammenschlusses und der virtuellen Infrastruktur in einem Vorfeldstadium in den Blick nehmen.

Hinsichtlich der Bildung einer kriminellen Vereinigung wird zu differenzieren sein: Anbieter dritter Ordnung, die mit ihren Beiträgen andere assoziierte oder dritte Nutzer incentivieren, Kommunikationsdelikte zu begehen, errichten mit ihrem Post keinen hinreichend festen organisatorischen Zusammenschluss mit darunter kommentierenden Nutzern. Der Zusammenschluss von Anbietern zweiter Ordnung (Gruppenbetreiber) und Nutzern einer auch geschlossenen Gruppe ist zwar nicht in gleichem Maße von einer Flüchtigkeit geprägt, jedoch wird auch hier nur unter

bieten, sich einfacher mit der gesetzgeberischen Entscheidung für einen dolus eventualis in Einklang bringen zu lassen.

[242] In dieser Richtung *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 127 Rn. 8, der hinsichtlich des Zwecks Absicht für erforderlich hält; ähnlich auch *Eschelbach*, in: NK-StGB, § 127 Rn. 28.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

besonderen Umständen von einem koordinierten Zusammenwirken die Rede sein können. Solche Umstände können darin liegen, dass die Gruppenmitglieder zusätzliche Funktionen bei der Administration des Angebots, der Außendarstellung oder Mitgliederauswahl wahrnehmen. Unter solchen Voraussetzungen werden Gruppenmitglieder letztlich zu Mitgliedern der hinter dem Angebot zweiter Ordnung stehenden Vereinigung. Dabei ist – wie in der Konstellation von Anbieterteams – vor allem im Einzelfall unter Berücksichtigung von Internetspezifika zu prüfen, ob das organisatorische Element hinreichend stark ausgeprägt ist, um dem Telos des § 129 StGB gerecht zu werden und eine Erwartbarkeit von Bezugstaten durch eine entstandene Eigendynamik oder Professionalisierung zu schaffen. Bei der Einzelfallbewertung kann es hilfreich sein, die Rahmenmerkmale einer Organisation, namentlich die *Interdependenz*, *Macht* und *Ordnung* innerhalb des Angebots zu betrachten.

Hinsichtlich der für die Erfassung von abstrakt gefährlichen Plattformeffekten speziell einschlägigen Strafbarkeit nach § 127 StGB lässt sich bei Anbietern dritter Ordnung bereits eine vom Angebot erster (und ggf. zweiter) Ordnung zu trennende, eigenständige, virtuelle Infrastruktur vermissen. Allein Angebote zweiter Ordnung (etwa Gruppen) vermögen es bei teleologischer Betrachtung, eine virtuelle Infrastruktur im Sinne der Legaldefinition darzustellen, weil sie ihrerseits kriminalitätsfördernde Plattformeffekte begründen können. Ob aber solche Gruppen, die auf die Begehung von ideologisch oder politisch orientierten Kommunikationsdelikten gerichtet sind, dem Begriff der Handelsplattform unterfallen, scheint zweifelhaft. Zwar lassen die (zu) weit geratene Legaldefinition und der Straftatenkatalog eine solche Auslegung zu. Jedoch scheint eine genetische Auslegung eine solche, zusätzlich potenziell die Meinungsfreiheit einschränkende, Lesart nicht nahezulegen, sondern höchstens eine Ausweitung de lege ferenda erwägenswert werden zu lassen. Nur wollte man das anders sehen oder – wie unten erwogen[243] – eine Ausweitung des § 127 StGB befürworten, kommt es zu der Frage, wann von einer kriminellen Zweckausrichtung auszugehen ist. Für diesen Fall werden verschiedene Indizien und Gegenindizien erwogen, die bei der Gesamtbetrachtung der Plattformausrichtung mehr oder weniger berücksichtigt werden sollten. Anhand der Sonderkonstellation der pervertierten Plattform lässt sich zeigen, dass (allein) eine gemischt objektiv-subjektive Auslegung der Zweckausrichtung in der Lage ist, unionsrechtskonforme Lösungen zu präsentieren.

B. Strafbarkeit der Anbieter nach den einzelnen Kommunikationsdelikten

Nachdem sich den Organisationsdelikten der §§ 127, 129 StGB zugewendet wurde, stellt sich nun die Frage, ob auch eine Strafbarkeit der Anbieter wegen der

[243] Vgl. unten Kap. 5 C.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einzelnen innerhalb der Angebote begangenen Kommunikationsdelikte denkbar ist. Es sollen zunächst beteiligungsformunabhängige Grundsätze der objektiven (I.) und subjektiven (II.) Zurechnung betrachtet werden, um sich anschließend der Beteiligungsformfrage zu widmen (III.). Abgeschlossen werden soll mit konkurrenzrechtlichen Erwägungen (IV.).

I. Objektive Zurechnung: Konturierung des erlaubten Plattformrisikos und der Risikozusammenhang

Legt man mit der hier vertretenen Auffassung die Lehre von der objektiven Zurechnung zugrunde, so ergeben sich hinsichtlich der Zurechnung von den mit den Kommunikationsdelikten verbundenen Erfolgen Fragen in zweierlei Richtung: Wann handelt es sich bei dem Betrieb eines Angebots um ein erlaubtes Risiko, und wie verhält sich diese Figur zu den telemedienrechtlichen Sondervorschriften der Art. 6 ff. DSA und zu der Figur der neutralen (Beihilfe-)Handlung? (1.) Und wie muss – ein rechtlich missbilligtes Risiko vorausgesetzt – der Zurechnungszusammenhang mit dem konkreten Kommunikationsdelikt beschaffen sein? (2.)

1. Erlaubtes Risiko

Während – wie gezeigt – nahezu konsentiert ist, dass eine Grenzziehung zwischen den Begehungsformen anhand der Neutralität bzw. der Sozialadäquanz bzw. dem erlaubten Risiko[244] zu machen ist[245], scheint wenig geklärt, wie eine inhaltliche Konkretisierung dieser Grenze gelingen kann. Das mag schon daran liegen, dass es sich bei dem erlaubten Risiko im Allgemeinen um eine „schillernde und diffuse“[246] Figur handelt. Klar ist jedenfalls, dass es sich nicht um Fälle fehlender Risikoschaffung oder eines minimalen Risikos handelt; das Risiko hinsichtlich der Rechtsgutsbeeinträchtigung wird vielmehr vorausgesetzt.[247] Die Konturierung des erlaubten Risikos kann dabei – sowohl für die Vorsatz- als auch die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit begrenzend[248] – über eine Globalabwägung von Freiheit und Rechtsgüterschutz gelingen.[249]

[244] Ohne klare Trennung der Begriffe *Wüst*, Underground Economy, S. 164 f.; *M. Popp*, Verantwortung, S. 115; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 257 f.; vgl. auch LG Karlsruhe BeckRS 2018, 40013, Rn. 235 (DiDW): „Alltagscharakter“.

[245] Vgl. dazu schon die Nachweise bei Kap. 4 B. II. 1.

[246] *Mitsch*, JuS 2018, 1161; weitgehende Unklarheit hinsichtlich Bedeutung und systematischer Stellung attestieren auch *Roxin/Greco*, AT I, § 11 Rn. 65. Jeweils auch zur vorzugswürdigen Einordnung als Bestandteil der objektiven Zurechnung und zur Verortung im Kontext der Rechtfertigungsgründe.

[247] Vgl. auch *Roxin/Greco*, AT I, § 11 Rn. 67.

[248] Vgl. nur *Roxin/Greco*, AT I, § 11 Rn. 66.

[249] *Roxin/Greco*, AT I, § 11 Rn. 66; *Mitsch*, JuS 2018, 1161, 1164.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abwägungsposten sind nicht nur die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, sondern auch das zu erwartende Ausmaß auf der einen, die allgemeine soziale Nützlichkeit auf der anderen Seite. Zu beachten ist außerdem die Möglichkeit und Zumutbarkeit den Schadenseintritt durch Gefahrabsicherungsmaßnahmen weniger wahrscheinlich zu machen.[250] Diese Globalabwägung vorzunehmen, ist vornehmlich die Aufgabe des Gesetzgebers, der entsprechende Erlaubnisnormen oder Sorgfaltsanforderungen – nicht zwingend im Strafrecht – erlässt.[251] Bekanntestes Beispiel ist insofern der Straßenverkehr, als er zwar im Allgemeinen als gefährlich gelten kann, dessen Risiken aber durch die Normierung von StVG und StVO in bestimmten Bereichen als erlaubt markiert sind.[252] In Bereichen potenziell risikoträchtigen Verhaltens, die nicht staatlich beregelt sind, können entsprechende private Normen (wie es etwa im risikobehafteten Sport[253] oder der technischen Normierung[254] der Fall ist) erlaubte von unerlaubten Risiken trennen. Sowohl im Bereich staatlicher als auch nicht-staatlicher Normierung ist jedoch bei der Rezeption durch den Rechtsanwender zu kontrollieren, ob die Normierung tatsächlich das Spannungsfeld zwischen Freiheit und Rechtsgüterschutz abbildet oder fremde Normierungsinteressen von Einfluss sind.[255]

a) Erlaubtes Risiko des Betriebs von Angeboten

Eine Konturierung des erlaubten Risikos von Angeboten wird im Wesentlichen durch den Privilegierungsvorfilter der Art. 6 ff. DSA vorgezeichnet. Er ist Ausdruck einer speziellen Abwägung von Risiken (straf-)rechtswidriger Nutzungen und Nützlichkeit der Angebote für das Allgemeinwohl und die Grundrechte der Betreiber wie Nutzer. Die Konturierung des erlaubten Risikos lässt sich wie folgt auf den Punkt bringen: Der Betrieb eines Angebots ist grundsätzlich rechtlich erlaubt. Selbst wenn Angebote vereinzelt missbraucht werden, ergibt sich nichts anderes, weil eine (manuelle) Kontrolle jedes Inhalts in Anbetracht der Informationsmasse nicht zumutbar ist. Etwas anderes gilt, wenn Kenntnis von einzelnen rechtswidrigen Inhalten genommen wird, weil der Unzumutbarkeitsaspekt entfällt. Eine weitere Ausnahme ist dort zu machen, wo das Angebot im Gesamten nicht mehr als neutral gilt, entweder weil der Anbieter dem Inhalt durch zusätzliche aussondernde Maßnahmen untypisch nahe kommt und deshalb die Kontrolle auch nicht mehr unzumutbar ist (s. ErwG Nr. 18 zum DSA), weil der Anbieter kollusiv mit einem Nutzer zu kriminellen Zwecken zusammenwirkt (s. ErwG Nr. 20 S. 1 zum DSA), oder – und darin liegt der

[250] Im Kontext der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit m. w. N. *Nussbaum*, ZIS 2021, 33, 38.

[251] *Mitsch*, JuS 2018, 1161, 1164 f.

[252] *Roxin/Greco*, AT I, § 11 Rn. 66.

[253] *Jakobs*, AT, 7/128 Fn. 195a; vgl. dazu *Eser*, JZ 1978, 368, 369 ff.

[254] Vgl. *Nussbaum*, ZIS 2021, 33 ff.; *S. Beck*, ZStW 2019, 967 ff.

[255] Vgl. dazu *Nussbaum*, ZIS 2021, 33, 39 ff.; ähnlich schon *S. Beck*, ZStW 2019, 967, 983.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

praktisch für uns relevanteste Fall – weil die Plattform im Gesamten auf die Begehung von (straf-)rechtswidrigen Handlungen ausgerichtet ist.[256]

Es stellt sich jedoch die Frage, warum die Merkmale der Privilegierung hier in Erinnerung gerufen werden, wenn doch ohnehin einer Vorfilter- und keiner Integrationslösung gefolgt wird.[257] Zuzugeben ist, dass sich, die Mühe einer Konturierung des rechtlich erlaubten Risikos als Zurechnungsfigur nicht zu machen ist, wenn der Vorfilter nicht passiert wird. Gleichwohl: Wird der Filter etwa wegen eines Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot passiert, so ist ein rechtlich missbilligtes Risiko auf strafrechtlicher Ebene erst noch festzustellen. Dabei ist zwar die spezialgesetzliche Abwägung der Art. 6 ff. DSA heranzuziehen. Fehlgehen würde es jedoch, von einem Passieren des Vorfilters auf ein rechtlich missbilligtes Risiko zu schließen. Die telemedienrechtliche Privilegierung ist – es sei nochmals betont – eben nur eine negative Haftungs- bzw. spezieller: Strafbarkeitsvoraussetzung, keine positive Grundlage.[258]

Es gilt deshalb zu differenzieren: Wird ein strafrechtswidriger Inhalt zur Kenntnis genommen (Art. 6 Abs. 1 a) DSA), entfällt nicht die Erlaubtheit des gesamten Betriebs. Allein die Nicht-Aussonderung des strafrechtswidrigen Inhalts gilt nicht mehr als erlaubt.[259] Wird aber gegen das Neutralitätsgebot verstoßen, so geht es um die Missbilligung des gesamten Betriebs. Die Konturierung des rechtlich erlaubten Risikos hinsichtlich des gesamten Betriebs ist also im Wesentlichen gleichlaufend mit der Konkretisierung der Fallgruppe der rechtswidrigen Zweckausrichtung (ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA) und der kriminellen Zweckausrichtung i. R. d. § 127 StGB.[260] Zu beachten ist natürlich, dass es, anders als bei ersterem, nur um strafrechtswidrige Zwecke geht und, anders als bei zweiterem, keine Begrenzung auf entsprechende Katalogtaten gibt. Ebenso wie das Neutralitätsgebot als das Ergebnis einer spezifischen Globalabwägung gelten kann und es zentral ist, technologische Fortschritte und branchenübliche Gefahrenverhütungsmaßnahmen im Blick zu behalten[261], gilt das auch für die positiven Haftungsvorschriften des Besonderen Teils des Strafrechts im Lichte des erlaubten Risikos. Sollte also die Entwicklung von KI-gestützten Filtertechnologien fortschreiten und damit etwa die Filterung von kinderpornographischem Material, Gewaltdarstellungen und – wenn auch gleichwohl später zu erwarten – im Bereich der strafrechtswidrigen Hassrede[262] ohne (wesentliche) Gefahren des Overblockings möglich und wirtschaftlich zumutbar sein, ist es auch dem Strafrechtsanwender möglich, eine Globalabwägung zu Lasten des Anbieters vorzunehmen. Die Unerlaubtheit des mit dem Betrieb verbundenen Risikos ergibt sich

[256] Zum Gesamten ausführlich Kap. 3.

[257] Vgl. dazu oben Kap. 3 A. II.

[258] Vgl. oben Kap. 3 A.

[259] Zur Unterlassungsstrafbarkeit eingehend Kap. 6.

[260] Vgl. dazu Kap. 3 D. II. 5. und vor allem Kap. 5 A. II. 3.

[261] Vgl. dazu oben Kap. 3 D. II. 5. b) cc).

[262] Dazu vgl. Kap. 1 C. III. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dann, anders als in den bisher betrachteten Fällen der strafrechtswidrigen Ausrichtung, nicht über den unerlaubten Anreiz für Dritte zur missbräuchlichen Verwendung, sondern unmittelbar aus der Nicht-Vornahme zumutbarer Risikominimierungsmaßnahmen.

b) Verhältnis zur Figur der neutralen (Beihilfe-)Handlung

Wie verhält sich das Gesagte nun zur – im Kontext der Plattformstrafbarkeit häufig bemühten[263] – Figur der neutralen (Gehilfen-)Handlung? Häufig hat es auch hier sein Bewenden mit der Feststellung, dass der Betrieb eines neutral ausgerichteten Angebots nicht strafbar sein kann. Damit scheint aber das Differenzierungs- (und wohl auch das Streit-)Potenzial der Figur nicht ausgeschöpft. Um den Gegenstand der allgemein haftungsbegrenzenden Figur zu klären, wird die Definition von Wohlleben herangezogen: Danach sind neutrale Handlungen solche, „die der Ausführende einem jeden anderen […] gegenüber vorgenommen hätte, weil er mit der Handlung – im Vorhinein (auch) – tat- und täterunabhängige eigene, rechtlich nicht missbilligte Zwecke verfolgt".[264] Damit wird zweierlei deutlich: Zum einen ist die Figur keineswegs auf berufsspezifisches Handeln begrenzt,[265] zum anderen sind von vornherein nicht solche Angebote erfasst, die allein auf die Begehung von Straftaten ausgerichtet sind; sie weisen allein rechtlich missbilligte Zwecke auf.

aa) Gemischt subjektiv-objektive Lösung zur Behandlung des Problems

Die kaum noch zu überschauende Vielfalt der Ansätze zum Umgang mit der Figur der neutralen (Gehilfen-)Handlung können hier nicht nachgezeichnet werden,[266] weshalb hier allein auf den gemischt subjektiv-objektiven Ansatz Roxins[267] eingegangen wird, dem sich die ständige Rechtsprechung[268] und ein beachtlicher Teil der

[263] *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518, 522 f.; *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241, 243 f.; *Wüst*, Underground Economy, S. 139; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 154 f.; *Gäckle*, Freilaw 2016, 1, 11; *Handel*, Diensteanbieter, S. 236 ff.; *Bächer*, Plattform, S. 305 ff.; *Bosch*, JURA 2016, 381, 388; *Greco*, ZIS 2019, 435 Fn. 108; eingehend *Bode*, ZStW 2015, 935 ff.; *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 113 ff.; vgl. auch schon *Kudlich*, Berufsbedingtes Verhalten, S. 54, 408 f.; *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, § 27 Rn. 16.2; ferner *Hollenders*, Mittelbare Verantwortlichkeit, S. 136 ff.; *Holznagel*, CR 2017, 463, 467; vgl. auch *Schreiber*, Fake News, S. 228 f.

[264] *Wohlleben*, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, S. 4.

[265] *Bechtel*, JURA 2016, 865, 870 f.

[266] *Rengier*, AT, § 45 Rn. 101 spricht von einer der „meistdiskutierten Fragen der letzten Zeit". Vgl. eingehend *Kudlich*, Berufsbedingtes Verhalten, passim; zusammenfassend *Bechtel*, JURA 2016, 865 ff.; umfassender *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, S. 235 ff.

[267] *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 218 ff.

[268] BGH NStZ 2000, 34; 2000, 3010; 2004, 41; 2006, 214; NJW 2012, 3177 m. w. N.; 2014, 1098; NStZ 2017, 337; 2017, 461; 2018, 328; LG Karlsruhe BeckRS 2018, 40013, Rn. 341 ff. (DiDW).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Literatur[269] angeschlossen hat. Es wird nach dem Vorsatzgrade des Handelnden unterschieden. Von dort aus werden unterschiedliche objektive Momente einer Sorgfaltspflichtverletzung formuliert: Liegt dolus directus 2. Grades vor, so ist grundsätzlich eine strafbare Beihilfe gegeben, außer es fehlt dem Verhalten an einem deliktischen Sinnbezug hinsichtlich der sicheren Vorstellung von den deliktischen Plänen.[270] Der deliktische Sinnbezug ist hier zu verstehen als die ausschließliche oder höchstwahrscheinliche Verwendung der Hilfeleistung zu deliktischen Zwecken. Liegt hingegen beim Handeln – und das ist für die Betreiber der Angebote praktisch relevanter – nur dolus eventualis vor, so soll grundsätzlich darauf vertraut werden können, dass der Empfänger der Hilfeleistung die neutrale Leistung nicht missbraucht. Eine Ausnahme soll nur dann greifen, wenn die Förderungshandlung gegenüber einem „erkennbar Tatgeneigten" erfolgt.[271]

bb) Übertragbarkeit auf den Plattformbetrieb

Es wurden verschiedentlich Zweifel daran geäußert, dass sich diese Formel für die Konstellation der Plattformverantwortlichkeit fruchtbar machen lässt[272]: Denn es ist schon auffällig, dass sich die Kriterien der Rechtsprechung vor allem an Fällen herausbildeten, bei denen wohl ein engerer Kontakt zwischen dem Hilfeleistenden und dem Täter bestand, als es bei dem Betreiber und dem Nutzer einer Plattform der Fall ist. Man denke nur lehrbuchhaft an den Verkäufer, der in einem Haushaltswarengeschäft einen Hammer an den Täter veräußert – und durch Informationen Dritter von dessen Tötungsabsichten weiß (dolus directus 2. Grades) – oder in einem Waffenladen in Sichtweite zu einer Straßenschlacht eine Pistole verkauft (dolus eventualis).[273]

Der Plattformbetreiber ist, anders als dieser Verkäufer, in dreifacher Hinsicht stärker vom Plattformnutzer entfernt: *Erstens* ist eine räumliche Distanz schon dadurch erkennbar, dass der Betrieb und die Nutzung jeder Internetplattform im digitalen Raum stattfinden (mediatisierte Kommunikation[274]).[275] Das bedingt *zweitens* die personale Distanz zwischen Betreiber und Identität des Nutzers. Die Einschätzung der Absichten des Nutzers wird erschwert; die Tatgeneigtheit wird kaum noch individuell erkennbar sein.[276] Entscheidend für die Zweifel an der Übertragbarkeit ist jedoch *drittens* die zeitliche Distanz zur (Haupt-)Tat des Nutzers. Da der Platt-

[269] *Bechtel*, JURA 2016, 865, 868 f.; *Rönnau/Wegner*, JuS 2019, 527 ff.; *Ambos*, JA 2000, 721, 724 f.; *Gaede*, JA 2007, 759, 759 f.

[270] Dazu *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 221 ff.

[271] *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 241 ff.

[272] *Safferling/Rückert*, Analysen und Argumente 291, S. 11; *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241, 243; *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 114.

[273] *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 222, 241.

[274] Dazu oben Kap. 2 A.

[275] *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 114.

[276] *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 114.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

formbetrieb fortlaufend, automatisch und ohne notwendige Kenntnisnahme der einzelnen Inhalte stattfindet, wird, anders als in den oben genannten Beispielen, der Beitrag nicht auf Initiative des Haupttäters geleistet. Vielmehr konkretisiert der Anbieter seinen Beitrag vor Auftreten des Nutzers. Es lässt sich von der Schaffung einer tatanreizenden Situation, also der typischen Chronologie der Anstiftung sprechen.[277]

Was ist die Folge dieser besonderen, technisch bedingten Distanzierung von (Haupt-)Täter und (Haupt-)Tat? Zunächst einmal fehlen dem Anbieter grundsätzlich Anhaltspunkte, um im Einzelnen eine individuell täter- oder tatbezoge Tatgeneigtheit zu erkennen. Weder die sinnliche Wahrnehmung noch ein kommunikativer Kontakt lassen auf behaviorale (z. B. besondere Nervosität) oder kontextabhängige (z. B. Straßenschlacht in Sichtweite[278]) Auffälligkeiten schließen; der tatgeneigte Nutzer hebt sich im Moment der Hilfeleistung regelmäßig durch nichts Erkennbares von anderen Nutzern ab.[279] An früherer Stelle vertrat der Verfasser die Auffassung, dass diese Besonderheit „keineswegs Grund [ist], die Formel der Rechtsprechung als unpassend abzulehnen. Sie fragt nämlich für den bedingten Vorsatz nicht, ob der Täter als auffälliges Individuum erkennbar tatgeneigt war, sondern ob ‚das von ihm [Anbieter] erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten [Nutzer] derart hoch (war), dass er [Anbieter] sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ.'[280] Damit lässt die Rechtsprechung angemessen Raum, das Risiko des Beitrages selbst und nicht lediglich die deliktische Beziehung von Täter zum Beitrag im Einzelfall zu betrachten. Dementsprechend kann also auf den aus der Distanz resultierenden Mangel an individuellen Informationen reagiert werden, indem gefragt wird, wie wahrscheinlich die deliktische Nutzung des Beitrages generell ist."[281]

Eine solche Modifikation der gemischt subjektiv-objektiven Lösung muss hier aufgegeben werden. Sie vermischt den Ausgangspunkt der Begrenzungsfigur mit ihren Voraussetzungen. Will man – wie damals vorgeschlagen – an eine generelle Tatgeneigtheit der Nutzer anhand eines gesteigerten Risikos durch die Ausrichtung der Plattform knüpfen, so verhandelt man gleichzeitig die Neutralität der Handlung, also den Ausgangspunkt der Theorie selbst. Es ist gerade die Besonderheit der

[277] *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 114; vgl. auch *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241, 243; *Safferling/Rückert*, Analysen und Argumente 291, S. 11; ferner in dieser Richtung *Bode*, ZStW 2015, 935, 955; *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 404.

[278] Vgl. erneut *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 241.

[279] *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 115; zust. *Bächer*, Plattform, S. 307 ff.; vgl. auch schon *Bode*, ZStW 2015, 935, 955.

[280] Vgl. erneut die Formulierungen bei BGH NStZ 2000, 34; 2000, 3010; 2004, 41; 2006, 214; NJW 2012, 3177 m. w. N.; 2014, 1098; NStZ 2017, 337; 2017, 461; 2018, 328; LG Karlsruhe BeckRS 2018, 40013, Rn. 341 ff. (DiDW) jedoch mit keiner klaren Trennung subjektiver und objektiver Elemente und Überschneidungen mit allgemeinen Zurechnungsgesichtspunkten (so auch die Kritik bei *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 101).

[281] *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 115.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

neutralen Beihilfe, dass eine wiederholte und für die breite Masse angebotene Handlung grundsätzlich straffrei werden soll, es sei denn, es findet unter einem Eventualvorsatz eine Verdichtung des Risikos der kriminellen Nutzung bei einem Nutzer statt. Dieser ist bei objektiver Betrachtung aus dem Kreis der anderen Nutzer ausgesondert. Eine solche Aussonderung ist aber vor dem Hintergrund der besonderen Distanzierung des Anbieters nicht möglich. Die früher aufgestellte These reduziert vielmehr das gemischt subjektiv-objektive Vorgehen hinsichtlich der Aussonderung Einzelner auf nicht weniger als das erlaubte Risiko insgesamt. Für die Figur der neutralen Beihilfehandlung verbleibt dann kein eigenständiger Platz: Bei generell erkennbarer Tatgeneigtheit entfällt die Neutralität[282] und damit das erlaubte Risiko.

Das gilt zunächst einmal nur für die Strafbarkeit des Betriebs insgesamt. Wenn es aber um die unterlassene Löschung eines einzelnen Inhalts nach Kenntnisnahme geht[283], dann darf die Figur der neutralen Beihilfe durchaus befragt werden: Sie steht einer Unterlassungsstrafbarkeit jedoch nicht im Wege. Das könnte man einerseits damit begründen wollen, dass die inhaltsreichere Norm des Art. 6 Abs. 1 a) DSA das Risiko ab diesem Zeitpunkt nicht mehr als sozial gebilligt markiert und schon daher keine Neutralität mehr vorliegt.[284] Gleiches ergibt sich aber, wenn man nach allgemeinen Grundsätzen der Figur der neutralen Handlung davon ausgeht, dass das Beibehalten aller Inhalte durch Passivität zunächst einmal neutral, weil nicht differenzierend, ist. Denn nach Kenntnisnahme des einzelnen rechtswidrigen Inhalts liegt dolus directus 2. Grades hinsichtlich der weiteren Begehung des Kommunikationsdelikts durch den Nutzer vor, und ein deliktischer Sinnbezug des Unterlassens durch den Anbieter lässt sich bejahen.[285]

2. Deliktsspezifischer Risikozusammenhang

Ein weiterer, bislang für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen nicht ersichtlich beachteter Aspekt liegt erst hinter der Frage nach dem erlaubten Risiko. Er wird durch die summarische Strafbarkeitsprüfung, die der Schwerpunkt-Formel eingeschrieben ist[286], ebenso tendenziell verdeckt wie durch den plattformspezifischen Ansatz des § 127 StGB, der – ohne weitere Differenzierung – nach der kriminellen Ausrichtung der Plattform fragt[287]. Die vollständige Prüfung der Bege-

[282] Vgl. auch die Ausführungen von BGH MMR 2024, 175 Rn. 54 (Cyberbunker).

[283] Dazu eingehend Kap. 6.

[284] Vgl. *Bächer*, Plattform, S. 310 ff. mit Verweis auf *Kudlich*, Berufsbedingtes Verhalten, S. 220 ff.

[285] Vgl. auch *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518, 522; *Bode*, ZStW 2015, 935, 955; eingehender zu der „Unterlassung von gebotenen Differenzierungen" als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit bei neutralen Handlungen *Kudlich*, Berufsbedingtes Verhalten, S. 408 ff.; vgl. auch BGH MMR 2024, 175 Rn. 54 (Cyberbunker).

[286] Zur Kritik schon oben Kap. 4 B. II. 1.

[287] Vgl. Kap. 5 A. II. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hungsstrafbarkeit wegen einzelner Kommunikationsdelikte hingegen kann ihr Augenmerk auf die Frage richten, ob es mit der Prüfung der rechtlich missbilligten Risikoschaffung sein Bewenden hat, oder ob es gerade einer Realisierung des spezifischen Risikos bedarf.

Zur Veranschaulichung: Ist ein Angebot zweiter Ordnung so auf die Begehung von bspw. Volksverhetzungsdelikten ausgerichtet, dass von einem rechtlich missbilligten Risiko beim Betrieb gesprochen werden kann, und wird dann kinderpornographisches Material innerhalb dieses Angebots verbreitet, so stellt sich die Frage nach der hinreichenden Risikorealisierung. Die Multifunktionalität einer Plattform (auch der Angebote innerhalb sozialer Netzwerke) fordert diese Frage heraus. Denn der Betrieb des Angebots als solcher ist kaum noch als rechtlich erlaubt zu betrachten, und es realisiert sich durchaus das Förderungsrisiko in Form eines spezifischen Verbreitungsrisikos. Die Besonderheit liegt hier indessen darin, dass sich eben der Teil des Verbreitungsrisikos, der rechtlich missbilligt ist, nicht realisiert. Hinsichtlich der Verbreitung von kinderpornographischem Material bleibt es im Beispiel beim erlaubten providertypischen Risiko. Daher ist eine sinnvolle Begrenzung der Zurechnung nur mittels einer Kombination der Größen von missbilligter Risikoschaffung und Risikorealisierung zu erreichen.

Damit wurde das Kriterium der Zweckausrichtung von Plattformen an drei verschiedenen Stellen der Untersuchung beleuchtet, und es konnte festgestellt werden, dass hinsichtlich der Spezifität ein entsprechend dem Regelungskontext unterschiedlicher Grad der Kongruenz zum tatsächlich veröffentlichten Inhalt gefordert ist: Während im Zusammenhang des telemedienrechtlichen Neutralitätskriteriums jede rechtswidrige Ausrichtung genügt, um die Haftungsprivilegien zu versagen[288], ist hinsichtlich des Organisationsdelikts des § 127 StGB eine kriminelle Ausrichtung im Bereich der Katalogtaten erforderlich. Im Rahmen der Kommunikationsdelikte ist darüber hinaus eine Übereinstimmung hinsichtlich des spezifischen Risikos erforderlich.

II. Subjektive Zurechnung: Technisch vermittelte Distanz als Herausforderung des allgemeinen Medienstrafrechts

Mit der Grenzziehung zwischen erlaubten und unerlaubten Risiken beim Angebotsbetrieb sowie der Zurechnung des Erfolges zum unerlaubten Risiko hat es jedoch noch nicht sein Bewenden. Aufgrund der technisch vermittelten Distanz, die die Anbieter beim vollautomatisierten Betrieb ihrer Angebote zu den strafrechtswidrigen Inhalten der Content-Provider aufweisen, bleibt das Vorstellungsbild

[288] Vgl. aber auch die oben vorgeschlagene Ausnahme, bei der eine Unerlaubtheit des Risikos dann deliktsspezifisch ist, wenn sich die Sorgfaltswidrigkeit aus einer unterlassenen Risikominimierung durch automatisierte Gefahrenverhütungsmaßnamen ergibt: Kap. 5 D. II. 5. b) cc).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hinsichtlich der innerhalb ihrer Angebote begangenen Kommunikationsdelikte meist eher unscharf. Diese Vorstellungsunschärfe scheint auch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung umzutreiben. Ersterer stützt auf sie die Einführung des schon näher betrachteten § 127 StGB.[289] Zweitere verneint etwa eine Beihilfestrafbarkeit aufgrund fehlender Vorsatzbestimmtheit im Cyberbunker-Fall.[290] Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern die Anforderungen an die Vorsatzbestimmtheit von der Beteiligungsform abhängig oder allein der allgemeinen Vorsatzlehre zuzuordnen sind (1.), um auf dieser Grundlage zwischen Unbestimmtheiten im innertatbestandlichen (2.) und zwischentatbestandlichen (3.) Bereich zu unterscheiden.[291]

1. Vorsatzbestimmtheit: (K)eine Frage der Beteiligungsformlehre

Sowohl in den Gesetzesmaterialien zu § 127 StGB als auch in den bisherigen Strafverfahren deutet sich an, dass die Vorsatzbestimmtheit vor allem hinsichtlich der Beihilfe problematisiert wird. Dass die Probleme der Vorsatzbestimmtheit nicht nur im medienstrafrechtlichen, sondern im Allgemeinen dort besonders thematisiert werden, lässt sich schon mit der typischerweise größeren Entfernung von der Tatverwirklichung erklären, die entsprechende Fragen provozieren kann.[292] Ein Blick in Rechtsprechung und Schrifttum zeigt nicht nur die erhöhte Aufmerksamkeit, die die Bestimmtheit des Teilnehmervorsatzes zu bekommen scheint, sondern auch, dass die Mindestanforderungen an diese Bestimmtheit entsprechend der Teilnahmeform zu variieren scheinen (a)). Diese Abstufung ist für die vorliegende Untersuchung vor allem deshalb von besonderer Bedeutung, weil die Bereitstellung des Angebots – in zweifelhafter Weise[293] – der täterschaftlichen Begehung zugeordnet wird (b)).

a) Abgestufte Anforderungen an die Vorsatzbestimmtheit entsprechend der Beteiligungsform

Die Anforderungen an die Vorsatzbestimmtheit bei der Beihilfe werden regelmäßig in Abschichtung von den Anforderungen bei der Anstiftung vorgenommen.[294] Das Vorstellungsbild des Anstifters habe schärfer als das des Gehilfen zu sein. So setzen Rechtsprechung und Teile der Literatur eine Konkretisierung des Anstifter-

[289] BT-Drs. 19/28175, S. 10. Vgl. auch schon oben Kap. 5 II. 1.

[290] BGH MMR 2024, 175, 184 f. (Cyberbunker).

[291] Grundlage der folgenden Darstellungen ist eine Vorarbeit, die sich neben Plattformanbietern auf die Besonderheiten von Social Bots konzentriert: *S. Beck/Nussbaum*, Moderne Kommunikationstechnologie als Herausforderung für die Vorsatzbestimmtheit (im Erscheinen bei Mohr Siebeck).

[292] Vgl. *Altenhain*, Exzess, S. 30 f. sowie *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, S. 90.

[293] Dazu unten Kap. 5 B. III.

[294] Vgl. BGH NStZ 2017, 274, 275; NJW 1996, 2517, 2518; LG Berlin StV 2015, 222, 223; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 27 Rn. 29; *B. Heinrich*, Strafrecht AT, Rn. 1337; *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 270; *Satzger*, JURA 2008, 514, 520.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

vorsatz voraus, die eine Tat als konkretisiert-individualisierbares Geschehen erkennen lässt. Gegenstand der Konkretisierung sind etwa Haupttäter, Tatzeit, Tatort, Tatopfer und Art der Tatbegehung.[295] Für den Gehilfenvorsatz wird mehrheitlich gefordert, dass sich dieser wenigstens auf den wesentlichen Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung bezieht.[296] Diese Anforderung wurde von Roxin übernommen, der diesen Maßstab jedoch nur hinsichtlich der Anstiftung aufstellt und es für den Haupttatvorsatz der Beihilfe ausreichen lassen will, dass er sich auf einen gesetzlichen Tatbestand bezieht.[297] Auch bei Roxin findet sich also eine Abstufung entsprechend der Teilnahmeform, auf die zurückzukommen sein wird.[298]

In Relation dazu findet die Bestimmtheit des Tätervorsatzes wenig Aufmerksamkeit. Hinter diesem Befund mag man nun die Erklärung vermuten, dass die Tätervorstellungen in der Praxis nur selten Unschärfen aufweisen, weil der Täter die Tathandlung und den Tatort selbst bestimmt.[299] Diese Erklärung dürfte regelmäßig zutreffen, für unsere Zwecke ist es aber entscheidend, sich tatfernen Täterschaftskonstellationen zuzuwenden. Dabei bietet sich zunächst ein Blick auf die Mittäterschaft und die mittelbare Täterschaft an, bei denen die Abgabe von Gestaltungsmacht – und damit intellektueller Erfassbarkeit des Geschehens – der Begehung oftmals eingeschrieben ist. Im Bereich des § 25 Abs. 2 StGB wird das besonders dann deutlich, wenn man die Erbringung eines Tatbeitrages im Vorbereitungsstadium für möglich hält.[300] Im Kontext des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB ist das typischerweise unschärfere Bild von den Lebenskonkreta der Tatausführung schon häufig damit zu erklären, dass der Hintermann die Kontrolle über das unmittelbare Tatgeschehen durch die Einschaltung eines menschlichen Werkzeugs abgibt.[301]

Doch auch die Alleintäterschaft, die am wenigsten in Verdacht steht, mit einem unscharfen Vorstellungsbild von der Tat verbunden zu sein, kann Konstellationen hervorbringen, in denen die Vorstellung von der Tat sowohl im innertatbestandlichen Bereich (Lebenskonkreta) als auch im – deutlich gröberen – zwischentatbestandlichen Bereich (gesetzlicher Tatbestand) unscharf wird. Solche Fälle dürften – in der

---

[295] BGH NJW 1986, 2770, 2771; vgl. auch *Eisele*, in: B/W/M/E, § 26 Rn. 55 ff. m. w. N.; aus der abweichenden älteren Rechtsprechung RGSt 34, 327; BGH NJW 1961, 564, 565; NStZ 1996, 434, 435.

[296] BGH NStZ 1990, 501; NJW 1997, 265, 266; BeckRS 2017, 145721, Rn. 33; NStZ 2019, 1818, 1821; NStZ-RR 2019, 249, 250; NJW 2023, 89, 91; so auch *Eisele*, in: B/W/M/E, § 26 Rn. 57, 127 m. w. N.; ähnlich BGH NStZ 2011, 399, 400; 2012, 264; NJW 1996, 2517, 2518; NStZ 2016, 39, 40.

[297] *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 136, 272; *Roxin*, in: FS-Salger, S. 129, 130 ff.; *Roxin*, JZ 1986, 908, 908 f.; i. E. so auch *Murmann*, in: Handbuch Strafrecht, § 53 Rn. 81 sowie *Murmann*, in: SSW-StGB, § 27 Rn. 11.

[298] Vgl. unten Kap. 5 B. II. 2. b) bb).

[299] So *Warneke*, Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, S. 41.

[300] Dazu unten Kap. 5 B. III. 1. b) bb).

[301] Vgl. dazu *Schlehofer*, StV 1997, 411, 415; *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 170 ff.; *Warneke*, Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, S. 101 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vergangenheit – mit Warneke häufig „akademischer Natur“ geblieben sein.[302] Zwei solcher Beispiele fördert die Literaturschau: Herzberg demonstriert die Tatferne des Alleintäters anhand des Terroristen, der eine Bombe an einem öffentlichen Ort deponiert und dabei weder die Einstellung der Zeitschaltuhr noch die Menge des Sprengstoffes kennt.[303] Wild will selbiges am sich selbst zu einer ungewissen Zeit auflösenden Giftbehälters zeigen, der vom Täter im Wasserreservoir einer Großstadt deponiert wird.[304] Beide Beispiele charakterisiert die Unschärfe hinsichtlich der Tatzeit und der Zahl sowie der Identitäten der Tatopfer. Gleichwohl lässt sich eine Individualisierung noch insofern erkennen – man denke hier wohl unweigerlich an die Abgrenzung eines error in persona und einer aberratio ictus in Distanzfällen[305] –, als die Opfer diejenigen sind, die sich in den Wirkungsradius der Bombe oder des Leitungswassers begeben. Die Unschärfen, die im innertatbestandlichen Bereich existieren, sind also begrenzt. Keinerlei Unschärfen bestehen in den Beispielen hinsichtlich des zwischentatbestandlichen Bereichs. Die in Betracht kommenden Tatbestände dürften im Vorstellungbild der Täter regelmäßig klar umrissen sein. Dass es aber in beiden Beispielen überhaupt zu einer Vorstellungsunschärfe des Alleintäters kommt, ist – so viel sei hier schon beschrieben – auf den Verlust von Gestaltungsmacht durch eine raumzeitliche Distanz zurückzuführen. Die Distanz wiederum ist durch den Einsatz eines technischen Tatwerkzeugs bedingt.

Schon vor diesem Hintergrund kann es nicht ohne Schwierigkeiten bleiben, die Anforderungen an die Bestimmtheit des Teilnehmervorsatzes in negativer Abschichtung vom Tätervorsatz vorzunehmen[306]; Unschärfen sind unabhängig von der Beteiligungsform denkbar. Eine solche Relationierung dürfte vor allem dort Gefahren aufweisen, wo die Rechtsprechung hinsichtlich der Mindestanforderungen an die Vorsatzbestimmtheit beim Täter äußerst vage bleibt:

> „Zum Begriff des Vorsatzes, des bewussten Wollens aller Merkmale des äußeren Tatbestandes, gehört, dass der Täter die nach Gegenstand, Zeit und Ort bestimmte Zuwiderhandlung wenigstens in allen wesentlichen Beziehungen, wenn auch nicht mit allen Einzelheiten der Ausführung, in seine Vorstellung und seinen Willen aufgenommen hat“.[307]

[302] Vgl. *Warneke*, Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, S. 41; ähnlich *Altenhain*, Exzess, S. 31.

[303] *Herzberg*, JuS 1987, 617, 619; aufgreifend *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 167 ff.

[304] *Wild*, JuS 1992, 911, 913.

[305] Dazu unten Kap. 5 B. II. 2. d) aa).

[306] BGH BeckRS 2017, 145721 Rn. 33; NJW 2019, 1818, 1821; *Baumann*, JuS 1963, 125, 134; *Letzgus*, Vorstufen der Beteiligung, S. 46; *Hoyer*, in: SK-StGB, Vor § 26 ff. Rn. 47 sowie *Noll*, ZStW 2018, 1007, 1033; *Woltmann*, Roboter, S. 206.

[307] BGH BeckRS 2022, 43910, Rn. 26; vgl. auch BGH BeckRS 1994, 31090431 sowie bereits RGSt 70, 257, 258; *D. Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, § 15 Rn. 53; vgl. auch *Momsen*, in: SSW-StGB, § 15 Rn. 28; als in ihren Auswirkungen noch ungeklärte Formel beschreibend *Schroeder*, in: LK-StGB, 11. Aufl, § 16 Rn. 4, der ihr allein Bedeutung für die Irrtumsgrenze (Abweichungskonstellationen), nicht für die Mindestkonkretisierung (Unschärfekonstellationen) beimessen will (zum Verhältnis beider Konstellationen weiter unten Kap. 5 B. II. 2. d) aa)).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wie weitreichend die Folgen einer solchen Differenzierung nach Beteiligungsform sind, verdeutlichen die – völlig unterschiedliche Problemfelder adressierenden – Abhandlungen von Noll und Woltmann:

Im Kontext der Beteiligungsformfrage im Unterlassen arbeitet Noll an einer Neutralisierung der Kritik, die pflichtenbezogene Abgrenzung stelle den Unterlassenden gegenüber dem Begehungsbeteiligten pauschal schlechter.[308] Dieser Einwand wird im 6. Kapitel eingehender behandelt.[309] An dieser Stelle interessiert uns allein die ihr zugrundeliegende Annahme, dass eine Täterstrafbarkeit belastender als eine Teilnehmerstrafbarkeit wiege. Diese Prämisse wird von Noll angegriffen. Dazu versucht er anhand der abgestuften Mindestanforderungen an die Vorsatzbestimmtheit zu zeigen, dass die Täterposition nicht pauschal schlechter als die des Gehilfen ist. Der Täter könne nach Noll mangels hinreichender Vorsatzkonkretisierung straflos bleiben, während eine Zurechnung zum Vorsatz beim Teilnehmer gelingen kann.[310]

Woltmann macht eine nach Beteiligungsform abgestufte Anforderung an die Vorsatzbestimmtheit sogar zur Grundlage für die Entwicklung einer eingeschränkten strafrechtlichen Subjektqualität von Social Bots[311].[312] Ausgehend von Joerdens Ansatz, Anwendungen künstlicher Intelligenz mangels Schuldfähigkeit keine vollständige Subjektqualität zuzusprechen, sie aber in der Zurechnungs-, insbesondere der Beteiligungsstruktur zu berücksichtigen[313], sieht Woltmann in der Zwischenschaltung eines Social Bots zwischen Nutzer und strafrechtswidrigem Inhalt die Möglichkeit, den Nutzer in die Teilnehmerrolle zu bringen.[314] In dieser Teilnehmerrolle sei sodann, anders als in der Rolle des Alleintäters, in der der Nutzer ohne diese innovative Konstruktion verharren würde, eine subjektive Zurechnung des Kommunikationsdelikts möglich.[315]

b) Folgen der Abstufung für den Betrieb strafrechtswidrig ausgerichteter Angebote

Die nach alledem in großen Teilen der Literatur und der Rechtsprechung vorgefundene Prämisse der Abhängigkeit der Mindestanforderungen von der Beteiligungsform zeigt sich nun auch für die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Anbieter als folgenschwer. Es wird an späterer Stelle zu zeigen sein, dass die Einordnung als (Allein-)Täter der über die Angebote begangenen Inhaltsverbreitungsdelikte nicht

[308] *Noll*, ZStW 2018, 1007, 1033.

[309] Vgl. Kap. 6 D.I.2.f).

[310] *Noll*, ZStW 2018, 1007, 1033.

[311] Zur Phänomenologie knapp oben Kap. 2 C.I.3.

[312] *Woltmann*, Roboter, S. 206.

[313] *Joerden*, in: Robotik und Gesetzgebung, S. 195, 203 ff.

[314] *Woltmann*, Roboter, S. 203 ff.

[315] *Woltmann*, Roboter, S. 206.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

überzeugen kann.[316] Bislang kann gleichwohl konstatiert werden, dass die überwiegende Auffassung in der Literatur und die Rechtsprechung eine Täterschaft annehmen wollen.[317]

aa) Vorstellungsunschärfen der Anbieter

Während nun die Beispiele von Herzberg und Wild der technikvermittelten Tatbegehung erste Unschärfen hinsichtlich des Vorstellungsbildes attestieren, dabei aber praktisch ohne größere Bedeutung bleiben, eröffnen die Angebote innerhalb sozialer Netzwerke ganz neue Perspektiven auf automatisierungsbedingte Unschärfen. Gerade dort, wo es um die Begehung von Kommunikationsdelikten geht, ist der innertatbestandliche Bereich ganz erheblich betroffen. Die betroffenen Rechtsgutsträger und/oder Angriffsobjekte[318] dürften selten – ebenso wie die Tatzeit und die Person des Content-Providers – in der Vorstellung der Anbieter klar gefasst sein. Das liegt schon daran, dass bei Kommunikationsdelikten (etwa §§ 130 Abs. 1, 185 StGB) der Eintritt des Erfolges auch durch die Kenntnisnahme nicht inhaltlich adressierter Personen herbeigeführt werden kann. Darüber hinaus dürfte, anders als bei den Beispielen von Herzberg und Wild, auch der zwischentatbestandliche Bereich häufig in der Vorstellung der Anbieter verschwimmen. Das liegt schon daran, dass die Kommunikationsdelikte (stark) überschneidende Tatbestände aufweisen, deren Trennung teilweise nur unter erheblichen Schwierigkeiten möglich ist.

bb) Anbietervorstellung und die Formel der h. M.: Kenntnis vom wesentlichen Unrechtsgehalt und der Angriffsrichtung

Schon wollte man nur die von der überwiegenden Auffassung und seit der Leitentscheidung im Wertgutachter-Fall[319] (fast[320]) ständige Rechtsprechung[321] postulierten Anforderungen an die Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes anlegen, dürfte äußerst fraglich sein, ob eine Begehungsstrafbarkeit der Anbieter in Betracht kommt, was letztlich den Gesetzgeber zur Schaffung des § 127 StGB bewegt hat.

[316] Vgl. dazu unten Kap. 5 B. III.

[317] Vgl. die Nachweise unten bei Kap. 5 B. III. 1. a).

[318] Zur Differenzierung näher unten Kap. 6 A. I. 2.

[319] BGH NJW 1996, 2517.

[320] Im Hinblick auf die Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes bei Tötungsdelikten lehnte der BGH im Fall „El Motassadeq“ die Dimensionsformel ab. Er erklärt allein die Umstände des gesetzlichen Tatbestandes zum notwendigen Gegenstand des Vorsatzes: BGH NJW 2007, 384, 389 f.; zust. *Kudlich*, JA 2007, 309, 311; *Kühl*, AT, § 20 Rn. 242; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, § 27 Rn. 105; *Murmann*, in: SSW-StGB, § 27 Rn. 11. Zum Teil wird aber daran gezweifelt, ob sich eine Anwendung auch auf wirtschaftsstrafrechtliche Kontexte, in denen eine Abschichtung von Unrechtsdimensionen verhältnismäßig einfacher fällt, übertragen lässt. So *M. Jahn*, JuS 2007, 382, 384.

[321] Vgl. erneut BGH NStZ 1990, 501; NJW 1997, 265, 266; BeckRS 2017, 145721, Rn. 33; NStZ 2019, 1818, 1821; NStZ-RR 2019, 249, 250; NJW 2023, 89, 91.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eindrucksvoll zeigt das auch die Entscheidung des BGH zum Cyberbunker-Fall, in der er mangels Kenntnis der Angeklagten vom wesentlichen Unrechtsgehalt und der Angriffsrichtung der über die Internetseiten (wiederum abgelegt auf den Servern der Angeklagten) begangenen Straftaten eine Gehilfenstrafbarkeit ablehnte.[322] Wenn also die wesentliche Unrechtsdimension und die Angriffsrichtung in der Vorstellung der Anbieter umrissen sein sollen, so ergeben sich schon deliktsspezifische Fragestellungen: Wie nämlich sollen sich bei den Kommunikationsdelikten eben jene Unrechtsdimensionen und Angriffsrichtungen abschichten lassen?

Bei den Delikten, bei denen diese Formel ihren Ursprung hat, nämlich den Eigentums- und Vermögensdelikten, lassen sich solche Unrechtsdimensionen entsprechend dem Ausmaß des Rechtsgutsschadens identifizieren. Dass ein Bagatelldiebstahl etwas deutlich anderes ist als ein Millionendiebstahl, drängt sich auf; das betroffene Rechtsgut lässt sich vortrefflich quantifizieren. Ein anderes ist etwa bei Tötungsdelikten und der Vergewaltigung zu beobachten, bei denen sich jenseits des zur Vollendung Notwendigen keine Abstufung machen lässt.[323]

Eine Einordnung der Kommunikationsdelikte in dieses Feld ist nicht offensichtlich: Hinsichtlich der Beleidigungsdelikte lassen sich innertatbestandliche Unrechtsdimensionen ggf. noch anhand des Verbreitungsgrades (innerhalb § 185 Hs. 2 Var. 1 StGB)[324] oder anhand der inhaltlichen Intensität (Beeinträchtigung der

[322] BGH MMR 2024, 175 Rn. 100 f. (Cyberbunker). Zweifelhaft ist jedenfalls der Verweis in a. a. O., Rn. 102, 105 auf die Schaffung des § 127 StGB durch den Gesetzgeber. Einmal vom Rückwirkungsverbot abgesehen (a. a. O., Rn. 102), erfüllen die Angeklagten auch nicht den Tatbestand des neuen Organisationsdelikts. In einer früheren Fassung des Gesetzgebungsprozesses sollte zwar neben dem Betrieb von Handelsplattformen gleichwertig auch der Betrieb von Server-Infrastrukturen stehen (BT-Drs. 19/28175, S. 7). Von einer eigenständigen Erfassung von Server-Providern wurde in einer späteren Fassung jedoch Abstand genommen und auf die Beihilfe zum Betrieb der Handelsplattform verwiesen (BT-Drs. 19/31108, S. 4). Es dürfte so auch hier bei einem zu unbestimmten Vorstellungsbild der Angeklagten bleiben. Denn auch eine Strafbarkeit gem. §§ 127 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB setzt nun für die Rechtsprechung konsequenterweise voraus, dass wesentlicher Unrechtsgehalt und Angriffsrichtung der Tat erkannt werden. Für Server-Provider, wie die Angeklagten, bleibt es aber dabei, dass sie regelmäßig keine Kenntnis von Inhalt und Gestaltung der Handelsplattformen aufweisen. Jetzt könnte man versucht sein einzuwenden, dass die Verwirklichung von § 127 StGB stets zu einer Verletzung des öffentlichen Friedens oder der Integrität des Online-Handels führt, die Angriffsrichtung also immer dieselbe ist, weil es um den Schutz von Kollektivrechtsgütern geht. Zum einen ist es aber vorzugswürdig, von einem (stark) vorgelagerten Schutz der durch die Einzeldelikte geschützten Rechtsgüter auszugehen (vgl. Kap. 5 D. II. 1.). Zum anderen dürften sich auch etwa entsprechend der Einzeldelikte verschiedene Unrechtsdimensionen unterscheiden lassen. Eine auf Auftragstötungen ausgerichtete Plattform (§ 127 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB) spielt in einer anderen „Unrechtsliga" als eine auf Markenrechtsverletzungen ausgerichtete Plattform (§ 127 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 k) StGB). Vgl. dazu schon *Nussbaum*, MMR 2024, 185, 186 f.

[323] *Roxin*, in: FS-Salger, S. 129, 132; so auch *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 122 f.; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 26 Rn. 46.

[324] Freilich gilt es zu beachten, dass nur die Vorstellungen hinsichtlich des Verbreitungsgrades innerhalb der öffentlichen Begehung i. S. d. der Qualifikation dem innertatbestandli-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ehre oder der Menschenwürde als Kernbereich der Ehre)[325] erahnen. Bei § 241 Abs. 1 StGB lässt sich ggf. nach den angedrohten Taten unterscheiden. Bei solchen Delikten, die nach h. M. die abstrakte Gefährdung des öffentlichen Friedens in den Blick nehmen, bleibt überaus fraglich, woran sich solche Dimensionen beschreiben lassen sollten. Zu denken wäre auch hier, bei einer starken Abhängigkeit der abstrakten Gefährlichkeit für den öffentlichen Frieden auf den Verbreitungsgrad[326] und bei den §§ 111, 126 und 140 StGB wieder auf die jeweils in Bezug genommene Tat abzustellen.

Auch wenn also die Kommunikationsdelikte einer Abschichtung von Unrechtsdimensionen grundsätzlich zugänglich sein mögen, kann das nicht über die Vagheit dieses Kriteriums hinwegtäuschen, die selbst bei Eigentums- oder Vermögensdelikten auszumachen ist. Ab welcher Schadenshöhe soll nämlich etwa eine neue Unrechtsdimension erreicht sein? In der Praxis werden sich kaum Fälle finden lassen, in denen der Gehilfe sowohl die Beihilfe zu einem Bagatell- als auch zu einem Millionendiebstahl für wahrscheinlich hält.[327]

Ob also die Mindestanforderungen an die Vorsatzbestimmtheit bei den Kommunikationsdelikten im Einzelfall bei den Anbietern erfüllt sind, scheint durchaus fraglich.[328] Will man aber nun noch höhere Anforderungen an den Alleintätervorsatz stellen – gar noch höhere als an den Anstiftervorsatz –, so scheint eine individuelle Zurechnung des durch die Kommunikationsdelikte verwirklichten Unrechts, will man die Beteiligungsformfrage mit der h. M. beantworten, kaum noch denkbar.

c) Kritik an der Differenzierung anhand der Beteiligungsform

Nach bisher Gesagtem scheint der Differenzierung zwischen Bestimmtheit des Teilnehmer- und Tätervorsatzes eine typisierende Normativierung des Faktischen zugrunde zu liegen: Die Gestaltungsmacht hinsichtlich der Tat, und damit einhergehend, das Vorstellungsbild bezüglich selbiger ist bei der Teilnahme typischerweise geringer als bei der Täterschaft, weshalb an sie geringere Anforderungen zu stellen sind. Ein solches Vorgehen bei der Bestimmung der Mindestanforderungen zeigt sich aber, wie gesehen, dort problematisch, wo eine teilnahmeäquivalente Entfernung des

---

chen Bereich angehören. Ist schon die Vorstellung unscharf hinsichtlich der Frage, ob überhaupt eine öffentliche Begehung vorliegt, so handelt es sich um einen zwischentatbestandlichen Bereich im für die Qualifikation typischen Stufenverhältnis.

[325] Hier ist bislang durch eine Qualifikation kein zwischentatbestandlicher Bereich im Stufenverhältnis durch den Gesetzgeber geschaffen worden, auch wenn ein solcher kriminalpolitisch wünschenswert ist. Vgl. dazu ausführlich *S. Beck/Nussbaum*, KriPoZ 2023, 218, 218 f.; *Großmann*, GA 2020, 548, 558 f.

[326] Dazu unten Kap. 6 B. IV. 4.

[327] *Satzger*, JURA 2008, 514, 519.

[328] So auch *Hoven*, ZWH 2018, 97, 102, die mit einer Übertragung der Grundsätze aus der Leitentscheidung BGH NJW 1996, 2517 eine hinreichende Vorsatzbestimmtheit bei Host-Providern regelmäßig ablehnt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Alleintäters von der Tat stattfindet. Zunehmend ist eine solche bei der technikvermittelten Tatbegehung zu beobachten. Die merkwürdig anmutende Straffreistellung wird dann unerträglich, wenn keine weiteren Gründe für eine beteiligungsformorientierte Differenzierung geliefert werden. Das führt auch das Schrifttum vereinzelt zu dem Befund, dass es sich dabei um ein allgemeines Vorsatzproblem handelt.[329]

Vor diesem Hintergrund soll die These für die weitere Untersuchung zur Vorsatzbestimmtheit lauten: Keine der Beteiligungsformen erfordert hinsichtlich des innertatbestandlichen Bereichs mehr als nur die Vorstellung des Tatbestandes. Es sollte für alle Beteiligungsformen grundsätzlich gelten, was Roxin[330] für die Beihilfe annimmt (2.). Sollte sich diese These unter Ansehung entgegenlaufender Betrachtungen fundieren lassen, so ergeben sich kaum noch prinzipielle Einwände gegen eine ausreichende Vorsatzbestimmtheit auf Seiten der Anbieter. Anschließend sollen hingegen die strengen Grenzen einer hinreichenden Vorsatzbestimmtheit im zwischentatbestandlichen Bereich abgesichert und ein praktischer Vorschlag im Umgang mit diesen erarbeitet werden (3.).

Die These lautet also kurz: Der Mindestvorstellungsgehalt ist beteiligungsformunabhängig *nur* (2.) und zeitgleich *streng* (3.) tatbestandsbezogen.

2. Innertatbestandlicher Bereich: Die bloße Tatbestandsbezogenheit als Gegenentwurf zur h. M.

Es wurde bislang gezeigt, dass die Vorsatzbestimmtheit der Anbieter wohl im Lichte der Anforderungen, die an einen Gehilfen gestellt werden, fraglich ist, bei darüber hinausgehenden Anforderungen aber kaum gegeben sein dürfte.[331] Die soeben aufgestellte These, dass alle bislang thematisierten Ansätze zu restriktiv sind und nichts weiter als die Tatbestandsbezogenheit des Vorsatzes zu fordern ist, stützt sich unmittelbar auf den Wortlaut des § 16 Abs. 1 StGB. Allein zu Umständen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, muss sich der Beteiligte eine Vorstellung machen. Nicht gemeint sind damit die tatbestandlich abstrakten Merkmale, sondern die ihnen unterfallenden Lebensumstände tatsächlicher Art.[332]

---

[329] *Herzberg*, JuS 1987, 617, 619; *Wolf*, JR 1992, 428, 429; *Wild*, JuS 1992, 911, 912 f.; *Schlehofer*, StV 1997, 411, 413; *Scheffler*, JuS 1997, 598, 599; *Büscher*, JuS 1998, 384; *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB, § 15 Rn. 45; *Warneke*, Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, S. 101.

[330] Vgl. erneut *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 136, 272; *Roxin*, in: FS-Salger, S. 129, 130 ff.; *Roxin*, JZ 1986, 908, 908 f.

[331] Anders liegt es freilich bei den Konstellationen des Freigabevorbehalts (dazu oben Kap. 4 B. III. 2. c)), bei denen Kenntnis hinsichtlich des konkreten Inhalts und damit zweifelsohne eine hinreichende Vorsatzkonkretisierung gegeben sein dürfte, selbst wenn die Breitenwirkung noch nicht sicher antizipiert sein kann.

[332] *Walter*, Kern des Strafrechts, S. 241; *Duttge*, in: Handbuch Strafrecht, § 35 Rn. 32; *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 99; *Warneke*, Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, S. 120, 172. Ein anderes würde auf das Erfordernis einer korrekten Gesetzessubsumtion hinauslaufen, was die Bedeutung des § 16 StGB zu Lasten des Anwendungsbereichs des § 17 StGB über

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass darüber hinausgehende Anforderungen der h. M. dysfunktional sind (a)), sich nicht aus den Strafzumessungsvorschriften ableiten lassen (b)) und sich Besonderheiten der Anstiftung nicht aus der Vorsatzdogmatik, sondern aus einer Spiegelung des objektiven Tatbestandes ergeben (c)).

a) Rechtsunsicherheit, dogmatische Verdunkelung und kriminalpolitische Einwände

Dass die Formel von der Unrechtsdimension und Angriffsrichtung ein reichlich vages Kriterium ist, wurde bereits anhand der Kommunikationsdelikte gezeigt.[333] Neben diesem Monitum der Vagheit lassen sich einerseits eine dogmatische und andererseits eine kriminalpolitisch kaum wünschenswerte Folge dieser Ansätze benennen:

Insbesondere die Formel von der Unrechtsdimension – der gegenüber noch weitreichenderen Anforderungen jedenfalls zugutezuhalten ist, dass sie von vornherein unrechtsindifferente Umstände wie Tatzeit, Tatort und Identität des Opfers ausklammert – droht die Mindestanforderung der Tatbestandsbezogenheit nicht nur zu ergänzen, sondern sie zu substituieren.[334] So stellt Murmann im Zusammenhang der Haupttatbestimmtheit in der Anstiftung in Frage, „ob die Orientierung an Tatbeständen ausgehend von der Maßgeblichkeit der wesentlichen Unrechtsdimensionen in allen Fällen sachgerecht ist."[335] Es folgen Beispiele von Raub/räuberischer Erpressung und Trickdiebstahl/Betrug, bei denen die Tatausführung eine identische Unrechtsdimension und Angriffsrichtung aufweist.[336] Es zeigt sich hier eine Verbindung der Anforderungen im innertatbestandlichen mit denen im zwischentatbestandlichen Bereich. Daher läuft die Anerkennung der Dimensions-Formen Gefahr, die Verteidigung einer strengen Tatbestandsbezogenheit (dazu 3.) zu unterminieren.

Aus kriminalpolitischer Perspektive drohen zudem kaum wünschenswerte Strafbarkeitslücken, die sich vom Beteiligten zu Nutze gemacht werden könnten, wenn im Einzelfalle entsprechende Lebenskonkreta für „wesentlich" gehalten werden. Herzberg prophezeit „[s]chöne Zeiten dem Gehilfen", wenn dieser den Täter bitte, Einzelheiten des Diebstahls erst im Nachhinein zu schildern.[337] Jene Besorgnis ließe sich eben auch hinsichtlich der Anbieter äußern, die sich die technisch bedingte

Gebühr erweitern würde. Vgl. *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 27 Rn. 65. Ein anderes lässt sich auch nicht aus dem Wortlaut der §§ 26 f. StGB und dem Bezug auf die „Tat" erkennen. Wollte man über eine Vorstellung des gesetzlichen Tatbestandes hinausgehendes fordern, so drohte man an die Stelle des materiellen Tatbegriffs aus § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB einen prozessualen Tatbegriff i. S. v. § 264 StPO zu setzen. Vgl. dazu *Wolf*, JR 1992, 428, 429; so auch *Warneke*, Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, S. 149.

[333] Vgl. Kap. 5 B. II. 1. b) bb).

[334] So auch *Kreuzberg*, Täterschaft und Teilnahme, S. 604.

[335] *Murmann*, in: Handbuch Strafrecht, § 53 Rn. 76.

[336] Ebenda.

[337] *Herzberg*, JuS 1987, 617, 618.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Distanzierung zu strafrechtswidrigen Inhalten zunutze machen.[338] Ihr könnte freilich begegnet werden, indem man annimmt, dass derjenige, der eine geringere Gestaltungsmacht über die Tat aufweist, eben auch weniger konkrete Vorstellung von ihr haben muss. Es ist die Überlegung, die schon der fehlgeleiteten, nach Beteiligungsformen differenzierenden Typisierung folgt.[339] Sie vermeidet zwar mit absoluter Sicherheit Strafbarkeitslücken, wird aber, soweit sie ohne jede Typisierung bleibt, zu folgender (kaum dogmatischer) Regel: „Wer im Einzelfall wenig Vorstellung von der Tat haben kann, braucht auch keine zu haben, um einen Vorsatz bejahen zu können."

Damit ist der (dogmatische und kriminalpolitische) Preis ermittelt, der mit zusätzlichen Anforderungen im innertatbestandlichen Bereich einhergeht.

b) Keine Begründung über die Strafzumessung

Nun soll gezeigt werden, dass diesen Preis zu zahlen nicht durch die Bedeutung der Vorsatzkonkretisierung für den Bereich der Strafzumessung im Allgemeinen (aa)) und auch nicht für den Anstifter im Besonderen (bb)) gerechtfertigt ist.

aa) Vorsatz hinsichtlich der Unrechtsdimension als Strafzumessungsgegenstand

Schlehofer, der – wie hier vorgeschlagen – eine von der Beteiligungsform unabhängige Bestimmung des Mindestinhalts der Beteiligtenvorstellung verfolgt, will die Dimensions-Formel mit ihrer Strafzumessungsrelevanz begründen. Wie auch diese Untersuchung geht er im Ausgangspunkt von § 16 Abs. 1 StGB und der Frage aus, welche die Umstände sind, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Sodann will er aber mit Blick auf die Strafzumessungsvorschrift des § 46 StGB begründen, dass die Unrechtsdimension bei der Anwendung einen gesetzlichen Tatumstand darstellen kann.[340]

Drei Argumente werden von Schlehofer vorgebracht: *Erstens* würden die Tatbestände mit absoluter Strafandrohung (§ 211 StGB) zu einer tatbestandlichen Konkretisierung der Verwerflichkeit aufgrund des verfassungsrechtlichen Über-

[338] Die Ausführungen von *Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte, S. 244 demonstrieren die Gefahren von Strafbarkeitslücken im Internet dabei anschaulich. So will sie die ins Internet öffentlich gestellte Anleitung zur Fälschung von Telefon- und Kreditkarten mangels hinreichender Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes nicht über § 27 StGB bestrafen, weil „[m]an […] aus diesem abstrakten Wissen keinen Gehilfenvorsatz hinsichtlich einer strafbaren Teilnahme an einer ‚irgendwann von irgendwem' zu begehenden Haupttat herleiten [kann]." Gerade wenn Tatzeit und Person des Haupttäters als wesentliche und für die Vorsatzkonkretisierung daher entscheidende Lebenskonkreta gewertet werden, dürfte die subjektive Zurechnung bei Anbietern nachgelagerter Ordnung kaum je zu bejahen sein.

[339] Vgl. dazu oben Kap. 5 B. II. 1. c).

[340] *Schlehofer*, StV 1997, 411, 413 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

maßverbots zwingen; eine Lösung auf Rechtsfolgenseite sei nicht zu erreichen.[341] Da aber eine Restriktion auf Tatbestandsebene in stärkeren Konflikt mit Art. 103 Abs. 2 GG gerät als die Rechtsfolgenseite, welcher mit § 46 StGB Verwerflichkeitsprüfungen ohnehin nicht fremd sind, ist eine Gesamtkorrektur auf Rechtsfolgenseite vorzugswürdig.[342] Die Prämisse von Schlehofers erstem Arguments entfällt damit.[343]

Zweitens sei § 46 Abs. 2 S. 2 StGB mit den „verschuldeten Auswirkungen der Tat" mit einem Merkmal versehen, das eine Berücksichtigung der Unrechtsdimension schon auf Tatbestandsebene als Bezugspunkt des Vorsatzes notwendig mache.[344] Nimmt man mit der überwiegenden Auffassung an, dass der Verschuldensbegriff bei § 46 StGB auch die Fahrlässigkeitsschuld umfasst,[345] so zeigt die Vorschrift sogar eindrücklich die Unabhängigkeit von Strafbegründungs- und Strafzumessungsschuld.[346] Fordert man hingegen mit Schlehofer, dass ein engerer Verschuldensbegriff angelegt wird und sich der Vorsatz auch auf die Auswirkungen der Tat beziehen müsse, ergibt sich auch daraus nicht, dass die unrechtskonkretisierenden Umstände schon auf Tatbestandsebene zum Vorsatzgegenstand werden. Vielmehr gilt es, den unterschiedlichen Charakter der Rechtsanwendung auf Tatbestands- und Strafzumessungsebene zu berücksichtigen: Während die Tatbestandsebene im besonderen Maße Bestimmtheit und Gleichförmigkeit für sich beansprucht, sucht die Strafzumessung die Schuldangemessenheit der Strafe im Einzelfall.[347]

Drittens spreche für seine Ansicht, dass sich das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB nicht anders als durch die Berücksichtigung unrechtskonkretisierender Umstände auf Tatbestandsseite erklären lasse.[348] Dem wird von Theile zweierlei entgegengehalten: Zum einen sei der Bereich dessen, was in der Strafzumessung durch das Gericht überhaupt noch berücksichtigt werden können nicht mehr erkennbar, wenn die unrechtskonkretisierenden Umstände allesamt der Tatbestandsebene zugeordnet würden.[349] Hier könnte man Schlehofer noch zur Seite treten und entgegenhalten, dass zumindest noch alle Umstände der gerichtlichen Würdigung auf Strafzumessungsebene vorbehalten wären, die im Einzelfall keine Graduierung des tatbestandlich umrissenen Unrechts bleiben. Zum anderen aber – und damit scheint der Kern getroffen zu sein – dürfte Schlehofer den auch ansonsten verbliebenen Sinn des § 46 Abs. 3 StGB unerwähnt lassen. Das Doppelverwertungsverbot ordnet eine Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Gericht in der

[341] *Schlehofer*, StV 1997, 411, 413.

[342] Vgl. nur *Rengier*, NStZ 1982, 225, 226.

[343] Dass aus diesem Argument nicht zwingend Folgerungen für Delikte mit relativer Strafandrohung zu ziehen sind, sieht auch *Schlehofer*, StV 1997, 411, 413 selbst.

[344] *Schlehofer*, StV 1997, 411, 414.

[345] BGH NJW 2007, 384, 389; vgl. *Streng*, in: NK-StGB, § 46 Rn. 60 m. w. N.

[346] BGH NJW 2007, 384, 389; vgl. auch *Altenhain*, Exzess, S. 60.

[347] *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 128.

[348] *Schlehofer*, StV 1997, 411, 414.

[349] *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 126.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Form an, dass gesetzgeberische Erwägungen zur Strafrahmenwahl nicht in die individuelle Strafzumessung (erneut) einfließen dürfen.[350]

bb) Anstiftungsspezifische Begründung i. R. d. Strafzumessung

Damit ist zwar eine generelle Begründung der zusätzlichen Anforderungen aus Strafzumessungsgesichtspunkten abgelehnt. Gleichwohl ließe sich in diesem Zusammenhang erneut an eine Verschränkung mit der Beteiligungsform denken. Es lohnt sich ein Blick auf Roxins Begründung der Dimensions-Formel für die Anstiftung: Es würden der Strafzumessung entscheidende Anhaltspunkte fehlen, wenn die wesentliche Unrechtsdimension nicht Teil der Anstiftervorstellung wäre.[351] Damit ist die Akzessorietät des Rechtsgutsangriffs des Teilnehmers angesprochen, weshalb nicht klar wird, warum die Beihilfe nicht in gleichem Maße betroffen sein soll. Roxin will das mit der obligatorischen Strafrahmensenkung des § 27 Abs. 2 S. 2 StGB erklären, der ausreichend Raum für Strafreduktionen einräume.[352] Damit werden aber zwei die Strafzumessung betreffenden Aspekte konfundiert, da § 27 Abs. 2 S. 2 StGB allein Ausdruck des geringeren Unwertes der Beihilfe generell ist, nicht aber eine geringere Abhängigkeit von der Haupttat zu entnehmen ist.[353] Plastisch macht das auch ein Vergleich mit den §§ 211 ff. StGB: Für § 211 StGB wird auch nicht aufgrund des relativ höheren Strafrahmens behauptet, es seien spiegelbildlich höhere Anforderungen an die Vorsatzbestimmtheit zu stellen als bei § 212 StGB.[354]

Damit ist aber noch nicht geklärt, warum hinsichtlich der Teilnahme nicht vielleicht doch beteiligungsformabhängig ein mehr an Vorsatzkonkretisierung als bei der Täterschaft – gegenläufig etwa zu der Annahme von Noll und Woltmann[355] – zu fordern ist. Eine solche Erklärung müsste das Akzessorietätsprinzip für sich sprechen lassen.[356] Der Zweck des Prinzips ist es, die Wirkung des Bestimmtheitsgrundsatzes auch den strafbarkeitsausdehnenden §§ 26 f. StGB zukommen zu lassen. Für den Teilnehmer ist der gleiche Strafrahmen wie für den Täter anzuwenden, sodass das Prinzip für den zwischentatbestandlichen Bereich Relevanz erlangt. Keine Aussage

[350] *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 126 f.; vgl. auch *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, § 46 Rn. 45 ff.; vgl. i. E. auch *Warneke*, Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, S. 22.

[351] *Roxin*, JZ 1986, 908.

[352] *Roxin*, in: FS-Salger, S. 129, 136; *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 273.

[353] *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, § 27 Rn. 103; vgl. auch *Hoyer*, in: SK-StGB, Vor §§ 26 ff. Rn. 47; *Schlehofer*, StV 1997, 411, 415; *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 136; *Warneke*, Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, S. 113 Fn. 11, S. 117.

[354] *Schlehofer*, StV 1997, 411, 415; ferner *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 135.

[355] Vgl. dazu oben Kap. 5 B. II. 1. a).

[356] So ausdrücklich *Dreher*, in: FS-Gallas, S. 307, 320.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

trifft es aber zur Strafzumessung innerhalb dieses Rahmens, also den innertatbestandlichen Bereich.[357]

Daher lassen sich auch keine beteiligungsformspezifischen Strafzumessungsgesichtspunkte für die Dimensions-Formel finden.

c) (Scheinbare) Ausnahme: Die Anstiftung

Es ist auf einen weiteren Einwand gegen die hier vertretene, von der Beteiligungsform zunächst einmal unabhängige „Radikallösung"[358], zurückzukommen. Er liegt (erneut) in der von der überwiegenden Auffassung vorgenommenen Differenzierung der Bestimmtheitsanforderungen von Anstifter- und Gehilfenvorsatz. Der Grund für die Abschichtung findet nämlich einen durchaus berechtigten Kern in der unterschiedlichen Beziehung zum Haupttätervorsatz: Während der Anstifter die Tat skizzieren und sie daher in groben Zügen kennen muss, um den Tatentschluss hervorzurufen, findet der Gehilfe diesen Tatentschluss und die Skizze der geplanten Tat regelmäßig bereits vor.[359] Das Unrecht der Beihilfe besteht eben nicht in der Hervorrufung eines Tatentschlusses.[360]

Es handelt sich dabei um eine Differenzierung, deren Verortung erst auf Ebene der subjektiven Zurechnung zweifelhaft ist.[361] Dafür seien drei Gründe genannt: *Erstens*

---

[357] Vgl. *Herzberg*, JuS 1987, 617, 619; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, S. 39; *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 186 ff.; *Warneke*, Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, S. 41.

[358] *Loos*, JR 1997, 297, 299.

[359] *Roxin*, in: FS-Salger, S. 129, 136; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 27 Rn. 65; *Kretschmer*, JURA 2008, 265, 268; *Satzger*, JURA 2008, 514, 520; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 27 Rn. 29; *Murmann*, in: SSW-StGB, § 27 Rn. 11.

[360] Vgl. *Altenhain*, Exzess, S. 168 f. Ohne die Beteiligungsformfrage vorwegzunehmen, lassen sich schon an dieser Stelle Zweifel hinsichtlich der Einordnung der Angebote in dieses Regelschema äußern. Im Zusammenspiel von kriminell ausgerichtetem Angebot und der Begehung von Kommunikationsdelikten lässt sich nicht mit Klarheit davon sprechen, dass der Anbieter (als Gehilfe) den Tatentschluss vorfindet. Zum einen nicht, weil der Anbieter den Gehilfenbeitrag in Ansehung des bereits bestehenden Tatentschlusses aufgrund des automatisierten Betriebes erbringt; darin liegt erst der Ausgangspunkt unseres Bestimmtheitsproblems. Zum anderen, weil der Content-Provider selten seinen Tatentschluss ohne Ansehung des Angebots bilden wird, insbesondere wenn er sich durch die organisatorische Rahmung und gelebte Kommunikationspraxis innerhalb eines Angebots zweiter Ordnung oder durch die Ausgangskommunikation eines Angebots dritter Ordnung zur Begehung eines Kommunikationsdelikts veranlasst sieht. Darin besteht letztlich die Nähe zur Anstiftung bzw. öffentlichen Aufforderung zu Straftaten (§ 111 StGB), auf die noch weiter einzugehen sein wird. Vgl. dazu unten Kap. 5 B. III. 1. d); vgl. schon hier die parallele Behandlung von Abweichungskonstellationen von psychischer Beihilfe und Anstiftung bei *Altenhain*, Exzess, S. 177 ff.

[361] So auch *Murmann*, in: Handbuch Strafrecht, § 53 Rn. 74; *Kretschmer*, JURA 2008, 265, 268; *Kühl*, AT, § 20 Rn. 188; *Heger*, in: L/K/H, § 26 Rn. 5; *Weßlau*, ZStW 1992, 105, 128; *Ar. Koch/Wirth*, JuS 2010, 203, 205 f.; *Frister*, AT, § 28 Rn. 24; *Puppe*, AT, § 25 Rn. 2; *D. Sternberg-Lieben/I. Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 884, 887; *Schulte/Kanz*, ZJS 2013, 24, 25 Fn. 8; *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 134; ablehnend *Satzger*, JURA 2008, 514, 518; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, S. 73 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lässt sich die Haupttatkonkretisierung in einen Zusammenhang mit der Gefahr der Aufforderungsbefolgung bringen. Erst wenn die Gefahr der Aufforderungsbefolgung eine bestimmte Qualität erreicht hat, lässt sich im Hinblick auf Strafwürdigkeitsgesichtspunkte von einem Bestimmen bzw. auf Ebene der objektiven Zurechnung davon sprechen, dass sich das durch die kommunikative Einwirkung gesetzte Risiko verwirklicht.[362] Dabei handelt es sich bei dem Konkretisierungsgrad der Haupttat nicht um den einzigen Faktor, der die Gefahr einer Aufforderungsbefolgung auslöst; es ist vielmehr im Einzelfall eine relationierende Betrachtung vorzunehmen. Durchaus ausreichend kann eine der Gattung nach bestimmte Tat sein, wie etwa die Aufforderung eines Ausländerfeindes an einen brutalen Schläger, beliebige, als Ausländer identifizierte Personen zu verprügeln.[363]

Dass es sich um ein objektives Tatbestandsmerkmal handeln muss, wird *zweitens* dadurch deutlich, dass man ansonsten eine Anstiftung bejahen müsste, wenn sich der Anstifter die Haupttat sehr konkret vorstellt, den Aufforderungsinhalt aber deutlich vage lässt.[364] Zu Recht kritisiert Weßlau eine Verortung als Problem der Vorsatzbestimmtheit daher als eine Umdeutung in ein Delikt mit überschießender Innentendenz.[365]

Drittens ließe sich nicht recht erklären, warum eine Verschiebung in den subjektiven Tatbestand bei § 26 StGB sinnvoll ist, bei § 111 StGB jedoch nicht vorgeschlagen wird.[366]

Wenn man mit diesen Gründen das Bestimmtheitsproblem schon auf objektiver Tatbestandsseite verortet, so sind die Anforderungen an die Vorsatzbestimmtheit nur noch eine Spiegelung des objektiven Tatbestandes, nicht aber eine Abweichung von der allgemeinen Vorsatzlehre. Denn es geht hier nicht mehr um den Haupttatvorsatz, sondern um den Vorsatz bezüglich der Anstiftungshandlung.

d) Friktionen mit der Exzess- und Irrtumsdogmatik

Es lässt sich nun die Frage stellen, ob die hier vertretene Radikallösung und der Verzicht auf die Vorstellung von Lebenskonkreta mit der Exzess- und Irrtumsdogmatik vereinbar sind. Sowohl der Exzess des Haupttäters als auch der Irrtum stellen Abweichungskonstellationen dar. Dass zwischen den Mindestanforderungen an die Vorsatzbestimmtheit und der Frage, ab wann eine Abweichung vom Vorgestellten

[362] Vgl. *Heger*, in: L/K/H, § 26 Rn. 5. Daneben kann etwa die Beziehung des Anstifters zum zu Bestimmenden relevant sein, *Herzberg*, JuS 1987, 617, 621; *Murmann*, in: Handbuch Strafrecht, § 53 Rn. 82 f.

[363] Beispiel nach *Herzberg*, JuS 1987, 617, 618; vgl. auch *Murmann*, in: Handbuch Strafrecht, § 53 Rn. 80; *Kreuzberg*, Täterschaft und Teilnahme, S. 571; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, S. 226.

[364] Vgl. *Kreuzberg*, Täterschaft und Teilnahme, S. 571; *Weßlau*, ZStW 1992, 105, 128.

[365] *Weßlau*, ZStW 1992, 105, 128.

[366] *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 135.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zum Tatsächlichen die subjektive Zurechnung unterbricht, ein Zusammenhang besteht, wird auch in der Literatur angenommen und aus beiden Richtungen formuliert: Wo ein bestimmter Vorstellungsinhalt nicht notwendiger Teil des Vorsatzes ist, kann eine Abweichung die Zurechnung zum Vorsatz nicht unterbrechen.[367] Andersherum: Bezüglich solcher Abweichungen vom Vorstellungsbild, die nur unwesentlich sind und die Zurechnung zum Vorsatz nicht unterbrechen, können erst gar keine Konkretisierung verlangt werden.[368]

aa) Irrtumsdogmatik

Folgt man der so formulierten Zusammenhangsthese, so erklärt sich zunächst einmal, warum der error in persona vel obiecto von der nahezu einhelligen Auffassung für unbeachtlich gehalten wird. Die Begründung erfolgt zumeist über § 16 Abs. 1 StGB und den Hinweis, dass die Identität des Opfers kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal sei; zentral sei die Gleichwertigkeit der Tatobjekte.[369] Ungleich schwieriger wird die Relationierung der aberratio ictus zur hier verfolgten Lösung. Die herrschende Auffassung will eine Unterbrechung der subjektiven Zurechnung annehmen, wenn es zu einer sinnlichen Konkretisierung des Tatobjekts kommt, aber der Taterfolg tatsächlich an einem anderen Objekt eintritt, und zwar unabhängig von der Gleichwertigkeit der Tatobjekte. Es bleiben etwaige Fahrlässigkeits- und Versuchsstrafbarkeiten (ggf. in Tateinheit).[370] Auch für (sonstige) Irrtümer über den Kausalverlauf, die nur dann beachtlich sein sollen, wenn es sich um eine wesentliche Abweichung handelt[371], ergeben sich mögliche Friktionen mit der hier vorgeschlagenen Radikallösung.

Tatsächlich lässt sich von der Mindestanforderung ausgehend die Frage stellen, ob an der Beachtlichkeit der aberratio ictus[372] und den Kausalitätsirrtümern[373] festzu-

---

[367] So bereits Altenhain auf der ersten Seite seiner monografischen Abhandlung: *Altenhain*, Exzess, S. 11 sowie Fn. 224; *Heuchemer*, in: FS-von Heintschel-Heinegg, S. 189, 197; zur Exzessgrenze der Anstiftung *Dreher*, in: FS-Gallas, S. 307, 320; zust. *Rogall*, GA 1979, 11, 15.

[368] *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, S. 207; einen engen Zusammenhang entdeckend *Warneke*, Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, S. 170 f. (vgl. jedoch auch a. a. O., S. 46, 147, wo eine strikte Trennung der Fragen gefordert wird); *Satzger*, JURA 2008, 514, 522; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 26 Rn. 85.

[369] Vgl. statt aller *Heger*, in: L/K/H, § 15 Rn. 13.

[370] *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, § 16 Rn. 29.

[371] Statt vieler *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, § 16 Rn. 9; näher *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, § 16 Rn. 27 ff.

[372] Vgl. etwa *Puppe*, GA 1981, 1, 2, 20; *Heuchemer*, in: FS-von Heintschel-Heinegg, S. 189, 197.

[373] Vgl. auch *Altenhain*, Exzess, S. 73; zum Zusammenhang von der Figur des Gattungsvorsatzes bei der aberratio ictus und den Folgen für jeden Kausalverlaufsirrtum *Hsu*, Irrtum, S. 83.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

halten ist. Eine entsprechend umfangreiche Diskussion würde allerdings den Rahmen der Untersuchung sprengen.

Die ausführlicher argumentierenden Stimmen der überwiegenden Auffassung verhalten sich eben auch zum hiesigen Spannungsfeld und greifen die Zusammenhangsthese an. So wird etwa argumentiert, dass die Möglichkeit eines Gattungsvorsatzes durchaus bestehen könne und so die Mindestanforderungen an den Vorsatz erfüllt wären, zeitgleich eine beachtliche Konkretisierung des Vorsatzes möglich sei.[374] Aus der Irrtumsdogmatik lassen sich daher, selbst wenn man etwa bei der Behandlung der aberratio ictus der überwiegend vertretenen Versuchslösung folgt, keine zwingenden Einwände gegen die Radikallösung hinsichtlich der Vorsatzbestimmtheit im innertatbestandlichen Bereich formulieren.

bb) Exzessdogmatik

Auch hinsichtlich des Exzesses des Haupttäters für den Teilnehmer ergeben sich dem Anschein nach Konflikte. Ein solcher sei bei Verzicht auf die innertatbestandliche Konkretisierung der Teilnehmervorstellung von der Haupttat eben nicht mehr möglich; die Exzessgrenze sei nicht mehr erkennbar.[375] Bei diesem von Dreher geäußerten Bedenken handelt es sich letztlich um eine Beantwortung der Frage nach der Mindestbestimmtheit, ausgehend von der Exzessdogmatik.[376] Das spiegelt sich im Ergebnis auch in der Auffassung der h. M. zum Exzess, dass Abweichungen erst bei Wesentlichkeit beachtlich werden, wieder.[377] Der Zusammenhangsthese wäre damit Genüge getan, sollen doch – in unterschiedlichen Schattierungen – wesentliche Bezüge der Tat im Vorstellungsbild des Teilnehmers anzutreffen sein. Brüchig wird der Zusammenhang freilich dort, wo in Abweichungskonstellationen auf die Abschichtung von Bestimmtheitsanforderungen hinsichtlich der Teilnahmeform verzichtet wird.[378]

Doch tatsächlich ist hier zwischen Anstiftung und Beihilfe zu unterscheiden, wobei der Verweis auf den objektiven Tatbestand der Anstiftung[379] den Weg vorzeichnet: Abweichungen von den Tatmodalitäten sind dem Anstifter nur dann objektiv noch zuzurechnen, wenn die verwirklichte Tat auf das durch die kommunikative Beeinflussung des Anstifters geschaffene Risiko zurückgeht. Das ist bei

---

[374] *Hsu*, Irrtum S. 83 in Erwiderung auf *Rohnfelder*, Diskongruenz, S. 114, 119; vgl. auch *Wild*, JuS 1992, 911, 913; *Schroeder*, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 16 Rn. 4.

[375] *Dreher*, in: FS-Gallas, S. 307, 320; zust. *Rogall*, GA 1979, 11, 15.

[376] Ebenda.

[377] Stellvertretend *Hoyer*, in: SK-StGB, § 26 Rn. 29.

[378] Dazu *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vor § 25 Rn. 39; vgl. auch für die Gleichsetzung mit den Grundsätzen der Mittäterschaft etwa den Verweis bei BGH NJW 1987, 77, 78 sowie der Verweis bei *Heger*, in: L/K/H, § 26 Rn. 7 auf § 25 Rn. 17.

[379] Dazu oben Kap. 5 B. II. 2. c).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unbewussten Abweichungen regelmäßig der Fall.[380] Anders dürfte es häufig liegen, wenn es sich um eine bewusste Abweichung von der vom Anstifter beschriebenen Tat handelt. Zwar dürfte dort nicht jede Abweichung von der konkretisierten Tat eine Unterbrechung der subjektiven Zurechnung zum Anstiftervorsatz rechtfertigen, würde das doch dem Anstifter schon die Möglichkeit geben, durch lebensfremde Konkretisierungen der Tat eine Bestrafung zu vermeiden.[381] Gleichwohl dürfte hier – mehr als bei den unbewussten Abweichungen – Zurückhaltung geboten sein, die Tat auf das Bestimmen des Anstifters zurückzuführen.[382]

Für den Gehilfen gilt grundsätzlich anderes: Die objektive Gefahrschaffung in Form der Förderung der Haupttat bleibt im höheren Ausmaß blind für die Lebenskonkreta der Tat.[383] Daher lässt sich auch aus der Exzessdogmatik, will man einen engen Zusammenhang zwischen Mindestanforderung an die Vorsatzbestimmtheit und Exzessgrenze erkennen, die hier vertretene Radikallösung nicht ablehnen.

3. Zwischentatbestandlicher Bereich: Die strenge Tatbestandsbezogenheit

Es ist nun auf die zweite Hälfte der Ausgangsthese zurückzukommen: Der Vorsatz ist nicht bloß *nur*, sondern auch *streng* tatbestandsbezogen. Das Vorstellungsbild des Beteiligten muss sich mindestens auf einen gesetzlichen Tatbestand beziehen. Bestehen Unschärfen in diesem zwischentatbestandlichen Bereich, kann daran die subjektive Zurechnung scheitern. Auch hier kann keine Differenzierung nach der Beteiligungsform überzeugen. Insbesondere würde ein Verweis auf die ‚nachträgliche Beihilfe' der §§ 257 f. StGB und deren generelle Bezugnahme einer „rechtswidrigen Tat" statt eines bestimmten Straftatbestandes nicht besonders weit tragen. Schließlich sehen die Anschlussdelikte einen eigenen Strafrahmen vor, während der § 27 StGB dem Akzessorietätsprinzip folgt.[384] Während dies im innertatbestandlichen Bereich keine differenzierende Lösung begründen konnte[385], lässt es sich hier sehr wohl gegen einen Vergleich mit den Anschlussdelikten anführen.

Diese strenge Tatbestandsbezogenheit des Vorsatzes kann dabei durchaus kriminalpolitische Störgefühle auslösen. Das gilt insbesondere dort, wo zugunsten einer verstärkten Bestimmtheit der gesetzlichen Tatbestände eine immer feinere Auf-

[380] *Altenhain*, Exzess, S. 139 ff., der jedoch das Bestimmen i. S. v. § 26 StGB als Schluss eines Unrechtspaktes versteht. Aus dem Plus gegenüber der hier zugrunde gelegten Anforderung der kommunikativen Beeinflussung ergibt sich jedoch nichts Besonderes.

[381] *Altenhain*, Exzess, S. 143.

[382] Näher *Altenhain*, Exzess, S. 144 ff.

[383] *Altenhain*, Exzess, S. 168 f., wobei der Hinweis a. a. O., S. 177 relevant ist, dass sich die psychische Beihilfe der Behandlung der Anstiftung unter bestimmten Umständen annähert.

[384] Vgl. auch *Roxin*, in: FS-Salger, S. 129, 136; *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 273.

[385] Vgl. dazu oben Kap. 5 B. II. 2. b) bb).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gliederung von Tatbeständen mit ähnlichem Schutzkonzept vorgenommen wird.[386] Typischerweise wird das im Bereich des Vermögensstrafrechts an Beispielen wie dem Raub und der räuberischen Erpressung oder dem Trickdiebstahl und dem Betrug verdeutlicht. Aber auch die hier besonders interessierenden Kommunikationsdelikte bieten gute Exemplifizierungen: Sie schützen in unterschiedlichsten tatbestandlichen Ausprägungen die individuelle Ehre, die Menschenwürde, den individuellen Rechtsfrieden und (nach h. M.) den öffentlichen Rechtsfrieden bzw., wenn man letzterer Rechtsgutskonzeption kritisch gegenübersteht, vorverlagert Individualrechtsgüter wie Leben, Leib und Freiheit. Ob nun ein strafrechtswidriger Inhalt im Einzelfall eine Volksverhetzung (§ 130 StGB), eine öffentliche Aufforderung (§ 111 StGB) oder Billigung (§ 140 StGB) von Straftaten ist, entscheiden mitunter sprachliche Feinheiten. Ist das Vorstellungsbild des Anbieters hinsichtlich solcher Feinheiten aber unscharf, ist es für ihn etwa „die Hauptsache, dass es gegen Ausländer geht" oder „andere Nutzer gegen Ausländer aufgebracht werden", so gerät eine subjektive Zurechnung der Verbreitung (i. w. S.) strafrechtswidriger Inhalte in Konflikt mit der strengen Tatbestandsbezogenheit.

a) Unscharfe, aber tatbestandlich konkretisierte Vorstellungen: Lösung via dolus alternativus

Einer Lösung für etwaige Unschärfen im zwischentatbestandlichen Bereich könnte aber mit der Figur des dolus alternativus gefunden sein.[387] Wenn also ein Beteiligter die Verwirklichung mehrerer Taten in seine Vorstellung aufnimmt, aber nur die Verwirklichung eines Tatbestandes bzw. Erfolges nach der Beteiligtenvorstellung möglich ist, so lässt sich von einem Alternativvorsatz sprechen.[388] Die mit seiner Anwendung verbundene Streitfrage, wie eine konkurrenzrechtliche Bewertung auszusehen hat, also ob neben die Vollendungsstrafbarkeit tateinheitlich die nicht verwirklichten Versuchsstrafbarkeiten treten[389], dürfte im Kontext der Kommunikationsdelikte begrenzte Bedeutung erlangen, weil ihr Versuch – mit Ausnahme des § 130 Abs. 7 StGB[390] – nicht strafbar ist.[391] Unabhängig davon lässt sich jedoch

[386] *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, 10. Aufl., § 10 Rn. 36; bereits *Baumann*, AT, 5. Aufl., Rn. 579; ebenso *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, S. 94; *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 100.

[387] So auch *Altenhain*, Exzess, S. 35; *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 97; *Greco*, ZIS 2019, 435, 446; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 161 f.; *Schild/Kretschmer*, in: NK-StGB, § 27 Rn. 18.

[388] *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, § 15 Rn. 28.

[389] Dazu BGH NJW 2021, 795, 796: Jedenfalls bei Betroffenheit verschiedener Rechtsgutsträger Bejahung der Idealkonkurrenz und Berücksichtigung des gegenüber dem Kumulativvorsatz verringerten Handlungsunrecht in der Strafzumessung. Zust. *Grünewald*, JZ 2021, 635 ff.; zu Recht krit. *Mitsch*, NJW 2021, 798 f.

[390] Der § 111 Abs. 2 StGB, der Ähnlichkeiten zu § 30 StGB aufweist, setzt gerade eine vollendete (aber erfolglose) Aufforderung voraus und konzentriert sich damit auf Konstellationen des beendeten Versuchs (vgl. nur *Bosch*, in: MüKo-StGB, § 111 Rn. 26).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Frage stellen, ob die Fälle des Betriebs eines kriminell ausgerichteten Angebots tatsächlich der Konstellation des Alternativvorsatzes entsprechen. Schließlich steht die Verwirklichung verschiedener Delikte gerade nicht im, den dolus alternativus kennzeichnenden, Exklusivitätsverhältnis, wenn über das Angebot mehrere Inhalte verbreitet werden können. Entscheidend kommt es daher darauf an, ob der dem Betrieb zugrundeliegende Vorsatz einheitlich betrachtet wird, sodass eher die Konstellation des dolus cumulativus vorliegt, oder ob – und das dürfte vorzugswürdig sein – die Betrachtung des Vorstellungsbildes eben vom subjektiv zuzurechnenden, verbreiteten Inhalt vorzunehmen ist.

Mit der Figur des dolus alternativus sieht Warneke das Problem der zwischentatbestandlichen Unschärfe nicht gelöst.[392] Er hält es für die Bejahung des Vorsatzes für notwendig, kumulativ auf die Wahlfeststellungsgrundsätze zurückzugreifen und fordert, dass eine rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit der in die Vorstellung aufgenommenen Delikte feststellbar ist.[393] Eine solche weitere Einschränkung ist aber nicht nur dem dolus alternativus fremd. Sie führt auch zu einer Privilegierung derjenigen Anbieter, die ihr Angebot auf die Begehung verschiedenster Delikte hin ausrichten. Konstruiert man etwa den Fall, dass ein Gruppenbetreiber die Mitglieder wissen lässt, dass nicht nur „ganz frei auch gegen die ‚Corona-Regierung' gehetzt werden, sondern auch der freie Handel von Waffen unter Liebhabern innerhalb der Gruppe stattfinden darf", so müsste mit Warneke eine hinreichende Vorsatzbestimmtheit wohl verneint werden. Denn Kommunikationsdelikte wie die Volksverhetzung sind rechtsethisch und psychologisch kaum mit Verstößen gegen das Waffengesetz vergleichbar. Die besondere Breite der kriminellen Ausrichtung darf dem Anbieter jedoch nicht zugutekommen.[394]

b) Unscharfe und tatbestandlich nicht konkretisierte Vorstellungen: Die Suche nach den Grenzen des Alternativvorsatzes

Bislang ist mit dem dolus alternativus eine Lösung für die Fälle gefunden, in denen die Unschärfe aus einer alternativen Vorstellung von der Verwirklichung verschiedener Delikte herrührt (bspw.: „Content-Provider könnten volksverhetzende Inhalte oder Angebote für einen illegalen Waffenhandel posten"). Solche Konstellationen dürften praktisch selten sein. Häufiger wird es so liegen, dass die Vorstellung hinsichtlich der gesetzlichen Tatbestände deutlich vager ist. Dabei liegt etwa die Behauptung des Anbieters, „sich irgendeinen gegen Ausländer gerichteten und

[391] Parallel zur geringen Relevanz bei der Gehilfenstrafbarkeit *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 97; vgl. auch *Greco*, ZIS 2019, 435, 446 Fn. 147; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 161 f.; *Schild/Kretschmer*, in: NK-StGB, § 27 Rn. 18.

[392] *Warneke*, Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, S. 123, 125.

[393] *Warneke*, Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, S. 125 ff., der aber die Wahlfeststellungsgrundsätze in Abweichungskonstellationen für unbrauchbar hält (a. a. O., S. 128 a. E.).

[394] Vgl. auch *Greco*, ZIS 2019, 435, 446.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

womöglich auch inkriminierten Inhalt“ vorgestellt zu haben, nicht allzu fern. In solchen Fällen liegt der Einwand nahe, dass mit einem dolus malus gearbeitet werden müsste.

Eine Absicherung gegen diese Kritik ist mit Theiles Ansätzen zum Gehilfenvorsatz zu erreichen. Ausgehend von der Beobachtung, dass ein Tatbeitrag immer in einem sozialen Kontext geleistet wird, nimmt Theile an, dass dieser Kontext die in Betracht kommenden Tatbestände begrenzt. Solche Konturen ergeben sich aus dem Förderungsbeitrag als solchem, der Person des Täters, der Person des Gehilfen und aus sonstigen Umständen, etwa einer vorangegangenen Kommunikation.[395] Übertragen auf die Anbieter bedeutet das zunächst, dass sich mittels ihres Angebots alle möglichen Inhalte, etwa auch pornographische, öffentlich zugänglich machen lassen.[396] Gleichwohl lassen sich beim konkreten Einsatz engere Grenzen der vorgestellten Inhalte zeichnen. Derjenige, der ein Angebot ins Leben ruft, das der Verbreitung von Inhalten „gegen Ausländer“ dient, macht sich eben Vorstellungen von dem, was verbreitete Inhalte sein könnten. Diese sind anhand der Umstände des Einzelfalls, insbesondere anhand der kommunikativen Rahmenumstände, zu ergründen und daraufhin zu überprüfen, ob sich hinreichende tatbestandliche Konturen ausmachen lassen. Eine vollständige Reduktion auf die objektiven Umstände und die von dem Anbieter vorsätzlich geschaffenen Gefahren findet sich sogar bei Greco, der von der Projektion der objektiven Zurechnungslehre auf den subjektiven Tatbestand spricht.[397] Legt man eine solche Betrachtung zugrunde, kommt dem subjektiven Tatbestand von vornherein kein über die objektive Zurechnungslehre hinausgehendes Restriktionspotenzial zu.

Vorgeschlagen wird hier, leicht abweichend, den objektiven Begleitumständen eine erhebliche Bedeutung für die Konturierung des Vorsatzes zuzusprechen, die Möglichkeit einer Abweichung durch tatrichterliche Ergründung des Vorsatzes aber zu betonen. Windsberger hebt hervor – wenn auch im Kontext verbaler sexueller Belästigung –, dass die Annahme eines dolus ex re, also (vergröbert) ein Vorsatz aus der Sache (i. S. d. objektiven Umstände) besonders dort problematisch wird, wo die Feststellung dieses re Schwierigkeiten bereitet.[398] Das gilt, so Windsberger, besonders dort, wo das re keine äußere Tatsache (es ließe sich hier das Beispiel des Auto-Rasens/Verkehrsrennens anführen[399]), sondern eine semantische Einheit ist.[400] Auch in den in dieser Untersuchung betrachteten Fällen soll aus einem Verhältnis zu den Content-Providern, das im Wesentlichen durch Kommunikation geprägt ist, auf

[395] *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 93 f.

[396] Zu beachten ist hier aber schon die in der objektiven Zurechnung gefundene deliktsspezifische Begrenzung oben Kap. 5 B. I. 2.

[397] *Greco*, ZIS 2019, 435, 445 f.; zust. *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 163 f.; *Pastore*, KriPoZ-JuP 2023, 3, 20.

[398] *Windsberger*, NK 2022, 342, 356, Fn. 63.

[399] Vgl. dazu stellvertretend *Hörnle*, NJW 2018, 1576.

[400] *Windsberger*, NK 2022, 342, 356.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einen Vorsatz geschlossen werden.[401] Es wurde schon gezeigt, dass sich daraus das nicht mehr erlaubte Risiko ergibt, die Ermittlung einer entsprechenden Grenze aufgrund der kommunikativen Prägung allerdings nicht leichtfällt. Darin ist ein zusätzlicher Grund für eine Zurückhaltung dahingehend zu sehen, mit einer objektiv missbilligten Risikoschaffung eine entsprechende Vorstellungskonkretisierung automatisch zu bejahen.

Damit lässt sich die zweite, hier beschriebene Unschärfekonstellation im Ergebnis ähnlich wie die erste behandeln. Die Frage lautet sodann, ob das Vorstellungsbild in den Fällen technisch vermittelter Distanz nicht regelmäßig als eine verschiedentlich tatbestandlich erfasste Inhalte umfassende Vorstellung zu explizieren ist. Ist diese Frage auf Ebene der tatrichterlichen Feststellungen aber zu verneinen, kann aufgrund seiner Tatbestandsbezogenheit ein Vorsatz nicht angenommen werden. Zu weit geht daher das OLG Hamm, das für einen hinreichend konturierten Vorsatz genügen lässt, dass der Gehilfe sich vorstellt, das von ihm zur Verfügung gestellte Konto diene einem „krummen Geschäft". Das Gericht begründet dieses Ergebnis damit, dass jedenfalls ein Spektrum möglicher Delikte, nämlich das der Vermögensdelikte, vom Vorstellungsbild umfasst sei.[402] Präzisere Feststellungen wären derweil wünschenswert gewesen. Auch über den hier vertretenen Ansatz hinaus gehen die Ausführungen von Wüst zu kriminell ausgerichteten Plattformen. Vorgeschlagen wird, einen Eventualvorsatz sogar hinsichtlich solcher Taten anzunehmen, die in keinem Zusammenhang zu den Angebotskategorien stehen oder plattformseitig verboten sind, wenn keine effektiven Schutzmechanismen zu ihrer Realisierung eingerichtet werden.[403] Dem lässt sich entgegnen, dass von der unterlassenen Einrichtung effektiver Schutzmechanismen allein kaum auf die Erstreckung des Vorstellungsbildes auf bestimmte Tatbestände geschlossen werden kann. Es deutet sich hier eher an, dass Elemente der Fahrlässigkeit mit einbezogen werden und eine prinzipiell kriminelle Ausrichtung zu einem dolus malus führt.[404]

c) Übertragung der Grundsätze auf zwischentatbestandliche Abweichungen

Im Zentrum der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion um die Tatbestandsbezogenheit des Vorsatzes stehen bislang weniger die zuvor skizzierten Unschär-

[401] Auch wenn es, anders als bei der verbalen sexuellen Belästigung und Raser-Konstellationen, nicht um das voluntative, sondern um das schon davor problematische kognitive Vorsatzelement geht.

[402] OLG Hamm BeckRS 2007, 19632.

[403] *Wüst*, Underground Economy, S. 144.

[404] Vgl. auch die Frage bei *Greco*, ZIS 2019, 435, 446, ob eine ausdrückliche Ablehnung von bestimmten Inhalten durch den Plattformbetreiber zu einer Verneinung des Vorsatzes führt. Kein Fall des dolus malus befürwortet hingegen *Bode*, ZStW 2015, 937, 982, 988, wenn er aus der bewussten Unkenntnis rechtswidriger Inhalte auf einen dolus eventualis schließt, weil er diese These im Kontext von bereits deliktsspezifisch gerahmten Sharehost-Diensten entwickelt, bei denen sich ein Eventualvorsatz allein auf Verstöße gegen das Urheberrecht (§ 106 UrhG) beziehen dürfte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fekonstellationen, sondern vielmehr die Fälle, in denen ein hinreichend scharfes Vorstellungbild beim Beteiligten zu erkennen ist, das tatsächlich verwirklichte Delikt aber ein anderes ist. Auf den Zusammenhang zwischen Unschärfe- und Abweichungskonstellationen wurde schon hingewiesen.[405] Anders als im innertatbestandlichen Bereich bedeutet das für den zwischentatbestandlichen Bereich jedoch, dass grundsätzlich eine subjektive Zurechnung in Irrtums- und Exzesskonstellationen abgelehnt werden müsste. Soweit soll aber nach teilweise vertretener Ansicht nicht gegangen werden:

aa) Abweichung im Stufenverhältnis

Als noch unproblematisch sind solche Fälle anzusehen, bei denen vorgestellte und verwirklichte Tat in einem Stufenverhältnis (konkurrenzrechtlich gesprochen im Spezialitäts- oder Subsidiaritätsverhältnis) stehen. Hier kann jedenfalls die Verwirklichung des inkludierten Tatbestandes zum Vorsatz zugerechnet werden.[406] Stellt sich etwa ein Anbieter vor, es komme – ohne entsprechende jugendschützende Barrieren (§ 184 Abs. 1 Nr. 2 StGB[407]) – zum Angebot von pornographischen Inhalten, und wird stattdessen durch die Content-Provider harte Pornographie (§§ 184a f. StGB) auf die Plattform geladen, so liegt ein entsprechendes Stufenverhältnis vor. Eine subjektive Zurechnung gelingt im Hinblick auf § 184 Abs. 1 Nr. 2 StGB.[408] Auch für (andere) Kommunikationsdelikte lassen sich vereinzelt Stufenverhältnisse entdecken: § 130 Abs. 3 Alt. 1 StGB geht dem § 140 Nr. 2 StGB vor;[409] § 130 Abs. 1 StGB verdrängt § 131 Alt. 1 StGB, wenn die Gewaltverherrlichung ein Element des Aufstachelns zum Hass ist;[410] § 130 Abs. 1 geht dem § 166 StGB vor, wenn die Beschimpfung des Bekenntnisses zugleich als eine solche der ihm angehörenden Personengruppe anzusehen ist.[411] Im Übrigen überschneiden sich die Delikte der §§ 130, 86 f., 111, 126, 129, 140, 166, 185 ff. StGB zwar zum Teil weitreichend, sollen aber jedenfalls im Regelfall in Idealkonkurrenz treten können und weisen daher kein Stufenverhältnis auf.

---

[405] Vgl. oben Kap. 5 B. II. 2. d).

[406] *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 27 Rn. 32; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, § 27 Rn. 106; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 27 Rn. 35; *Scheffler*, JuS 1997, 598, 600; ausführlich *Altenhain*, Exzess, S. 18 ff.; i. E. ähnlich *Montenbruck*, ZStW 1972, 323, 342.

[407] Stellvertretend für die h. M. *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 43 m. w. N.; a. A. *Gercke*, in: Spindler/Schuster, § 184 StGB Rn. 7: räumliches Verständnis des Begriffes „Ort".

[408] Vgl. auch *A. Weber*, Plattformbetreiber im Darknet, 165; zu den Konkurrenzen zwischen den Tatbeständen entsprechend *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 184a Rn. 8; 184b Rn. 49.

[409] BGH NJW 1999, 1561; *Ostendorf/Kuhli*, in: NK-StGB, § 130 Rn. 42.

[410] *D. Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 130 Rn. 27.

[411] *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 166 Rn. 23.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Abweichung zwischen verwandten Tatbeständen

Deutlich häufiger werden Abweichungen also zwischen Tatbeständen stattfinden, die nicht in einem Stufenverhältnis stehen. Schwierig ist eine Bewertung dann, wenn die Abweichung zwischen besonders verwandten Tatbeständen bestehen, die auf die Aufsplitterung des Besonderen Teils zurückgehen.[412]

(1) Aufweichung der Tatbestandsbezogenheit

Vor diesem Hintergrund versuchen in ihrer dogmatischen Ausgestaltung verschiedene Ansätze, dem Problem beizukommen und Strafbarkeitslücken zu vermeiden:

Ohne klare Herleitung bleibt die von der Rechtsprechung geübte Formel, wonach eine andere rechtliche Einordnung durch den Gehilfen unschädlich sei, solange keine „grundsätzlich andere Tat" vorläge.[413] Zwar ließe sich auch behaupten, dass diese Klarstellung nicht die Tatbestandsbezogenheit, sondern die Vorfrage betreffe, ob eine Tatbestandsbezogenheit die korrekte rechtliche Verortung verlange.[414] Sollte tatsächlich schlicht der Subsumtionsirrtum angesprochen sein, so wäre jedoch verwunderlich, warum dieser nur dann unbeachtlich sein sollte, wenn es sich nicht um eine „grundsätzlich andere Tat" handelt.[415] Eine dogmatische Begründung bleibt diese in der Rechtsprechung anzutreffende Formel dennoch schuldig.

An einer solchen versucht sich indessen Montenbruck über die Bildung eines außergesetzlichen Grundtatbestands. Der Vorschlag sieht vor, zwischen einem Verhaltens- und einem Werttyp der Norm zu unterscheiden. Der Werttyp bilde sich dabei insbesondere materiell durch das geschützte Rechtsgut und könne mit dem Werttyp anderer gesetzlicher Normen identisch sein, sodass sich bei dieser Schnittmenge ein außergesetzlicher Grundtatbestand bilden ließe.[416] In Abweichungskonstellationen könne so eine Kongruenz von vorgestelltem und verwirklichtem Tatbestand im Außergesetzlichen gefunden werden. Während dieses Konstrukt erneut im Bereich der Vermögensdelikte expliziert wird, ließen sich mit

[412] *Altenhain*, Exzess, S. 30 f. wendet ein, dass das kriminalpolitische Bedürfnis einer Aufweichung der Tatbestandsbezogenheit nicht aus einer Ausdifferenzierung der Tatbestände resultiert, sondern teilnahmespezifisch auf der Straflosigkeit der versuchten Beihilfe bei gleichzeitiger Tatferne beruht. Wie an obigen Beispielen demonstriert, kann es zur unscharfen Tatvorstellung durch Tatferne auch bei der Täterschaft kommen. Die kriminalpolitische Brisanz wird durch die Straflosigkeit des Versuchs bei den überwiegenden Kommunikationsdelikten hergestellt.

[413] BGH BeckRS 1991, 31085494; NStZ 2011, 399, 400; BeckRS 2016, 2983 Rn. 17; 2017, 145721, Rn. 34.

[414] In diese Richtung deutet wohl *Altenhain*, Exzess, S. 25 f.

[415] Diese Lesart wird auch zugrunde gelegt bei *Scheffler*, JuS 1997, 598, 601; *Wüst*, Underground Economy, S. 143; wohl auch *Kudlich*, Handbuch Strafrecht, § 54 Rn. 25; *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, § 27 Rn. 19; *Fischer*, StGB, § 27 Rn. 22.

[416] *Montenbruck*, ZStW 1972, 323, 343 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

diesem Ansatz auch Überlegungen für die hier im Fokus stehenden Inhaltsverbreitungs- und Äußerungsdelikte anstellen. Während dort das Vermögensverschiebungsdelikt einen außergesetzlichen Grundtatbestand soll bilden können[417], ist man hier bei der Suche fast geneigt, an den konturlosen Begriff der Hassrede[418] zu denken. Zu Recht aber wird die Montenbrucksche Lösung als unvereinbar mit dem Grundsatz der Tatbestandsbestimmtheit gehalten.[419]

Als anderer Ansatzpunkt werden die Grundsätze der Wahlfeststellung in entsprechender Anwendung vorgeschlagen.[420] Dieser Übertragung liegt der Gedanke zu Grunde, dass auch die Wahlfeststellung dort an Bedeutung gewinnt, wo der Besondere Teil eine immer feinere Differenzierung erfährt. Anders als hier die strenge Tatbestandsbezogenheit des Vorsatzes, zwingen dort Beweisschwierigkeiten eigentlich zum Freispruch.[421] Zwar kann gesagt werden, dass die Wahlfeststellungsgrundsätze in beiden Konstellationen auf das begrenzte menschliche Erkenntnisvermögen zurückgehen (hier des tatfernen Beteiligten; dort des feststellenden Richters).[422] Gleichwohl zeigen sich auch an dieser Stelle erhebliche Bedenken an der Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheits- und dem Schuldgrundsatz.[423] Letzgus weist zudem als erster auf das spezielle Spannungsfeld zwischen Schuldgrundsatz und Akzessorietätsprinzip hin, wenn sich die Strafrahmen der vorgestellten und der tatsächlich verwirklichten Haupttat unterscheiden.[424] Wenn nämlich die tatsächlich verwirklichte Haupttat mit einem höheren Strafrahmen belegt ist, so würde das Akzessorietätsprinzip zu einem gegen das Schuldprinzip verstoßenden Ergebnis drängen.[425] Das Akzessorietätsprinzip kann nun aber nicht als derart streng verstanden werden, dass es den Schuldgrundsatz noch zusätzlich unter Druck setzt, dient

[417] *Montenbruck*, ZStW 1972, 323, 341; krit. zur Bildung des außergesetzlichen Grundtatbestandes des Vermögensverschiebungsdelikts bei Diebstahl und Hehlerei, mit dem Hinweis, dass Eigentum und Vermögen verschiedene Rechtsgüter sind, *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 80.

[418] Zur Problematik dieses Begriffs vgl. die Nachweise in der Einleitung.

[419] *Roxin*, in: FS-Salger, S. 129, 130; *Wolter*, Wahlfeststellung, S. 106; dem Einwand Montenbrucks, in Unschärfekonstellationen beziehe sich das Bestimmtheitsgebot allein auf den objektiven Tatbestand (*Montenbruck*, ZStW 1972, 323, 346 f.) ist zu widersprechen (so auch *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, S. 98); ebenso wenig überzeugt es, zu versuchen, das Schuldprinzip gegen das Bestimmtheitsgebot auszuspielen (*Montenbruck*, ZStW 1972, 323, 337), setzt der Schuldvorwurf doch eine Tatbestandserfüllung, die über den außergesetzlichen Grundtatbestand zu konstruieren unternommen wird, erst voraus (*Altenhain*, Exzess, S. 29).

[420] *Baumann*, JuS 1963, 125, 134; *Wolter*, Wahlfeststellung, S. 125; *Letzgus*, Vorstufen der Beteiligung, S. 47; *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 100 ff.; *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierung, S. 54; dazu auch *Warneke*, Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, S. 126 ff.

[421] Vgl. *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 100.

[422] *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 101.

[423] *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, S. 97. Auf die exzessive Tendenz zu Tatbestandsreduktionen hinweisend *Scheffler*, JuS 1997, 598, 601.

[424] *Letzgus*, Vorstufen der Beteiligung, S. 48.

[425] Ebenda.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

es doch primär der Begrenzung einer Strafbarkeit.[426] Unabhängig von den Zweifeln der Übertragbarkeit der Grundsätze der Wahlfeststellung im Hinblick auf Bestimmtheits- und Schuldgrundsatz, stellt sich die Frage, ob überhaupt jemals eine psychologische und rechtsethische Vergleichbarkeit zwischen Kommunikationsdelikten anzunehmen sein wird. Behandelt wurde diese Frage im Rahmen der Wahlfeststellungskonstellationen freilich bislang nicht, ist es doch kaum vorstellbar, dass sich bei diesen Delikten Beweisschwierigkeiten ergeben. Der inkriminierte Inhalt muss schließlich feststehen, um überhaupt eine Verurteilung zu ermöglichen.

Ausgehend von der Rechtsprechungslinie wird im Schrifttum, unter Kritik der vorgenannten, für zu extensiv befundenen Ansätze, auf das spezifische Näheverhältnis von Taten abgestellt.[427] Ingelfinger will dieses Näheverhältnis etwa bei Raub und räuberischer Erpressung, aber auch dort annehmen, wo Tatbestände zwar nicht im Abstrakten, aber in bestimmten Grenzfällen eine besondere Nähe aufweisen (bspw. Trickdiebstahl und Sachbetrug).[428] Für diesen Ansatz gilt, was auch schon für die vorangehenden extensiveren Ansätze angemerkt wurde: Er lässt sich nicht mit der in § 16 Abs. 1 StGB vorgeschriebenen Tatbestandsbezogenheit des Vorsatzes in Einklang bringen.[429] Seine Konturen sind – trotz des Anliegens, enger und klarer als die der vorgenannten zu sein – nur unbestimmt und lassen sich allein mit para-gesetzlichen Wertungskriterien, letztlich der Bildung einer gemeinsamen Grundnorm erahnen.[430] Daher kann unter ihm die Einhaltung des Bestimmtheits- und Schuldgrundsatzes nicht garantiert werden.[431]

(2) Rückführung auf eine Unschärfekonstellation und Lösung via dolus alternativus

Die Abweichungskonstellationen lassen sich jedoch, anders als durch die Aufweichung der strengen Tatbestandsbezogenheit des Vorsatzes, häufig in den Griff bekommen. Der Weg verläuft über nun bekannte Pfade, nämlich den dolus alter-

[426] Dazu weiter oben Kap. 5 B. II. 2. b) bb) und erneut Kap. 6 B. II. 2. b) aa).

[427] *Scheffler*, JuS 1997, 598, 601; ähnlich auf die Wesentlichkeit der Abweichung abstellend auch *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 27 Rn. 32; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, S. 102 für Unbestimmtheitskonstellationen, aber a. a. O., S. 200 übertragend auf Abweichungskonstellationen; vgl. auch *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierung, S. 54.

[428] *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, S. 101 f.

[429] *Altenhain*, Exzess, S. 30; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, § 27 Rn. 109; *D. Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, § 16 Rn. 12; ablehnend i. E. auch *Hoyer*, in: SK-StGB, § 27 Rn. 35; ferner *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 26 Rn. 84; *Wild*, JuS 1992, 911, 912 f.

[430] Vgl. so auch *Altenhain*, Exzess, S. 30. Darauf, dass die Wahlfeststellungsgrundsätze im Gegensatz zum Näheverhältnis zumindest auf die Kasuistik der von der h. M. anerkannten Figur zugreifen können, weist *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 102 hin.

[431] Zur strengen Tatbestandsbezogenheit allgemeiner *Puppe*, in: NK-StGB, § 16 Rn. 68, 120; *Stein*, in: SK-StGB, § 16 Rn. 41 jeweils mit Ausführungen zur Abweichung bei verschiedenen Tatbestandsvarianten und der Frage, ob die Abweichung als inner- oder zwischentatbestandlich zu behandeln ist. Monografisch zu dieser Spezialfrage *Tsai*, Tatbestandsalternativen, S. 210 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nativus bei Unschärfekonstellationen. Es ließe sich nämlich bei der tatgerichtlichen Würdigung des Geschehens die Frage stellen, ob das Vorstellungsbild tatsächlich nur den einen Tatbestand erfasst. Die (Nach-)Frage stellt sich besonders vor dem Hintergrund der technisch vermittelten Distanz[432] und dort, wo die Delikte in einem Näheverhältnis stehen[433]. Die Lösung liegt also auch in (vermeintlichen) Abweichungskonstellationen in der tatrichterlichen Suche nach den Grenzen „flüchtigen Für-möglich-Haltens“[434] und der Figur des Alternativvorsatzes.

Ist nun mit dieser Lösung getan, was von Vertretern der Beachtlichkeit der aberratio ictus denjenigen vorgeworfen wird, die mit einem Gattungsvorsatz argumentieren? Wenn dort die Behauptung kritisiert wird, der Vorsatz, den B zu töten, umfasse den Vorsatz, einen Menschen zu töten und damit § 16 Abs. 1 StGB Genüge getan wäre, weil der tatsächlich getroffene C dieser Gattung angehöre, sodass im Ergebnis allein ein unbeachtlicher Motivirrtum bestehe, dann findet sich auch dort eine Rückführung der Abweichungskonstellation. Der dort gemachte Einwand dürfte aber auf den zwischentatbestandlichen Bereich keine Anwendung finden. Dort nämlich geht es darum, aus dem logischen Inklusivitätsverhältnis heraus eine Konkretisierung für unbeachtlich zu erklären[435], während hier vorgeschlagen wird, nicht nach einem übergeordneten Vorsatzgegenstand (so wie bei Montenbrucks Ansatz) zu suchen, sondern eine intensive tatrichterliche Würdigung der benachbarten Bereiche vorzunehmen.

Ernst zu nehmen, ist der Einwand Theiles, dass bei dem Verzicht auf eine Lockerung der Tatbestandsbezogenheit (bei ihm in Form der Wahlfeststellung zu finden) und der Betonung der Alternativvorsatzlösung die Achtung des Bestimmtheitsgrundsatzes nur einen Pyrrhussieg verzeichnen könne.[436] Auch hier wurde schon davor gewarnt, allein aus der objektiv pflichtwidrigen Gefahrschaffung den Rahmenvorsatz der Anbieter abzuleiten.[437] Die Lösung scheint eben in der Mitte zu liegen, also bestimmte Konstellationen der Abweichung als ‚vermeintliche‘ zu identifizieren und sie auf Unschärfekonstellationen zurückzuführen; andere eben nicht. In jedem Fall scheint es aber im Bereich der tatrichterlichen Würdigung des Subjektiven besser verortet als in der wortlautwidrigen (§ 16 Abs. 1 StGB) Aufgabe der strengen Tatbestandsbezogenheit.

---

[432] *Altenhain*, Exzess, S. 35; *Theile*, Tatkonkretisierung, 93 f.; ähnlich auch *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 26 Rn. 84; *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 113.

[433] *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 94; ähnlich wohl auch *Eisele*, in: B/W/M/E, § 26 Rn. 65, der ein nur objektives Näheverhältnis in Abweichungsfällen nicht genügen lassen will, in diesen Fällen – wohl anders als bei objektiv fehlender Verwandtschaft (a. a. O., Rn. 66) – aber prüfen will, ob sich der Vorsatz alternativ auch auf den anderen Tatbestand bezieht.

[434] *Herzberg*, JuS 1987, 617, 618; *Scheffler*, JuS 1997, 598, 602.

[435] Krit. erneut *Hsu*, Irrtum, S. 87.

[436] *Theile*, Tatkonkretisierung, S. 103 f.

[437] Vgl. oben Kap. 5 B. II. 3. b).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

4. Zwischenergebnis: Subjektive Zurechnung

Zentrales Problem der subjektiven Zurechnung im Zusammenhang mit den Anbietern objektiv strafrechtswidrig ausgerichteter Angebote ist die Bestimmtheit des Anbietervorsatzes, der seine Tathandlung, die Einrichtung und die Administration seines Angebots, zeitlich und räumlich getrennt von der Deliktsverwirklichung durch den Content-Provider erbringt. Dadurch kennt der Anbieter – von Freigabekonstellationen einmal abgesehen – weder die Person des Content-Providers noch den konkreten Inhalt und daher weder das Tatopfer noch die verwirklichten Tatbestände.

Es wird jedoch gezeigt, dass die Anforderungen an den Vorsatz *nur* und *streng* tatbestandsbezogen sind (§ 16 Abs. 1 StGB); und zwar grundsätzlich unabhängig von der Beteiligungsform. Dass die überwiegende Auffassung – in Abhängigkeit von der Beteiligungsform – mehr als nur Vorstellungen hinsichtlich tatbestandlicher Merkmale, nämlich weitere Lebenskonkreta, fordert, überzeugt nicht. Die Anforderungen sind nicht nur weitgehend unbestimmt und führen zu kriminalpolitisch fragwürdigen Ergebnissen. Sie sind darüber hinaus weder mit der Strafzumessungsdogmatik noch mit Friktionen mit der Irrtums- und Exzessdogmatik zu begründen. Eine (scheinbare) Ausnahme ist jedoch für den Bereich der Anstiftung zu machen, bei der die Konkretisierung der Haupttat indessen schon auf Ebene des objektiven Tatbestandes zu berücksichtigen ist. Die Vorsatzbestimmtheit ist dann nur noch eine uneigenständige Spiegelung dieser objektiven Voraussetzung.

Während im innertatbestandlichen Bereich daher keine weiteren Anforderungen zu stellen sind, sind Unschärfen und Abweichungen im zwischentatbestandlichen Bereich durchaus problematisch. Lösungen, die eine Lockerung der Tatbestandsbezogenheit verfolgen, sind mit Blick auf den Bestimmtheits- und Schuldgrundsatz abzulehnen. Kehrseite der strengen Anforderungen ist jedoch, insbesondere in Bereichen, in denen sich der Besondere Teil des StGB fein aufgliedert, dass Strafbarkeitslücken aufgrund von Unschärfen im und Abweichungen vom Vorstellungsbild auftreten können. Ihnen ist mit einer Anwendung des dolus alternativus beizukommen, dessen Vorliegen in allen Situationen tatgerichtlich kritisch zu prüfen ist. Einen Anhaltspunkt bietet die spezifische Ausrichtung des Angebots. Aus ihr allein auf das Vorliegen eines Vorsatzes zu schließen, bleibt jedoch nicht unproblematisch.

III. Beteiligungsform beim strafrechtswidrig ausgerichteten Angebot

Um eine Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme vorzunehmen, soll im Folgenden auf die bereits angedeutete Differenzierung von Verbreitungsdelikten (1.) und persönlichen Äußerungsdelikten (2.) zurückgegriffen[438] werden, da sich eine

[438] Vgl. oben Kap. 2 C. III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, wie zu zeigen sein wird, nach unterschiedlichen Kriterien zu richten hat. Anschließend soll das Sonderproblem der Hyperlinks und des Teilens von Inhalten innerhalb der Angebote adressiert werden (3.).

1. Inhaltsverbreitungsdelikte

a) Unmittelbare Täterschaft, § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB

Will man die Begehung von Verbreitungsdelikten durch die Anbieter untersuchen, so stellt sich zunächst die Frage, ob sie nicht ihrerseits den Tatbestand des Verbreitungsdelikts erfüllen und daher als Allein- bzw. Nebentäter (unmittelbare Täter[439]) strafbar sind. Insbesondere das für Inhaltsverbreitungsdelikt i. e. S.[440] typische Merkmal des öffentlichen Zugänglichmachens, das die Ermöglichung des Lesezugriffs ausreichen lässt, kommt als Anknüpfungspunkt für eine unmittelbar täterschaftliche Haftung in Betracht.[441]

Im Hinblick auf den Betrieb von Plattformen, die kinderpornographisches Material zeigen, wird überwiegend vertreten, dass bereits das Zur-Verfügung-Stellen einer Plattform, die dem Einstellen von Dateien im Internet dient, für eine eigenständige Erfüllung des Merkmals genügt.[442] Dabei soll es gerade unschädlich sein, dass das Material nicht durch den Plattformbetreiber, sondern durch die Nutzer hochgeladen wird.[443] Das OLG Stuttgart entschied im Altermedia-Fall, diese, vornehmlich auf das öffentliche Zugänglichmachen von Kinderpornographie gerichtete Linie, auf die Volksverhetzung gem. § 130 Abs. 2 StGB zu übertragen und eine täterschaftliche Haftung der Plattformadministratoren zu bejahen. Die Aufrechterhaltung der digitalen Infrastruktur der Plattform erfülle das Merkmal des öffentlichen Zugänglichmachens; und zwar ohne dass eine mittäterschaftliche Zurechnung über

[439] Zum Oberbegriff *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vor §§ 25 ff. Rn. 74.

[440] Zur Abgrenzung von weiteren Inhaltsverbreitungsdelikten vgl. oben Kap. 2 C. III.

[441] Näher zu den Tathandlungsalternativen der Inhaltsverbreitungstatbestände unter Kap. 5 B. III. 3., wo die Differenzierung vom Verbreiten und öffentlichem Zugänglichmachen relevant wird.

[442] BGH BeckRS 2012, 6061 Rn. 9; 2012, 9344 Rn. 9; LG Limburg BeckRS 2019, 34315 Rn. 712; *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241, 243; *Zieschang*, GA 2020, 57, 62; *T. Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 184b Rn. 12; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 115; *Blanke*, Verantwortlichkeit des Internet-Providers, S. 104; *Wittmer*, Darknet, S. 112; *Pastore*, KriPoZ-JuP 2023, 3, 18; *Zöller*, KriPoZ 2021, 79, 83; *Zöller*, ICRL 2021, 279, 284; *Wüst*, Underground Economy, S. 122 f.; *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 97; *Bächer*, Plattform, S. 135; *Rückert*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 8; i. E. ohne Begründung so wohl auch AG Berlin-Tiergarten NStZ 2009, 636, 637; übertragen auf § 106 Abs. 1 UrhG LG Aachen, 27. 4. 2016 – 83 Ns 6/13, – juris, Rn. 109.

[443] *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 115.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 25 Abs. 2 StGB notwendig sei.[444] Nur vereinzelt wird für Plattformbetreiber (ohne weitere Begründung) in der anderen Richtung vertreten, dass es sich um eine Beihilfe zum Zugänglichmachen handele.[445] Im Folgenden soll überprüft werden, ob die Position der überwiegenden Auffassung zum täterschaftlichen öffentlichen Zugänglichmachen überzeugen kann.

aa) Vorab: Die Übertragung der überwiegenden Auffassung auf das Ordnungsmodell der Angebote

Eine tiefergehende Auseinandersetzung mit der überwiegenden Auffassung könnte indessen unterbleiben, wenn sie sich ohnehin nicht auf die Anbieter nachgelagerter Ordnung übertragen ließe. Denn die Anbieter erster Ordnung werden mit Blick auf das von ihnen noch überwiegend erlaubt gesetzte Risiko ohnehin kaum für eine Begehungsstrafbarkeit in Betracht kommen. So ließe sich für die Anbieter nachgelagerter Ordnung bereits erwägen, ob diese den Inhalt nicht täterschaftlich zugänglich machen könnten, weil die technische Infrastruktur im Wesentlichen durch die Anbieter erster Ordnung zur Verfügung gestellt wird. Es ließe sich ergänzen: Nutzer, die inkriminierte Inhalte innerhalb des Angebots der zweiten und der dritten Ordnung posten, könnten diesen Inhalt in technischer Hinsicht ebenso, von ihrem eigenen Profil ausgehend, direkt innerhalb des Angebots erster Ordnung zugänglich machen.

Es lassen sich jedoch zwei Gründe anführen, die es zumindest nahelegen, dass die überwiegende Auffassung auch bei Angeboten nachgelagerter Ordnung von einer unmittelbaren Täterschaft ausgehen würde; wobei die Erläuterung im Folgenden schon deshalb nicht völlig klar ausfallen kann, weil die Auffassung als solche – wie anschließend zu zeigen sein wird – nicht mit allgemeinen Grundsätzen der Beteiligungsformfrage in Einklang zu bringen ist. *Erstens* geht es der überwiegenden Auffassung gerade darum, dass eine technische Infrastruktur die Verbreitung ermöglicht und deshalb der Verbreitungstatbestand unmittelbar täterschaftlich erfüllt wird. Dann muss es aber auch um spezifische Verbreitungspotenziale gehen, die zwischen den Angeboten jeweils differieren.[446] Dass eine Verbreitung auch innerhalb des übergeordneten Angebots schon möglich ist, kann dabei keinen Unterschied

[444] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1382, 1643 (Altermedia); ausdrücklich auf die Auffassung zur Verbreitung von Kinderpornographie verweisend auch *Bächer*, Plattform, S. 141; allgemeiner auch *Bär*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Kap. 15 Rn. 195; *Kudlich*, JA 2002, 798, 800; *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 219; in dieser Richtung hinsichtlich Kommunikationsdelikten auch *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 305 f., der zusätzlich auf das Interesse an der Tat abstellt, sich also der normativen Kombinationslösung unter Einschluss subjektiver Elemente bedient.

[445] *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski, § 130 Rn. 38; *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 407; ohne klare Differenzierung hinsichtlich der Tatbestandsvarianten bei § 130 StGB BGH NStZ-RR 2021, 136, 138; vgl. auch *Hoeren*, Internetrecht, Rn. 1002; wohl auch *Schreiber*, Fake News, S. 227 f. (vgl. aber S. 230 Fn. 364).

[446] Dazu oben Kap. 1 A. III. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

machen, außer man möchte hypothetische Kausalverläufe berücksichtigen. *Zweitens* ist zu berücksichtigen, dass erst die Angebote nachgelagerter Ordnung den Rahmen des rechtlich erlaubten Risikos übersteigen, indem sie eine Anreizstruktur für die Begehung der Inhaltsverbreitungsdelikte schaffen. Das innerhalb des rechtlich erlaubten Risikos agierende Angebot erster Ordnung stellt insofern eine Art Nullum dar, was bei einer Zuteilung der Täterrolle von der überwiegenden Auffassung berücksichtigt werden könnte.

Dass eine Übertragung letztlich zu dem theoretisch merkwürdig anmutenden Ergebnis führen würde, dass sowohl der kommentierende Nutzer als auch die Anbieter zweiter und dritter Ordnung (Neben-)Täter sind, ist letztlich schlicht Folge der Auffassung, dass eine dritte Person die Zugänglichkeit herbeiführt. Deshalb gilt es, einen näheren Blick auf dieses weite Täterschaftsverständnis der überwiegenden Auffassung zu werfen:

bb) Ausgangspunkt der Tatherrschaftslehre

Soweit man den Ausgangspunkt für die Beantwortung der Beteiligungsformfrage in der vorzugswürdigen Tatherrschaftslehre sehen[447] und sich von (diffusen) Gesamtbetrachtungen abwenden möchte, scheint der Fall im Grunde klar zu liegen: Der Content-Provider beherrscht den Akt des Einstellens des Inhalts in das Angebot und damit das öffentliche Zugänglichmachen.[448] Der Anbieter wird davor tätig, reizt durch sein Angebot den Content-Provider zur Tat an und/oder bietet das Verbreitungswerkzeug.

An dieser Stelle dürfte der Einwand, dass die Bereitstellung der Plattform einen die Tat prägenden kausalen Beitrag darstellt, nicht ausreichen.[449] Auch Teilnehmerbeiträge können schwer wiegen und die Ausführung der Tat prägen. Man denke nur an die Überlassung einer Schusswaffe an einen Amokläufer oder an die Überlassung todbringender Medikamente an einen sterbewilligen Moribunden. Eine Ausnahme ist es, wenn sich der Anbieter nachgelagerter Ordnung die Freigabe vorbehalten kann und von dieser technischen Möglichkeit Gebrauch macht. In diesem Fall geht der letzte, für die Verbreitung (i. w. S.) kausale Handlungsakt auf den Anbieter zurück.[450]

Es ist daher zu fragen, warum die überwiegende Auffassung der Tatherrschaftslehre den Rücken zukehrt, sollte doch eine genaue Analyse der Herrschaftsverhältnisse nicht allein den Kapitaldelikten i. S. e. „Schwurgerichtsdogma-

[447] Zur Vorzugswürdigkeit der Tatherrschaftslehre im Allgemeinen vgl. *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vor §§ 25 ff. Rn. 57 ff. m. w. N.

[448] So auch *Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte, S. 241; vgl. auch *Flechsig/Gabel*, CR 1998, 351, 352; *Conradi/Schlömer*, NStZ 1996, 472.

[449] Vgl. auch *Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte, S. 251.

[450] Anders als bei den persönlichen Äußerungsdelikten spielt es sodann keine Rolle mehr, ob sich der Anbieter den Inhalt zu eigen macht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tik“[451] vorbehalten bleiben. Im Folgenden soll zunächst gezeigt werden, dass die hier aufgestellte Teilnahme-These mit der Abgrenzung im Pressestrafrecht in Einklang zu bringen ist ((1)), um sodann auf zwei mögliche Einwände einzugehen ((2)).

(1) Beteiligungsformfrage im Pressestrafrecht

Dass eine Teilnehmer-These für die Anbieter keineswegs abwegig ist, zeigt sich schon bei einem näheren Blick auf das Pressestrafrecht, bei dem zwischen der allgemeinen strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Presseorgane und den Sonderdelikten zu unterscheiden ist. Überwiegend[452] machen die Landespressegesetze (§ 20 LPG) eine solche Unterscheidung deutlich, indem sie in Abs. 1 eine Generalverweisung auf allgemeine strafrechtliche Vorschriften vornehmen und in Abs. 2 eine subsidiäre[453] Sonderverantwortlichkeit von Redakteuren und Verlegern vorschreiben.[454] Als Vergleich ist hier allein die allgemeine Verantwortlichkeit relevant, die auch die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nach den allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften vornehmen will.[455]

So soll der Verfasser bzw. Einsender eines inkriminierten Inhalts Täter sein.[456] Jedoch erfolgt die Begründung dieses Ergebnisses über die Mittäterschaft in Gemeinschaft mit dem Verleger, Herausgeber oder Redakteur, wenn diesen der strafrechtswidrige Charakter der Schrift bekannt ist, oder über die mittelbare Täterschaft, wenn die Presseorgane den strafrechtswidrigen Charakter nicht erkennen und der Einsender ein überlegenes Wissen aufweist.[457] In diesen Lösungen über die Mittäterschaft und insbesondere die mittelbare Täterschaft kommt zum Ausdruck, dass die Handlungsherrschaft über das öffentliche Zugänglichmachen des Inhalts dem Presseangehörigen, nicht aber dem Verfasser zukommt. Vielmehr bedarf es einer funktionellen Tatherrschaft oder einer Wissensherrschaft, um eine täterschaftliche Zurechnung im Rahmen des Inhaltsverbreitungsdelikts zu begründen.[458]

---

[451] *Volk*, in: FS-Roxin, 2001, S. 563, 571.

[452] Vgl. die Darstellung bei *Groß*, Presserecht, Rn. 644.

[453] Dazu *Schumann*, AfP 2019, 384, 390 f.; *Schumann*, in: NK-Medienstrafrecht, § 21 LPresseG NRW Rn. 32.

[454] Zum Zweck der Generalverweisung vgl. insbesondere einerseits *Kühl/Kudlich/Adam*, in: Löffler, § 20 LPG Rn. 61; andererseits *Schumann*, in: NK-Medienstrafrecht, § 21 LPresseG NRW Rn. 2 ff.

[455] *Kloepfer*, Informationsrecht, § 7 Rn. 76; *Kühl/Kudlich/Adam*, in: Löffler, § 20 LPG Rn. 81.

[456] *Kühl/Kudlich/Adam*, in: Löffler, § 20 LPG Rn. 83; vgl. auch *Soehring*, in: Soehring/Hoene, § 26 Rn. 26.4 jedoch anscheinend mit persönlichen Äußerungsdelikten vor Augen.

[457] *Ricker/Weberling*, in: Ricker/Weberling, 49. Kap. Rn. 16; *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, §§ 25–27 Rn. 9; *Kühl/Kudlich/Adam*, in: Löffler, § 20 LPG Rn. 83 f.; in diese Richtung deutet auch der Hinweis von *Napoli*, Strafbarkeit der Presse, S. 90, die den Redakteur als Neben- oder Mittäter einordnet.

[458] *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, §§ 25–27 Rn. 8 weist jedoch auf eine zentrale Besonderheit der Handlungsalternative des Verbreitens (i. e. S.) hin, die eine Rückübertragung auf die Herrschaft des Host-Providers erschwert: Bereits durch die Versendung des Inhalts an

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Überträgt man dies wiederum auf die Anbieter zweiter Ordnung, so muss gleiches für solche Anbieter gelten, die den inkriminierten Beitrag erst noch freigeben müssen. Hier erfüllen sie – ähnlich den aus dem allgemeinen Pressestrafrecht bekannten Konstellationen – eine redigierende Funktion, sodass eine Handlungsherrschaft über den Akt des öffentlichen Zugänglichmachens besteht. Anders liegt es eben im Regelfall der automatischen Veröffentlichung.

(2) Argumente für die Annahme einer Alleintäterschaft

Obwohl auch der Blick ins Pressestrafrecht die hier gefundene Ausgangsthese eher gestützt als ins Wanken gebracht hat, sollen noch zwei mögliche Argumentationslinien entfaltet werden, die der Annahme einer unmittelbaren Täterschaft dienen könnten. Dabei soll versucht werden, insbesondere Stimmen, die eine mögliche Täterschaft der Anbieter an das Merkmal des Zugänglichmachens knüpfen[459], auf dogmatisch tragfähige Beine zu stellen. Dabei orientiert sich der erste Versuch an Tatherrschaftsgesichtspunkten ((a)), während der zweite dem Gedanken einer Verabschiedung des Tatherrschaftsgedankens ((b)) folgt.

(a) Herrschaft über den letzten Akt im Zuge der Automatisierung

Zum einen könnte man versucht sein, zu begründen, dass der Anknüpfungspunkt das Aufrechterhalten der Infrastruktur ist und sich dieser Anknüpfungspunkt zeitlich hinter den Eingabebefehl des Nutzers schiebt, weil er einen zeitlich gestreckten Charakter hat. Das aber hieße, dass der letzte erfolgsbegründende Akt in einem vorher geschaffenen, von Automatisierung geprägten Zustand bestehen kann; und zwar unabhängig von der Relation zur Handlung des hochladenden Nutzers.[460] Das kann kaum überzeugen und scheint sich zudem zu einem Altenhainschen Verständnis hinsichtlich der vorrechtlichen Abgrenzung von Tun und Unterlassen zurückzubewegen.[461]

---

den Redakteur kann eine Vollendung des Medienverbreitungsdelikts vorliegen, wenn die Versendung mit dem Willen vorgenommen wird, dass der Redakteur auf eine weitere Verbreitung (i. w. S.) hinwirkt oder objektiv mit einer solchen Weiterverbreitung zu rechnen ist. Da der Verfasser über den Akt der Zusendung Herrschaft ausübt, ist er schon dadurch als Alleintäter zu behandeln. Darin zeigt sich die Besonderheit der Kettenverbreitung für die Beteiligungsformfrage, auf die später in anderem Gewand zurückzukommen sein wird, Kap. 5 B. III. 3. a) bb).

[459] *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 101.

[460] Davon geht auch *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 133 nicht aus, die in der vorherigen Erstellung der Plattform keinen Tatbeitrag im Ausführungsstadium erblickt; anders wohl *Bode*, ZStW 2015, 937, 983, der, wenn auch im Rahmen der Mittäterschaft, „eine Möglichkeit der jederzeitigen Aktualisierung einer latenten Herrschaft" ausreichen lassen will.

[461] Vgl. dazu Kap. 4 B. II. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(b) Überlagerung des Tatherrschaftsprinzips

Zum anderen könnte man erwägen, tatsächlich eine Abwendung vom Prinzip der Tatherrschaft und eine Hinwendung zu einem Pflichtdeliktscharakter zu begründen. Eine Konkretisierung dieses Gedankens ist wiederum auf zwei Arten denkbar: Zunächst lässt sich fragen, ob es sich bei den Inhaltsverbreitungsdelikten nicht nur um Jedermann-, sondern daneben auch um Pflichtdelikte handelt ((aa)). Anschließend lässt sich im Vorgriff auf die noch zu klärende Beteiligungsformfrage im Unterlassen erwägen, ob eine Unterlassungstäterschaft – zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen – zu einer Begehungstäterschaft führt ((bb)).

(aa) Inhaltsverbreitungsdelikte als hybride Pflichtdelikte?

Man könnte durchaus versucht sein, das öffentliche Zugänglichmachen zum Teil als Pflichtdelikt[462] zu bewerten. So könnte man etwa mit Ceffinato – der diese Frage im Kontext des Unterlassens behandelt – erwägen, ob eine Teilnahme schon nach allgemeinen Regeln nicht in Betracht kommt, „da der Betreiber gegen die sich speziell an ihn richtende Vermeidepflicht aus § 130 II StGB verstößt und die Herrschaft über die, die Informationen beherbergenden Server ausübt."[463] Auf den zweiten Teil der Begründung, nämlich die Herrschaft über den Inhalt, wird an späterer Stelle in der Unterlassensstrafbarkeit noch zurückzukommen sein.[464] Der erste Teil der Begründung wird hingegen schon bei der Beteiligungsformfrage im aktiven Tun relevant, wenn man die Betreiber bzw. Anbieter speziell durch die Inhaltsverbreitungsdelikte verpflichtet sieht und den Inhaltsverbreitungsdelikten damit eine „Janusköpfigkeit"[465] zuschreibt. Hinter Ceffinatos Begründung lässt sich also vermuten, dass er die Verbreitungsdelikte zwar als Allgemeindelikte versteht, aber zeitgleich als Pflichtdelikte, soweit es um Host-Provider geht.

Eine solche ‚Doppelköpfigkeit' hinsichtlich der Beteiligungsformfrage wird in anderen Bereichen des Besonderen Teils durchaus diskutiert. So sei § 326

[462] Die vorliegende Untersuchung ist nicht der Ort, um der Frage nach der Existenz von Pflichtdelikten, bei denen eine Täterschaft unabhängig von Tatherrschaftsaspekten vorliegt, nachzugehen. Im Folgenden wird die wohl überwiegend geteilte Lehre von *Roxin*, TuT, S. 392 ff. zugrunde gelegt. Vgl. zur Kritik m. w. N. *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, § 25 Rn. 189 f.

[463] *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 407. Die Begründung dürfte auf andere Inhaltsverbreitungsdelikte zu übertragen sein. In eine ähnliche Richtung mag es sprachlich zunächst deuten, wenn betont wird, dass die Inhaltsverbreitungsdelikte umfassende Herstellungs- und Verbreitungsdelikte sind (so *Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte, S. 251; *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB § 130 Rn. 74; *Beisel*, NJW 1995, 997, 999; *Beisel/B. Heinrich*, NJW 1996, 491, 495). Dahinter ist aber nicht eine besondere medienspezifische Pflichtenstellung zu entdecken, sondern letztlich nur die Abgrenzung von speziellen Beteiligungsformkriterien der persönlichen Äußerungsdelikte (*Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte, S. 251) oder von eingeschränkten Verbreitungsverboten, etwa der einfachen Pornographie (*Beisel/B. Heinrich*, NJW 1996, 491, 495).

[464] Vgl. unten Kap. 6 D. I. 2. e).

[465] Vgl. zum Begriff im Abfallstrafrecht *Schittenhelm*, GA 1983, 310, 322.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abs. 1 StGB ein Herrschafts- bzw. Jedermannsdelikt und gleichzeitig ein Pflichtdelikt.[466] Die Pflichtenstellung ergebe sich aus der verwaltungsrechtlichen Sonderverantwortlichkeit, die etwa dem Betriebsinhaber zufällt, der seinen Mitarbeiter beauftragt, die Abfälle rechtswidrig zu entsorgen (§§ 7 Abs. 2 S. 1, 15 Abs. 1 KrWG). In diesem Beispiel seien demnach beide Nebentäter.[467] Dem wird aber schon im Umweltstrafrecht entgegengehalten, dass der Gesetzeswortlaut keine Anhaltspunkte für eine (partielle) Pflichtdeliktseigenschaft enthält; auch nicht bei einer außerstrafrechtlich konkretisierten Sonderpflicht.[468]

Auch im Pressestrafrecht scheint sich in manchen Ausführungen anzudeuten, dass den Pressorganen innerhalb der Inhaltsverbreitungsdelikte eine Sonderrolle zugesprochen wird. So behaupten Kühl/Kudlich/Adam:

> „Der verantwortliche Redakteur […] eines periodischen Druckwerks ist in der Regel Täter des Presse-Inhaltsdelikts. […] Aber auch wenn er nicht selbst Verfasser ist, wird man ihn grundsätzlich als Täter anzusehen haben […]. Denn es ist seine besondere Aufgabe, Veröffentlichungen strafbaren Inhalts zu verhindern (§ 20 Abs. 2 Nr. 1 LPG; LK-StGB/Rosenau StGB § 111 Rn. 27 […]).“[469]

Hinter dieser Kommentierung scheint zu stehen, dass die Sonderpflichtigkeit der Landespressegesetze auch eine Pflichtenstellung des verantwortlichen Redakteurs im Rahmen der allgemeinen Grundsätze (§ 20 Abs. 1 LPG) begründet. Eine solche Übertragung in die allgemeinen Grundsätze würde aber Friktionen mit dem Hinweis erzeugen, dass die allgemeinen Grundsätze zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme gelten[470]. Es würde sich – bei entsprechender Lesart der Auffassung – eine Konfusion der beiden Formen pressestrafrechtlicher Verantwortlichkeit andeuten, auch wenn das pressestrafrechtliche Sonderdelikt freilich andere Zwecke als eine Einebnung der Beteiligungsformen bei allgemeiner Zurechnung verfolgt.[471]

---

[466] *Schittenhelm*, GA 1983, 310, 322; *Heine/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 326 Rn. 21; *Sack*, Umweltschutz-Strafrecht, § 326 Rn. 319; *Witteck*, in: BeckOK-StGB, § 326 Rn. 48; *Heger*, in: L/K/H, § 326 Rn. 14; a. A. *Heghmanns*, in: LK-StGB, § 326 Rn. 130; *Schall*, in: SK-StGB, § 326 Rn. 166.

[467] So *Schittenhelm*, GA 1983, 310, 322; *Heine/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 326 Rn. 21; mit ausführlicher Begründung *Hecker*, Müllablagerung, S. 12 ff.; generell dazu, dass beim Zusammentreffen einer Pflichten- und Herrschaftsstellung keine Mittäterschaft entstehen kann, *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt, S. 158; *Roxin*, TuT, S. 395.

[468] *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 44 ff.; *Schall*, in: SK-StGB, § 326 Rn. 166 sowie *J. Martin*, Sonderdelikte, S. 113 ff., die zudem aufzeigt, dass eine Revision der These von der Doppelköpfigkeit auch vor dem Hintergrund der geänderten verwaltungsrechtlichen Lage geboten ist. Die Ausweitung der Pflichtenstellung auch auf die Erzeuger hätte nämlich eine starke Verwässerung der Sonderpflichtigkeit zur Folge.

[469] *Kühl/Kudlich/Adam*, in: Löffler, § 20 LPG Rn. 86.

[470] *Kühl/Kudlich/Adam*, in: Löffler, § 20 LPG Rn. 81.

[471] Auch der Verweis auf *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 27 spricht insofern gegen eine Überbewertung der „besonderen Aufgabe“, als Rosenau klarstellt: „Für die strafbare Aufforderung nach § 111 als Täter oder Teilnehmer hat sie keinerlei Bedeutung. Gegenüber den

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Sowohl im Bereich des Abfall- als auch im Kontext des Pressestrafrechts gilt es nun zwischen den beiden Arten von Pflichtdelikten zu unterscheiden, um die es gehen könnte: Die (echten) Pflichtdelikte auf der einen und die Garantensonderdelikte auf der anderen Seite. Zweitere setzen, wie sogleich vertieft wird, eine bestimmte Beantwortung der Beteiligungsformfrage im Unterlassen voraus. Diese Prämisse gilt es offenzulegen. Bei Schittenhelm ist nach den Ausführungen zur außerstrafrechtlichen Pflicht folgende Ergänzung zu finden: „Seine [Abfallbesitzer] Sonderpflicht entspricht insoweit einer Garantenpflicht, so daß der Verantwortliche den Tatbestand auch durch Dulden der ungeordneten Beseitigung seiner Abfälle als Täter erfüllen kann."[472] Ähnlich ließe sich nun die soeben zum Pressestrafrecht zitierte Auffassung lesen, wenn man den Verweis auf die Sonderpflichtigkeit als Verweis auf die Garantenpflicht versteht.[473] Eine solche lässt sich nämlich auch für Strafbarkeit nach allgemeinen Grundsätzen aus der Sonderstrafnorm ableiten.[474] Der hierbei genommene Umweg über das Unterlassen, der gleich genauer nachvollzogen werden soll, lässt sich analytisch jedoch von der Frage nach einem (echten) Pflichtdelikt unterscheiden.[475]

Beim Vergleich mit dem Abfall- und Pressestrafrecht zeigt sich zum einen, dass schon dort keineswegs ohne Zweifel eine Janusköpfigkeit von Delikten begründet werden kann und sich die Begründung über den Weg einer Garantenpflicht mit weiteren Prämissen anbahnt (dazu sogleich ((bb)). Daneben lässt sich aber zum anderen schon fragen, woher eine mit den aus dem KrWG und den LPG stammenden Pflichten vergleichbare außerstrafrechtliche Pflichtenstellung der Provider stammen soll. In Betracht kommen dürfte nur der Art. 6 DSA. Dieser begründet dabei aber gerade keine Sonderverantwortlichkeit, sondern dient erst einmal der Begrenzung.[476] Daher lässt sich eine partielle (echte) Pflichtdeliktseigenschaft der Inhaltsverbreitungsdelikte nicht annehmen.

allgemeinen Strafgesetzen wie § 111 sind im Übrigen die pressestrafrechtlichen Sonderbestimmungen subsidiär."

[472] *Schittenhelm*, GA 1983, 310, 322.

[473] Dass die Begründung der Täterschaft des verantwortlichen Redakteurs bei *Kühl/Kudlich/Adam*, in: Löffler, § 20 LPG Rn. 86 diesen Weg gehen soll, scheint jedoch schon deshalb eher fernzuliegen, weil sowohl Kühl als auch Kudlich die sogleich zu erläuternde Prämisse, dass die Beteiligungsformfrage im Unterlassen pflichtenorientiert zu entscheiden ist, ablehnen (dazu Nachweise unten bei Kap. 6 D. I. 2. a): „Einheitsbeihilfe").

[474] Vgl. nur *Schumann*, in: NK-Medienstrafrecht, § 21 LPresseG NRW Rn. 32.

[475] Deutlich im Abfallstrafrecht auch *J. Martin*, Sonderdelikte, S. 112.

[476] Dazu weiter unten im Rahmen der verneinten Frage nach einer Garantenstellung aus Gesetz Kap. 6 C. I. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(bb) Garantensonderpflicht und die „Aufrollung der Teilnahmefrage vom Unterlassen her“[477]

Mit anderer Begründung als der „Janusköpfigkeit“ wird in Teilen des Schrifttums – und dort erstmalig von Jakobs – die These aufgestellt, dass eine Sonderpflichtigkeit auch beim Allgemeindelikt unabhängig von der Beherrschung der Tat zu einer Täterschaft zu führen habe.[478] Jakobs führt hier das Beispiel von der Tötung eines minderjährigen Kindes bei Beteiligung der Eltern unabhängig vom Maß der Beteiligung an.[479] Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird mit der bei Pflichtdelikten zu beobachtenden Gleichsetzung von Tun und Unterlassen begründet.[480] Auch Roxin hat sich – trotz zunächst geäußerter Bedenken an einer „Aufrollung der Beteiligungsfrage vom Unterlassen her“[481] – einem solchen Transfer in das Begehungsdelikt später angeschlossen.[482] Wo im Unterlassen aufgrund der Garantenpflicht i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB eine Unterlassungstäterschaft zu begründen sei, könne für die aktive Beteiligung, sei sie auch im Hinblick auf die Tatherrschaft von untergeordneter Bedeutung, nicht bloße Beihilfe anzunehmen sein.[483] Die Besonderheiten des Garantensonderdelikts im aktiven Tun fußen damit letztlich auf einem argumentum a maiore ad minus.[484]

Es verwundert daher auch nicht, dass derartige Abwendungen vom Tatherrschaftsgedanken spiegelbildlich zu der später noch näher beleuchteten Beteiligungsformfrage im Unterlassen[485] vollzogen werden: Wer den unterlassenden Garanten stets als Täter einordnen will[486], der macht auch in Bezug auf die aktive Tatbegehung keine Unterschiede hinsichtlich des Grundes der Garantenpflicht.[487] Wer aber i. S. d. formellen Garantenlehre zwischen Beschützer- und Überwachergarantenstellung unterscheiden will[488], der nimmt diese Differenzierung auch hinsichtlich der Beteiligungsformfrage im aktiven Tun vor.[489]

---

[477] *Grünwald*, GA 1959, 110, 114.

[478] *Jakobs*, AT, 21/116; zust. *Frister*, AT, § 26 Rn. 33; *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt, S. 89 ff.

[479] *Jakobs*, AT, 21/116.

[480] Vgl. *Frister*, AT, § 26 Rn. 32.

[481] *Roxin*, TuT, S. 558: „würde insoweit jede Anstiftung und Beihilfe überhaupt ausschalten“; mit Bezug auf *Grünwald*, GA 1959, 110, 114.

[482] *Roxin*, TuT, S. 888 f.; *Roxin*, in: FS-Schünemann, S. 509, 524 f.

[483] *Roxin*, TuT, S. 889.

[484] Vgl. die ausführliche Herleitung bei *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt, S. 150 ff.

[485] Ausführlich unten Kap. 6 D.

[486] *Roxin*, TuT, S. 512 ff.; *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 140 ff.; *Frister*, AT, § 26 Rn. 40.

[487] *Roxin*, TuT, S. 888 f.; *Frister*, AT, § 26 Rn. 33 mit Hinweis auf den Ausnahmecharakter der Ingerenz, wenn sich die Beteiligung in dem pflichtwidrigen Vorverhalten erschöpft.

[488] In dieser Richtung *Jakobs*, AT, 29/101, 106; ebenso *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt, S. 89 ff.

[489] *Jakobs*, AT, 21/116; *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt, S. 149 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eine Aufrollung der Beteiligungsfrage im aktiven Tun vom Unterlassen her ist nicht ohne Widerspruch geblieben. So bringt Chen gegen die Begründung einer Begehungstäterschaft das Analogieverbot vor: „[d]enn die Möglichkeit unmittelbarer Begehungstäterschaft [ist] in diesen Fällen angesichts der explizit zur Täterschaft erhobenen Fälle der Teilnahme etwa bei der Körperverletzung im Amt gemäß § 340 oder der Untreue gemäß § 266 als unbestrittene Fälle der Pflichtdelikte nämlich e contrario ausgeschlossen“.[490] Wie sich aber hieraus ein Umkehrschluss soll begründen können, bleibt unklar, ist doch eine Beachtung des Pflichtdeliktsgedankens bei den Jedermanns-Delikten expressis verbis schon ihrer Natur nach nicht einschlägig.[491] Die Begründung des Pflichtdeliktscharakters wird erst über den Umweg des § 13 Abs. 1 StGB und die dort von den Befürwortern des Transfers ins Begehungsdelikt vertretenen pflichtenbezogenen Antworten auf die Beteiligungsformfrage vorgenommen. Deshalb ist die explizite Aufnahme in den §§ 266, 340 StGB in der entgegengesetzten Richtung eines Umkehrschlusses, nämlich als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips der Pflichtdelikte zu verstehen.[492] Ein Verstoß gegen das Analogieverbot kann darin letztlich nicht gesehen werden, geht es doch um die Auslegung des § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB.[493]

Zu beachten ist jedoch die Pfadabhängigkeit dieser Lösung von der Entscheidung zugunsten einer pflichtenorientierten Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Unterlassen. Die Begründung von Jakobs und Roxin verfolgt gerade nicht allein den Anspruch, Wertungswidersprüche zu vermeiden, sondern geht spezifisch von den pflichtenbezogenen Theorien aus und bietet eine konsequente Fortführung ihres jeweiligen Gedankens.[494] Da in dieser Untersuchung, wie im letzten Kapitel zu zeigen sein wird[495], eine an (modifizierten) Tatherrschaftsgesichtspunkten orientierte Lösung verfolgt werden soll, wird der Pfad der pflichtenorientierten Theorien jedoch nicht mitgegangen. Daher lässt sich der Tatherrschaftsgedanke im Begehungsdelikt nicht mit einer Garantensonderpflicht überlagern.

cc) Zwischenfazit: Unmittelbare Täterschaft beim Inhaltsverbreitungsdelikt

Es wurde gezeigt, dass eine unmittelbar täterschaftliche Begehung der Inhaltsverbreitungsdelikte grundsätzlich anhand der Handlungsherrschaft zu bestimmen ist. Für die Anbieter kommt es daher entscheidend darauf an, ob der Inhalt ausnahmsweise erst durch ihre Freigabe oder – und so wird es regelmäßig liegen – automatisch und ohne weiteres Zutun in das Angebot eingestellt wird. Dabei überzeugt es weder,

---

[490] *Chen*, Garantensonderdelikt, S. 79; vgl. auch schon *Schroeder*, Täter, S. 86.

[491] Vgl. *Roxin*, in: FS-Schünemann, S. 509, 525.

[492] So auch *Roxin*, in: FS-Schünemann, S. 509, 525; zust. *Feng*, Beteiligung, S. 308 Fn. 254; vgl. auch eingehend *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt, S. 154 f.

[493] *Feng*, Beteiligung, S. 308 Fn. 254.

[494] Vgl. *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt, S. 152 Fn. 22.

[495] Vgl. unten Kap. 6 D. I. 2. e).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Handlungsherrschaft über die Automatisierung zu verwässern, noch, vom Tatherrschaftsgedanken Abstand zu nehmen und die Inhaltsverbreitungsdelikte generell als (partielle) Pflichtdelikte zu verstehen.

Jedoch dürfte damit die Kritik an den ersten medienstrafrechtlichen Judikaten, insbesondere im Altermedia-Fall zur Beteiligungsform beim öffentlichen Zugänglichmachen noch nicht abschließend formuliert sein. Es wird nach einer Behandlung mittäterschaftlicher Grundsätze im Folgenden nämlich auf diese Entscheidungen zurückzukommen sein, um offenzulegen, dass es der Rechtsprechung wohl um eine mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft zu gehen scheint.

b) Mittäterschaftliche Zurechnung, § 25 Abs. 2 StGB

Es bleibt – so wie zwischen Einsender und Redakteur im Pressestrafrecht[496] – für eine Einordnung der Anbieter zweiter und dritter Ordnung als Täter daher der Weg über die mittäterschaftliche Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 StGB.[497] Zurechnungsgegenstand für den Anbieter wäre sodann die Abgabe des strafrechtlichen Inhalts durch Eingabebefehl des Nutzers.[498]

aa) Gemeinsamer Tatentschluss

Zunächst wäre für eine mittäterschaftliche Zurechnung des Tatbeitrages des Nutzers ein gemeinsamer Tatplan notwendig; und zwar auch dann, wenn man – wie hier – der Tatherrschaftslehre folgt.[499] Er erfordert das gegenseitige, auf gemeinsamen Wollen beruhende Einvernehmen, eine bestimmte Tat durch gemeinsames, arbeitsteiliges Handeln zu begehen.[500]

(1) Unkenntnis des Nutzers

Fraglich ist, ob es der Bildung einer subjektiven Grundlage für die Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 StGB entgegensteht, wenn sich Nutzer und Anbieter zweiter Ordnung aufgrund etwaiger Pseudonymisierungen durch die Nutzung von Nicknames nicht real zuordnen können. Aus diesem Grund wird zum Teil bereits ein

[496] Zum pressestrafrechtlichen Vergleich oben Kap. 5 B. III. 1. a) bb) (2) (a) (aa).

[497] Eine Lösung über die Mittäterschaft deutet auch *Mansdörfer*, in: BeckOK-IT-Recht, § 25 Rn. 3 an.

[498] Die mittäterschaftliche Zurechnung bleibt freilich unabhängig von dem etwaigen Vorliegen einer kriminellen Vereinigung und der mitgliedschaftlichen Förderung. Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich die anderen Mitglieder hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligen oder ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben. Vgl. BGH NStZ 2011, 577, 578; BeckRS 2023, 18384, Rn. 20 jeweils m. w. N.

[499] *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 195; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 25 Rn. 121 m. w. N.; a. A. *Derksen*, GA 1993, 163 ff.

[500] Statt vieler *Heger*, in: L/K/H, § 25 Rn. 10.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ausschluss mittäterschaftlicher Zurechnung beim Betrieb kriminell ausgerichteter Handelsplattformen vertreten.[501] Warum aber dieses Hindernis einer Identifizierung einer Zurechnung entgegenstehen soll, erklärt sich nicht. Richtigerweise reicht es aus, wenn sich die Beteiligten darüber im Klaren sind, dass andere Personen an der Tat mitwirken und alle im bewussten und gewollten Zusammenwirken handeln.[502] Eine andere Konstellation aus dem Bereich der Cyberkriminalität verdeutlicht das: Internetblockaden – bei denen häufig in Form von virtuellen Protestaktionen besonders viele Personen zusammenwirken, indem sie zu einer bestimmten Zeit die Website des Opfers aufrufen, um gezielt einen Serverabsturz mit entsprechenden wirtschaftlichen Schäden herbeizuführen – sind davon geprägt, dass sich die Vielzahl der Protestierenden nicht real zuordnen kann.[503] Auch in diesen Konstellationen fehlt es den Mitwirkenden also an Personenkenntnis der anderen und sogar am Wissen um die Anzahl der Mitwirkenden. Für einen gemeinsamen Tatplan muss es aber ausreichen, dass die einzelnen Nutzer wissen, dass sie sich mit ihren jeweiligen Minimalbeiträgen erst durch das Zusammenwirken mit mehreren zu einer Gesamttat verbinden.[504]

Auch steht es einem gemeinsamen Tatentschluss zwischen Anbieter und Nutzer nicht entgegen, dass sie sich nicht ausdrücklich zur Tat verabreden; eine konkludente Erklärung genügt.[505] In diesem Zusammenhang erläutern Schünemann/Greco: „Nicht nötig ist hierbei, dass der eine Mittäter die von dem anderen ausgesandten und von ihm als solche erkannten und akzeptierten Signale wieder zurückmeldet, sofern nur der andere seinen Tatbeitrag in Erwartung der Akzeptanz leistet."[506] Auf den ersten Blick dürfte diese Beschreibung die hier interessierende Kommunikation treffen: Der Anbieter zweiter oder dritter Ordnung sendet das entsprechende Signal, namentlich die Bereitstellung des Angebots zur Begehung von Kommunikationsdelikten aus. Der Content-Provider leistet ohne eine vorherige Rücksprache mit dem Anbieter durch die Einstellung des Inhalts seinen Beitrag. Damit ist gerade kein Fall des – nur vereinzelt für ausreichend gehaltenen – Einpassungsentschlusses gemeint,

[501] *Ceffinato*, ZRP 2019, 161; ähnlich auch *Wittmer*, Darknet, S. 119 f., die einen gemeinsamen Tatentschluss bereits mit der Begründung ablehnen will, dass es bei automatisierter Veröffentlichung nicht zum Kontakt zwischen Plattformbetreiber und Nutzer komme.

[502] BGH NStZ 2010, 342, 343; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 25 Rn. 72; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 195; *Roxin*, AT II, § 25 Rn. 192.

[503] Dazu und zu der mittäterschaftlichen Behandlung *Kelker*, GA 2009, 86 ff.

[504] *Wengenroth*, Virtuelle Sit-Ins, S. 151; zust. *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 25 Rn. 72.

[505] *Noltenius*, in: Handbuch Strafrecht, § 51 Rn. 45 mit Hinweis darauf, dass sich aber die Abstimmung nicht aus einer bloßen Verkehrserwartung bilden kann, weil es sich bei der Mittäterschaft nicht um ein redliches Geschäft handele.

[506] *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 195.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bei dessen Vorliegen es an einer Wechselbezüglichkeit der Tatbeiträge komplett fehlt und Mitwirkende keine Kenntnis vom Tatbeitrag des anderen nehmen.[507]

(2) Unkenntnis des spezifischen Inhalts

Das Problem dürfte indessen an anderer Stelle zu suchen sein: Der Tatbeitrag, der durch die Anbieter geleistet wird, ist ein multifunktionaler. Anders als bei der Internetblockade, wo gemeinsam durch weitgehendst identische Tatbeiträge unabhängig voneinander auf einen Taterfolg hingearbeitet wird, geht von den kriminell ausgerichteten Angeboten eine fördernde Wirkung für verschiedenste Kommunikationsdelikte, aber auch für Inhalte unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit aus. Daraus wird überwiegend gefolgert, dass seitens des Plattformbetreibers kein auf die Begehung spezifischer Einzeltaten gerichteter Tatplan in Korrespondenz mit dem Content-Provider entstehen kann.[508] Zieschang geht indessen davon aus, dass eine Kenntnis des Inhalts entbehrlich sei, um einen gemeinsamen Tatentschluss hinsichtlich der Veröffentlichung annehmen zu können. Ausreichend sei die konkludente Fassung des Tatplans angesichts der kriminellen Ausrichtung der Plattform.[509]

Dem hält A. Weber im Hinblick auf Plattformen im Darknet entgegen, dass der gemeinsame Tatentschluss streng tatbestandsbezogen sei und „Nutzer und Betreiber im Zeitpunkt der gemeinsamen Entschlussfassung alle Merkmale des einschlägigen Tatbestands in ihren Vorsatz aufnehmen [müssten]".[510] Es lasse sich jedoch kein Zeitpunkt feststellen, in dem Plattformbetreiber und Nutzer eine hinreichend auf einen Tatbestand konkretisierte Willensübereinstimmung aufweisen: Bei der Anmeldung der Nutzer sei noch nicht klar und schon gar nicht hinreichend kommuniziert, ob und welche Inhalte auf der Plattform bereitgestellt werden.[511] Im Moment der Schaltung eines konkreten Angebots für eine verbotene Dienstleistung oder Ware fehle es sodann an der Kenntnis des Betreibers hinsichtlich des einschlägigen Tatbestands.[512] Die kriminelle Ausrichtung allein genüge noch nicht.[513] Anders liege es hingegen in solchen Fällen, in denen ein Plattformbetreiber den Nutzern einen

[507] Für das Ausreichen eines Einpassungsentschlusses: *Jakobs*, AT, 21/43; in dieser Richtung auch *Derksen*, GA 1993, 163 ff.; *Lesch*, ZStW 1993, 271 ff.; *von Danwitz*, Mittäterschaft, passim. Zur Kritik *Roxin*, TuT, S. 867 ff.

[508] *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 408; zust. *Safferling/Rückert*, Analysen & Argumente 291, S. 10; *Greco*, ZIS 2019, 435, 440; so auch *Bächer*, Plattform, S. 152.

[509] So *Zieschang*, GA 2020, 58, 62 Fn. 29.

[510] *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 140; den Ausschluss des gemeinsamen Tatplans will *Wüst*, Underground Economy, S. 87 damit begründen, dass die Betreiberin eines kriminell ausgerichteten Marktplatzes kein arbeitsteiliges Zusammenwirken erstrebe, sondern lediglich die Taten der Nutzer fördern will. Diese Ausführungen beziehen sich aber deutlich mehr auf die Annahme eines animus auctoris als auf die Konkretisierung der Tat. In dieser Richtung zum Teil auch *Safferling/Rückert*, Analysen und Argumente 291, S. 11.

[511] *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 140.

[512] *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 141.

[513] *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 141.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Upload nur ermöglicht, wenn diese vor ihrer Registrierung in ihrer Bewerbung deutlich gemacht haben, über die Verlinkung auf der Plattform systematisch Urheberrechtsverstöße begehen zu wollen (bspw. kino.to[514]).[515]

Auf die Anbieter innerhalb sozialer Netzwerke übertragen, müsste ähnliches wie für die Betreiber von kriminell ausgerichteten Handelsplattformen zu sagen sein: Regelmäßig fehlt es an einem Bewerbungsverfahren, in dem sich etwa einer Gruppe beitretende Nutzer verpflichten, nur Inhalte hochzuladen, die bestimmte Straftatbestände erfüllen. Selbst wenn die Aufnahme in ein Angebot zweiter Ordnung erst nach Beantwortung bestimmter Fragen, etwa der Erklärung der eigenen Motivation erfolgt, dürfte diese selten eine verlässliche Grenze für Kommunikationsdelikte markieren. Außerdem dürfte die Zulassung zum Angebot zweiter Ordnung selten an die Zusage einer aktiven Beteiligung innerhalb des Angebots geknüpft sein. Es liegt gerade in der Natur der Angebote zweiter Ordnung, auch passive Nutzer zu erreichen. Darin kann ein Unterschied zur Bewerbung um die Registrierung bei Plattformen gesehen werden, die auf den Austausch von urheberrechtlich geschützten Materialien, aber auch von Kinderpornographie gerichtet ist. Schließlich geht es dort nicht nur um die Verpflichtung, überhaupt aktiv zu werden, sondern auch gerade um die inkriminierte Veröffentlichung von Inhalten (bspw. § 106 UrhG) bzw. die Veröffentlichung inkriminierter Inhalte (bspw. § 184b StGB).

Auch wenn A. Weber bei ihrer Differenzierung zwischen den multifunktionalen Plattformen und der Plattform mit verbindlichem Auswahlverfahren im Ergebnis zugestimmt werden kann, scheint zweifelhaft, ob mit der strikten Tatbestandsbezogenheit des gemeinsamen Tatplans die treffende Begründung gefunden ist. Schließlich handelt es sich, wie eingehend erläutert[516], um eine allgemeine Frage der Vorsatzkonkretisierung, die der Bildung eines Tatplans vorausgeht.[517]

(3) Hinzutreten des Nutzers nach Erbringung des Tatbeitrages

Die Frage nach der Vorsatzkonkretisierung führt dabei aber bereits in Richtung des maßgeblichen Problems: die zeitliche Struktur der Tatplanbildung. Denn der Tatentschluss auf Seiten des Nutzers bildet sich erst zu einem Zeitpunkt, in dem der Anbieter seinen Tatbeitrag hinsichtlich der konkreten Tat bereits erbracht hat. Es mangelt also an der für die Mittäterschaft charakteristischen und im gemeinsamen Tatplan notwendigerweise angelegten Wechselbezüglichkeit der Tatbeiträge, die so erst eine funktionelle Tatherrschaft begründen können.

Zwar wirkt die Bereitstellung des Angebots mitsamt seiner kriminellen Ausrichtung auf den sich äußernden Nutzer ein. Man muss jedoch nicht einmal so weit

[514] LG Leipzig ZUM 2013, 338, 340 f.; vgl. die höchstrichterliche Bestätigung auch im Hinblick auf die Nachfolgeplattform kinox.to BGH MMR 2017, 237, 238.

[515] *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 141; dazu auch *Bode*, ZStW 2015, 937, 983.

[516] Vgl. oben Kap. 5 B. II.

[517] Vgl. auch *Seher*, JuS 2009, 1, 6; *Seher*, JuS 2009, 304, 305.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gehen, die Mittäterschaft als einen Spezialfall der gegenseitigen Anstiftung zu begreifen[518], um den fehlenden motivatorischen Einfluss auf den Anbieter durch die Veröffentlichung eines inkriminierten Inhalts für relevant zu halten. Das gilt jedenfalls für die hier maßgebliche konkrete Tat. Ob der Anbieter durch entsprechende Veröffentlichungen motiviert ist, das Angebot weiter aufrechtzuerhalten, etwa weil er erkennt, dass es dem Zweck entsprechend aktiv genutzt wird, ist ohne Relevanz. Es fehlt also letztlich an einem tatherrschaftlichen Einfluss[519] auf den Anbieter i. S. e. funktionellen Tatherrschaft, wenn der Tatbeitrag durch den Anbieter in Unkenntnis des konkreten Inhalts bereits erbracht ist.

Dass im Falle von kino.to etwas anderes gelten könnte, ließe sich vor diesem Hintergrund damit erklären, dass durch den Bewerbungsprozess und das Auseinanderfallen des geäußerten Tatentschlusses durch den Nutzer einerseits und der Erbringung seines Tatbeitrages andererseits eine funktionale Tatherrschaft in der Verabredung angelegt ist. Für den Betreiber der Linksammlung und das zugrundeliegende Geschäftsmodell ist es nämlich zentral, dass registrierte Nutzer ihre Tätigkeit zusagen.

Anders würde es im Hinblick auf die Anbieter zweiter Ordnung liegen, wenn sie innerhalb der Gruppe oder auf der Seite im Einzelnen Inhalte kontrollieren und freigeben.[520] Dann wird ein spezifisches Handlungsgeschehen zum Objekt des wechselseitigen Zusammenwirkens.[521] Unbeachtlich ist, dass die Konkretisierung der Mitwirkung vom Anbieter dem Nutzer, der einen Inhalt im Rahmen des Angebots zweiter Ordnung abgeben will, nicht gesondert, sondern erst mit der Tatverwirklichung kommuniziert wird. Es liegt die von Schünemann/Greco beschriebene Situation der Leistung eines Tatbeitrages in Erwartung der Akzeptanz vor.[522] In einem solchen Falle besteht aber bereits keine Notwendigkeit für eine mittäterschaftliche Zurechnung, da der Anbieter eigenständig alle Tatbestandsmerkmale im Sinne einer unmittelbaren Täterschaft erfüllt.[523] Vielmehr stellt sich hier die Frage, wie eine Zurechnung des öffentlichen Zugänglichmachens zum Nutzer ermöglicht wird. Denn eine nebentäterschaftliche Begehung muss – wie bereits im Vergleich zum Pressestrafrecht angedeutet[524] – für den Nutzer dort ausscheiden, wo die Tatherrschaft über das Zugänglichmachen durch den Freigabevorbehalt dem Anbieter

[518] So *Hoyer*, in: SK-StGB, § 25 Rn. 127, 133.

[519] *Steckermeier*, Tatentschluss, S. 58 ff. spricht insofern von der „verlängerten Tatherrschaft"; vgl. zur zeitlichen Dimension der gemeinsamen Tatplanfassung auch *Seher*, JuS 2009, 304, 306.

[520] So liegt es im Übrigen auch im Falle von kino.to. Sog. Freischalter haben die durch Uploader eingereichten Links auf Funktionsfähigkeit und Übereinstimmung mit den Vorgaben des Plattformbetreibers kontrolliert (vgl. *Reinbacher*, NStZ 2014, 57, 58).

[521] Vgl. auch *Wüst*, Underground Economy, S. 174 f.; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 142.

[522] *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 195.

[523] Vgl. oben Kap. 5 B. III. 1 a) bb).

[524] Dazu oben Kap. 5 B. III. 1 a) bb) (1).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zweiter Ordnung zufällt. Im Rahmen dieser Frage dürften dann die nachfolgenden Erwägungen zur gemeinsamen Tatausführung primär relevant werden.

bb) Gemeinsame Tatausführung

Hier lautet die Frage: Tritt der Anbieter als Zentralgestalt im Rahmen der Tatausführung auf? Zum Teil wird angenommen, dass eine mittäterschaftliche Zurechnung bereits daran scheitert, dass der Plattformbetreiber und so auch die hier im Blick stehenden Anbieter keinen Tatbeitrag im Ausführungsstadium, sondern allein im Vorbereitungsstadium leisten.[525] Ist eine Freigabe durch den Anbieter nicht notwendig, um den Inhalt zu veröffentlichen, so fehlt es – wie sich bereits bei der Behandlung der unmittelbaren Täterschaft gezeigt hat[526] – an einem Tatbeitrag der Anbieter im Ausführungsstadium.

Nach überwiegend vertretener Auffassung kann jedoch auch ein Beitrag, der im Vorbereitungsstadium geleistet wird, dann eine funktionelle Tatherrschaft begründen, wenn der Tatbeitrag der Tat sein Gepräge gibt und im Ausführungsstadium fortwirkt.[527] Zieht man in diesem Kontext das Merkmal der Planungsherrschaft als Merkmal einer weiten Tatherrschaftstheorie heran, so lässt sich kaum eine derartige Planung der Anbieter zweiter und dritter Ordnung erkennen, die ein Ausführungsminus kompensieren könnte.[528] Gegen eine solche Planungsherrschaft spricht nämlich zweierlei: Zum einen zeichnet sich die Begehung von Inhaltsverbreitungsdelikten durch eine verhältnismäßig vorbereitungsarme Tatbegehung aus; für eine Planungsphase gibt es kaum Raum. Zum anderen spricht auch die Multifunktionalität der digitalen Infrastruktur als Tatbeitrag gegen eine Planungsherrschaft. Denn mit ihr kann nicht sinnvoll vorgezeichnet werden, wie das Delikt konkret begangen wird, lässt sich der Tatbeitrag doch ebenso gut für angebotsvermittelte Kommunikation unterhalb der strafrechtlichen Schwelle oder gegen völlig andere Personen und Institutionen nutzen. Dass die Inhalte anschließend, wenn sie nicht der kriminellen Ausrichtung bzw. der politischen oder ideologischen Vorstellung des Anbieters entsprechen, gelöscht werden könnten, steht auf einem anderen Blatt. Dies wirkt sich jedenfalls nicht auf die Planungsherrschaft aus.

Doch selbst wenn man ein irgendwie geartetes Plus in der Vorbereitungsphase entdecken wollte, kann kaum von einer gemeinsamen Begehung der Tat gesprochen werden. Der Versuch, über die Relevanz des Tatbeitrages einen Ausgleich für die

[525] Vgl. *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 408; *Greco*, ZIS 2019, 435, 440; *Wüst*, Underground Economy, S. 88; a. A. *Zieschang*, GA 2020, 58, 61 f., der jedenfalls hinsichtlich illegal ausgerichteter Handelsplattformen von einem Tatbeitrag im Ausführungsstadium ausgeht.

[526] Vgl. erneut Kap. 5 B. III. 1. a) bb).

[527] *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 25 Rn. 67 m. w. N.; im Hinblick auf das Hostproviding *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 132 ff.

[528] Vgl. zu kriminell ausgerichteten Handelsplattformen *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 135; ebenso *Bächer*, Plattform, S. 147 f.; i. E. auch *Wüst*, Underground Economy, S. 88, die auf die Entfernung von dem letztlich angebahnten Geschäft abstellt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mangelnde Entscheidungsherrschaft im Ausführungsstadium zu erwirken, muss scheitern. Der Anbieter kann nämlich dort, wo kein Freigabevorbehalt besteht, nicht auf das Scheitern der Tatausführung hinwirken. Dass er regelmäßig im Nachhinein eine Löschung des Inhalts vornehmen und so ggf. eine Vertiefung der Rechtsgutsverletzung[529] verhindern kann, spielt indessen keine Rolle, da die potenzielle Tatherrschaft erst zu einem Zeitpunkt nach Vollendung der Tat (etwa öffentliche Zugänglichkeit) entsteht und – wie an späterer Stelle zu zeigen sein wird – von der Handlungsherrschaft und der funktionalen Tatherrschaft wesensverschieden ist.[530] Die gemäßigten Variante der Tatherrschaftslehre droht dabei, die Grenzen zwischen Täterschaft und Teilnahme zu verwischen.[531] Sie läuft Gefahr – unabhängig davon, ob man allein an die Planung der Tat oder an das Gewicht des Tatbeitrages generell anknüpft–, die Anforderungen im Vergleich zur Selbstbegehung derart weit abzusenken, dass auf die (Mit-)Schaffung der unmittelbaren Gefahr der Tatbestandsbegehung verzichtet wird.[532] Letztlich stellt das Kriterium des Fortwirkens schon kein belastbares Abgrenzungsmerkmal für Täterschaft und Teilnahme bereit, weil bereits dem Gehilfenbeitrag nach vorzugswürdiger Auffassung eine kausale Förderungswirkung im Hinblick auf die Tat zukommen muss.[533] Kriminalpolitische Argumente für ein weites Verständnis der funktionalen Tatherrschaft können letztlich nicht über den Wortlaut des § 25 Abs. 2 StGB (der eine gemeinsame *Begehung* voraussetzt) und der Verunklarung der Abgrenzung von anderen Beteiligungsformen hinwegtragen.[534]

Eine Ausnahme soll nach Schünemann/Greco dort gelten, wo sich bei einer nicht rechtsgelösten Organisation (etwa Wirtschaftsunternehmen) die Garantenhaftung des Prinzipals mit dessen im Vorbereitungsstadium geleisteten Beiträgen addiert. Hier trete an die Stelle der Tatherrschaft im Ausführungsstadium die andauernde Organisationsherrschaft.[535] Unabhängig von den Fragen, ob die Anbieter eine Garantenpflicht trifft[536], ob diese mit der vorstehenden Garantenhaftung vergleichbare Strukturen aufweisen würde und ob ein hinreichender organisatorischer Zusammenhang zwischen den Nutzern und den Anbietern besteht[537], soll eine Ausnahme

[529] Dazu ausführlich Kap. 6 B. IV.

[530] Vgl. dazu unten Kap. 6 D. I. 2. e). Lediglich um eine Fiktion bzw. eine Form der übergeordneten Herrschaft geht es *Bode*, ZStW 2015, 937, 983, wenn er es für unerheblich hält, dass sich der Betreiber durch die Automatisierung der aktuellen Kontrolle begeben hat und es ausreichen lassen will, dass die latente Herrschaft des Betreibers jederzeit aktualisierbar ist.

[531] *Roxin*, AT II, § 25 Rn. 198 ff.; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 205 jeweils mit Hinweis darauf, dass die gemäßigte Ansicht zu einer mittelbaren Täterschaft zweiter Klasse degradiert werde, wenn die Einflussnahme des Hintermannes auf den Vordermann nicht für § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB ausreicht, sodann aber als „Stärkung des Tatentschlusses" durch § 25 Abs. 2 StGB berücksichtigt werden könnte.

[532] *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, § 25 Rn. 204.

[533] *Roxin*, TuT, S. 873.

[534] Vgl. auch *Noltenius*, in: Handbuch Strafrecht, § 51 Rn. 64.

[535] *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 209.

[536] Dazu Kap. 6 C.

[537] Vgl. nur entfernt oben Kap. 5 A. I. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

vom strengen Tatherrschaftsprinzip dann nicht gelten, wenn die endgültige Entscheidung, ob vom vorher geleisteten Tatbeitrag Gebrauch gemacht wird, allein beim Träger der Handlungsherrschaft liegt. Das gilt selbst dann, wenn es sich um einen für die Tat unerlässlichen Tatbeitrag handelt.[538] So liegt es auch regelmäßig beim Nutzer innerhalb des fremden Angebotes. Die Entscheidung über den Gebrauch der Reichweite liegt – unabhängig von etwaigen gruppendynamischen Eindrücken – vollständig beim Nutzer. Daher ist selbst diese spezielle Ausnahme der ‚Organisationsmittäterschaft' von der prinzipiellen Anforderung an die Tatbeteiligung im Ausführungsstadium nicht einschlägig.

cc) Zwischenergebnis: Mittäterschaft

Eine mittäterschaftliche Zurechnung des öffentlichen Zugänglichmachens zum Anbieter scheitert in den Konstellationen, in denen Nutzer Inhalte veröffentlichen, ohne dass es einer Freigabe durch den Anbieter bedarf. Zurückzuführen ist dies auf die besondere zeitliche Struktur, die solchen Sachverhalten zugrunde liegt: Im Hinblick auf den gemeinsamen Tatplan schadet es, dass Entäußerung des Tatentschlusses mit der Begehung der Tat zusammenfällt und somit keinerlei Einfluss mehr auf den Tatbeitrag des Anbieters genommen werden kann. Hinsichtlich der gemeinsamen Tatausführung steht im Wege, dass der Anbieter seinen Tatbeitrag im Vorbereitungsstadium erbringt; unabhängig von der generellen Kritik an einer Mäßigung der Tatherrschaftslehre, lässt sich bei den Anbietern kaum eine besondere Planungsherrschaft entdecken.

c) Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Es wurde gezeigt, dass sowohl hinsichtlich einer unmittelbaren Täterschaft der Anbieter (§ 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB) als auch hinsichtlich einer Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) keine Tatherrschaft hinsichtlich des öffentlichen Zugänglichmachens angenommen werden kann. In beiden Fällen zwingt die zeitliche Struktur des Geschehens – jedenfalls dann, wenn der Anbieter sich eine Freigabe des Inhalts nicht vorbehält – dazu, eine Handlungsherrschaft oder funktionale Tatherrschaft zu verneinen. Hätte man sich jeweils vom Tatherrschaftsgedanken ab- und einer Gesamtbetrachtung zugewendet, die das Gewicht des Tatbeitrages (wohlgemerkt auf eher willkürliche Weise) bemisst, dann hätte sich ggf. ein anderes ergeben.

Es kann aber nun gefragt werden, ob dieses besondere Gewicht des Anbieterbeitrages im Rahmen der mittelbaren Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) auf dogmatisch stimmigere Weise berücksichtigt werden kann. Da es in der Regel an einem Strafbarkeitsdefizit des Nutzers mangeln wird, kommt nur die Annahme eines „Täters hinter dem Täter"[539] in Betracht. Eine solche ist schon deshalb besonders

[538] *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 209.

[539] Zum Begriff *Schroeder*, Täter, S. 166.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

begründungsbedürftig, weil sie stets Ausnahme von der dem § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zugrundeliegenden Abschichtung von Verantwortungssphären ist.[540] Einzig denkbarer Anknüpfungspunkt ist es hier – angelehnt an obige Erörterung des organisatorischen Elements im Rahmen des § 129 Abs. 2 StGB[541] –, an die Organisationsherrschaft zu denken. Im Folgenden sollen die ersten Schritte der medienstrafrechtlichen Rechtsprechung (aa)) und des Schrifttums (bb)) in einer solchen Richtung nachgezeichnet werden, um anschließend einen kritischen Blick auf derartige Expansionsbewegungen zu werfen (cc)).

aa) Organisationsherrschaft in der medienstrafrechtlichen Rechtsprechung

Sich der Organisationsherrschaft im Bereich der Angebote innerhalb sozialer Netzwerke näher zu widmen, lohnt sich schon deshalb, weil die Rechtsprechung ihren ohnehin äußerst extensiven Kurs der Anwendung im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen hier fortzusetzen scheint.

(1) Goyim-Fall

Besonders eindrücklich ist insofern die Hauptsacheentscheidung des BGH im Goyim-Fall.[542] Neben der bereits behandelten Frage, ob eine kriminelle Vereinigung auch dort angenommen werden kann, wo die Mitglieder allein virtuell kommunizieren[543], ist die Begründung des 3. Strafsenats im Hinblick auf die individuelle Zurechnung beachtlich. Da – den Sachverhalt reduzierend – beide Angeklagten ein Angebot zweiter Ordnung innerhalb des sozialen Netzwerks vk.com betrieben, auf der sie beide selbst, aber auch dritte, volksverhetzende Inhalte einstellten, liegt die Entscheidung nah am in dieser Untersuchung behandelten Grundfall. Zwar traten die Angeklagten beide als Content-Provider auf, stellten also eigene Inhalte auf der gemeinsamen Seite ein. Zugleich sind sie aber Host-Provider, wenn der andere Angeklagte als Content-Provider auftritt.[544] Die Vorinstanz hatte eine Zurechnung der volksverhetzenden Inhalte des jeweils anderen über § 25 Abs. 2 StGB angenommen.[545]

---

[540] Vgl. nur *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 25 Rn. 22; ausführlich zum Selbstverantwortungsprinzip im Kontext der mittelbaren Täterschaft *Greco*, ZIS 2011, 9 ff. sowie die Nachweise bei *Radde*, JURA 2018, 1210, Fn. 15.

[541] Vgl. Kap. 5 A. I. 1. b).

[542] BGH BeckRS 2023, 18384 (Goyim II).

[543] Vgl. dazu oben Kap. 5 A. I. 2. b) aa) (2).

[544] Zur funktionalen Zuordnung zu den Providertypen im Kontext den medienrechtlichen Privilegierungen Kap. 3 B. II.

[545] OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Mai 2022 – 6 StS 2/21 –, juris, Rn. 497 (Goyim) jedoch ausdrücklich nur für solche Inhalte, die unter dem gemeinsamen Administratoren- bzw. Editorenaccount eingestellt wurden. Da sich die folgende Begründung nicht auf den Unterschied zwischen der Verwendung eines gemeinsamen Accounts und eines persönlichen Accounts bezieht, liegt es nahe, dass die Vorinstanz nur in diesem Bereich die Notwendigkeit

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der 3. Strafsenat widerspricht dem zu Recht: Während sich die Ausführungen des OLG Düsseldorf auf das arbeitsteilige Vorgehen der Organisation beziehen (z. B. Absicherung des Bestands des Angebots zweiter Ordnung durch verschiedene Administratorenaccounts für den Fall der Sperrung einzelner Accounts)[546], moniert der BGH, dass es an einem Mitwirkungsakt an der konkreten Einzeltat mangele[547]. Es fehle schon mangels gemeinsamer Absprache an einem Einfluss auf den konkreten Inhalt und die Frequenz, in der antisemitische volksverhetzende Inhalte auf die Seite gestellt wurden.[548]

Sodann begründet der BGH die Zurechnung der jeweils anderen Inhalte über die Organisationsherrschaft und nimmt so – ohne es explizit zu machen – eine mittelbare Täterschaft an.[549] Beide Angeklagten hätten sich „im Vor- und Umfeld der Taten am Betrieb, an der Gestaltung und der Absicherung der Goyim-Seiten auf vk.com [beteiligt]. Auf diese Weise leisteten beide einen wesentlichen Beitrag zur tatnotwendigen Infrastruktur. Das rechtfertigt es, dem ‚Hintermann' eine einzige Tat für die gesamten Posts des jeweils anderen pro jeweiliger Goyim-Seite zuzurechnen, auf der die Beiträge erschienen."[550] Angeknüpft also an die Organisationsherrschaft, soll pro Organisationseinheit, also einem Angebot zweiter Ordnung, eine Tat täterschaftlich (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) zugerechnet werden. Auf das uneigentliche Organisationsdelikt als konkurrenzrechtliche Figur wird noch zurückzukommen sein[551], es sei nur schon an dieser Stelle auf den engen Zusammenhang beider Figuren hingewiesen, der sich terminologisch dort offenbart, wo für sowohl konkurrenzrechtliche als auch beteiligungsrechtliche Fragen der Begriff des (unechten) Organisationsdelikts verwendet wird.[552]

(2) Altermedia-Fall

Die Annahme einer unmittelbaren Täterschaft durch das OLG Stuttgart im Altermedia-Fall wurde bereits behandelt.[553] Das schon deshalb, weil sich ein Hinweis auf § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB oder zumindest – wie in der Goyim-Entscheidung – auf

gesehen hat, überhaupt eine Zurechnung anzunehmen, weil nicht nachgewiesen werden konnte, wer von den beiden Angeklagten über den gemeinsamen Account als Content-Provider aufgetreten ist und andernfalls aufgrund des Zweifelssatzes keine strafrechtliche Verantwortlichkeit für diese Inhalte hätte begründet werden können.

[546] OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Mai 2022 – 6 StS 2/21 –, juris, Rn. 497 (Goyim).

[547] BGH BeckRS 2023, 18384, Rn. 21 (Goyim II).

[548] BGH BeckRS 2023, 18384, Rn. 21 (Goyim II).

[549] BGH BeckRS 2023, 18384, Rn. 22 (Goyim II).

[550] BGH BeckRS 2023, 18384, Rn. 22 (Goyim II).

[551] Vgl. dazu unten Kap. 5 B. IV. 1.

[552] Vgl. etwa BGH NJW 2004, 375, 378; NStZ 2008, 89, 90; *Schild/Kretschmer*, in: NK-StGB, § 25 Rn. 40.

[553] Vgl. oben Kap. 5 B. III. 1. a).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Organisationsherrschaft nicht finden lässt.[554] Dass es dem OLG Stuttgart aber in der Sache letztlich doch um den Aspekt der Organisationsherrschaft gegangen sein könnte, liegt indessen nahe. Die Begründung nimmt explizit Beiträge im „Vor- und Umfeld der Taten" in Bezug auf das Angebot in den Blick. Die Begründung wird also gerade nicht auf einen Tatbeitrag zur Einzeltat als solcher (dem öffentlichen Zugänglichmachen) gestützt, sondern bezieht sich auf ein Organisationsobjekt. Man könnte zudem geneigt sein, von der konkurrenzrechtlichen Verwendung der Figur des uneigentlichen Organisationsdelikts[555] auf die Annahme einer Organisationsherrschaft zu schließen. Zwar wird das uneigentliche Organisationsdelikt besonders häufig in der Folge der Organisationsherrschaft eine Rolle spielen. Schon die Formulierung des BGH –, es gehe um „Tatbeiträge eines Mittäters, mittelbaren Täters oder Gehilfen"[556] – zeigt aber, dass sich die konkurrenzrechtliche von der beteiligungsrechtlichen Figur emanzipiert.[557] Ein überzeugender Schluss von der Annahme eines uneigentlichen Organisationsdelikts auf eine mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft gelingt also nicht. Dennoch ähnelt die Begründung im Altermedia-Fall der im Goyim-Fall.

bb) Organisationsherrschaft im medienstrafrechtlichen Schrifttum

Auch im Schrifttum wird hinsichtlich der Plattformhaftung vereinzelt auf die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft hingewiesen. So will Reinbacher im Fall von kino.to[558] – trotz Zweifeln an der gemeinsamen Tatausführung mit Blick auf die einzelne Auswahl der Content-Provider und dem erheblichen Eigeninteresse an den Urheberrechtsverstößen – eine mittäterschaftliche Zurechnung an die Mitarbeiter von kino.to annehmen.[559] Wen das nicht überzeugte, der habe, so Reinbacher, über eine mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft nachzudenken.[560]

cc) Medienstrafrecht als nächstes Gebiet einer bedenklichen Ausweitung der Organisationsherrschaft

Es lassen sich also sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum Ansätze finden, die im medienstrafrechtlichen Bereich mit der Figur der Organisations-

[554] Vgl. erneut OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1382, 1643 (Altermedia).

[555] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1603 (Altermedia).

[556] Vgl. nur BGH NJW 2004, 2840, 2841.

[557] Vgl. auch *Trüg*, in: FS-Fischer, S. 279, 290.

[558] Dazu LG Leipzig ZUM 2013, 338 ff.

[559] *Reinbacher*, NStZ 2014, 57, 60.

[560] *Reinbacher*, NStZ 2014, 57, 60; vgl. auch *D. Sternberg-Lieben*, in: BeckOK-UrhG, § 106 Rn. 29; krit. *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 127 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

herrschaft operieren wollen. Ihnen ist zum einen mit solchen Einwänden zu begegnen, die im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts erhoben werden ((1)). Zum anderen zeigt sich angesichts der Besonderheiten digital vermittelter Zusammenschlüsse eine noch weitergehende Überdehnung der Organisationsherrschaft ((2)). Abschließend soll speziell für die Goyim-Entscheidung gezeigt werden, warum eine wechselseitige Zurechnung über die Figur der Organisationsherrschaft die Restkenntlichkeit der Täterschaftsfigur beseitigt ((3)).

(1) Flexibilisierung der Organisationsherrschaft im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Kritik

Der erste Schritt einer Kritik der medienstrafrechtlichen Rechtsprechung führt über die ursprüngliche Konzeption Roxins und die Expansion bzw. eigene weitergehende Konzeption der Rechtsprechung zur Erfassung von Wirtschaftsunternehmen.

(a) Roxinsche Konzeption einer Organisationsherrschaft

Nach Roxin[561] setzt die Organisationsherrschaft die Befehlsgewalt innerhalb eines rechtsgelösten Machtapparates voraus. Der Machtapparat als solcher ist ein personeller Apparat mit gefestigten Organisationsstrukturen, dessen Existenz vom wechselnden Bestand seiner Mitglieder unabhängig ist und in dem ein hierarchisches System von Befehl und Gehorsam herrscht.[562] An die Stelle der Willens- oder Wissensherrschaft tritt das entscheidende Kriterium der Fungibilität des Ausführenden. Er ist aus Sicht des Hintermanns frei austauschbar, weil er sich zwar aus dem deliktischen Geschehen zurückziehen, aber kaum den deliktischen Plan des Hintermanns blockieren kann. Es ist die Struktur des Apparates, die den Vollzug des Befehls garantiert.[563] Deshalb ist es auch treffend, von einer Herrschaft über den Machtapparat als ‚Tatinstrument' als über die Herrschaft über das ausführende Individuum zu sprechen.[564] Die Voraussetzung der Rechtsgelöstheit erzielt dabei weiteres Restriktionspotenzial, muss aber in der neusten Fassung von Roxins Lehre nicht mehr die Organisation insgesamt[565], sondern vor allem das spezifische Delikt betreffen.[566] Nur bei Rechtsgelöstheit liege eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung zu Grunde, weil innerhalb der Organisation das staatliche Strafrecht nicht über den innerorganisatorischen Normen steht. Es ließe sich dabei behaupten,

[561] *Roxin*, GA 1963, 193 ff.; *Roxin*, ZStrR 2007, 1 ff.; *Roxin*, TuT, S. 269 ff.; zur Verbreitung der Lehre *Roxin*, AT II, § 25 Rn. 108 ff.

[562] *Roxin*, TuT, S. 271 ff.

[563] *Roxin*, GA 1963, 193, 200 f.; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 142 ff.

[564] *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 25 Rn. 27; vgl. zu einer Gegenüberstellung mit der flexibilisierten Rechtsprechung auch *Reichenbach*, JURA 2016, 139, 142.

[565] Vgl. noch *Roxin*, GA 1963, 193, 204.

[566] Vgl. *Roxin*, ZStrR 2007, 1, 12.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dass die Rechtsgelöstheit Voraussetzung einer Fungibilität ist.[567] Wer sich innerhalb einer Organisation befindet, die nicht – nicht einmal deliktsspezifisch – rechtsgelöst ist, mag bei dem Empfang einer rechtswidrigen Weisung kaum denken, dass schon jemand anderes die Ausführung übernehme. Ein so gestalteter Apparat birgt aufgrund der hierarchisch organisierten Strukturierung und der Rechtsgelöstheit die Austauschbarkeit der ausführenden Personen und damit letztlich eine erhöhte Tatbereitschaft.[568]

Roxins verhältnismäßig restriktive Konzeption Roxins bleibt dabei im Wesentlichen auf staatlich organisierte Verbrechen eines verbrecherischen Regimes oder auf mafiaähnliche Strukturen begrenzt.[569] Die Figur Organisationsherrschaft wird im Schrifttum überwiegend befürwortet, erhält dabei aber auch seit Entstehen (zunehmenden) Gegenwind. Eine Auseinandersetzung mit der Roxinschen Konzeption und den gegen sie formulierten Einwänden würde den Umfang dieser Arbeit jedoch sprengen.[570] Vor allem aber mag auf sie verzichtet werden, weil im medienstrafrechtlichen Kontext selten eine hinreichend hierarchisierte Organisationsstruktur und Fungibilität der Ausführenden angenommen werden dürfte ((b)). Für die Zwecke dieser Untersuchung relevanter ist es deshalb, bei der Kritik zu der ungleich weiteren Konzeption der Rechtsprechung anzusetzen ((c)).

(b) Rechtsgelöstheit und Fungibilität bei Angeboten innerhalb sozialer Netzwerke

Haben wir es nun mit Angeboten zweiter und dritter Ordnung zu tun, so bereitet Roxins Kriterium der Rechtsgelöstheit dann keine erheblichen Schwierigkeiten, wenn das Angebot ohnehin auf die Verbreitung strafrechtswidriger Inhalte ausgerichtet ist. Deutlich schwieriger liegt es nun aber hinsichtlich der organisatorischen Strukturierung, die auf eine Straftatbegehung der Content-Provider hindrängt und einzelne ausführende Personen fungibel müsste werden lassen.

Das zeigt schon ein Rückgriff auf das im Kontext von § 129 Abs. 2 StGB Gesagte: Wenn schon ein organisatorisches Element im Hinblick auf den Vereinigungsbegriff zu verneinen ist[571], wird man erst Recht eine Organisationsstruktur im Roxinschen Sinne verneinen müssen. Das Mehr im Vergleich zu § 129 Abs. 2 StGB, das für eine Fungibilität zu fordern ist, muss aus drei Gründen regelmäßig bei Angeboten in-

[567] *Kaspar*, in: NK-Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 25 Rn. 49 spricht von einem „Zusammenspiel beider Voraussetzungen".

[568] Die erhöhte Tatbereitschaft, die in der Konzeption von *Schroeder*, Täter, S. 168 zentral ist, hat auch Roxin aufgenommen. Ähnlich als „organisationstypische Tatgeneigtheit" bei *M. Heinrich*, Rechtsgutszugriff, S. 273. Dort jedoch nicht als eigenständige Voraussetzung, sondern eben als Folge der anderen Voraussetzungen (vgl. *Roxin*, TuT, S. 845 f.).

[569] *Roxin*, GA 1963, 193, 200 f.; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 142.

[570] Verwiesen sei auf die Nachweise und Entgegnungen bei *Roxin*, TuT, S. 846 ff. sowie *Radde*, JURA 2018, 1210, 1217 ff.; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 25 Rn. 29 f. Zur krit. Auseinandersetzung mit dem prominentesten Einwand gegen die Organisationsherrschaft, nämlich dem Selbstverantwortungsprinzip, vgl. erneut *Greco*, ZIS 2011, 9 ff.

[571] Vgl. dazu oben Kap. 5 A. I. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nerhalb sozialer Netzwerke verneint werden: *Erstens* braucht es personelle Apparate einer gewissen Größe, um überhaupt eine Fungibilität herstellen zu können. Wo etwa Anbieterteams von nur zehn Personen zusammenwirken, fällt es schwer, zu behaupten, dass Einzelne an die Stelle von etwaigen Befehlsverweigerern treten könnten. Das personelle Element ist im Rahmen der Organisationsherrschaft daher von vornherein stärker ausgeprägt als bei § 129 Abs. 2 StGB. *Zweitens* bedarf es für die Organisationsherrschaft einer stark hierarchischen Struktur. Zwar wäre es durchaus denkbar, von einer Fungibilität auch dann noch auszugehen, wenn sich eine große Organisation zur Begehung von (bestimmten) Straftaten zusammenschließt, ohne streng hierarchisch strukturiert zu sein. Sodann würde es aber an einer Beherrschung durch Einzelne aufgrund dieser Fungibilität fehlen. Einzelne Hintermänner ließen sich innerhalb der Organisation kaum ausmachen. Es kommt *drittens* hinzu, worauf schon im Kontext des § 129 Abs. 2 StGB hingewiesen wurde[572]: Die latente Androhung von Sanktionen bei Befehlsverweigerung in rein digital kommunizierenden Zusammenschlüssen lässt sich kaum in gleichem Maße entdecken wie bei rechtsgelösten Machtapparaten, die die Lebenswelt der eingegliederten Personen im umfänglichen Maße durchzieht. Das gilt insbesondere dort, wo die Anbieter anonymisiert miteinander interagieren.

Diese Zweifel beanspruchen freilich keine Allgemeingültigkeit im Kontext digital-medialer Infrastrukturen. Ein Blick auf den, freilich nicht typisch liegenden Cyberbunker-Fall exemplifiziert, dass sich durchaus starke Hierarchisierungen einer kriminellen Vereinigung zeigen können und dass gemeinsames Hostproviding nicht zwangsläufig virtuell vermittelt wird.[573] Betrachtet man den Sachverhalt im Cyberbunker-Fall und die Äußerungen der Angeklagten zur internen Struktur[574], so mag man sogar an die Formulierung Roxins denken, dass es sich häufig um Konstellationen einer Art „Staat im Staate“[575] handeln müsse. Doch selbst im Cyberbunker-Fall lässt sich mit Blick auf die geringe Zahl der mitwirkenden Personen und ihrer verhältnismäßig starken Spezialisierung skeptisch nach der Fungibilität der ausführenden Personen fragen.

Dass die Anforderungen an das personelle und organisatorische Element bei der Organisationsherrschaft eben höhere sind, erklärt sich nicht nur damit, dass es bei § 129 StGB (echtes Organisationsdelikt) um die überhaupt erhöhte Wahrscheinlichkeit von Straftatbegehungen geht, wohingegen es bei der Organisationsherrschaft um den Topos der Herrschaft über die Tat geht.[576] Es erklärt sich auch konkreter dadurch, dass bei § 129 StGB neben den gruppendynamischen, zur Straftatbegehung

[572] Vgl. oben Kap. 5 A. I. 2. b) aa) (3) (b) (bb).

[573] BGH MMR 2024, 175 (Cyberbunker).

[574] BGH MMR 2024, 175, 178 ff. (Cyberbunker).

[575] *Roxin*, TuT, S. 278.

[576] Gerade dieser Aspekt werde von der Rechtsprechung mit ihrer flexibilisierenden Tendenz verkannt. Vgl. *Trüg*, in: Unternehmenssanktionen in der Europäischen Union, S. 159, 164, 166, der in der Benennung als (unechtes) Organisationsdelikt ein Symptom der Befreiung vom Herrschaftstopos und damit letztlich eine Beteiligungsart sui generis erkennt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hindrängenden Effekt, auch die Professionalisierungschancen gestellt wurden, die eine Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung erhöhen.[577] Dieser Professionalisierungsaspekt muss aber im Kontext der mittelbaren Täterschaft von vornherein unberücksichtigt bleiben bzw. stellt sogar selbst eine Fungibilität der Mitwirkenden in Frage.

(c) Kritik an der flexibleren Konzeption der Rechtsprechung

Für eine Expansion bzw. Eigenkonzeption[578] der Organisationsherrschaft legte dabei schon die Formulierung in der Mauerschützen-Entscheidung des BGH, mit der die Figur in die deutsche Rechtsprechung übernommen wurde[579], den Grundstein: Es gehe um „Fallgruppen, bei denen trotz eines uneingeschränkt verantwortlich handelnden Tatmittlers der Beitrag des Hintermannes nahezu automatisch zu der von diesem Hintermann erstrebten Tatbestandsverwirklichung führt. Solches kann vorliegen, wenn der Hintermann durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Derartige Rahmenbedingungen mit regelhaften Abläufen kommen insbesondere bei staatlichen, unternehmerischen oder geschäftsähnlichen Organisationsstrukturen und bei Befehlshierarchien in Betracht.“[580] Ausdrücklich heißt es weiter: „Auch das Problem der Verantwortlichkeit beim Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen läßt sich so lösen.“[581] Der BGH setzt also an die Stelle, an der bei Roxin die Fungibilität sitzt, die Regelhaftigkeit der Abläufe.[582] Konsequenz ist eine ganz erhebliche – und gezielte[583] – Ausdehnung des Gedankens der Organisationsherrschaft. Was zunächst in der Mauerschützen-Entscheidung noch als obiter dictum geäußert wurde, wendet der BGH sodann in ständiger Rechtsprechung an, um die Organisationsherrschaft auch in (Wirtschafts-)Unternehmen heranziehen zu können.[584]

Warum eine derartige Expansion bzw. Neubesetzung bedenklich ist, kann hier nur in kurzen Strichen nachgezeichnet werden[585]: Im Zentrum der Kritik steht, dass die Rechtsprechung kein dogmatisches Fundament für die Figur und die Ausnahme vom

[577] Vgl. dazu oben Kap. 5 A. I.

[578] *Rotsch*, ZIS 2007, 260, 262: „völlig eigenständiger Begründungsansatz“; vgl. ähnlich *Morozinis*, Dogmatik der Organisationsdelikte, S. 405 ff.; *Reichenbach*, JURA 2016, 139, 142: „allenfalls terminologische Übereinstimmungen“.

[579] So auch *Rissing-van Saan*, in: FS-Tiedemann, S. 391, 401; anders *Rotsch*, ZIS 2007, 260, 262, der weder von einer Übernahme der Figur von Roxin noch von *Schroeder*, Täter, S. 152, sondern davon ausgeht, dass die Rechtsprechung einen eigenen Weg gehen wollte.

[580] BGH NJW 1994, 2703, 2706; vgl. zudem bereits das obiter dictum im Katzenkönig-Fall BGH NJW 1989, 912, 913 f.

[581] BGH NJW 1994, 2703, 2706.

[582] So auch *Rissing-van Saan*, in: FS-Tiedemann, S. 391, 401.

[583] Vgl. die Erläuterung von *Nack*, GA 2006, 342, 344, der an der Entscheidung beteiligt war.

[584] Vgl. BGH NJW 1998, 767, 769; 2004, 375, 378; NStZ 2004, 457, 458.

[585] Ausführlich *Roxin*, TuT, S. 855 ff.; *Radde*, JURA 2018, 1210, 1221 jeweils m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verantwortungsprinzip bietet. Anders als bei der Rechtsgelöstheit und der Fungibilität erklärt sich nicht, warum schon aus jedem „Autoritätsgefälle“[586] eine neben der Willensherrschaft stehende Herrschaftsform resultieren soll. Nicht jede Form sozialer Verantwortung und Weisungsmacht lässt sich so einfach in die Beteiligungsdogmatik übersetzen.[587]

Die Einwände, für die Begehung von Vermögensstraftaten müssten nur geringere Hemmschwellen überwunden werden als bei den Gewaltdelikten terroristischer oder auch anderer krimineller Organisationen[588] und die Drohung mit einer Kündigung könne auch einen entsprechenden Druck erzeugen[589], helfen darüber nicht hinweg. Es bleibt nämlich dabei, dass ein Vorgesetzter kaum mit der nötigen Gewissheit davon ausgehen kann, dass ein beliebiger Mitarbeiter – denn darauf muss es ankommen, wenn man nicht allein auf eine sichere Tatentschlossenheit eines Einzelnen abstellen will –zur Begehung der Tat bereit ist.[590] Arbeitet das Unternehmen grundsätzlich nicht rechtsgelöst, kann vom Ausführenden in Zeiten einer immer ausgeprägteren Compliance erwartet werden, dass er der rechtswidrigen Weisung nicht nachkommt und sich mit arbeitsrechtlichen und strafrechtlichen Mitteln etwa gegen die Kündigungsdrohung wehrt.[591] Eine Anwendung der Organisationsherrschaft auf nicht rechtsgelöste Wirtschaftsunternehmen ist daher eine bedenklich unbegründete und konturlose Ausdehnung des „Täters hinter dem Täter“.[592]

(2) Nochmals: Konfusion von organisations- und plattformspezifischen Gefährlichkeitsfaktoren

Doch selbst wenn man mit der Rechtsprechungslinie gehen will, die im Mauerschützen-Fall ihren Ausgangspunkt genommen hat, zeigt sich eine Anwendung auf den medialen Bereich als zusätzlich problematisch. Schließlich steht im Zentrum dieser Linie die Erfassung des für Wirtschaftsunternehmen typischen Weisungs-

[586] *Merkel*, ZStW 1995, 545, 555 f.

[587] Vgl. nur m. w. N. *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 25 Rn. 30; *Morozinis*, Dogmatik der Organisationsdelikte, S. 405 ff.; zu der Frage, wer nun im Unternehmen eine hinreichende Weisungsmacht aufweise, vgl. *Trüg*, in: Unternehmenssanktionen in der Europäischen Union, S. 159, 162 ff. mit Nachweisen aus der von ihm als inkonsequent eingeordneten Rechtsprechung.

[588] *Hellmann*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 1043; *Brettel*, in: Brettel/Schneider, § 2 Rn. 63; allgemeiner zu der mangelnden Berücksichtigung der von den Vordermännern erwarteten Handlung bzw. dem zu verletzenden Rechtsgut *Höffler*, GA 2023, 601, 607 f.

[589] Vgl. *Hefendehl*, GA 2004, 575, 581.

[590] *Kaspar*, in: NK-Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 25 Rn. 53.

[591] *Kaspar*, in: NK-Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 25 Rn. 51; *Brammsen/Apel*, ZJS 2008, 256, 262.

[592] Dass damit aber die Zuweisung von Verantwortlichkeit innerhalb des Wirtschaftsunternehmens problematisch bleibt, benennt Roxin selbst und verweist zur Lösung auf seine Garantenlösung, die auch im Begehungsdelikt (erst recht) Wirkung entfalten müsse. Eine entsprechende Garantenpflicht könne sodann regelmäßig im Bereich der Geschäftsherrenhaftung zu suchen sein (*Roxin*, TuT, S. 859 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

verhältnisses. Ein solches lässt sich im Verhältnis von Anbietern und bloßen Content-Providern stets vermissen. Treten Teile eines Anbieterzusammenschlusses selbst als Content-Provider auf, zeigt sich auch dort zumeist kein Weisungsverhältnis. Regelhafte Abläufe eines Wirtschaftsunternehmens und latente Drohkulissen lassen sich aus schon genannten Aspekten im Kontext der Anbieter kaum in vergleichbarer Form erblicken.

Es zeigt sich nun an der im Goyim-Fall gelieferten – und auf alle Konstellationen von Anbietern zweiter Ordnung übertragbaren – Begründung, dass die Formel von den regelhaften Abläufen und den gestalteten Rahmenbedingungen durch die Rechtsprechung noch weiter flexibilisiert wird. Wenn es nämlich um die „Gestaltung und Absicherung der Goyim-Seiten" als „wesentliche[r] Beitrag zur tatnotwendigen Infrastruktur" geht[593], dann besetzt der BGH sein eigens konstruiertes und ständig geübtes Merkmal der Rahmenbedingungen völlig neu. Ging es nämlich zuvor stets um einen personellen Zusammenschluss, der auf eine Weise strukturiert ist, die besagten Rahmenbedingungen entspricht, geht es im Goyim-Fall um eine technische Infrastruktur. Worin aber im Hinblick auf diese Infrastruktur „regelhafte Abläufe" gesehen werden, die in Gang gesetzt werden, wird nicht deutlich. Sind damit entsprechende Plattformeffekte gemeint, die eine Begehung bestimmter Kommunikationsdelikte im Rahmen der Angebote wahrscheinlicher werden lassen, hat das jedenfalls nichts mehr mit der mittelbaren Täterschaft, also der Begehung durch eine andere Person bzw. einen personellen Apparat zu tun. Auf eine drohende Konfusion von organisations- und plattformspezifischen Gefährlichkeitsaspekten wurde schon im Kontext des § 129 Abs. 2 StGB hingewiesen.[594] Sie scheint sich hier fortzusetzen.

(3) Sonderproblem der Goyim-Entscheidung: Wechselseitige Organisationsherrschaft

Die noch über die genannten Erweiterungen hinausgehende Besonderheit der Entscheidung im Goyim-Fall ist nun, dass beiden Angeklagten über die Veröffentlichungen des jeweils anderen die Organisationsherrschaft zugekommen sein soll, weil sie an der Erstellung und Aufrechterhaltung der Angebote zweiter Ordnung mitgewirkt haben.[595] Daraus ergibt sich nun Folgendes: Der eine Angeklagte übt durch den Betrieb des Angebots Organisationsherrschaft über den anderen aus, begeht also letztlich – in der Terminologie des BGH – ein uneigentliches Organisationsdelikt.[596] Dieses Organisationsdelikt begeht er nun nicht alleine, sondern mit anderen gemeinschaftlich. Im Goyim-Fall ergibt sich sodann die Besonderheit, dass das uneigentliche Organisationsdelikt nun mittäterschaftlich unter anderem vom Vordermann dieses Organisationsdelikts begangen wird; und andersherum. Wie aber

[593] Vgl. erneut BGH BeckRS 2023, 18384, Rn. 22 (Goyim II).

[594] Vgl. dazu oben Kap. 5 A. I. 2. b) aa) (3) (b) (aa).

[595] BGH BeckRS 2023, 18384, Rn. 22 (Goyim II).

[596] Vgl. dazu unten Kap. 5 B. IV. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

soll ein ‚Hintermann' Herrschaft gemeinsam mit jemandem ausüben, der gleichzeitig Beherrschter ist?

Eine solche Konstruktion der wechselseitigen Zurechnung über die Organisationsherrschaft ist eine neue Station der Rechtsprechung beim Unterfangen, die Figur der Organisationsherrschaft zu expandieren und die Differenzierung nach Beteiligungsformen zu flexibilisieren. Sie entspricht jedenfalls kaum noch dem Leitbild der mittelbaren Täterschaft von einer vertikalen Ordnung der Beteiligten.[597] Man könnte auf den ersten Blick versucht sein, die Goyim-Entscheidung gegen diese Kritik zu immunisieren und darauf hinzuweisen, dass die hiesige Untersuchung selbst einen funktionalen Blick auf die Rollen von Host- und Content-Providing im medienrechtlichen Bereich nahelegt.[598] Das aber heißt nicht, dass im Kontext der mittelbaren Täterschaft beide Angeklagten sowohl Hinter- als auch Vordermann sein können, je nachdem, wer von ihnen einen Inhalt in das Angebot einstellt. Die Organisationsherrschaft – selbst in der weiten Fassung der Rechtsprechung – setzt ein bestimmtes Rollenverständnis innerhalb eines personellen Zusammenschlusses voraus, aus dem sich ein Autoritätsgefälle ergibt.

dd) Zwischenfazit: Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft

Ein sowohl in der medienstrafrechtlichen Rechtsprechung als auch in der Literatur zu findender Begründungsansatz für eine täterschaftliche Verantwortlichkeit der Anbieter kriminell ausgerichteter Angebote verläuft über die Figur der Organisationsherrschaft. Die dabei von der Rechtsprechung vollzogene bedenkliche Ausdehnung dieser Figur zur flexibilisierten Antwort auf die Beteiligungsformfrage kann am Beispiel der Goyim-Entscheidung in drei Akten aufgezeigt werden: *Erstens* entfernt sie sich von den restriktiven Anforderungen an die Organisationsherrschaft (Rechtsgelöstheit, Fungibilität), die ihr spiritus rector Roxin an sie stellt und so eine tragfähige dogmatische Grundlage für eine Ausnahme vom Verantwortungsprinzip anbietet. *Zweitens* deutet sich ein Verzicht auf organisationstypische Aspekte an, wenn nicht ein personeller Zusammenschluss die Rahmenbedingungen für „regelhafte Abläufe" stellt, sondern eine technische Infrastruktur. *Drittens* will der BGH im Goyim-Fall sogar eine wechselseitige Zurechnung über die Figur der Organisationsherrschaft zulassen und gibt damit das Bild einer vertikalen Zurechnungsstruktur völlig zu Gunsten eines medienstrafrechtlichen Sonderweges auf. Daher ist eine Expansion der Organisationsherrschaft im Bereich der Anbieterverantwortlichkeit abzulehnen.

[597] Zur Kontrastierung einer horizontalen und vertikalen Strukturierung allgemeiner *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 149.

[598] Vgl. dazu oben Kap. 3 B.I.2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

d) Anstiftung, § 26 StGB und öffentliche Aufforderung zu Straftaten, § 111 StGB

Will man hinsichtlich der Inhaltsverbreitungsdelikte im Regelfall der automatischen Veröffentlichung – wie hier – keine Täterschaft annehmen, so lässt sich fragen, ob eine Teilnehmerstrafbarkeit in Betracht zu ziehen ist. Bevor kurz auf die Beihilfe (unter e)) einzugehen sein wird, soll die Besonderheit der Plattformverantwortlichkeit gewürdigt werden, dass das unerlaubte Risiko des Betriebs gerade in der besonderen Anreizwirkung der Angebote zur Straftatbegehung liegt. Die Beschaffenheit dieser Anreizwirkung lässt sich konkretisieren, wenn sie am Maßstab des § 26 StGB und § 111 StGB gemessen wird:

aa) Vorab: Abgrenzungsfragen und Öffentlichkeit

Eine Vorfrage betrifft die Abgrenzung der §§ 26, 111 StGB: Häufig im Kontext des Anstiftervorsatz behandelt[599], wird angenommen, dass eine Anstiftung nur hinsichtlich eines begrenzten Personenkreises stattfinden kann. Darin liegt gerade auch das Abgrenzungsmerkmal zur öffentlichen Aufforderung zu Straftaten. Während es bei der Anstiftung um die – wenn auch tatherrschaftslose – Beherrschbarkeit des weiteren Geschehens durch die Kenntnis der angestifteten Person geht, ist für § 111 StGB kennzeichnend, dass der Adressatenkreis derart gestaltet ist, dass der Auffordernde das Geschehen nicht wieder einfangen könnte.[600] Die Frage nach der Bestimmbarkeit des adressierten Personenkreises stellt damit ein Grenzkriterium für die Anwendungsbereiche von § 26 StGB und § 111 StGB dar.[601]

Wann eine Aufforderung öffentlich getätigt ist, soll an späterer Stelle noch ausführlich thematisiert werden. Am Öffentlichkeitskriterium entscheidet sich nämlich nicht nur der Anwendungsbereich des § 111 StGB, sondern auch die Reichweite anderer Inhaltsverbreitungsdelikte.[602] An dieser Stelle muss es grob bei dem Hinweis bleiben, dass insbesondere dort, wo ein Angebot zweiter Ordnung nicht im besonderen Maße vor einem Zugriff durch andere (Nicht-Gruppenmitglieder) geschützt ist und die Privatsphäre-Einstellungen bei Angeboten dritter Ordnung eine besonders geringe Breitenwirkung nahelegen, dem § 111 StGB innerhalb sozialer Netzwerke eine erhebliche Bedeutung zukommt.[603]

---

[599] *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 26 Rn. 19; ausführlich zum Verhältnis vom objektiven und subjektiven Anstiftungstatbestand schon oben Kap. 5 B. II. 2. c).

[600] Vgl. nur *B. Heinrich*, in: FS-Heinz, S. 728, 737; *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 33 sowie *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 148; *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 195; a. A. *Kasiske*, GA 2016, 756, 760.

[601] *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 136; *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 9 f., 30; *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, §§ 25 – 27 StGB Rn. 38.

[602] Vgl. dazu unten Kap. 6 B. I. 2.

[603] Vgl. *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 32; *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 111 Rn. 10; *Bosch*, in: MüKo-StGB, § 111 Rn. 4; *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 195 f.; vgl. auch *Kim*, KriPoZ 2022, 106 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Haupttatkonkretisierung bei § 111 StGB

Bereits an früherer Stelle wurde gezeigt, dass die Frage nach der notwendigen Haupttatkonkretisierung im Rahmen der Anstiftung eine solche des objektiven Tatbestandes ist.[604] Eine die Haupttat nur dem Tatbestand nach konkretisierte Aufforderung kann dem § 26 StGB in aller Regel nicht genügen. Es wurde aber auch angedeutet, dass ein dynamischer Maßstab anzulegen ist, der die spezielle Art der Tat zu berücksichtigen hat.[605] Zum Teil wird nun vertreten, dass an die Haupttatkonkretisierung bei § 111 StGB identische Anforderungen zu stellen sind.[606] Dass das jedenfalls nicht hinsichtlich aller möglichen Lebenskonkreta gelten kann, wird schon mit Blick auf den tatbestandlichen Adressatenkreis klar; der öffentlich zur Straftat Auffordernde kann kaum die Person des Haupttäters kennen. Ein anderes zu fordern, würde sich in unmittelbaren Widerspruch zur Notwendigkeit der öffentlichen Begehung setzen.[607] Aber auch davon abgesehen kann eine Parallelführung kaum überzeugen, wenn man die öffentliche Aufforderung zu Straftaten hinsichtlich ihrer abstrakten Gefährlichkeit würdigen will.[608] Das durch die breitenwirksame Aufforderung geschaffene Gefährlichkeits-Plus kann nämlich die durch eine geringere Konkretisierung im individuellen Kontakt verringerte Gefährlichkeit der Haupttatbegehung durch einen Einzelnen ausgleichen.[609] Identische Konkretisierungsleistungen wie bei der Anstiftung zu fordern, würde ansonsten zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung des § 111 StGB führen.

Anders ausgedrückt: Das Risiko der Erfolgslosigkeit der Aufforderung sinkt durch die Breitenwirkung der Äußerung gegenüber der Anstiftung.[610] Es ist daher hinsichtlich der Haupttatkonkretisierung allein zu fordern, dass die Tat ihrem rechtlichen Wesen und ihrer Art nach bestimmt ist.[611] In der Rechtsprechung findet sich ergänzend das Erfordernis einer Opferkennzeichnung in allgemeinen Wendungen.[612] Dieses einschränkende Merkmal zeigt sich dabei nicht nur als kaum bestimmt, sondern leuchtet darüber hinaus im Hinblick auf die abstrakte Gefährlichkeit in seiner Pauschalität nicht ein.[613]

---

[604] Vgl. oben Kap. 5 B. II. 2. c).

[605] Ebenda.

[606] *Rogall*, GA 1979, 11, 17 f.

[607] *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 287.

[608] Vgl. *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 9 mit Hinweis auf den Schutz des öffentlichen Friedens.

[609] Vgl. auch *Bosch*, in: MüKo-StGB, § 111 Rn. 13; *Bosch*, JURA 2016, 381, 382, 385 f.; *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 285; vgl. auch *Kasiske*, GA 2016, 756, 763.

[610] So *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 285 f.

[611] *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 21.

[612] BGHSt 32, 310, 312; vgl. auch schon BGHSt 31, 16, 20.

[613] *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 290 mit dem Beispiel, dass zu Selbstmordanschlägen in Cafés und Restaurants aufgefordert wird, bei denen die Opfer nicht in allgemeinen Wendungen gekennzeichnet werden, gleichwohl aber eine hinreichende Konkretisierung hinsichtlich der betroffenen Rechtsgüter stattfindet.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

cc) Erfordernis und notwendige Gestalt eines geistigen Kontakts

Es gehört zu den ewig umstrittenen Fragen, ob bereits die irgendwie geartete Verursachung des Tatentschlusses des Haupttäters für eine Strafbarkeit nach §§ 26, 111 StGB ausreichen kann.[614] Überwiegend wird im Schrifttum jedoch vertreten, dass es eine weitere Beschränkung brauche und ein geistiger Kontakt erkennbar sein müsse, der Anstifter den Haupttäter also kommunikativ beeinflusst.[615] Für die Verantwortlichkeit der Anbieter verbleibt diesem Streit jedoch kaum Bedeutung. Denn zwischen Anbietern und Nutzern lässt sich in jedem Falle von einem kommunikativen Verhältnis sprechen. Anders als tatanreizende Situationen im Analogen, können solche nie ohne (willentliches) menschliches Zutun entstehen. Der digitale Bereich unterliegt dem Primat der Gestaltbarkeit.[616]

Wichtiger wird indessen die Frage, welche Anforderungen an das kommunikative Verhältnis zu stellen sind, ob also jeder denkbare Kommunikationsakt schon ausreichen kann. Diese Streitfrage wird häufig unter dem Begriffspaar der sog. Kommunikations- und Kollusionstheorien rubriziert. Während erstere jede Form der kommunikativen Einwirkung genügen lassen will[617], setzt zweitere eine Aufforderung, also einen appellativen Charakter der Kommunikation voraus[618].

Wie gezeigt ist bei den Angeboten innerhalb sozialer Netzwerke praktisch aber ohnehin eher an § 111 StGB zu denken, dessen Wortlaut („Auffordern") den appellativen Charakter damit unzweifelhafter zum Ausdruck bringt.[619] Ob das Auffordern dem Bestimmen aus § 26 StGB besonders nahesteht, entscheidet sich also im Wesentlichen danach, ob man sich im Rahmen der Anstiftung den Kommunikations- oder Kollusionstheorien anschließen möchte.[620]

Vom Auffordern zu trennen, ist das Befürworten einer Straftat, das bis ins Jahr 1981 durch § 88a StGB a. F. unter Strafe gestellt wurde. Dem Befürworten fehlt es an einem „appellativ-imperativen Erklärungscharakter", er schafft lediglich „ein

[614] So etwa *Heghmanns*, GA 2000, 473, 487; *Heger*, in: L/K/H, § 26 Rn. 2 m. w. N.; *Hilgendorf*, JURA 1996, 9, 10 ff.; differenzierend *Murmann*, in: SSW-StGB, § 26 Rn. 4.

[615] *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 26 Rn. 15; *Gerson*, ZIS 2016, 295, 298 jeweils m. w. N. Ein Überblick über die noch weitergehenden Restriktionsansätze (etwa *Puppe*, GA 1984, 101, 112; *Altenhain*, Exzess, S. 119 ff.) findet sich bei *Heger*, in: L/K/H, § 26 Rn. 4.

[616] *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 131, 193.

[617] So wohl *Krüger*, JA 2008, 492, 497.

[618] *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 74; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 26 Rn. 2 ff., 15; *Gerson*, ZIS 2016, 295, 298.

[619] Vgl. *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 18; *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 196 ff.

[620] Für eine Parallelführung der Merkmale im Hinblick auf die Qualität des geistigen Kontakts *Wolters*, in: SK-StGB, § 111 Rn. 7; einschränkend, weil § 26 StGB jede kommunikative Beeinflussung auch jenseits des Persuasiven ausreichen lassen will, *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 17.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

für Tatentschlüsse anderer gedeihliches psychisches Klima".[621] Wann ein solch ernstlicher[622] appellativer Charakter einer Äußerung angenommen werden kann, ist im Einzelfalle zu prüfen. Es sollen daher nur einige wenige kursorische Erwägungen hinsichtlich der Anbieter angestellt werden:

(1) Angebote zweiter Ordnung

Es wurde schon hinsichtlich der kriminellen Ausrichtung gesagt, dass Erwägungen zu illegalen Handelsplattformen nur bedingt auf Anbieter innerhalb sozialer Netzwerke übertragungsfähig sind: Eine kriminelle Ausrichtung ergibt sich nicht etwa aus einer bestimmten kriminalitätsmoderierenden Kategorisierung des Angebots, weil die Begehung von Kommunikationsdelikten zum einen nicht von einer solchen Kategorisierung besonders profitiert und zum anderen solche Gestaltungsmöglichkeiten innerhalb des Angebots erster Ordnung schon nicht bestehen.[623] Aus diesem Grund hilft es auch kaum weiter, den Blick auf die Literatur zu Handelsplattformen zu werfen, die in der Bereitstellung der Infrastruktur noch kein Auffordern entdecken wollen.[624]

Die kriminelle Ausrichtung eines Angebots zweiter Ordnung wird deutlich stärker durch entsprechende Äußerungen des Anbieters (Beschreibungen der Gruppe, selbstgesetzte Kommunikationsregeln etc.) gesetzt. Nur sehr selten werden diese Äußerungen eine hinreichende Aufforderung zur Begehung von Kommunikationsdelikten beinhalten und damit den Raum für § 111 StGB eröffnen. Zum einen, weil ein Befürworten von Straftaten nicht reicht.[625] Zum anderen, weil sich – gerade im Hinblick auf Kommunikationsdelikte – eine Beschreibung der mehr als erwünschten Äußerungen sich sowohl im strafrechtlichen als auch unterstrafrechtlichen Bereich bewegen kann. Wenn die kriminelle Ausrichtung vor allem durch kumuliert entsprechende Nutzung herbeigeführt wird, kann das wiederum nicht als Aufforderung des Anbieters selbst verstanden werden.

(2) Angebote dritter Ordnung

Da Angebote dritter Ordnung den eröffneten Kommunikationsraum an einen Inhalt (Post oder Kommentar) knüpfen, kann dieser Inhalt selbst ohne Zweifel eine Aufforderung zu Straftaten sein. Nicht hinreichend dürfte hingegen ein appellativer Charakter zum Ausdruck kommen, wenn ein Nutzer einen Post mit volksverhetzendem Inhalt verfasst und mit der Frage „Wie seht ihr das?" abschließt, weil der Kommunikationsraum damit auch für kritische, nicht-strafbare Inhalte eröffnet wäre.

---

[621] *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 19; *Wüst*, Underground Economy, S. 147.

[622] Dazu im Kontext der Online-Kommunikation *Ostendorf/Frahm/Doege*, NStZ 2012, 529, 532.

[623] Vgl. dazu oben Kap. 5 A. II. 3. b) bb).

[624] Vgl. *Wüst*, Underground Economy, S. 147; *Bächer*, Plattform, S. 164.

[625] Vgl. erneut *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 19.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Sollten unter dem Post wiederum volksverhetzende oder ähnliche Inhalte kommentiert werden, wäre eine Quasi-Zurechnung über § 111 Abs. 1 StGB daher zu weitgehend.

dd) Zwischenfazit: Anstiftung bzw. öffentliche Aufforderung zu Straftaten

Der Betrieb eines Angebots zweiter oder dritter Ordnung übersteigt dann das rechtlich erlaubte Risiko, wenn er im besonderen Maße die Begehung von Kommunikationsdelikten incentiviert. Es drängt sich daher fast auf, über eine Zurechnung nach § 26 StGB oder § 111 Abs. 1 StGB nachzudenken. Im Kontext der Anbieter dürfte aufgrund der Öffentlichkeit der Kommunikation praktisch häufig eher an § 111 StGB zu denken sein, dessen Anforderungen an die (Haupt-)Tatkonkretisierung gegenüber § 26 StGB geringere sind. Es hat sich aber gezeigt, dass der Anreiz zur Straftatbegehung innerhalb der Angebote regelmäßig ein latenter bleibt und nicht für den appellativen Charakter des Aufforderns hinreichend zu Tage tritt.

e) Beihilfe, § 27 StGB

Was nach alledem bleibt, ist eine Beihilfestrafbarkeit der Betreiber solcher Angebote, die das rechtlich erlaubte Risiko (in Richtung der begangenen Straftat) überschreiten. Es wurde eine gewisse Nähe zur Anstiftung (bzw. § 111 StGB) ausgemacht, die letztlich in der besonderen Chronologie von Tatbeitrag und begangenem Kommunikationsdelikt begründet liegt (Tatbeitrag vor Tatentschluss) und in dem Umstand, dass gerade die besondere Anreizwirkung den Betrieb sozialwidrig werden lässt. Es ist deshalb treffend, wenn Zöller es für Handelsplattformen wie folgt beschreibt: „In diesem Zwischenbereich zwischen physischer und psychischer Beihilfe bewegt sich in der digitalen Welt derjenige, der zu kriminellen Zwecken Handelsplattformen in Internet betreibt oder hierfür die erforderliche Server-Infrastruktur zur Verfügung stellt.“[626] Das Angebot und sein fortlaufender Betrieb als solcher tragen schon physisch zur Verbreitung von Inhalten bei, und die besondere Anreizwirkung rechtswidrig ausgerichteter Angebote entfaltet vor allem auf psychischer Ebene seine Wirkung.

2. Persönliche Äußerungsdelikte als Ausnahme von der Tatherrschaftslehre

Auf persönliche Äußerungsdelikte sind die vorgenannten Erwägungen nicht ohne Weiteres übertragbar. Es soll im Folgenden am Beispiel des Beleidigungsbrief-Falls die Überforderung des Herrschaftstopos mit den persönlichen Äußerungsdelikten demonstriert sowie die Begründung einer gesonderten Antwort auf die Beteiligungsformfrage geprüft und letztlich auf die Anbieter innerhalb sozialer Netzwerke angewendet werden.

[626] *Zöller*, KriPoZ 2021, 79, 85.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

a) Vom Beleidigungsbrief-Fall und Rechtsgefühl

Die allgemeinen Regeln, also auch die hier für vorzugwürdig gehaltene Tatherrschaftslösung, kommen bei den persönlichen Äußerungsdelikten[627] zu kaum überzeugenden Ergebnissen.[628] Diese häufig auf das Rechtsgefühl gerichtete Annahme[629] lässt sich plastisch mit dem Beleidigungsbrief-Fall[630] unterlegen: A verfasst einen Brief, in dem er den O wild beschimpft und lässt ihn durch den Boten B, der zwar den Brief nicht liest[631], aber um die beleidigende Qualität des Inhalts weiß, an O überbringen. Letzterer liest den ehrverletzenden Inhalt. Nach der Tatherrschaftslehre, die nicht etwa an das Verfassen des Schriftstückes, sondern an den tatbestandlichen Kundgabeakt anknüpft, ist B Täter und A Anstifter. Diesem Ergebnis will die h. M. indessen nicht folgen und fordert in Abweichung von der allgemeinen Lehre von der Tatherrschaft, dass es sich bei der Beleidigung gem. § 185 StGB um eine Äußerung *eigener* Missachtung handelt.[632] Damit eine eigene Missachtung angenommen werden kann, wird gefordert, dass sich der Täter mit dem Inhalt der Aussage identifiziert. Gibt er eine fremde Aussage wieder oder weiter und tut sie so weiteren Dritten kund, soll für eine täterschaftliche Zurechnung ein Sich-Zueigenmachen des Inhalts notwendig sein.[633]

---

[627] Vgl. zum Begriff des höchstpersönlichen Äußerungsdelikts *Fuhr*, Äußerung, S. 143 m. w. N. zur Begrifflichkeit aus dem älteren Schrifttum in a. a. O., Fn. 179; aus dem jüngeren Schrifttum vgl. *Geneuss*, in: SSW-StGB, § 140 Rn. 16; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, § 140 Rn. 17; bzgl. § 185 *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 2; als „persönliches Äußerungsdelikt" in Abgrenzung zum Verbreitungsdelikt BGH NStZ 2015, 512, 513; *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 9; *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 17; *Hambel*, Verlinkung, S. 141.

[628] Dennoch auf das Tatherrschaftskriterium abstellend *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 86.

[629] Krit. mit entsprechenden Nachweisen aus dem Schrifttum *Krack*, in: FS-Achenbach, S. 219, 220.

[630] Dazu *Flegenheimer*, Das Problem des „dolosen Werkzeugs", S. 64 f.; *Wuttig*, Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen, S. 52 f.; *Kern*, Die Äusserungsdelikte, S. 49; *Roxin*, TuT, S. 432 f.; s. auch *Rosenfeld*, in: Frank-Festgabe Bd. 2, S. 161 ff.; ähnliche Fallkonstellationen lassen sich bei anderen persönlichen Äußerungsdelikten finden: zu § 140 Abs. 1 StGB OLG Braunschweig NJW 1978, 2044; zu § 111 StGB OLG Frankfurt NJW 1983, 1207; zusammenfassend *Fuhr*, Äußerung, S. 127 ff.

[631] Ausführlich zu den Folgen für den Beleidigungs-Fall, wenn der Bote die Äußerung zur Kenntnis nimmt, *Fuhr*, Äußerung, S. 111 ff.

[632] BVerfG NJW 1990, 1980, 1981; *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 49; *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 185 Rn. 17; *Hilgendorf*, in: LK-StGB, § 185 Rn. 42; *Fischer*, StGB, § 185 Rn. 13; *Zaczyk*, in: NK-StGB, 5. Aufl., § 185 Rn. 19; *Rogall*, in: SK-StGB, § 185 Rn. 4; eingehend *Fuhr*, Äußerung, S. 37, 142 ff.; wohl auch *Sinn*, in: SSW-StGB, § 185 Rn. 24; a. A. für § 185 StGB *Tenckhoff*, JuS 1988, 787, 790; *Herzberg*, Garantenprinzip, S. 83: kein „Delikt der begehungsneutralen Kenntnisverursachung".

[633] BVerfG NJW 1990, 1980, 1981; 2004, 590, 591; OLG Köln NJW 1993, 1486; 1996, 2878, 2879; *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 185 Rn. 1, 17; *Hilgendorf*, in: LK-StGB, § 185 Rn. 42; *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 46; *Flechsig/Gabel*, CR 1998, 351, 355; *Krischker*, JA 2013, 488, 490; *Valerius*, in: BeckOK-StGB, § 185 Rn. 23; *Roxin*, TuT, S. 919.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Andere persönliche Äußerungsdelikte

Gleiches wie bei der Beleidigung soll für andere persönliche Äußerungsdelikte gelten, bei denen eine Verbindung zwischen dem Äußerungsinhalt und dem sich Äußernden bestehen muss. Die im Kontext dieser Untersuchung besonders relevanten Delikte, für die eine *eigene* Äußerung – also die Persönlichkeit – gefordert wird, lassen sich wie folgt, anknüpfend an Fuhr, kategorisieren[634]:

Erstens Delikte, bei denen eine Meinungsäußerung im Zentrum steht: § 185 StGB („Beleidigen")[635], § 90a Abs. 1 StGB („Beschimpfen", „böswillig verächtlich Machen", „Verunglimpfen")[636], § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB („Beschimpfen", „böswillig verächtlich Machen")[637], § 130 Abs. 3 StGB („Billigen", „Leugnen", Verharmlosen")[638], § 140 Nr. 2 StGB („Billigen")[639], § 166 StGB („Beschimpfen")[640].[641]

Zweitens Delikte, die die Bekundung eines Willens oder einer Absicht in den Blick nehmen: § 126 Abs. 1 StGB („Androhen")[642], § 241 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 Hs. 2 Var. 1 und 2 StGB („Bedrohen")[643].[644]

Drittens Delikte, die an ein Behaupten, also an die Verbindung einer Information mit der individuellen Glaubwürdigkeit anknüpfen: §§ 186 Hs. 1 Alt. 1, 187 Hs. 1 Alt. 1 StGB („Behaupten")[645].[646]

---

[634] *Fuhr*, Äußerung, S. 146 f.; vgl. auch die Systematisierung der Äußerungsdelikte ausgehend von einem sprechakttheoretischen Fundament im Überblick *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 323.

[635] Vgl. Nachweise bei Kap. 5. B. III. 2. a).

[636] BGH NStZ 2018, 589; *Fischer*, StGB, § 90a Rn. 3; *Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 90a Rn. 2.

[637] *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 17.

[638] *Rackow*, in: BeckOK-StGB, § 130 Rn. 32; OLG Brandenburg NStZ-RR 2017, 206.

[639] BGH NJW 1990, 2828, 2831; *Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte, S. 245; *Geneuss*, in: SSW-StGB, § 140 Rn. 10, 16; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, § 140 Rn. 17, 32; *Roxin*, TuT, S. 919.

[640] *Stübinger*, in: NK-StGB, § 166 Rn. 6, 14; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 166 Rn. 26; *Fischer*, StGB, § 166 Rn. 13; vgl. auch *Rosenfeld*, in: Frank-Festgabe Bd. 2, S. 161, 171.

[641] Nach der Ordnung von *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 323, handelt es sich um „Expressiva".

[642] *Fuhr*, Äußerung, S. 150; *Altenhain*, CR 1997, 485, 496.

[643] *Fuhr*, Äußerung, S. 150; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 241 Rn. 8; *Altenhain*, CR 1997, 485, 496; vgl. auch zur Abgrenzung von der Warnung vor einer fremden Absicht *Satzger*, JURA 2015, 156, 157.

[644] *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 323 ordnet sie der Gruppe der „Kommissiva" zu. Näher zu dieser Einordnung der Drohung als – hier vergröbert – Selbst-Verpflichtung vgl. *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 191 f.

[645] *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 186 Rn. 7; *Zaczyk*, in: NK-StGB, 5. Aufl., § 186 Rn. 8.

[646] *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 323: „Assertiva".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Viertens Delikte, die eine persuasive Äußerungen behandeln. Auch der Äußernde, der seinen auf das Verhalten Dritter gerichteten Willen kundtut, versucht zu überzeugen und damit eine Meinungsübereinstimmung herbeizuführen. Die Überzeugungskraft schöpft sich sodann im Wesentlichen aus der Glaubwürdigkeit und der Zuordnungsfähigkeit der Äußerung, weshalb ebenso wie beim Behaupten zu fordern ist, dass es sich um eine *eigene* Äußerung handelt.[647] Persuasive Äußerungen i. d. S. sind: § 130 Abs. 1 StGB („Aufstacheln", „Auffordern")[648]; § 111 StGB („Auffordern")[649].[650]

Nach allgemeinen Regeln, also nach hier bevorzugter Tatherrschaftslehre, soll hingegen die Bestimmung von Täterschaft und Teilnahme bei solchen Delikten stattfinden, die zwar mittels Äußerung begangen werden können, bei denen es aber nicht auf die Identifikation mit dem Inhalt ankommt. Klassischerweise sind hier §§ 186 Hs. 1 Alt. 2, 187 Hs. 1 Alt. 2 StGB („Verbreiten")[651] zu nennen, bei denen gerade die (bloße) Kolportage fremder Äußerungen erfasst wird.[652] Gleiches dürfte auch für § 130 Abs. 1 Nr. 2 Var. 3 StGB („Verleumden") gelten, wenn – insofern an die Auslegung des § 187 Hs. 1 Alt. 2 StGB angelehnt – bereits das Verbreiten einer fremden Äußerung für ausreichend gehalten wird.[653] Auch keine persönliche Äußerung ist für die falsche Warnung aus §§ 126 Abs. 2, 241 Abs. 2 Nr. 1 StGB notwendig, bei denen in Abgrenzung zur Bedrohung bzw. Androhung gerade keine *eigene* Absicht zur Überzufügung geäußert wird, sondern (fälschlicherweise) auf einen *fremden* Willen hingewiesen wird.[654]

---

[647] *Fuhr*, Äußerung, S. 147; *Roxin*, TuT, S. 919.

[648] *M. Heinrich*, ZJS 2017, 625, 630; *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 17; *Roxin*, TuT, S. 919.

[649] BGH NStZ 2015, 512, 514; OLG Celle NStZ 2013, 720, 721; *Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte, S. 245 f.; *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 26; *M. Heinrich*, ZJS 2017, 518, 521; *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 111 Rn. 3; *Tassis*, Statusmeldung, S. 242 m. w. N.

[650] Vgl. aber *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 323, der das „Aufstacheln" den „Expressiva" zuordnet und damit von dem „Auffordern" als Teil der „Direktiva" trennt. Mit dem Hinweis a. a. O., S. 231 f. darauf, dass es anders als beim Auffordern nicht unmittelbar um den Entschluss beim Rezipienten gehe, der durch die Einflussnahme hervorgerufen werden soll, sondern um ein nachhaltiges Beeinflussen anderer Personen, um die Gefühle in einer bestimmten Richtung zu beeinflussen, ließe sich das „Aufstacheln" überzeugend auch der ersten Fallgruppe der (schlichten) Meinungsäußerung zuordnen.

[651] *Stübinger*, in: NK-StGB, § 166 Rn. 14; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 166 Rn. 26.

[652] Diese klassischerweise den Verbreitungsdelikten zugeordneten Tatbestände stellt *Fuhr*, Äußerung, S. 149 als *schlichte* Äußerungsdelikte den *persönlichen* Äußerungsdelikten gegenüber. Vgl. auch zur Abgrenzung vom „Behaupten" *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 296 ff.

[653] *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 17; *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 54; *Fuhr*, Äußerung, S. 149; krit. aber mit Hinweis darauf, dass der Angriff auf die Menschenwürde eine Identifikation mit der Aussage erforderlich mache, *Giehring*, StV 1985, 30, 34; *D. Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 130 Rn. 5.

[654] *Fuhr*, Äußerung, S. 150.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

c) Weitere Begründung und Kritik der Abweichung vom Tatherrschaftskriterium

Die mit dem Kriterium der persönlichen Verbundenheit vollzogene Abwendung von der Tatherrschaftslehre im Bereich der persönlichen Äußerungsdelikte wird damit erklärt, dass es nicht auf den letzten Akt des Zur-Kenntnis-Bringens, sondern vielmehr um die Sozialschädlichkeit der Erklärung einer eigenen Meinung oder das Auftreten als „kommunikatives Individuum" gehe.[655] Es gehe letztlich um die „Anerkennung des Instituts des *Boten* im Strafrecht".[656] Bei den schlichten Äußerungsdelikten bzw. Verbreitungsdelikten hingegen ist bereits die „identifikationslose Mitteilung der Information" als strafwürdig zu bewerten. Für eine gefährliche Wirkung der Information bei Adressierung eines Individuums[657] oder einer (Teil-) Öffentlichkeit[658] kommt es nicht darauf an, wer sich den Inhalt zurechnen lassen muss.[659] Mitsch vergleicht treffend mit der Einordnung einer menschlichen „Schreibhilfe" bei der Herstellung einer unechten Urkunde, bei der es nach der Geistigkeitstheorie allein auf den „geistigen Vater" der urkundlichen Erklärung ankommt.[660] Es bei solchen Delikten nicht um die Zurechnung des letzten, zur Tatvollendung erforderlichen Aktes, sondern um die geistige Urheberschaft der Äußerung.[661]

Diese Abkehr vom Tatherrschaftskriterium bei bestimmten Delikten wird von Krack kritisiert.[662] *Erstens* könne bspw. für die Sachbeschädigung nichts anderes als für die Beleidigung gelten. Hier wie dort könne ein „kommunikativer Akt" vorliegen, der dazu führe, „dass der Urheber der Kommunikation im Mittelpunkt der Wahr-

[655] *Fuhr*, Äußerung, S. 154.

[656] *Fuhr*, Äußerung, S. 155 (Hervorhebung im Original); ebenfalls auf die Begründung über eine Boteneigenschaft abstellend: *Wietfeld*, Tatherrschaft im Rahmen der Steuerhinterziehung, S. 99 f. im Rahmen einer normativen Tatherrschaft; ähnlich *Murmann*, in: SSW-StGB, Vor §§ 25 ff. Rn. 15; ebenso *Feng*, Beteiligung, S. 310 f.; ähnlich *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 335: „besondere Ausprägung von Tatherrschaft"; vgl. in dieser Richtung auch *Ransiek*, in: FS-Puppe, S. 1269, 1277; andere dogmatische Konstruktionen finden sich bei *Roxin*, TuT, S. 390 f., der die Beleidigung zunächst als Pflichtdelikt einordnen wollte; nun als „eigenständige Rolle als vierte Täterschaftskategorie": *Roxin*, in: FS-Rengier, S. 93, 96 f.; *Roxin*, TuT, S. 916 ff.; vgl. auch *Herzberg*, ZStW 1970, 896, 941 f., der die Beleidigung im Ergebnis mit Blick auf die „höchstpersönliche Pflichtverletzung" als eigenhändiges Delikt verorten will, wobei dem zu entgegnen ist, dass die Beleidigung durch einen gutgläubigen Boten durchaus in mittelbarer Täterschaft begangen werden kann.

[657] Vgl. etwa § 192a StGB für das adressierte Individuum selbst oder § 186 Hs. 2 Alt. 2 StGB für ein drittes Individuum.

[658] Vgl. etwa §§ 130 Abs. 2, 130a Abs. 1, 131 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB.

[659] *Fuhr*, Äußerung, S. 149 f., 155.

[660] Stellvertretend *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, § 267 Rn. 55.

[661] *Mitsch*, in: Handbuch Strafrecht, § 62 Rn. 35; vgl. auch *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 337: „Urheberprinzip".

[662] *Krack*, in: FS-Achenbach, S. 219, 224; krit. auch *Schumann*, AfP 2019, 384 Fn. 3, der sich mit den bisherigen Begründungen für eine Abweichung von der Tatherrschaft nicht zufriedengeben und in dem Begründungsansatz von *Roxin*, in: FS-Rengier, S. 93, 96 nur eine Wiederholung des Ergebnisses sehen will.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nehmung steht.“[663] Dieser Einwand berücksichtigt jedoch gerade nicht die eben dargestellte Begründung für eine besondere Behandlung der persönlichen Äußerungsdelikte, sondern begnügt sich damit, im einen wie im anderen Fall den Urheber in den „Mittelpunkt der Wahrnehmung“[664] zu stellen.[665] Damit ist nicht mehr als das Rechtsgefühl adressiert, gegen das sich Krack zuvor selbst hinsichtlich der deliktsspezifischen Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei persönlichen Äußerungsdelikten gewendet hat.[666]

Zweitens entspreche es nicht der üblichen Interpretation von § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB, die Einordnung des Tatnächsten als Täter oder Teilnehmer davon abhängig zu machen, ob ein Hintermann möglicherweise mitwirkt oder gar als Täter einzuordnen ist.[667] Dieser Standpunkt wird für die Herrschaftsdelikte geteilt, beansprucht aber schon dem Ansatz der abweichenden Lösung nach keine Geltung für persönliche Äußerungsdelikte.[668]

Drittens wendet Krack gegen die von der Tatherrschaft abweichenden Kriterien ein, dass dem Empfänger eines Schreibens nicht notwendigerweise bewusst sei, „wer als Urheber hinter der schriftlichen Erklärung steckt“, dies aber für die von der Tatherrschaftslehre abweichende Auffassung notwendig sei.[669] Als Beispiele wählt er die Überbringung einer anonymen Erklärung, die eine versehentlich falsche Absenderangabe enthält, die Erklärung unter fremdem Namen und den Fall einer sich durch die Hilfsperson zu eigen gemachten Äußerung.[670] Dass aber die Person des Urhebers der Äußerung für den Empfänger erkennbar ist, wird von der abweichenden Lösung gar nicht gefordert. Ausreichend ist vielmehr, dass für den Empfänger ersichtlich ist, dass der Überbringer nicht der Urheber ist und sich den Inhalt auch nicht zu eigen macht.[671] So bleibt der sich anonym oder unter fremdem Namen äußernde Urheber ohne Zweifel Täter.[672] Handelt der Überbringer unter fremdem Namen kann nichts anderes gelten: Zwar ist nach außen sichtbar, dass (vermeintlich) ein Dritter Urheber der Äußerung ist. Da der Überbringer sich aber gleichzeitig die Erklärung

[663] *Krack*, in: FS-Achenbach, S. 219, 224.

[664] *Krack*, in: FS-Achenbach, S. 219, 224.

[665] So auch *Roxin*, in: FS-Rengier, S. 93, 98.

[666] *Krack*, in: FS-Achenbach, S. 219, 220.

[667] *Krack*, in: FS-Achenbach, S. 219, 225.

[668] Vgl. ähnlich auch *Roxin*, in: FS-Rengier, S. 93, 98.

[669] *Krack*, in: FS-Achenbach, S. 219, 225.

[670] *Krack*, in: FS-Achenbach, S. 219, 226 ff.

[671] Vgl. *Fuhr*, Äußerung, S. 154: „Solchen [persönlichen] Erklärungen ist es eigen, daß derjenige, der sie vernimmt, nicht den Blick auf den Überbringer der (schriftlich oder verbal erfolgten) Äußerung lenkt, sondern auf den Urheber.“ Dass es aber für die Einordnung des Überbringers nicht auf die Erkennbarkeit des Urhebers ankommt, macht *Fuhr*, Äußerung, S. 153 deutlich: „Er [der Rezipient] kann sehr wohl erkennen, ob der Gesprächspartner ihm irgendetwas schlicht weitererzählt oder ob dieser den Gesprächsinhalt behauptet.“; so auch *Roxin*, in: FS-Rengier, S. 93, 99.

[672] Vgl. auch *Ransiek*, in: FS-Puppe, S. 1269, 1279.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zurechnen lassen muss, ist er als Täter zu behandeln. In den Fällen des nach außen nicht sichtbaren Sich-Zueigenmachens liegt – entgegen Kracks Auffassung – hingegen weiterhin eine Gehilfenschaft vor. Wird nach außen in keiner Weise ersichtlich, dass sich der Überbringer mit der Äußerung identifiziert, liefe das – dieses Problem wirft Krack selbst auf – gerade auf die (qualifizierte) Bestrafung allein einer Gesinnung hinaus.[673] Dieses Problem versucht er aus der Welt zu schaffen, indem er gewissermaßen die Vorzeichen umkehrt: Nicht das reine Internum der Identifikation begründe eine täterschaftliche Zurechnung, sondern ein solches lasse das die nach allgemeinen Kriterien bestehende Täterschaft „hemmende Moment" der mangelnden eigenen Missbilligung entfallen.[674]

Ob damit dem Vorwurf des Gesinnungsstrafrechts entgangen werden kann, mag zu bezweifeln sein. Entscheidend ist jedoch, dass die Verortung der Besonderheiten allein auf der subjektiven Tatseite[675] den Unrechtsgehalt solcher persönlichen Äußerungsdelikte schon nicht erfassen kann, die eine Meinungsäußerung in den Blick nehmen. Erst recht kann sie aber für die anderen Kategorien (den Äußerungen einer Absicht, beim Behaupten und den persuasiven Äußerungen) nicht überzeugen.

So geht Fuhr davon aus, dass es sich bei dem Kriterium der *eigenen* Äußerung um ein „objektiv-subjektives Tatelement sui generis" handelt.[676] Es wegen seiner „subjektiven Durchtränktheit"[677] allein der subjektiven Tatseite zuzuordnen, überzeugt nicht. Vielmehr muss für den Rezipienten äußerlich erkennbar sein, ob ein anderer eine eigene Missachtung kundgibt oder lediglich über fremde Missachtung berichtet.[678]

---

[673] *Krack*, in: FS-Achenbach, S. 219, 227 f.

[674] *Krack*, in: FS-Achenbach, S. 219, 228.

[675] Mit Verweis auf *Rosenfeld*, in: Frank-Festgabe Bd. 2, S. 161, 170: „mit subjektiv gefährbter Ausführungshandlung", der gleichwohl schreibt: „Mißachtung kundgeben – das kann nicht *rein* objektiv aufgefaßt werden, sondern es muß Mißachtung, also eine affektive Gesinnungsrichtung vorhanden sein […]." (Hervorhebung durch M. N.). Dass also die subjektive Färbung nicht nur als notwendige, sondern sogar als hinreichende Bedingung für eine täterschaftliche Zurechnung angesehen wird, kann sich aus dieser Stelle nicht ergeben.

[676] *Fuhr*, Äußerung, S. 154.

[677] *Rosenfeld*, in: Frank-Festgabe Bd. 2, S. 161, 170 f.

[678] *Fuhr*, Äußerung, S. 153; *Rosenfeld*, in: Frank-Festgabe Bd. 2, S. 161, 170 f.; allgemein zu den (persönlichen Äußerungsdelikte) so auch *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 105; *Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte, S. 245; *Hambel*, Verlinkung, S. 189 f. bringt gegen einen rein subjektiven Ansatz vor allem praktische Bedenken hinsichtlich der Feststellung bei Schweigen vor und verweist zu Recht auf die Kritik an der Lehre vom animus auctoris. Die Frage, ob sodann rein objektive Umstände oder auch subjektive Umstände einbezogen werden sollen, will er deliktsspezifisch in Abhängigkeit von einer kollektiv- oder individualschützenden Rechtsgutskonzeption beantworten (a. a. O., S. 200), gibt dabei aber kein Beispiel für eine Berücksichtigung subjektiver Merkmale. Auch die individualschützenden Ehrschutzdelikte sollen zu einer rein objektiven Bestimmung des Sich-Zueigenmachens führen (a. a. O., S. 201).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

d) Maßstäbe des äußerungsstrafrechtlichen Sich-Zueigenmachens im Vergleich mit anderen Regelungsmaterien

Im Äußerungsrecht soll ein Sich-Zueigenmachen angenommen werden, wenn der Verbreiter sich mit der fremden Äußerung identifiziert und sie so in den eigenen Gedankengang einfügt, dass sie als eigene erscheint.[679] Zum Teil wird darauf hingewiesen, dass dieser Maßstab – mit gebotener Zurückhaltung mit Blick auf Meinungs- und Pressefreiheit – auf das Äußerungsstrafrecht zu übertragen ist.[680]

Auch finden sich zum Teil Tendenzen einer Gleichsetzung mit der telemedienrechtlichen Figur des Sich-Zueigenmachens.[681] Es wurde indessen an vorheriger Stelle gezeigt, dass die telemedienrechtliche Figur schon in unterschiedlichsten Richtungen Konturierung erfahren hat und zum Teil wirtschaftliche Interessen an bestimmten Nutzungen der Angebote oder eine durch redaktionelle Kontrollen besondere Nähe zu Inhalten generell zu berücksichtigen ist.[682] Das wird besonders auch darin deutlich, dass überwiegend von einem hohen Übereinstimmungsgrad des Neutralitätskriteriums und dem Sich-Zueigenmachen ausgegangen wird oder etwa Erwägungen zum Unterfall der aktiven Rolle dem Sich-Zueigenmachen beigemischt werden.[683] Diese für den telemedienrechtlichen Bereich begrüßenswerten Legierungen[684] sind jedoch dem Grundgedanken des Sich-Zueigenmachens im strafrechtlichen Zusammenhang fremd. Hier nämlich bringt die Zurechnungsfigur des Sich-Zueigenmachens zum Ausdruck, dass eine spezifische Beziehung zwischen Äußerung und Sprecher besteht, die für eine Verwirklichung des Tatbestandes erforderlich ist. Gerade aufgrund dieser äußerungs(-straf-)rechtlichen Besonderheit wurde im telemedienrechtlichen Kontext eine fehlgeleitete Transplantation beklagt.[685] Darauf aufbauend könnte man hier nun von einer ebenso verfehlten Re-Transplantation sprechen, wenn man nicht hinreichend zwischen den beiden Bereichen trennt.

Es bleibt daher zu fragen, wann eine hinreichende Identifikation mit dem Inhalt nach außen tritt, damit eine von der Äußerung ausgehende Verletzungs- bzw. Gefährdungswirkung dem Anbieter zugerechnet werden kann.

---

[679] BGH NJW 2014, 2029, 2031; OLG Frankfurt a. M. MMR 2016, 489, 490.

[680] OLG Frankfurt a. M. MMR 2016, 489, 490.

[681] Explizite Gleichsetzung bei *Boese*, Links im Internet, S. 136 noch in Bezug auf § 5 TDG; krit. *Hambel*, Verlinkung, S. 188; ferner *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor § 7 TMG Rn. 24; *Sieber/Höfinger*, in: Multimedia-Recht, Teil 18.1 Rn. 40 f.

[682] Vgl. dazu oben Kap. 3 D. I.

[683] Vgl. oben Kap. 3 D. II. 2. e) ee).

[684] Zu der davon unberührten Kritik an der Figur des Sich-Zueigenmachens vgl. oben Kap. 3 D. I. 2.

[685] Kap. 3 D. I. 2. b).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

e) Sich-Zueigenmachen und die Anbieter verschiedener Ordnung

Um dieser Frage hinsichtlich der Anbieter nachzugehen, gilt es (erneut) die Konstellation des auf die Begehung von Kommunikationsdelikten ausgerichteten Angebots (aa)) von der Freigabe eines einem persönlichen Äußerungsdelikt unterfallenden Inhalts zu trennen (bb)).

aa) Automatisierte Veröffentlichung

Knüpft sich der strafrechtliche Vorwurf gerade an den Betrieb des Angebots, so ist ein Sich-Zueigenmachen schon aus chronologischen Gründen zweifelhaft. Der Anbieter kennt den zurechnungsgegenständlichen Inhalt, anders als in den typischen Konstellationen des Sich-Zueigenmachens im medienstrafrechtlichen Kontext (etwa dem Verlinken (netzwerkspezifisch: Teilen) oder Liken) nicht.

(1) Vergleich mit den Maßstäben einer subjektiven Zurechnung

Diese technisch vermittelte Distanz, die die Plattform-Fälle auszeichnet, könnte man nun versucht sein, in eine Linie mit der subjektiven Zurechnung zu bringen. Dort wurde argumentiert, dass eine Unbestimmtheit der Vorstellung im innertatbestandlichen Bereich unschädlich ist und im zwischentatbestandlichen Bereich mit dem dolus alternativus gearbeitet werden kann.[686] So könnte man doch nun auch hier behaupten, dass der Anbieter mit seiner Gestaltung des Angebots einen Rahmen von Inhalten absteckt, innerhalb derer eine Identifikation mit den verschiedenen möglichen Inhalten stattfindet.[687] Eine Parallelführung von Sich-Zueigenmachen und Anforderungen an die Vorsatzbestimmtheit kann jedoch nicht gelingen. Das zeigt sich schon daran, dass hier der Mindestgehalt der Vorstellung im Lichte des § 16 Abs. 1 StGB streng tatbestandsbezogen bestimmt wird. Wer sich also vorstellt, dass innerhalb seines Angebots die Menschenwürde von Migranten angegriffen wird, oder wer zu Gewalttaten gegen sie aufruft, der muss sich subjektiv auch gegen „Deutsche“ gerichtete Inhalte i. S. v. §§ 130, 111 StGB zurechnen lassen. Eine Identifikation mit letzteren Inhalten, die eine entsprechende eigene Täterschaft begründen würden, scheint aber schlicht abwegig.

Kann aber ein Sich-Zueigenmachen von Äußerungen angenommen werden, die sich innerhalb der inhaltlichen Rahmenvorstellung des Anbieters bewegen? Auch hier dürfte Skepsis angebracht sein. Aufgrund der technisch vermittelten Distanz kann ein Dritter kaum sicher erkennen, ob der Anbieter die einzelnen Äußerungen

[686] Vgl. dazu oben Kap. 5 B. II.

[687] Das etwa könnte *Pichler*, MMR 1998, 79, 82 entgegengehalten werden, der ein Sich-Zueigenmachen bei Newsgroups mit dem Argument ablehnt, dass „für jedermann klar erkennbar [ist], daß der Inhalt nicht dem Betreiber des Servers zuzurechnen ist. Newsgroups sind gerade ein Meinungsmarkt der Nutzer, nicht des Host Providers. Ebenso verhält es sich bei individuellen Web-Pages.“ Bei kriminell ausgerichteten Angeboten ist es nämlich längst nicht mehr der freie Meinungsmarkt der Nutzer, der bereitet werden soll.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

jeweils ‚unterschreiben'[688] würde. Da weder Anbieter zweiter noch dritter Ordnung den von ihnen geschaffenen Kommunikationsraum derart einfärben können, dass allein Inhalte über der Schwelle strafrechtlicher Relevanz erwünscht werden und etwa verhetzende oder beleidigende Inhalte unterschiedlichster Gravität und Stile sein können, dürfte die Unmöglichkeit, den individuellen Inhalt zu kennen, prinzipiell gegen ein Sich-Zueigenmachen sprechen.[689, 690]

(2) Vergleich mit der Verbreitung persönlicher Äußerungsdelikte mit Hilfe von Social Bots

Man könnte im Vergleich mit anderen medienstrafrechtlichen Konstellationen, etwa der des Betriebs von Social Bots[691], meinen, dass die dargestellte Auffassung zu eng wäre. Auch dort besteht bei Einsatz technischer Hilfsmittel keine Kenntnis vom einzelnen Inhalt. Solange sich aber der ausgegebene Inhalt innerhalb des aus der Programmierung Erwartbaren bewegt, wird dort – sind die Anforderungen der subjektiven Zurechnung erstmal erfüllt – eine Täterschaft hinsichtlich persönlicher Äußerungsdelikte angenommen.[692] Das mag auf den ersten Blick schon kriminalpolitisch plausibel sein, weil – anders als für die Anbieter innerhalb sozialer Netzwerke – der Nutzer von Social Bots mangels teilnahmefähiger Haupttat nicht als Gehilfe (oder passender Anstifter?) erfasst werden kann.[693] Dogmatisch ließe sich eine Unterscheidung zum Fall des Anbieters nun damit begründen, dass es erst gar keiner Zurechnung eines originär fremden Inhalts bedarf. Es liegt keine intentionale Äußerung vor, die Gegenstand eines Sich-Zueigenmachens und damit ihrer Anforderung an die Kenntnis sein könnte.[694] Formuliert man anders, ausgehend von einer geistigen Urheberschaft[695], dann komme eben keiner mehr als der Nutzer eines

[688] Vgl. zu diesem Bild m. w. N. *Nussbaum*, MMR 2022, 1089, 1091.

[689] Vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1380 f. (Altermedia), das i. E. dieser Bewertung folgen dürfte, indem zwischen den originär eigenen und fremden Inhalten unterschieden wird (§ 130 Abs. 1, 3 StGB bei einem eigenen; § 130 Abs. 2 StGB bei einem fremden Inhalt).

[690] Ein anderes könnte es sein, wenn der Beitrag wahrgenommen und nicht gelöscht wird. Es wird in Kap. 6 D. II. jedoch gezeigt, dass auch solche unterbliebenen Entfernungen nicht hinreichend sicher für eine Identifikation mit dem Inhalt sprechen können. Dass die untenstehenden Ausführungen zu nicht strafrechtswidrig ausgerichteten Angeboten vollständig übertragbar sind, ist jedoch nicht ausgemacht. Es liegt deutlich näher, dass eine unterlassene Löschung bei Inhalten, die äußerlich zu der Widmung des Angebots passen, auf eine Identifikation mit dem Inhalt zurückzuführen sind. Wollte man das als ausreichend erachten, wäre eine weitere Fallgruppe der Relevanz einer unterlassenen Löschung im Bereich der persönlichen Äußerungsdelikte gefunden.

[691] Zum Phänomen Kap. 2 C. I. 3.

[692] *V. Volkmann*, MMR 2018, 58, 60; vgl. auch *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 70 ff.

[693] Vgl. zur Konstruktion einer partiellen Rechtsfähigkeit von Social Bots oben Kap. 5 B. II. 1. a).

[694] In einer ähnlichen Richtung *Stegbauer*, in: NK-Medienstrafrecht, § 130 Rn. 3.

[695] Vgl. erneut *Mitsch*, in: Handbuch Strafrecht, § 62 Rn. 35; vgl. auch *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 337.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Social Bots als Urheber infrage. Es werden hier also nicht verschiedene Anforderungen an ein Sich-Zueigenmachen bei Anbietern und Social Bots gestellt. Vielmehr soll betont werden, dass im Falle der Social Bots schon keine Grundlage für ein Sich-Zueigenmachen besteht. Ihre abweichende Behandlung kann gegenüber der hier vertretenen restriktiven Auffassung daher nicht den Vorwurf der Inkonsequenz einbringen.

bb) Exkurs: Sich-Zueigenmachen bei Freigabevorbehalt

Schwerer zu beantworten ist die Frage nach dem Sich-Zueigenmachen, wenn der Anbieter den individuellen Inhalt zur Kenntnis nimmt und dann freigibt. In solchen Fällen ist es durchaus naheliegender, von einem Sich-Zueigenmachen auszugehen, gerade dann, wenn die Äußerungen der inhaltlichen Ausrichtung des Angebots entsprechen. Davon geht auch das OLG Stuttgart im Altermedia-Fall aus und differenziert zwischen freigegebenen und automatisch veröffentlichten Inhalten, was das Sich-Zueigenmachen angeht.[696]

f) Zwischenfazit: Beteiligungsform bei persönlichen Äußerungsdelikten

Es konnte gezeigt werden, dass sich persönliche Äußerungsdelikte durch eine besondere Verbindung zwischen ihrem geistigen Urheber und dem Äußerungsinhalt auszeichnen. Diese Verbindung kann in verschiedener Weise, je nach Äußerungsart, gestaltet sein: meinungsäußernd (z. B. Verunglimpfung), eine eigene Glaubwürdigkeit in Anspruch nehmend (z. B. Behaupten), sich selbst verpflichtend (z. B. Drohen) oder appellativ (z. B. Auffordern). Da persönliche Äußerungsdelikte die Wahrnehmung der Äußerung als (Zwischen-)Erfolg tragen und das Tatherrschaftskriterium etwa in Boten-Fällen den Blick vom Urheber der Äußerung ablenken kann, sind persönliche Äußerungsdelikte als Ausnahme von den Herrschaftsdelikten zu verstehen. Wer eine originär fremde Äußerung übermittelt, ist daher nicht Täter des persönlichen Äußerungsdelikts, außer er macht sich die Äußerung erkennbar zu eigen. Das Sich-Zueigenmachen sollte restriktiv gehandhabt werden und unbeeinflusst von etwaigen Verwachsungen bleiben, die aus dem telemedienrechtlichen Bereich stammen. Es sollte daher klar hervortreten, dass sich ein Anbieter mit dem Inhalt identifiziert. Es wurde argumentiert, dass es an einem solchen Moment aufgrund der technisch vermittelten Distanz regelmäßig bei strafrechtswidrig ausgerichteten Angeboten fehlen wird. Eine Identifikation wird in aller Regel eine Kenntnis des jeweiligen Inhalts voraussetzen. Gibt der Anbieter die Inhalte hingegen mit zusätzlichem Akt frei, lässt sich ein Sich-Zueigenmachen gerade dann annehmen, wenn die Inhalte der inhaltlichen Ausrichtung des Angebots entsprechen. Damit ergibt sich trotz völlig eigenständiger Herleitung ein Gleichlauf mit der Beantwortung der Beteiligungsformfrage bei den Inhaltsverbreitungsdelikten.

[696] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1380 f. (Altermedia).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Sonderproblem: Verlinkung und Teilen innerhalb der Angebote

Sonderfragen betreffen die Konstellation, in der Nutzer innerhalb des Angebots keine eigenen Inhalte verbreiten, sondern fremde Inhalte verlinken[697] oder sie aus dem öffentlichen Angebot (erster Ordnung) heraus teilen[698]. Hier werden Zurechnungsfragen des Verlinkens/Teilens mit denen bereits dargestellten Problemen hinsichtlich der Anbieter verquickt. Aufgrund der divergierenden täterschaftsbegründenden Merkmale gilt es im Folgenden erneut, zwischen Inhaltsverbreitungsdelikten (a)) und persönlichen Äußerungsdelikten (b)) zu unterscheiden.[699]

a) Inhaltsverbreitungsdelikte

Für die Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe bei Anbietern zweiter und dritter Ordnung gilt bei rechtswidriger Ausrichtung des Angebots nach hier vertretener Ansicht nichts Besonderes. Denn schon hinsichtlich sonstiger Inhalte wird man kaum eine Täterschaft annehmen können, wenn man das Tatherrschaftskriterium zentral stellt.[700] Für die überwiegende Auffassung, die von einer Allein- bzw. nebentäterschaftlichen Begehung ausgeht, ergeben sich jedoch – ebenso wie für den in diesem Kapitel immer wieder referenziell betrachteten Fall der Freigabe des Inhalts durch den Anbieter (zweiter Ordnung) – Spezifika. Die Frage lautet, ob hinsichtlich der fremden in die Kommunikationsräume nachgelagerter Ordnung mittels Verlinkung/Teilen geführten Inhalte eine Täterschaft angenommen werden kann

---

[697] Bei Hyperlinks (kurz: Links) handelt es sich um internettypische Verknüpfungen der im Internet befindlichen Inhalte innerhalb eines Webangebots („interner Link“) oder außerhalb eines solchen („externer link“). Zu unterscheiden sind „surface links“, bei denen ein Verweis auf eine Startseite hergestellt wird und „deep links“, bei denen auf eine spezielle Unterseite verwiesen wird. Beide Links können durch die URL oder eines „short link“, aber auch durch einen „inline link“ (oder: „embedded link“; „Framing“) dargestellt werden. Bei der Framing-Technik verbleibt der Zielinhalt auf dem fremden Server, wird aber innerhalb des eigenen Webangebots dargestellt und so aus dem ursprünglichen Darstellungskontext herausgelöst. Vgl. zu den technischen Grundlagen *Krischker*, Internetstrafrecht, S. 237 f. und zur strafrechtlichen Bewertung von Verlinkungen auf eigene Inhalte *Busse-Muskala*, Informationsvermittler im Netz, S. 93 f.

[698] In einer ähnlichen Weise wie das Framing funktioniert auch das Teilen von Inhalten innerhalb sozialer Netzwerke. Der Zielinhalt wird unmittelbar unter Kennzeichnung der fremden Urheberschaft für assoziierte Kontakte des Teilenden oder etwa innerhalb eines Angebots zweiter Ordnung sichtbar. Die Teilung fremder Inhalte in ein Angebot dritter Ordnung ist hingegen nicht möglich. Eine Handlung von Seiten der adressierten Nutzer ist höchstens insofern notwendig, als sie einen Klick setzen müssen, um den gesamten Inhalt im Interface sichtbar zu machen. Vgl. dazu auch oben Kap. 1 B. IV.

[699] Eine mangelnde Differenzierung findet sich auf der einen Seite bei *Busse-Muskala*, Informationsvermittler im Netz, S. 97 ff. und *Detlefsen*, Hyperlinks, S. 102 ff., die jeweils allein von der Tatherrschaftslehre ausgehen, und auf der anderen Seite bei solchen Ansätzen, die allein auf das Sich-Zueigenmachen abstellen wollen (zu diesem internetspezifischen Ansatz unten Kap. 5 B. III. 3. a) aa)).

[700] Dazu ausführlich oben Kap. 5 III. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

oder ob eine (Ketten-)Beihilfe anzunehmen ist. Wenn bereits keine Täterschaft für den verlinkenden oder teilenden Nutzer besteht, dann dürfte mit jeweils ähnlichem Argument auch eine Einordnung des Anbieters nachgelagerter Ordnung als Täter fehlgehen.

Wird nach der Beteiligungsform beim Setzen von Hyperlinks gefragt, so gilt es zunächst, nach dem Bezugspunkt des strafrechtlichen Vorwurfes zu unterscheiden: Da bereits die äußere Form, also die textliche bzw. bildliche Darstellung eines Hyperlinks selbst, einen strafbaren Inhalt darstellen kann, gelten die allgemeinen Grundsätze, weil der Nutzer hier in die Stellung eines Content-Providers aufrückt.[701] Innerhalb sozialer Netzwerke dürfte sich jedoch selten ein Anknüpfungspunkt in der bildlichen äußeren Form, etwa der Darstellung als Hakenkreuz (§ 86a StGB), ergeben[702], weil das technische Design der Netzwerke auf solche bildlichen Darstellungen verzichtet. Im Folgenden sollen sich die Ausführungen daher auf die Zugänglichmachung des Zielinhalts beschränken.

aa) Internetspezifischer Ansatz

Zum Teil wird zur Beantwortung der Frage nach dem täterschaftlichen Zugänglichmachen durch den Linksetzer das Kriterium des Sich-Zueigenmachens herangezogen. Dabei wird nicht zwischen persönlichen Äußerungs- und Inhaltsverbreitungsdelikten unterschieden.[703] Entscheidend für das Sich-Zueigenmachen sei wiederum, ob sich aus den Gesamtumständen ergibt, dass sich der Linksetzer mit dem Zielinhalt identifiziert. Anhaltspunkte sollen die thematische Einbettung des Links, der Bezug zu eigenen Inhalten und die inhaltliche Qualität des verlinkten Inhalts sein.[704]

Dieser Ansatzpunkt kann aber nicht überzeugen. Blickt man auf die äußerungs(straf-)rechtliche Begründung des Sich-Zueigenmachens, so zeigt sich, dass diese nicht für Inhaltsverbreitungsdelikte gelten kann, bei denen es um die Gefährlichkeit der Verbreitung als solcher geht. Diesen Unterschied macht § 130 Abs. 1 StGB gegenüber § 130 Abs. 2 StGB besonders deutlich.[705] Warum aber für den Linksetzer Spezifisches und ein erweiterter Anwendungsbereich des Sich-Zueigenmachens gelten soll, erklärt sich nicht. Vielmehr scheint sich hier eine von den telemedienrechtlichen Verantwortungsregelungen der §§ 7 ff. TMG a. F. zum Teil

[701] Vgl. nur *Hambel*, Verlinkung, S. 111 ff.

[702] Vgl. dazu auch *M. Popp*, Verantwortung, S. 180.

[703] *M. Heinrich*, ZJS 2016, 698, 700; *Barton*, Multimedia-Strafrecht, Rn. 220 f.; *Marbeth-Kubicki*, Rn. 377 f.; *Flechsig/Gabel*, CR 1998, 351, 355.

[704] *Flechsig/Gabel*, CR 1998, 351, 355. Zum Sich-Zueigenmachen im äußerungsstrafrechtlichen Kontext vgl. oben Kap. 5 B. III. 2.

[705] So auch *Hambel*, Verlinkung, S. 141 ff.; ähnlich *Schulte/Kanz*, ZJS 2013, 24, 34 Fn. 77.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

vorausgesetzte Abgrenzung von eigenen und fremden Inhalten Bahn brechen zu wollen.[706]

bb) Tatherrschaftslehre

Viele Stimmen im Schrifttum, die für die Beurteilung der Beteiligungsform auf die Tatherrschaftslehre zurückgreifen, wenden gegen ein täterschaftliches Zugänglichmachen zweierlei ein[707]:

(1) Keine Tatherrschaft über den Zielinhalt

Erstens sei – häufig mit Verweis auf die Paperboy-Entscheidung des BGH zum Urheberrecht[708] – der technisch akzessorische Charakter eines Hyperlinks zu beachten: Der Verlinkende habe es – anders als der Urheber des Inhalts bzw. der Betreiber der externen Seite, auf der sich der Inhalt befindet – nicht in der Hand, ob der Inhalt der Öffentlichkeit zugänglich bleibt.[709] Der Linksetzer habe zwar die Herrschaft über die Richtung der Verweisung (das „Wohin"), nicht aber über den Inhalt des Linkziels (das „Worauf"); wird der Inhalt gelöscht, geht der Link ins Leere.[710]

Gegen diesen Blick auf die Tatherrschaft über das Öffentlich-Halten spricht aber, dass es den Anwendungsbereich des öffentlich Zugänglichmachens verkürzt und den Anknüpfungspunkt für die Tatherrschaftslehre falsch setzt. Denn den Akt des Verlinkens, also das Schaffen bzw. Erweitern eines potenziell unüberschaubaren Adressatenkreises beherrscht der Linksetzer durchaus. Dass er den Inhalt nicht tatherrschaftlich zugänglich halten kann, dürfte außerhalb der interessierenden Frage liegen.[711, 712]

---

[706] So auch *Busse-Muskala*, Informationsvermittler im Netz, S. 96 f.; zum Sich-Zueigenmachen im telemedienrechtlichen Kontext Kap. 3 D.I.

[707] Ohne weitere Differenzierung hinsichtlich des Anknüpfungspunktes der Tatherrschaft, eine solche ablehnend LG Karlsruhe MMR 2009, 418, 419; vgl. auch *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 184 Rn. 63.

[708] BGH NJW 2003, 3406, 3409.

[709] LG Karlsruhe MMR 2009, 418, 419; *Liesching*, MMR 2006, 390, 391; *Hambel*, Verlinkung, S. 147; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 117; *Hörnle*, NJW 2002, 1008, 1010; *Gercke*, Rechtswidrige Inhalte, S. 138; *Detlefsen*, Hyperlinks, S. 102 ff.; *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 149; *Ernst*, NJW-CoR 1997, 224, 228; *Hilgendorf*, in: SSW-StGB, 5. Aufl., § 184 Rn. 27; im Rahmen von § 25 Abs. 2 StGB *Flechsig/Gabel*, CR 1998, 351, 355; zu § 106 Abs. 1 UrhG *D. Sternberg-Lieben*, in: BeckOK-UrhG, § 106 Rn. 29; *Reinbacher*, NStZ 2014, 57, 59.

[710] *Hambel*, Verlinkung, S. 147.

[711] So auch *M. Heinrich*, ZJS 2016, 698, 700; *S. Müller*, Hyperlinks, S. 122 f.; *Schulte/Kanz*, ZJS 2013, 24, 35 zum Liken und Teilen; wohl auch *Al. Koch*, MMR 1999, 704, 708 f.; auch krit. gegenüber der Voraussetzung der Herrschaft über den Inhalt *Gercke/Brunst*, Praxishandbuch Internetstrafrecht, S. 260 f.; i. E. auch *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, § 4 Rn. 15 sowie *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, § 13 Rn. 18.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(2) Kein öffentliches Zugänglichmachen bereits öffentlich zugänglicher Inhalte

Zweitens wird gegen ein täterschaftliches Zugänglichmachen angeführt, dass es sich bei der öffentlichen Zugänglichkeit um einen binären Zustand handele. Wenn der Inhalt schon vorher für einen hinreichenden Personenkreis erreichbar war, also bspw. durch den Betreiber einer Internetseite öffentlich zugänglich gemacht wurde, dann könne der Linksetzer diesen Zustand nicht erneut herbeiführen.[713] Zum Teil wird daher in solchen Fällen ausnahmsweise eine Täterschaft anerkannt, in denen der Inhalt vor der Verlinkung, etwa wegen bestimmter Zugangshürden, nicht öffentlich zugänglich war.[714] Dieses zweite Argument und insbesondere die auf seiner Grundlage gemachte Ausnahme scheinen dabei den Geist der – zuvor geäußerten – Kritik am ersten Argument zu atmen: Denn selbst wenn ein Inhalt erst durch Verlinkung in den Zustand der öffentlichen Zugänglichkeit versetzt wird, übt der Verlinkende keine Herrschaft über die weitere Existenz des Inhalts aus.[715] Die Ausnahme zeigt daher das unklare Verhältnis der beiden dargestellten Argumente zueinander.

Der treffende Ansatzpunkt dürfte aufgrund der Konzentration auf die tatbestandlich genannte Herbeiführung des Zustands in diesem zweiten Argument liegen. Eine Herrschaft über die Herbeiführung des binären Zustands der öffentlichen Zugänglichkeit kann dort nicht bestehen, wo der Inhalt bereits öffentlich zugänglich ist.[716, 717]

Von einem binären und nicht von einem graduellen Verständnis von öffentlicher Zugänglichkeit im Kontext täterschaftlicher Begehung auszugehen, lässt sich zudem

[712] Wenn *Vassilaki*, CR 1999, 85, 87 zwar annimmt, dass eine Herrschaft über die Ausführungshandlung, also den Akt des Zugänglichmachens besteht, jedoch davon ausgeht, dass neben der Ausführungshandlung unabdingbares Element der Verbreitungsdelikte „das Vorliegen einer geistigen Aussage" ist und Täter nur sein könne, wer über diese gebieten könne, also die Tatherrschaft trägt, dann verbirgt sich dahinter nichts anderes als eine Umdeutung des Zugänglich*machens* in ein Zugänglich*halten.* Anders deutet *Hambel*, Verlinkung, S. 145 die Forderung Vassilakis nach dem Vorliegen und der Herrschaft über die „geistige Aussage" als eine Umformulierung des für Verbreitungsdelikte letztlich keine Geltung beanspruchenden Kriteriums des Sich-Zueigenmachens (zuvor hier sog. internetspezifischer Ansatz).

[713] *Liesching*, MMR 2006, 390, 391; ähnlich auch *Detlefsen*, Hyperlinks, S. 103 f.; zu § 106 Abs. 1 UrhG *K. Weber*, in: Leitner/Rosenau, § 106 UrhG Rn. 35.

[714] *Hambel*, Verlinkung, S. 147; zu § 106 Abs. 1 UrhG *D. Sternberg-Lieben*, in: BeckOK-UrhG, § 106 Rn. 29.

[715] *D. Sternberg-Lieben*, in: BeckOK-UrhG, § 106 Rn. 29 geht daher zu § 106 Abs. 1 StGB davon aus, dass im Falle der Ausnahme die mangelnde Tatherrschaft über den Inhalt unschädlich ist.

[716] Anders im Hinblick auf das öffentliche Zugänglichmachen *Boese*, Links im Internet, S. 132 f.; *Al. Koch*, MMR 1999, 704, 709; *Heghmanns*, JA 2001, 71, 72; *Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, Rn. 180 Fn. 158; *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, § 4 Rn. 15; in dieser Richtung, wenn letztlich auch offenlassend, OLG Stuttgart MMR 2006, 387, 388; OLG München NJW 2018, 3119, 3121.

[717] Zur mangelnden Übertragbarkeit de lege lata des vom EuGH verfolgten Einheitstäterbegriffs zu Art. 3 InfoSoc-RL auf die kernstrafrechtlichen Inhaltsverbreitungsdelikte vgl. *Hambel*, Verlinkung, S. 302 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unter Strafwürdigkeitsgesichtspunkten begründen: Von einer erstmaligen Veröffentlichung geht qualitativ eine andere Gefahr aus als von einer Weiterverbreitung (i. w. S.). Sie ermöglicht erstmals, dass in nicht mehr einfangbarer Weise Kontakt zu dem inkriminierten Inhalt entstehen kann. Insofern gilt es, das Merkmal des öffentlichen Zugänglichmachens nicht allein als eine Strafbarkeitsvorverlagerung gegenüber dem Zur-Kenntnis-Bringen zu verstehen, sondern die abstrakte Gefahr gerade in einer unkontrollierten Weiterverbreitung zu sehen, deren Schwelle mit erstmaliger, nicht aber darauf folgender öffentlichen Zugänglichkeit erreicht wird.[718]

(3) Setzen eines Links als Kettenverbreitung

Es lässt sich sodann die Frage stellen, ob eine tatherrschaftliche Verbreitung (i. e. S.) durch das Linksetzen möglich ist. Seit der Ersetzung des Schriftenbegriffs durch den Inhaltsbegriff (§ 11 Abs. 3 StGB) im Jahre 2021 ist der Streit um den internetspezifischen Verbreitungsbegriff und die Frage, ob eine Verbreitung ohne Weitergabe des Datenspeichers möglich ist, hinfällig. Eine Abgrenzung des öffentlichen Zugänglichmachens vom (nicht modifizierten) Verbreiten (i. e. S.) ist nicht länger anhand des Bezugspunktes (Inhalt oder Datenträger) vorzunehmen.[719]

(a) Verhältnis von Verbreiten und Zugänglichmachen

Es stellt sich also die Frage, ob beiden Tathandlungsalternativen nach dem Übergang vom Schriften- zum Inhaltsbegriff ein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt. Auch wenn der Gesetzgeber davon ausgeht, dass eine Abgrenzung nach der Reform an Relevanz verloren hat und die Kongruenz der Alternativen angewachsen ist[720], lassen sich unterschiedliche Anwendungsbereiche und sogar Bereiche der Exklusivität umschreiben:

Das öffentliche Zugänglichmachen ist insofern weiter als das Verbreiten (i. e. S.), als zum einen bereits die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch eine Öffentlichkeit genügt[721] und es zum anderen ausreicht, wenn der Kontakt zum Inhalt durch den

[718] Ähnlich *Hambel*, Verlinkung, S. 284. Vor diesem Hintergrund dürfte auch dort nichts anderes gelten, wo der Inhalt zuvor zwar nicht jedem Internetnutzer, sondern einer für die Öffentlichkeit hinreichend großen und unkontrollierten Gruppe zugänglich war und sodann einer „erweiterten oder anderen" Öffentlichkeit durch Link zugänglich gemacht wird. So aber wohl *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 271.

[719] Vgl. nur *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 3 Rn. 34. Zur vor der Reform geführten Diskussion um den internetspezifischen Verbreitungsbegriff (BGH NJW 2001, 3558, 3559) und der Gleichsetzung von Daten und Datenspeicher unter Verzicht des Körperlichkeitserfordernisses vgl. *M. Heinrich*, in: FS-Schünemann, S. 597, 600 ff.; *M. Heinrich*, ZJS 2016, 569, 579 ff.; *Strauß*, NStZ 2020, 708, 710 f.

[720] Vgl. BT-Drs. 19/19859, S. 27; zur Kettenverbreitung als eigenständigen Anwendungsbereich a. a. O., S. 52.

[721] BT-Drs. 19/19859, S. 27; *Nestler*, in: LK-StGB, § 184b Rn. 22; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 24; *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 269; a. A. wohl *Fuhr*, Äußerung, S. 183 in Bezug auf die mittels öffentlichen Zugänglichmachens begangenen persönlichen Äußerungsdelikte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aktiven Zugriff des Empfängers hergestellt werden könnte. Für das Verbreiten (i. e. S.) hingegen bedarf es eines „Ankommens der Datei“[722]. Welche Anforderungen an diesen Verbreitungserfolg des Ankommens zu stellen sind, ist danach zu unterscheiden, ob eine Mengen- oder Kettenverbreitung vorliegt: Bei einer Mengenverbreitung[723], bei der ein unmittelbarer Bezug zur notwendigen Streubreite des Inhalts bestehen muss, genügt es, dass der Inhalt im dem Adressaten zurechenbaren Bereich mindestens vorübergehend gespeichert wird. Das trifft auch auf das Eintreffen im E-Mail-Postfach zu, auf das der Empfänger – ebenso wie bei permanenter Speicherung auf dem PC oder in der Cloud – zugreifen kann.[724] Alternativ genügt ein Lesezugriff, der zu einer Speicherung im Arbeitsspeicher führt.[725] Bei einer Kettenverbreitung, die auch der Gesetzgeber ausdrücklich anerkennt[726], ist nach vorzugswürdiger Auffassung mehr zu fordern: Da bei einer Kettenverbreitung der Verbreitungstatbestand schon dann erfüllt sein soll, wenn der Inhalt nur an wenige, gar eine Person übertragen wird, sofern dies in der Absicht geschieht[727] oder der Täter damit rechnet, dass es zu weiteren Verbreitungen an eine nicht mehr zu kontrollierende Zahl an Personen kommt[728], kann der Lesezugriff nicht genügen. Vielmehr bedarf es der tatsächlichen Weiterverbreitungsmöglichkeit auf Seiten des Empfängers.[729] Die Möglichkeit der Kettenverbreitung eröffnet so einen dem Zugänglichmachen ge-

[722] So auch *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 263 f.

[723] BGH NStZ 2017, 405, 406 lässt es für die Vollendung einer Mengenverbreitung physischer Schriften ausreichen, dass eines von mehreren zur Verbreitung bestimmter Exemplare an einen Adressaten gelangt.

[724] *Schumann*, in: NK-Medienstrafrecht, § 140 Nr. 2 Rn. 27; *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 264; offenlassend BT-Drs. 19/19859, S. 27.

[725] BT-Drs. 19/19859, 26. Vgl. auch *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 264; *Rackow*, in: BeckOK-StGB, § 130 Rn. 27; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 22; *Fischer*, StGB, § 184 Rn. 34, § 184b Rn. 17.

[726] BT-Drs. 19/19859, S. 52; krit. aber *Schumann*, in: NK-Medienstrafrecht, § 140 Nr. 2 Rn. 20.

[727] In diese engere Richtung *Paeffgen*, in: NK-StGB, 5. Aufl., § 86 Rn. 29, der darüber hinaus die Kenntnisnahme bzw. in Empfangnahme von mindestens sieben Personen voraussetzt; zust. *Becker*, in: Matt/Renzikowski, § 86 Rn. 11a.

[728] Die Frage der notwendigen Vorsatzform offenlassend BGH NStZ 2017, 405, 406; krit. *Rackow*, NStZ 2017, 406, 407: objektive konkrete Anhaltspunkte; vgl. zu den notwendigen subjektiven Voraussetzungen der Vollendung bei Kettenverbreitung auch BGH NStZ 2012, 564 sowie BVerfG NJW, 1498, 1500: konkrete Anhaltspunkte für eine Weiterverbreitung; nach OLG Celle NStZ-RR 2023, 12, 13 soll es sogar genügen, dass der Täter die Weiterverbreitung durch politisch sympathisierende Empfänger innerhalb einer Whats App-Gruppe für möglich hält. Ausführlich zu den Anforderungen der Kettenverbreitung in der Rspr. *Schumann*, in: NK-Medienstrafrecht, § 140 Nr. 2 Fn. 72.

[729] S. *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 265, die den in BGHSt 47, 55, 60 angelegten Widerspruch des Ankommens auch durch Lesezugriff im Arbeitsspeicher und die Voraussetzung der Möglichkeit zur Vervielfältigung und Weitergabe benennen; anders die neuere Rechtsprechung in BGH NStZ-RR 2014, 47, die auf eine Differenzierung verzichtet.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

genüber erweiterten Anwendungsbereich[730], setzt aber dementsprechend höhere Anforderungen an den Verbreitungserfolg.

Hinsichtlich der Verbreitungshandlung ist darüber hinaus – anders als beim Zugänglichmachen – eine Bewegung des Inhaltsobjektes zum Adressaten hin notwendig (sog. Auf-den-Weg-Bringen des Inhalts). Als Exklusivitätsverhältnis formuliert: Das Zugänglichmachen erfasst Pull-Vorgänge, während das Verbreiten (i. e. S.) Push-Vorgänge erfasst.[731]

(b) Verbreiten als gradueller Zustand

Auf der Grundlage dieser Ordnung des Zugänglichmachens und Verbreitens (i. e. S.) ist im Hinblick auf das Linksetzen zu fragen, ob nicht selbiger Einwand wie beim öffentlichen Zugänglichmachen auch für das Verbreiten zu gelten hat. Gilt auch hier eine Binarität von ‚Unverbreitet-Sein' und ‚Verbreitet-Sein'?[732] Die Antwort könnte in der Figur der Kettenverbreitung zu finden sein: Wenn für den Empfänger des Inhalts, also das zweite Glied der Kette, gleiches gilt wie für den Sender, er also durch die Versendung an eine weitere Person seinerseits Täter des Verbreitungstatbestandes sein kann, dann stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Wechsel in den Zustand des ‚Verbreitet-Seins' stattfinden soll. Damit lässt sich zeigen, dass sich das Verbreiten – anders als das Zugänglichmachen – weniger auf den Öffentlichkeitsstatus des Inhalts als auf die Handlung des Täters bezieht. Wo beim Zugänglichmachen die Zugriffsmöglichkeit im Zentrum steht, geht es beim Verbreiten um die Potenziale des Auf-den-Weg-Bringens. Daher ist eine tatherrschaftliche

[730] Vgl. erneut BT-Drs. 19/19859, S. 52.

[731] *Mitsch*, in: Handbuch Strafrecht, § 62 Rn. 44, 46; *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 265 f.; *Sieber*, JZ 1996, 494, 495; *Hilgendorf*, JuS 1997, 323, 330; *Derksen*, NJW 1997, 1878, 1881; *M. Heinrich*, in: FS-Schünemann, S. 597, 605 f.; *M. Heinrich*, ZJS 2016, 569, 581; *Lindemann/Wachsmuth*, JR 2002, 206, 208; i. E. ähnlich beim Verbreiten auf die Konfrontation abstellend *Nestler*, in: LK-StGB, § 184b Rn. 21; *Schumann*, in: NK-Medienstrafrecht, § 140 Nr. 2 Rn. 28; a. A. *T. Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 184b Rn. 11; *Fischer*, StGB, § 184b Rn. 17; implizit BGH NStZ-RR 2014, 47, wo letztlich das Zugänglichmachen als beendeter Versuch des Verbreitens behandelt wird; interessant auch das AG Frankfurt a. M. BeckRS 2022, 1600, Rn. 21 unter dieser Unterscheidung: Das Einstellen eines Inhalts in den Whats App-Status erfülle die Verbreitensalternative.

[732] Insofern dürften jedenfalls *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 264, 266, 270, die beim öffentlichen Zugänglichmachen ebenfalls von einem binären Zustand ausgehen, diesen aber (anders als das Ankommen und Auf-den-Weg-Bringen) beim Verbreiten nicht problematisieren und wohl i. E. verneinen. Aus dem Bereich des Pressestrafrecht bejahend *Ricker/Weberling*, in: Ricker/Weberling, 49. Kap. Rn. 18, die annehmen, dass Verbreiter eines Druckwerks (z. B. Einzelhändler) keine Haftung trifft, wenn ihre Verbreitungshandlung erst nach dem ersten Erscheinen des Druckwerks ansetzt, wobei der Verweis auf BGHSt 36, 56 irritiert, geht es dort doch nicht um allgemeine strafrechtliche Grundsätze, sondern die Sonderverantwortlichkeit der Presseorgane (zur Unterscheidung vgl. oben Kap. 5 B. III. 1. a) bb) (1).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verbreitung von bereits verbreiteten Inhalten möglich, und die Verbreitungsvariante könnte beim Linksetzen und Teilen einen eigenen Anwendungsbereich finden.[733]

(c) Auf-den-Weg-Bringen bei Verlinkung

Es bleibt zuletzt zu klären, ob das Setzen der Links oder das Teilen den spezifischen Anforderung des Verbreitungstatbestandes, namentlich dem Auf-den-Weg-Bringen gerecht wird. Hier dürfte nach der Art der Verlinkung zu unterscheiden sein: Wird eine klassische Form des Hyperlinks gewählt, so muss der Adressat zunächst dem Link folgen, um den Zielinhalt zur Kenntnis nehmen zu können. Darin dürfte bereits ein Zugriff von Seiten des Nutzers zu sehen sein, der der Variante des Zugänglichmachens zuzuordnen ist. Dass der Link selbst durch den Linksetzer in die Nähe der Nutzer gebracht wird, ändert an diesem Ergebnis nichts, stellt er selbst in der hier interessierenden Konstellation nicht den inkriminierten Inhalt dar.[734] Ein anderes gilt, wenn die Framing-Technik oder die Teilen-Funktion verwendet wird, also der Zielinhalt (oder zumindest ein Teil dessen) in Form einer Vorschau unmittelbar in das Interface der Empfänger eingebettet ist. In diesen Konstellationen bedarf es keines weiteren Zugriffs durch die Adressaten, und es handelt sich um ein Verbreiten (i. e. S.).

Wenn man mit Reinbacher/Welzel aber auch für klassische Hyperlinks annimmt, dass die Notwendigkeit des Zugriffs über den Link unbeachtlich ist, weil das Zusenden des Links eine andere Qualität hat als das Hochladen einer Datei in Tauschbörsen oder an Orten, an denen ein jeder Nutzer Zugriff hat[735], dann ist die hier vorgeschlagene Differenzierung zwischen den Verlinkungsarten hinfällig. Die Konsequenz wäre eine weitreichende Zuordnung zum Verbreiten (i. e. S.), die die Annahme einer Täterschaft bei Verlinkungen – wie zuvor gezeigt – stärker tragen könnte als das öffentliche Zugänglichmachen. Letztlich würde man damit aber die ‚Push-Pull-Abgrenzung' zwischen beiden Verbreitungsformen (i. w. S.) aufweichen. Es ließe sich sogar die Frage stellen, ob nicht an die Stelle des Kriteriums der ‚Aktivität (Verbreiten) vs. Passivität (Zugänglichmachen)' hinsichtlich des Zugriffsakts das der Individualisierung gesetzt wird.[736] Für das Setzen eines Hyperlinks oder das Teilen von Inhalten in Angeboten zweiter Ordnung wirft dieses scheinbar modifizierende Verständnis jedoch die Frage auf, ob bzw. bei welcher Beschaffenheit

[733] Zuzugeben ist, dass diese These zu den unter Kap. 5 B. III. 3. a) bb) (2) genannten Strafwürdigkeitserwägungen in Friktionen gerät, wenn man aus der Möglichkeit der Kettenverbreitung auf eine Graduierbarkeit des Verbreitet-Seins auch in den Fällen schließt, bei denen der Inhalt zuvor schon einer breiten Öffentlichkeit zugänglich war.

[734] *M. Heinrich*, ZJS 2016, 569, 581; *Nestler*, in: LK-StGB, § 184b Rn. 21; a. A. *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 266.

[735] *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 266.

[736] Vgl. auch *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 22, die ein Verbreiten (nur) bei einer personalisierten Versendung des Links (etwa per E-Mail) unter Umständen bejahen will. Das Individualisierungskriterium ist bei Hörnle aber nicht im Rahmen des Auf-den-Weg-Bringens, sondern beim Ankommen thematisiert.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des Angebots eine für die Verbreitung hinreichende Individualisierung möglich ist. Ist ein Push-Vorgang in Gruppen überhaupt denkbar? Wenn ja, kommen nur Gruppen einer bestimmten Größe in Betracht? Ist eine Unterscheidung nach geschlossenen und offenen Gruppen geboten? Außerhalb der Angebote zweiter Ordnung: Stellt nicht bereits das gesamte soziale Netzwerk einen digitalen Raum dar, der von den dem Zugriff jedes Internetnutzers zur Verfügung stehenden Telemedien zu trennen ist? Bejaht man die erste dieser Fragen, so hat das für die Push-Pull-Abgrenzung, die das Verbreiten und Zugänglichmachen in ein Exklusivitätsverhältnis setzt, zur Konsequenz, dass das Zugänglichmachen für Angebote zweiter Ordnung (je nach Ausgestaltung) nicht mehr anwendbar ist.[737]

cc) Zwischenfazit: Linksetzung und Teilen bei Inhaltsverbreitungsdelikten

Da bereits der verlinkende oder teilende Nutzer insofern keine Handlungsherrschaft über die öffentliche Zugänglichmachung ausübt, als dass es sich bei der öffentlichen Zugänglichkeit um einen graduell nicht mehr zu steigernden Zustand handelt, kann der Anbieter zweiter Ordnung in solchen Fällen – auch wenn er den Inhalt freigibt – nicht Täter des öffentlichen Zugänglichmachens sein, wenn der Zielinhalt bereits öffentlich zugänglich war.

Spätestens die Reform des Schriftenbegriffs 2021 hat zur zusätzlichen Anwendbarkeit des Verbreitens (i. e. S.) auf Internetsachverhalte geführt. Die Abgrenzung der Tatbestandsvarianten voneinander gerät dabei erneut in den Blick. Einer – und der für die Untersuchung an dieser Stelle entscheidende Unterschied – liegt darin, dass das Merkmal des Verbreitens in Ansehung der Kettenverbreitung nicht an einen, der Zugänglichkeit entsprechend, binären Zustand als Taterfolg anknüpfen muss. Daher eröffnet sich für das Linksetzen und Teilen ein eigener Anwendungsbereich des Verbreitens, der gleichwohl durch zusätzliche Anforderungen an die Tathandlung (namentlich das Auf-den-Weg-Bringen), auf Framing-Techniken und das Teilen reduziert wird.[738] In allen anderen Fällen bleibt eine Beihilfe zum öffentlichen Zugänglichmachen zu prüfen.[739]

[737] Von dieser Konsequenz gehen aber auch *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 267 nicht aus.

[738] *Schulte/Kanz*, ZJS 2013, 24, 34 f. bezweifeln eine Übertragbarkeit der Diskussion über die Beteiligungsform bei Hyperlinks auf das Liken, weil es sich um wesentlich verschiedene Konstellationen handele. Die Teilen-Funktion weise eine größere Ähnlichkeit zum Linksetzen auf, weil mehr als nur ein Klick erforderlich sei. Dass aber der Energieaufwand im Lichte der Tatherrschaftslösung keine Differenzierung begründen kann, wird von beiden an späterer Stelle (a. a. O., 35) selbst angenommen.

[739] Hier stellt sich sodann die Folgefrage, ob eine teilnahmefähige Haupttat besteht, was maßgeblich davon abhängt, ob sich eine Intensivierung des Rechtsgutsschadens- bzw. der Gefährdung einstellen kann und eine Rückbindung an den gesetzlichen Tatbestand (noch) möglich ist. Vgl. dazu unten Kap. 6 B.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Persönliche Äußerungsdelikte

Im Hinblick auf persönliche Äußerungsdelikte spielt es für die Frage nach der Beteiligungsform des Anbieters zweiter Ordnung keine Rolle, ob sich der Verlinkende oder Teilende die fremde Äußerung zu eigen macht.[740] Anders als hinsichtlich des Verbreitungsdelikts besteht hier kein gestuftes Täterschaftsverhältnis, sondern das Sich-Zueigenmachen ist eigenständig im Verhältnis von Anbieter und verlinktem/geteiltem Inhalt zu bewerten. Geht es hier um ein Sich-Zueigenmachen bei automatischer Veröffentlichung, gilt das für den Normalfall Gesagte.[741] Allein in der Konstellation des Freigabevorbehalts lässt sich die Frage stellen, ob eine die Verlinkung einen zusätzlichen Abstand schafft, der gegen eine Identifikation sprechen könnte. Das ist – wie im Normalfall – zu verneinen, sobald der Anbieter den Inhalt der Verlinkung kennt.[742]

IV. Konkurrenzen: Besonderheiten eigentlicher und uneigentlicher Organisationsdelikte

Abschließend gilt sich den Konkurrenzverhältnissen zu widmen. Für eine bessere Anschaulichkeit der sich stellenden Fragen soll die konkurrenzrechtliche Bewertung im Altermedia-Fall skizziert werden[743]: Der Angeklagten V wurde vorgeworfen, sich als Rädelsführerin an einer kriminellen Vereinigung gem. § 129 Abs. 1, Abs. 4 StGB a. F. beteiligt zu haben. Die Vereinigung war auf den Betrieb der Internetseite ‚altermedia-deutschland.info' gerichtet, die der Verbreitung volksverhetzender Inhalte durch die Mitglieder der Vereinigung (auch V) sowie Dritten dienen sollte. Die V hat dabei nicht nur wesentlich zum Betrieb der Plattform beigetragen, sondern auch selbst strafbare Inhalte eingestellt, fremde Inhalte nach Durchsicht freigegeben und straflose Inhalte entsprechend der ideologischen Zielrichtung gelöscht.

Das OLG Stuttgart löst die sich stellenden Konkurrenzfragen in drei inhaltliche Gruppen wie folgt auf: *Erstens* stünden alle Einstellungen und Freigaben von volksverhetzenden Inhalten in Realkonkurrenz, jeweils in Tateinheit mit der mitgliedschaftlichen Beteiligung an der Vereinigung.[744] *Zweitens* seien alle Handlungen,

[740] Zum Sich-Zueigenmachen durch Linksetzen ausführlich *Hambel*, Verlinkung, S. 183 ff.; zum Sich-Zueigenmachen beim Teilen und Liken innerhalb eines sozialen Netzwerks LG Meiningen MMR 2022, 1089 ff.; krit. *Nussbaum*, MMR 2022, 1090 ff.; zuvor schon *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 215, 216 ff.

[741] Vgl. oben Kap. 5 B. III. 2. e) aa).

[742] Vgl. dazu Kap. 5 B. III. 2. e) bb).

[743] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1601 ff. (Altermedia).

[744] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1604 f. (Altermedia).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die den Betrieb der Seite betreffen und so zu einer täterschaftlichen[745] Begehung der Volksverhetzung führen, unter der Figur des uneigentlichen Organisationsdelikts zusammenzufassen.[746] Auch diese einheitliche Begehung stehe in Tateinheit mit der mitgliedschaftlichen Beteiligung. *Drittens* verblieben solche mitgliedschaftlichen Handlungen i. S. v. § 129 Abs. 1 StGB, die nicht ihrerseits eine sonstige Strafbarkeit begründen. Sie seien auch in einer Einheit zusammenzufassen.[747] Zwischen diesen inhaltlichen Gruppen bestehe jeweils Tatmehrheit, § 53 StGB.[748]

Es seien im Folgenden zwei Erwägungen des OLG Stuttgart, mit denen sich auch der BGH im Goyim-Fall auf einer Linie bewegt[749], herausgegriffen und näher beleuchtet: zum einen die Zusammenfassung von Handlungen (einzelne Volksverhetzungen Dritter über die Plattform) mit Hilfe der Figur des sog. uneigentlichen Organisationsdelikts (1.), zum anderen die Aufspaltung des § 129 Abs. 1 StGB, wenn die mitgliedschaftlichen Beiträge ihrerseits Kommunikationsdelikte (u. a. als uneigentlichen Organisationsdelikt) verwirklichen (2.).

1. Zum uneigentlichen Organisationsdelikt: Tateinheitliche Begehung durch kriminell ausgerichteten Betrieb

Die Figur des uneigentlichen Organisationsdelikts wird beim Zusammenwirken mehrerer Beteiligter im Rahmen eines Unternehmens relevant, wenn mehrere Tatbeiträge der Beteiligten zum Aufbau, der Aufrechterhaltung oder dem Ablauf eines Geschäftsbetriebes für die Beteiligten jeweils zu einer Tat zusammengefasst werden.[750] Entsprechend der vom BGH 2004 aufgestellten und seit dem vielfach, insbesondere im Kontext von Serienbetrügereien[751], geübten Grundsätze sollen drei Voraussetzungen für eine Zusammenfassung zur Handlungseinheit erfüllt sein: *Erstens* müssen die Tatbeiträge im Vorfeld oder im Laufe einer Deliktsserie erbracht werden. *Zweitens* müssen die Tatbeiträge mehrere (oder gar alle) Einzeldelikte der unmittelbar Handelnden gleichzeitig fördern. *Drittens* dürfen sie nicht zugleich einen individuellen Tatbeitrag zu einzelnen Taten darstellen.[752] Auf die Figur des

[745] Zur Beteiligungsformfrage vgl. oben Kap. 5 B. III.

[746] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1603 (Altermedia).

[747] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1606 (Altermedia).

[748] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1627 (Altermedia).

[749] BGH BeckRS 2023, 18384 Rn. 22 ff. (Goyim II).

[750] So die Zusammenfassung bei *Trüg*, in: Unternehmenssanktionen in der Europäischen Union, S. 159, 167.

[751] Übersichtliche Darstellung bei *Saliger*, in: Matt/Renzikowski, § 263 Rn. 335; *Reichenbach*, JURA 2016, 139, 140 (zu Anwendungsbereichen a. a. O., Fn. 8).

[752] BGH NJW 2004, 2840, 2841; vgl. bereits BGH NJW 2004, 375, 378 ohne die Voraussetzungen im Allgemeinen festzustellen unter dem Begriff des „Organisationsdelikts"; vgl.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

uneigentlichen Organisationsdelikts wurde bereits im Kontext der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft hingewiesen.[753] Sie kann aber als davon emanzipiert betrachtet werden, wenn man sich vor Augen führt, dass sie auch im Kontext der Mittäterschaft und Beihilfe bereits Anwendung gefunden hat.[754]

a) Anwendung des uneigentlichen Organisationsdelikts im Bereich des Plattformstrafrechts

Den Weg einer Übertragung auf den Bereich des Plattformstrafrechts geht dabei nicht nur das OLG Stuttgart im Altermedia-Fall[755] oder der BGH im Goyim-Fall[756]: Auch im Hinblick auf die Strafbarkeit von Betreibern einer illegal ausgerichteten Handelsplattform entschied der BGH bereits, anders als vor dem Tatgericht angeklagt, nicht 196 tatmehrheitliche Fälle des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln durch die Bereitstellung der Plattform festzustellen.[757] Da sich alle Handlungen im Betrieb der Plattform erschöpft hätten und keine individuellen Tatbeiträge erkennbar wären, seien alle Handlungen, die auf den Betrieb gerichtet waren, mit Hilfe des sog. uneigentlichen Organisationsdelikts zu einer Einheit zu verbinden.[758] Hier, wie auch schon in anderen Entscheidungen, ist dabei erkennbar, dass es nicht mehr um den Beitrag „zum Aufbau, zur Aufrechterhaltung und zum Ablauf eines auf Straftaten ausgerichteten Geschäftsbetriebs“[759], sondern um eine „zum Aufbau oder zur Aufrechterhaltung einer auf die Begehung von Straftaten ausgerichteten Infrastruktur“[760] geht. Es zeigt sich also, wie schon an anderen Stellen der Untersuchung[761], dass eine technische Infrastruktur selbst als Organisationsäquivalent behandelt wird.

---

stellvertretend auch BGH NStZ 2010, 103, 104; BeckRS 2013, 11827, Rn. 3: „(unechtes) Organisationsdelikt“; NStZ 2015, 334.

[753] Vgl. Kap. 5 B. III. 1. c).

[754] Vgl. nur *V. Haas*, in: FS-Dannecker, S. 17, 18 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

[755] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1601 ff. (Altermedia).

[756] BGH BeckRS 2023, 18384 Rn. 22 ff. (Goyim II).

[757] BGH NStZ 2023, 503, 505.

[758] BGH NStZ 2023, 503, 505 mit einer Auflösung vermeintlicher Friktionen dieses Ergebnisses mit der Annahme einer bandenmäßigen Begehung. Vgl. ebenso im Kontext des Betriebs einer Internetseite, die für eine Serie von Betrugstaten steht, BeckRS 2016, 19918 Rn. 6 f.; zu kino.to BGH NJW 2017, 838, 839; zum Betrieb eines Online-Forums innerhalb dessen Kinderpornographie veröffentlicht wurde LG Limburg BeckRS 2019, 34315 Rn. 716, ohne das uneigentliche Organisationsdelikt zu benennen; ausdrücklich zu Internettauschbörsen auch *Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 86 Rn. 48.

[759] Vgl. nur BGH NJW 2004, 2840, 2841.

[760] BGH NStZ 2023, 503, 505; vgl. schon BGH NStZ 2011, 577, 578.

[761] Vgl. im Kontext des § 129 StGB Kap. 5 A. I. 2. b) aa) (3) (b) (aa) und der mittelbaren Täterschaft Kap. 5 B. III. 1. c) cc) (2).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Kritik am uneigentlichen Organisationsdelikt

Die Figur des uneigentlichen Organisationsdelikts hat in der strafrechtlichen Literatur – außerhalb der Plattformstrafbarkeit – überwiegend Kritik erfahren.[762] Scharf und pointiert hieß es bei Fischer in der 67. Auflage seiner Kommentierung noch: „Eine Erfassung als ‚uneigentliches Organisationsdelikt' […] ist oft ungenau, selten erforderlich und geeignet, eine neue Anwendungsgruppe der (als ‚abgeschafft' bezeichneten) sog. fortgesetzten Tat wieder zum Leben zu erwecken […]."[763] Im Folgenden sollen zwei materiell-rechtliche Aspekte der Kritik herausgegriffen und im Lichte des Plattformstrafrechts betrachtet werden: Zum einen die These, dass es sich um eine kaum „erforderliche" Figur, letztlich also um eine „Worthülse ohne eigenständigen Regelungsgehalt"[764] handelt (aa)). Zum anderen die Gefahr, dass die Figur zu einer Vermischung von Zurechnungs- und Konkurrenzebene führt (bb)). Auf solche Kritikpunkte, die dem prozessualen Bereich zuzuordnen sind, ist hier nicht gesondert einzugehen.[765]

aa) Fehlender materiell-rechtlicher Nutzen gegenüber allgemeinen konkurrenzrechtlichen Bewertungen

Zunächst einmal lässt sich die Frage stellen, ob – als rein konkurrenzrechtliche Figur verstanden – tatsächlich Eigenes und Neues mit dem uneigentlichen Organisationsdelikt gewonnen ist. Es ist zunächst einmal weitgehendst anerkannt, dass bei der konkurrenzrechtlichen Bewertung an die Tatbeiträge der Beteiligten angeknüpft wird und nicht etwa an die verschiedenen Handlungen der unmittelbar Handelnden.[766]

Das ließe sich nun – völlig unabhängig von der Figur des uneigentlichen Organisationsdelikts – mit Blick auf die Zurechnung über § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB oder § 25 Abs. 2 StGB skeptisch betrachten, weil es zu einer Zurechnung der Tatbeiträge

[762] *Trüg*, in: FS-Fischer, S. 279 ff.; *Trüg*, in: Unternehmenssanktionen in der Europäischen Union, S. 159 ff.; *I. Roxin*, in: FS-Fischer, S. 267 ff.; *Rissing-van-Saan*, in: FS-Tiedemann, S. 391 ff.; *Reichenbach*, JURA 2016, 139 ff.; *V. Haas*, in: FS-Dannecker, S. 17 ff.

[763] *Fischer*, StGB, 67. Aufl., § 263 Rn. 204. Seit *Fischer*, StGB, 68. Aufl., § 263 Rn. 204 heißt es neutraler: „Tatbeiträge zu einer Mehrzahl von Einzeldelikten werden von der neueren Rspr als ‚uneigentliches Organisationsdelikt' angesehen […]."

[764] *Trüg*, in: FS-Fischer, S. 279, 287.

[765] Zu den Anforderungen an eine hinreichend konkrete Sachverhaltsaufklärung, zum Umfang der Anklageschrift und letztlich zum Problem der Verfolgungsverjährung – das den großen Strafsenat (BGH NStZ 1994, 383) entscheidend zur Aufgabe der Figur der fortgesetzten Handlung veranlasste – vgl. BGH NStZ 2008, 89, 90; *M. Wenske*, NStZ 2013, 351, 352; *Trüg*, in: FS-Fischer, S. 279, 291 ff.; *Reichenbach*, JURA 2016, 139, 146 ff.

[766] *Trüg*, in: FS-Fischer, S. 279, 287: *Trüg*, in: Unternehmenssanktionen in der Europäischen Union, S. 159, 168.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des Vordermanns oder Mittäters kommt, als wären es eigene.[767] V. Haas weist daher zu Recht darauf hin, dass der Grund für die Annahme einer Tateinheit beim Hintermann, selbst wenn der Vordermann bzw. Mittäter in Tatmehrheit Delikte verwirklicht, nicht in der Zurechnung als solcher, sondern in konkurrenzrechtlichen Erwägungen zu suchen sei. Wenn man nämlich die Legitimation einer Unterscheidung von Tateinheit und Tatmehrheit in einer erhöhten kriminellen Energie erblicken will, die sich im mehrmaligen Entschluss, gegen das Recht zu verstoßen, äußert, dann kann es an ebendieser fehlen, wenn keine individualisierten Tatbeiträge mehr erkennbar sind; die Annahme von § 53 StGB wäre dann nicht geboten.[768] So zeigt sich schon auf Grundlage allgemeiner konkurrenzrechtlicher Erwägungen, dass eine einheitliche Zusammenfassung mehrerer Deliktsverwirklichungen für Mittäter und mittelbare Täter möglich ist.

(Erst recht) nichts anderes ergibt sich auch für den Gehilfen oder Anstifter, der keine hinsichtlich einzelner Haupttaten individualisierbaren Tatbeiträge erbringt.[769] Die fehlende Individualisierung verschiedener Haupttaten wird damit sowohl beim uneigentlichen Organisationsdelikt als auch bei allgemeinen konkurrenzrechtlichen Regeln zum zentralen Merkmal. Klar ist daher, dass die initiale Inbetriebnahme des Angebots nur zur tateinheitlichen Beihilfe führt, auch wenn dadurch eine Vielzahl von Kommunikationsdelikten gefördert wird; der weitere Betrieb erschöpft sich dann in einem Unterlassen.[770]

Eine bislang nicht ersichtlich aufgeworfene Folgefrage ist, wie es sich mit weiteren, auf den Betrieb des Angebots gerichteten Handlungen, etwa Wartungsarbeiten, verhält, die für die weitere Abrufbarkeit des Angebots kausal sind.[771] Man mag hier insofern von einer individualisierbaren Handlung sprechen, als sie nicht mehr die vergangenen, sondern die kommenden Kommunikationsdelikte fördern. Stehen nun solche Betriebshandlungen, die im Rahmen von § 127 StGB einer tatbestandlichen

---

[767] So *V. Haas*, in: FS-Dannecker, S. 17, 23; hinsichtlich der Mittäterschaft auch *Rissing-van-Saan*, in: FS-Tiedemann, S. 391, 399 f.

[768] *V. Haas*, in: FS-Dannecker, S. 17, 23 f. mit Verweis auf kritische Stimmen im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen Tateinheit und Tatmehrheit.

[769] BGH NZWiSt 2015, 425, 426; BeckRS 2019, 3850 Rn. 3; *Madauß*, NZWiSt 2014, 432, 440 betont hier wiederum die Nähe zum uneigentlichen Organisationsdelikt. Krit. zur Anwendung des uneigentlichen Organisationsdelikts auf den Gehilfen, weil kein Organisationsdelikt (tatherrschaftlich) begangen, sondern allein unterstützt werde, *Trüg*, in: FS-Fischer, S. 279, 296. Krit. dazu aber zu Recht *V. Haas*, in: FS-Dannecker, S. 17, 24 mit dem Hinweis, dass es auch der Rechtsprechung, wenn es um eine konkurrenzrechtliche Bewertung geht, nicht auf die Begehung eines freigeschöpften Organisationsdelikts ankomme, sondern um eine Mitwirkung am Betrieb bzw. einer Infrastruktur, aus der sich entsprechende Einzeltatförderungen ergeben. Das könne auch durch die Beihilfe der Fall sein.

[770] Vgl. auch *Ceffinato*, ZRP 2019, 161, 162; *Wüst*, Underground Economy, S. 230; *Greco*, ZIS 2019, 435, 450; *Bächer*, Plattform, S. 251. Vgl. auch die Annahme einer Tateinheit bei LG Karlsruhe BeckRS 2018, 40013, Rn. 385 (DiDW) hinsichtlich der Beihilfe zu Waffendelikten durch die Einstellung der Unterkategorie „Waffen“ innerhalb des Forums.

[771] Schon im Kontext der Verhaltensformfrage dazu Kap. 4 B. III. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Handlungseinheit unterfallen, hinsichtlich der Beihilfe in Tatmehrheit? Dagegen ließe sich zum einen vorbringen, dass diese fortsetzenden Betriebshandlungen häufig auch bereits begangene Kommunikationsdelikte, nämlich in ihrer Unterlassungsphase betreffen.[772] Zum anderen findet sich sowohl in der Entscheidung, in der erstmals die Figur des uneigentlichen Organisationsdelikts als solche benannt wurde, als auch in nachfolgender Rechtsprechung, die die konkurrenzrechtliche Bewertung der Gehilfenbeiträge zumindest nicht ausdrücklich unter der Figur rubriziert, die Einschränkung, dass die Individualisierung nur einzelne unmittelbare Taten betrifft.[773] Bei nachfolgenden Betriebshandlungen lässt sich jedoch zumindest mittelbar stets eine Förderwirkung nicht nur für einzelne unmittelbar bevorstehende (dabei freilich noch nicht konkretisierte Taten) entdecken.[774] Es scheint deshalb naheliegend, auch nachträgliche Betriebshandlungen als eine einheitliche Beihilfehandlung zusammenzufassen.[775] Selbst wollte man das anders sehen: Die Frage nach einem hinreichend individualisierbaren Zusammenhang mit Einzeltaten stellt sich jedenfalls auch für das eigentliche Organisationsdelikt. Es kann deshalb unterstrichen werden, dass die Figur gegenüber allgemeinen konkurrenzrechtlichen Regeln nichts Neues bringt.

bb) Uneigentliches Organisationsdelikt als klandestine Zurechnungsfigur?

Nun könnte man es auf den ersten Blick bei der Feststellung sein Bewenden haben lassen, dass die Figur des uneigentlichen Organisationsdelikts inhaltlich nichts Neues bringt und letztlich nur eine griffige Terminologie für gewisse Konstellationen der Handlungseinheit einführt. Das wäre per se nicht schädlich und nur bedingt kritikwürdig. Es wurde jedoch bereits im Kontext der Organisationsherrschaft beklagt, dass sich sowohl für die konkurrenzrechtliche Frage als auch für die Beteiligungsformfrage mit dem uneigentlichen oder unechten Organisationsdelikt einer gemeinsamen Terminologie bedient wird.[776] Das legt die Befürchtung nahe, dass die Figur nicht nur genutzt wird, um Konkurrenzrechtliches (auch anders zu Erreichendes) zu benennen, sondern (verdeckte) Einflüsse auf Zurechnungsfragen bestehen. Insofern spricht Trüg von einem „Zurechnungssubstitut“[777] und V. Haas wirft

[772] Dazu ausführlich Kap. 6 B. II.

[773] Stellvertretend BGH NJW 2004, 2840, 2841; BeckRS 2019, 3850 Rn. 3.

[774] Vgl. in diesem Zusammenhang aber *V. Haas*, in: FS-Dannecker, S. 17, 21 f. am Beispiel der Betrugsserie.

[775] Etwas anderes könnte sich durchaus in solchen Fällen annehmen lassen, in denen die Handlungen nach der initialen Inbetriebnahme die strafrechtswidrige Ausrichtung erweitert. So etwa im Falle des DiDW-Falls mit der Hinzufügung und späteren Wiedersichtbarmachung der Unterkategorie „Waffen“. In solchen Fällen lässt sich von einem individualisierten Tatbeitrag sprechen, der sich nicht in der Aufrechterhaltung des Angebots insgesamt erschöpft.

[776] Vgl. oben Kap. 5 B. III. 1. c).

[777] *Trüg*, in: Unternehmenssanktionen in der Europäischen Union, S. 159, 169.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Frage auf, ob es sich bei dem uneigentlichen Organisationsdelikt um eine „apokryphe Zurechnungsfigur“[778] handelt.

Diese Befürchtung wird nicht nur von terminologischen Überschneidungen genährt. Vielmehr zeigt eine Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH aus dem Jahre 2011[779], dass die Figur des uneigentlichen Organisationsdelikts als ein „Zurechnungskonstrukt“[780] missverstanden werden kann, wenn es dort heißt:

> „Darüber hinaus können den Angekl. W und M, die durch Zur-Verfügung-Stellung von Internetseite und Radiostream einen wesentlichen Beitrag zur tatnotwendigen Infrastruktur geleistet haben, die von anderen Moderatoren abgespielten Lieder als jeweils ein einheitliches Äußerungs- oder Propagandadelikt *im Sinne eines uneigentlichen Organisationsdeliktes zugerechnet* werden.“[781]

Zwar mag eingewendet werden, der 3. Strafsenat betone in der gleichen Entscheidung, dass „für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen [ist], ob sich die anderen Mitglieder hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt oder ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben.“[782] Gleichwohl droht die Figur aufgrund ihrer nicht nur begrifflichen Nähe zur Organisationsherrschaft latenten Einfluss auf die Zurechnungsbegründung zu nehmen.[783] Für eine Zurechnungsbegründung oder auch nur Beeinflussung allgemeiner Zurechnungsgrundsätze über die Figur des uneigentlichen Organisationsdelikts

[778] *V. Haas*, in: FS-Dannecker, S. 17, 24 ff.

[779] BGH NStZ 2011, 577, 578.

[780] So *Trüg*, in: FS-Fischer, S. 279, 294.

[781] BGH NStZ 2011, 577, 578 (Hervorhebung durch M. N.). An selber Stelle findet der Senat ähnliche Worte in den allgemeinen Ausführungen: „Haben bei einer durch mehrere Personen begangenen Deliktsserie einzelne Angekl. einen Tatbeitrag zum Aufbau oder zur Aufrechterhaltung einer auf die Begehung von Straftaten ausgerichteten Infrastruktur erbracht, sind die Einzeltaten der Mittäter zu einem uneigentlichen Organisationsdelikt zusammenzufassen, durch welches mehrere Einzelhandlungen rechtlich verbunden und hiermit die auf Grundlage dieser Infrastruktur begangenen Straftaten in der Person der im Hintergrund Tätigen zu einer einheitlichen Tat oder gegebenenfalls zu wenigen einheitlichen Taten i. S. d. § 52 I StGB zusammengeführt werden“. Diese Passage ist sprachlich weniger brisant, vermeidet sie noch den Zurechnungsbegriff. Eine hinreichende inhaltliche Trennung zwischen Tatbestands- und Konkurrenzebene lässt sich aber auch hier vermissen.

[782] BGH NStZ 2011, 577, 578; vgl. auch *V. Haas*, in: FS-Dannecker, S. 17, 25 mit dem Hinweis darauf, dass in der höchstrichterlichen Rechtsprechung stets die Bemühung zu erkennen ist, das uneigentliche Organisationsdelikt auf eine bestimmte Beteiligungsform zurückzuführen.

[783] *V. Haas*, in: FS-Dannecker, S. 17, 25 ff. zeigt an der Mittäterschaft auf, dass sich in den geringen Anforderungen, die sich in Konstellationen des uneigentlichen Organisationsdelikts an die Konkretheit des gemeinsamen Tatplans gestellt werden sollen, eine „vorbewusste Leitvorstellung“ Bahn brechen könnte, „dass Organisation und strafrechtliche Verantwortlichkeit Hand in Hand gehen müssen“. Zu den Problemen eines konkreten Tatplans im Kontext der Plattform- bzw. Anbieterverantwortlichkeit Kap. 5 B. III. 1. b) aa).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

findet sich aber kein normativer Anknüpfungspunkt.[784] Es muss dabei bleiben: Das uneigentliche Organisationsdelikt kann nur die Folgen, nie aber den Grund strafrechtlicher Zurechnung betreffen.[785]

2. Zum konkurrenzrechtlichen Verhältnis von (eigentlichen) Organisationsdelikten und den Kommunikationsdelikten

a) Vorab: Subsidiaritätsklausel des § 127 Abs. 1 Hs. 2 StGB

Zwar ist nach hier vertretener Auffassung der § 127 StGB in der jetzigen Fassung nicht auf die Angebote innerhalb sozialer Netzwerke anzuwenden[786], es sollen für den Fall einer abweichenden Bewertung oder einer noch kursorisch zu diskutierenden Ausweitung[787] dennoch einige konkurrenzrechtliche Erwägungen ausgeführt werden. Ausweislich des § 127 Abs. 1 Hs. 2 StGB ist der § 127 StGB formell subsidiär, wenn die (prozessuale Tat) in anderen Vorschriften mit schwerer Strafe bedroht ist[788], was sich sowohl in einer höheren Strafober- als auch einer höheren Strafuntergrenze zeigen kann.[789]

Uneinigkeit besteht hinsichtlich der Anwendung der Subsidiaritätsklausel auf den Qualifikationstatbestand des § 127 Abs. 4 StGB, der zum einen die Vorsatzanforderungen auf den dolus directus 1. Grades anhebt und zum anderen den Katalog der von der Zweckausrichtung erfassten rechtswidrigen Taten auf Verbrechenstatbestände begrenzt. Zum Teil wird angenommen, dass sich der Verweis des Abs. 4 auf Abs. 1 auch auf dessen Hs. 2 bezieht.[790] Andernorts wird mit einer sprachlichen Abweichung gegenüber § 127 Abs. 3 StGB argumentiert: Während es dort um einen

---

[784] *Trüg*, in: FS-Fischer, S. 279, 295; vgl. zur mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft oben Kap. 5 B. III. 1. c).

[785] *Trüg*, in: FS-Fischer, S. 279, 295.

[786] Vgl. dazu oben Kap. 5 A. II. 2.

[787] Vgl. dazu unten Kap. 5 C.

[788] Krit. zu der Subsidiaritätsklausel aufgrund des darin zum Ausdruck kommenden Auffangcharakters *Goger*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 3 sowie *Eschelbach*, in: NK-StGB, § 127 Rn. 43, wenn man auch eine materielle Legitimierung erkennen kann (dazu sogleich erneut unter Kap. 5 C.); krit. auch *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 276 f.

[789] *Heger*, in: L/K/H, § 127 Rn. 6. Zu beachten ist nicht der abstrakte Strafrahmen, sondern der im konkreten Falle zu berücksichtigende Strafrahmen, also auch etwa die obligatorische Strafrahmenverschiebung des § 27 Abs. 2 S. 2 StGB. Vgl. dazu nur *Fischer*, StGB, § 127 Rn. 19.

[790] *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 76; *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 58; *Fischer*, StGB, § 127 Rn. 19; *Zöller*, ICLR 2021, 279, 292; *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 127 Rn. 37; *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 240 f. mit Vergleichen zu anderen Vorschriften; wohl auch *Hartmann*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 127 Rn. 14: § 127 StGB wird im Falle der Qualifikation „regelmäßig" (also nicht prinzipiell) nicht zurücktreten.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Fall des Absatz 1“ geht, spricht Abs. 4 von einer „Tat nach Absatz 1“.[791] Nimmt man jedoch die Betonung des Auffangcharakters durch den Gesetzgeber ernst, erklärt sich eine solche Differenzierung (gewiss ebenso wenig wie die Qualifikation des § 127 Abs. 4 StGB als solche) nicht widerspruchsfrei[792]; auch wenn der Gesetzgeber sicherlich besser beraten gewesen wäre, die Subsidiaritätsklausel für alle Vorschriften vorzuschreiben[793] und erst recht keine grammatikalisch unnötige Differenzierungen bei der Verweisung vorzunehmen.

b) Das interne Verhältnis: Gleichartige Idealkonkurrenz

Sowohl bei § 127 StGB als auch bei § 129 StGB werden auf den Betrieb der Handelsplattform bzw. auf den Zweck oder die Organisation gerichtete Handlungen als Tateinheit zusammengefasst; bei § 127 StGB, weil es sich um ein Dauerdelikt handele[794], bei § 129 StGB – argumentiert man richtig gegen einen Dauerdeliktscharakter[795] – als rechtliche (tatbestandliche) Handlungseinheit[796].

c) Das externe Verhältnis: Ungleichartige Idealkonkurrenz mit Kommunikationsdelikten

aa) Unmittelbar fremde Kommunikationsdelikte

Es stellt sich sodann die Frage, wie das Konkurrenzverhältnis von §§ 127, 129 StGB zu der Beihilfe zu Kommunikationsdelikten zu bewerten ist. Richtig ist insofern die Annahme, dass eine Beihilfe, die sich im Betrieb der Plattform und in darauf gerichteten Handlungen erschöpft, aufgrund der Teilidentität in Tateinheit zu beiden Organisationsdelikten steht.[797] Jenseits der formellen Subsidiaritätsklausel des § 127 Abs. 1 Hs. 2 StGB wird der zur täterschaftlichen Begehung erhobene Tatbestand des § 127 StGB nicht durch die Beihilfestrafbarkeit verdrängt, weil das Organisationsdelikt einen eigenen spezifischen Unrechtsgehalt aufweist, selbst

[791] *Heger*, in: L/K/H, § 127 Rn. 6.

[792] *Zöller*, ICLR 2021, 279, 292; *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 240 f.; *Bächer*, Plattform, S. 254 f.

[793] Vgl. etwa *Zöller*, ICLR 2021, 279, 291.

[794] *Fischer*, StGB, § 127 Rn. 20; *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 127 Rn. 36; *Bächer*, Plattform, S. 247; *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 59. Eine Ausnahme gilt nur dort, wo der Betrieb etwa durch eine Inhaftierung unterbrochen und anschließend wieder aufgenommen wurde, *Heger*, in: L/K/H, § 127 Rn. 7.

[795] *G. Werle*, Konkurrenz, S. 168; *Cording*, Strafklageverbrauch, S. 87; *Epik*, in: FS-Werle, S. 727, 734; vgl. auch *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 6: „dem Dauerdelikt ähnliches Delikt“; *Puppe*, JZ 2016, 478, 479 spricht mittlerweile von einer „Sammelstraftat“.

[796] *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Rn. 168 m. w. N.; *D. Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 129 Rn. 27; vgl. auch *Puppe*, JZ 2016, 478, 479.

[797] *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 79; *Bächer*, Plattform, S. 255.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wenn man – wie hier vertreten[798] – letztlich die in den Katalogtaten genannten Rechtsgüter geschützt sieht.[799]

bb) Unmittelbar eigene Kommunikationsdelikte

Schwieriger gestaltet sich das Verhältnis in solchen Fällen, in denen der Betreiber sein Angebot nutzt, um selbst unmittelbar Kommunikationsdelikte zu begehen. Im Lichte des § 129 StGB kann hier in gleichem Maße von einer (Teil-)Identität zur mitgliedschaftlichen Beteiligung gesprochen werden, wie es auch das OLG Stuttgart im Altermedia-Fall annahm.[800]

Eine solche Teilidentität zwischen Betrieb und unmittelbar begangenem Organisationsdelikt lässt sich jedoch bei § 127 StGB nicht ebenso schnell feststellen. Zum Teil wird hier ohne weitere Begründung Realkonkurrenz angenommen.[801] Wendet man sich aber den allgemeinen Grundsätzen vom Zusammentreffen von Dauerdelikten und Zustandsdelikten zu, so ergeben sich zwei Fragen: Zum einen, ob es für eine Idealkonkurrenz ausreichen kann, dass das Dauerdelikt erst die Voraussetzung für die Begehung des Zustandsdelikts schafft. Das ist letztlich in dieser Konstellation des Angebotsbetriebs bei eigener unmittelbarer Nutzung zur Begehung von Kommunikationsdelikten der Fall. Die Frage wird indessen von der überwiegenden Auffassung zu Recht verneint.[802] Zum anderen, ob die Begehung des Kommunikationsdelikts der Aufrechterhaltung des durch das Dauerdelikt geschaffenen rechtswidrigen Zustands beiträgt.[803] Ein solcher Effekt ließe sich tatsächlich insofern ausmachen, als die ‚eigene' Begehung eines Kommunikationsdelikts die kriminelle Zweckausrichtung stärkt; wer als Betreiber selbst strafrechtswidrige Inhalte in das Angebot einstellt, verändert – wenn auch nur kumulativ mit anderen rechtswidrigen Inhalten – das Erscheinungsbild des Angebots.[804] Nicht entgegenhalten ließe sich an dieser Stelle, dass nicht die kriminelle Zweckausrichtung, sondern das Betreiben die Tathandlung ist, weil eben gerade die kriminelle Zweckausrichtung die Grenze zwischen erlaubtem und (bei Strafe) unerlaubtem Betrieb markiert; sie ist entscheidendes Merkmal der Tatbestandsmäßigkeit des anhaltenden Zustands. Es lässt sich jedoch daran zweifeln, ob die kriminelle Zweckausrichtung ohne die Begehung ‚eigener' Kommunikationsdelikte durch den Anbieter entfällt, wenn sie schon zuvor

[798] Vgl. dazu oben Kap. 5 A. II. 1.

[799] *Kulhanek*, in: BeckOK-StGB, § 127 Rn. 79; *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 127 Rn. 38; vgl. auch *Bächer*, Plattform, S. 255; mit abweichender Begründung *Eschelbach*, in: NK-StGB, § 127 Rn. 45: „eigenständiges Rechtsgut"; *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 59.

[800] Vgl. erneut OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1604 f. (Altermedia).

[801] *Brockhaus/Burghardt*, in: NK-Medienstrafrecht, § 127 Rn. 59.

[802] M. w. N. *Roxin*, AT II, § 33 Rn. 95.

[803] Vgl. dazu allgemein *Roxin*, AT II, § 33 Rn. 96.

[804] Vgl. dazu oben Kap. 5 A. II. 3. c).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bestanden hat. Es fehlt in diesem Falle also an einem nur ansatzweise engen Zusammenhang zwischen Zustandsdelikt und der Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands. Daher liegt es in der Tat näher, Realkonkurrenz zwischen dem Betrieb i. S. v. § 127 StGB und unmittelbar begangenen Kommunikationsdelikten anzunehmen.

d) Zum Konkurrenzverhältnis der Kommunikationsdelikte im Spiegel (bzw. in der Klammer?) der Organisationsdelikte

Es gilt abschließend zu fragen, ob sich ein Besonderes für die Konkurrenzfrage hinsichtlich der einzelnen Beihilfestrafbarkeiten oder – beantwortet man die Beteiligungsfrage abweichend – täterschaftlich begangenen Kommunikationsdelikte ergibt, wenn man eine ungleichartige Idealkonkurrenz zwischen (eigentlichem) Organisationsdelikt und Kommunikationsdelikten annimmt.

aa) Rechtsprechungswandel hinsichtlich der Verklammerung durch § 129 StGB

Besondere Aufmerksamkeit hat diese Frage beim Konkurrenzverhältnis der mitgliedschaftlichen Beteiligung zur kriminellen Vereinigung gem. § 129 Abs. 1 StGB und den Straftaten, die dem Vereinigungszweck dienen, erlangt. Lange Zeit hat die Rechtsprechung[805] unter Zustimmung weiter Teile des Schrifttums[806] nämlich angenommen, dass eine tateinheitliche Begehung des Organisationsdelikts (gleichartige Idealkonkurrenz) jeweils im tateinheitlichen Verhältnis zu den einzelnen Straftaten (ungleichartige Idealkonkurrenz) zu einer Verklammerung der einzelnen Straftaten führen könne; jedenfalls dann, wenn das verklammernde Delikt am schwersten oder zweitschwersten wiege, umgekehrt also nicht mehrere zu verklammernde Delikte schwerer wiegen als das verklammernde Delikt[807]. Das galt auch für den schon erwähnten Internetradio-Fall: Hier sollte die Verwirklichung des § 129 StGB verschiedene, innerhalb des Betriebs des Internetradios begangene Inhaltsverbreitungsdelikte, die dem Vereinigungszweck dienten, zu einer Einheit verklammern.[808]

Im Jahre 2016 leitete der 3. Strafsenat jedoch einen Richtungswechsel ein[809]: Im Zentrum stand nicht etwa eine Auseinandersetzung mit den Grundsätzen der Ver-

[805] BVerfG NJW 1981, 1433, 1435; BGHSt 29, 288, 294 mit einer Abspaltung des prozessualen Tatbegriffs von der so gebildeten materiell-rechtlichen Tateinheit, um einen Konflikt mit ne bis in idem zu vermeiden; BGH NStZ 2007, 401; 2010, 445, 447.

[806] Nachweise bei *Krauß*, in: LK-StGB, § 129 Fn. 776.

[807] Zur Zurückhaltung der älteren Rechtsprechung in diesem Fall BGHSt 33, 4. 6.

[808] BGH NStZ 2011, 577, 578.

[809] BGH NJW 2016, 657, 660; krit. *van Lessen*, NStZ 2016, 446 ff.; vorsichtiger *Gazeas*, StV 2016, 502 ff.; vgl. auch *Rissing-van-Saan*, in: LK-StGB, § 52 Rn. 38 mit Blick auf die Folgen für die Verjährung; zum Vorwurf eines materiell-rechtlichen Eingriffs, um das Problem

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

klammerung, sondern die Grundlage der Figur.[810] Es sei nämlich möglich, die mitgliedschaftlichen Beteiligungsakte i. S. v. § 129 Abs. 1 StGB aus der gleichartigen Idealkonkurrenz herauszulösen, wenn sie selbst einen Straftatbestand erfüllen. Im Ergebnis könne dann eine Realkonkurrenz zwischen den einzelnen mitgliedschaftlichen Beteiligungsakten, die einen (anderen) Straftatbestand erfüllen und wiederum in ungleichartiger Idealkonkurrenz mit jenem Straftatbestand stehen, angenommen werden.[811] Hinzukomme in Realkonkurrenz eine (in gleichartiger Idealkonkurrenz) zusammengefasste mitgliedschaftliche Beteiligung hinsichtlich aller Handlungen, die ihrerseits keinen anderen Straftatbestand erfüllen.[812] Argumentativ stützt sich die neue Rechtsprechung auf einen Erst-Recht-Schluss ausgehend von der möglichen Aufspaltung eines Dauerdelikts. Eine Trennung sei – anders als es hinsichtlich der Dauerdelikte häufig vertreten wurde[813] – aber nicht auf einen neu gesetzten Tatentschluss gerichtet, sondern auf den eigenständigen Unrechtsgehalt, der entstehe, wenn der mitgliedschaftliche Beitrag einen anderen Straftatbestand erfüllt; denn die gleichartige Handlungseinheit der mitgliedschaftlichen Beteiligungshandlungen könne nur gleichwertige Handlungen erfassen.[814] Darin liegt eine begrüßenswerte normativ begründete Auflösung des Zusammenhangs und die Verabschiedung einer rein naturalistischen Bildung der Handlungseinheit im Lichte der Organisationsdelikte.[815]

bb) Konsequenzen für den Betrieb der Angebote

Die Folgen dieser Rechtsprechungsänderung des 3. Strafsenats für die uns interessierenden Konstellationen halten sich insofern in Grenzen, als die Verwirklichung der Kommunikationsdelikte, die unmittelbar durch Dritte begangen werden,

---

des Strafklageverbrauchs in den Griff zu kriegen, schon *Cording*, Strafklageverbrauch, S. 70; zur Kritik, es komme zu einer Vervielfachung der Strafbarkeit, *Erb*, GA 1994, 265, 271.

[810] Vgl. auch *Puppe*, JZ 2016, 478, 479; *Puppe/Grosse-Wilde*, in: NK-StGB, § 52 Rn. 47; *Epik*, in: FS-Werle, S. 727, 739.

[811] Einschränkend *G. Werle*, NJW 1980, 2671, 2676; *G. Werle*, Konkurrenz, S. 174 ff., der annimmt, dass nur solche mitgliedschaftlichen Beteiligungshandlungen auszusondern sind, die mit einer höheren Strafandrohung als das Organisationsdelikt verbunden sind. Denn nur bei ihnen stehe zu befürchten, dass der Strafrahmen der §§ 129, 129a StGB nicht ausreiche, um Unrecht und Schuld angemessen abzubilden. Krit. *Epik*, in: FS-Werle, S. 727, 738 mit dem Argument, dass eine Modifikation des Unrechtsgehalts der mitgliedschaftlichen Beteiligung bei normativer Betrachtung auch bei gleichzeitiger Verwirklichung von Delikten mit geringerer Strafandrohung eintrete.

[812] Zusammenfassend auch *Epik*, in: FS-Werle, S. 727, 738 f.

[813] Zum unerlaubten Waffenbesitz BGH NStZ 1999, 347; zur Trunkenheitsfahrt BGHSt 21, 203, 205. Das psychologische Kriterium hinter sich lassend BGH NJW 2016, 657, 659.

[814] BGH NJW 2016, 657, 660; so auch *Puppe*, Idealkonkurrenz, S. 210 ff.; *Puppe*, JZ 2016, 478, 479; *Puppe/Grosse-Wilde*, in: NK-StGB, § 52 Rn. 44; *G. Werle*, Konkurrenz, S. 171 ff.

[815] *Epik*, in: FS-Werle, S. 727, 735; *Puppe*, JZ 2016, 478, 480; *G. Werle*, Konkurrenz, S. 100 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ohnehin tateinheitlich zusammengezogen werden.[816] Für all diejenigen Verwirklichungen von Einzeltaten, die die Anbieter selbst begehen, lässt sich, wie es der BGH nun überzeugend annimmt, keine Tateinheit aufgrund der Verklammerung annehmen. Die so produzierten Ergebnisse entsprechen damit denen des OLG Stuttgart im Altermedia-Fall.[817]

Doch welche Folgen ergeben sich aus dem Gesagten für ein Zusammentreffen von Kommunikationsdelikten und § 127 StGB?[818] Da zwischen Betrieb und unmittelbarer Begehung von Kommunikationsdelikten Realkonkurrenz anzunehmen ist[819], stellt sich schon nicht die Frage, ob mehrere unmittelbar begangene Kommunikationsdelikte miteinander verklammert werden könnten. Auch vor dem Rechtsprechungswandel wurde für eine solche Verklammerung nämlich eine Teilidentität von verklammernden und zu verklammernden Taten gefordert.

3. Zwischenfazit: Konkurrenzen

Die Untersuchung konnte zeigen, dass die durch den Betrieb eines Angebots geförderten Kommunikationsdelikte – selbst wenn die Beteiligungsformfrage von dem hier vertretenen Vorschlag abweichend beantwortet wird – regelmäßig nur als eine Handlung erfasst wird; unabhängig davon, wie viele Kommunikationsdelikte gefördert wurden und regelmäßig auch unabhängig davon, ob weitere Betriebshandlungen nach initialer Inbetriebnahme vorgenommen werden. Die in der ersten Rechtsprechung zur strafrechtlichen Plattformverantwortlichkeit bemühte Figur des uneigentlichen (oder unechten) Organisationsdelikts produziert gleiche Ergebnisse. Sie ist indessen schon aus einer materiell-rechtlichen Perspektive kritikwürdig, weil sie Gefahr läuft, von der Konkurrenzebene aus Einfluss auf Zurechnungsgrundsätze zu nehmen.

Des Weiteren konnte gezeigt werden, dass die einheitliche Förderung *fremder* Kommunikationsdelikte in ungleichartiger Idealkonkurrenz zur mitgliedschaftlichen Beteiligung i. S. v. § 129 StGB und dem Betreiben i. S. v. § 127 StGB steht. Begeht ein Anbieter *eigene* Kommunikationsdelikte innerhalb seines Angebots, so besteht ebenfalls ungleichartige Idealkonkurrenz mit § 129 StGB, nicht aber – nach Prüfung der Subsidiaritätsklausel – hinsichtlich § 127 StGB (Realkonkurrenz).

Abschließend wurde gefragt, ob das Zusammentreffen von §§ 127, 129 StGB mit *eigenen* Kommunikationsdelikten innerhalb des Angebots zu einer Verklammerung

[816] Verbleibende Relevanz verbleibt allein, wenn mitgliedschaftliche Beiträge i. S. v. § 129 Abs. 1 StGB denkbar sind, die eigenständig strafbar und nicht dem Betrieb des Angebots („der uneigentlichen Organisation") dienlich sind.

[817] Vgl. dazu oben Kap. 5 B. IV.

[818] Ob der Rechtsprechungswandel auf Dauerdelikte übertragbar ist, ergibt sich nicht aus der Entscheidung selbst, weil ein Erst-Recht-Schluss zur Begründung genutzt wurde. Eine Übertragung ist aber nur konsequent; so auch *Puppe*, JZ 2016, 478, 480.

[819] Vgl. oben Kap. 5 B. IV. 2. c) bb).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Kommunikationsdelikte führen kann. Aufgrund der begrüßenswerten Rechtsprechungsänderung des 3. Strafsenats im Jahre 2016 ist das nicht anzunehmen. Vielmehr werden bei § 129 StGB einzelne mitgliedschaftliche Beteiligungsakte aus der gleichartigen Idealkonkurrenz (§ 129 StGB-intern) herausgelöst und stehen in ungleichartiger Idealkonkurrenz mit den jeweils begangenen Kommunikationsdelikten. Zwischen diesen Einheiten besteht Realkonkurrenz. Für den § 127 StGB ergibt sich aus der Rechtsprechungsänderung schon deshalb nichts Neues, weil eine Verklammerung an der Teilidentität von Betrieb und eigenem Kommunikationsdelikt scheitert.

C. Kriminalpolitischer Exkurs: Ausweitung des § 127 StGB auf Kommunikationsdelikte

Nach dogmatischer Analyse der Strafbarkeit von Anbietern verschiedener Ordnung soll abschließend in exkursorischer Form erwogen werden, ob eine Ausweitung des § 127 StGB auf Kommunikationsdelikte kriminalpolitisch geboten sein könnte. Eine solche wäre mit drei Modifikationen des jetzigen § 127 StGB zu realisieren: *Erstens* wäre der Begriff der „Handelsplattform" zugunsten des vom Bundesrat vorgeschlagenen Begriffs der „Plattform" zu ersetzen. *Zweitens* wäre eine entsprechende Anpassung des Straftatenkataloges notwendig. *Drittens* wäre – will man den § 127 StGB de lege lata et ferenda materiell legitimieren – eine Streichung der Subsidiaritätsklausel zu erwägen.[820]

Im Folgenden soll zunächst noch einmal in Rückschau auf die bisherige Untersuchung daran erinnert werden, dass keine Strafbarkeitslücken bestehen (I.), um sodann die Frage zu stellen, ob beteiligungs- und konkurrenzrechtliche Ergebnisse dafürsprechen würden, die jetzige Erfassung als nicht unrechtsangemessen zu bewerten (II.). Abschließend soll im näheren Vergleich mit dem jetzigen Anwendungsbereich des § 127 StGB gefragt werden, ob sich hinsichtlich von Plattformen, die Kommunikationsdelikte fördern, äquivalente Begründungsmodelle finden lassen, und ob verfassungsrechtlich bedingte Zurückhaltung bei einer weiteren Strafrechtsexpansion geboten sein könnte (III.).

I. Noch einmal: Keine Strafbarkeitslücken aufgrund akzessorischer Erfassbarkeit

Aus der vorangegangenen Betrachtung de lege lata ergibt sich, dass die strafrechtliche Erfassung von Angeboten zweiter Ordnung innerhalb sozialer Netzwerke

[820] Zu drittens vgl. nur *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 309 mit einem solchen Vorschlag.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nur unter besonderen Bedingungen von § 129 StGB[821] und im Bereich der Kommunikationsdelikte wohl nicht von § 127 StGB[822] erfasst werden kann. Der Rechtsanwender wird aber dann, wenn mit dem Angebot das rechtlich erlaubte Risiko überschritten wird[823] und ein deliktsspezifischer Zusammenhang zu der Ausrichtung des Angebots besteht[824], eine objektive und subjektive[825] Zurechnung hinsichtlich der einzelnen strafrechtswidrigen Inhalte annehmen können. Beteiligungsrechtlich ist dieses Verhalten regelmäßig weder als unmittelbare noch als Mit- oder mittelbare Täterschaft einzuordnen, weshalb nur die Teilnahme an den Kommunikationsdelikten verbleibt. In diesem Rahmen handelt es sich regelmäßig um einen Grenzfall von Anstiftung und Beihilfe, wobei die Breitenwirkung der Angebote, wenn die Verursachung des Tatentschlusses Anknüpfungspunkt eines Vorwurfs sein soll, eine Anstiftung nach § 26 StGB fern- und eine Erfassung über § 111 StGB naheliegender erscheinen lässt. Tritt der apellative Charakter des Angebots nicht hinreichend klar hervor, bleibt allein die Beihilfestrafbarkeit.[826] Auf Konkurrenzebene ist sowohl nach allgemeinen Grundsätzen als auch nach der zweifelhaften Figur des uneigentlichen Organisationsdelikts von einer tateinheitlichen Begehung der Beihilfe auszugehen.[827] Anlass für eine Ausweitung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit de lege ferenda kann daher kaum die Geltendmachung etwaiger Strafbarkeitslücken sein.

II. Schuldunangemessene Abbildung des Unrechts de lege lata

Gleichwohl wurde am Beispiel des § 127 StGB gezeigt, dass auch eine materiell fundierte Legitimierung einer Strafbarkeitsvorverlagerung überzeugen kann, weil der Betrieb einer Handelsplattform ein eigenständiges Unrecht in sich trägt.[828] Dieses Unrecht steht im Verdacht, aufgrund von beteiligungsrechtlichen Einordnungen (1.)

[821] Kap. 5 A. I.

[822] Kap. 5 A. II. 2.

[823] Kap. 5 B. I. 1.

[824] Kap. 5 B. I. 2.

[825] Dazu Kap. 5 B. II.

[826] Kap. 5 B. III.

[827] Vgl. Kap. 5 B. IV.

[828] Passend ist deshalb die Anmerkung von *Bliesener*, GA 2023, 113, 117, dass es nicht allein um die „Feststellung des binären Zustands ‚Strafbarkeit gegeben'" gehen sollte (wohl so aber *Wüst*, Underground Economy, S. 23), sondern dass auch „Überlegungen de lege ferenda hinsichtlich einer Optimierung der ‚Zielerreichung' der Strafbarkeit" begrüßenswert wären. Freilich wird man, will man sich nicht primär mit der passenderen Abbildung des Unrechts begnügen – wie stets –, die Frage stellen müssen, ob eine Strafschärfung generalpräventive Wirkung entfalten kann (*Bachmann*, NK 2018, 129, 136). Dem könnte man mit *Greco*, ZIS 2019, 435, 450, der diesen Aspekt aus verfassungsrechtlicher Sicht betont, antworten, dass ein eigenständiges Verbot den Missbrauch klar als solchen markieren könnte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und konkurrenzrechtlichen Erwägungen (2.) nicht angemessen durch die Strafbarkeit wegen einzelner Handelsdelikte erfasst zu werden:

1. Mangelnde Abbildungsfähigkeit des verwirklichten Unrechts über die Beihilfe

Zunächst wird angeführt, dass die obligatorische Strafmilderung gem. § 27 Abs. 2 S. 2 StGB dem Plattformbetreiber nicht zugutekommen sollte.[829] Dem will Rückert entgegenhalten, dass die obligatorische Strafmilderung durchaus schuldangemessen sein kann, weil die geförderten Haupttaten zum Teil selbst keine unmittelbaren Rechtsgutsverletzungen oder -gefährdungen nach sich zögen.[830] Dem ist zwar zuzustimmen, es lässt sich aber auch unabhängig davon fragen, ob die akzessorische Teilnahmehaftung nicht selbst einer angemessenen Abbildung des Unrechts schädlich ist. Sie setzt nämlich das durch den Plattformbetrieb verwirklichte Unrecht nur in Relation zur Haupttat und lässt dabei die Breitenwirkung notwendigerweise zunächst einmal unberücksichtigt.[831] Darin liegt letztlich auch die Entkräftung von Rückerts Entgegnung, der die Schuldangemessenheit der Strafmilderung allein an der Entfernung von der Rechtsgutsbeeinträchtigung der jeweiligen Bezugstat aus vermisst.[832]

2. Konkurrenzrechtliche Zusammenfassung als unangemessene Verkürzung

Es wird zudem an der Abbildung des Unrechts de lege lata moniert, dass es i. R. d. Konkurrenzen nicht auf die Vielzahl der mit der Plattform begangenen Straftaten ankomme, sondern allein auf die Beihilfehandlungen, die zusammengezogen werden. Es könne die Breitenwirkung in der Folge nicht einmal über eine tatmehrheitliche Verurteilung berücksichtigt werden.[833] Zwar wird zu Recht darauf hinge-

[829] Vgl. *Bachmann*, NK 2018, 129, 135 f.

[830] *Rückert*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 12; vgl. auch *Safferling/Rückert*, Analysen und Argumente 291, S. 12; *Bachmann*, NK 2018, 129, 136; vgl. auch *Bächer*, Plattform, S. 276 f.

[831] So auch *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 107; vgl. dazu auch *Greco*, ZIS 2019, 435, 450 mit Verweis auf *Sinn*, in: Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, S. 13, 37 zur Kategorie der „strafbarkeitsmodifizierenden Vorverlagerung durch ‚Tatbestandsneuschöpfung'" zur Auflösung der Akzessorietät der Beihilfe; andeutend auch *Bächer*, Plattform, S. 277.

[832] Deutlich wird auch in den sich anschließenden Ausführungen, dass es sich um eine systemwidrige täterschaftliche Erfassung einer versuchten Beihilfe handelt (*Rückert*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 12 f.). Wenn *M. Jahn*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 11 ff. dem zur Seite tritt und die Vorzugswürdigkeit der akzessorischen Haftung gegenüber der „Schrotschussmethode" des § 127 StGB behauptet, dann fragt sich auch dort, warum die Breitenwirkung nicht eigenständig Berücksichtigung finden soll.

[833] *Greco*, ZIS 2019, 435, 450; *Wüst*, Underground Economy, S. 236; vgl. auch die Rezension von *Bliesener*, GA 2023, 113, 117.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wiesen, dass auch im Rahmen von § 127 StGB keine abweichende konkurrenzrechtliche Betrachtung vorgenommen würde; auch dort wäre nur eine einzelne Verurteilung wegen der Begehung des Dauerdelikts möglich.[834] Gleichwohl kann ein eigenständiges Organisationsdelikt wie der § 127 StGB eine entsprechende Breitenwirkung selbst schon berücksichtigen, sodass eine tatmehrheitliche Verurteilung nicht mehr nötig ist, um den Unrechtsgehalt abzubilden. Kurzum: Die Loslösung vom Akzessorietätsgedanken schafft es, das eigenständige Handlungsunrecht zu betonen, das mit der spezifischen Breitenwirkung einhergeht.[835]

III. Vergleich mit Handelsplattformen

Nachdem nachgezeichnet wurde, warum schon beim jetzigen § 127 StGB eine Strafbarkeitsausdehnung trotz fehlender Strafbarkeitslücken legitimierbar scheint, soll abschließend ein näherer Blick auf die hinter § 127 StGB eigene plattformspezifische Gefährlichkeit einerseits (1.) und mögliche entgegenstehende grundrechtliche Erwägungen andererseits (2.) geworfen werden.

1. Plattformspezifische Gefährlichkeit bei illegalen Handelsgeschäften und Kommunikationsdelikten im Vergleich

Nimmt man einen materiellen Strafgrund und damit die besonders tatanreizende Breitenwirkung in den Blick, so scheinen auch solche Angebote zweiter Ordnung erfasst werden zu können, die der Begehung von Kommunikationsdelikten dienen. Sie vermitteln tendenziell einen ‚ideologisch sicheren Raum' für die Begehung politisch motivierter Äußerungs- und Inhaltsverbreitungsdelikte.[836] Während bei klassischen kriminellen Handelsplattformen die Suche nach dem kriminellen Pendant (typischerweise: Anbieter und Käufer) ermöglicht wird, ohne dass es zu einer Externalisierung der eigenen Gesinnung zu kommen braucht[837], bringen entsprechende Angebote zweiter Ordnung Verfasser und Adressaten von Äußerungs- und Inhaltsverbreitungsdelikten zusammen.

Indessen lassen sich die plattformspezifischen Effekte kaum gleichsetzen. Denn die Begehung von typischerweise ideologisch motivierten Kommunikationsdelikten in und außerhalb kriminell ausgerichteter Angebote ist nicht in gleichem Maße unterschiedlich attraktiv wie die Begehung von Delikten, die den illegalen Handel in den Blick nehmen. Zwar ließe sich – wie angedeutet – auch bei den Kommunikationsdelikten hinsichtlich der Adressaten nach aufgeschlosseneren oder eher ab-

[834] *Rückert*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/28175, S. 12; ebenso *Wüst*, Underground Economy, S. 236.

[835] So auch *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 107.

[836] So auch *Kusche*, JZ 2021, 27, 31.

[837] Dazu *Greco*, ZIS 2019, 435, 443.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

weisend eingestellten Kreisen differenzieren.[838] Gleichwohl kann der bezweckte Erfolg der Kommunikationsdelikte (öffentliche Zugänglichkeit eines Inhalts oder einer Wahrnehmung) prinzipiell bei jedem Adressaten auftreten. Hingegen sind bei den Handelsdelikten der ‚Underground Economy', die § 127 StGB in jetziger Fassung bekämpfen will, die Nutzer darauf angewiesen, das entsprechende Nachfrage- bzw. Angebotspendant zu finden. Die kriminalitätsmoderierende Funktion[839] kommt hier also prinzipiell stärker zum Tragen und skaliert, wie typisch für Plattformeffekte, mit der Größe des Angebots.

Kurzum: Auch die Breitenwirkung eines Kommunikationsdelikts ist eine das Ausmaß des Erfolgsunrechts mitbestimmende Größe.[840] Kommunikationsdelikte sind aber anders als Handelsdelikte nicht in gleichem Maße besonders durch eine kriminalitätsmoderierende Funktion der kriminell ausgerichteten Plattform gefördert. Dadurch lässt sich das Ausmaß des Anreizes für eine Tatbegehung in unterschiedlichem Ausmaß dem Angebot und seiner Gestaltung zuschreiben und erste Zweifel an der Angemessenheit einer Ausdehnung des § 127 StGB entstehen.

2. Besondere Betroffenheit von Art. 5 GG

Zusätzlich sind mögliche Grundrechtseingriffe durch den Straftatbestand zu berücksichtigen. Während typische Handelsplattformen eine verhältnismäßig geringe Relevanz hinsichtlich der Ausübung der Meinungsfreiheit aufweisen[841], gilt bei Angeboten nachgelagerter Ordnung innerhalb sozialer Netzwerke tendenziell anderes. Häufig beinhalten nämlich solche Angebote, die auf die Begehung von Meinungsäußerungsdelikten ausgerichtet sind, auch den Austausch von Inhalten, die noch nicht die Strafbarkeitsschwelle überschreiten, aber der politischen oder ideologischen Couleur der Ausrichtung entsprechen. Diese Inhalte haben besonders dann eine Schutzrelevanz, wenn es etwa um Machtkritik als Äußerung gesellschaftlicher oder politischer Mindermeinungen geht. Der Eingriff in die Kommunikationsfreiheit gem. Art. 5 GG dürfte schon aufgrund dieser rechtmäßigen Inhalte besonders schwer wiegen. Potenziert wird dieses Problem dadurch, dass eine Grenzziehung zwischen verfassungsrechtlich geschützten und strafrechtswidrigen Meinungsäußerungen im Einzelfalle deutlich schwieriger sein dürfte als im Bereich der Handelsdelikte.[842] Aus Angst vor strafrechtlicher Verfolgung könnte dies zur Folge haben, dass Anbieter zweiter Ordnung ihr Angebot ‚übervorsichtig' ausrichten.

---

[838] Zudem ist zu berücksichtigen, dass es auch das Ziel politisch motiviert begangener Kommunikationsdelikte sein kann, Menschen zu erreichen, die nicht die gleiche Auffassung teilen, um sie von der eigenen Ideologie zu überzeugen.

[839] *S. Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112, 115.

[840] Dazu ausführlich unter Kap. 6 C. II. 1. c).

[841] Vgl. in diesem Zusammenhang *J. Haas*, Handelsplattformen, S. 68 f.

[842] Vgl. im Kontext automatisierter Filtersysteme schon Kap. 1 C. III. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

IV. Zwischenfazit: Ausweitung des § 127 StGB auf Kommunikationsdelikte als Bezugstaten

Will man § 127 StGB weniger mit vermeintlichen Strafbarkeitslücken als mit einer passenden Abbildung des plattformspezifischen Unrechts begründen, so ließen sich zunächst die Mängel hinsichtlich der tateinheitlichen Verurteilung wegen Beihilfe auch auf solche Angebote übertragen, die auf Kommunikationsdelikte ausgerichtet sind. Gleichwohl sind die kriminalitätsfördernden Plattformeffekte hinsichtlich der mit § 127 StGB in den Blick genommenen Handelsdelikte und der hier fokussierten Kommunikationsdelikte nicht identisch. Außerdem haben solche Angebote, die der Kommunikation selbst mehr als dem Handel bestimmter Waren und Dienstleistungen dienen, eine besondere Relevanz für die Meinungsfreiheit. Aus diesen beiden Gründen steht man hier einer Ausweitung des § 127 StGB bei erster Betrachtung skeptisch gegenüber. Weiterführende kriminalpolitische Erwägungen müssen aber nachfolgenden Untersuchungen vorbehalten bleiben.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kapitel 6

Strafrechtswidrige Inhalte als ‚digitale Altlasten' in neutral ausgerichteten Angeboten

Vor dem Hintergrund der Konkurrenztheorie (Prüfung des aktiven Tuns vor dem Unterlassen)[1] kann eine Strafbarkeit wegen der unterlassenen Löschung strafrechtswidriger Inhalte[2] aus verschiedenen Gründen von praktischer Bedeutung sein. Zunächst natürlich, wenn die Einrichtung des Angebots nicht das rechtlich erlaubte Risiko übersteigt[3] oder zwischen der Überschreitung des rechtlich erlaubten Risikos und dem auf der Plattform abgelegten strafrechtswidrigen Inhalt kein Pflichtwidrigkeitszusammenhang[4] besteht. Darin dürften die häufigsten Gründe für die Relevanz einer etwaigen Unterlassungsstrafbarkeit liegen. Denkbar ist es aber auch, dass eine nachträgliche Pervertierung des Angebots zwar das mit ihm verbundene Risiko aus dem erlaubten Bereich hebt, sich aber nach diesem Zeitpunkt keine aktiven Betriebshandlungen mehr erkennen lassen.[5] Auch möglich ist die Ablehnung der subjektiven Zurechnung aufgrund mangelnder Vorsatzkonkretisierung, wobei das nach hier vertretener Auffassung deutlich seltener, als von der überwiegenden Auffassung angenommen, der Fall sein dürfte, wenn der Erfolg erst objektiv zurechenbar ist.[6] In Abhängigkeit der Beantwortung der Beteiligungsformfragen im Tun und Unterlassen kann jedoch auch die Konkurrenztheorie selbst ins Wanken geraten. Ausgehend nämlich von der Figur der sog. stillschweigenden Subsidiarität verdrängt zwar das aktive Tun grundsätzlich das Unterlassen als weniger intensive Angriffsform. Etwas anderes kann sich aber dann ergeben, wenn die Unterlassungstäterschaft neben eine aktive Beihilfe tritt. Es lässt sich von einer Kombination unterschiedlich schwerer Begehungs- und Teilnahmeformen sprechen, bei denen eine Subsidiarität des Unterlassens kaum noch angenommen werden kann.[7]

Die Untersuchung der Unterlassensstrafbarkeit verdient daher – im Folgenden in vier Abschnitte gegliedert – besondere Aufmerksamkeit. Zunächst soll deliktsspezifisch der Frage nachgegangen werden, ob die Kommunikationsdelikte als sog. Tätigkeitsdelikte einzuordnen sind und daher von vornherein ein unechtes Unterlassen auszuscheiden hat, weil entweder kein Erfolg i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB existiert, der durch die Anbieter abgewendet werden könnte, oder die Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 StGB die Kommunikationsdelikte von einer Begehung

[1] Dazu oben Kap. 4 B. II. 1.

[2] Im Folgenden auch als negative Moderationsentscheidung benannt.

[3] Dazu oben Kap. 5 B. I. 1.

[4] Dazu oben Kap. 5 B. I. 2.

[5] Vgl. dazu Kap. 4 B. III. 2. b).

[6] Dazu oben Kap. 5 B. II.

[7] Vgl. dazu *D. Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 52 Rn. 119 ff.; näher zu den entstehenden Wertungswidersprüchen, die Untersuchung abschließend unter Kap. 6 D. I. 2. f).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ausschließt (A.). Daran soll sich die Frage anschließen, ob der Erfolg nach Vollendung des Kommunikationsdelikts durch Content-Provider überhaupt noch abgewendet werden kann und ob das Delikt noch teilnahmefähig ist (B.). Sodann soll eine nähere Analyse des wohl bislang am meisten thematisierten Erfordernisses der Unterlassensstrafbarkeit von Anbietern, nämlich der Garantenpflicht erfolgen (C.), um mit der Beantwortung der Beteiligungsformfrage im Unterlassen und den Auswirkungen auf die Konkurrenztheorie den Bogen zum 5. Kapitel zu schließen (D.).

Es sei noch eine phänomenologische Vorbemerkung zur Unterlassensstrafbarkeit aufgrund negativer Moderationsentscheidung erlaubt: In allen vier Abschnitten finden sich Vergleiche zum Umwelt-, um genauer zu sein: zum Abfallstrafrecht, die im vorhergehenden Kapitel – anders als das Pressestrafrecht – kaum Platz gefunden haben.[8] Das liegt daran, dass sich die grundlegenden Zurechnungsfragen in der Unterlassensstrafbarkeit im Medienstrafrecht denen des Abfallstrafrechts da erheblich ähneln, wo es um sog. Altlast-Konstellationen geht; also da, wo einen Grundstücksinhaber die von Dritten abgelagerten Abfälle nicht beseitigt. So wie der ‚analoge Unrat' potenziell über die Zeit zunehmend die Umweltmedien beschädigt, vergiftet der ‚digitale Unrat', je nach Inhalt, das Kommunikationsklima innerhalb sozialer Netzwerke. Deliktsspezifisch ergeben sich ähnliche Fragen der generellen Anwendbarkeit des § 13 Abs. 1 StGB auf abstrakte Gefährdungsdelikte. Auch die chronologische Besonderheit von Altlasten, nämlich die Erfolgsabwendung nach Erfolgseintritt spielen eine Rolle. Die damit einhergehende Unterscheidung von Altlasten- und Straftatverhinderungskonstellationen wird für die Begründung einer Garantenpflicht bei bestehenden Friktionen mit dem Verantwortungsprinzip und bei der Beteiligungsformfrage eine wesentliche Rolle spielen. Es sei daher jetzt schon die Behauptung aufgestellt, dass das Abfallstrafrecht ein vielversprechender Kandidat ist, wenn man sich medienstrafrechtlicher Dogmatik über analoge Vergleichsfälle nähern möchte.

A. Kommunikationsdelikte im Spiegel des Erfolgsbegriffs i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB und die Entsprechungsklausel

Völlig unabhängig vom Bestehen einer Beseitigungspflicht und von der Beantwortung der Beteiligungsfrage problematisiert Ceffinato im Kontext der strafrechtlichen Providerverantwortlichkeit, dass es sich bei §§ 111, 130, 185 StGB um abstrakte Gefährdungsdelikte handele und eine unterlassene Löschung des entsprechend rechtswidrigen Inhalts keine Strafbarkeit begründen könne. Das erkläre

[8] Allein hinsichtlich der hybriden Pflichtdeliktseigenschaft finden sich in Kap. 5 B. III. 1. a) bb) (2) (b) (aa) Ausführungen. Es wurde dort aber angenommen, dass die Diskussionen zur Janusköpfigkeit des § 326 StGB in Zusammenhang mit der Garantenstellung (sog. Garantensonderdelikt) zu bringen sind.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sich damit, dass „die potenzielle Beeinträchtigung des Rechtsguts mit der Äußerung bereits unkontrollierbar in der Welt ist" und „sich zum Zeitpunkt der Äußerung die Gefahr für das geschützte Rechtsgut bereits realisiert [hat], weshalb die aus einer Garantenposition resultierende Pflicht ins Leere läuft." Dieses Ergebnis vermöge nicht zu verwundern, „da es bei abstrakten Gefährdungsdelikten überhaupt keinen abzuwendenden Erfolg gibt, für dessen Nicht-Eintritt ein Garant einzustehen hätte."[9] Es sind also zwei im Bereich der Kommunikationsdelikte folgenschwere Einwände, die erhoben werden: Zum einen gebe es von vornherein keinen abzuwendenden Erfolg (i. S. d. § 13 Abs. 1 StGB). Zum anderen könne sich eine Rechtsgutsbeeinträchtigung nach Einstellung des Inhalts innerhalb eines Angebots nicht vertiefen. Während also der erste in diesem Abschnitt behandelte Einwand adressiert, dass § 13 Abs. 1 StGB nicht auf abstrakte Gefährdungsdelikte angewendet werden könnte (I.), soll die Frage, ob sich eine Rechtsgutsbeeinträchtigung zum Zeitpunkt der negativen Moderationsentscheidung bereits endgültig realisiert hat, erst später (unter B.) behandelt werden. Dabei wird zu zeigen sein, dass sich die Frage einer Erfolgsabwendbarkeit nach Vollendung des Kommunikationsdelikts erst auf Grundlage des zuvor konturierten Erfolgsbegriffs beantworten lässt (I.).

I. Der Erfolg von Kommunikationsdelikten i. R. d. § 13 Abs. 1 StGB

Darüber, was unter einem Erfolg i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB zu verstehen ist, herrscht bis heute Streit. Im Wesentlichen werden ein (denkbar) weiter Erfolgsbegriff und ein engerer Erfolgsbegriff vorgeschlagen, wobei sich bei näherer Betrachtung eine Verengung entweder materiell, nach dem Grad der Beeinträchtigung des Rechtsguts, oder formell, allein bezogen auf die tatbestandliche Struktur unterscheiden lässt.

1. Weiter Erfolgsbegriff: Tatbestandsverwirklichung als Erfolg

Die überwiegende Auffassung im Schrifttum verfolgt einen denkbar weiten Erfolgsbegriff für § 13 Abs. 1 StGB und will jede Tatbestandsverwirklichung als Erfolg i. w. S. verstehen und für die Anwendbarkeit des unechten Unterlassens genügen lassen.[10] Demzufolge ergibt sich von vornherein kein prinzipieller Ausschluss be-

[9] *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 406.

[10] *Tenckhoff*, in: FS-Spendel, S. 347, 361; *Stein*, in: SK-StGB, § 13 Rn. 4 f.; *Hambel*, Verlinkung, S. 150; *Walter*, in: FS-Beulke, S. 327, 330; *B. Heinrich*, AT, Rn. 884; *Jakobs*, AT, 29/2; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Vor § 13 Rn. 138, § 13 Rn. 3; *Hecker*, JuS 2015, 274, 276; *Hecker*, Müllablagerung, S. 66; *Mitsch*, in: B/W/M/E, § 21 Rn. 47; vgl. zur Parallelvorschrift des § 8 OWiG, bei der die Diskussion aufgrund der verhältnismäßig höheren praktischen Relevanz stärker verfängt, *Valerius*, BeckOK-OWiG, § 8 Rn. 8; *Rengier*, in: KK-OWiG, § 8 Rn. 10; *Krenberger/Krumm*, in: Krenberger/Krumm, § 8 Rn. 4, jedoch mit Verweis auf den engen Erfolgsbegriff; mit der Begründung, dass der Erfolg in der abstrakten Gefährdungslage bestehe *Rengier*, AT, § 49 Rn. 7.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stimmter Delikte aus dem Bereich, der durch Unterlassen begehbar ist; jedenfalls nicht anhand der *Erfolgs*verhinderungspflicht, wenn auch auffällig ist, dass sodann häufig auf die begrenzende Funktion der Entsprechungsklausel hingewiesen wird[11].

a) Vereinbarkeit mit dem Wortlaut

Überzeugend gegen die Gleichsetzung von Erfolg und Tatbestandsverwirklichung spricht jedoch der Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB. Geht es um den „zum Tatbestand gehörenden Erfolg", so ist es kaum plausibel, dass der Erfolg nichts anders als der gesamte Tatbestand bzw. dessen Verwirklichung sein soll. Das „Gehören" kann hier nur ausdrücken, dass der Erfolg eines von mehreren Merkmalen des Tatbestandes ist.[12] Auch der Blick auf andere Vorschriften des Allgemeinen Teils demonstriert, dass der Gesetzgeber zwischen Erfolg und der gesamten Tatbestandsverwirklichung differenziert: So heißt es in § 22 StGB nicht „unmittelbares Ansetzen zum Erfolg", sondern „unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung". Auch in § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB wird die rechtswidrige Tat nicht anhand des Erfolgsbegriffs definiert, sondern mit der „Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes".[13]

b) Entstehungsgeschichte des § 13 StGB

Diese grammatikalischen Differenzierungen verleiten zu einem Blick in die Entstehungsgeschichte des § 13 StGB, die jedoch ein unklares Bild zeichnet und jedenfalls nicht entscheidend gegen einen weiten Erfolgsbegriff in Anschlag zu bringen ist[14]: In einer ersten Begründung des Fassungsvorschlages zu § 13 StGB wurde hervorgehoben, dass „diese Pflichten auf Erfolgsabwendungen bezogen sein müssen, … um eine sichere Abgrenzung von bloßen Tätigkeitspflichten der echten Unterlassungsdelikte zu gewährleisten".[15] Trotz der Erwiderung u. a. von Eb. Schmidt und Fränkel, dass mit dem Begriff des Erfolges anstatt der Tatbestandsverwirklichung zu Unrecht eine Beschränkung auf Erfolgsdelikte verbunden sei[16], setzte sich die Auffassung durch, dass ein enger Erfolgsbegriff beibehalten werden

[11] Vgl. *Jakobs*, AT, 29/2; krit. dazu *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 347.

[12] So auch *Güntge*, Begehen durch Unterlassen, S. 35; *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 66; *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 348; wohl auch *Jescheck*, in: FS-Tröndle, S. 795, 798.

[13] Vgl. dazu *Güntge*, Begehen durch Unterlassen, S. 35; *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 348.

[14] So aber *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 15; *Güntge*, Begehen durch Unterlassen, S. 34 f.; skeptisch auch *Tenckhoff*, FS-Spendel, S. 347, 360; *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 67.

[15] *Bockelmann*, Niederschriften Bd. 2, Anh. S. 159.

[16] *Eb. Schmidt*, Niederschriften Bd. 2, Anh. S. 149, 152; *Fränkel*, Niederschriften Bd. 2, Anh. S. 155.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

solle[17]. Dies resultierte in der Begründung zu § 13 E 1962: „Tatbestände, die nur durch schlichtes Tätigwerden verwirklicht werden, sind daher durch Unterlassen grundsätzlich nicht begehbar". Im weiteren Verlauf der Reformbemühungen wurde die Problematik jedoch nicht weiter aufgegriffen; eine Klärung blieb aus.[18]

c) Unvereinbarkeit mit der Abgrenzung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten

Es könnte auch versucht werden, aus der Abgrenzung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten, die auch in der ersten Begründung des Vorschlages zu § 13 StGB Thema war, einen Angriff auf den weiten Erfolgsbegriff zu formulieren. Nimmt man die Abgrenzung mit der wohl überwiegenden Auffassung anhand der Frage vor, ob sich die Straftat in dem bloßen Verstoß gegen eine Gebotsnorm erschöpft (echtes Unterlassungsdelikt) oder unmittelbar auf die Abwendung des Erfolgseintrittes gerichtet ist (unechtes Unterlassungsdelikt)[19], so ließe sich annehmen: Echte Unterlassungsdelikte sind das Spiegelbild der schlichten Tätigkeitsdelikte und das unechte Unterlassungsdelikt die Entsprechung der Erfolgsdelikte. Diese Entsprechungsthese mag dabei zwar auf die Ähnlichkeiten hinweisen, darf dabei jedoch nicht verkennen, dass auch die echten Unterlassungsdelikte nicht frei von Erfolgselementen sind: Denn dass es auch dem (unstreitig als echtes Unterlassungsdelikt einzuordnenden[20]) § 323c StGB jedenfalls dem Gesetzeszweck nach um die Abwendung von Erfolgen geht, zeigt sich schon darin, dass nicht jede der Gebotsnorm unterfallende, auch unzweckmäßige Hilfeleistung den Handelnden vor der Tatbestandsverwirklichung bewahrt, sondern vielmehr zumutbare *bestmögliche* Hilfeleistung geboten ist.[21]

Es lässt sich daher festhalten: Weder die Entstehungsgeschichte noch die Abgrenzung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten, sondern allein grammatikalische Argumente sprechen entscheidend gegen den weiten Erfolgsbegriff der überwiegenden Auffassung.

---

[17] Vgl. nur *Bockelmann*, Niederschriften Bd. 2, Anh. S. 277.

[18] Zur Entstehungsgeschichte vgl. eingehend *Tenckhoff*, FS-Spendel, S. 347, 359 f.

[19] So *Jescheck/Weigend*, AT, § 58 III. 2.; *Kühl*, JA 2014, 507, 508, der zugleich noch auf die formelle Abgrenzung (Strafbarkeit über § 13 StGB oder eigenen Straftatbestand) und den Kreis der Verpflichteten abstellt; noch deutlicher ist diese „Entsprechungsthese" bei *Kühl*, in: FS-Herzberg, S. 177, 183 f.; vgl. auch *Rönnau*, JuS 2010, 961, 963; rein formelle Abgrenzung bei *Ransiek*, JuS 2010, 490, 491; ebenso *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Vor § 13 Rn. 137 unter ausdrücklicher Ablehnung der Abgrenzung nach Unterlassen der Tätigkeit und Nichtabwendung des Erfolges.

[20] Statt aller *Kühl*, JA 2014, 507, 508; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 323c Rn. 1.

[21] Vgl. *Tenckhoff*, FS-Spendel, S. 347, 353, der daraus ableiten will, dass ein konkretes Gefährdungsdelikt vorliegt, was wiederum „unstreitig" als Erfolgsdelikt einzuordnen sei.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Enger, materiell orientierter Erfolgsbegriff

Ein engerer, materiell orientierter Erfolgsbegriff[22], beschränkt sich derweil auf eine Verletzung oder konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts- bzw. Handlungsobjektes.[23] Diesem Lager dürfte auch die eingangs zitierte Auffassung von Ceffinato zuzuordnen sein.[24] Ob man hier statt vom Rechtsgutsobjekt direkt vom Rechtsgut sprechen möchte, hängt im Wesentlichen von der hier nicht zu vertiefenden Frage ab, ob man Rechtsgüter als etwas Reales und Beeinträchtigungsfähiges begreift[25] oder einem ‚ideellen Rechtsgutsbegriff' folgt, der Rechtsgüter abstrakt, somit per se als unverletzlich versteht und daher mit dem Rechtsgutsobjekt eine lebensweltliche Repräsentation einführt[26]. So oder so: Der materiell orientierte Erfolgsbegriff verneint die Anwendbarkeit des § 13 Abs. 1 StGB auf abstrakte Gefährdungsdelikte.

Es verwundert indessen, dass Vertreter eines materiellen Erfolgsbegriffs damit primär schlichte Tätigkeitsdelikte vom Anwendungsbereich des unechten Unterlassens ausgeschlossen sehen wollen. Im Folgenden soll zunächst das (häufig missverstandene) Verhältnis abstrakter Gefährdungsdelikte und sog. Tätigkeitsdelikte geklärt werden (a)). Sodann soll vor dem Hintergrund eines (allein) materiell verengten Erfolgsbegriff gefragt werden, welche der hier behandelten Kommunikationsdelikte abstrakte Gefährdungsdelikte sind (b)), um abschließend einen Blick auf Inkonsistenzen dieses Erfolgsbegriffs bei der Behandlung der Beihilfe durch Unterlassen (c)) und teleologische Argumente gegen einen materiellen Erfolgsbegriff im Kontext des § 13 Abs. 1 StGB aufzuzeigen (d)).

a) Vorab: Verhältnis abstrakter Gefährdungsdelikte zu Tätigkeitsdelikten

Es ist nun die erste Unklarheit des materiell orientierten Erfolgsbegriffs zu behaupten, dass mit seiner Lösung sog. schlichte Tätigkeitsdelikte aus dem Anwendungsbereich des unechten Unterlassens ausgeschlossen seien. Damit scheint zugleich eine These ausgesprochen, die sich in der Literatur großer Beliebtheit zu erfreuen scheint: Abstrakte Gefährdungsdelikte sind stets schlichte Tätigkeitsdelikte.[27] Noch häufiger, nahezu in Form eines allgemein anerkannten Dogmas, werden

[22] Zur Terminologie des materiellen Erfolgsbegriffs bereits *von Birkmeyer*, DJZ 1899, 301, 302.

[23] *Jescheck*, in: FS-Tröndle, S. 795, 796; *Altenhain*, CR 1997, 485, 487 Fn. 9; *Palm*, Kinder- und Jugendpornographie, S. 255.

[24] Vgl. erneut *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 406.

[25] *Roxin/Greco*, AT I, § 2 Rn. 66 m. w. N.

[26] *Walter*, in: LK-StGB, Vor § 13 Rn. 13 f.; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Vor § 13 Rn. 9; *Kargl*, in: NK-StGB,Vor § 306 Rn. 15 jeweils m. w. N.

[27] Aus dem Schrifttum exemplarisch *Fischer*, StGB, Vor § 13 Rn. 19: „Keine Erfolgsdelikte sind die abstrakten Gefährdungsdelikte."; *Geidies*, NJW 1989, 821: „§ 327 II Nr. 2 StGB ist abstraktes Gefährdungsdelikt, mithin schlichtes Tätigkeitsdelikt."; *Satzger*, NStZ 1998, 112, 115: „[…] können abstrakte Gefährdungsdelikte – der h. M. folgend – nicht als Erfolgs-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verletzungs- und konkrete Gefährdungsdelikte auf der anderen Seite den Erfolgsdelikten zugeordnet.[28] Eine derart generalisierte Verbindung der Deliktskategorien ist jedoch zumindest irreführend. Das Begriffspaar Erfolgsdelikt – Tätigkeitsdelikt ordnet nämlich entlang einer formellen Achse der Tatbestandsfassung und fragt danach, ob neben der Handlung ein von dieser raumzeitlich, zumindest aber sachlichlogisch abtrennbarer Erfolg in Form einer Außenweltsveränderung eintritt.[29] Wo das nicht der Fall ist (sog. schlichte Tätigkeitsdelikte), seien Probleme der Kausalbeziehung und der objektiven Zurechnung ebenso wie der Rücktritt vom beendeten Versuch ausgeschlossen.[30] Die Begriffe der Verletzungs- und Gefährdungsdelikte, letztere recht grob weiter unterteilt in konkrete und abstrakte Gefährdungsdelikte[31], sollen hingegen eine Kategorisierung entlang der materiellen Achse nach dem Grad der Rechtsgutsbeeinträchtigung erlauben.[32] Dass sich die angesprochenen Deliktstypisierungen nicht nur theoretisch auf unterschiedlichen Ebenen befinden, sondern auch praktisch abstrakte Gefährdungsdelikte existieren, die keine Tätigkeitsdelikte darstellen, lässt sich anhand von zwei Beispielen besonders plastisch machen[33]:

Die schwere Brandstiftung gem. § 306a Abs. 1 StGB stellt nach h. M. ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar, das Menschen vor den von Bränden ausgehenden

---

delikte angesehen werden."; *Jescheck/Weigend*, AT, § 26 II. 2.: „Von den konkreten sind die abstrakten Gefährdungsdelikte zu unterscheiden. Sie sind Tätigkeitsdelikte, […]"; *Altenhain*, CR 1997, 485, 487 Fn. 9: „Die Kommunikationsdelikte sind zumeist Tätigkeits-, bzw. abstrakte Gefährdungsdelikte, […]."; *Sinn*, in: SSW-StGB, § 153 Rn. 2: „§ 153 stellt ein schlichtes Tätigkeitsdelikt und somit ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar."; *Alt*, in: MüKo-StGB, § 326 Rn. 5: „In Abs. 1 und 2 ist eine Tätigkeit als solche strafbewehrt, ohne dass ein äußerlich sichtbarer Erfolg eingetreten sein muss. Die Tatbestände werden daher allgemein als abstrakte Gefährdungsdelikte angesehen."

[28] Vgl. nur *Roxin/Greco*, AT I, § 11 Rn. 147; *Fischer*, StGB, Vor § 13 Rn. 18; *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 337; mit beachtlicher Kritik aber *Koriath*, GA 2001, 51, 58 ff. sowie *Windsberger*, Bankrottstrafrecht, S. 66, 143.

[29] Bereits *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, S. 203 f.; *Rönnau*, JuS 2010, 961.

[30] Zu diesen und weiteren Folgerungen (Strafanwendungsrecht, actio libera in causa, Verjährung) aus der Einordnung als Tätigkeitsdelikte vgl. *Walter*, in: FS-Beulke, S. 327, 333 ff.; daneben (krit.) zu der „modifizierten Pflichtdeliktslehre" und ihrer Begrenzung auf Erfolgsdelikte *Hecker*, Müllablagerung, S. 26 ff.

[31] Vgl. *Roxin/Greco*, AT I, § 11 Rn. 154 ff. für eine weitere Unterteilung abstrakter Gefährdungsdelikte in „klassisch abstrakte Gefährdungsdelikte", „Massenhandlungen", „Delikte mit vergeistigtem Zwischenrechtsgut" und „abstrakte Eignungsdelikte"; besonders gewinnbringend ist auch die Unterscheidung „abstrakter Gefährdungsdelikte" in „konkrete Gefährlichkeitsdelikte", „Kumulationsdelikte" und „Vorbereitungsdelikte" von *Wohlers*, Deliktstypen, S. 305 ff.

[32] Explizite Trennung instruktiv auch bei *Jakobs*, AT, 6/86; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Vor § 13 Rn. 130; *Walter*, in: FS-Beulke, S. 327, 330; *Hölzel*, Tätigkeitsdelikte, S. 42 ff.; *Rönnau*, JuS 2010, 961, 961 f.; *Rotsch*, ZIS 2014, 579, 587; *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 336 ff.; *Kopel*, Unterlassung, S. 66; *Mey*, Straftaten via Internet, S. 66.

[33] Weitere lassen sich ohne Weiteres ausmachen: Zu § 274 StGB *Kudlich/Berberich*, NStZ 2019, 633, 634; zu § 283 StGB *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 337 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gefahren für Leben und Gesundheit schützen soll.[34] Als Tätigkeitsdelikt wird § 306a Abs. 1 StGB – soweit ersichtlich – aber von niemandem eingeordnet.[35] Das verwundert kaum, nennt die Norm allzu deutlich als (Zwischen-)Erfolg das Inbrandsetzen und (teilweise) Zerstören eines geschützten Tatobjekts.[36] Ein Auseinanderfallen der formellen und materiellen Dimensionen erklärt sich also gerade daraus, dass § 306a Abs. 1 StGB nicht den Rechtsgüterschutz des Eigentums bezweckt, dem aber das Tathandlungs- bzw. Angriffsobjekt (Gebäude) zugeordnet ist.[37] Als zweites Beispiel kann § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB herangezogen werden. Geschützt wird die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs[38]; die Vollendung setzt – das wäre auch schwer vorstellbar – keine Verletzung oder konkrete Gefährdung voraus. Die abstrakte Gefährlichkeit des tatbestandlichen Verhaltens genügt.[39] Derweil setzt die Handlungsvariante des Herstellens als einen Erfolg das Vorliegen einer unechten Urkunde voraus, weshalb kaum von einem sog. Tätigkeitsdelikt die Rede sein kann.[40] Es lässt sich also anhand des § 306a Abs. 1 StGB und des 267 Abs. 1 Var. 1 StGB demonstrieren, dass es abstrakten Gefährdungsdelikten nicht an einem von der Handlung trennbaren Außenweltserfolg fehlen muss. Bei erstem besteht dieser in der Verletzung eines außerhalb des Schutzzwecks liegenden Handlungsobjekts; bei zweitem ist das Handlungsobjekt der Urkunde jedenfalls durch das Herstellen (Var. 1) nicht verletzbar, jedoch die Herstellung als eigenständige Außenweltsveränderung zu begreifen.

Die Ebenen der Tatbestandsfassung und der Rechtsgutsbeeinträchtigung sind voneinander zu trennen. Der materielle Erfolgsbegriff für § 13 Abs. 1 StGB wird hingegen, soweit ersichtlich, also nur auf Grundlage eines konfundierten Verständnisses postuliert. Das als solches muss aber noch nicht gegen einen (rein) materiellen Erfolgsbegriff sprechen (dazu c) und insbesondere d)).

b) Kommunikationsdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte

Bevor aber weiter Stellung zum materiell orientierten Erfolgsbegriff bezogen wird, soll zunächst vor dem Hintergrund der soeben gestärkten Unterscheidung zwischen einer materiellen und einer formellen Achse gefragt werden, welche der

[34] Vgl. nur *Radtke* in: MüKo-StGB, § 306a Rn. 3 m. w. N.

[35] Vgl. allenfalls *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, § 13 Rn. 6 im Zusammenhang mit a. a. O., Fn. 8. Zu der damit verbundenen Umdeutung der Kategorie der Tätigkeitsdelikte unten Kap. 6 A. I. 3. b) bb) (2).

[36] *Valerius*, in: LK-StGB, § 306a Rn. 4.

[37] Vgl. nur *Rönnau*, JuS 2010, 961, 962.

[38] Für die h. M. *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, § 267 Rn. 1; *Fischer*, StGB, § 267 Rn. 2.

[39] Statt vieler *Fischer*, StGB, § 267 Rn. 2.

[40] Vgl. nur *Erb*, in: MüKo-StGB, § 267 Rn. 177.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hier betrachteten Kommunikationsdelikte von einer materiellen Verengung des § 13 Abs. 1 StGB betroffen wären.[41]

aa) Inhaltsverbreitungsdelikte

Die §§ 86, 86a, 111 StGB, die an die öffentliche Zugänglichmachung bzw. Verwendung oder die Verbreitung eines inkriminierten Inhalts anknüpfen, werden ganz überwiegend als abstrakte Gefährdungsdelikte eingeordnet.[42]

bb) Inhaltsverbreitungsdelikte mit Friedensstörungsklausel

Die persönlichen Äußerungsdelikte der §§ 126 Abs. 1, Abs. 2, 130 Abs. 1, 140 Nr. 2, 166 Abs. 1, Abs. 2 StGB sehen allesamt das Tatbestandsmerkmal der Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören, vor. Sie werden daher als Eignungsdelikte[43], potenzielle Gefährdungsdelikte[44] oder konkret-abstrakte Gefährdungsdelikte[45] bezeichnet. Wie insbesondere der letztgenannte Terminus nahelegt, fällt ihre Einordnung in das System der konkreten und abstrakten Gefährdungsdelikte nicht leicht, und regelmäßig wird eine deliktsspezifische Differenzierung gefordert.[46] Da sich die Eignungsklausel im Falle der Friedensstörungsdelikte auf das Kollektivrechtsgut des öffentlichen Friedens bezieht, das seiner Natur nach keinen empirisch wahrnehmbaren und daher auch prozessual kaum aufklärbaren Veränderungen unterworfen ist[47], stehen sie den abstrakten Gefährdungsdelikten näher als den konkreten Gefährdungsdelikten.[48] Daran vermag auch der Wunsiedel-Beschluss des BVerfG[49] zu

[41] Zum Teil richtet sich die Kritik am engeren, materiell orientierten Erfolgsbegriff schon auf die schwierige Einordnung der Delikte entlang der materiellen Achse. Vgl. etwa *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 3.

[42] Vgl. *Stegbauer*, in: NK-Medienstrafrecht, § 86 Rn. 2, § 86a Rn. 2, § 111 Rn. 2 jeweils m. w. N.

[43] Vgl. nur *Kudlich/Berberich*, NStZ 2019, 633, 634.

[44] BGH NJW 1994, 672; 1994, 2161; NStZ 2017, 146, 147.

[45] BGH NJW 1994, 672; NStZ 2001, 305, 307 ff.; 2017, 146, 147; *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 16.

[46] Vgl. *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, S. 205.

[47] Vgl. nur *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 337; *Radtke*, in: LK-StGB, § 166 Rn. 12.

[48] *Radtke*, in: LK-StGB, § 166 Rn. 12; *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 16 jeweils m. w. N.; jedenfalls krit. hinsichtlich der Forderung einer konkreten Gefährdung *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, S. 135 ff.; ebenso *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, S. 275 ff.; *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, § 13 Rn. 12 f.: „konkretes Gefährlichkeitsdelikt"; a. A. *Roxin/Greco*, AT I, § 11 Rn. 163.

[49] BVerfG NJW 2010, 47, 53 fordert, dass der Schutz des öffentlichen Friedens sich an Gefahren knüpft, die sich in der Wirklichkeit konkretisieren.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 130 StGB nichts zu ändern. Ähnlichkeit mit einer konkreten Gefahrenlage für ein Individualrechtsgut werden dort längst nicht hergestellt.[50]

cc) Weitere Eignungsdelikte

Die §§ 186 f. StGB, die die Eignung der Tatsachenbehauptung voraussetzen, einen anderen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen[51], werden ebenfalls überwiegend als abstrakte Gefährdungsdelikte eingeordnet.[52] Kaum anderes wird für § 188 StGB vertreten, der an die Eignung anknüpft, das öffentliche Wirken erheblich zu erschweren.[53]

Deutlich weniger klar ist die Einordnung des jungen § 126a StGB („Gefährdendes Verbreiten personenbezogener Daten"), der die Eignung voraussetzt, eine durch die Daten identifizierbare Person oder ihr nahestehende Person in die Gefahr zu bringen, Opfer bestimmter Straftaten zu werden. Unklar ist die Einordnung vor allem deshalb, weil keine Einigkeit über das geschützte Rechtsgut besteht. Geht man, wie es dem Willen des Gesetzgebers entspricht und die Verortung hinter § 126 StGB nahelegt, vom Schutz des öffentlichen Friedens (Verängstigung der Bevölkerung) aus[54], so liegt eine Einordnung als Unterfall der abstrakten Gefährdungsdelikte – wie auch bei den Friedensstörungsdelikten – nahe. Nichts anderes ergibt sich, wenn man – wofür die Eignungsklausel spricht – einen (bedenklich) weit vorgelagerten Schutz der Individualrechtsgüter der mit den Daten verbundenen Personen erkennen will.[55] Eine konkrete Gefährdung der durch die Daten identifizierbaren Personen oder ihrer nahestehenden Personen wird jedenfalls nicht vorausgesetzt. Als Verletzungsdelikt ließe sich der § 126a StGB aber dann einordnen, wenn man die informationelle Selbstbestimmung der Einzelpersonen geschützt sieht.[56] Dass darin aber nicht der primäre Schutzzweck gesehen werden kann, wird insbesondere aus der Eignungsklausel und einem Vergleich mit den bereits zuvor bestehenden datenschutzstrafrechtlichen Vorschriften[57] deutlich.

Nicht eindeutig ist auch die Einordnung von § 192a StGB, der die Eignung, die Menschenwürde anderer anzugreifen, enthält. Vorzugswürdig erscheint hier aber

[50] So auch *Radtke*, in: LK-StGB, § 166 Rn. 12.

[51] Bei § 187 StGB tritt die Eignung zur Kreditgefährdung hinzu.

[52] *Kargl*, in: NK-StGB, § 186 Rn. 5, § 187 Rn. 1; *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, § 25 Rn. 81; *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 186 Rn. 18; *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 186 Rn. 1; *Heinze*, in: NK-Medienstrafrecht, § 187 Rn. 7; anders wohl *Zaczyk*, in: NK-StGB, 5. Aufl., § 186 Rn. 20.

[53] Ausführlich *Heinze*, in: NK-Medienstrafrecht, § 188 Rn. 31 f. m. w. N.

[54] BT-Drs. 19/28678, S. 1.

[55] Vgl. *Gerhold*, in: NK-Medienstrafrecht, § 126a Rn. 4; vgl. auch *Eschelbach*, in: NK-StGB, § 126a Rn. 5; zumindest auch auf den Individualschutz abstellend *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 126a Rn. 4; a. A. *Heger*, in: L/K/H, § 126a Rn. 1: „nur Reflex".

[56] So klingt es bei *Gerhold*, in: NK-Medienstrafrecht, § 126a Rn. 4 an.

[57] Vgl. dazu nur *Korenke/Kühne*, NK 2022, 457, 463 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eine Beschreibung als konkretes Gefährdungsdelikt[58] zum vorgelagerten Schutze vor individuellen Ehr- und Menschenwürdeverletzungen[59].

dd) Beleidigung und Bedrohung

Auch die Beleidigung gem. § 185 StGB wird zum Teil als abstraktes Gefährdungsdelikt eingeordnet.[60] Richtig ist es allerdings davon auszugehen, dass es sich um ein Verletzungsdelikt handelt[61], auch wenn an der Messbarkeit des Schadens an der Ehre Zweifel bestehen.[62] Entscheidend dürfte es hier eben auch sein, welcher Ehrbegriff zugrunde gelegt wird, ist doch ein (zumindest auch) normativ gebildeter Ehrbegriff seiner Natur nach nicht auf den Nachweis bestimmter Einbußen angewiesen.[63]

Deutlich weniger umstritten ist die Einordnung der Bedrohung gem. § 241 StGB. Unabhängig davon, ob man den Schutz mit der überwiegenden Auffassung auf den subjektiven Rechtsfrieden richtet, oder nach im Ergebnis nur leicht abweichender Konzeption auf einen über das Opfer vermittelten Eingriff in dessen Handlungsfreiheit bezieht[64], bedarf es einer tatsächlichen Beeinträchtigung nicht.[65] § 241 StGB ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt.[66]

---

[58] BT-Drs. 19/31115, S. 15; *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 335, 340; *Rostalski/Weiss*, KriPoZ 2023, 199, 202; krit. aufgrund der Eignungsklausel *Valerius*, in: BeckOK-StGB, § 192a Rn. 4.1; ebenso *Heger*, in: L/K/H, § 192a StGB Rn. 2; *Kargl*, in: NK-StGB, § 192a Rn. 13: „potentielles Gefährdungsdelikt" bzw. „konkretes Gefährlichkeitsdelikt". An anderer Stelle spricht *Kargl*, in: NK-StGB, § 192a Rn. 17 von einer zweifachen Ausgestaltung als Gefährdungsdelikt, führt nachher aber die Wahl der Eignungsklausel selbst auf die Vorverlagerung vor die Kenntnisnahme zurück. Eine solche Herleitung findet sich auch schon bei *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 335, 348.

[59] Für die individuelle Menschenwürde als Schutzgut *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 335, 337; a. A. *Jansen*, GA 2022, 94, 96 f.; *Fischer*, StGB, § 192a Rn. 2 f. sieht unter Inbezugnahme der Gesetzesbegründung das Interesse der Allgemeinheit an einem friedlichen Zusammenleben, das Interesse des Einzelnen auf gleichberechtigte Teilhabe am gesellschaftlichen und politischen Leben und die Menschenwürde als geschützt an. Auf dieser Grundlage handelte es sich bei § 192a StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.

[60] *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 406; noch deutlich *Ceffinato*, JuS 2020, 295 Fn. 44.

[61] So auch *Sinn*, in: SSW-StGB, § 185 Rn. 3; *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 3; *Großmann*, Liberales Strafrecht, S. 138; *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, § 13 Rn. 5; abweichend als konkretes Gefährdungsdelikt *Fischer*, StGB, § 185 Rn. 1.

[62] Vgl. auch *Großmann*, Liberales Strafrecht, S. 164; vgl. auch *Ceffinato*, JuS 2017, 403 Fn. 44.

[63] Vgl. auch den Hinweis bei *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 185 Fn. 3.

[64] Dazu Nachweise bei Kap. 6 B.I.1.a).

[65] Vgl. *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, § 241 Rn. 10; *Sinn*, in: MüKo-StGB, § 241 Rn. 21 f.

[66] *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, § 241 Rn. 5; *Sinn*, in: MüKo-StGB, § 241 Rn. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ee) Zwischenergebnis: Einordnung ausgewählter Kommunikationsdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte

Ein materiell orientierter, enger Erfolgsbegriff würde mithin nahezu alle hier betrachteten Kommunikationsdelikte (Ausnahme: § 185 StGB) aus dem Anwendungsbereich des § 13 Abs. 1 StGB ausscheiden und daher zur Straffreiheit der unterlassenen Löschung führen. Die Konsequenzen des weit verbreiteten, materiell verengten Erfolgsbegriffs für die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb sozialer Netzwerke sind daher nicht zu unterschätzen. Daher stellt die Kritik an diesem materiell verengten Erfolgsbegriff einen zentralen Schritt dar, will man sich der Unterlassensstrafbarkeit im Kontexte der Kommunikationsdelikte widmen:

c) Ausnahme für die Beihilfe zum Unterlassen

Jescheck weist darauf hin, dass die „Beihilfe durch Unterlassen auch bei reinen Tätigkeitsdelikten in Betracht kommt, weil die Haupttat immerhin als der tatbestandsmäßige Erfolg der Beihilfe im Sinne des § 13 angesehen werden kann."[67] Für unsere Untersuchung entfaltet diese Konkretisierung des materiellen Begriffs besondere praktische Relevanz, weil die unterlassene Beseitigung eines Inhalts durch die Anbieter – wie noch zu begründen sein wird – als Beihilfe einzuordnen ist.[68] Daher gilt es, ihre Friktionen im Verhältnis zur eigentlichen Definition des materiell orientierten Erfolgsbegriffs zu verdeutlichen: Soll es entscheidend darauf ankommen, dass eine Verletzung oder konkrete Gefährdung des Rechtsguts(-objekts) eintritt, so fehlt es an einer solchen ebenfalls in der Beihilfekonstellation, wenn es sich bei der Haupttat um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt.[69] Wenn es sich um eine Ausnahme handeln soll, die in Fällen der Beihilfe zur Annäherung an den weiten Erfolgsbegriff führt, dann dürfte sie mit den „Bedürfnissen und Übungen der Praxis"[70] nicht hinreichend (dogmatisch) begründet sein.

d) Teleologische Einwände gegen einen materiell orientierten Begriff

Bislang wurde gezeigt, warum ein engerer, materiell orientierter Erfolgsbegriff jedenfalls so, wie im Schrifttum vorgeschlagen, nicht ohne innere Widersprüche bleibt und dabei zur weitreichenden Unanwendbarkeit des § 13 Abs. 1 StGB auf Kommunikationsdelikte führt. Noch nicht geklärt ist damit, warum es nicht überzeugt, den Erfolg i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB als ‚besonderen materiell orientierten Erfolg' zu verstehen und abstrakte Gefährdungsdelikte vom Bereich des unechten Unterlassens auszuschließen. Entscheidend dürfte hier der Blick auf den vom Gesetzgeber mit der Fassung als abstraktes Gefährdungsdelikt verfolgten Zweck sein:

[67] *Jescheck*, in: FS-Tröndle, S. 795, 796.

[68] Vgl. unten Kap. 6 D.

[69] So auch *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 74.

[70] Vgl. *Jescheck*, in: FS-Tröndle, S. 795, 796.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Entweder ist eine Verletzung des Rechtsguts (meist Kollektivrechtsguts) schlicht nicht möglich, oder die Strafbarkeit soll bereits im Vorfeld einer Verletzung oder konkreten Gefährdung eines Individualrechtsguts greifen. Im zweiten Fall erscheint es geradezu widersinnig, anzunehmen, dass dieser vorgelagerte Schutz nicht die Begehungsform des Unterlassens betreffen soll.[71] Das macht das bereits gewählte Beispiel des § 306a Abs. 1 StGB deutlich, lässt sich aber auch an § 130 Abs. 1, Abs. 2 StGB verdeutlichen, wenn man die Individualrechtsgüter der verhetzten Personen noch im Vorfeld des § 111 StGB als geschützt begreift und nicht den öffentlichen Frieden als nicht verletzbares Kollektivrechtsgut einführt.[72] Unabhängig davon, dass der materiell orientierte Erfolgsbegriff also meistens mit der formellen Ebene der Tatbestandsfassung (Erfolg- und Tätigkeitsdelikt) konfundiert wird, lässt sich also auch kaum das Telos des § 13 Abs. 1 StGB und das grundlegende Konzept abstrakter Gefährdungsdelikte für ihn anführen.[73] Es bleibt daher offen, worin die Begründung des materiell orientierten Erfolgsbegriffs liegen soll. Geht es allein um die Unvereinbarkeit des weiten Erfolgsbegriffs mit dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB[74], so bleibt der Ausweg über eine formell orientierte Verengung:

3. Enger, formell orientierter Erfolgsbegriff

Nach dem hier sog. formell orientierten Erfolgsbegriff ist ein Erfolg in der von der Handlung trennbaren Veränderung der Außenwelt zu sehen.[75] Die Grenze wird dabei i. S. d. allgemeinen Deliktslehre zwischen Erfolgs- und sog. Tätigkeitsdelikten gezogen und konfundiert die formelle Ebene nicht mit der materiellen.[76] Nachdem auf einen generellen Einwand Freunds eingegangen wird (a)), soll anschließend ein kritischer Blick auf die tatsächliche Verengung des Erfolgsbegriffs geworfen werden und dabei die Existenzberechtigung der Deliktskategorie sog. Tätigkeitsdelikte hinterfragt werden (b)).

a) Ausschluss des Versuchs durch Unterlassen?

Einen recht spezifischen Einwand gegen vor allem den formell orientierten, engeren Erfolgsbegriff erhebt Freund, der behauptet, dass der Versuch des Unterlassens kaum angemessen erfasst werden könnte. Beim Versuch gehöre der eingetretene Erfolg klassischerweise nicht zu den Tatbestandserfordernissen, weshalb er nichts

[71] *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 80.

[72] Vgl. zu dieser Diskussion Kap. 6 B. IV. 4. b) aa).

[73] I. E. so auch *Walter*, NStZ 2022, 718, 720.

[74] Dazu vorstehend Kap. 6 A. I. 1. a).

[75] Hier einzuordnen sind *Güntge*, Begehen durch Unterlassen, S. 38; *Gropp/Sinn*, AT, § 11 Rn. 7; *Frister*, AT, § 22 Rn. 4; *Fuhr*, Äußerung, S. 180 Fn. 34; *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 355 f.; *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 81; vgl. auch zu § 2 öStGB *Schallmoser*, ÖJZ 2018, 205, 208 m. w. N.

[76] Vgl. nur *Güntge*, Begehen durch Unterlassen, S. 38.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

anderes als ein schlichtes Tätigkeitsdelikt sei. Wolle man den Versuch in der Verwirklichungsform des begehungsgleichen Unterlassens dennoch anerkennen, so könne es nicht auf einen Außenweltserfolg ankommen.[77] Dem entgegnet Oğlakcıoğlu überzeugend, dass es beim Versuch durch Unterlassen faktisch zur Bestrafung einer Tätigkeit komme, diese Tätigkeit jedoch gerade nicht als eigenständiger Tatbestand ausgestaltet sei, sondern erst über § 22 StGB zu einer Strafbarkeit führe und dieser Konsequenz keine „allgemeine Haltung" für die eigenständigen Tätigkeitsdelikte zu entnehmen ist.[78] Der begehungsgleiche Versuch des Unterlassens ist einem formell verengten Erfolgsbegriff also nicht entgegenzuhalten.

b) Die „Irrlehre"[79] vom Tätigkeitsdelikt

Es wurde bereits gezeigt, dass sich eine Gleichsetzung von Tätigkeits- und abstrakten Gefährdungsdelikten nicht anbietet, sondern eine Trennung der formalen (auf die Tatbestandsfassung bezogenen) Ebene und einer materiellen (auf den Grad der Rechtsgutsbeeinträchtigung bezogenen) Ebene geboten ist.[80] Im Rahmen der obenstehenden Ausführung wurde sich sodann zunächst damit begnügt, eine Abgrenzung von Erfolgs- und schlichten Tätigkeitsdelikten anhand der Frage vorzunehmen, ob ein logisch von der Handlung zu trennender Außenweltserfolg vorliegt.

Die Frage lautet nun: Weist nicht jedes typischerweise als schlichtes Tätigkeitsdelikt behandelte Delikt einen solchen Außenweltserfolg auf? Denn dass es nicht darauf ankommt, dass der Tatbestand selbst zwischen Handlung und Erfolg trennt, zeigen Sachbeschädigung und Totschlag, die von der herrschenden Auffassung als Prototypen der Erfolgsdelikte verstanden werden.[81] Dass aber das tatbestandliche Programm auch etwa der §§ 153, 316, 123 StGB einen Außenweltserfolg aufweist, zeigt sich darin, dass die Falschaussage nicht nur ausgesprochen, sondern zur Vollendung auch wahrgenommen werden muss (§ 153 StGB); dass nicht der Tritt auf das Gaspedal, sondern eine tatsächliche Fortbewegung des Fahrzeuges eintreten muss (§ 316 StGB); und dass in Fällen der mittelbaren Täterschaft eine Einwirkung auf den Tatmittler und sein physisches Übertreten der Türschwelle auseinanderfallen (§§ 123, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB).[82] Dieser Befund soll im Folgenden noch einmal für

[77] *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 234.

[78] *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 349.

[79] *Walter*, NStZ 2022, 718, 719; andernorts spricht *Walter*, in: FS-Beulke, S. 327 ff. vom „Märchen von den Tätigkeitsdelikten".

[80] Vgl. oben Kap. 6 A. I. 2. a).

[81] Ausnahmen stellen die §§ 222, 229 StGB dar, bei denen sowohl Handlung („wer verursacht") als auch Erfolg („Tod eines Menschen" oder „Körperverletzung") ausdrücklich genannt werden, vgl. *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 76; *Bock*, ZIS 2021, 193, 195.

[82] Ausführlich dazu *Hölzel*, Tätigkeitsdelikte, S. 73 ff. Zu den drei hier genannten Beispielen zeigte schon *Walter*, Kern des Strafrechts, S. 17 ff. eindrücklich Fallbeispiele eines deutlichen Auseinanderfallens von Handlung und Erfolg auf. Vgl. zu diesem Befund – freilich mit der Einschränkung, dass die Kausalbeziehung keine Probleme aufgebe – schon *Engisch*,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die hier interessierenden Kommunikationsdelikte bestätigt werden (aa)), um sodann drei mögliche Ansätze vorzustellen, mit denen an der Unterscheidung von sog. Tätigkeits- und Erfolgsdelikten festzuhalten sein könnte (bb)).

aa) Kommunikationsdelikte als Tätigkeitsdelikte

(1) Persönliche Äußerungsdelikte

Die eher im älteren Schrifttum zu findende Ansicht, dass es sich bei der Beleidigung um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt handele[83], wird kaum noch vertreten.[84] Allein die Frage, ob für den tatbestandlichen Erfolg schon die sinnliche Wahrnehmung der Äußerung genüge oder zusätzlich die geistige Erfassung, das Verstehen des Äußerungssinns zu fordern sei[85], scheint nicht abschließend geklärt, bleibt für die Zwecke unserer Untersuchung aber auch ohne Belang.

Dieser Befund vermag bei der Beleidigung zu verblüffen, scheint doch das tatbestandliche Handlungsprogramm mit dem § 153 StGB, der als Lehrbuchbeispiel eines Tätigkeitsdelikts bezeichnet werden kann[86], übereinzustimmen.[87] Dort wird häufig ein Erfolg i. e. S. mit der Begründung verneint, dass nicht noch ein zusätzlicher Erfolg in Form der Beeinflussung des Richters, gar die Abgabe eines auf der Aussage beruhenden falschen Urteils notwendig sei.[88] Notwendig für einen engen Erfolgsbegriff i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB und eine Einordnung als Erfolgsdelikt i. S. d. allgemeinen Deliktstypenlehre sind aber nicht mehrere oder bestimmte Erfolge, sondern lediglich *ein* Außenweltserfolg, der sich dem Tatbestand entnehmen und sich von der Handlung trennen lässt. Ein solcher liegt – wie schon angedeutet – auch

Kausalität, S. 3. Vgl. auch zur Kritik an der Kategorie der Tätigkeitsdelikte *Rotsch*, Einheitstäterschaft, S. 209 ff., 432 ff.; *Rotsch*, ZIS 2014, 579, 583 ff.; *Walter*, in: FS-Beulke, S. 327, 329 ff.; *Walter*, Kern des Strafrecht, S. 16 ff.; *Walter*, GA 2001, 131, 141; *Bock*, ZIS 2021, 193, 195; *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 228; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 5 Fn. 25; *Freund/Rostalski*, AT, § 6 Rn. 25.

[83] Vgl. *Steiner*, MDR 1971, 260, 261; weitere Nachweise bei *Hölzel*, Tätigkeitsdelikte, S. 103; zu § 115 öStGB so *Salimi*, JBl 2019, 609, 614.

[84] BGH NStZ 2001, 305, 309; *Hilgendorf*, NJW 1997, 1873, 1876; *Hilgendorf*, ZIS 2010, 208, 211; *Roxin/Greco*, AT I, § 10 Rn. 102; vgl. auch OLG München GRUR-RS 2020, 28646, Rn. 22; anders wohl *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 406 Fn. 44: „Im Normtext hat ein derartiges Zugangserfordernis jedoch keinen Ankerpunkt erfahren, und dies aus gutem Grund, da es mit der Rechtsgutsbeeinträchtigung nichts zu tun hat."; vgl. auch *Ceffinato*, JuS 2020, 495 Fn. 44 mit einer Gegenüberstellung von abstraktem Gefährdungsdelikt und Erfolgsdelikt.

[85] Dazu *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 185 Rn. 16 m. w. N.; *Fuhr*, Äußerung, S. 181 Fn. 36; zur engeren Auffassung vgl. insbesondere *Schramm*, in: FS-Lenckner, S. 539, 560 f.

[86] Stellvertretend *Rengier*, AT, § 10 Rn. 7; *Frister*, AT, § 8 Rn. 16; *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, § 153 Rn. 3.

[87] Es scheint freilich naheliegend, dass die Differenzierung letztlich wieder mit der Einordnung der Beleidigung als Verletzungsdelikt (‚materielle Achse') zusammenhängt, vgl. oben Kap. 6 A. I. 2. b) dd).

[88] Vgl. *Rengier*, AT, § 10 Rn. 7; *Kargl*, in: NK-StGB, Vor § 306 Rn. 13.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bei § 153 StGB in der Wahrnehmung der Aussage durch eine zuständige Stelle.[89] Identisches gilt letztlich für alle Äußerungsdelikte, da sie eine Wahrnehmung des Inhalts erfordern.[90]

(2) Inhaltsverbreitungsdelikte

Deutlich häufiger findet sich eine Einordnung als Tätigkeitsdelikt noch hinsichtlich der Inhaltsverbreitungsdelikte. So ist bspw. Hambel der Auffassung, dass alle Verbreitungsdelikte als Tätigkeitsdelikte einzuordnen sind, weil es ihnen an einem Erfolg im engeren Sinne, verstanden als eine raumzeitlich unterscheidbare Außenwirkung fehle.[91] Hinsichtlich des Strafanwendungsrechts bei § 86a StGB („öffentliches Verwenden") hat der BGH 2014 entschieden, dass selbst ein im Verhältnis zur allgemeinen Deliktstypenlehre weiterer Erfolgsbegriff des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB („Ort der Tat"), der i. E. jedoch auch eine „von der tatbestandsmäßigen Handlung räumlich und/oder zeitlich abtrennbaren Außenweltsveränderung" fordere, nicht festzustellen wäre.[92] Da gerade im Kontext der Internetkommunikation den Tatbestandsvarianten des „öffentlichen Zugänglichmachens" und des „Verbreitens" – wie bereits gezeigt[93] – ein jeweils eigenständiger Anwendungsbereich zukommt, soll differenziert werden:

(a) Öffentliches Zugänglichmachen bzw. öffentliche Begehung

Im Internet macht einen Inhalt zugänglich bzw. begeht eine spezifische Tat öffentlich[94], wer den Inhalt zum Betrachten oder sonstiger Wahrnehmung oder zum Herunterladen bereitstellt[95], kurz: wer die sinnliche Wahrnehmung ermöglicht[96]. Die

[89] So auch *Fuhr*, Äußerung, S. 179 f.; anders *Güntge*, Begehen durch Unterlassen, S. 36 f., der das Vernehmen der Aussage als notwendige Folgeerscheinung des „Aussagens" und für das Unrecht der Tatbestandserfüllung für unerheblich hält.

[90] *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 84 ff. kommt trotz der Voraussetzung der Wahrnehmung als „Zwischenerfolg" zu einer Einordnung als Tätigkeitsdelikt, was eher mit seiner systemkritischen Vitalisierung der Tätigkeitsdelikte als den mit ihnen potenziell einhergehenden dogmatischen Folgen (§ 9 StGB; § 13 StGB) zusammenhängt. Dazu unten Kap. 6 A. I. 3. b) bb) (3). Die gefährliche Drohung nach § 107 Abs. 1 öStGB, die üble Nachrede gem. § 111 Abs. 1 öStGB und Beleidigung gem. § 115 Abs. 1 öStGB als schlichte Tätigkeitsdelikte mit entsprechenden möglichen dogmatischen Folgen auch für die Unterlassungsstrafbarkeit (§ 2 öStGB) einordnend *Fellmann*, Verantwortlichkeit, S. 57 f., 60 ff., gleichwohl S. 122 ff. zu einem weiten Erfolgsbegriff des § 2 öStGB.

[91] *Hambel*, Verlinkung, S. 149.

[92] BGH NStZ 2015, 81, 82; vgl. mit ähnlicher Begründung zum potenziellen Gefährdungsdelikts des § 130 Abs. 3 StGB in Abkehr von der Toeben-Rspr. (BGH NStZ 2001, 305) auch BGH NStZ 2017, 146, 147 sowie hinsichtlich eines Internetsachverhalts OLG Hamm MMR 2019, 53; hinsichtlich des § 106 UrhG OLG München GRUR-RS 2020, 28646, Rn. 16 ff.

[93] Vgl. oben Kap. 5 B. III. 3. a) bb) (3) (a).

[94] §§ 80a, 86a Abs. 1 Nr. 1, 90 Abs. 1, 90a Abs. 1, 90b Abs. 1, 111 Abs. 1, 140 Nr. 2, 166 Abs. 1, Abs. 2 StGB.

[95] *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 24.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tatsächliche Kenntnisnahme ist nicht erforderlich, die Möglichkeit einer solchen genügt für die Zugänglichkeit.[97] Öffentlich ist der Zugang, wenn die Möglichkeit der Wahrnehmung für einen größeren, zahlenmäßig unbestimmten Personenkreis besteht.[98] Gerade weil eine Kenntnisnahme nicht gefordert ist, wird für die insofern identische Tathandlungsvariante des öffentlichen Zugänglichmachens als Unterfall der öffentlichen Wiedergabe i. R. d. § 106 Abs. 1 UrhG vertreten, dass es sich um ein Tätigkeitsdelikt handelt.[99] Es wird hier ähnlich wie bei § 153 StGB vorgegangen: Indem ein bestimmter Außenweltserfolg für die Vollendung nicht vorausgesetzt wird, soll gezeigt werden, dass es keinen von der Handlung trennbaren Außenweltserfolg gibt. Das muss nicht überzeugen.

Das öffentliche Zugänglichmachen im Internet macht hier besonders deutlich, was im tatbestandlichen Programm generell angelegt ist, nämlich die prinzipielle Trennbarkeit von Handlung und Außenweltserfolg: Die Abgabe des Steuerungsbefehls als Handlung lässt sich im Falle des öffentlichen Zugänglichmachens von der Kenntnisnahmemöglichkeit einer unbestimmten Zahl von Personen trennen. Zeitlich wird das besonders deutlich, wenn es infolge einer instabilen Internetverbindung erst verzögert zur Sichtbarkeit der Inhalte innerhalb des Angebots oder gar, wenn es zu einer Vorabkontrolle (etwa im Rahmen eines Freigabevorbehalts) des Inhalts kommt.[100]

Hingst widerspricht dem, indem er behauptet, dass das „Gelangen in den Machtbereich", verbunden mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme, noch im Stadium der Kommunikation stecke und daher kein davon abgrenzbarer Erfolg sei. Ein abgrenzbarer Erfolg liege erst mit tatsächlicher Kenntnisnahme als Abschluss der täterseitigen Kommunikation oder gar erst in der erfolgten Reaktion als Konsequenz der Kenntnisnahme.[101] Dabei setzt Hingst aber den im Tatbestand nicht verankerten Begriff der Kommunikation ein, um Handlung und den zur Vollendung erforderlichen Außenweltserfolg in eins zu setzen. Selbst wenn man die Inbezugnahme au-

[96] *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 269.

[97] BGH NStZ-RR 2014, 47; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 24; a. A. wohl *Fuhr*, Äußerung, S. 183, der nicht nur die Kenntnisnahme durch eine Öffentlichkeit, sondern das Verständnis des Inhalts voraussetzt.

[98] *Ostendorf/Frahm/Doege*, NStZ 2012, 529, 532; *Fahl*, in: SSW-StGB, 5. Aufl., § 111 Rn. 4; *Zimmermann*, in: SSW-StGB, § 111 Rn. 15.

[99] OLG-München GRUR-RS 2020, 28646 Rn. 14 ff.; *Reinbacher*, in: Wandtke/Bullinger, § 106 Rn. 20; *D. Sternberg-Lieben*, in: BeckOK-UrhG, § 106 Rn. 29; a. A. *Kaiser*, in: Erbs/Kohlhaas, § 106 UrhG Rn. 19.

[100] Vgl. zu § 86a Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 (öffentliches Verwenden) in dieser Richtung zur Zeitversetztheit von Handlung und Erfolg *B. Heinrich*, NStZ 2000, 533, 534; *Walter*, in: FS-Beulke, S. 327, 335; *Walter*, NStZ 2022, 718, 720; vgl. auch *Mey*, Straftaten via Internet, S. 78 f., der sich auf die Internetdelikte im Gesamten bezieht und nicht zwischen den Tathandlungsvarianten unterscheidet.

[101] *Hingst*, Kommunikationsdelikte, S. 186; in eine ähnliche Richtung scheint schon *Güntges*, Begehen durch Unterlassen, S. 37 Begründung der Einordnung des § 153 StGB als Tätigkeitsdelikt zu gehen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ßertatbestandlicher Begriffe, wie den der Kommunikation, für zulässig hält, bleiben folgende Fragen: Warum kann die Kommunikation nicht verschiedene Außenweltserfolge durchlaufen (Handlungsakt – Kenntnisnahmemöglichkeit – Kenntnisnahme – Reaktion)?[102] Warum sollte – wie bei § 153 StGB – der tatbestandliche Verzicht auf *bestimmte* Außenweltsveränderungen erkennbare Veränderungen kaschieren können?[103]

(b) Verbreiten (i. e. S.)

In einer BGH-Entscheidung aus dem Jahre 2017 heißt es, dass die §§ 90a Abs. 1 Nr. 1, 130 Abs. 5 S. 2, Abs. 3 StGB (als klassische Inhaltsverbreitungstatbestände) in ihrer Verbreitungsvariante, „keine Erfolgs-, sondern Tätigkeitsdelikte" darstellen.[104] Begründung soll diese These darin finden, dass kein Erfolg i. S. e. tatsächlichen Kenntnisnahme durch einen erweiterten Personenkreis zur Vollendung der Tat notwendig sei; ein Auf-den-Weg-Bringen genüge.[105] Daher soll nach zum Teil vertretener Auffassung ein vollendetes Verbreiten verkörperter Inhalte schon dort möglich sein, wo sie bei der Post aufgegeben, sodann aber abgefangen werden.[106] Wenn dem so wäre und das Verbreiten durch jeden Akt des Auf-den-Weg-Bringens – ungeachtet der Möglichkeit der Kenntnisnahme oder gar der tatsächlichen Kenntnisnahme – verwirklicht würde, dann wäre es tatsächlich die schwieriger zu bewältigende Aufgabe, anhand konstruierter Fälle zu zeigen, dass sich Handlungen und Außenweltserfolge hier noch trennen lassen.[107, 108] Allerdings überzeugt schon eine derartige Auslegung der Verbreitungsvariante nicht, stellt sie doch eine zu weite Vorverlagerung der Strafbarkeit ins Versuchsstadium dar.[109] Sowohl für verkörperte als auch unverkörperte Inhalte ist zu fordern, dass der Inhalt zumindest in den

[102] Diese Aufgliederung nimmt *Hingst*, Kommunikationsdelikte, passim selbst vor.

[103] Zur kritischen Funktion dieser Betrachtung sogleich Kap. 6 A. I. 3. b) bb) (3).

[104] BGH NStZ 2017, 405, 406, wobei die dahinterstehenden Verweise aus der Kommentarliteratur kein Wort zu der Einordnung als Erfolgs- oder Tätigkeitsdelikt verlieren, sondern allein eine Einordnung als abstrakte Gefährdungsdelikte vornehmen.

[105] BGH NStZ 2017, 405, 406; zust. AG Frankfurt a. M. BeckRS 2022, 1600, Rn. 20; ebenso *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 94; *Laufhütte/Kuschel*, in: LK-StGB, § 86 Rn. 19; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 184b Rn. 23: Verbreiten ist Verbreitungstätigkeit; *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, § 6 Rn. 36, 101.

[106] *Laufhütte/Kuschel*, in: LK-StGB, § 86 Rn. 19.

[107] Ausdrücklich den Erfolgsdeliktscharakter in diesem Kontext ablehnend *Laufhütte/Kuschel*, in: LK-StGB, § 86 Rn. 19.

[108] Aussichtslos wäre dieser Versuch jedoch keinesfalls, denn auch das Auf-den-Weg-Bringen kennt einen Akt-Zeitpunkt und den Zeitpunkt, in dem der Handelnde die Kenntnisnahme durch Dritte nicht mehr verhindern kann (vgl. dazu die Formulierung von *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 184b Rn. 23).

[109] *M. Heinrich*, ZJS 2016, 569, 577; *Schumann*, in: NK-Medienstrafrecht, § 140 Nr. 2 Rn. 22, 28.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Machtbereich eines Dritten gelangt.[110] Fordert man deshalb zu Recht den Besitz der den Inhalt verkörpernden Substanz beim Adressaten (bzw. das Ankommen der Datei bei unverkörperten Inhalten), so ist ein von der Handlung trennbarer Außenweltserfolg ohne weitere Schwierigkeiten gefunden.

(3) Konfrontationsdelikte

Ähnlich liegt es beim Konfrontationsdelikt des § 192a StGB, das an das Gelangenlassen anknüpft. Auch hier wird verlangt, dass der Inhalt in den Machtbereich des Adressaten gelangt, sodass sich ein von der Tathandlung zu trennender Außenweltserfolg finden lässt.

(4) Beihilfe als Erfolgsdelikt

Es wurde bereits gezeigt, dass eine Beihilfe zu einem abstrakten Gefährdungsdelikt durch Unterlassen bei Zugrundelegung eines materiell orientierten Erfolgsbegriffs im Kontext von § 13 Abs. 1 StGB nicht angenommen werden kann.[111] Offen bleibt aber vorbehaltlich der später ausführlich zu behandelnden Frage, ob die Nicht-Löschung von Inhalten als Unterlassungstäterschaft zu behandeln ist[112], ob die Beihilfe einen formellen Erfolg aufweist. Diese Frage lässt sich jedoch ohne große Umschweife und unabhängig davon bejahen, ob und in welchem Maße eine Förderkausalität der Beihilfehandlung gefordert wird. Lässt man allein die Förderung der Haupttathandlung genügen, liegt in dieser Förderung bereits der Erfolg. Fordert man hingegen mit der überwiegenden Literatur eine Kausalbeziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttaterfolg[113], ist bei der Beihilfe zu Tätigkeitsdelikten diese Erfolgskausalität fraglich. Dieses Problem löst sich auf, sobald man – wie hier vorgeschlagen – prinzipiell jedem Delikt einen trennbaren Außenweltserfolg zuordnet.[114] Sieht man das anders und hält an der Abgrenzbarkeit von Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten fest, so dürfte sich aber die Haupttathandlung als ein von der Hilfeleistung trennbarer Erfolg behandeln lassen.[115] So oder so: Die Beihilfe lässt sich stets als Erfolgsdelikt betrachten.

---

[110] *Greco*, in: SK-StGB, § 184b Rn. 26; *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 262; enger *Franke*, GA 1984, 452, 470 f.: In-Empfang-Nahme durch mindestens drei Personen; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 63, § 184b Rn. 23; *Paeffgen*, in: NK-StGB, 5. Aufl., § 86 Rn. 32 Fn. 135: sieben Personen; *Paeffgen/Klesczewski*, in: NK-StGB, § 86 Rn. 30: Vielzahl von Personen.

[111] Vgl. oben Kap. 6 A. I. 2. c).

[112] Vgl. unten Kap. 6 D.

[113] Für einen Überblick zum Streitstand vgl. *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 27 Rn. 3 ff.

[114] So auch *Hölzel*, Tätigkeitsdelikte, S. 189.

[115] Vgl. *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 355; i. E. so auch *Jescheck*, in: FS-Tröndle, S. 795, 796.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Ansätze zur ‚Rehabilitierung' der Lehre vom Tätigkeitsdelikte

Nachdem auch am Beispiel ausgewählter Kommunikationsdelikte und der Beihilfe gezeigt wurde, dass sich Handlung und Außenweltserfolg stets – wenn auch in bestimmten Fallkonstellationen deutlicher als in anderen – voneinander abschichten lassen, sollen nun drei mögliche Modifikationen der Abgrenzung von Erfolgs- und Tätigkeitsdelikt vorgestellt werden. Sie könnten zur Rehabilitierung der Lehre vom Tätigkeitsdelikt beitragen und so ggf. einem formell orientierten Erfolgsbegriff i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB zu höherem Einschränkungspotenzial verhelfen.

(1) Systematisierung anhand der konkreten Begehungsweise

Erstens ließe sich erwägen, die Einordnung als Tätigkeitsdelikt nicht von der abstrakten Tatbestandsfassung, sondern von der konkreten Begehungsweise abhängig zu machen.[116] So sei nach Roxin/Greco eine Körperverletzung ein schlichtes Tätigkeitsdelikt, wenn sie durch eine Ohrfeige, jedoch ein Erfolgsdelikt, wenn sie durch einen Steinwurf verwirklicht wird.[117] Ähnliches ließe sich nun für die Kommunikationsdelikte behaupten: Wird die Beleidigung vis-à-vis begangen, wäre sie ein Tätigkeitsdelikt. Wird sie mittels eines beleidigenden Briefes oder Online-Posts begangen, wäre sie ein Erfolgsdelikt. Diesem Ansatz ist jedoch zum einen entgegenzuhalten, dass eine Deliktstypenlehre nur dann einen systematisierenden Erkenntnisgewinn für die Auslegung von einzelnen Strafvorschriften des Besonderen Teils erbringen kann, wenn sie sich auf den abstrakten Tatbestand bezieht. Wird eine einzelfallorientierte Betrachtung vorgeschlagen, so kann auf die Kategorie auch gleich verzichtet werden.[118] Das zeigt besonders gut die primär aus der Einordnung als schlichtes Tätigkeitsdelikt gezogene Konsequenz, dass ein Zurechnungszusammenhang stets bestehe. Dieser Ausschluss von Zurechnungsfragen „kraft Natur der Sache"[119], der ohnehin bei keinem Delikt gelingen kann[120], ist dann ohnehin wieder im Einzelfall zu prüfen.

Zum anderen zeigt das Beispiel der Ohrfeige anschaulich, dass selbst, stellt man auf die konkrete Begehungsweise ab, eine klare Abgrenzung zwischen „Erfolgsstraftat" und „Tätigkeitsstraftat"[121] unmöglich ist. Auch bei der Ohrfeige lassen sich der Verursachungsakt und der außenweltlich erfahrbare Effekt voneinander trennen.

[116] So *Roxin/Greco*, AT I, § 10 Rn. 102 ff.

[117] *Roxin/Greco*, AT I, § 10 Rn. 104.

[118] *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, S. 10; *Walter*, in: FS-Beulke, S. 327, 329; *Walter*, Kern des Strafrechts, S. 16; *Walter*, GA 2001, 131, 133; *Bock*, ZIS 2021, 193, 196; *Fuhr*, Äußerung, S. 178 Fn. 24; *Hölzel*, Tätigkeitsdelikte, S. 40 f.; *Rotsch*, ZIS 2014, 579, 584. Zur ähnlich gelagerten Fragestellung bei Dauerdelikten und der durativen Tatbegehung vgl. Kap. 6 B. II. 1.

[119] So *Bock*, ZIS 2021, 193, 196.

[120] Vgl. nur *Bock*, ZIS 2021, 193, 196.

[121] So die vorzugswürdige Begrifflichkeit aus dem Kontext der Dauerstraftaten. Vgl. unten Kap. 6 B. II. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Steinwurf und Ohrfeige unterscheiden sich ebenso wie die gesprochene von der schriftlichen und postalisch übersandten Beleidigung allein hinsichtlich der Zeitspanne zwischen der Setzung des Verursachungsaktes und dem Eintritt des Effektes. Diese Zeitspanne ist aber graduell messbar und bietet keine Ansatzpunkte für eine rechtssichere Abgrenzung.[122]

(2) Abschichtung minimaler Erfolgssachverhalte von sozialerheblichen oder materiell orientierten Erfolgssachverhalten

Auch der *zweite* Ansatz erkennt zunächst den Befund an, dass jedes Delikt einer Unterscheidung von der Setzung eines Verursachungsaktes und dem Eintritt einer Außenweltsveränderung zugänglich ist, will aber im zweiten Schritt diese ‚minimalen' Erfolgssachverhalte nicht mit einem tatbestandlich relevanten Erfolg gleichsetzen. Zur Frage, wie sich diese ‚besonderen' von den ‚minimalen' Erfolgen abschichten lassen, sind zwei Ansätze zu unterscheiden:

Zum einen wird versucht auf die soziale Erheblichkeit der Außenweltsveränderung als Differenzierungskriterium zurückzugreifen.[123] So schreiben etwa Marauch/Zipf hinsichtlich der eigenhändigen Delikte, die regelmäßig nicht Erfolgs-, sondern schlichte Tätigkeitsdelikte seien: „Der Erfolg ist überwiegend rechtsneutral, der Unwert wird dadurch begründet, daß gerade dem Täter die Vornahme der Handlung untersagt ist."[124] Wenn aber Rechtsneutralität hier als soziale Erheblichkeit gedeutet wird, dann droht man nichts anderem als der Bagatellisierung der §§ 153, 316 StGB als solcher das Wort zu reden.[125, 126] Wenn man mit von Beling danach fragt, ob die Erfolge begrifflich erforderlich sind und so aus dem Bereich der Tötungsdelikte das „Entstehen einer Blutlache auf dem Boden" oder das „Entsetzen der Umstehenden" als Erfolge ausgrenzt[127], dann ist damit aber kaum erklärt, warum das Anrollen (§ 316 StGB) oder Wahrnehmen der Äußerung (§ 153 StGB) außertatbestandlich sein sollen.

---

[122] Vgl. auch *Walter*, in: FS-Beulke, S. 327, 329; *Hölzel*, Tätigkeitsdelikte, S. 41; *Bock*, ZIS 2021, 193, 196; *Rotsch*, ZIS 2014, 579, 585.

[123] Antizipatorisch entwickelt und anschließend abgelehnt von *Walter*, Kern des Strafrechts, S. 19.

[124] *Maurach/Zipf*, AT I, § 21 Rn. 3.

[125] *Bock*, ZIS 2021, 193, 196.

[126] Ein von *Walter*, Kern des Strafrechts, S. 19 entwickeltes, von *Hölzel*, Tätigkeitsdelikte, S. 70 und anschließend von *Bock*, ZIS 2021, 193, 196 übernommenes Gegenargument beruft sich auf die Gegenüberstellung vom Erschleichen von Leistungen gem. § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB und § 316 StGB, die beide zur Vollendung das Anrollen eines Fahrzeugs voraussetzen, wobei aber nur bei ersterem überwiegend von einem Erfolgsdelikt ausgegangen wird. Der zentrale Unterschied beider Tatbestände liegt jedoch darin, dass es bei § 265a Var. 3 StGB um das Anrollen durch andere (den Leistungserbringer) und nicht den Täter selbst geht, womit sich eine Differenzierung vom Anrollen als solchem entfernt.

[127] Der von *Walter*, Kern des Strafrechts, S. 19 antizipatorisch entwickelte Einwand von der Sozialerheblichkeit der Außenweltsveränderung wird von *Hölzel*, Tätigkeitsdelikte, S. 69 mit dieser Aussage von *von Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, S. 204 f. in Verbindung gebracht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zum anderen wendet sich Zieschang gegen die Ablehnung der Kategorie der Tätigkeitsdelikte, weil sie „das jeweils von einer Strafvorschrift geschützte Rechtsgut nicht hinreichend in den Blick [nimmt]“.[128] Wenn aber eine Berücksichtigung des geschützten Rechtsguts letztlich wieder auf eine Parallelführung von abstraktem Gefährdungsdelikt und schlichtem Tätigkeitsdelikt hinausläuft, dann bleibt gerade die Frage, warum nicht auf die Kategorie der Tätigkeitsdelikte verzichtet werden kann.[129] Dass bei Zieschangs Ansatz von der formellen Betrachtung nichts mehr bleiben würde, zeigt sich auch darin, dass er § 306a Abs. 1 StGB als Tätigkeitsdelikt einzuordnen scheint.[130]

Beide Ansätze können letztlich auch keine überzeugenden Konsequenzen für die Auslegung der einzelnen Straftatbestände, insbesondere keinen „Ausschluss von Zurechnungsfragen ‚kraft Natur der Sache‘“[131] oder die Unmöglichkeit des Rücktritts vom beendeten Versuch[132] liefern.[133]

(3) Kritische Funktion der Unterscheidung von Tätigkeits- und Erfolgsdelikten

Dass sich bei jedem Delikt Außenweltsveränderungen von einer Handlung abschichten lassen und daher stets eine Kausalität durchlaufen wird, erkennt auch Oğlakcıoğlu an, will aber dennoch an der Unterscheidung von Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten festhalten.[134] Die Abgrenzung nimmt er anhand der Richtung vor, aus der die Verhaltensnorm begrenzt wird: Während sich das Tätigkeitsdelikt durch seine regelmäßig konkrete Handlungsbeschreibung selbst begrenze, lasse das Erfolgsdelikt einen „Strauß tatbestandsmäßiger Handlungen“ zu und erfahre erst durch den Außenweltserfolg eine Konturierung.[135] Da es an einer Begrenzung durch den Außenweltserfolg bei den schlichten Tätigkeitsdelikten fehle, der Außenweltserfolg dem Handlungsteil also immanent ist, komme es häufig zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit, an deren Grenzen noch straffreie und schon strafbewehrte Handlungen schwer zu unterscheiden seien.[136] Das gelte umso stärker dort, wo die Verhaltensnorm nicht durch eine konkrete Handlungsbeschreibung umrissen wird, sondern wie beim unerlaubten Handeltreiben mit BtM oder Waffen mehrere ganz unterschied-

[128] *Zieschang*, in: NK-StGB, § 316 Rn. 9 Fn. 17.

[129] Vgl. *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, S. 27; *Hölzel*, Tätigkeitsdelikte, S. 47. Diesen Schluss will *Zieschang*, in: NK-StGB, § 316 Rn. 9 Fn. 17 nicht ziehen.

[130] Vgl. erneut *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, § 13 Rn. 6, Fn. 8.

[131] *Bock*, ZIS 2021, 193, 196.

[132] Dazu *Walter*, Kern des Strafrechts, S. 16 ff.

[133] So auch in Bezug auf eine materielle Orientierung des Erfolgsbegriffs *Walter*, NStZ 2022, 718, 720.

[134] *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 341 ff.; *Oğlakcıoğlu*, in: MüKo-StGB, § 29 BtMG Rn. 1582 f.; *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 72 ff.

[135] *Oğlakcıoğlu*, in: MüKo-StGB, § 29 BtMG Rn. 1582.

[136] *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 340 ff.; *Oğlakcıoğlu*, in: MüKo-StGB, § 29 BtMG Rn. 1583: Gefahr der „Entgrenzung“ und Vorboten einer „Entfragmentisierung“ des Strafrechts.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

liche Verhaltensweisen erfasst werden können (sog. multiple Tätigkeitsdelikte).[137] An die Tatbestandsklassifikation als schlichtes (multiples) Tätigkeitsdelikt knüpft Oğlakcıoğlu, anders als die herrschende Auffassung, nicht den „Ausschluss der Zurechnungsfrage kraft Natur der Sache" oder sonstige dogmatische Folgen, sondern vielmehr den Appell an den Rechtsanwender, „dem Tatbestand durch konkretisierende Definitionen (oder durch das Hineinlesen eines Außenweltserfolgs) Konturen zu verleihen."[138]

Diese Umwidmung der Unterscheidung hin zu einer eher kritischen Funktion der Lehre vom Tätigkeitsdelikt ist ein besonders reizvoller *dritter* Ansatz, die Unterscheidung aufrechtzuerhalten. Sie ist bei der Kategorie der Tätigkeitsdelikte i. S. d. überkommenen Auffassung auch noch präziser zugeschnitten aufgehoben als beim Typus der abstrakten Gefährdungsdelikte.[139] Umso mehr bietet die Unterscheidung von konkreten und multiplen Tätigkeitsdelikten hier Vorteile. Dennoch ermöglicht auch diese neuartige Funktionszuschreibung und die Frage nach der Richtung, aus der eine Verhaltensnorm begrenzt wird, keine scharfe Trennung zwischen Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten.[140] Dass diese nach wie vor schwerfällt, fällt dann kaum ins Gewicht, wenn mit ihr ‚nur' ein im Einzelfall ohnehin zu konkretisierender kritischer Appell verfolgt wird. Macht man von ihr aber, so wie Oğlakcıoğlu[141], die An-

[137] *Oğlakcıoğlu*, in: MüKo-StGB, § 29 BtMG Rn. 1583; *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 344; den Begriff des multiplen Tätigkeitsdelikts als Ausgangspunkt für einschränkende Auslegungen übernimmt auch *Dehne-Niemann*, StV 2020, 397 ff.

[138] *Oğlakcıoğlu*, in: MüKo-StGB, § 29 BtMG Rn. 1583; vgl. auch zur Zuordnung von Handlungs- und Erfolgsunrecht anhand der Typisierung *Kargl*, in: NK-StGB, Vor § 306 Rn. 13; *Rönnau*, JuS 2010, 961, 962; *Hohn*, JuS 2008, 494, 495, die jedoch weder dogmatische noch vergleichbar kriminalpolitische Konsequenzen aus der Einteilung ziehen wollen.

[139] Man könnte auch die hier formulierte Forderung eines Verbreitungserfolges über das bloße Auf-den-Weg-Bringen eines Inhalts hinaus (vgl. oben Kap. 5 A. I. 3. b) aa) (2) (b)) als eine Frucht der Oğlakcıoğluschen Unterscheidung und des Aufrufs zur strafbarkeitsbegrenzenden Auslegung betrachten.

[140] Vgl. auch *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 74.

[141] *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 351 ff. sieht jedoch in dem engen formellen Erfolgsbegriff keine praktisch relevanten Einschränkungen und differenziert zur Zurechnungsbegrenzung zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Begehung: Bei der unmittelbaren Begehung könne in aller Regel ohnehin ein aktives Tun angenommen werden (etwa die Nichtkorrektur einer falschen Aussage, § 153 StGB; das Nichtbremsen oder Loslassen des Lenkrads durch den Fahruntüchtigen, § 316 StGB) (*Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 351 f.). Von einer mittelbaren Begehung sei zu sprechen, wenn die Verhinderung einer Straftat durch Dritte unterlassen wird. Dass ein enger Erfolgsbegriff hier keine nennenswerten Auswirkungen habe, lasse sich vor allem mit dem Verantwortungsprinzip bzw. Regressverbot begründen, das zu einer nur zurückhaltenden Annahme einer Garantenpflicht und zur Herabstufung zu einer Gehilfenstrafbarkeit führe (*Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 354 f.). Beide Gesichtspunkte werden im Folgenden ausführlich zu behandeln sein (vgl. unten Kap. 6 C. und Kap. 6 D.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wendbarkeit des § 13 Abs. 1 StGB abhängig[142], so darf auf eine scharfe Abgrenzbarkeit nicht verzichtet werden.

4. Zwischenergebnis: Erfolgsbegriff des § 13 Abs. 1 StGB

Ein weiter Erfolgsbegriff i. R. d. § 13 Abs. 1 StGB, der den Erfolg mit der Tatbestandsverwirklichung gleichsetzt, lässt sich mit dem Wortlaut nicht überzeugend in Einklang bringen. Verengungen sind materiell orientiert denkbar, sodass abstrakte Gefährdungs- bzw. Gefährlichkeitsdelikte aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen werden. Ein materieller Erfolgsbegriff, der die überwiegende Zahl der auch innerhalb von sozialen Netzwerken begangenen Inhaltsverbreitungsdelikte ausschließen würde, lässt sich, wie gezeigt, jedoch kaum begründen. Da die Inhaltsverbreitungsdelikte vielfach der Kategorie der sog. Tätigkeitsdelikte zugeordnet werden, könnte auch der engere, formell orientierte Erfolgsbegriff zu einer Straflosigkeit der unterlassenen Löschung führen. Es wurde jedoch gezeigt, dass eine Einordnung der Kommunikationsdelikte als sog. Tätigkeitsdelikt ebenso wenig überzeugt, wie die Abgrenzung von Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten dogmatisch unergiebig und praktisch kaum durchführbar ist. Daher kommt der formell orientierte Erfolgsbegriff praktisch zu den gleichen Ergebnissen wie der weite Erfolgsbegriff, lässt sich aber im Gegensatz zu diesem mit dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB vereinbaren.[143] Anders: Die mit dem weiten Erfolgsbegriff vorgenommene ‚Verbiegung' verliert ihre Notwendigkeit.[144] Alle – auch die in sozialen Netzwerken typischerweise begangenen Kommunikationsdelikte – sind nicht prinzipiell aufgrund des von § 13 Abs. 1 StGB vorausgesetzten Erfolges vom Anwendungsbereich des unechten Unterlassens ausgeschlossen.

II. Die Entsprechungsklausel

Es wurde bereits eingangs der vorstehenden Ausführungen darauf hingewiesen, dass da, wo ein weiter Erfolgsbegriff zugrunde gelegt wird, Restriktionen bei sog. Tätigkeitsdelikten sodann auf Ebene der Entsprechungsklausel gesucht werden. Darauf ist nun zurückzukommen, da wir den formellen Erfolgsbegriff praktisch einem weiten Erfolgsbegriff angenähert haben. Doch, wann „das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes der Verwirklichung durch ein Tun entspricht", darüber herrscht bis heute kaum Einigkeit. Die in der Gesetzesbe-

[142] Gleiches gilt auch, wenn man andere dogmatisch zwingende Schlüsse aus der Klassifizierung zieht. Vgl. erneut *Walter*, in: FS-Beulke, S. 327, 333 ff.

[143] I. E. ebenso *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 15, der letztlich § 13 Abs. 1 StGB auf „alles, was abgewendet werden kann" (*Jakobs*, AT, 29/2) anwenden will. *Güntge*, Begehen durch Unterlassen, S. 31 sieht in der hier vertretenen Auffassung eine zweite Variante eines weiten Erfolgsbegriffs.

[144] Vgl. *Bock*, ZIS 2021, 193, 197.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gründung[145] angeregte „Gesamtbetrachtung"[146] einer Unrechts-Entsprechung[147] des Unterlassens entwertet nicht nur die Funktion sonstiger Tatbestandsvoraussetzungen, insbesondere die Garantenstellung[148], sondern gerät in starken Konflikt mit der gebotenen Rechtssicherheit.[149] Ebenso wenig überzeugt es, eine komplette Funktionslosigkeit der Entsprechungsklausel zu konstatieren[150], ist das doch kaum mit dem Wortlaut zu vereinbaren (Art. 103 Abs. 2 GG) und die Garantenstellung aufgrund ihrer Ausrichtung auf das Erfolgsunrecht kein hinreichendes Gleichstellungsmerkmal.[151] Die herrschende Auffassung versteht die Entsprechungsklausel dementsprechend im Sinne einer Modalitätenäquivalenz und schreibt ihr eine eigenständige Bedeutung nur bei solchen Delikten zu, die keine reinen Erfolgsdelikte sind.[152] Setzt ein Tatbestand die irgendwie geartete Herbeiführung eines Erfolges voraus, kommt es auf die Modalität der Herbeiführung also nicht an; die Entsprechungsklausel bleibt ohne Funktion. Die Entsprechung wird hier schon durch die auf die Abwendung des Erfolges gerichtete Garantenstellung (Bewirkensäquivalenz[153]) sichergestellt.[154]

Da, wo das Handlungsunrecht durch das tatbestandliche Programm aber weiter konturiert wird, der Gesetzgeber also für die Strafbarkeit eine bestimmte Modalität der Erfolgsherbeiführung vorsieht, ist eine Entsprechung zu überprüfen. Gegenstand dieser Überprüfung im Einzelfalle müssen daher unrechtsbildende Umstände sein, die außerhalb des Erfolges liegen. Dass daher Tatbestände, die von der überkommenen Auffassung als sog. Tätigkeitsdelikte eingestuft werden, hier einer kritischen Begutachtung hinsichtlich einer Entsprechung des sozialen Sinngehalts des Unterlassens[155] bedürfen, liegt nahe.[156] Steiner will die These, dass Tätigkeitsdelikte nicht durch Unterlassen zu begehen seien, sogar primär auf die Entsprechungsklausel stützen.[157] Es soll daher im Folgenden für die Kommunikationsdelikte die Bedeutung

[145] E 1962, S. 125.

[146] Nachweise aus der Rspr. bei *Satzger*, JURA 2011, 749, 752 Fn. 28.

[147] Eine vollständige Gleichwertigkeit dürfte schon in Ansehung der fakultativen Strafmilderung gem. § 13 Abs. 2 StGB nicht zu fordern sein.

[148] Vgl. in diesem Zusammenhang *Roxin*, in: FS-Lüderssen, S. 577, 580; *Roxin*, AT II, § 32 Rn. 228; *Satzger*, JURA 2011, 749, 751.

[149] *Roxin*, in: FS-Lüderssen, S. 577, 578 ff. (m. w. N. zur Gesamtbetrachtungslehre in Fn. 17); *Roxin*, AT II, § 32 Rn. 224 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 59 V.; *Nitze*, Entsprechungsklausel, S. 31 f.

[150] So aber *Nitze*, Entsprechungsklausel, S. 88 ff.

[151] *Satzger*, JURA 2011, 749, 752.

[152] Vgl. statt vieler m. w. N. *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 4.

[153] *Kühl*, JuS 2007, 497, 498.

[154] *Gaede*, in: NK-StGB, § 13 Rn. 19.

[155] *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 4; *Kühl*, JuS 2007, 497, 498; *Tenckhoff*, in: FS-Spendel, S. 347, 353 ff.

[156] Vgl. erneut *Jakobs*, AT, 29/2.

[157] *Steiner*, MDR 1971, 260, 261; mit Kritik bei *Hölzel*, Tätigkeitsdelikte, S. 160 ff.; *Tenckhoff*, in: FS-Spendel, S. 347, 353 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Entsprechungsklausel als „Notausstieg“[158] aus der Prüfung der Unterlassensstrafbarkeit untersucht werden. Auch hier sollen die Ausführungen grob hinsichtlich der Inhaltsverbreitungsdelikte (1.) und der persönlichen Äußerungsdelikte (2.) untergliedert werden.

1. Inhaltsverbreitungsdelikte

Innerhalb der Inhaltsverbreitungsdelikte dürfte wiederum zwischen den Tatvarianten des Verbreitens und des öffentlich Zugänglichmachens zu unterscheiden sein. Es wurde bereits gezeigt, dass auch die Verbreitensvariante einen Außenweltserfolg, nämlich das Gelangen in den Machtbereich mindestens einer adressierten Person, voraussetzt, sei es durch die Gewahrsamsbegründung von verkörperten Inhalten oder das Ankommen der Datei bei nicht-verkörperten Inhalten.[159] Das Ankommen der Datei könnte indessen auch prinzipiell durch eine unterlassene Löschung des Inhalts nach Kenntnisnahme bewirkt werden. Es mag deshalb auf den ersten Blick verwundern, dass sich bei den vereinzelten Literaturstimmen, die sich zum Verbreiten durch Unterlassen äußern, eine Differenzierung findet: Werden bereits im Umlauf befindliche Schriften nicht aus dem Verkehr gezogen, könne darin kein Verbreiten durch Unterlassen gesehen werden.[160] Verhindert hingegen der Garant nicht, dass ein Inhalt seinen Machtbereich verlässt, so sei ein Unterlassensverbreiten denkbar.[161] Eine Begründung der unterschiedlichen Behandlung beider Konstellationen ließe sich nun an zwei unterschiedlichen Stellen suchen:

Zunächst wäre eine Unterscheidung anhand der Frage, ob ein Erfolg noch abgewendet werden kann, wenn er bereits eingetreten ist, denkbar. M. Heinrich erklärt, dass ein Verbreitungstatbestand schließlich kein Dauerdelikt sei, „das durch Aufrechterhaltung bzw. Nicht-Beendigung des Zirkulierens der Schrift gewissermaßen ständig von neuem verwirklicht würde.“[162] Diesem Aspekt wenden wir uns im nächsten Kapitel ausgiebig zu. Vorab aber soviel: Wenn man auf Grundlage eines engeren, formell orientierten Erfolgsbegriffs im Kontext von § 13 Abs. 1 StGB jeden vom Handlungsakt trennbaren Außenweltserfolg anerkennt und weiter davon ausgeht, dass auch das Weiterbestehen bzw. Aktualisieren eines Erfolgssachverhaltes solange für eine unechte Unterlassensstrafbarkeit ausreichen muss, wie materielle Gründe dem nicht entgegenstehen, dann lässt sich die Unterscheidung dort kaum noch rechtfertigen.[163]

---

[158] *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 77.

[159] Vgl. oben Kap. 5 B. III. 3. a) bb) (3) (a) sowie Kap. 6 A. I. 3. b) aa) (2) (b).

[160] *M. Heinrich*, ZJS 2016, 569, 577; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 184b Rn. 23; *Papathanasiou*, in: NK-StGB, § 184b Rn. 23.

[161] *Papathanasiou*, in: NK-StGB, § 184b Rn. 23; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 184b Rn. 23.

[162] *M. Heinrich*, ZJS 2016, 569, 577 f.

[163] Ausführlich dazu unter Kap. 6 B.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vielversprechender dürfte eine Unterscheidung der Fälle anhand der Modalitätenäquivalenz sein. Es wurde bereits früher die Verhaltensgebundenheit des Bewirkens eines Verbreitungserfolges betont und anhand dessen die unterschiedlichen Anwendungsbereiche des Verbreitens i. e. S. und des Zugänglichmachens konturiert: Das Verbreiten i. e. S. setzt ein Auf-den-Weg-Bringen des Inhalts voraus. An einem vergleichbaren Bewirken fehlt es, wenn von Dritten auf den Weg gebrachte Inhalte nicht gelöscht bzw. ihr weiteres Zirkulieren nicht verhindert wird.[164] Es lässt sich aber bezweifeln, dass dem aktiven Auf-den-Weg-Bringen ein qualitativ anderes Unrecht als dem Zugänglichmachen zukommt, bei dem sich Dritte auf das Inhaltsobjekt ‚zubewegen'.[165] Schließlich ist das Zugänglichmachen dem Verbreiten i. e. S. – auch nach der Reform des strafrechtlichen Schriftenbegriffs – tatbestandlich zur Seite gestellt. Jetzt mag man einwenden, dass doch an oberer Stelle das Gefüge von Verbreiten i. e. S. und Zugänglichmachen auf eine Weise dargestellt wurde, die eigene Anwendungsbereiche hervorzuheben versucht.[166] Diese Unterschiede betreffen aber vor allem den Fall der Kettenverbreitung, der nicht durch das öffentliche Zugänglichmachen abgebildet werden kann. Die (vermeintlich) geringeren Anforderungen an die Kettenverbreitung im Hinblick auf den Erfolgssachverhalt (potenzielle Kenntnisnahme nur einer bzw. weniger Personen gegenüber der potenziellen Kenntnisnahme einer unbestimmten Zahl von Personen) werden dabei aber nicht primär durch ein erhöhtes Handlungsunrecht durch den Push- gegenüber dem Pull-Vorgang ausgeglichen, sondern bereits durch das Erfordernis der Weiterverbreitungsfähigkeit. Die Modalitätenäquivalenz ist daher (auch) nicht der richtige Ort, um eine Einschränkung der Verbreitung (i. e. S.) durch Unterlassen zu begründen. Selbst wenn man das anders sehen wollte, bliebe es praktisch dennoch bei der Möglichkeit, auf die Tatvariante des Zugänglichmachens abzustellen, das im Unterlassen zu einem Zugänglich-Halten wird.[167]

2. Persönliche Äußerungsdelikte (insbesondere Beleidigung)

Auch für die zweite in dieser Untersuchung immer wieder gesondert betrachtete Deliktsgruppe der persönlichen Äußerungsdelikte könnte die Entsprechungsklausel Wirkung entfalten. So wird für die Beleidigung zum Teil angenommen, dass sie aufgrund fehlender Modalitätenäquivalenz nicht durch Unterlassen verwirklicht werden könne. In der Literatur lassen sich dabei vor allem zwei Fallkonstellationen finden, an denen diese Frage virulent wird:

---

[164] In diese Richtung deutet auch die Erklärung von *Papathanasiou*, in: NK-StGB, § 184b Rn. 23; anders die Gleichsetzung von öffentlichem Zugänglichmachen und dem Verbreiten i. e. S. hinsichtlich der Verhaltensungebundenheit *M. Popp*, Verantwortung, S. 155.

[165] Von einem lediglich quantitativen und für die Sanktionsstärke relevanten Unterschied spricht *Mitsch*, in: Handbuch Strafrecht, § 62 Rn. 46.

[166] Vgl. oben Kap. 5 B. III. 3. a) bb) (3) (a).

[167] Zu Besonderheiten des Verlinkens oder Teilens Kap. 5 B. III. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zum einen – insofern für die Beleidigung spezifisch – beim konkludenten Äußern der Missachtung durch das Weglassen der Anrede, Nichtgrüßen, Wegsehen oder Verweigern des Handschlags.[168] Stets geht hier aber schon die Einordnung als Unterlassung fehl, geht es doch bei genauer Betrachtung (wenn überhaupt) um eine konkludente (aktive) Kundgabe der Missachtung.[169] Deutlich wird das nicht zuletzt daran, dass nach der klassischen conditio-sine-qua-non-Formel ein Wegdenken des Täters, anders als sonst beim Unterlassen, schon zu einem Entfallen des Erfolges führt.[170]

Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen manifestierte Äußerungen wahrgenommen werden; hier lässt sich die Diskussion deutlicher auf andere persönliche Äußerungsdelikte übertragen, weil nicht das Bestehen einer Äußerung als solcher diskutiert wird. Es ließe sich wiederum unterscheiden zwischen Zwei- und Drei-Personen-Konstellationen:

In der ersten Fallgruppe ließe sich, angelehnt an den Beleidigungsbrief-Fall[171], das Beispiel bilden, dass ein beleidigender (§ 185 StGB) oder bedrohender (§ 241 StGB) Brief durch A verfasst wird, dieser sich aber, bevor er ihn an den provozierenden Nachbarn abschicken will, noch überlegt, ob er nicht versöhnlich auf ihn zugehen möchte. Gibt nun der Assistent des A den Brief in die Post und der Nachbar nimmt ihn wahr, ergibt sich für den Fall, dass A das Abschicken des Briefes nicht zur Kenntnis nimmt, schon mangels Vorsätzlichkeit keine Unterlassensstrafbarkeit. Schaut er dem Assistenten dabei zu und hält ihn trotz Möglichkeit nicht ab, so ergeben sich auch keine Zweifel an der Modalitätenäquivalenz.[172]

In Drei-Personen-Konstellationen hingegen, denen auch die uns im medienstrafrechtlichen Kontext interessierenden Fälle regelmäßig entsprechen, geht es sodann um die Nicht-Verhinderung des Zugangs von rechtswidrigen Drittäußerungen. Die Garantenpflicht einmal unterstellt, kann es bei Einschränkungen durch die Modalitätenäquivalenz nicht um den Erfolgssachverhalt der Kenntnisnahme oder Kenntnisnahmemöglichkeit gehen; sie gehören in den Bereich der Bewirkensäquivalenz. Was übrig bleibt, ist die Besonderheit der persönlichen Äußerungsdelikte, nämlich die spezielle Verbindung mit dem Äußerungssubjekt, die eine Ausnahme

[168] M. w. N. *Fuhr*, Äußerung, S. 189 Fn. 65, 66.

[169] *Roxin*, in: FS-Lüderssen, S. 577, 583; *Nitze*, Entsprechungsklausel, S. 178; *Fuhr*, Äußerung, S. 221: „(schlüssige) aktive Äußerung trotz körperlichen Nichtstuns bzw. nur geringer Entfaltung körperlicher Energie"; *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 35; *Sinn*, in: SSW-StGB, § 185 Rn. 22; *Rogall*, in: SK-StGB, § 185 Rn. 17; differenzierend *Herzberg*, Garantenprinzip, S. 84 f.

[170] *Güntge*, Begehen durch Unterlassen, S. 94 f., der daraus jedoch kein aktives Tun ableiten will, weil das vorwerfbare Verhalten des Täters noch immer in einem Nichttun liegt (stattdessen: „konkludentes Unterlassen").

[171] Vgl. dazu bereits oben Kap. 5 B. III. 2.

[172] Statt vieler *Sinn*, in: SSW-StGB, § 185 Rn. 23; *Rogall*, in: SK-StGB, § 185 Rn. 17; vgl. auch *Fuhr*, Äußerung, S. 222, der richtigerweise die Kritik von *Nitze*, Entsprechungsklausel, S. 179 widerlegt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

von Tatherrschaftskriterien schon beim Begehungsdelikt begründet hat.[173] Wenn nun aber die Rede davon ist, dass eine Nichthinderung der Kundgabe manifestierter Äußerungen Dritter keine Strafbarkeit der Beleidigung durch Unterlassen zur Folge haben kann[174], dann verbindet sich die Frage nach der Modalitätenäquivalenz[175] mit dem Täterschaftskriterium des Sich-Zueigenmachens, das wir aus der Begehungsstrafbarkeit kennen[176]. Um eine Parallelität zur Begehungsstrafbarkeit herzustellen, wird auf die damit verbundene Frage im Rahmen der Beteiligungsform eingegangen.[177]

B. Erfolgsverhinderung nach Erfolgseintritt und die Teilnahmefähigkeit nach Vollendung

Es soll sich die deliktsspezifische Frage anschließen, inwiefern es einer Unterlassensstrafbarkeit der Anbieter entgegensteht, wenn die Tat durch den Nutzer bereits zuvor vollendet wurde. Diese Besonderheit ist in Abhängigkeit von der Beantwortung der Beteiligungsformfrage (D.) an zwei verschiedenen dogmatischen Stellen relevant:

Zum einen: Geht man von einer Beihilfe durch Unterlassen aus, stellt sich die Frage, ob die Haupttat des Nutzers überhaupt noch teilnahmefähig ist. Die Staatsanwaltschaft München I sah von weiteren Ermittlungen gegen den Facebook-Konzern wegen der Beihilfe zu zahlreichen Delikten (§§ 86, 86a, 111, 130, 131 StGB) u. a. gem. § 152 Abs. 2 StPO ab, weil das jeweilige Delikt mit der Einstellung des betreffenden Posts bereits beendet gewesen und daher schon nicht weiter teilnahmefähig sei.[178] In einer anderen Richtung deutet es sich beim OLG Stuttgart an, wenn

[173] Vgl. dazu oben Kap. 5 B. III. 2.

[174] *Güntge*, Begehen durch Unterlassen, S. 146.

[175] In dem Kontext ablehnend *Güntge*, Begehen durch Unterlassen, S. 146.

[176] Ein Sich-Zueigenmachen nicht für möglich haltend *Fuhr*, Äußerung, S. 224; wohl ebenso *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 406; *Schünemann*, Grund und Grenzen, S. 369; *Herzberg*, Garantenprinzip, S. 87; *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 185 Rn. 12; *Hilgendorf*, in: LK-StGB, § 185 Rn. 27; *Sinn*, in: SSW-StGB, § 185 Rn. 23; *Rogall*, in: SK-StGB, § 185 Rn. 17; anders wohl *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 36; vgl. auch *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 86, der im Hausfassaden-Fall (dazu unter Kap. 6 C. II. 1. c) bb) (1)) ein Sich-Zueigenmachen wohl für möglich hält.

[177] Vgl. unten Kap. 6 D. II.

[178] Staatsanwaltschaft München I, Pressemitteilung 04 vom 26.02.18 (abrufbar unter https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/staatsanwaltschaft/muenchen-1/presse/2018/04.php) (letzter Abruf am 10. 5. 2024); *Hilgendorf/Kusche/Valrius*, § 2 Rn. 145 scheinen aufgrund dieses Aspekts, die Frage nach der Garantenpflicht in vielen Konstellationen offenlassen zu wollen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

im Altermedia-Fall eine teilnahmefähige Nachphase nach Vollendung des öffentlichen Zugänglichmachens unterstellt wird.[179]

Zum anderen: Geht man von einer Unterlassungstäterschaft aus, ist die Erfolgsabwendungspflicht zu problematisieren. Hier findet nun der zweite Einwand von Ceffinato Platz, der eine Erfolgsabwendungspflicht (auch) deshalb verneinen will, weil „die potenzielle Beeinträchtigung des Rechtsguts mit der Äußerung bereits unkontrollierbar in der Welt ist" und „sich zum Zeitpunkt der Äußerung die Gefahr für das geschützte Rechtsgut bereits realisiert [hat]."[180] Breitere Aufmerksamkeit hat das Problem der ‚Unmöglichkeit der Erfolgsabwendung' bislang vor allem im Kontext des Abfallstrafrechts erlangt. Ebenso wie Ceffinato in Bezug auf die Kommunikationsdelikte ist im Kontext des § 326 Abs. 1 StGB Clausen der Auffassung, dass eine Erfolgsabwendungspflicht ins Leere laufe, wenn die Abfälle bereits abgelagert seien und die abstrakte Gefahr damit „in der Welt sei".[181] Dass es sich bei der Ablagerung durch Unterlassen gem. § 326 Abs. 1 Var. 6 StGB um das einzig diskutierte, in der Praxis relevante Referenzbeispiel zu unserem Fall handelt, verwundert kaum, führt man sich die eingangs des 6. Kapitels aufgezeigte Ähnlichkeit von abfall- und medienstrafrechtlicher Altlasten-Fälle vor Augen.

Im Folgenden soll zunächst eine Feststellung des Vollendungszeitpunktes der Kommunikationsdelikte vorgenommen werden, um deliktsspezifisch den innerhalb des Problemfeldes liegenden Bereich genauer abzustecken (I.). Anschließend soll die Deliktskategorie der Dauerdelikte einer Revision unterzogen werden, da diese sowohl im Hinblick auf § 13 Abs. 1 StGB als auch auf die Teilnahmefähigkeit prototypisch eine Strafbarkeit ermöglichen soll (II.). Sodann ist es nötig, die Erfordernisse der §§ 13 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB in diesem Zusammenhang genauer vergleichend auszuleuchten, um die Mindestanforderungen für eine Zurechnung auch jenseits der Dauerdeliktseigenschaft herauszuarbeiten (III.). Zuletzt sind die Kommunikationsdelikte anhand der gefundenen Kriterien zu durchmustern (IV.).

I. Die Vollendung von Kommunikationsdelikten

1. Delikte, die eine Kenntnisnahme erfordern

Zunächst sind solche Delikte in den Blick zu nehmen, die eine Kenntnisnahme durch beliebige oder bestimmte Personen voraussetzen. Zu nennen sind hier insbesondere die §§ 185 ff., 241 StGB.

[179] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris, Rn. 1689 f. (Altermedia), wenngleich es hier um eine Beihilfe des einen Angeklagten zum öffentlichen Zugänglichmachen von Inhalten durch andere Betreiber geht. Zu den Zweifeln an der täterschaftlichen Begehung der Inhaltsverbreitungsdelikte durch die Betreiber, wenn die Inhalte durch Dritte hochgeladen werden vgl. oben Kap. 5 B. III. 1.

[180] Vgl. erneut *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 406.

[181] Zu Clausens Auffassung eingehend unter Kap. 6 B. IV. 4. a).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

a) Generelles

Die Vollendung des § 185 StGB setzt die Kenntnisnahme durch das Opfer oder beliebige Dritte voraus. Die §§ 186 f. StGB fordern hingegen eine Kenntnisnahme durch Dritte.[182] Die Vollendung der Bedrohung gem. § 241 StGB setzt voraus, dass die tatbestandliche Äußerung dem Opfer zur Kenntnis gelangt und dieses den Sinn der Mitteilung verstanden hat.[183] Unerheblich bleibt, ob sich eine Störung des subjektiven Rechtsfriedens[184] bzw. nach hier befürworteter – im Ergebnis nur leicht abweichender – Konzeption ein über das Opfer vermittelter Eingriff in dessen Handlungsfreiheit[185] tatsächlich einstellt.[186]

Im Vergleich zu den Ehrschutzdelikten dürfte die Bedrohung häufig die ausgedehnteste Phase vor Vollendung aufweisen, in der eine Moderationsentscheidung vorliegen kann.[187] Den Adressaten zu erreichen, dürfte nämlich in aller Regel länger dauern als bis zu einer Kenntnisnahme durch beliebige Dritte. Gleichwohl sind auch hinsichtlich der Ehrschutzdelikte Konstellationen denkbar, in denen die Moderationsentscheidung in einem Zeitpunkt vor Kenntnisnahme auch dritter Nutzer stattfindet. Das wäre immer dann der Fall, wenn etwa Anbieter zweiter Ordnung von einem Freigabevorbehalt oder Anbieter erster Ordnung von technisch vorselektierenden Upload-Filtern Gebrauch machen.

---

[182] Dass auch für die Tatbestandalternative des Verbreitens nicht mehr als die Kenntnisnahme eines Dritten gefordert wird, ergibt sich dabei aus dem Qualifikationstatbestand. Vgl. *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 186 Rn. 8; *Valerius*, in: BeckOK-StGB, § 186 Rn. 16.

[183] Vgl. *Kim*, KriPoZ 2022, 106, 107.

[184] Vgl. für die h. M. nur *Wolters*, in: SK-StGB, § 241 Rn. 1.

[185] Vgl. *Klesczewski*, BT, § 5 Rn. 51, der auf die Willensbildungsfreiheit des Opfers abstellt und auf den psychisch vermittelten Zwang aus Gründen des Selbstschutzes eine Veränderung des Selbstkonzeptes durchzuführen, also bestimmte Schutzmaßnahmen zu ergreifen oder Handlungen zu unterlassen. Das Gefühl individueller Rechtssicherheit hat damit große Überschneidungen, scheint jedoch weitergehend; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT I, § 16 Rn. 2. Kombinierend *Hellmann*, in: Krey/Hellmann/Heinrich, Rn. 479; ähnlich *Schluckebier/Werner*, in: SSW-StGB, § 241 Rn. 1.

[186] Vgl. *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, § 241 Rn. 10; *Sinn*, in: MüKo-StGB, § 241 Rn. 21 f.

[187] Zu prüfen ist ohnehin, ob etwa innerhalb eines Angebots überhaupt mit einer Kenntnisnahme durch das Opfer zu rechnen ist und ob ein entsprechender Vorsatz vorliegt. Innerhalb von Angeboten erster Ordnung dürfte es insofern nicht darauf ankommen, dass der sich äußernde Nutzer das Opfer technisch derart adressiert, dass unbedingt mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist (bspw. innerhalb der Pinnwand des Opfers oder mittels @-Funktion). Es dürfte insofern schon ausreichen, dass mit einer entsprechenden Verbreitung zu rechnen ist. Schwieriger dürfte es innerhalb geschlossener und geheimer Gruppen liegen, in denen das Opfer nicht Mitglied ist. Vgl. dazu auch *Kim*, KriPoZ 2022, 106, 107, der zudem darauf hinweist, dass in Social-Media-Gruppen regelmäßig die Ernstlichkeit der Drohung in Zweifel zu ziehen ist.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Exkurs: Die Kenntnisnahme des Moderators bei der Beleidigung

Daraus folgt für die Beleidigung die Sonderfrage, ob die Tat vollendet ist, wenn der Moderator als erstes von dem Inhalt Kenntnis nimmt.[188] Dagegen wird anlässlich des bereits erwähnten Beleidigungsbrief-Falls vorgetragen, dass Beteiligte, gleich ob Mittäter oder Teilnehmer, nach außen einheitlich mit dem Täter auftreten und daher aus dem Kreis vollendungstauglicher Empfänger auszuscheiden haben.[189] Eine solche, auf eine ex post-Bewertung angewiesene Auffassung scheint schon deshalb problematisch, weil eine Vollendungsstrafbarkeit durch Kenntnisnahme des Moderators von dessen Moderationsentscheidung abhinge und im Zeitraum bis zur Entscheidung ungeklärt bliebe.[190]

Auf den ersten Blick könnte man versucht sein, dieses Problem damit zu verdecken, dass ex post in jedem Falle eine Strafbarkeit des sich Äußernden bestehe: Löscht der Moderator, so leistet er keine Beihilfe und ist vollendungstauglicher Empfänger. Löscht er den Inhalt nicht, bleibt jedenfalls die anschließende Kenntnisnahme durch Dritte, zu der der Moderator Hilfe leisten könnte[191]. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, wie Fuhr anhand des Beleidigungsbrief-Falls demonstriert, ein unauflösbarer Zirkel, will man den Bezugspunkt der Beihilfe zu jedem Zeitpunkt klar halten[192]: Wird der Beitrag nicht gelöscht und es kommt zu mindestens einer weiteren Kenntnisnahme, so ist der Moderator – die Teilnahmefähigkeit der Beleidigung nach Vollendung abstrakt unterstellt – als sukzessiver Gehilfe zu qualifizieren und eine Beleidigungsvollendung durch seine Kenntnisnahme scheidet aus. Durch den Entfall seiner Vollendungstauglichkeit ist seine Beihilfe wiederum nicht mehr als sukzessiv einzuordnen. Noch deutlicher wird dieses Problem, wenn man eine Beihilfe zur Beleidigung nach Vollendung für nicht konstruierbar hielte. Denn dann lässt sich nicht mehr damit argumentieren, dass in jedem Falle eine Beihilfe vorliegt: Wird der Inhalt nicht gelöscht, kommt eine Beihilfe nur in Betracht, wenn die Tat noch nicht vollendet ist. Noch nicht vollendet ist sie, wenn der Moderator kein vollendungstauglicher Rezipient ist. Das ist er dann nicht, wenn eine Beihilfe möglich ist. Aufgrund dieses in der ex post-Betrachtung nicht aufzulösenden Problems ist eine streng chronologische Bewertung zumindest dann vorzunehmen, wenn der Inhalt vor Kenntnisnahme des Moderators fertiggestellt wurde und den Herr-

[188] Dass es dem sich Äußernden regelmäßig gerade nicht darauf ankommt, den Inhalt zur Kenntnis eines Moderators zu bringen, hindert eine Tatvollendung mangels entsprechenden Vorsatzes nicht prinzipiell. Der Kundgabevorsatz ist gerade nicht individualisiert, und es genügt, dass überhaupt eine Kundgabe vom Vorsatz umfasst ist, vgl. *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 41; *Zaczyk*, in: NK-StGB, 5. Aufl., § 186 Rn. 21. Schwieriger liegt es nur, wenn der Täter eine Beleidigung im Direkt-, nicht im Drittverhältnis bezweckt, vgl. *Zaczyk*, in: NK-StGB, 5. Aufl., § 185 Rn. 16. Eine solche Konstellation scheint aber bei (teil-)öffentlicher Begehung innerhalb des sozialen Netzwerks kaum realistisch.

[189] *Kern*, Äusserungsdelikte, S. 50.

[190] So *Fuhr*, Äußerung, S. 113 ff.

[191] Zur Beteiligungsformfrage bei persönlichen Äußerungsdelikten vgl. unten Kap. 6 D.II.

[192] *Fuhr*, Äußerung, S. 113 Fn. 39.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schaftsbereich des Täters verlässt.[193] Im Moment der Kenntnisnahme durch den Moderator ist dieser daher gerade noch kein Gehilfe und deshalb vollendungstauglicher Adressat. Erst durch seine negative Moderationsentscheidung nimmt er, sofern man eine sukzessive Beihilfe für möglich hält, teil.

Kurzum: Die Kenntnisnahme eines den §§ 185 ff. StGB unterfallenden Inhalts durch einen Moderator genügt aufgrund einer vorzugswürdigen, streng chronologischen Betrachtung zur Vollendung des Delikts.

2. Delikte, die eine öffentliche Kenntnisnahmemöglichkeit erfordern

a) Generelles

Für die Inhaltsverbreitungsdelikte, die an das öffentliche Zugänglichmachen[194] anknüpfen, liegt das Erfolgselement des Zugänglichmachens in der sinnlichen Wahrnehmbarkeit des Inhalts.[195] Öffentlich ist der Zugang, wenn die Möglichkeit der Wahrnehmung für einen größeren, zahlenmäßig unbestimmten und individuell nicht bestimmten Personenkreis besteht.[196] Eine Öffentlichkeit ist nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass soziale Netzwerke häufig eine Zugangsbeschränkung auf registrierte Nutzer vornehmen, da eine unbestimmte Anzahl von Personen in der Lage ist, eine Zugangsberechtigung zu erhalten, sofern sie die von den Netzwerken geforderten Angaben machen.[197] Werden Inhalte innerhalb des gesamten Netzwerks für jeden einsehbar hochgeladen, so dürfte sich daher – ebenso wie auf jeder frei im Internet zugänglichen Website – eine hinreichende Öffentlichkeit bejahen lassen. Hier findet die Moderationsentscheidung regelmäßig nach der Vollendung statt.[198] Die Besonderheiten sozialer Netzwerke lassen uns jedoch einen Blick auf proble-

[193] Unter diesen Voraussetzungen werden solche Äußerungen ausgenommen, die noch in ihrer Gesamtheit im Entstehen sind; vgl. auch *Fuhr*, Äußerung, S. 112, 114 ff.

[194] Zur Relationierung mit der Handlungsmodalität des Verbreitens vgl. oben Kap. 5 B. III. 3. a) bb) (3) (a). Im Hinblick auf die Begehung innerhalb einer Versammlung ist im digitalen Kontext, der kein räumlich-körperliches Zusammentreffen zulässt, mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG Zurückhaltung geboten. So auch *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 3 Rn. 112; *Kim*, KriPoZ 2022, 106, 107; a. A. *Krauß*, in: LK-StGB, § 140 Rn. 18; differenzierend *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 213 ff., der nur digitale Räume synchroner Kommunikation erfasst sehen will.

[195] Vgl. oben Kap. 5 B. III. 3. a) bb) (3) (a) und Kap. 6 A. I. 3. b) aa) (2) (a).

[196] *Ostendorf/Frahm/Doege*, NStZ 2012, 529, 532; *Derksen*, NJW 1997, 1878, 1882.

[197] Vgl. *Ostendorf/Frahm/Doege*, NStZ 2012, 529, 532; *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 37; s. auch *B. Heinrich*, in: FS-Heinz, S. 728, 738; *Esser*, in: Rechtshandbuch Social Media, § 8 Rn. 124. *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 212 hält ein anderes für den Fall für möglich, in dem eine wirkliche Zugangskontrolle, etwa mittels Verifizierung der persönlichen Nutzerdaten stattfindet.

[198] Ausnahmen bilden Fälle des Freigabevorbehaltes, in denen also eine negative Moderationsentscheidung nach der Upload-Anfrage und vor dem Sichtbarwerden des Inhalts stattfindet. Hier ist jedoch schon von einem aktiven Tun auszugehen (vgl. oben Kap. 4 C. III. 2. c)).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

matische Fälle der Öffentlichkeit werfen (aa)), in denen sich sogar Konstellationen einer bislang unbeleuchteten sukzessiven Öffentlichkeit denken lassen (bb)).

aa) Besonderheiten sozialer Netzwerke im Spiegel des Öffentlichkeitserfordernisses

Insofern stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist, dass die Möglichkeit der Kenntnisnahme zunächst einmal durch die assoziierten Kontakte innerhalb ihrer Newsfeeds besteht. Würde es bei diesem potenziellen Publikum bleiben, etwa weil die Privatsphäre-Einstellungen durch den sich Äußernden entsprechend angepasst wurden[199], so könnte das der Öffentlichkeit entgegenstehen. Der Adressatenkreis könnte sich anhand der jederzeit einsehbaren Liste der assoziierten Kontakte bzw. Abonnenten nicht länger als unbestimmt darstellen. Für den Nutzer ist unter solchen Einstellungen jederzeit einsehbar, wer den Inhalt zur Kenntnis nehmen kann. Dass dies jedoch einer Öffentlichkeit i. S. d. Inhaltsverbreitungsdelikte entgegenstehen soll, kann jedoch schon bei einem binnensystematischen Vergleich mit der zweiten Variante der Verbreitungstrias („Versammlung“) nicht überzeugen. Denn auch bei geschlossenen Versammlungen lässt sich häufig die Identität jedes Einzelnen feststellen, was aber der abstrakten Gefährlichkeit für die jeweils geschützten Rechtsgüter nicht entgegenstehen soll.[200, 201] Es kommt also nicht nur auf die zahlenmäßige Überschaubarkeit und potenzielle Identifizierbarkeit der Adressaten an.[202] Vielmehr wird zusätzlich die persönliche Beziehung zu den Adressaten relevant. So hielt es der BGH in einer Entscheidung im Kontext des § 86a StGB in Anbetracht der hohen Zahl assoziierter Kontakte (844 Nutzer) für unschädlich, dass nur diese den Inhalt wahrnehmen konnten. Zwar zeuge die Verbindung aufgrund der beiderseitigen Bestätigung von einer kongruenten Willensbildung, gleichwohl sagt sie nichts über die Beschaffenheit der Beziehung, nicht einmal etwas darüber, ob sie außerhalb der digitalen Welt besteht, aus.[203]

Parallel liegt die Frage beim Zugänglichmachen innerhalb von Angeboten zweiter Ordnung, insbesondere von Gruppen. Handelt es sich um eine öffentliche Gruppe,

[199] Vgl. dazu Kap. 1 B. II.

[200] Anders wohl *Kasiske*, GA 2016, 756, 764, der die ersten beiden Handlungsvarianten deutlich voneinander abzuschichten versucht und die Bedeutung der Zugangsbeschränkung betont.

[201] Gleichwohl bedarf es vor diesem Hintergrund eines eigenständigen Versammlungsbegriffs, der nicht schon kleine Gruppen genügen lässt. Vgl. nur *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 40; *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 213.

[202] So auch *Tassis*, Statusmeldung, S. 227; eingehend *Lund*, NStZ 2023, 641, 644 ff.

[203] BGH MMR 2015, 200, 201; auf § 111 StGB übertragend *Tassis*, Statusmeldung, S. 227; spezifisch zu § 111 StGB vgl. in Abgrenzung zur Anstiftung *B. Heinrich*, in: FS-Heinz, S. 728, 737; *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 33; *Schulte/Kanz*, ZJS 2013, 24, 28 mit treffendem Hinweis darauf, dass selbst bei einer Überschaubarkeit des Publikums über entsprechende Listen nicht klar wird, welchen von den Kontakten der Inhalt tatsächlich angezeigt wird und daher auch eine Einwirkung nach Abgabe des Inhalts mit dem Ziel, die Adressaten von der Begehung der Bezugstat abzuhalten, nicht möglich ist.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der jeder ohne weitere Zugangsvoraussetzungen beitreten kann, so dürfte es nicht auf die Größe der Gruppe ankommen. Eine potenzielle Zugriffsmöglichkeit aller Nutzer des Netzwerks besteht ohne weiteres.[204] Anderes gilt bei geschlossenen Gruppen, bei denen der Beitritt von der Zustimmung der Administratoren abhängt. Auch bei einem noch so geringen Aufwand fordert die geschlossene Gruppe eine eigene Bewertung, da die Möglichkeit der Kenntnisnahme des Inhalts durch den Bewerber stets von der Vermittlung Dritter abhängt.[205] Selbst wenn also die die Praxis einzelner Moderatoren geschlossener Gruppen so großzügig ist, dass praktisch keine Unterschiede zur offenen Gruppe bestehen, verbietet das ‚technische Design' des Kommunikationsraums eine Gleichbehandlung.[206] Gleiches muss erst recht für geheime Gruppen gelten, es sei denn, dass eine unüberschaubar große Zahl von Personen bereits eingeladen ist. Dann käme es wieder nicht mehr auf die Vermittlung des Administrators an.[207] In beiden Fällen ist also die zahlenmäßige Überschaubarkeit der Gruppe sowie die persönliche Beziehung zu den einzelnen Gruppenmitgliedern relevant.[208] So wollen einige Stimmen schon ab einer hohen zweistelligen Mitgliederzahl die notwendige Öffentlichkeit bejahen.[209]

Krischker will in entgegengesetzter Richtung aus den Besonderheiten der Online-Kommunikation sogar schließen, dass auch bei geschlossenen Nutzergruppen – und gleiches müsste konsequenterweise für die Privatsphäre-Einstellungen gelten – unabhängig von ihrer Größe eine Öffentlichkeit gegeben sein könnte.[210] Dies begründet er damit, dass sich viele Nutzer innerhalb sozialer Netzwerke hinter Pseudonymen oder Fake-Profilen verbergen und deshalb die Identität der Gruppenangehörigen nicht überschaubar sei. Zudem sei es denkbar, dass mehrere Personen hinter einem Account stünden und daher nicht einmal ersichtlich sei, wie viele Personen Kenntnis von einem Inhalt nehmen könnten.[211] Dass die persönliche Beziehung der Adressaten zueinander neben ihrer Anzahl eine Rolle für die Feststellung

[204] Vgl. schon *Sieber*, JZ 1996, 494, 495 f.; ebenso *M. Heinrich*, ZJS 2016, 698, 701; *Strauß*, NStZ 2020, 708, 711; *Tassis*, Statusmeldung, S. 271 f.; *Krischker*, Internetstrafrecht, S. 134; *Derksen*, NJW 1997, 1878, 1882; *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 269 f.

[205] Anders ist es etwa, wenn der Nutzer weitere Daten eingeben muss und ohne Bestätigung eines Administrators aufgenommen wird. Vgl. auch *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 211.

[206] Ebenso *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 212; a. A. wohl *Krischker*, Internetstrafrecht, S. 138; *Jimenez Bernales*, Service Provider, S. 105; *Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 86 Rn. 35; *Reinbacher/Welzel*, GA 2022, 256, 269 f., die Scheinhindernisse nicht genügen lassen wollen. *Reinbacher*, in: NK-Medienstrafrecht, § 184b Rn. 30 sieht dabei sogar die „Keuschheitsprobe" für den Zugang zu Kinderpornographieplattformen als ein solches „Scheinhindernis" an.

[207] I. E. so auch *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 212.

[208] Die zahlenmäßige Überschaubarkeit auch in geschlossenen Gruppen als relevant betonend auch *Kim*, KriPoZ 2022, 106, 108.

[209] *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 196; vgl. ferner *Kim*, KriPoZ 2022, 106, 107.

[210] *Krischker*, Internetstrafrecht, S. 136.

[211] *Krischker*, Internetstrafrecht, S. 136.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Öffentlichkeit spielen könnte, wurde bereits erwähnt. Eigene Aufmerksamkeit verdient jedoch der Hinweis auf die Möglichkeit, sich Accounts zu teilen. In diesem Fall wäre der Nutzeraccount nicht mehr nur digitale Repräsentation einer Person, sondern vielmehr ein eigenes, den Zugang der Öffentlichkeit eröffnendes Tor. Eine so geteilte Nutzung dürfte aber kaum die Regel sein. Ihre reine Möglichkeit für die Annahme einer Öffentlichkeit ausreichen zu lassen, würde in der Konsequenz zu einer krassen Ausweitung der abstrakten Gefährdungsdelikte im Bereich des Internets führen. Bereits bei privater Kommunikation über Messenger-Dienste kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass sich mehrere Personen einen Nutzerzugang teilen. Vom Öffentlichkeitserfordernis ginge in Internetsachverhalten kaum noch eine einschränkende Wirkung aus. Die Auffassung Krischkers wird hier deshalb nicht zugestimmt.

bb) Exkurs: Sukzessive Öffentlichkeit

Sowohl im Hinblick auf reichweitenbeschränkte Nutzerkonten als auf geschlossene und geheime Gruppen ist es nun denkbar, dass eine Öffentlichkeit erst nach dem Zeitpunkt des aktiven Zugänglichmachens entsteht. Entweder weil der Sich-Äußernde die Zahl seiner assoziierten Nutzer erhöht oder weil weitere Nutzer in eine Gruppe aufgenommen werden. Ebenso denkbar ist die nachträgliche Lockerung der Privatsphäre-Einstellungen. Es lassen sich insofern zwei neuartige und den Besonderheiten sozialer Netzwerke zuzuschreibende Konstellationen unterscheiden:

Zum einen die Konstellation, in der ein Nutzer einen Inhalt zunächst zugänglich macht und später eine Öffentlichkeit durch die Hinzufügung von Freunden, durch die Änderung von Privatsphäre-Einstellungen oder durch die Einladung weiterer Personen in eine geschlossene oder geheime Gruppe herbeiführt. Hier stellt sich nun die neuartige Frage, ob das öffentliche Zugänglichmachen auch durch einen Akt, der nicht unmittelbar auf den Inhalt bezogen ist, begangen werden kann.[212]

Zum anderen ist eine Konstellation denkbar, in der ein Nutzer einen Inhalt zugänglich macht und sodann Gruppenadministratoren weitere Personen zu einer Gruppe hinzufügen. Es sollen die entstehenden Sonderfragen insbesondere dieser zweiten Konstellation nur angerissen werden: Liegt auf Seiten des Nutzers ein öffentliches Zugänglichmachen durch Unterlassen vor? Besteht hier eine Garantenpflicht aus pflichtwidrigem Vorverhalten? Begeht der Administrator ein öffentliches Zugänglichmachen hinsichtlich aller tatbestandsmäßigen Inhalte durch die Erweiterung der Gruppe? Will man eine Strafbarkeit des Nutzers durch Unterlassen bejahen, so dürfte dies erst ab dem Zeitpunkt gelingen, in dem er von der Erweiterung der Gruppe Kenntnis erhält. Das würde uns für den Nutzer zu der hier im Zentrum stehenden Frage leiten, ob eine Unterlassungstäterschaft auch dann noch bestehen

[212] Für § 111 Abs. 2 StGB etwa stellt sich die Sonderfrage, ob überhaupt noch von einer persönlichen Äußerung auszugehen ist.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kann, wenn der Erfolg, nämlich die öffentliche Zugänglichkeit, bereits eingetreten ist. Diese Fälle der sog. sukzessiven Öffentlichkeit zeigen daher letztlich das Potenzial, die Rollen der Anbieter und Nutzer im Hinblick auf die Inhaltsverbreitungsdelikte zu tauschen. Ihre eingehende Analyse muss aber weiteren Untersuchungen vorbehalten bleiben.

b) Aufforderung zu Straftaten, § 111 StGB

Besondere Aufmerksamkeit soll dem § 111 StGB zukommen, dessen Begehung innerhalb sozialer Netzwerke von erheblicher Relevanz ist.[213] Im Hinblick auf den Vollendungszeitpunkt ist zwischen den Absätzen des § 111 StGB zu unterscheiden:

Der § 111 Abs. 1 StGB ist dann vollendet, wenn die Bezugstat verwirklicht, also mindestens die Versuchsschwelle überschritten wird. Findet die Moderationsentscheidung also vor der Bezugstat statt, fällt sie in die ohne Weiteres auch teilnahmefähige Vollendungsphase.[214]

Für § 111 Abs. 2 StGB kommen als Vollendungszeitpunkte *erstens* die Entäußerung als solche, *zweitens* die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den unbestimmten Adressatenkreis[215] und *drittens* die tatsächliche Kenntnisnahme der Adressaten[216] in Betracht.

Für den ersten Zeitpunkt könnte prima vista sprechen, dass der Abs. 2 die Konstellation der versuchten Aufforderung in den Blick nimmt und auch bei § 30 Abs. 1 StGB die reine Entäußerung in Richtung der Person, die angestiftet werden soll, ausreicht. Der § 111 Abs. 2 will aber nicht schon jeden Handlungsversuch bestrafen, sondern allein die Gefährlichkeit der Aufforderung für die mittelbar geschützten Rechtsgüter (und den Gemeinschaftsfrieden) in den Blick nehmen. Daher bezieht sich das Merkmal der Erfolglosigkeit allein auf die mindestens versuchte Verwirklichung der angesonnenen Tat.[217]

---

[213] Vgl. auch *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 111 Rn. 10: „legitime Funktion – gerade in Zeiten einer zunehmenden stärker medial beeinflussten (vor allem internetbasierten) Welt." Krit. im Hinblick auf den Gleichheitssatz aufgrund mangelnder Verfolgung der im Internet begangenen Taten *Wolters*, in: SK-StGB, § 111 Rn. 3; *Bosch*, in: MüKo-StGB, § 111 Rn. 4. Den Grund vermuten *Ostendorf/Frahm/Doege*, NStZ 2012, 529, 532 in der zweifelhaften örtlichen Zuständigkeit der Ermittlungsbehörden (§§ 7 ff. StPO). Speziell zur Nutzung sozialer Netzwerke zur Aufforderung zu Straftaten durch rechtsextreme Nutzer vgl. *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 190 f.

[214] Wenn es aber um die Förderung der Aufforderung zu ebendieser Bezugstat geht, so müsste es im Einzelfalle zu untersuchen sein, ob die Kenntnisnahme des Täters der Bezugstat vor oder nach der Moderationsentscheidung stattgefunden hat.

[215] BayObLG NJW 1994, 396, 397; *Dreher*, in: FS-Gallas, S. 307, 313; *M. Heinrich*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 111 Rn. 19; *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 18.

[216] *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 111 Rn. 28; *Franke*, GA 1984, 452, 465 f.; *Stockmann*, BB 1978, 1188, 1191.

[217] Vgl. *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 111 Rn. 39; *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 206 f. m. w. N.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für das Erfordernis der Kenntnisnahme (dritter Zeitpunkt) wird vorgebracht, dass zwar der Wortlaut des Merkmals der „Aufforderung" auch eine rein einseitige Handlung erfassen könne, aus den ersten beiden Begehungsvarianten (öffentlich und in einer Versammlung) aber folge, dass es zwingend einer „kommunikativen Situation" bedürfe und aus systematischen Gründen selbige Anforderung an die dritte Variante (Verbreiten des Inhalts) zu stellen wäre.[218]

Dem wird von Piazena entgegengehalten, dass die abstrakte Gefährlichkeit bereits dadurch entstehe, dass die Aufforderung „in den Einfluss- und Wahrnehmungsbereich der Adressaten (z. B. der in einem offenen Webforum gepostete Beitrag) hinein- und aus dem Einflussbereich des Auffordernden herausgelangt, [sodass] selbiger in der Regel keinen Einfluss mehr auf das weitere Geschehen nehmen können [wird]."[219] Die Kenntnisnahme zu fordern, würde hingegen eine Umdeutung in ein konkretes Gefährdungsdelikt bedeuten, weil es sodann vom bloßen Zufall abhänge, ob es zu einer Tatentschlussbildung und letztlich zur Verwirklichung der Bezugstat komme.[220] Dieser, auf den Deliktstyp des § 111 Abs. 2 StGB rekurrierende Einwand, kann jedoch nicht überzeugen. Dass nämlich die Kenntnisnahme keineswegs dazu führen muss, dass die Tatbegehung nur noch vom bloßen Zufall abhängt, zeigt sich schon daran, dass es selbst dann zur Vollendung des § 111 Abs. 2 StGB kommen soll, wenn ein offensichtlich kaum tatgeneigtes Publikum angesprochen wird.[221]

Es lässt sich jedoch anders gegen die besonders restriktive Auffassung argumentieren: Sie muss sich nämlich insofern konkretisieren, als entweder mit der Entäußerung die Kenntnisnahme einer weiteren Person oder die Kenntnisnahme einer mit der Unbestimmtheit kongruenten Zahl von Personen verbunden sein muss. Zweiteres dürfte nicht nur praktisch erheblichen Nachweisbarkeitsproblemen begegnen, sondern würde den Tatbestand aufs Extremste einschränken, indem letztlich die Kundgabe an eine unbestimmte Vielzahl Dritter gefordert würde. Gegen ersteres – und so scheint die Auffassung zu lesen zu sein – lässt sich jedoch einwenden, dass sie im Hinblick auf das Schutzkonzept einen eher beliebigen Anknüpfungspunkt wählt. Denn die Kenntnisnahme nur einer Person erhöht die abstrakte Gefährlichkeit für die mittelbar geschützten Rechtsgüter (oder den Gemeinschaftsfrieden) kaum,

[218] So *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 111 Rn. 28; *Franke*, GA 1984, 452, 465 f. setzt hingegen schon beim „Auffordern" an und sieht darin bereits einen geistigen Kontakt vorausgesetzt.

[219] *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 208. Dass aber der Täter über den Inhalt keinen Einfluss mehr hat, lässt sich gerade mit Blick auf die Löschungsmöglichkeiten häufig verneinen. Diese Voraussetzung lässt sich auch kaum mit der Ratio der Vorschrift vereinbaren: Es geht bei der abstrakten Gefährlichkeit nicht um den Verlust der Kontrolle über den Inhalt als solchen, sondern vielmehr um die mangelnde Kontrollmöglichkeit darüber, dass die Äußerung bei unbestimmt vielen Personen appellative Wirkung entfaltet.

[220] *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 209.

[221] *M. Heinrich*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, § 111 Rn. 19. Zum Fehlen der tatbestandlichen Differenziertheit im Hinblick auf die Zusammensetzung des Adressatenkreises krit. *Hörnle*, Grob anstössiges Verhalten, S. 213 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

weil § 111 StGB gerade nicht die Gefährlichkeit des versuchten Bestimmens einer Einzelperson (wie bei § 30 Abs. 1 StGB) in den Blick nimmt, sondern vielmehr die auch nur potenzielle Beeinflussung einer Personenvielzahl.

Dass sich das Kenntnisnahmeerfordernis nichtsdestotrotz, der strengeren Ansicht folgend, aus dem Wortlaut der ersten beiden Begehungsvarianten – wie von Paeffgen behauptet[222] – ergibt, scheint zumindest nicht zwingend. In Abgrenzung zur dritten Variante könnte diese Annahme für die ersten beiden Varianten zwar aus dem Verständnis folgen, dass die Aufforderung häufig mündlich abgegeben wird. Für die erste Variante deuten aber bereits die erheblichen Überschneidungen mit der dritten Variante bei der internetöffentlichen Begehung in eine andere Richtung. Und auch innerhalb einer Versammlung dürften Konstellationen denkbar sein, in denen der Auffordernde – entgegen seiner Erwartung und sogar der objektiven Wahrscheinlichkeit – keinem der Anwesenden den Inhalt seines Ansinnens zur Kenntnis bringt.

Daher genügt es für eine Vollendung des § 111 Abs. 2 StGB bereits, wenn die Aufforderung in den Wahrnehmungsbereich der Adressaten gelangt und eine Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht.

3. Delikte, die eine individuelle Kenntnisnahmemöglichkeit erfordern

Von solchen Delikten, die eine öffentliche Kenntnisnahmemöglichkeit erfordern, lassen sich einzelne andere Delikte unterscheiden, für deren Vollendung eine individuelle Kenntnisnahmemöglichkeit erforderlich ist. Bei ihnen steht das Element der Strafbarkeitsvorverlagerung im besonderen Maße im Vordergrund.[223] Namentlich geht es hier um sog. Konfrontationstatbestände, die das Gelangenlassen als Tathandlung erfassen (§§ 192a, 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB). Während bei § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB die Kenntnisnahmemöglichkeit eines jeden genügen kann, der nicht zum Gelangenlassen aufgefordert hat, sind bei § 192a StGB nach vorzugswürdiger Auslegung nur Personen der entsprechenden Gruppenzugehörigkeit taugliche Adressaten.[224] Der Frage, wann es zur Vollendung des § 192a StGB innerhalb sozialer Netzwerke kommt, ist die Frage vorgelagert, ob ein Gelangenlassen überhaupt vorliegen kann:

Dabei erlangt die Auslegung des Gelangenlassens im Kontext öffentlicher Teile sozialer Netzwerke sogar potenziell bei § 192a StGB gegenüber § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB erhöhte praktische Bedeutung. Während nämlich eine Strafbarkeit nach

[222] *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 111 Rn. 28.

[223] Statt aller BT-Drs. 10/31115, 15; *Valerius*, in: BeckOK-StGB, § 192a Rn. 6.

[224] Dieses Erfordernis ergibt sich nicht aus dem (aus unterschiedlichen Gründen missglückten) Wortlaut. Danach wäre auch die Zusendung eines schwer gegen Juden verhetzenden Inhalts an eine homosexuelle Frau tatbestandsmäßig. Eine solche Auslegung kann nicht dem Zweck der Vorschrift entsprechen, weshalb eine teleologische Reduktion auf Adressaten mit entsprechender Gruppenzugehörigkeit geboten ist. Vgl. *S. Beck/Nussbaum*, KriPoZ 2023, 218, 228 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB im Falle der öffentlichen Begehung gegenüber § 184 Abs. 1 Nr. 2 StGB kein eigener Anwendungsbereich verbleibt, könnte der § 192a StGB aufgrund eines abweichenden Schutzkonzeptes mit den §§ 130 Abs. 1, Abs. 2 StGB in Idealkonkurrenz stehen.

Gerade vor dem Hintergrund, dass § 192a StGB eine Schutzlücke zwischen den §§ 130, 185 StGB schließen soll[225], ist es dennoch naheliegend, dass der Begriff des Gelangenlassens ebenso wie bei § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB[226] auf eine solche Kommunikation zu beschränken, die nicht bereits dem öffentlichen Zugänglichmachen unterfällt.[227] Gleichwohl sind Zwischenformen öffentlicher und individualisierter Kommunikation innerhalb sozialer Netzwerke denkbar, die eine Verletzung individueller Rechtsgüter besonders hervortreten lassen, etwa wenn eine Person innerhalb des Angebots dritter Ordnung gegenüber einer gruppenangehörigen Person einen entsprechenden Inhalt hochlädt und dieser anschließend öffentlich erkennbar ist. Es scheint daher vorzugswürdig, dass die öffentliche Zugänglichkeit eines Inhalts ein Gelangenlassen solange nicht ausschließt, wie die inhaltliche Konfrontation Einzelner besonders hervortritt.[228] Neben der Kommentierung der Beiträge von Gruppenangehörigen ist dabei auch an die Verwendung der @-Funktion zu denken, die regelmäßig zu einer gesonderten Benachrichtigung des Nutzers führt. Freilich muss sich unsere Lösung eines sich überschneidenden Anwendungsbereiches mit dem öffentlichen Zugänglichmachen den Einwand gefallen lassen, dass eine Grenzziehung schwerfällt. Zu denken ist etwa an das Hochladen innerhalb eines Angebots zweiter Ordnung, dem sichtlich mehrere Gruppenangehörige folgen. Sicher auszuschließen wären jedoch solche Verhaltensweisen, bei denen die Konfrontation von Gruppenangehörigen allein von dem Verhalten Dritter oder den kuratierenden Algorithmen stattfindet und keinerlei Individualisierungsleistung durch den Täter vorgenommen wird.[229]

Es bleibt aber fraglich, ob die Anwendung des § 192a StGB jenseits dieser auf die Öffentlichkeit bezogenen Erwägungen im Kontext sozialer Netzwerke scheitert. Regelmäßig wird für das Gelangenlassen verlangt, dass der Gewahrsam an dem

[225] BT-Drs. 19/31115, S. 14.

[226] Dort ergibt sich die Begrenzung deutlicher aus dem Vergleich mit § 184 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB. Vgl. auch *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 335, 340 sowie *Mitsch*, KriPoZ 2022, 398, 401.

[227] Vgl. auch *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 335, 340; *Mitsch*, KriPoZ 2022, 398, 401; *Heger*, in: L/K/H, § 192a Rn. 3: Adressatenkreis muss überschaubar bleiben; in eine andere Richtung könnte *Hilgendorf*, in: LK-StGB, § 192a Rn. 42 deuten, der das Zur-Verfügung-Stellen des Inhalts in einem virtuellen Raum (jedoch ohne weitere Spezifizierung dessen) erfasst sieht; vgl. ferner *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 65, die das Bereithalten von Internetseiten mangels Konkretisierung des Adressaten nicht für erfasst hält; anders keine Individualisierung fordernd *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, § 184 Rn. 78; wohl ebenso *Heger*, in: L/K/H, § 184 Rn. 6c.

[228] Vgl. i. E. schon *S. Beck/Nussbaum*, KriPoZ 2023, 218, 224 sowie *Ebner/Kulhanek*, ZStW 2021, 984, 997.

[229] *S. Beck/Nussbaum*, KriPoZ 2023, 218, 224.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

inhaltstragenden Material erlangt wird.[230] Dass diese Konkretisierung nur schwer digitale Kommunikation erfassen kann, liegt auf der Hand. Gleichwohl wird allgemein anerkannt, dass die Versendung von E-Mails dem Gelangenlassen unterfallen kann.[231] Wenn man den Gewahrsamsbegriff hier tatsächlich auch für digitale Inhalte verwenden will, dann stellt sich jedoch die Frage, ob damit verbunden ist, dass der Täter (wie im Falle des E-Mail-Versands) den auf der Seite des Adressaten begründeten Gewahrsam nicht ohne Weiteres wieder aufheben kann.[232] Dann aber wäre bereits eine bilaterale Kommunikation über integrierte Messenger-Dienste nicht erfasst, weil eine Möglichkeit der Löschung des Inhalts auch für den Absender besteht. Nicht nur hieße das, dass selbst bei Kenntnisnahme des Inhalts durch den Adressaten ein Gelangenlassen (Stichwort: Vorverlagerung) zu verneinen wäre. Auch generell ließe sich eine solche mit Überbetonung des Gewahrsams verbundene Auslegung kaum mit dem Zweck der Konfrontationstatbestände vereinbaren.[233]

Daraus ergibt sich Folgendes: Der § 192a StGB ist innerhalb sozialer Netzwerke vollendet, sobald bei hinreichender Individualisierung eine Kenntnisnahme durch Gruppenangehörige möglich ist. Damit befindet sich eine etwaige Teilnahme bzw. täterschaftlich unterlassene Erfolgsabwendung in aller Regel nach dem Vollendungszeitpunkt. Eine Ausnahme ist in Fällen der Vorabprüfung ebenso wie bei § 241 StGB denkbar. Hier findet die negative Moderationsentscheidung vor vollständigem Upload und der Kenntnisnahmemöglichkeit eines Gruppenangehörigen statt. Fraglich bleibt allein, wie mit dem Fall zu verfahren ist, dass der Moderator selbst der Gruppe angehört; sich der Fall also zwischen der Konstellation des § 241 StGB und des § 185 StGB befindet. Doch hier dürfte in aller Regel am Vorsatz nicht nur hinsichtlich der Kontrolle durch einen Moderator als solchen, sondern gerade in Bezug auf seine Gruppeneigenschaft zu zweifeln sein.

---

[230] *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 184 Rn. 52; *T. Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 184 Rn. 20; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, § 184 Rn. 78; ferner *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 67.

[231] *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 184 Rn. 52; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, § 184 Rn. 78; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 65; *T. Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 184 Rn. 20 sieht darin den Hauptanwendungsfall.

[232] In diesem Sinne könnte etwa *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, § 184 Rn. 78 zu lesen sein, der nicht nur die Herbeiführung eines fremden „Gewahrsams" auch für E-Mail-Anhänge, sondern auch die Aufgabe des eigenen „Gewahrsams" fordert.

[233] Auf anderen Erwägungen beruht die Einschränkung bei der Versendung von Hyperlinks, die durch den Adressaten noch abgerufen werden müssen. Dort ist ein Gelangenlassen parallel zum Verbreiten (i. e. S.) zu verneinen. Vgl. *Jansen*, GA 2022, 94, 100; *Hilgendorf*, in: LK-StGB, § 192a Rn. 45. Insofern setzen sich die Gesetzesmaterialen zu § 192a StGB (BT-Drs. 10/31115, S. 15) jedoch in einen Widerspruch zu der herrschenden Auslegung des § 184 StGB, wenn der Begriff des Gelangenlassens durch die Begriffe „Zusenden, Anbieten, Überlassen, *Zugänglichmachen*" (Hervorhebung durch M. N.) aufgefächert wird. Krit. zur Gesetzesbegründung auch *Mitsch*, KriPoZ 2023, 398, 401.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

4. Zwischenergebnis: Vollendungszeitpunkt der Kommunikationsdelikte innerhalb sozialer Netzwerke

In einem ersten Schritt wurden die Kommunikationsdelikte auf ihren Vollendungszeitpunkt innerhalb sozialer Netzwerke untersucht, da bis zu diesem eine Erfolgsabwendung i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB oder eine Beihilfe gem. § 27 Abs. 1 StGB unproblematisch möglich ist. Die Analyse hat gezeigt, dass die in Betracht kommenden Delikte unterschiedliche Vollendungszeitpunkte aufweisen. Diese lassen sich nicht stets chronologisch ordnen (etwa öffentliches Zugänglichmachen vor Kundgabe), sondern sind abhängig von der technischen Architektur des Angebots. Dabei werden sowohl für Anbieter erster als auch – praktisch bedeutender – zweiter Ordnung Design-Optionen, der Veröffentlichung automatische und manuelle Kontrollmechanismen vorzulagern, sichtbar. Diese technische Architektur hat damit deliktsspezifisch Einfluss auf die Entscheidung der Frage, ob eine negative Moderationsentscheidung noch vor Vollendung stattfindet.

II. Die ‚Irrlehre' von den Dauerdelikten?

Nachdem wir eine Konkretisierung der Vollendungszeitpunkte vorgenommen haben, die für die Bestimmung einer ‚digitalen Altlast' maßgebend ist, wenden wir uns nun wieder der entscheidenden Frage zu, die uns der Allgemeine Teil des (Medien-)Strafrechts aufgibt: Sind die Kommunikationsdelikte nach Vollendung noch teilnahmefähig bzw. ist ihr Erfolg noch abwendbar, sodass noch eine Unterlassungstäterschaft in Betracht zu ziehen ist?

Die sog. Dauerdelikte verdienen auf dem Weg zu einer Antwort schon deshalb besondere Beachtung, weil ihr Typus für die unbedenkliche Teilnahmefähigkeit[234] sowie Begehbarkeit als Unterlassungstäter nach Vollendung der Tat herangezogen wird. Während hinsichtlich der Delikte der §§ 123, 239, 316 StGB kaum bestritten wird, dass es sich um sog. Dauerdelikte handelt, fällt eine Einordnung der hier betrachteten Kommunikationsdelikte deutlich schwerer.

Daher erscheint es zunächst notwendig, wenngleich nicht ohne Schwierigkeiten möglich, eine abstrakte Umschreibung der Dauerdelikte vorzunehmen. Die wohl überwiegende Auffassung zieht folgende Definition heran: Dauerdelikte sind Taten, bei denen das Delikt mit der Verwirklichung des Tatbestandes nicht abgeschlossen ist, sondern durch den fortdauernden deliktischen Willen des Täters so lange auf-

[234] Ganz deutlich im medienstrafrechtlichen Kontext *Berndt*, Verwenden von Kennzeichen, S. 356; *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518, 522; ähnlich *Schulte/Kanz*, ZJS 2013, 24, 31, die das Auseinanderfallen von Vollendung und Beendigung allein für sog. Dauerdelikte vorzusehen scheinen. Vgl. allgemeiner *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 264; *Jakobs*, AT, 22/40; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 27 Rn. 47; *Murmann*, in: SSW-StGB, § 27 Rn. 8; treffenderweise vom Prototyp der tatbestandsbezogenen (teilnahmefähigen) Beendigung sprechend *Kühl*, in: FS-Roxin, S. 665, 676 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechterhalten wird, wie der von ihm geschaffene rechtswidrige Zustand bestehen bleibt.[235] Diese Definition setzt sich der Kritik aus, eben auch § 242 StGB zu erfassen, bei dem der Täter einen widerrechtlichen Zustand schafft, der nach Vollendung willentlich von ihm aufrechterhalten wird.[236] Diese Überbetonung des auf den rechtswidrigen Zustand bezogenen Willens kann daher nicht zur Konturierung der Dauerdelikte genügen.[237] Ergänzend wäre daher zu fordern, dass die Aufrechterhaltung des Zustands selbst den Tatbestand des Delikts kontinuierlich erfüllt.[238, 239]

Damit lassen sich grob zwei Formen von Dauerdelikten unterscheiden[240]: Solche, die durch fortlaufendes aktives Tun den Tatbestand kontinuierlich verwirklichen (z. B. §§ 316, 123 Hs. 2 Alt. 1 StGB) und solche, die durch die Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustands durch Unterlassen begangen werden (z. B. §§ 239, 170 StGB)[241]. Letztere lassen sich weiter unterteilen in solche Delikte, bei denen der Zustand auch durch aktives Tun eintreten kann bzw. in der Regel eintritt (§ 239 StGB) und solchen, die dauerhaft durch Unterlassen verwirklicht werden (§ 170 StGB).[242] Es soll im Folgenden die Tragfähigkeit der Dauerdelikte als De-

[235] Vgl. insbesondere *Roxin/Greco*, AT I, § 10 Rn. 105.

[236] *Hruschka*, GA 1968, 193; *Hau*, Beendigung, S. 70; *R. Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 25 mit weiteren Beispielen; vgl. auch *Hsueh*, Tatbeendigung, S. 51 f.

[237] Eine solche Fokussierung der Willensabhängigkeit findet sich etwa bei *Jescheck/Weigend*, AT, § 26 II. 1. a); vgl. auch gegen die Dauerdeliktseigenschaft des Ablagerns gem. § 326 Abs. 1 StGB *Schittenhelm*, GA 1983, 310, 324 mit der Begründung, dass derjenige, der sich der Kontrolle durch Ablagerung begibt, keinen Willen an der Aufrechterhaltung zeige und es sogar seinem Interesse entsprechen mag, dass jemand den Abfall fachgerecht beseitigt. Das daneben von *Schittenhelm*, GA 1983, 310, 324 f. erhobene kriminalpolitische Argument, dass es zu einer willkürlichen Besserstellung kommt, wenn die entstandene Gefahr sich sofort komplett realisiert, lässt sich weniger dogmatisch nutzbar machen und ist bloßes Resultat allgemeiner Unterlassensdogmatik (so auch *Kirchner*, Unterlassungshaftung, S. 82).

[238] So auch *Hsueh*, Tatbeendigung, S. 52; *Hruschka*, GA 1968, 193, 97; *Hau*, Beendigung, S. 71, 87; *Jescheck/Weigend*, AT, § 26 II. 1. a); zielführend ist daher die Definition von *Cording*, Strafklageverbrauch, S. 47: „Als Dauerdelikte bezeichnet man diejenigen Straftatbestände, die nicht nur den ersten Akt einer kontinuierlichen Handlungsfolge, das Herstellen eines rechtswidrigen Zustandes im weitesten Sinne, oder, bei entsprechender strafrechtlicher Verpflichtung, das erstmalige Unterlassen der Aufhebung eines solchen, als zur einmaligen Tatbestandsverwirklichung gehörend erfassen, sondern auch die weiteren Akte innerhalb des Handlungskontinuums oder das kontinuierliche Aufrechterhalten des rechtswidrigen Zustandes."

[239] Zu alternativen Ansätzen zur Bestimmung des Dauerdeliktscharakters, etwa anhand der Manifestation des Willens und rechtsgutsabhängigen Kriterien vgl. *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 155 ff.

[240] Vgl. auch *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 153.

[241] Diese Fallkonstellation bietet die größere Nähe zu den in sozialen Netzwerken begangenen Kommunikationsdelikten. Ein anderes ergäbe sich lediglich dann, wenn man bei den durch Automatisierung sichtbar gehaltenen Inhalten mit einem internetspezifischen Energiekriterium – wie von Altenhain – ein aktives Tun konstruieren würde. Zu dieser Auffassung vgl. oben Kap. 4 B. II. 2.

[242] Vgl. *Cording*, Strafklageverbrauch, S. 42; *Bitzilekis*, ZStW 1987, 723, 726.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

liktstypus (1.) und der durativen Tatbegehung (2.) zur Beantwortung der uns interessierenden Zurechnungsfrage untersucht werden.

1. Unbrauchbarkeit als Deliktstypus

Versteht man die Kategorie des Dauerdelikts als Bestandteil der allgemeinen Deliktslehre, so dürfte es zunächst einmal stören, dass sich die allermeisten Delikte, die gemeinhin als sog. Zustandsdelikte[243] eingeordnet werden, ebenfalls unter kontinuierlicher Verwirklichung des Tatbestandes denken lassen.[244] Für die Körperverletzung lassen sich die drei Konstellationen der sog. durativen Begehung im Hinblick auf initiales und nachfolgendes Verhalten wie folgt exemplifizieren: (1) Der Täter würgt das Opfer für mehrere Minuten (aktives Tun – aktives Tun). (2) Der Täter spannt das Opfer auf die Streckbank und lässt es dort mehrere Minuten verharren (aktives Tun – Unterlassen). (3) Der garantenpflichtige Täter sieht, dass das Opfer von einer Schlingpflanze gewürgt wird und beobachtet das Schauspiel mehrere Minuten lang (Unterlassen – Unterlassen).[245] Bei genauer Betrachtung dürften ähnliche Fälle für viele, prototypisch als Zustandsdelikte klassifizierte Straftatbestände konstruierbar sein. Anderes gilt etwa für die Tötungsdelikte, deren Erfolg über den fixen Todeszeitpunkt hinaus nicht aufrechterhalten werden kann, und etwa den Diebstahl, dessen Gewahrsamsneubegründung nicht verlängert werden kann.[246] Aus diesem Grund geht man zum Teil davon aus, dass die Einordnung als Dauerdelikt allein mit Blick auf die konkrete Begehung gelingen könne.[247] Andere wollen im Anschluss an Hruschka zwischen Dauerstraftaten und Dauerdelikten unterscheiden und dabei den Begriff der Dauerstraftat als primären Begriff einsetzen, der auch die Begehung von Zustandsdelikten unter den Charakteristika von Dauerdelikten erfasst.[248] Terminologisch klarer dürfte die Unterscheidung bei Reinbacher ausfallen,

[243] Zur terminologischen Kritik *Hsueh*, Tatbeendigung, S. 49 ff. sowie bereits *Hruschka*, GA 1968, 193, 194 ff., der statt des Begriffs des Zustandsdelikts den des Augenblicksdelikts vorschlägt.

[244] *Walter*, in: LK-StGB, Vor § 13 Rn. 62.

[245] Beispiele nach *Reinbacher*, in: FS-Werle, S. 881, 889 f.

[246] *Hruschka*, GA 1968, 193, 201; *R. Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 45; vgl. zu § 242 StGB und dem Beispiel vom Bohren eines Loches in die Decke einer Wohnung und dem Herunterrieseln von Körnern aus der oberen Wohnung *Reinbacher*, in: FS-Werle, S. 881, 888. Entscheidende Frage dürfte in diesem Beispiel sein, ob die Kornmasse als eine Sache oder die einzelnen Körner jeweils als eigenständige Tatobjekte des § 242 StGB gelten.

[247] *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 27 Rn. 47; in dieser Richtung auch *R. Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 45; vgl. auch aus dem österreichischen Schrifttum *Schallmoser*, ÖJZ 2018, 205, 209; *Salimi*, JBl 2019, 609, 614; *Fellmann*, Verantwortlichkeit, S. 92 ff.

[248] *Hruschka*, GA 1968, 193, 194 ff.; die explizite Trennung von Handlungs- und Deliktsstruktur wird sodann von *Hau*, Beendigung, S. 35 ff. vorgenommen und von *Jescheck*, in: FS-Welzel, S. 683, 688 aufgegriffen. Krit. aber zur Ersetzung der Tatbeendigung durch den Begriff der Dauerstraftat *Hau*, Beendigung, S. 73.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der parallelisierend zu iterativen Tatbeständen und der iterativen Tatbegehung[249] von durativen Tatbeständen (klassische Dauerdelikte) und der durativen Tatbegehung eines Zustandsdelikts spricht.[250] Dieses Nebeneinander von Dauerdelikten und der durativen Tatbegehung würde für die allgemeine Deliktslehre aber nur dann einen (Rest-)Wert behalten, wenn sie den Schluss in der anderen Richtung zulassen würde: „Dauerdelikte werden stets durativ begangen." Doch selbst diese Annahme lässt sich nicht für alle Konstellationen halten: So zeigen Fallbeispiele der Freiheitsberaubung, dass es durchaus denkbar ist, dass der freiheitsberaubende Zustand geschaffen wird, ohne dass eine Phase des tatbestandsmäßigen Unterlassens folgt. So ließe sich an das Einsperren in einen Raum mit Schnappschloss[251], das Hinunterwerfen in einen Schacht, aus dem der Täter das Opfer nicht mehr befreien kann[252], oder das Einsperren des Opfers und unmittelbar anschließende Gefesselt-Werden des Täters[253] denken.[254] Bei der Kategorie der Dauerdelikte handelt es sich daher nicht um einen Deliktstypus, der sich i. S. d. der allgemeinen Deliktslehre aus der Tatbestandsstruktur erkennen lässt. Vielmehr beschreibt der Typus eine Besonderheit der

[249] Erstere sind solche Delikte, die zwar nicht notwendigerweise, aber typischerweise und nach ihrer sprachlichen Fassung mehrere Handlungen brauchen (bspw. §§ 146, 174 StGB): Es genügt für die Erfüllung des Tatbestandes von § 146 StGB die Verschaffung oder das In-Verkehr-Bringen von einem einzelnen falschen Geldschein. Regelmäßig dürfte sich das Unternehmen aber erst bei der wiederholten Begehung lohnen. Auch das Gesetz spricht vom entsprechenden Sammelbegriff „Geld". Auch der § 174 StGB erfasst meist mehrere Handlungen im natürlichen Sinne und drückt dies durch die Verwendung des Plurals aus. Zu beidem *Roxin*, AT II, § 33 Rn. 27 f. Jedoch äußern sich *Roxin/Greco*, AT I, § 10 Rn. 107a nicht dazu, ob sich daraus die Figur eines „iterativen Delikts" ergeben kann, während sie die Figur eines „sukzessiven Delikts" für fragwürdig halten und auf den Teilbereich der Konkurrenzen verweisen. Eine iterative Begehung hingegen kommt auch bei anderen Tatbeständen in Betracht (z. B. § 185 StGB: Schimpftiraden; § 223 StGB: Verprügeln). Vgl. dazu *Reinbacher*, in: FS-Werle, S. 881, 885 f. Vgl. ferner zur Unterordnung der Dauerdelikte, zweiaktigen Delikte (§ 267 StGB) und Handlungsbeschreibungen einer Vielzahl von Einzelakten unter den Begriff der iterativen Struktur *Jescheck*, in: FS-Welzel, S. 683, 687 f.

[250] *Reinbacher*, in: FS-Werle, S. 881, 886 ff.; *Reinbacher*, JZ 2020, 558, 561.

[251] *Cording*, Strafklageverbrauch, S. 45.

[252] *Jakobs*, AT, 6/82 exemplifiziert hieran den von ihm gezogenen Unterschied zwischen Dauerdelikt im weiteren und im engeren Sinne. Das Erfolgsunrecht vertiefe sich zwar, jedoch gelte gleiches nicht für das Handlungsunrecht, weil der Täter das Opfer nicht selbst befreien könne. An diese Unterscheidung knüpft Jakobs die Konsequenz, dass sich zwar der Verjährungsbeginn verschiebe, sich die Teilnahmefähigkeit aber nicht auf die Phase nach dem Schachtwurf erstrecke. Krit. zu dieser Unterscheidung *R. Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 48 f.

[253] *Hsueh*, Tatbeendigung, S. 53.

[254] Freilich lässt sich jeweils fragen, warum die physisch-reale Handlungsmöglichkeit des Täters in den Beispielen jeweils nur auf unmittelbare Befreiungsaktionen durch den Täter beschränkt wird, und ob nicht stets die Hilfe durch herbeigerufene Dritte möglich wäre. Es ist außerdem nicht ohne jeden Zweifel, dass in diesen Beispielen überhaupt eine tatbestandliche Freiheitsberaubung verwirklicht wird, ist doch zu fordern, dass sie hinsichtlich der Dauer und Intensität nicht nur bagatellarisch ist (RGSt 7, 259, 260: „ein Vaterunser lang"). Hier liegt es jedoch nahe, dass es allein um eine restriktive Auslegung in Bezug auf das mindestens zu fordernde Erfolgsunrecht und nicht das Handlungsunrecht geht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Handlungsstruktur, die sich erst in Ansehung der konkreten Begehungsweise identifizieren lässt.[255]

2. Kritik der Figur der durativen Tatbegehung am Beispiel der Beleidigung, § 185 StGB

Wenn sich das Dauerdelikt als Deliktstypus als unbrauchbar erweist, dann bleibt die Frage, ob der Figur der durativen Tatbegehung ein dogmatischer Nutzen zuzusprechen ist. Auch insofern bestehen aber Zweifel, die im Folgenden nicht auf ihre Zweckmäßigkeit als konkurrenzrechtliche Figur, sondern auf die mit ihr vielfach verbundenen Folgen für die Erfolgsabwendbarkeit (§ 13 StGB) und – noch deutlicher – der Teilnahmefähigkeit (§ 27 StGB) gerichtet sind. Besonders plastisch werden die Schwächen der Figur bei der Internetbeleidigung:

Die Teilnahmefähigkeit der Beleidigung wird im Kontext der Verbreitung durch Linksetzung[256] oder netzwerkspezifisch durch Liken bzw. Teilen[257], aber auch im Zusammenhang der unterlassenen Löschung durch Plattformbetreiber[258] bejaht und mit ihrem Dauerdeliktscharakter begründet. An diesem Beispiel soll im Folgenden eine zweiseitige Kritik an der Figur der durativen Tatbegehung entfaltet werden: Zum einen – so die zu begründende These – droht, die Figur der durativen Begehung den Blick auf die Erfolgsabwendbarkeit und die Teilnahmefähigkeit unnötig zu verengen und bei der Anwendung auf die Beleidigung das tatbestandliche Programm zu modifizieren (a)). Zum anderen gilt es zu fragen, ob die Figur der durativen Tatbegehung im Kontext der Beihilfe in der Nachphase der Vollendung zu einer für den Gehilfen nachteiligen Modifikation des Zurechnungsgegenstandes verleitet (b)).

---

[255] So auch *Hsueh*, Tatbeendigung, S. 52; *R. Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 45; wohl auch *Cording*, Strafklageverbrauch, S. 55; anders *Eckstein*, Besitz als Straftat, S. 185, der in der Begrifflichkeit Hruschkas an der Unterscheidung von Dauerdelikt und Dauerstraftat festhalten und die Definition wie folgt ergänzen will: „Ein Dauerdelikt ist also ein Delikt, dessen Verwirklichung begrifflich notwendig eine potentielle Dauerstraftat ist. Möglichkeit und Potentialität blenden dabei faktische Hindernisse ebenso aus wie einen Sinneswandel des Täters."

[256] Ohne direkt auf die Dauerdeliktseigenschaften einzugehen *Hambel*, Verlinkung, S. 204.

[257] *Krischker*, JA 2013, 488, 492; *Reinbacher*, JZ 2020, 558, 560 ff.; *Tassis*, Statusmeldung, S. 159 ff.; *Geiring*, User Generated Content, S. 146; *Doerbeck*, Cybermobbing, S. 298; aufgrund der Tatbestandsbezogenheit der Deliktstypen eine Einordnung als Dauerdelikt ablehnend, aber eine entsprechende Behandlung annehmend *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 4; krit. *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 215, 218 ff.

[258] *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518, 522; *Hoven*, ZWH 2018, 97, 100; *Schreiber*, Fake News, S. 231 f.; wohl auch *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 539; mit nicht völlig klarem Bezug *Handel*, Diensteanbieter, S. 218 („Prangerwirkung" spricht für § 185; im Zwischenergebnis aber an das Verbreiten und öffentliche Zugänglichmachen anknüpfend); zur österreichischen Rechtslage auch *Schallmoser*, ÖJZ 2018, 205, 210; krit. zur Umdeutung in ein Dauerdelikt *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 407; *Ceffinato*, JuS 2020, 495, 498.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

a) Verengung der Zurechnungsmöglichkeit durch die Figur der durativen Tatbegehung

Will man für die durative Begehung eine kontinuierliche Verwirklichung des Tatbestandes – sei es durch fortgeführtes aktives Tun, sei es durch Unterlassen – und eine Intensivierung der Rechtsgutsbeeinträchtigung fordern, um eine Erfolgsabwendbarkeit oder Teilnahmefähigkeit anzunehmen, dann droht eine Überbewertung des Kontinuierlichkeitsaspekts. Es wird unter (III.) noch ausführlicher zu zeigen sein, dass die kontinuierliche Verwirklichung keine sich aus der Auslegung der §§ 13, 27 StGB ergebende Voraussetzung ist. Schon aus diesem Grunde sind solche Ansätze vorzugswürdig, die nicht nach dem Dauerdeliktscharakter bzw. der durativen Begehungsweise, sondern nach einer (teilnahmefähigen) Beendigungsphase fragen.[259] Am § 185 StGB lässt sich dabei besonders eindrücklich zeigen, dass die unnötige Fokussierung auf die durative Tatbegehung zu einer Auswechslung des tatbestandlichen Programms bei der Auslegung führen dürfte:

aa) Fehlende Kontinuierlichkeit der Tatbestandsverwirklichung von § 185 StGB

Wenn es für die durative Tatbegehung auf die kontinuierliche Verwirklichung des Tatbestandes, wie im Regelfall der Freiheitsberaubung und der Körperverletzung mittels Streckbank, ankommt, dann ist für die Internetbeleidigung ein genauer Blick auf den tatbestandlichen Erfolg zu werfen. Wie bereits gesehen ist das – soweit unbestritten – die Kenntnisnahme des beleidigenden Inhalts durch das Opfer oder Dritte als Endpunkt der Kundgabe.[260] Kommt es im Kontext der Internetbeleidigung also kontinuierlich zu einer Verwirklichung der Kundgabe mitsamt ihrem Erfolgsmoment der Kenntnisnahme?

Zunächst zu denken wäre an die Verlängerung des Kundgabemoments an ein und denselben Adressaten, wenn die Konfrontation mit dem Inhalt nicht durch Löschung beendet wird, obwohl es die Möglichkeit dazu gegeben hätte. Eine solche, sich innerhalb des Tatbestandes befindende Verlängerung des Kenntnisnahmeerfolges kann jedoch keinen Dauerdeliktscharakter herstellen. Das lässt sich nicht mit der fehlenden Kontinuität begründen, sondern mit ihrer Unrechtsneutralität. Eine Kenntnisnahme im bilateralen Verhältnis kann sich nicht unrechtssteigernd aktualisieren. Die wiederholte Kenntnisnahme durch das Beleidigungsopfer vertieft die Ehrverletzung nicht. Ansonsten wäre auch die im privaten Chat verschickte Beleidigung, trotz der Möglichkeit der „Löschung für alle" jedenfalls durativ begangen.

Vielmehr wird die Dauerhaftigkeit in der Schaffung des Zustands gesucht, aus dem sich zusätzliche Kundgabeerfolge gegenüber Dritten verwirklichen. Solche zusätzlichen Kundgabeerfolge können die Verletzung der (äußeren) Ehre durchaus

[259] Vgl. etwa ohne Auseinandersetzung mit dem Dauerdeliktscharakter *Zieschang*, GA 2020, 57, 69.

[260] Vgl. oben Kap. 6 B.I.1.a).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

verstärken[261], und es handelt sich um Erfolgssachverhalte, die sich innerhalb des Tatbestandes bewegen. Jedoch unterscheidet sich die Beleidigung innerhalb sozialer Netzwerke von unseren beiden Beispielen der typischen Freiheitsberaubung und Körperverletzung mittels Streckbank mit Blick auf den Aspekt der kontinuierlichen Verwirklichung: Gleich ob der rechtswidrige Zustand durch aktives Tun (z. B. durch Gegen-die-Tür-Stemmen oder Würgen) oder durch Unterlassen (z. B. unterlassenes Aufschließen oder unterlassene Befreiung von der Streckbank) aufrechterhalten wird, so zeigt sich eine Kontinuierlichkeit in Handlungsstruktur, (formeller) Erfolgsstruktur und Rechtsgutsbeeinträchtigung: für das freiheitsberaubende Verhalten, weil es in jedem Zeitpunkt auf das Eingesperrt-Lassen hinwirkt; für den Erfolg, weil sich das Eingesperrt-Sein in jedem Zeitpunkt aktualisiert; und für die Rechtsgutsbeeinträchtigung, weil das Opfer in jedem Zeitpunkt seiner Freiheit beraubt wird. Völlig richtig ist, dass selbes für die durative Begehung einer Körperverletzung durch anhaltendes Würgen oder das Spannen auf die Streckbank gilt: Die Handlung wird – bei ersterem durch aktives Tun, bei zweiterem durch Unterlassen – fortgesetzt. Der Erfolg aktualisiert sich fortwährend und gleichförmig sowohl in der körperlichen Misshandlung als auch in der Gesundheitsschädigung, wodurch die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit in jedem Moment weiter vertieft wird.

Bei dem Upload eines beleidigenden Inhalts hingegen lässt sich das Kundgabeelement in Handlungs- und Erfolgsmomente – wie gesehen[262] – aufspalten.[263] Zwar wird eine permanente Handlung (durch Unterlassen der Löschung) vollzogen, hingegen aktualisieren sich die Erfolgsstruktur und mit ihr die Rechtsgutsverletzung nicht gleichförmig, sondern in Abhängigkeit von einer Vielzahl von Faktoren: der Zahl der assoziierten Kontakte des Content-Providers, den Reaktionen anderer Nutzer auf den Inhalt, der zielgerichteten Suche nach dem Profil des Äußernden oder nach dem Inhalt und weiteren, kaum transparenten Umständen, aus denen sich die algorithmische Kuratierung des Inhalts bestimmt.[264] Je eher man also in der Internetbeleidigung einen Dauerdeliktscharakter erkennen oder von einer durativen Begehung des § 185 StGB sprechen möchte, desto mehr läuft man Gefahr, den durch Auslegung gewonnenen, zur Vollendung erforderlichen Erfolgssachverhalt auszutauschen.[265] Der aufrechterhaltene rechtswidrige Zustand scheint dann nicht mehr die eine Kenntnisnahme voraussetzende Kundgabe zu sein, sondern bereits die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Anders ausgedrückt: Geht man davon aus, dass der

[261] Vgl. OLG Karlsruhe MMR 2023, 434, 435; vgl. schon oben Kap. 2 C. II. 1. und ausführlicher unten Kap. 6 B. IV. 1.

[262] Die Trennbarkeit beider Elemente der persönlichen Äußerungsdelikte liegt gerade der zuvor geübten Kritik an der Deliktskategorie der schlichten Tätigkeitsdelikte zugrunde, vgl. Kap. 6 A. I. 3. b).

[263] Vgl. nur *Rengier*, BT II, § 28 Rn. 20.

[264] Vgl. auch weiter *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 215, 219; ebenfalls auf die mangelnde Dauerhaftigkeit hinweisend *Tassis*, Statusmeldung, S. 158. Zu den kuratierenden Algorithmen vgl. oben Kap. 1 C. III. 2.

[265] Ähnlich auch OLG Karlsruhe MMR 2023, 434, 435.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 185 StGB durativ begangen werden könnte, so lässt man an die Stelle der Kundgabe das öffentliche Zugänglichmachen treten.

bb) Die durative Begehung von § 185 Hs. 2 Var. 1, Var. 3 StGB n. F.

Doch ist diese Umdeutung überhaupt unzutreffend? Die Annahme einer durativ begangenen Internetbeleidigung könnte durch den Gesetzgeber mit der Einführung des § 185 Hs. 2 Var. 1, Var. 3 StGB schließlich auf tragfähige Beine gestellt worden sein. Die qualifizierte Beleidigung durch die Begehung in öffentlicher Form (während Versammlungen und durch die Verbreitung von Inhalten) könnte die maßgebende Tatbestandsstruktur des § 185 StGB verändert haben, wenn sie auf den von uns hochgehaltenen Kundgabeerfolg der Kenntnisnahme verzichtet. Eine entsprechende Qualifikation bestand bei den §§ 186 f. StGB bereits zuvor.

Den Verdacht einer solchen Umgestaltung des tatbestandlichen Programms erregt nicht zuletzt die Gesetzesbegründung zur Beleidigungsqualifikation: „Erfasst werden damit Äußerungen, die öffentlich getätigt werden, d. h. von einem größeren, nach Zahl und Individualität unbestimmten oder durch nähere Beziehungen nicht verbundenen Personenkreis wahrgenommen werden können (vergleiche Schönke/Schröder-Eisele/Schittenhelm, StGB, 30. Auflage 2019, § 186 Rn. 19). Wird eine entsprechende Äußerung zum Lesezugriff in das Internet gestellt, so ist die Tat öffentlich begangen, wenn die Äußerung für die Nutzer ohne weiteres abrufbar ist (Schönke/Schröder-Eisele/Schittenhelm a. a. O.)."[266] Auch für die Variante des Verbreitens reiche es, dass die Datei auf dem Rechner eines Dritten nur vorübergehend gespeichert sei.[267] Aus diesen gesetzgeberischen Hinweisen geht gerade nicht hervor, dass weiterhin eine Kenntnisnahme auch nur einer Person notwendige Voraussetzung einer Strafbarkeit ist. Jedoch dürfte der Verweis auf die Kommentierung von Eisele/Schittenhelm darauf hindeuten, dass für den § 185 Hs. 2 Var. 1, Var 3 StGB nicht grundsätzlich anderes gelten soll als für die entsprechenden Tatbestandsvarianten der §§ 186 f. StGB. So findet sich in der zitierten Kommentierung gerade auch der entscheidende Hinweis darauf, dass der Grundtatbestand des § 186 StGB weiterhin die Kenntnisnahme mindestens einer Person voraussetze.[268]

Eine solche Lesart dieser Tatbestandsalternativen kann indessen nicht als konsentiert gelten. Zum Teil wird nämlich davon ausgegangen, dass aufgrund der potenziellen Breitenwirkung der Äußerung auf die Voraussetzung einer Kenntnisnahme verzichtet werden könne.[269] Praktisch hätte eine solche Deutung für die

[266] Gesetzentwurf zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, S. 22 f.

[267] Gesetzentwurf zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, S. 23.

[268] *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 186 Rn. 19; so auch *Reinbacher*, NK 2020, 186, 193.

[269] Ausdrücklich von einer Modifikation des Grundtatbestandes sprechend *Zaczyk*, in: NK-StGB, 5. Aufl., § 186 Rn. 26; ebenso *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 186 Rn. 33.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Beleidigung innerhalb sozialer Netzwerke zur Folge, dass der Tatbestand der Qualifikation mit Abgabe eines Posts vollendet ist, bevor der Grundtatbestand mit der ersten Kenntnisnahme seinerseits vollendet ist. Denkbar sind sogar Fälle, in denen die Kenntnisnahme vollständig ausbleibt, wenn es sich etwa um einen Beitrag in ‚Überlänge' handelt und kein anderer Nutzer bei der Lektüre des Inhalts bis zum tatbestandsmäßigen Satz vordringt.

Gegen eine so grundsätzliche Verwandlung des Beleidigungstatbestandes dürfte zunächst der Charakter als Qualifikation sprechen. Eine Vorverlagerung der Strafbarkeit durch die Umwandlung auch des Grunddelikts in ein Gefährdungsdelikt ist ihm prinzipiell fremd. Im Kontext der Neueinführung bei § 185 StGB wäre ein entsprechender Hinweis des Gesetzgebers auf eine abweichende Lesart des § 185 StGB mit entsprechender Begründung zu erwarten gewesen.[270] Auch der Wortlaut des § 185 StGB legt eine Modifikation nicht nahe: Die Qualifikation knüpft an den Begriff der Beleidigung an, der als alleiniger Begriff das tatbestandliche Unrecht des Grunddelikts beschreibt und damit auch den Kundgabeerfolg umfasst. Daher vermag auch die öffentliche Beleidigung die Auswechslung des Erfolgssachverhaltes durch die Figur der durativen Begehung von § 185 StGB nicht zu stützen.

cc) Zwischenfazit: Verengung durch die Figur der durativen Tatbegehung

Am Beispiel der Internetbeleidigung konnte gezeigt werden, dass es ihr an einer für Dauerdelikte und daher wohl auch für die durative Tatbegehung typischen Kontinuierlichkeit in Handlungsstruktur, Erfolgsstruktur und Rechtsgutsbeeinträchtigung fehlt. Warum aber eine solche Kontinuierlichkeit auf allen drei Ebenen nach dem Vollendungszeitpunkt zu fordern sein sollte, um eine Teilnahmefähigkeit (oder Erfolgsabwendbarkeit) zu bejahen, wird an keiner Stelle erklärt. Es wird noch ausführlich zu zeigen sein (III.), dass sich auch bei bemühter Suche kein Grund finden lässt. An dieser Stelle kann aber schon festgehalten werden, dass man keine überzeugende Begründung für die Internetbeleidigung findet, will man mit der Figur der durativen Tatbegehung ernst machen und an sie Teilnahmefähigkeit (und Erfolgsabwendbarkeit) knüpfen. Die durative Tatbegehung könnte daher – dem von den Befürwortern verfolgten Zweck entgegengesetzt – im Hinblick auf die Teilnahmefähigkeit (und Erfolgsabwendbarkeit) unbegründet verengende Effekte aufweisen.

[270] Vgl. ferner zu der Frage, ob mit der Qualifikation des § 185 Hs. 2 Var. 1 StGB auch die Weitergabe fremder Missachtung erfasst werden könne, ablehnend, da sich ein solcher gesetzgeberischer Wille zur Modifikation der Beleidigung als gesamter in einer ausführlicheren Begründung niedergeschlagen hätte, *Reinbacher*, NK 2020, 186, 193 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Ausweitung bzw. Veränderung des Zurechnungsgegenstandes durch die Figur der durativen Tatbegehung

Die Figur der durativen Tatbegehung droht jedoch nicht nur, zur Verengung der über die §§ 13, 27 StGB zurechenbaren Sachverhalte und die Modifikation der Tatbestandsstruktur etwa des § 185 StGB zu führen. Sie lädt außerdem im Kontext der Beihilfe nach Vollendung zu einer Ausweitung des zuzurechnenden Geschehens in dreifacher Hinsicht ein (aa)–cc)). Die mit der Figur der durativen Tatbegehung verbundenen Modifikationen werden dabei wiederum am Beispiel der Internetbeleidigung in besonderem Maße deutlich, wenn man sie mit der Zurechnung einzelner Akte vergleicht und die konkurrenzrechtliche Ebene zunächst ausblendet.

aa) Ausmaß der zurechenbaren Rechtsgutsbeeinträchtigung

Die erste Verdunkelung, die der Figur der durativen Tatbegehung in Rechnung zu stellen sein könnte, ist die des Ausmaßes der zurechenbaren Rechtsgutsbeeinträchtigung über die Zeit. Sie verleitet nämlich zur Zurechnung der gesamten Tat im konkurrenzrechtlichen Sinne. Teilt man hingegen die Internetbeleidigung in verschiedene Phasen der Begehung auf, die jeweils von den Kundgabeerfolgen aus gedacht werden, so liegt es nahe, auch nur solches Unrecht über § 27 StGB zuzurechnen, das durch den Gehilfen tatsächlich nach negativer Moderationsentscheidung befördert wurde.

Plastischer lässt sich die zugrundeliegende Fragestellung am Beispiel der iterativen Tatbegehung des § 242 StGB machen. Nimmt der Täter mehrere wertvolle Stücke weg und wird von einem Gehilfen erst bei der Wegnahme der letzten Stücke unterstützt, so stellt sich die Frage, ob sich die Beihilfestrafbarkeit auf die Gesamtheit oder nur die letzten gestohlenen Stücke erstreckt.[271] Anders als bei der mittäterschaftlichen Zurechnung, bei der der Umfang der Tatherrschaft und der Zeitpunkt des Vorsatzes häufig kritisch untersucht werden[272], wird für die Beihilfe überwiegend unter Betonung des Akzessorietätsprinzips vertreten, dass zur gesamten Tat im konkurrenzrechtlichen Sinne Hilfe geleistet werde.[273] Wäre dem zu folgen, so wären an dieser Stelle auch keine verschleiernden Effekte der Figur der durativen Tatbegehung (und des Typus sog. Dauerdelikte) zu erwarten.

Diese weite Fassung des Zurechnungsgegenstandes verdient jedoch – im Ergebnis ebenso wie bei der Mittäterschaft – keinen Beifall. Es seien drei Gründe genannt: *Erstens* verkennt die Auffassung, dass es zwar auf Ebene der Konkurrenzen sinnvoll ist, eine materielle Straftateinheit anzunehmen, um so eine Tatmehrheit gem.

[271] Beispiel bei *Hsueh*, Tatbeendigung, S. 220.

[272] Vgl. statt vieler *Grabow/Pohl*, JURA 2009, 656, 659 f.; *Walter*, NStZ 2008, 548 ff.; a. A. *Jescheck*, in: FS-Welzel, S. 683, 696 f. für die Fälle einer untrennbaren Bewertungseinheit, zu denen er Dauerdelikte und aufgrund der Handlungsweise analog zu behandelnde Taten (hier sog. durative Tatbegehung) zählt (a. a. O., S. 689).

[273] *Grabow/Pohl*, JURA 2009, 656, 660; *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 263.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 53 StGB zu vermeiden, dies aber gerade nicht für die Teilnahmefähigkeit gelten muss. Vielmehr ist für den hinzutretenden Gehilfen nicht notwendigerweise von einer unspaltbaren „Bewertungseinheit“[274] zu sprechen. Die Zusammenfassung als eine materielle Straftateinheit kann sowohl beim Haupttäter als auch beim Teilnehmer im Anschluss an die Feststellung der Haupttat auf Konkurrenzebene stattfinden.[275] So ergibt sich im Falle der iterativen Begehung, dass zunächst festzustellen ist, dass der an der Wegnahme der übrigen Stücke mitwirkende Gehilfe wiederholt den Tatbestand des §§ 242 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB verwirklicht und sodann auf Konkurrenzebene eine Handlungseinheit angenommen wird.[276]

Zweitens geht der Verweis auf das Akzessorietätsprinzip insofern zu weit, als dass er den Strafgrund der Beihilfe nicht hinreichend berücksichtigt. Der eigenständige bzw. über den Täter vermittelte Rechtsgutsangriff findet vor Hinzutreten des Gehilfen nicht statt.[277]

Drittens vermag der Betonung des Akzessorietätsprinzips auch schon deshalb mit Zurückhaltung begegnet werden, weil es dessen Zweck ist, eine Ausuferung der Teilnehmerstrafbarkeit zu verhindern, nicht aber in Gegenüberstellung zur Mittäterschaft eine strafbarkeitsbegründende Wirkung zu entfalten.[278]

Daraus ergibt sich zum einen, dass der Begriff der ‚sukzessiven Beteiligung‘ zumindest irreführend ist, geht es doch stets nur um die Beteiligung an künftigem strafbaren Verhalten.[279] Zum anderen lässt sich so entgegen der überwiegenden Auffassung begründen, dass Gegenstand der Zurechnung über § 27 Abs. 1 StGB nur jene Rechtsgutsbeeinträchtigungen sind, die ab Hinzutreten des Gehilfen eintreten.[280]

---

[274] *Jescheck*, in: FS-Welzel, S. 683, 697.

[275] Es ist eben diese Übertragung konkurrenzrechtlicher Einheiten in den Bereich der Beteiligungslehre, die für eine Ausweitung sorgt. Dass das sogar zu einer Ausweitung der Teilnahmefähigkeit der Haupttat im außertatbestandlichen Bereich führen kann, zeigt *Hsueh*, Tatbeendigung, S. 218 f. eindrücklich an der Auffassung von *Frister*, AT, § 28 Rn. 50. Auch hier, im Falle der durativen Begehung, die *Reinbacher*, JZ 2021, 558, 561 von der Konkurrenzlehre aus konzipiert, entstehen nach hier vertretener Auffassung Friktionen mit § 27 Abs. 1 StGB.

[276] *R. Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 200 ff.

[277] *R. Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 200 f.; *Rudolphi*, in: FS-Jescheck, S. 559, 566 f.

[278] *Hsueh*, Tatbeendigung, S. 222.

[279] Vgl. auch *Hsueh*, Tatbeendigung, S. 224, der zurecht darauf hinweist, dass die Terminologie im Falle von mehraktigen Delikten (z. B. § 249 StGB) sogar falsch ist, wenn die Beteiligung etwa nach der räuberischen Gewaltanwendung stattfindet. Vgl. dazu ebenso *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, § 27 Rn. 24; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 27 Rn. 16; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 12 Rn. 135; *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, S. 153; *Kühl*, Beendigung, S. 92; anders *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 263; differenzierend *Jakobs*, AT, 22/40.

[280] So auch *Rudolphi*, in: FS-Jescheck, S. 559, 566 f.; *Kühl*, Beendigung, S. 92; *Jakobs*, AT, 22/40: „für den noch nicht abgelaufenen Deliktszeitraum“.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Für unsere Konstellation der negativen Moderationsentscheidung bedeutet das Folgendes: Es können solche Zeiträume bzw. – dort, wo es an einer Kontinuierlichkeit der Erfolgsverwirklichung fehlt – solche (Kundgabe-)Erfolge zugerechnet werden, die der Moderationsentscheidung zeitlich nachgelagert sind.[281] Im Falle der Beleidigung innerhalb sozialer Netzwerke kann das sogar dazu führen, dass nach einer Moderationsentscheidung nur noch vereinzelt Kundgabeerfolge erzielt werden.[282] Auf dieser Grundlage ergeben sich zwei Folgefragen, wobei die erste spezifisch die Internetbeleidigung (bb)) und die zweite alle möglicherweise als durativ begangen angesehenen Kommunikationsdelikte betrifft (cc)).

bb) Ersetzung des Erfolgssachverhalts bei Internetbeleidigungen

Es wurde bereits am Beispiel der Internetbeleidigung gezeigt, dass die Figur der durativen Tatbegehung zu einer Umdeutung des tatbestandlichen Erfolgserfordernisses zu führen droht.[283] An diesen Befund soll hier angeknüpft und gezeigt werden, dass daraus sogar ein strafbarkeitsbegründender Effekt in Beihilfekonstellationen erwachsen könnte. Zu denken wäre etwa an den Fall, dass nach der negativen Moderationsentscheidung keine weitere Kenntnisnahme durch andere Nutzer mehr stattfindet bzw. ohne Konflikte mit dem Zweifelssatz nachgewiesen werden könnte. Dann scheint der Fall sehr nahezuliegen, dass kein Erfolg mehr vorliegt, der einen tauglichen Endpunkt für die durative Tatbegehung bietet. Hier führte die Figur der durativen Tatbegehung und die mit ihr verbundene Modifikation des § 185 StGB („öffentliche Zugänglichkeit des beleidigenden Inhalts") zu einer Auflösung dieses Problems zu Lasten des Täters. Freilich lässt sich bezweifeln, ob dieses Szenario praktisch relevant werden kann. Kommt es zur Strafanzeige oder einer zivilrechtlichen Klage durch das Opfer gegen den Nutzer oder die Person, die die negative Moderationsentscheidung trifft, so findet automatisch eine weitere Kenntnisnahme durch eine dritte Person statt. Es verbliebe sodann jedoch das merkwürdige Ergebnis, dass erst das Opfer eine teilnahmefähige Phase nach der Moderationsentscheidung schafft.[284]

[281] Bei der Teilnehmerstrafbarkeit des weiterverbreitenden Nutzers hingegen fällt die Aussonderung derjenigen Kundgabeerfolge, die einen Like oder ein Teilen bewirken, ungleich schwerer, fordert man eine Förderungskausalität.

[282] Gleiches, wenngleich praktisch weniger relevant, betrifft die Weiterverbreitung mittels Annotation. Auch hier kann der objektiv auf Weiterverbreitung ausgelegte Akt des Likens oder Teilens eine tatsächliche Verbreiterung des Kreises der Kenntnisnehmenden entbehren, etwa weil der Annotierende wenige oder recht inaktive assoziierte Kontakte hat.

[283] Dazu Kap. 6 B. II. 2. a).

[284] Es bleibt zumindest zu bezweifeln, dass die so entstehenden Kundgabeerfolge dem sich ursprünglich äußernden Haupttäter noch objektiv und subjektiv zurechenbar sind. Zu denken wäre an die freiverantwortliche Selbstgefährdung durch die Anzeige und die Frage, ob ein solcher Kausalverlauf noch vom Vorsatz umfasst wird. Lehnte man hier eine Zurechnung ab, so bliebe – den fortdauernden Vorsatz hinsichtlich des Eintritts weiterer Kundgabeerfolge innerhalb des Netzwerks unterstellt – eine versuchte Beleidigung durch Unterlassen potenzi-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

cc) Beihilfe zu einem Begehungs- oder Unterlassungsdelikt durch Unterlassen?

Eine letzte verdunkelnde Wirkung bringt die Figur der durativen Tatbegehung mit der Umdeutung der Begehungsform der Haupttat. So kritisiert Walter die Deliktskategorie des Dauerdelikts völlig zu Recht wegen ihrer Umdeutung eines Unterlassens in ein aktives Tun als „Aufrechterhalten" bei solchen Dauerdelikten, die sich aus Elementen des aktiven Tuns und des Unterlassens zusammensetzen.[285] Das mag grundsätzlich im Bereich der sog. Dauerdelikte und der durativ begangenen Zustandsdelikte kaum weitere Konsequenzen fördern, solange auf Konkurrenzebene ohnehin von einer natürlichen Handlungseinheit ausgegangen wird, die die Unterlassungselemente zurücktreten lässt. Für den nach Vollendung hinzutretenden Gehilfen jedoch dürfte sodann eine Beihilfe zum Unterlassen im Raum stehen.[286] Für die negative Moderationsentscheidung käme sogar eine Beihilfe durch Unterlassen zu einem Kommunikationsdelikt durch Unterlassen in Frage.[287] Im Folgenden sollen zunächst die praktischen Folgen einer solchen Unterlassungskonstruktion verdeutlicht werden ((1)), um sodann erste Erwägungen zu einer Präzisierung des Übergangs von einem Tun in ein Unterlassen zu präsentieren ((2)) und sich abschließend Einwänden gegen die Unterlassungskonstruktion zuzuwenden ((3)).

(1) Praktische Relevanz: (Dritte) Strafrahmenverschiebung nach § 28 Abs. 1 StGB

Über § 27 Abs. 2 S. 2 StGB und den § 13 Abs. 2 StGB kommt dem durch Unterlassen der Löschung Beihilfeleistenden ohnehin bereits eine obligatorische und eine fakultative Strafmilderung gem. § 49 Abs. 1 StGB zu. Versteht man die Haupttat mit der mehraktigen Betrachtung als ein Unterlassen, so käme eine dritte (wiederum obligatorische) Strafmilderung gem. § 28 Abs. 1 StGB in Betracht.[288] Das fehlende

eller Anknüpfungspunkt für die Beihilfe durch Unterlassen. Mangels Strafbarkeit der versuchten Beleidigung muss ein solches Unterfangen jedoch ausscheiden. Das OLG Karlsruhe MMR 2023, 434, 435 jedenfalls dürfte hinsichtlich der Zurechnung kein Problem entdecken, wenn es bei der Beleidigung innerhalb sozialer Netzwerke auf die Kenntnisnahme durch ermittelnde Polizeibeamte abstellt.

[285] *Walter*, in: LK-StGB, Vor § 13 Rn. 62; vgl. auch *M. Wagner*, ZfiStW 2023, 349, 352 ff.; in diese Richtung deutet es etwa, wenn *Picotti*, in: FS-Sieber, S. 807, 827 f. von „echten Dauerdelikten" spricht und damit solche Begehungsweisen zu meinen scheint, die allein aus fortgesetzten Elementen des aktiven Tuns bestehen; noch deutlicher für eine Umdeutung in ein aktives Tun und damit die Bedeutung der Dauerdelikte erklärend *Mitsch*, NZV 2013, 417, 418; vgl. auch *Brodowski*, ZStW 2021, 913, 919.

[286] So auch am Beispiel des § 239 StGB *Rudolphi*, in: FS-Jescheck, S. 559, 566.

[287] Anderes ergibt sich freilich schon dann, wenn man mit Altenhain eine technikspezifische Variante des Energiekriteriums für die Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen heranzieht. Dann dürften die bei rein naturalistischer Betrachtung als Unterlassungselemente identifizierten Teile der konkurrenzrechtlichen Gesamttat aufgrund der genutzten automatisierten Speicherung wohl als aktives Tun begriffen werden können. Vgl. zu diesem internetspezifischen Energiekriterium Altenhains und der daran geübten Kritik oben Kap. 4 B. II. 2.

[288] Vgl. auch *M. Wagner*, ZfiStW 2023, 349, 353.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

besondere persönliche Merkmal könnte in der den Haupttäter in der Unterlassungsphase treffende Garantenpflicht aus Ingerenz zu sehen sein.

(a) Garantenpflicht als besonderes persönliches Merkmal

Ob Garantenpflichten besondere persönliche Merkmale darstellen können, ist hier „noch heilloser umstritten als sonst [im Feld täterbezogener Merkmale]"[289]. Die eine Auffassung – der sich im Jahr 2021 auch der BGH, wenn auch ausdrücklich nur in Bezug auf die Ingerenz, angeschlossen hat[290] – betont die besondere Beziehung zwischen Täter und zu beschützendem Rechtsgutsträger bzw. zur Gefahrenquelle und nimmt ein besonderes persönliches Merkmal an.[291] Nach anderer Ansicht komme der Garantenstellung allein die Funktion zu, das Unterlassen dem positiven Tun gleichzustellen, weshalb § 28 Abs. 1 StGB von vornherein keine Anwendung finden könne.[292] Eine differenzierende Ansicht will hinsichtlich der Art der Garantenstellung unterscheiden: Während es sich bei einer Beschützergarantenstellung um ein besonderes persönliches Merkmal handele, sei die Überwachergarantenstellung eher tatbezogen.[293] Gegen diese Differenzierung spricht aber zum einen Gleiches wie gegen die formelle Garantenlehre bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme[294]: Die Unterscheidung von Überwacher- und Beschützergarantenstellung lässt sich nicht trennscharf vornehmen, und die Einordnung ist häufig eine Frage der Formulierung.[295] Zum anderen vermag der Umstand, dass die Überwachergarantenstellung nicht in gleichem Maße von Dauer ist wie die Beschützergarantenstellung, nicht zu begründen, warum es sich beim einen um eine persönliche Verbindung handeln soll und beim anderen nicht.[296] Die eine Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB komplett versagende Auffassung dürfte zu stark die Rechtsgutsgefährdung als solche betonen und die besondere Beziehung des konkreten Täters zu dem tatbestandlich geschützten Rechtsgut vernachlässigen. Das gilt schließlich auch für die Garantenstellung aus Ingerenz, auch wenn sie sich kurzfristig-situativ stellt.[297] Daher ist anzunehmen, dass die Ingerenz-Garantenstellung des den rechtswidrigen

[289] *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 28 Rn. 61.

[290] BGH NStZ 2022, 220, 222.

[291] *Satzger*, JURA 2015, 1055, 1060; *Fischer*, StGB, § 28 Rn. 5a; *Eisele*, in: B/W/M/E, § 26 Rn. 151; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 28 Rn. 19; *Puppe*, in: NK-StGB, §§ 28, 29 Rn. 72 ff.; *Roxin*, AT II, § 27 Rn. 68; *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 87; eingehend *Vogler*, in: FS-Lange, S. 265, 268 ff.

[292] Vgl. *Renzikowski*, JR 2022, 140, 142; *V. Haas*, in: Matt/Renzikowski, § 28 Rn. 15; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 28 Rn. 61.

[293] Vgl. *Herzberg*, GA 1991, 145, 161 ff.; vgl. in dieser Richtung auch *Jakobs*, AT, 23/ 24 f., 29/112; vgl. auch *Otto*, JURA 2004, 469, 473, der die Ingerenzgarantenstellung von § 28 Abs. 1 StGB ausnehmen will.

[294] Vgl. dazu unten Kap. 6 D. I. 2. c) bb).

[295] *Satzger*, JURA 2015, 1055, 1060; *Roxin*, AT II, § 27 Rn. 69; *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 87.

[296] *Roxin*, AT II, § 27 Rn. 69.

[297] So *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 87.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inhalt nicht löschenden Content-Providers ein besonderes persönliches Merkmal für die Person darstellt, die eine negative Moderationsentscheidung trifft.

Nach dem bisher Gesagten lässt sich daher annehmen, dass die mit der Figur der durativen Begehung verbundene Verschleierung von Unterlassungsphasen des Haupttäters eine dritte Strafrahmenverschiebung für den unterlassenden Gehilfen verdeckt. Zwei mögliche Einwände sind jedoch noch zu behandeln:

(b) Grenzen der mehrfachen Strafrahmenverschiebung

Zum einen stellt sich die Frage, inwiefern eine dreifache Strafmilderung nach strafzumessungsrechtlichen Prinzipien durchzuführen ist. So herrscht zwar im Grundsatz Einigkeit und lässt sich aus § 50 StGB erkennen, dass auch mehrere gesetzliche Milderungsgründe kumulativ berücksichtigt werden können.[298] Eine mehrfache Strafrahmenverschiebung ist jedoch dann unzulässig, wenn ein und derselbe Sachgrund mehrere Strafmilderungen begründen soll. So liegt es bei § 27 Abs. 2 S. 2 StGB und § 28 Abs. 1 StGB, wenn das Fehlen des besonderen persönlichen Merkmals allein dazu führt, dass eine Täterschaft zu verneinen ist.[299, 300]An dieser Stelle dürfte es entscheidend darauf ankommen, nach welchen Kriterien die Beteiligungsformfrage beim Unterlassen entschieden wird. Jedenfalls solange man, wie wir noch sehen werden, die Beteiligungsfrage auch und primär von Umständen, die mit der Tatherrschaft verbunden sind, abhängig macht[301], liegt nicht derselbe Sachgrund für eine Strafmilderung vor.[302] Daher ist eine dreifache Strafmilderung nach den §§ 13 Abs. 2, 27 Abs. 2 S. 2, 28 Abs. 1 StGB denkbar.

(c) Das Problem ‚gekreuzter Garantenpflichten'?

Zum anderen ist der Umstand zu problematisieren, dass eine Gehilfenstrafbarkeit in der Konstellation der unterlassenen Löschung ihrerseits von einer Garantenpflicht abhängt. Während der Content-Provider von einer Garantenpflicht aus Ingerenz betroffen ist, trifft den Moderator – wie zu begründen sein wird[303] – eine Garantenpflicht aus der Herrschaft über die Gefahrenquelle. Aus der dritten Strafmilderung könnte sich auf den ersten Blick daher – analog zum Problem der gekreuzten

[298] Vgl. nur RGSt 2, 383; BGH NJW 1975, 837.

[299] Mit historischer Herleitung BGH NJW 1975, 837, 837 f. am Falle des Fehlens einer Vermögensbetreuungspflicht (§ 266 StGB), aus der allein sich die Beteiligungsform ergab; vgl. auch *Kett-Straub*, in: NK-StGB, § 49 Rn. 19; *Maier*, in: MüKo-StGB, § 49 Rn. 10; *Schneider*, in: LK-StGB, § 49 Rn. 15; krit. wegen des Verfehlens des Stufenverhältnisses von Beihilfe und Anstiftung auch im begrenzten Falle des identischen Sachgrundes *Roxin*, AT II, § 27 Rn. 83; dazu vor allem *Holthauser*, NStZ 1993, 568, 570.

[300] Nicht zu verwechseln ist dies mit der Versagung einer mehrfachen Strafrahmenverschiebung nach § 28 Abs. 1 StGB wegen des Fehlens mehrerer täterbezogener Merkmale beim Teilnehmer. Dazu *Renzikowski*, JR 2022, 140, 143.

[301] Vgl. unten Kap. 6 D. I.

[302] Vgl. auch *Vogler*, in: FS-Lange, S. 265, 273.

[303] Vgl. dazu unten Kap. 6 C.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mordmerkmale – ein Wertungswiderspruch ergeben. So spricht sich Satzger für die Erfassung der Garantenstellung als besonderes persönliches Merkmal aus, weil eine Strafmilderung bei dem Teilnehmer ohne Garantenstellung sachgerecht erscheint.[304] Der Wertungswiderspruch löst sich jedoch bei näherer Betrachtung auf, wenn man bedenkt, dass diese Überkreuzung in den Fällen aktiven Tuns (etwa durch Annotation des rechtswidrigen Inhalts) nicht stattfindet. Dem Unterlassenden die zusätzliche Strafmilderung zu versagen, kann im Vergleich zu dieser Konstellation nicht überzeugen. Dass dem Unterlassenden im Gegensatz zum Annotierenden gleichwohl eine Milderung des § 13 Abs. 2 StGB zugutekommen kann, mag den ansonsten produzierten Widerspruch nicht aufzulösen, da es sich lediglich um eine fakultative Strafmilderung handelt. Nichts anderes dürfte sich schließlich daraus ergeben, dass sich eine Garantenpflicht des Content-Providers schon aus der Herrschaft über eine Gefahrenquelle begründen lassen könnte, die auch den Anbieter trifft. Denn auch diese Pflicht ist zwar dem Typus nach identisch mit der Pflicht des Anbieters, ihrem Bezugspunkt nach aber verschieden. Für den Anbieter besteht die Gefahrenquelle, wie noch zu zeigen sein wird[305], nämlich nicht im strafrechtswidrigen Inhalt, also in der ‚digitalen Altlast' als solcher, sondern im Angebot.

Es bleibt danach festzuhalten: Es ist von praktischer Relevanz, ob von einer Beihilfe durch Unterlassen zu einem aktiven Tun oder zu einem Unterlassen ausgegangen wird. Es geht um nicht weniger als eine dritte Strafrahmenverschiebung gem. § 28 Abs. 1 StGB.

(2) Übergang eines aktiven Tuns in ein Unterlassen bei Kommunikationsdelikten

Wann aber geht das aktive Tun eines Content-Providers in ein Unterlassen über? Anders ausgedrückt: Wann wandelt sich das (je nach Delikt zu spezifizierende) Unterlassungsgebot „Verbreite keine rechtswidrigen Inhalte!" in ein Handlungsgebot „Lösche inkriminierte Inhalte!"?[306] Zu denken wäre etwa bereits an die Betätigung der Schaltfläche zum Upload. Zu diesem Zeitpunkt fehlt es jedoch nicht nur an einer physisch-realen Möglichkeit der Löschung bis zum Erscheinen des Beitrages, die Voraussetzung für eine nachfolgende Unterlassungsphase ist. Daneben würde man mit diesem Anknüpfungspunkt außer Acht lassen, dass die Phasen vom Erfolgssachverhalt aus unterschieden werden müssen. Für die Beleidigung bedeutet dies in der Konsequenz, dass allein die erste Kenntnisnahme durch aktives Tun herbeigeführt wird, während den nachfolgenden Kenntnisnahmen jeweils eine Unterlassungsphase vorausgehen kann. Für die Kommunikationsdelikte, die an ein öffentliches Zugänglich-Sein anknüpfen, gilt Entsprechendes: Allein die erste (juristische) Sekunde der Zugänglichkeit ist durch aktives Tun, alle nachfolgen-

[304] *Satzger*, JURA 2015, 1055, 1060.

[305] Vgl. dazu unten Kap. 6 C. I. 3. b) aa).

[306] Vgl. mit ähnlicher Formulierung allgemeiner schon *Hruschka*, GA 1968, 193, 198.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

den Sekunden könnten durch Unterlassen verwirklicht sein.[307] Auf eine deutlichere Zäsur, die auch auf Konkurrenzebene das Band der einheitlichen Begehung durchschneiden könnte, etwa die vorübergehende Sperrung des Nutzeraccounts verbunden mit dem Verlust der Löschungsmöglichkeit, kommt es für die Teilnahmefrage hingegen nicht an. Ein anderes würde wiederum in die ‚methodische Falle' einer fehlgeleiteten Übertragung konkurrenzrechtlicher Wertungen in die Beteiligungslehre führen.

Mögen diese Ergebnisse auf den ersten Blick verwundern, zeigt sich doch mit Blick auf § 239 StGB, dass dort nicht anders verfahren wird. Die zweite (juristische) Sekunde des Einschlusses ist auch dort (in aller Regel) auf die unterlassene Freilassung zurückzuführen. Wer in dieser Phase Beihilfe leistet, dessen Bezugspunkt ist das Unterlassen der Nichtbefreiung durch den Haupttäter.[308]

(3) Einwände gegen die Unterlassungskonstruktion

Doch kann diese These des Übergangs von einem Begehungs- in einen Unterlassungsvorwurf tatsächlich überzeugen? Es wird hier bisher schlicht behauptet, dass der Bezugspunkt einer Teilnahme nach Unterlassen das Unterlassen (der Löschung durch den Content-Provider) und nicht die initiale aktive Handlung (des Uploads durch den Content-Provider) ist. Bezugspunkt der Förderung könnte hier doch gleichzeitig der mit Upload in Gang gesetzte Kausalverlauf hin zu weiteren Kenntnisnahmen (bei § 185 StGB) oder zur öffentlichen Zugänglichkeit (bei den Inhaltsverbreitungsdelikten) sein.[309]

Der Versuch einer Verteidigung der Unterlassenskonstruktion könnte nun von der Auffassung Rudolphis ausgehen, der eine Teilnahmefähigkeit nach Verhaltensbeendigung für ausgeschlossen hält.[310] Prämisse dieser Auffassung ist es dabei, den vom aktiven Verhalten ausgehenden Kausalverlauf – der zu multiplen Erfolgen der Kommunikationsdelikte führen kann – nicht mehr als Teil des Verhaltens zu ver-

[307] Besonderheiten könnten sich dabei in der Konstellation der hier sog. sukzessiven Öffentlichkeit ergeben (vgl. dazu Kap. 6 B. I. 2. a) bb)). Eine Vertiefung dieser Frage muss jedoch künftigen Untersuchungen vorbehalten bleiben.

[308] So auch *Rudolphi*, in: FS-Jescheck, S. 559, 566; zust. *Rummel*, Dauerdelikt, S. 82 f. sowie *M. Wagner*, ZfiStW 2023, 349, 353.

[309] So wohl *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 331, der in der asynchronen Kommunikation von einer Art Dauerdelikt ausgeht, dabei eine „aufwändige Unterlassenskonstruktion" nicht für erforderlich hält. Ähnlich auch schon *Krischker*, JA 2013, 488, 492, der eine Einzelbetrachtung mit der Begründung verwirft, dass die Unterlassungsstrafbarkeit konstruiert wirke und die Grenze zwischen aktivem Tun und Unterlassen zunehmend verwischt werde; zust. *Tassis*, Statusmeldung, S. 164; vgl. auch *Handel*, Diensteanbieter, S. 218. Grundlegend schon *Kühl*, Beendigung, S. 91: „Für das Problem des spätesten Zeitpunktes einer Beihilfe ist es also nicht entscheidend, ob sich der Täter nach der Vollendung der Straftat weiter deliktstypisch verhält (handelt oder unterläßt), oder ob sich nur der Kausalverlauf wie geplant in Richtung auf den letzten noch tatbestandsmäßigen Erfolg vorwärts bewegt."

[310] *Rudolphi*, in: FS-Jescheck, S. 559, 570 ff.; so auch *Jakobs*, AT, 22/41; *Jäger*, in: SK-StGB, Vor § 22 Rn. 10; jedenfalls in dieser Richtung *Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 205 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stehen. Da der aktive Handlungsakt bei den Kommunikationsdelikten mit Eingabebefehl abgeschlossen ist, wäre es folglich entscheidend, auf das noch anhaltende Verhalten des Unterlassens abzustellen. Die Folgen für medienstrafrechtliche Sachverhalte wären besondere: Denken wir zunächst an die Konstellation des Freigabevorbehalts, bei der eine Begehungsstrafbarkeit des Anbieters in Rede steht. Für Inhaltsverbreitungsdelikte ergibt sich nichts Spezielles, da nach hier vertretener Auffassung durch die Freigabe ohnehin eine Nebentäterschaft durch aktives Tun vorliegt.[311] Zu einer solchen Nebentäterschaft gelangte auch schon Rudolphi als Folge seiner engen Auffassung zur Teilnahmefähigkeit am Beispiel der Freiheitsberaubung.[312] Für persönliche Äußerungsdelikte bleibt dieser Weg indessen verschlossen, weil die Täterschaft von der Identifikation mit dem Inhalt abhängt.[313] Verneint man ein entsprechendes Sich-Zueigenmachen durch Freigabe des Inhalts[314], bleibt nur die Beihilfe. Fehlt es an einer Affordanz, die die Löschung durch den Nutzer zwischen Uploadbefehl und Freigabe des Anbieters ermöglicht, so kann auf ein Unterlassen nicht zurückgegriffen werden. Eine Beihilfe durch Freigabe müsste zunächst ausscheiden. Erst wenn die Löschung durch den Content-Provider wieder möglich wäre, könnte durch unterlassene Löschung (des Anbieters) an der Verwirklichung durch Unterlassen (des Content-Providers) teilgenommen werden. Entsteht – etwa aufgrund einer Kontosperrung oder des Verlustes der Login-Daten – die Löschungsoption für den Content-Provider nicht mehr, so wäre nach Rudolphis Auffassung keine Zurechnung zum Anbieter mehr möglich.

Rudolphis Anknüpfung an die Verhaltensbeendigung findet indessen in der Literatur überwiegend Kritik: Sie bezieht sich zunächst auf den Wortlaut des § 27 StGB, wonach zur Tat i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB Hilfe geleistet werden muss.[315] Zu dieser Tat gehört, wie schon gesehen[316], auch der tatbestandliche Erfolg, der nun noch gefördert werden kann. Auch der Strafgrund der Beihilfe, versteht man ihn als den mittelbaren Rechtsgutsangriff, trägt die Verengung nicht, da der Kausalverlauf nach wie vor vom aktiven Verhalten des Haupttäters ausgeht.[317] Die weitere Kritik an Rudolphis Auffassung, dass sich Handlung und Erfolg nicht trennen ließen, „weil die Schädigungshandlung erst mit dem Eintritt des Erfolges ihr Ende findet"[318], muss jedenfalls nach der hier vorgenommenen Trennung[319] nicht notwendigerweise treffen.[320] Nichtsdestotrotz ist es grundsätzlich überzeugender, dass

[311] Vgl. dazu oben Kap. 5 B. III. 1.

[312] *Rudolphi*, in: FS-Jescheck, S. 559, 567.

[313] Vgl. dazu oben Kap. 5 B. III. 2.

[314] Dazu Kap. 5 B. III. 2. e) bb).

[315] *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, § 27 Rn. 20.

[316] Vgl. oben Kap. 6 A. I. 1. a).

[317] *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 263 f.; *Kühl*, AT, § 20 Rn. 234; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 27 Rn. 22.

[318] *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 27 Rn. 44.

[319] Vgl. oben Kap. 6 A. I. 3. b).

[320] Krit. zu diesem Einwand auch *Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 206.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auf die Unterlassungskonstruktion nicht zurückgegriffen zu werden braucht, wenn auch der reine Kausalverlauf ausgehend vom aktiven Tun gefördert werden kann.

Insofern ließe sich daran zweifeln, dass die Figur der durativen Tatbegehung den Bezugspunkt der Beihilfe von einem Unterlassen zu einem aktiven Tun ändert. Abschließend scheint aber eine Differenzierung notwendig: Denn es sind Konstellationen denkbar, in denen der Teilnehmer nicht den in Gang gesetzten Kausalverlauf hin zum Erfolg fördert, sondern allein über den Umweg der Haupttäterpsyche auf das Geschehen einwirkt. Namentlich geht es um Fälle der Anstiftung oder der psychischen Beihilfe. Denken wir wieder an die Freiheitsberaubung: A sperrt den O in den Keller ein und bittet den B, O nach zwei Tagen durch eine Luke mit Essen zu versorgen, weil A andernfalls während seines Urlaubs zu besorgt ist, dass O verhungert.[321] B wirkt hier durch die Essensgabe nicht unmittelbar auf den vom Einsperren ausgehenden Kausalverlauf ein, sondern auf den Entschluss des A, den B nicht freizulassen. Bezugspunkt ist also das der Einsperrung nachfolgende Unterlassen der Befreiung durch A.[322] Hier verdient die Unterlassenskonstruktion, mitsamt einer Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB, weiterhin ihren Platz.

Bei der negativen Moderationsentscheidung liegt es nun anders. Sie nimmt keinen Einfluss auf die sich für den Content-Provider stellende Frage, ob er den Inhalt selbst löscht, sondern unmittelbar auf die Erfolgskausalität durch den Upload. Folglich ist auf die Unterlassungskonstruktion zwar nicht mit Blick auf die Anbieterverantwortlichkeit zurückzugreifen. Es verbleiben jedoch Fälle, in denen die Figur der durativen Tatbegehung bei Berücksichtigung vor der Konkurrenzfrage den Bezugspunkt der (psychischen) Beihilfe täternachteilig verdunkeln könnte.

3. Zwischenergebnis: Dauerdeliktseigenschaft und durative Begehungsweise als Antwort auf das ‚Altlastenproblem'

Sowohl für die Erfolgsverhinderungsfähigkeit (§ 13 Abs. 1 StGB) als auch für die Teilnahmefähigkeit (§ 27 Abs. 1 StGB) bei zuvor vollendeten Kommunikationsdelikten dürfte es auf den ersten Blick naheliegen, danach zu fragen, ob es sich bei den Delikten um Dauerdelikte handelt. Es konnte jedoch gezeigt werden, dass Dauerdelikte als Deliktstypus i. S. d. allgemeinen Deliktslehre unbrauchbar sind, weil auch sog. Zustandsdelikte auf eine Weise begangen werden können, dass sie alle Charakteristika von Dauerdelikten aufweisen. Andersherum sind Umstände der konkreten Begehung denkbar, in denen Dauerdelikte gerade keine fortlaufende Verwirklichung des Tatbestandes zeigen. Es scheint deshalb zunächst vorzugswürdig, allein auf die durative Begehungsweise im konkreten Falle abzustellen und den Deliktstypus des Dauerdelikts (bzw. durativen Tatbestandes) zu verabschieden.

---

[321] Vgl. zu diesem Beispiel auch *M. Wagner*, ZfiStW 2023, 349, 352 f.

[322] Eine ähnliche Differenzierung ist auch angelegt bei *Rudolphi*, in: FS-Jescheck, S. 559, 566.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Am Beispiel der Beleidigung innerhalb sozialer Netzwerke konnte jedoch auf die dogmatischen Unklarheiten hingewiesen werden, die bei Verwendung der Figur der durativen Tatbegehung entstehen: Zunächst besteht die Gefahr, dass die Frage der Erfolgsabwendbarkeit und Teilnahmefähigkeit allein anhand des (Nicht-)Vorliegens einer durativen Begehung beantwortet wird. Dann würde *erstens* die kontinuierlich wiederholte Tatbestandsverwirklichung zu einer Voraussetzung der Zurechnung nach den §§ 13, 27 StGB, ohne dass sich dies begründen ließe (weiter unter III.). *Zweitens* droht – wenn man vor diesem Hintergrund versucht, etwa die Internetbeleidigung in das Korsett der durativen Begehung zu pressen – eine Modifikation des von § 185 StGB geforderten Erfolgssachverhalts (öffentliche Zugänglichkeit statt Kenntnisnahme).

Für einen derart umgedeuteten § 185 StGB und für andere durativ begangenen Kommunikationsdelikte ergibt sich sodann die Gefahr einer Veränderung des Zurechnungsgegenstandes der Beihilfe in dreifacher Hinsicht: *Erstens* ist – entgegen der überwiegenden Auffassung – eine Zurechnung des Gesamtunrechts nicht mit Verweis auf das Akzessorietätsprinzip zu begründen, sondern nur eine Zurechnung solcher Teile der durativen Tat, die nach Hinzutreten des Gehilfen (konkret: der negativen Moderationsentscheidung) verwirklicht werden. Die durativ begangene Tat als Bezugsobjekt zu wählen, droht diesen Umstand zu verschleiern. Von dieser Annahme ausgehend lassen sich Konstellationen denken, in denen die Begrenzung des Zurechnungsgegenstandes auf diesen Zeitraum noch weitergehende Konsequenzen hat: *Zweitens* nämlich lassen sich für die Internetbeleidigung Fälle konstruieren, in denen es zu bezweifeln bleibt, dass eine Zurechnung trotz (vermeintlich) durativer Fortführung gar keine tauglichen Erfolgssachverhalte mehr aufweist (fehlende Kenntnisnahme nach negativer Moderationsentscheidung). Und *drittens* verstellt die Figur der durativen Tatbegehung (ebenso wie ihr Vorbild des Dauerdelikts) den Blick darauf, dass die Beihilfe nach Vollendung an eine Haupttat anknüpfen kann, die durch Unterlassen (weiter-)verwirklicht wird. Praktisch könnte der dogmatische Schaden dieser Verdunkelung sogar darin bestehen, dass dem Gehilfen eine dritte Strafrahmenverschiebung nach § 28 Abs. 1 StGB abgeschnitten wird.

All diese Veränderungen des Zurechnungsgegenstandes im Rahmen der Beihilfe sind dabei letztlich Konsequenz einer Übertragung von konkurrenzrechtlichen Erwägungen und – mit der durativen Tatbegehung – Begriffen in die Beteiligungslehre, in der sie statt Klarheit nur kaum begründbare Strafbarkeitsausdehnungen bringen können.

III. Gegenüberstellung der Anforderungen der Erfolgsabwendbarkeit (§ 13 Abs. 1 StGB) und Teilnahmefähigkeit (§ 27 Abs. 1 StGB)

Bislang wurde gezeigt, dass eine Antwort auf die Frage nach der Erfolgsabwendbarkeit im Rahmen des unechten Unterlassens und der Teilnahmefähigkeit nach

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vollendung nicht mit der Frage nach der Dauerdeliktseigenschaft und der Figur der durativen Tatbegehung gefunden ist. Im Folgenden sollen die Mindestanforderungen für eine solche Erfolgsabwendbarkeit und Teilnahmefähigkeit nach Vollendung vergleichend herausgearbeitet werden.

1. Teilnahmefähigkeit nach Vollendung

Für den Bereich der Teilnahmefähigkeit sei zunächst das Spannungsfeld zwischen der pragmatischen, auf den Grundsatz des effektiven Rechtsgüterschutzes gerichteten Rechtsprechung und dem dogmatisch strengeren Großteil der Literatur skizziert (a)), um sodann Mindestkriterien einer verfassungsrechtlich unbedenklichen teilnahmefähigen Phase festzuhalten (b)).

a) Skizze des Streitstandes

Die Rechtsprechung[323] und Teile der Literatur[324] lassen eine Beihilfe nicht nur bis zur formellen Vollendung, sondern bis zur materiellen Beendigung der Tat zu. Dieser Beendigungszeitpunkt wird überwiegend mit der endgültigen Beeinträchtigung des Rechtsguts konkretisiert, sodass eine teilnahmefähige Nachphase so lange bestehen kann, wie die Rechtsgutsbeeinträchtigung intensiviert werden kann. Zum Teil bezieht man sich auch auf den „tatsächlichen Abschluss" des Tatgeschehens.[325] Die strengere Literatur[326] hingegen stützt sich im Wesentlichen auf zwei Argumente: *Erstens* verbiete die Grammatik des § 27 StGB unter Umständen die Anknüpfung an eine Beendigungsphase. Der Täter müsse Hilfe zur „Tat" leisten. Die „Tat" wiederum könne nur eine materiell-strafrechtliche rechtswidrige Tat i. S. v. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB sein[327], also nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt. Der Tatbestand kenne jedoch nur den Vollendungszeitpunkt, das erstmalige Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale. Die Beendigungsphase sei in diesem Kontext nicht nur ohne erkennbaren Bezug zum Wortlaut strafbarkeitsbegründend[328], sondern aus

[323] RGSt 23, 292; BayObLG NJW 1980, 412; BGH NStZ-RR 1996, 374; NStZ 2000, 31; 2013, 463, 464.

[324] Etwa *Frister*, AT, § 28 Rn. 50, der für die Abgrenzung zur Begünstigung in der Beutesicherungsphase des Diebstahls danach fragen will, ob eine Zäsur die „einheitliche Handlung" von Wegnahme und Beutesicherung trennt.

[325] Zu § 142 StGB BayObLG NJW 1980, 412.

[326] *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 257 ff.; vollständige Ablehnung mit Ausnahme von Dauerdelikten *Jakobs*, AT, 22/41.

[327] Kein überzeugender Bezug lässt sich hingegen zum prozessualen oder einem konkurrenzrechtlichen Tatbegriff herstellen. Vgl. dazu *Brodowski*, ZStW 2021, 913, 922 m. w. N.

[328] Strafbarkeitsbegrenzend wirke hingegen die materielle Beendigung bei der Gegenwärtigkeitsprüfung der Notwehrlage, der Tateinheit gem. § 52 StGB und dem agent provocateur unter § 26 StGB. Vgl. dazu *Kühl*, JuS 2002, 729, 735; für die Notwehr am Bsp. des Diebstahls in der Beutesicherungsphase *Roxin/Greco*, AT I, § 15 Rn. 28. Zu Recht weist *Hsueh*, Tatbeendigung, S. 98 ff., insbesondere Fn. 239 bei der Notwehr darauf hin, dass sich die Unterteil-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ebendiesem Grund und mangels überzeugender Grenzziehungen auch nicht hinreichend bestimmt; beides verstoße gegen das Verbot des Art. 103 Abs. 2 GG.[329, 330] *Zweitens* wird in systematischer Hinsicht vorgetragen, dass eine sukzessive Beihilfe mit dem Anwendungsbereich des § 257 StGB konfligiere und eine Abgrenzung nach dem inneren Willen[331] kaum überzeugen könne[332]. Beide Einwände zeigen, dass es sich bei dem Streit nicht schwerpunktmäßig um einen des Allgemeinen Teils handelt; er lässt sich nicht ohne Probleme vor die Klammer ziehen, sondern ist für die Delikte des Besonderen Teils im Einzelnen zu konkretisieren. So verfangen beide Einwände deutlich bei der im Zentrum der Diskussionen stehenden Anwendung auf die sukzessive Beihilfe i. R. d. § 242 StGB. Denn die Unterstützung der Beutesicherung mag mit der Argumentation der Rspr. zwar eine Intensivierung der Rechtsgutsverletzung darstellen, da eine Wiederherstellung der rechtmäßigen Gewahrsamsverhältnisse weiter vereitelt wird, sie fördert aber gewiss nicht mehr das innertatbestandliche Verhalten der Wegnahme. Vielmehr nimmt gerade der § 257 StGB die Unterstützung der nachfolgenden Beutesicherung in den Blick.

Daraus wird in der strengeren Literatur überwiegend abgeleitet, dass es Fälle der Beihilfe nach Vollendung gebe, denen diese Kritik nicht entgegengebracht werden

---

lung in günstige und nachteilige Rechtsfolgen kaum aufrechterhalten lässt, berücksichtigt man, dass die Verschiebung der zeitlichen Notwehrgrenzen durchaus nachteilig für den Angreifer und seine Abwehrmöglichkeiten ist. Daneben scheint die Unterscheidung in eine tatbestandslose und tatbestandsmäßige Nachphase für die Notwehr, die keinen tatbestandsmäßigen Angriff voraussetzt, nicht passend (vgl. auch *Kühl*, JuS 2002, 729, 735). Andererseits dürfte jede tatbestandslose Nachphase, wie etwa bei der Verwirklichung der Absicht im Rahmen erfolgskupierter Delikte, den Rahmen der Notwehrlage sprengen.

[329] Vgl. *Kühl*, in: FS-Roxin, S. 665, 675 f.; *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 260, 262; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 27 Rn. 43; *Bitzilekis*, ZStW 1987, 723, 733 f.; *Murmann*, in: SSW-StGB, § 27 Rn. 8; *R. Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 203 f.; differenzierend *Brodowski*, ZStW 2021, 913, 922 f.

[330] Diesem Argument kann im Einzelfalle, etwa bei der Beleidigung, gerade nicht entgegengehalten werden, dass auch in anderen Normen (§ 242 StGB) kein Beendigungszeitpunkt normiert ist und daher keine höheren Anforderungen an die teilnahmefähige Beleidigung zu stellen sind (so aber *Handel*, Diensteanbieter, S. 217 f. mit Verw. auf *Krischker*, JA 2013, 488, 492). Dass die Rspr. bei § 242 StGB an einen außertatbestandlichen Beendigungsbegriff anknüpft, ist Ausgangspunkt der Kritik und nicht die Lösung. Jedenfalls innerhalb eines restringierten Rahmens der sukzessiven Beihilfe kann der Schluss von dem regelmäßig problematischen Fall des § 242 StGB auf den, wie zu zeigen sein wird, weniger problematischen Fall der Beleidigung nicht sinnvoll sein.

[331] Vgl. nur BGHSt 4, 132, 133; 6, 248, 251.

[332] *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 261; *Kühl*, FS-Roxin, S. 665, 680; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 27 Rn. 43; *Murmann*, in: SSW-StGB, § 27 Rn. 8; gesetzt den Fall, eine sukzessive Beihilfe wird für möglich gehalten, stets dieser gegenüber der Begünstigung den Vorrang gebend *Bosch*, JURA 2012, 270, 272 f.; den § 257 StGB stets als lex specialis begreifend *R. Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 211 f.; *Brodowski*, ZStW 2021, 913, 924 will zusätzlich eine Kollision mit § 140 StGB entdecken; krit. zum Argument der mangelnden Abgrenzbarkeit von den Anschlussdelikten *Hsueh*, Tatbeendigung, S. 218.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

könne: Neben den Dauerdelikten[333], mit denen wir uns ausgiebig beschäftigt haben, werden in diesem Kontext häufig die Fälle konkurrenzrechtlicher Handlungseinheit angeführt[334]. Wir haben bereits anhand der durativen Tatbegehung dargestellt, dass eine Annäherung an die Frage der Teilnahmefähigkeit von konkurrenzrechtlichen Einheiten aus mit Risiken verbunden ist. Deshalb sollen im Folgenden die zugrundeliegenden Kriterien herausgearbeitet werden, unter denen von einer Teilnahmefähigkeit auszugehen ist.

b) Anforderungen an eine teilnahmefähige Nachphase

Eine erste Voraussetzung kann auf der materiellen Ebene gefunden werden und lehnt sich an die Anforderung der Rechtsprechung zur Intensivierung der Rechtsgutsbeeinträchtigung an. Sie ergibt sich unmittelbar aus dem Strafgrund der Beihilfe, der nach vorzugswürdiger Auffassung in dem akzessorischen Rechtsgutsangriff zu sehen ist. Fehlt es wie am Beispiel der Beleidigung, die allein für das Opfer sichtbar bleibt[335], an einer solchen, kann eine unterlassene Löschung unmöglich zu einer Förderung führen.

Die zweite Voraussetzung besteht darin, dass die Nachphase von einem tatbestandlichen Verhalten geprägt sein muss, was sich zunächst einmal auf den objektiven Tatbestand bezieht. Ist das, wie das Beispiel des § 242 StGB zeigt, nicht der Fall, wird durch den Hinzutretenden kein tatbestandsmäßiges Verhalten, sondern bloß irgendeine Rechtsgutsbeeinträchtigung gefördert. Zu fordern ist daher mit Kühl, der dies als erster grundlegend herausgearbeitet hat, die Tatbestandsgebundenheit des strafrechtlichen Unrechts.[336] Diese tatbestandsmäßige Phase nach Vollendung kann – wie bereits an der durativen Tatbegehung gesehen – durch aktives Tun (in der Diktion der durativ begangenen Delikte: ‚Weiterhandeln')[337] oder durch Unterlassen bestehen. Gerade die zweite Konstellation ist die für uns relevante. Soll nun aber

[333] Vgl. erneut *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 264; *Jakobs*, AT, 23/40; *Kühl*, JA 2014, 668, 673; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 27 Rn. 47; *Murmann*, in: SSW-StGB, § 27 Rn. 8.

[334] *Eisele*, in: B/W/M/E, § 24 Rn. 9. Zu diesen zählen nicht nur die iterative Tatbegehung, sondern auch die sukzessive Tatbegehung, also die Vornahme mehrerer Einzelhandlungen, die ab einer bestimmten Handlung kumuliert den Taterfolg bilden, das Delikt zur Vollendung führen und im Anschluss das Unrecht weiter vertiefen (etwa bei § 238 StGB). Vgl. dazu *Mitsch*, JA 2017, 407, 408 f.

[335] Dazu oben Kap. 6 B. II. 2. a) aa).

[336] Vgl. insbesondere *Kühl*, Beendigung, S. 58 ff.: „Nur Verhaltensweisen, die noch unter den Unrechtstypus der jeweiligen Deliktsart fallen, erfüllen einen Straftatbestand und können damit strafrechtliches Unrecht darstellen." Zur Beihilfe nach Vollendung konkret *Kühl*, Beendigung, S. 82 f.; *Kühl*, in: FS-Roxin, S. 665, 673 ff.; ebenso *Bitzilekis*, ZStW 1987, 723, 735; anders *Jescheck*, in: FS-Welzel, S. 683, 691, der ein materielles Verständnis der Beendigungsphase für maßgeblich hält und vorschlägt, den „‚möglichen Wortsinn' vorsichtig zu lockern"; es dürfe vom Wortlaut nichts verlangt werden, was „außerhalb seiner Zweckbestimmung liegt".

[337] Dazu *Kühl*, Beendigung, S. 60.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

diese Unterlassungsphase eine solche sein, die einen strafrechtlichen Tatbestand erfüllen kann, so ist dafür nicht nur eine Garantenstellung (aus Ingerenz) und eine physisch reale Handlungsmöglichkeit (eine durch das technische Design vermittelte Möglichkeit zur Löschung) erforderlich, sondern vielmehr auch die Erfolgsabwendbarkeit gem. § 13 Abs. 1 StGB.[338] Hier nun zeigt sich in aller Deutlichkeit, dass die Frage nach der Erfolgsabwendbarkeit für die Konstellationen der Teilnahme nach Vollendung, die sich aus Tun und Unterlassen zusammensetzen, in der Teilnahmefähigkeit enthalten ist. Es wurde aber auch gezeigt, dass schon der reine auf einen tatbestandlichen Erfolg gerichtete Kausalverlauf zum Bereich des objektiv Innertatbestandlichen gehört.[339]

Als dritte Voraussetzung ist es erforderlich – ebenfalls im Hinblick auf die Tatbestandsmäßigkeit der Haupttat –, dass der Vorsatz des Täters zum Zeitpunkt der Teilnahme aktuell ist.[340] So erläuterte das RG anhand des Beispiels eines beleidigenden Plakats, dass kein den § 185 StGB erfüllender Zustand mehr vorliege, wenn der Aussteller nicht mehr an den Aushang denke oder davon ausgehe, dass dieser unleserlich geworden oder abgehängt worden sei.[341] Dass eine solche Voraussetzung nicht wirklich außerhalb dieser Konstellation diskutiert wird, erklärt Hau damit, dass nicht bereits die innerliche Abstandnahme von bspw. einer Freiheitsberaubung ausreichen könne, sondern der dolus eventualis eben erst dann aufgegeben werde, wenn eine Aufhebung des objektiven Unrechtszustands durch Befreiung stattfinde.[342]

2. Erfolgsabwendbarkeit

Die Strafbarkeit des unechten Unterlassens setzt gem. § 13 Abs. 1 StGB voraus, dass der Erfolg abwendbar ist. Zweifel kommen vor allem dort auf, wo der Erfolg bereits eingetreten ist und damit zur Vollendung geführt hat. Häufig wird dies sodann unter der Frage verhandelt, ob eine Erfolgsintensivierung noch möglich sei, oder es vielmehr um eine unterlassene Kompensation des Erfolges bzw. seiner Beseitigung gehe.[343] Darin aber ist der Rückfall auf einen materiellen Erfolgsbegriff des § 13 Abs. 1 StGB zu sehen, der danach fragt, ob eine Rechtsgutsbeeinträchtigung noch anwachsen (oder im Falle der Gefährdung noch aufrechterhalten werden[344]) kann. Bleibt man hingegen konsequent bei einem formell orientierten Erfolgsbegriff, der

[338] *Kühl*, Beendigung, S. 66.

[339] Vgl. dazu oben Kap. 6 B. II. 2. b) cc) (3).

[340] *Reinbacher*, in: FS-Werle, S. 881, 890.

[341] RGSt 57, 193, 196.

[342] *Hau*, Beendigung, S. 40.

[343] *Kühl*, Beendigung, S. 66 f.; vgl. auch *Hau*, Beendigung, S. 71 f.; *R. Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 50.

[344] Vgl. *Ransiek*, JuS 2010, 490, 495, der die abstrakte Gefahr als Erfolg i. S. d. § 13 Abs. 1 StGB versteht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sich auf von der Handlung trennbare und tatbestandlich vorgegebene Außenweltsveränderungen fokussiert[345], so ergibt sich auf den ersten Blick ein anderes: Der inkriminierte Inhalt ist weiterhin öffentlich zugänglich. Die Beleidigung kann weiterhin von Dritten wahrgenommen werden. Der verhetzende Inhalt verbleibt weiterhin in der Sphäre eines Gruppenangehörigen (§ 192a StGB).

Aber auch auf der Grundlage des hier bevorzugten formellen Erfolgsbegriffs von § 13 Abs. 1 StGB lässt sich die Forderung nach einer Intensivierung der Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung begründen, wie Hruschka zeigt: „Daß das bloße Bestehenlassen des Schadens keine Tatbestandsverwirklichung mehr enthält, ergibt sich aus der Präventivfunktion des Strafrechts, das zwar Schädigungen, z. B. Körperverletzungen, verhindern, nicht aber eingetretenen Schaden, z. B. zugefügte Wunden, beseitigen, verringern oder lindern soll. Daher kann es nicht Aufgabe der Regeln über die unechten Unterlassungstaten sein, die Verpflichtung zur Wiedergutmachung eines bereits angerichteten Schadens zu statuieren.“[346] Es lässt sich also auch, ohne den Erfolgsbegriff wieder materiell anzureichern, aus außergesetzlichen Gründen unrechtsneutrales Verhalten aus dem Anwendungsbereich von § 13 Abs. 1 StGB ausnehmen.

Ein anderes vertritt Clausen, der sich eingehend mit dem Erfolgsbegriff des § 13 Abs. 1 StGB auseinandersetzt und i. E. ebenfalls eine formell orientierte engere Lösung vertritt.[347] Am Gegenstand der Altlastenproblematik i. R. d. § 326 StGB geht auch er auf die Frage der Erfolgsabwendbarkeit nach Vollendung ein. Nachdem er einer Dauerdeliktseigenschaft und einer Umdeutung des § 326 StGB in ein konkretes Gefährdungsdelikt widerspricht[348], wirft Clausen die Frage auf, ob die materielle Beendigungsphase bis zum Ende der Rechtsgutsbeeinträchtigung nicht nur für die Frage der sog. sukzessiven Beihilfe, sondern auch für die Unterlassungstäterschaft herangezogen werden könne. Neben allgemeinen Zweifeln an der Vereinbarkeit der strafbarkeitsausdehnenden Wirkung einer materiellen Beendigungsphase, hält er sie schließlich mit dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB für unvereinbar,[349] weil es § 13 Abs. 1 StGB um einen drohenden Erfolg gehe, der zum gesetzlichen Tatbestand gehöre, und die nach der Vollendung zu erwartende Rechtsgutsbeeinträchtigung außerhalb des Tatbestandes stehe. Deshalb könne bei abstrakten Gefährdungsdelikten die Intensivierung der Rechtsgutsbeeinträchtigung durch Verdichtung der Gefahr oder gar Rechtsgutsverletzungen nicht zu einer weiteren Erfolgsabwendbarkeit führen.[350] Mit dieser Begründung scheint Clausen jedoch auf einen zuvor

[345] Dazu ausführlich oben Kap. 6 A. I. 3.

[346] *Hruschka*, GA 1968, 193, 198; vgl. auch *Hau*, Beendigung, S. 72; *R. Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 50; i. E. auch BGH NStZ 1990, 36, 37.

[347] Vgl. erneut *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 81.

[348] *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 146 ff.

[349] *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 174.

[350] *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 174, deutlich S. 176: „Die Gefahr für die Umweltrechtsgüter stellt daher grundsätzlich keinen tatbestandsmäßigen Erfolg des § 326 StGB dar,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

abgelehnten[351], materiell orientierten Erfolgsbegriff zurückzufallen, wenn er sich maßgeblich darauf stützt, dass der Tatbestand keine Rechtsgutsverletzung oder konkrete Gefährdung voraussetzt. Darin zeigt sich, dass der Begriff der Erfolgsintensivierung in diesem Kontext nicht hilft; zumindest dann nicht, wenn man zuvor einen formell orientierten Erfolgsbegriff zugrunde legt, der an die Außenweltsveränderung anknüpft.

Es ist daher nicht nur terminologisch vorzugswürdig vorauszusetzen, dass *erstens* die formellen Erfolgssachverhalte anhalten (öffentliche Zugänglichkeit) oder sich aktualisieren können (Kundgabe an weitere Personen) und *zweitens* – mit Hruschka[352] – eine weitere Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts zu erwarten ist. Wie so eine weitere Beeinträchtigung bei (abstrakten) Gefährdungsdelikten aussehen soll, wird sogleich diskutiert.

3. Zwischenergebnis: ‚Digitale Altlasten' und deliktsspezifische Drei-Stufen-Prüfung

Eine Gegenüberstellung der Erfolgsabwendbarkeit (§ 13 Abs. 1 StGB) und der Teilnahmefähigkeit (§ 27 Abs. 1 StGB) nach Vollendung hat gezeigt, dass die Erfolgsabwendbarkeit allein die materielle Ebene in den Blick nimmt und danach fragt, ob mit dem weiteren Bestehen eines Erfolges – verstanden als ein Zustand der Außenweltsveränderung – eine stärkere Beeinträchtigung des Rechtsguts ausgeschlossen ist. Diese Forderung ergibt sich für § 13 Abs. 1 StGB aus dem Erfordernis, keine unrechtsneutrale unterlassene Kompensation einer bereits ‚perfekten' Rechtsgutsbeeinträchtigung vornehmen zu müssen. Dass es hingegen für die Teilnahmefähigkeit einer Tat nach Vollendung (§ 27 Abs. 1 StGB) auf formeller Ebene darauf ankommt, dass sowohl der objektive als auch der subjektive Tatbestand durch den Haupttäter verwirklicht wird, ergibt sich verfassungsrechtlich aus Art. 103 Abs. 2 GG und teilnahmedogmatisch aus der Akzessorietät des Rechtsgutsangriffs.

Kurzum: Die Erfolgsabwendbarkeit im Rahmen der Unterlassungstäterschaft (§ 13 Abs. 1 StGB) blickt allein auf die materiell erste Stufe, während die Teilnahmefähigkeit (§ 27 Abs. 1 StGB) zusätzlich die formellen Stufen der objektiven und subjektiven Tatbestandserfüllung in den Blick nehmen muss. Diese Stufen sind im Folgenden anhand der hier betrachteten Kommunikationsdelikte weiter zu beleuchten.

---

so daß auch eine Gefahrvergrößerung keine neuen tatbestandsmäßigen Erfolge begründet." Dies im Hinblick auf BGH NStZ 1990, 36, 37.

[351] Vgl. erneut *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 81, 182: „Dies ist deshalb zweifelhaft, weil der eigentliche Erfolg des § 326 I StGB in dem verursachten illegalen Beseitigungszustand liegt." Vgl. in diesem Kontext auch *Hambel*, Verlinkung, S. 172, dessen These, dass abstrakte Gefährdungsdelikte keine Dauerdelikte sein können, auf die Annahme eines materiellen Erfolgsbegriffs (vgl. oben Kap. 6 A. I. 2.) gestützt zu sein scheint (deutlicher *Hambel*, Verlinkung, S. 173).

[352] Vgl. erneut *Hruschka*, GA 1968, 193, 198.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

IV. Erfolgsabwendbarkeit und Teilnahmefähigkeit nach Vollendung bei Kommunikationsdelikten

Nachdem die Mindestvoraussetzungen einer Erfolgsabwendbarkeit und Teilnahmefähigkeit nach Vollendung identifiziert sind, gilt es vor dieser Folie zuletzt unsere Kommunikationsdelikte genauer zu betrachten. Dabei sollen die für § 27 Abs. 1 StGB relevanten Kriterien des fortbestehenden Vorsatzes und der Innertatbestandlichkeit des Täterverhaltens bei der deliktsspezifischen Betrachtung weniger Beachtung finden. Bei ersterem handelt es sich nämlich um eine allgemeine Frage und bei zweiterem, lässt sich, geht man von einem formellen Erfolgsverständnis aus, nahezu immer sagen, dass eine unterlassene Löschung formell die Tatbestandsmerkmale des öffentlichen Zugänglichmachens, Gelangenlassens, Kundgebens etc. weiter verwirklicht; oder dass es sich um einen in Gang gesetzten Kausalverlauf hin zum tatbestandlichen Erfolg handelt. Auf etwaige Ausnahmen (§§ 192a, 111 Abs. 1 StGB) ist noch einzugehen. Im Zentrum der deliktsspezifischen Betrachtung liegt daher die fortgeführte Rechtsgutsbeeinträchtigung, die als Grundlage sowohl für eine Erfolgsabwendbarkeit i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB als auch für eine Teilnahmefähigkeit i. S. v. § 27 Abs. 1 StGB vorausgesetzt wird.

1. Ehrschutzdelikte, §§ 185 ff. StGB

Für die §§ 185 ff. StGB wird überwiegend zu Recht angenommen, dass die Verletzung der Ehre in Form des äußeren Achtungsanspruchs mit der sukzessiven Erweiterung des Adressatenkreises ansteigt.[353] Diese These ist zwar nicht völlig unzweifelhaft, könnte doch zumindest angedacht werden, dass irgendwann eine ‚Immunisierung' des Achtungsanspruchs eintritt, das Opfer sich also kaum weiter betroffen fühlt.[354] Naheliegender scheint jedoch zum einen von einer sich entsprechend verstärkenden „Prangerwirkung"[355] auszugehen und zum anderen vermeintliche faktische Immunisierungseffekte mit einem (zumindest auch) normativen Ehrbegriff außen vor zu lassen.

[353] *Reinbacher*, JZ 2020, 558, 560; *Reinbacher*, NK 2020, 186, 191; *Krischker*, JA 2013, 488, 492; ferner *Gomille*, ZUM 2021, 81, 86; *Preuß*, KriPoZ 2019, 97, 99; vgl. auch *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 7/2017, Anm. 1; nicht gänzlich klar *Hambel*, Verlinkung, S. 204, der im Kontext der Verlinkung gleichzeitig von einer Intensivierung der Ehrverletzung durch faktische Erweiterung des Publikums und von der bereits abgeschlossenen Verletzung der Ehre spricht.

[354] In der Nähe solcher Gedanken steht eine Erwägung in Kap. 2 C. II. 1.

[355] *Reinbacher*, JZ 2020, 558, 560; *Reinbacher*, NK 2020, 186, 191; *Krischker*, JA 2013, 488, 492; ferner *Gomille*, ZUM 2021, 81, 86; *Preuß*, KriPoZ 2019, 97, 99; *Handel*, Dienstanbieter, S. 217. Dazu Kap. 2 C. II. 3. im Kontext des schwarmförmigen Verhaltens gegen das Opfer.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Verhetzende Beleidigung, § 192a StGB

Geht man von einer Anwendbarkeit des § 192a StGB innerhalb sozialer Netzwerke bei hinreichender Individualisierung des Konfrontierten aus[356], so stellt sich auch hier die Frage nach der Intensivierbarkeit der Rechtsgutsbeeinträchtigung. Es ließe sich dabei nach der Person des Kenntnisnehmenden unterscheiden:

a) Zwei-Personen-Verhältnis: Von der konkreten Gefahr zur Verletzung

Ist der verhetzende Inhalt in den Machtbereich einer individualisierten gruppenzugehörigen Person gelangt, so besteht ab diesem Zeitpunkt die (konkrete) Gefahr einer Ehr- und Menschenwürdeverletzung durch die Kenntnisnahme dieser Person.[357] Dieser Zustand einer konkreten Gefahr hält so lange an, wie der Inhalt aus dem Machtbereich nicht entfernt wird oder zuletzt durch den Adressaten zur Kenntnis genommen wird. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht die konkrete Gefahr für die Ehre bzw. Menschenwürde des Adressierten fort.[358] Nach der Kenntnisnahme und dem Eintritt des Rechtsgutsschadens lässt sich dieser sodann nicht mehr intensivieren. Es gilt insofern gleiches wie bei § 185 StGB: Der beleidigende Brief entfaltet gegenüber der mündlichen Beleidigung nicht deshalb eine sich sukzessive intensivierende Rechtsgutsverletzung, weil das Opfer die pejorativen Zeilen wieder und wieder lesen kann.[359]

b) Mehr-Personen-Verhältnis: Öffentlicher Frieden, überindividuelle Menschenwürde und äußere Ehre

Man könnte versucht sein, anders zu argumentieren, wenn weitere Nutzer den Inhalt zur Kenntnis nehmen: dass also auch bei § 192a StGB eine weitere Beeinträchtigung des Rechtsgutes nach Kenntnisnahme durch den individuellen Adressaten stattfindet, wenn die kenntnisnehmende Person eine Dritte ist. Will man etwa durch § 192a StGB wie durch § 130 Abs. 1 StGB Allgemeininteressen geschützt sehen[360], so ließe sich durchaus diskutieren, ob die Erweiterung des Adressatenkreises eine weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung darstellt.

---

[356] Vgl. oben Kap. 6 B. I. 3.

[357] Vgl. oben Kap. 6 A. I. 2. b) cc).

[358] In diese Richtung geht es auch, wenn allgemein angenommen wird, dass die Beendigungsphase eines Gefährdungsdelikts bis zur Beseitigung oder Realisierung der Gefahr reicht (vgl. dazu *Hau*, Beendigung, S. 37; ferner *Hsueh*, Tatbeendigung, S. 22; i. E. auch *Jescheck*, in: FS-Welzel, S. 683, 686). Zu der Frage, ob eine Steigerung der Gefahr feststellbar sein muss oder bereits das Weiterbestehen ausreicht vgl. unten Kap. 6 B. IV. 4.

[359] Dazu oben Kap. 6 B. II. 2. a) aa).

[360] *Fischer*, StGB, § 192a Rn. 2 f.: „*neben* dem Allgemeininteresse auch Individualinteressen" (Hervorhebung durch M. N.); *Heger*, in: L/K/H, § 192a Rn. 1 f.: Schutz der überindividuellen Menschenwürde und größere Nähe zu § 130 StGB.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Es spricht jedoch gegen einen Schutz des öffentlichen Friedens, dass der § 192a StGB im Abschnitt des Ehrschutzes angesiedelt wurde und der öffentliche Friede weder Eingang in den Tatbestand noch in die Gesetzesbegründung gefunden hat.[361] Will man wie bei § 130 Abs. 1 StGB auf den Schutz der Menschenwürde als überindividuellen Wert abstellen[362], so stellt sich nicht nur die Frage, ob eine weitere oder gar gesteigerte Beeinträchtigung durch weitere Kenntnisnahmen denkbar ist. Ein solches Schutzkonzept wird systematisch weder durch die Verortung bei den §§ 185 ff. StGB noch durch den von § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB abweichenden Wortlaut[363] nahegelegt.

Dass sich letztlich die Ehr- bzw. Menschenwürdeverletzung nicht durch weitere Kenntnisnahmen intensivieren lässt, ist mit der Konstruktion des § 192a Alt. 1 StGB zu erklären, deren Anwendungsbereich sich neben § 185 StGB nur dann erschließen lässt, wenn man die Figur der Beleidigung unter Kollektivbezeichnung hinreichend eng versteht.[364] Sodann zeigt sich, dass § 192a Alt. 1 StGB insofern enger als § 185 StGB ist, als allein die innere Seite der Ehre bei der Konfrontation betroffen ist.[365] Diese innere Seite, also das Verhältnis des Konfrontierten zum Inhalt, bleibt aber gerade blind für die Kenntnisnahme weiterer Personen. Ein anderes würde die Grenze zwischen § 192a StGB und § 185 StGB noch weiter[366] verwischen.

c) Exkurs: Innertatbestandlichkeit des Gelangenlassens an Dritte

Wollte man dieses Ergebnis nicht allein aus der Betrachtung der materiellen Ebene beziehen, dann ließe sich die Unbeachtlichkeit der Kenntnisnahme durch weitere Dritte mit Blick auf das Merkmal des Gelangenlassens begründen. Denn dieses beschreibt allein das Gelangen bzw. Belassen im Verfügungsbereich des Adressaten, der dadurch möglicherweise Kenntnis nimmt. Dass dieser Transfer in den Machtbereich einer anderen Person zugleich zu einer Kenntnisnahme Dritter führen und damit – hält man die äußere Ehre anders als wir in solchen Konstellationen für verletzbar – zu einer Intensivierung der Rechtsgutsverletzung führen kann, spielt jedoch keine Rolle. Denn hier würde es völlig an einem Zusammenhang zwischen dem tatbestandlichen Programm des § 192a StGB und dem bezweckten Rechtsgüterschutz fehlen. Vielmehr würde man den § 192a StGB durch eine

[361] So auch *Kusche*, KriPoZ 2023, 211, 214 f.

[362] Vgl. zur Schutzgutsdiskussion bei § 130 StGB m. w. N. *S. Beck/Nussbaum*, KriPoZ 2023, 218, 225 f.

[363] Zu diesem Argument ausführlich *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 335, 338.

[364] Ausführlich *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 335, 336 f.; *S. Beck/Nussbaum*, KriPoZ 2023, 218, 220 jeweils mit Nachweisen zur anderen Auffassung.

[365] Vgl. zur Herleitung dieses Ansatzes *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 335, 337 ff.; *S. Beck/Nussbaum*, KriPoZ 2023, 218, 222; dazu auch *Kusche*, KriPoZ 2023, 211, 214.

[366] Zur Überschneidung der beiden Strafnormen und Kriminalisierung des Gesetzgebers außerhalb der identifizierten Straflücke bei der Schaffung des § 192a StGB vgl. auch *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 335, 341.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Nachphase erweitern, die den §§ 185 ff. StGB entspricht. Daher bleibt es unabhängig von einer Kenntnisnahme Dritter dabei, dass eine weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung nach Gelangen in den Machtbereich bis zur Beseitigung oder Kenntnisnahme des Inhalts möglich ist.

3. Bedrohung, § 241 StGB

Auch für die Bedrohung stellt sich die Frage, ob eine weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung des nach h. M. geschützten subjektiven Rechtsfriedens[367] nach Kenntnisnahme des Opfers möglich ist. Es lassen sich wie bei § 192a StGB zwei mögliche Anknüpfungspunkte für eine weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung unterscheiden: Die Perpetuierung und die Breitenwirkung der Droherklärung.[368]

a) Perpetuierung der Drohwirkung

Zunächst könnte die Perpetuierung und die Möglichkeit, den drohenden Inhalt wieder und wieder wahrzunehmen, die psychische Wirkung auf das Opfer steigern.[369] Eine solche Aktualisierung der Einschüchterung durch erneute, letztlich freiverantwortliche Exposition durch das Opfer stellt dabei aber keine Besonderheit der im Internet begangenen Bedrohung dar, sondern kann sich bei jeder schriftlichen Äußerungsform, letztlich auch einem abgesendeten Brief, ergeben.

Es könnte daher näherliegen, eine Besonderheit der Perpetuierung darin zu erblicken, dass der Täter die Bedrohungserklärung aufrechterhält. Es müsste sich also behaupten lassen, dass dem Opfer durch die ungenutzte Möglichkeit zur Löschung vermittelt werde, dass die Drohung noch weiteren Bestand hat und es weiterhin mit der Rechtsgutsverletzung durch die angedrohte Tat rechnen müsse. Das wird besonders deutlich, wenn man die Drohung als eine geäußerte Selbstverpflichtung versteht.[370] Eine solche Intensivierung der Beeinträchtigung scheint vor dem Hintergrund denkbar, dass anders als bei § 240 StGB die rechtsgutsbeeinträchtigende Wirkung der Drohung vom Element der Ungewissheit lebt. Während das Opfer bei der Nötigung durch die Vornahme der abgenötigten Handlung die Kontrolle über eine Art Tauschhandel hat (Ende der Drohwirkung gegen Herbeiführung des Nötigungserfolgs), bleibt es für das Bedrohungsopfer in unserem Fall unabhängig von der Vornahme einer bestimmten Handlung unklar, ob es zur Verwirklichung der angedrohten Tat kommt.[371]

---

[367] Dazu Nachweise bei Kap. 6 B. I. 1. a).

[368] Vgl. auch *Toepel*, in: NK-StGB, § 241 Rn. 6 sowie *Schluckebier/Werner*, in: SSW-StGB, § 241 Rn. 2.

[369] Vgl. *Sinn*, in: MüKo-StGB, 2023, § 241 Rn. 20.

[370] Dazu oben Kap. 5 B. III. 2. b) und insbesondere *Oğlakcıoğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 191 f.

[371] Vgl. dazu *Hilgendorf*, in: A/W/H/H, § 9 Rn. 96.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Intensivierung des Drohgefühls müsste sich also gerade aus der unterlassenen Löschung ergeben. Dafür müsste die Aktualisierung der Erklärungswirkung mit der einer iterativen Bedrohung vergleichbar sein. Diesen Schluss würde ein objektiver Dritter in der Situation des Bedrohten in Anbetracht der Besonderheiten der Kommunikation sozialer Netzwerke aber wohl in aller Regel kaum ziehen. Es müsste den Gepflogenheiten der Kommunikation innerhalb sozialer Netzwerke entsprechen, Äußerungen dann zu löschen, wenn sie für die Pläne und Haltungen des Nutzers keine Aktualität mehr beanspruchen. Ein solches könnte in anderen Kontexten der webbasierten Kommunikation (etwa für kooperativ genutzte Taskboards) gelten, entspricht aber kaum der gelebten Praxis in sozialen Netzwerken.

b) Breitenwirkung

Versucht man hingegen an die Breitenwirkung anzuknüpfen, sind wiederum andere Erklärungen für eine Intensivierung denkbar. In einem solchen Fall würde (nur) im Ergebnis Ähnliches wie bei dem § 185 StGB gelten: Je mehr Dritte die Äußerung zur Kenntnis nehmen, desto schwerer wiegt die Rechtsgutsbeeinträchtigung. Dass die Breitenwirkung Einfluss auf den Erfolgsunwert der Bedrohungstat haben kann, scheint auch der Gesetzgeber anzunehmen, wenn er im Rahmen seiner oben erwähnten Reform die Qualifikation des § 241 Abs. 4 StGB, also die öffentliche Begehung bzw. Drohung durch Verbreiten von Inhalten oder innerhalb einer Versammlung, einfügt. Naheliegend könnte die These lauten: Wenn also die Breitenwirkung, wie in § 241 Abs. 4 StGB, den Erfolgsunwert der Bedrohung erhöht und die Breitenwirkung innerhalb sozialer Netzwerke zeitlich gestreckt hergestellt wird, so lässt sich eine weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung in diesem aufgespannten zeitlichen Rahmen ableiten. Jedoch lassen sich nicht nur einige Legitimationsansätze im Hinblick auf das Schutzkonzept des § 241 StGB kritisch hinterfragen. Es lässt sich darüber hinaus argumentieren, dass einzelne Gründe unabhängig von der Legitimität keine Aussage für die Teilnahmefähigkeit treffen:

aa) Keine Übertragbarkeit der Erwägungen zur Qualifikation der öffentlichen Beleidigung

Die Gesetzesbegründung, die sich zwar an dieser Stelle nicht unmittelbar auf die Qualifikation bezieht, führt zur Begehung im Internet und insbesondere innerhalb sozialer Netzwerke aus:

> „Wenn allerdings die Äußerungen eine besondere Reichweite erfahren, weil sie einem unbestimmten Empfängerkreis zur Kenntnis gelangen, besteht die Gefahr der Nachahmung und der Steigerung der Aggressivität. Entsprechend den Erwägungen in dem Gesetzentwurf zu Artikel 1 Nummer 5 (Änderung des § 185 StGB) ist auch hier zu bedenken, dass ‚Äußerungen wegen der eingeschränkten Löschungsmöglichkeiten oftmals über einen langen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zeitraum durch einen großen Personenkreis abgerufen werden' und ‚für die Betroffenen deshalb besonders schwer' wiegen (vgl. BR-Drucksache 87/20, Seite 35)."[372]

Der Gesetzgeber betont hier besonders die Breitenwirkung. Dass aber der Abruf durch weitere Nutzer für den Betroffenen besonders schwer wiegt, ist im Vergleich zu § 185 StGB kein Ding der Augenfälligkeit. Die beleidigende Wirkung kann – wie zuvor dargestellt – auch in Gestalt der Beeinträchtigung des sozialen Achtungsanspruchs (grob: äußere Ehre) nur durch die Kundgabe an Dritte stattfinden. Die rechtsgutsbeeinträchtigende Wirkung jeder einzelnen, intersubjektiv zwischen Dritten und Opfer belasteten Beziehung akkumuliert sich sodann. Eine identische oder nur ähnliche Beeinträchtigung des subjektiven Rechtsfriedens stellt sich im Mehrpersonenverhältnis bei der öffentlichen Bedrohung gem. § 241 Abs. 1, Abs. 4 StGB nicht ein.[373] Es gilt daher nach bedrohungsspezifischen Erklärungsansätzen für die besondere Schwere der öffentlichen Bedrohung zu suchen:

bb) Die öffentliche Bedrohung als verkapptes Delikt zum Schutze des öffentlichen Friedens

Die Gesetzesbegründung liefert neben dem Vergleich zu § 185 StGB weitere Anhaltspunkte: Bezieht sich der erste Aspekt (Nachahmungseffekte und Aggressivität) auf eine generelle Aufheizung des Klimas und die Nachahmung in unbestimmte Richtungen, so fügt man dem Schutzkonzept eine kollektivschützende Dimension hinzu.[374] Jedoch scheint eine solche Deutung die Grenze zum Anwendungsbereich des § 126 StGB verschwimmen zu lassen. Selbst wenn man einer solchen Hybridisierung nicht kritisch gegenüberstünde, so könnte die sukzessive Erweiterung des Kreises der Zur-Kenntnis-Nehmenden keine Teilnahmefähigkeit mehr begründen. Denn die Aufrechterhaltung bzw. Intensivierung der Rechtsgutsbeeinträchtigung wäre nur für das beigemischte kollektive (Hilfs-)Rechtsgut auszumachen, was weder für eine Teilnahmefähigkeit noch für eine Erfolgsabwendbarkeit ausreichen dürfte. Bezieht man die Gefahr der Nachahmung wie Mitsch auf das individuelle Opfer[375], so nimmt man die mittelbare Gefahr für den subjektiven Rechtsfrieden im Vorfeld tatsächlicher Bedrohungen in den Blick. Damit dürfte ein zu starker Verdünnungsgrad der weiteren Rechtsgutsbeeinträchtigung erreicht sein, um auf ihn allein die Erfolgsabwendbarkeit i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB und die Teilnahmefähigkeit i. S. v. § 27 Abs. 1 StGB zu stützen.

---

[372] BT-Drs. 19/18470, S. 20.

[373] Davon zu trennen ist die Bedrohung im Dreipersonenverhältnis, wenn diese sich inhaltlich gegen eine dem Adressaten besonders nahestehende Person richtet. Vgl. dazu *Satzger*, JURA 2015, 156, 160.

[374] Vgl. aufgreifend auch *Schluckebier/Werner*, in: SSW-StGB, § 241 Rn. 2.

[375] *Mitsch*, ZJS 2022, 182, 183.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

cc) Öffentliche Begehung als Zeugnis besonderer Entschlossenheit und Selbstverpflichtung

Sucht man außerhalb der Gesetzesbegründung nach potenziellen Legitimationsgründen für die Qualifikation, so könnte an die besondere Entschlossenheit des Täters zur Begehung der angedrohten Tat gedacht werden.[376] Die These lautete sodann: „Wer nicht einmal die Öffentlichkeit scheut, der muss es mit der Drohung besonders ernst meinen." Diese These scheint aber bereits den eingangs beschriebenen Besonderheiten der Online-Kommunikation entgegenzulaufen (Stichwort: Enthemmung).[377] Davon abgesehen ist es gleichzeitig denkbar, dass sich das Opfer einer geringeren Drohwirkung gegenübersieht, weil es sich nicht auf sich allein gestellt in der Situation wiederfindet.[378]

Selbst wenn man die besonderen Einschüchterungseffekte mit der performativen Entschlossenheit des Täters begründen wollte, ließe sich damit allenfalls der § 241 Abs. 4 StGB erklären. Es wäre damit aber kein Anhaltspunkt für die sukzessive weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung gefunden, weil es für die Entschlossenheit nicht auf die weitere Kenntnisnahme Dritter ankommt. Anders wäre es, wenn man durch die öffentliche Begehung mit jeder weiteren Kenntnisnahme von einer sukzessiv anwachsenden motivationalen Selbstbindung des Täters ausginge und die Ernstlichkeit der Androhung daher weiter anwachsen könnte. Aber auch hierfür dürften sich bislang entsprechende rechtstatsächliche Hinweise nicht finden. Vielmehr dürfte es erneut gleichzeitig plausibel sein, dass die Besonderheiten der mitunter pseudonymisierten Kommunikation innerhalb sozialer Netzwerke gegen eine entsprechende Verdichtung der Gefahr sprechen.

c) Zwischenergebnis

Eine Beihilfefähigkeit des § 241 Abs. 1 StGB in der Nachphase der Vollendung lässt sich weder auf die dauerhafte Sichtbarkeit der Äußerung für das Opfer noch auf die Breitenwirkung stützen. Bei letzterem mangelt es bislang an einer schlüssigen Erklärung für die sukzessiv zunehmende Rechtsgutsbeeinträchtigung durch die Kenntnisnahme weiterer Nutzer.

4. Abstrakte Gefährdungsdelikte

Zuletzt sei ein Blick auf die weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung bei solchen Kommunikationsdelikten geworfen, die als abstrakte Gefährdungsdelikte einzuordnen sind. Zu diesem Zwecke werden zuerst allgemeine Ausführungen mit Be-

[376] Vgl. *Oğlakcıoğlu*, ZStW 2020, 521, 535.

[377] Vgl. oben Kap. 2 C. I.

[378] *Oğlakcıoğlu*, ZStW 2020, 521, 535; vgl. auch dazu oben Kap. 2 C. II. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zügen zum Abfallstrafrecht vorgenommen (a)), um sodann auf einige Besonderheiten des § 111 StGB einzugehen (b)).

a) Vergleich der Inhaltsverbreitungsdelikte mit dem Abfallstrafrecht

Es ist nun an der Zeit, auf die Behauptung von Ceffinato und Clausen zurückzukommen: Die abstrakte Gefährdung sei ab der Vollendung in der Welt und anschließend nicht in einer Weise intensivierbar, die für eine Erfolgsabwendbarkeit i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB oder eine Teilnahmefähigkeit i. S. v. § 27 Abs. 1 StGB genügen könne.[379] Im Kontext des Abfallstrafrechts setzt sich Vogelsang-Rempe als erste eingehend mit der Steigerungsfähigkeit der Rechtsgutsbeeinträchtigung auseinander. Letztlich erkennt sie die über die Zeit ansteigende Wahrscheinlichkeit eines eintretenden Schadens an den Umweltmedien als eine solche Intensivierung an.[380] Clausen entgegnet zweierlei: Wie bereits oben ausgeführt sieht er die abstrakte Gefahr nicht als Bestandteil des Erfolges i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB.[381, 382] Dabei fällt er, wie gezeigt, auf einen hier (und auch von ihm) abgelehnten materiell orientierten Erfolgsbegriff zurück.[383] Daneben kritisiert er, dass die Regelbehauptung, der Schadenseintritt werde mit der verstrichenen Zeit der unterbliebenen Realisierung wahrscheinlicher, nicht zutreffe. Eine tatsächliche Schädigung, etwa durch Austreten giftiger Abfälle aus Fässern, könne jederzeit eintreten, die Wahrscheinlichkeit

[379] *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 406; zust. *Handel*, Diensteanbieter, S. 199 Fn. 1176; *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 174 ff.

[380] *Vogelsang-Rempe*, Altlasten, S. 91 ff.; so auch *Kirchner*, Unterlassungshaftung, S. 83.

[381] *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 176 f. Aus diesem Grund diskutiert er an späterer Stelle, ob die Eignungsklausel des § 326 Abs. 1 Nr. 4 StGB ein zum Tatbestand gehörendes und durch das Liegen-Lassen steigerbares Erfolgsmerkmal ist (a. a. O., S. 179 ff.). Das lehnt er schon mit der Begründung ab, dass es allein um die Beschaffenheit des Abfalls gehe und nicht um etwas, das vom Täterverhalten abhängig ist (a. a. O., S. 183). Wollte man also mit Clausen, entgegen der hier vertretenen Auffassung, verlangen, dass sich die gesteigerte Rechtsgutsgefährdung im Tatbestand widerspiegelt, dann dürfte die Bewertung jedenfalls für diejenigen Kommunikationsdelikte anders ausfallen, deren Eignungsklausel auf den öffentlichen Frieden Bezug nimmt. Denn die Friedensstörungseignung ist im erheblichen Maße an der (potenziellen) Breitenwirkung der Tat zu bewerten (vgl. nur bzgl. der Volksverhetzung *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 77; *Streng*, in: FS-Lackner, S. 501, 516 f.; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 309).

[382] Ein ähnliches Vorgehen lässt sich bei *Berndt*, Verwenden von Kennzeichen, S. 356 in Bezug auf § 86a StGB ausmachen: Der tatbestandsexterne Umstand der sich steigernden abstrakten Gefahr könne keine Dauerdeliktseigenschaft begründen. Die Konstellation sei mit einer Körperverletzung vergleichbar, die nach Verletzungshandlung tagelange Schmerzen herbeiführt. Dieser Vergleich irritiert jedoch aus zwei Gründen: Zum einen rekurriert er auf § 223 StGB, bei dem die Rechtsgutsverletzung eine unmittelbare Entsprechung im Tatbestand findet. Dass die anhaltenden Schmerzen nicht darunter fallen, ist der fehlenden Zurechenbarkeit über § 13 Abs. 1 StGB (Stichwort: keine Schadenswiedergutmachung) geschuldet, der es an einer Steigerung des Körperverletzungszustands fehlt. Zum anderen hätte ein Vergleich mit den Fällen der sog. durativen Begehung eines § 223 StGB nähergelegen (vgl. dazu oben Kap. 6 B. II. 1.).

[383] Vgl. dazu oben Kap. 6 B. III. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

steigere sich aber nicht mit dem Zeitablauf.[384] Wie auch zuvor der BGH[385] geht er davon aus, dass diese Steigerung festgestellt werden müsse.[386]

Es scheint jedoch schon zweifelhaft, ob dieser Einwand auf Kommunikationsdelikte innerhalb sozialer Netzwerke übertragbar ist. Während bei Abfällen nicht ohne weiteres klar ist, wie sich die Gefahr des Einwirkens auf die Umweltmedien entwickelt – mitunter können Jahre vergehen, in denen bspw. nicht ernsthaft mit einem Austreten giftiger Stoffe zu rechnen ist –, sieht es für den ‚digitalen Abfall' anders aus. Seine Wirkung auf den öffentlichen Frieden bzw. die von ihm etwa in den Fällen der §§ 111, 130, 140 StGB ausgehende, weit vorgelagerte Gefährdung von Individualrechtsgütern intensiviert sich mit einer Vergrößerung des Adressatenkreises; mit jeder weiteren Kenntnisnahme des Inhalts intensiviert sich die Wirkung.[387, 388] Um in der Abfall-Metaphorik zu bleiben: Das ‚digitale Giftfass', dass durch den Upload ‚abgelagert' wird, ist also, anders als Clausen es für § 326 Abs. 1 StGB annimmt, nie völlig geöffnet und auch nie völlig geschlossen. Ausgeschlossen ist nämlich, dass der Inhalt sofort durch die gesamte Öffentlichkeit zur Kenntnis genommen wird, und äußerst unwahrscheinlich ist es, dass der Inhalt, sobald die tatbestandliche Öffentlichkeitsschwelle überschritten ist, über eine lange Zeit von niemandem zur Kenntnis genommen wird. Das ‚digitale Giftfass' ist vielmehr eines, das in jedem Fall ein Loch hat und anders als die von § 326 Abs. 1 StGB erfassten Fälle grundsätzlich von unbegrenztem Inhalt ist. Es ist daher zweifelhaft, ob sich Clausens Einwände gegen die Regelannahme einer sich über die Zeit intensivierenden Rechtsgutsbeeinträchtigung übertragen lassen.

Es lässt sich jedoch schon in Frage stellen, ob der Nachweis einer Steigerung der Gefahr über die Zeit tatsächlich zu erbringen ist, oder ob bei abstrakten Gefährdungsdelikten nicht bereits ausreicht, dass der tatbestandliche Zustand weiterhin fortbesteht. So geht schon Hruschka für die Begehbarkeit einer Tat durch Unterlassen nach ihrer Vollendung durch aktives Tun davon aus, dass zwischen Schädigungs- und Gefährdungsdelikten zu unterscheiden sei. Während bei Schädigungsdelikten eine Steigerung des Rechtsgutsschadens zu fordern sei, genüge bei Gefährdungsdelikten

[384] *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 177 f.

[385] BGH NStZ 1990, 36, 37; zust. *R. Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 53; vgl. auch *Rettenmaier/Gehrmann*, in: Matt/Renzikowski, § 326 Rn. 27; *Heger*, in: L/K/H, § 326 Rn. 13; *Ransiek*, in: NK-StGB, § 326 Rn. 39.

[386] *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 179.

[387] Vgl. auch *Schulte/Kanz*, ZJS 2013, 24, 32.

[388] Es mag auf den ersten Blick der Einwand der Inkonsequenz naheliegen, wenn wir im Rahmen unseres Exkurses zur täterschaftlichen Begehung des öffentlichen Zugänglichmachens durch Linksetzen die Unsteigerbarkeit dieses Zustands herausgestellt haben (vgl. dazu oben Kap. 5 B. III. 3. a) bb) (2)). Die dortigen Ausführungen betrachteten jedoch gerade den (formellen) Erfolgssachverhalt des öffentlichen Zugänglich-Seins. Dass dieser für eine täterschaftliche Begehung steigerbar sein müsste, ist auf das Tatherrschaftskriterium zurückzuführen. Im vorliegenden Kontext geht es aber nicht um die Steigerbarkeit des Erfolgssachverhaltes, sondern die der abstrakten Gefahr, weshalb sich beide Annahmen miteinander vereinbaren lassen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bereits das Weiterbestehen der Gefahr.[389] Gerade dort, wo sich die abstrakte Gefahr an einen dauerhaften Zustand knüpft, ist es nicht einsichtig, das garantenpflichtwidrige Bestehen-Lassen des Gefahrenzustands als unrechtsneutral anzusehen. Denn häufig geht eine Gefahr für die Rechtsgüter dann nicht von der Schaffung des Zustands als solchem, sondern vielmehr dem Bestehenlassen aus.[390] So liegt es grundsätzlich im Falle des § 326 Abs. 1 StGB[391], ebenso wie bei den Kommunikationsdelikten, die als abstrakte Gefährdungsdelikte einzuordnen sind[392]. Die Gefahr endet erst dann, wenn der Inhalt gelöscht worden ist.

An dieses Ergebnis knüpft sich schließlich die Kritik, dass damit die Beendigungsphase – an die auch der Beginn der Verjährungsfrist gem. § 78a StGB anknüpft – potenziell ins Unendliche gestreckt würde.[393] Unabhängig von der Frage, ob sich im Verjährungsrecht und der Beteiligungs- sowie Unterlassungsdogmatik einheitliche Lösungen unter dem Begriff der Beendigung einer Straftat finden lassen[394], lässt sich aus diesem kriminalpolitischen Argument kaum das für unsere Frage der Erfolgsabwendbarkeit und Beteiligungsfähigkeit dogmatisch zutreffende Ergebnis erschüttern.

---

[389] *Hruschka*, GA 1968, 193, 198; anders wird Hruschka wohl von *R. Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 50 gelesen, der eine abweichende differenzierende Lösung vorschlägt (a. a. O., S. 52 ff.): Handelt es sich bei dem abstrakten Gefährdungsdelikt nach R. Schmitz um ein sog. Formaldelikt, das, wie die § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG oder § 327 Abs. 2 Nr. 1 StGB, schon durch den kontinuierlichen Verstoß gegen eine Genehmigungspflicht verwirklicht werde, so komme es nicht auf eine Steigerung des Rechtsgutsschadens bzw. der Rechtsgutsgefährdung an. Bei sonstigen abstrakten Gefährdungsdelikten, wie dem § 326 Abs. 1 StGB, bei denen es etwa um die „(abstrakte) Gefährdung von Leben oder Gesundheit sowie der aufgeführten Umweltgüter" gehe, sei eine Intensivierung zu fordern. Zum Verhältnis zwischen den Ausführungen von Schmitz und Hruschka auch *M. Wagner*, ZfiStW 2023, 349, 353.

[390] *Kirchner*, Unterlassungshaftung, S. 83 in Bezug auf die Abfallbeseitigung; i. E. so auch *Jescheck*, in: FS-Welzel, S. 683, 686.

[391] Vgl. *Ransiek*, JuS 2010, 490, 495; *Schall*, in: SK-StGB, § 326 Rn. 111 will es dabei ausdrücklich nicht darauf ankommen lassen, ob sich im Einzelfall der Schaden oder die Gefahr zu erweitern droht; vgl. zu § 324a StGB auch *Schall*, in: FS-Achenbach, S. 463, 467 f.

[392] So i. E. auch *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 5, die vom Fortdauern der abstrakten Gefährlichkeit sprechen; vgl. auch *Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte, S. 247.

[393] *Berndt*, Verwenden von Kennzeichen, S. 358; *Hambel*, Verlinkung, S. 177, geht sogar davon aus, dass selbst die Existenz von Kopien kinderpornographischen Materials, die öffentlich zugänglich sind, eine Verjährung verhindern würden. Damit geht dieses kriminalpolitische Argument jedoch zu weit, weil die öffentliche Zugänglichkeit von Kopien dem Ur-Verbreiter nicht zurechenbar ist. Vgl. diesen Befund ebenfalls bei *Reinbacher*, JZ 2020, 558, 561 f.; *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518, 522; *Krischker*, JA 2013, 488, 492; *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 215, 219.

[394] Krit. *Hsueh*, Tatbeendigung, S. 141 f. und passim; vgl. auch *R. Schmitz*, Unrecht und Zeit, S. 223 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Besonderheiten des § 111 StGB

Die „Janusköpfigkeit“[395] des Inhaltsverbreitungsdelikts des § 111 StGB, der mit „einem Bein im Allgemeinen Teil“[396] neben der Anstiftung steht, wirft hinsichtlich der Rechtsgutsbeeinträchtigung Sonderfragen auf. Bevor auf den Sonderfall einer weiteren Rechtsgutsbeeinträchtigung nach Verwirklichung der Bezugstat eingegangen wird (bb)), soll die Frage nach der generellen Beihilfefähigkeit des § 111 Abs. 2 StGB knapp erörtert werden (aa)).

aa) Vorfrage: Beihilfefähigkeit des § 111 Abs. 2 StGB

Paeffgen nimmt an, dass § 111 Abs. 2 StGB bereits nicht beihilfefähig sei, da eine versuchte Beihilfe zum Verbrechen bei § 30 StGB straffrei gestellt und eine Ausnahme in Anbetracht der problematischen Rechtsfolgenregelung nicht zu befürworten sei.[397] Dem ist jedoch zu erwidern, dass eine solche Argumentation zwar für eine versuchte Beihilfe, nicht aber, wie es bei §§ 111 Abs. 2, 27 StGB näherliegt, für eine Beihilfe zum Versuch gilt.[398] Zudem lässt sich in systematischer Hinsicht vorbringen, dass prinzipiell auch eine Beihilfe zu § 130 Abs. 1, Abs. 2 StGB möglich ist, der wiederum – wenn man das Schutzkonzept auch hier vom Konstrukt des öffentlichen Friedens befreit[399] – einen noch stärkeren Abstraktionsgrad der Gefahr für die Rechtsgüter der verhetzten Gruppe besitzt.[400] Daher ist eine Beihilfe zu beiden Absätzen von § 111 StGB prinzipiell möglich.[401]

[395] *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 2.

[396] *M. Heinrich*, ZJS 2017, 518 mit Verweis auf BGH NJW 1981, 61, 63.

[397] *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 111 Rn. 25.

[398] *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 71.

[399] So auch *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II, § 93 Rn. 7; krit. im Hinblick auf eine duale Konzeption des Rechtsgüterschutzes bei § 111 StGB auch *Wolters*, in: SK-StGB, § 111 Rn. 2; *Bosch*, in: MüKo-StGB, § 111 Rn. 1; *Bosch*, JURA 2016, 381, 383; *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 111 Rn. 3; *Ostendorf/Frahm/Doege*, NStZ 2012, 529, 533; *Hörnle*, Grob anstössiges Verhalten, S. 211 f.; a. A. die wohl h. M. BGH NJW 1981, 61; BayObLG NJW 1994, 396; OLG Karlsruhe NStZ 1993, 389, 390; *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 111 Rn. 1; *Kasiske*, GA 2016, 756, 762 f.; *Rosenau*, in: LK-StGB, § 111 Rn. 6.

[400] Ähnlich auch *Bosch*, in: MüKo-StGB, § 111 Rn. 34; zum Vergleich von §§ 26, 30, 111, 130 StGB ausführlich *Hörnle*, Grob anstössiges Verhalten, S. 298: „Spektrum von Aufforderungsdelikten“.

[401] Es kommt hingegen nicht auf die Argumentation des BGH NJW 1981, 61, 63 an, dass es sich um ein eigenständiges abstraktes Gefährdungsdelikt handele, das sich nicht nur in einer Erweiterung der Anstiftung und damit dem Schutz der jeweiligen, durch die propagierte Straftat bedrohten Rechtsgüter dient. Zum einen lässt sich die gleiche Argumentation auch in Anschlag bringen, wenn man nicht an den öffentlichen Frieden, sondern an eine Vorverlagerung des Individualgüterschutzes anknüpft. Zum anderen wäre selbst, wenn man die Nähe zur Anstiftung betonen wollte, eine mittelbare Beihilfe („Beihilfe zur Anstiftung“) möglich (vgl. nur *Hecker*, ZJS 2012, 485, 489 f.). Schon aufgrund der formellen Selbständigkeit eine Teilnahmefähigkeit bejahend *Heger*, in: L/K/H, § 111 Rn. 9; *Bosch*, in: MüKo-StGB, § 111 Rn. 34; *Dietmeier*, in: Matt/Renzikowski, § 111 Rn. 8.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Rechtsgutsbeeinträchtigung durch § 111 Abs. 1 StGB nach Verwirklichung der Bezugstat

Grundsätzlich gilt für den § 111 Abs. 1 StGB nichts anderes als für die anderen Inhaltsverbreitungsdelikte, die als abstrakte Gefährdungsdelikte einzuordnen sind: Die Tat kann sich durch die Verbreiterung des Adressatenkreises über einen Zeitraum erstrecken. Diese Beendigungsphase[402] findet nach Schulte/Kanz mit der Ausführung der propagierten Tat ein Ende, da sie ein „weiteres ‚Verbreiten' des Aufrufs unsinnig erscheinen lasse"[403]. Eine Strafbarkeit wegen Beihilfe durch Unterlassen würde danach schon immer dann ausscheiden, wenn die Moderationsentscheidung der ersten mit der Aufforderung verbundenen Tatverwirklichung nachfolgt. Dies Ergebnis würde unabhängig davon gelten, ob noch weitere Verwirklichungen auf die Aufforderung zurückgehen.[404] Jedoch trägt eine solche Parallelisierung dem Umstand nicht hinreichend Rechnung, dass der § 111 Abs. 1 StGB eine potenziell breitenwirksame Aufforderung enthält. Es ist daher eine nach der verwirklichten Bezugstat differenzierende Lösung für dieses Problem zu entwickeln:

(1) Nicht wiederholbare Taten

Richtet sich die propagierte und verwirklichte Tat in einer Weise gegen eine bestimmte Person oder ein bestimmtes Tatobjekt, die eine erneute Beeinträchtigung in der aufgeforderten Form unmöglich macht, so dürfte eine abstrakte Gefährlichkeit für die mittelbar geschützten Rechtsgüter durch die Kenntnisnahme weiterer Adressaten tatsächlich ausscheiden. Beispiele wären etwa die geforderte „Tötung des Politikers X"[405] oder das „Niederbrennen des Flüchtlingsheims Y".

Zu einem anderen Ergebnis führte es gleichwohl in diesen Fällen, wenn man den Gemeinschaftsfrieden als Schutzgut auch des Abs. 1 betonen wollte. So betont Hilgendorf den „in der öffentlichen Begehungsweise liegenden provokatorischen Angriff auf die Rechtsgeltung" als Konkretisierung des Gemeinschaftsfriedens.[406] Vor diesem Hintergrund könnte man versucht sein, den provokatorischen Angriff auch nach der Verwirklichung der angesonnenen Tat weiterhin in der perpetuierten Äußerung zu finden; eine Rechtsgutsbeeinträchtigung würde fortdauern.

Gleichwohl müsste eine Teilnahmefähigkeit in dieser Konstellation im Hinblick auf die formelle tatbestandliche Ebene nach der Vollendung ausscheiden, da die

[402] Dabei ordnen *Schulte/Kanz*, ZJS 2013, 24, 32 § 111 StGB als Dauerdelikt ein. Dazu krit. oben Kap. 6 B. II.

[403] *Schulte/Kanz*, ZJS 2013, 24, 32; vgl. dazu auch *Tassis*, Statusmeldung, S. 247.

[404] Dass mehrere Straftaten auf eine Aufforderung zurückgehen können, zeigt schon die Lösung der h. M. auf Konkurrenzebene, in einem solchen Falle nur von einer Aufforderung auszugehen. Vgl. *Wolters*, in: SK-StGB, § 111 Rn. 14.

[405] Vgl. aber die Verneinung des Tatbestands mangels hinreichender objektiver Ernstlichkeit des Tötungsverlangens bei den Aussagen „Tötet Cremer" und „Hängt Brandt" BGH NJW 1984, 1631, 1631.

[406] *Hilgendorf*, in: A/W/H/H, § 44 Rn. 38.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Aufforderung ihr Bezugsobjekt verlöre. Sieht man dieses in objektiver Hinsicht weiterhin in der verwirklichten Tat, so droht – vor dem Hintergrund des von der h. M. nahezu identischen Schutzkonzeptes für § 140 Nr. 2 StGB – eine Umdeutung derselben aufrechterhaltenen Aufforderung in ein Billigen der sodann verwirklichten Tat.[407, 408]

(2) Wiederholbare Taten

Handelt es sich aber um die Aufforderung zu einer Straftat, die prinzipiell wiederholbar ist, so dürfte sich die Annahme von Schulte/Kanz als unzutreffend herausstellen. Dass es sich bei Aufforderungen zu wiederholbaren Taten eher um die Regel handeln dürfte, zeigt sich an zwei Gedanken: Zum einen dürften Aufforderungen häufig hinsichtlich des Tatobjekts offener formuliert werden und dennoch den tatbestandsimmanenten Konkretisierungsanforderungen genügen: „Schlagt die Faschisten, wo ihr sie trefft!“[409] Dass in solchen Fällen gerade mehrere Taten provoziert werden, gehört zu den besonderen Gefahren des öffentlichen Aufforderns. So wird zum Teil sogar die „Gefahr der Massenkriminalität“[410] beschrieben. Zum anderen sind wiederholte Taten selbst dann denkbar, wenn die Aufforderung ein bestimmtes Tatobjekt betrifft. Eine wiederholte Schädigung dieser Objektive ist nur in den zuvor genannten Ausnahmen der Vernichtung (Tod oder Abgebranntheit) ausgeschlossen.

Kommt es also zu mehreren Straftatverwirklichungen, die für den Auffordernden zu einer Aufforderung auf Konkurrenzebene zusammengefasst werden, so ist eine Teilnahme durch Unterlassen möglich, wenn sie nach der ersten Tatverwirklichung stattfindet. Wird die Bezugstat nur einfach begangen, die Aufforderung aber dennoch aufrechterhalten, so kommt wiederum eine Teilnahme zu § 111 Abs. 2 StGB in Gestalt des tauglichen Versuchs in Betracht. Dabei muss im Einzelfalle der Vorsatz des Auffordernden im Hinblick auf die Verwirklichung weiterer Bezugstaten geprüft werden. Regelmäßig dürfte aber insbesondere bei solchen Aufforderungen, die eine Opfergruppe („die Faschisten“) ins Visier nehmen, ein Vorsatz nach der ersten

[407] In Betracht käme eben die Anknüpfung einer Beihilfe an §§ 140 Nr. 2, 13 Abs. 1 StGB, wenn man es für möglich hielte, dass der Täter des § 111 Abs. 1 StGB mit Kenntnisnahme der Erfüllung des Delikts seinen Vorsatz wechselt und damit eine Billigung der Tat durch Unterlassen vornimmt. Damit wäre eine völlig neue, hier aber nicht mehr zu vertiefende Sonderfrage angesprochen: Kann ohne eine nach außen erkennbare Manifestation eines Vorsatzwechsels ein und derselben Äußerung ein abweichender Erklärungsinhalt zugesprochen werden?

[408] Nimmt der Täter jedoch irrig weiter an, dass die Tat begehbar ist, weil er von der Umsetzung noch nicht erfahren hat, so könnte gefragt werden, ob er die Aufforderung als untauglichen Versuch im Sinne des § 111 Abs. 2 StGB fortsetzt. Zwar tritt diese Aufrechterhaltung auf Konkurrenzebene für den Auffordernden zurück, bleibt aber für die Beihilfe prinzipiell beachtlich.

[409] RGSt 65, 200.

[410] *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 111 Rn. 2; krit. zu einer solchen Beschreibung aber *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II, § 93 Rn. 1; so auch *Hilgendorf*, in: A/W/H/H, § 44 Rn. 40.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verwirklichung aufrechterhalten werden. Denn weitere Begehungen sind aus der Perspektive des Auffordernden nicht zwingend „unsinnig"[411].

V. Zwischenfazit: Erfolgsabwendbarkeit und Teilanhmefähigkeit nach Vollendung

Unter dem Stichwort der ‚digitalen Altlasten' wurde die für die unterlassene Löschung besondere und gleichzeitig typische Ungleichzeitigkeit von Upload eines inkriminierten Inhalts und seiner unterlassenen Löschung untersucht. Diesem Phänomen kommt besondere Bedeutung für die Frage der Teilnahmefähigkeit nach Vollendung und die Erfolgsabwendbarkeit bereits eingetretener Erfolge zu.

Da sich das Problem erst nach Vollendung bzw. Eintritt des Erfolgssachverhaltes stellt, galt es diesen Zeitpunkt für unsere Konstellationen näher zu untersuchen. Gezeigt hat sich, dass dieser Zeitpunkt nicht nur innerhalb der Kommunikationsdelikte variiert, sondern bei einigen Delikten auch erheblich vom Kontroll-Design des Anbieters abhängt.

Anschließend wurde aufgezeigt, dass der Verweis auf die Dauerdelikte als Ausnahme der Erfolgsunabwendbarkeit und Teilnahmeunfähigkeit nach Vollendung nicht weiterführt. Als Typus der allgemeinen Deliktslehre kann das sog. Dauerdelikt nicht eingeordnet werden. Nimmt man weniger die Tatbestandsstruktur als die Begehungsweise in den Blick (auch sog. durative Begehung), so stellt sich der Verweis nicht nur als unbegründete Verkürzung des Anwendungsbereichs der §§ 13, 27 StGB, sondern auch als eine Ausweitung bzw. Modifikation des Zurechnungsgegenstandes dar.

Im Rahmen der sich anschließenden vergleichenden Analyse der Erfolgsabwendbarkeit und Teilnahmefähigkeit konnte gezeigt werden, dass die Erfolgsabwendbarkeit Bestandteil der Voraussetzungen einer Teilnahmefähigkeit (in der Unterlassungskonstruktion) ist. Für die Teilnahmefähigkeit kommt es zudem auf die Innertatbestandlichkeit des Haupttatverhaltens an. Dazu gehört auf objektiver Tatbestandsseite, dass das Delikt weiterhin durch aktives Tun (jedenfalls in Form eines bereits zuvor in Gang gesetzten Kausalverlaufs) oder Unterlassen begangen wird (insbesondere Garantenpflicht und Erfolgsabwendbarkeit) und dass der Bezugspunkt dieses Verhaltens ein innertatbestandlicher Erfolgssachverhalt ist. Auf der Seite des subjektiven Tatbestandes braucht es einen aufrechtgehaltenen Vorsatz.

Die Erfolgsabwendbarkeit setzt ebenso wie die Teilnahmefähigkeit im Allgemeinen voraus, dass es zu einer weiteren Beeinträchtigung des Rechtsguts kommt. Diese liegt bei Verletzungsdelikten in einer Intensivierung des Rechtsgutsschadens und bei Gefährdungsdelikten (schon) in einem Aufrechterhalten des Gefährdungszustands. Im Lichte dieser Voraussetzungen weisen die Beleidigungsdelikte der

[411] Vgl. erneut *Schulte/Kanz*, ZJS 2013, 24, 32.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§§ 185 ff. StGB auch nach Kenntnisnahme bis zur Löschung in sozialen Netzwerken einen sich (potenziell) erhöhenden Schaden für die (äußere) Ehre auf. Die verhetzende Beleidigung gem. § 192a StGB ist teilnahmefähig und durch Unterlassen bis zur Beseitigung oder Kenntnisnahme des Inhalts begehbar. Bei der Bedrohung gem. § 241 StGB ist – anders als es die Einführung des § 241 Abs. 4 StGB nahelegen könnte – eine weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung nach Kenntnisnahme durch den Bedrohten nicht möglich. Anders hingegen liegt es bei den Kommunikationsdelikten, die als abstrakte Gefährdungsdelikte einzuordnen sind: Hier dürfte mit weiteren Kenntnisnahmen die abstrakte Gefahr für die Rechtsgüter Dritter bzw. den öffentlichen Frieden ansteigen, wobei letztlich das Weiterbestehen eines Gefährdungszustands ausreichen dürfte. Eine Erfolgsabwendbarkeit i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB besteht daher prinzipiell auch bei bereits öffentlicher Zugänglichkeit des Inhalts in unbegrenzter Dauer, ebenso wie bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen eine Teilnahmefähigkeit i. S. v. § 27 Abs. 1 StGB.

C. Beseitigungsverpflichtung der Anbieter

Nachdem gezeigt wurde, dass die hier betrachteten Kommunikationsdelikte allesamt einen Erfolg i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB aufweisen[412] und – mit Ausnahmen – eine Erfolgsverhinderung auch noch nach Vollendung und auf bewirkensäquivalente Weise[413] möglich ist[414], gilt es nun zu untersuchen, ob die Anbieter verschiedener Ordnung eine Garantenpflicht trifft, den weiteren Erfolgseintritt zu verhindern. So begründet die Staatsanwaltschaft München I die Ablehnung einer Unterlassensstrafbarkeit nicht nur damit, dass die innerhalb des Angebots begangenen Taten bereits beendet und daher nicht teilnahmefähig seien, sondern daneben mit dem Fehlen einer solchen Garantenpflicht.[415] Auch wenn der Frage im Schrifttum – insbesondere im Verhältnis zum Erfolgsbegriff und der Erfolgsabwendbarkeit nach Veröffentlichung – erhebliche Aufmerksamkeit zukommt,[416] hat es meist mit der Präsentation eines Ergebnisses sein Bewenden.

Die Suche nach der Garantenpflicht verdient aber vor allem deshalb weitere dogmatische Aufmerksamkeit, weil sie in dreifacher Hinsicht Mehr-Personen-Strukturen zu verhandeln hat: Besonderheiten liegen zum einen in der anbieterseitigen Arbeitsteilung, zumeist in Form der Delegation der Moderationsaufgaben. Zum anderen zeigt sie sich darin, dass es sich um strafbare Äußerungen Dritter (der Content-Provider) und eben nicht der Anbieter selbst handelt. Zuletzt lässt sich die

[412] Dazu ausführlich unter Kap. 6 A. I.

[413] Dazu unter Kap. 6 A. II.

[414] Dazu ausführlich unter Kap. 6 B.

[415] Pressemitteilung 04 vom 26.02.18 (https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/staatsanwaltschaft/muenchen-1/presse/2018/04.php) (letzter Abruf am 10. 5. 2024).

[416] Vgl. die Nachweise unter Kap. 6 C. I. 3. b).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Frage stellen, wie sich eine etwaige Verantwortlichkeit der Anbieter verschiedener Ordnung zueinander verhält, ob sie also nebeneinander treten oder sich gegenseitig verdrängen. Für den Gang der Untersuchung wird versucht, möglichst streng zwischen dem Bestehen einer Garantenstellung (I.) und dem Entstehen sowie Umfang daraus resultierender Garantenpflichten (II.) zu unterscheiden[417], um zuletzt auf eine Übertragung der Garantenverpflichtung von Anbietern auf Moderatoren einzugehen (III.).

I. Garantenstellung

Die Frage, wann eine Garantenstellung begründet werden kann, lässt sich dabei kaum mit einem Blick auf § 13 Abs. 1 StGB beantworten. Dieser stellt lediglich klar, dass es eines rechtlichen Einstehenmüssens bedarf, nicht aber anhand welcher Kriterien es zu ermitteln ist. Ein einheitliches Prinzip zur Begründung von Garantenstellungen wurde bisher nicht gefunden.[418] Zu Recht hat sich die überwiegende Auffassung von der formellen Rechtspflichtenlehre entfernt, die mit ihrem Verweis auf Gesetz, Vertrag und Ingerenz zwar Orientierungspunkte für mögliche Gründe bietet. Über einen materiellen Grund des Einstehenmüssens sagt sie naturgemäß nichts aus und droht eine Gleichsetzung etwa mit zivilrechtlichen Pflichten herbeizuführen.[419] Darin liegt der Grund für die Hinwendung zu materiellen Rechtspflichten, wobei sich die vorgeschlagenen, allumfassenden Prinzipien (sog. monistische Modelle), wie das „Vertrauensprinzip"[420], die „Herrschaft über den Erfolgsgrund"[421] oder die „Gefahrschaffung"[422] bislang keine allgemeine Zustimmung gewinnen konnten.[423] Zwar können diese Ansätze bei der Begründung einzelner Garantenpflichten durchaus wirkmächtig werden. Ihre Schwäche liegt indessen darin, dass sie die Vielfältigkeit der mittlerweile ausgebildeten Garantenpflichten nicht erfassen können und im Zuge ihrer Anpassung im Einzelfall nahezu jedes beliebige Ergebnis begründen können.[424]

---

[417] Die Unterscheidung wird unter anderem bei *Stein*, in: SK-StGB, § 13 Rn. 25 und *Herbertz*, Ingerenz, S. 332 betont. Für die Bewertung der Providerstrafbarkeit zieht sie auch *M. Popp*, Verantwortung, S. 147 heran.

[418] Auch deshalb wird die Garantenstellung von *Roxin*, AT II, § 32 Rn. 2 als das „heute noch umstrittenste und dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils" beschrieben. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 13 StGB vgl. m. w. N. *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 17 ff.

[419] Statt vieler m. w. N. *Roxin*, AT II, § 32 Rn. 10 ff.; *Rönnau*, JuS 2018, 526, 527.

[420] *Wolff*, Kausalität, S. 37.

[421] *Schünemann*, ZStW 1996, 287, 293 ff.

[422] *Arzt*, JA 1980, 712, 713.

[423] Weitere monistische Modelle bei *Heger*, in: L/K/H, § 13 Rn. 12.

[424] *Rönnau*, JuS 2018, 526, 527; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 15; vgl. auch *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 358; *Kühl*, JuS 2007, 497, 500 zeigt entsprechend der Funktionenlehre gebildete Zusammenhänge zwischen dem Vertrauensprinzip und den

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Durchgesetzt hat sich die auf Kaufmann zurückgehende Funktionenlehre[425], die eine grobe Ordnung der Pflichten herzustellen vermag: Zu unterscheiden sind Beschützergaranten, die für den Schutz einzelner Rechtsgüter aus jeder möglichen Richtung und Überwachergaranten, die für die Absicherung bestimmter Gefahrenquellen in jeder möglichen Richtung zuständig sein können.[426] Eine so verstandene Einteilung sagt dabei selbst nichts Klares über den Entstehungsgrund der jeweiligen Garantenpflicht aus.[427] Daher tritt sie weder der formellen noch der materiellen Rechtspflichtenlehren – gleichwohl aber den monistischen Modellen – gegenüber. Vielmehr nimmt sie die Prinzipien, die unter formellen und vor allem materiellen Gesichtspunkten erarbeitet werden, in ihre Systematisierung auf, um eine Garantenpflicht im Einzelnen bestimmen zu können.[428]

Eine Untersuchung der Anbieter soll dieser Gliederung folgen, wobei die Frage vorauszuschicken ist, ob sich eine formell begründete Garantenstellung unmittelbar aus telemedienrechtlichen Regelungen ergeben könnte, die deshalb keiner weiteren materiellen Absicherung und Zuordnung bedarf.

1. Garantenstellung aus telemedienrechtlichen Regelungen

a) TMG a. F. und DSA

Zunächst könnte erwogen werden, ob eine Garantenstellung aus den §§ 7, 10 TMG abzuleiten ist. Die Staatsanwaltschaft Hamburg etwa scheint dies – ebenso wie erhebliche Teile des Schrifttums für die Vorgängernormen[429] – für möglich zu halten und greift auf § 10 S. 1 Nr. 2 TMG a. F. (jetzt: Art. 6 Abs. 1 b) DSA) zurück.[430]

In diese Richtung deutete vor allem die Gesetzesbegründung zum TDG von 1997: „Die Regelung [des § 5 Abs. 2 TDG a. F.] dient der Klarstellung, daß dem Diensteanbieter, der rechtswidrige Inhalte Dritter in sein Diensteangebot [aufnimmt,] eine

Beschützergarantenstellungen einerseits sowie dem Gefahrschaffungs- und Herrschaftsprinzip und den Überwachergarantenstellungen andererseits auf.

[425] *Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, S. 283.

[426] Vgl. zur Funktionslehre auch von vielen *Roxin*, AT II, § 32 Rn. 6 sowie *Kühl*, JuS 2007, 497, 500 ff.

[427] Den Wert zur Bestimmung einer Garantenpflicht bezweifelnd *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 22.

[428] Vgl. auch *Rönnau*, JuS 2018, 526, 527 f.; *Jakobs*, AT, 29/27.

[429] Vgl. zur Vorgängerregelung des § 5 Abs. 2 TDG *Engel-Flechsig*, ZUM 1997, 231, 235; *Heghmanns*, ZUM 2000, 463, 464; *von Bonin/Köster*, ZUM 1997, 821, 823.

[430] StA Hamburg BeckRS 2016, 12717; so wohl auch *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518, Fn. 60, die der StA Hamburg jedoch entgegenhalten, dass sich eine Garantenstellung für in Irland ansässige Mitarbeiter schon deshalb begründen lasse, weil § 10 TMG auf Art. 14 ECRL zurückgeht; wohl auch *Heinze*, in: NK-Medienstrafrecht, § 186 Rn. 76.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Garantenstellung für die Verhinderung der Übermittlung an Dritte trifft."[431] Den gleichen Gesetzgebungsmaterialien ist jedoch zu entnehmen, dass eine Einschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit durch die Einfügung eines weiteren ‚Filters' bezweckt werde.[432] Im Hinblick auf die §§ 8 – 11 TDG von 2001, die bereits der Umsetzung der ECRL dienten, findet sich die Filterterminologie mit einem klarstellenden Hinweis: „Die Vorschriften können eine Verantwortlichkeit im zivil- oder strafrechtlichen Bereich nicht begründen oder erweitern."[433] Auf die Stellungnahme des Bundesrates, aus der sich ergibt, dass von dem Bestehen einer strafrechtlichen Garantenstellung über eine etwaige Verantwortlichkeit aus den §§ 8 ff. TDG von 2001 ausgegangen und eine entsprechende Klarstellung gefordert wird[434], entgegnete die Bundesregierung unmissverständlich, dass die §§ 8 ff. TDG von 2001 keine Garantenstellung begründen sollen.[435] Für die §§ 7 ff. TMG a. F. sollten sich inhaltlich keine Änderungen zu den §§ 8 ff. TDG von 2001 ergeben.[436]

Dass jedoch eine subjektiv-historische Auslegung anhand der Gesetzgebungsmaterialen keine letztverbindlichen Aussagen über die Frage bringen kann, zeigt letztlich die gesetzgeberische Begründung zum NetzDG, der erneut Formulierungen zu entnehmen sind, die sich als Garantenstellung aus § 10 TMG a. F. deuten lassen könnten: „Die Vorschrift [des § 3 Abs. 2 Nr. 1 NetzDG a. F.] konkretisiert und ergänzt damit die in § 10 TMG enthaltene Verpflichtung für Anbieter von Telemedien, rechtswidrige Inhalte unverzüglich nach Kenntnisnahme zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren."[437, 438]

Dass aber die Normen des TMG ebenso wie die des TDG zuvor (und die des DSA nun) allein eine privilegierende Funktion, nicht hingegen eine strafbarkeitsbegrün-

[431] BT-Drs. 13/7385, S. 20; aus dieser Vorschrift eine Garantenstellung begründend auch *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2995.

[432] BT-Drs. 13/7385, S. 15.

[433] BT-Drs. 14/6098, S. 23. *Bode*, ZStW 2016, 937, 976 hält hier auch eine Lesart für denkbar, die unter dem „Begründen" einen eigenen Grundtatbestand oder eine Anspruchsgrundlage und unter dem „Erweitern" eine Qualifikation oder Strafzumessungsregel versteht. Sodann wäre nicht ausgeschlossen, dass den Vorschriften eine Garantenstellung zu entnehmen ist. Diese Interpretation der Gesetzesbegründung wirkt jedoch eher konstruiert, kämen die telemedienrechtlichen Vorschriften doch schon gar nicht in den Verdacht, als eigenständige Straftatbestände, Qualifikationen oder Strafzumessungsregeln gelesen zu werden, weil es ihnen an einer entsprechenden, den Strafrahmen umreißenden Sanktionsnorm fehlt.

[434] BT-Drs. 14/6098, S. 34.

[435] BT-Drs. 14/6098, S. 37.

[436] BT-Drs. 16/3078, S. 15.

[437] BT-Drs. 18/12356, S. 22.

[438] Auch lässt sich einer Garantenstellung aus TMG nicht ein Verweis auf § 7 Abs. 2 TMG a. F. (jetzt: Art. 8 DSA: Ausschluss der allgemeinen Überwachungs- und Kontrollpflicht) entgegenhalten, steht doch gerade eine spezifische, sich auf einen Inhalt konkretisierende Löschpflicht nach Kenntnisnahme in Frage (so aber *Bär*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Kap. 15 Rn. 192; wohl auch *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 269).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dende Funktion zukommen soll[439], ergibt sich nicht nur aus dem Telos der Vorschriften, sondern auch schon aus dem Wortlaut der §§ 7, 10 TMG a. F. So verweist § 7 Abs. 1 TMG a. F. unmittelbar auf die Verantwortlichkeit nach den allgemeinen Gesetzen und § 10 S. 1 TMG a. F. spricht von „nicht verantwortlich".[440] Auch aus dem DSA lässt sich keine Garantenstellung unmittelbar ableiten, wie auch der ErwG Nr. 17 S. 2 zum DSA besonders deutlich macht. Danach sollen die Haftungsbestimmungen des DSA nicht als „positive Grundlage" für die Feststellung einer Haftung dienen.[441]

b) NetzDG a. F.

Fraglich ist jedoch, ob das NetzDG eine Garantenstellung für die in seinem Anwendungsbereich liegenden sozialen Netzwerke mit mehr als zwei Millionen Nutzern vermitteln konnte.[442] Kaum überzeugend ist es, eine Handlungspflicht des Anbieters aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 NetzDG herzuleiten, weil die Darstellung der „Anstrengungen" innerhalb des in § 2 NetzDG eingeforderten Berichtes „witzlos [wäre], wenn sich dahinter nicht eine entsprechende Handlungspflicht verbirgt."[443] Näher liegt es, die Erwägungen an die in § 3 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 NetzDG a. F. enthaltenen Löschpflichten anzuknüpfen. Doch ein Verstoß gegen diese Löschpflichten soll gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG a. F. mit einem Bußgeld geahndet werden, was gegen eine strafrechtliche Garantenstellung in Anschlag gebracht wird.[444] Hier scheint aber weniger entgegenzustehen, dass die Schaffung eines OWiG-Tatbestandes sinnlos wäre, wenn mit dem Verstoß gegen die Löschpflicht eine strafrechtliche Garantenstellung verbunden wäre.[445] Schließlich kann eine strafrechtliche Haftung, wie bereits gezeigt, daran scheitern, dass eine Erfolgsabwendbarkeit i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB im Rahmen einer Unterlassungstäterschaft oder eine Teilnahmefähigkeit (§ 27 Abs. 1 StGB) zu verneinen ist.[446] Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen der unterlassenen Löschung einzelner Inhalte hängt also nicht allein

[439] Vgl. *Hollenders*, Mittelbare Verantwortlichkeit, S. 200; *Malek/A. Popp*, Strafsachen im Internet, Rn. 113; *Zieschang*, GA 2020, 57, 64; *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, § 13 Rn. 40; *Wüst*, Underground Economy, S. 166; *Mitsch*, Fallsammlung zum Medienstrafrecht, S. 113; *Schreiber*, Fake News, S. 232 ff.; für das TDG: *Vassilaki*, MMR 1998, 630, 637.

[440] *Handel*, Diensteanbieter, S. 222.

[441] So auch *Spindler*, GRUR 2021, 545, 548; *Spindler*, MMR 2023, 73, 75.

[442] So wohl *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 297, 301; vgl. auch *Heinze*, in: NK-Medienstrafrecht, § 186 Rn. 76.

[443] *Jimenez Bernales*, Service Provider, S. 77.

[444] *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 6; *Kim*, KriPoZ 2022, 106, 111; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 271; *Zieschang*, GA 2020, 57, 64; *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, § 13 Rn. 58.

[445] So aber *Kim*, KriPoZ 2022, 106, 111; *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 6.

[446] Vgl. dazu oben Kap. 6 B. Vgl. insbesondere *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 145, die die Frage nach einer Garantenstellung offenlassen, weil es oftmals an einer Beteiligungsfähigkeit fehle.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

am Bestehen einer Garantenstellung bzw. Garantenpflicht. Was aber zumindest gegen eine Garantenstellung unmittelbar aus dem NetzDG sprechen dürfte, ist, dass § 4 NetzDG a. F. eine Sanktionierung nur an einen wiederholten, also systemischen Verstoß knüpfen will. Die einzelne unterlassene Löschung strafrechtswidriger Inhalte war damit eindeutig nicht der Zweck der Vorschrift.[447]

c) Zwischenfazit: Garantenstellung aus telemedienrechtlichen Vorschriften

Aus telemedienrechtlichen Vorschriften des TMG, DSA und NetzDG lässt sich keine Garantenstellung aus Gesetz ableiten.[448] Daher ist im Folgenden, der Systematisierung der Funktionenlehre folgend, auf Grundlage materieller Entstehungsgründe nach einer Garantenstellung zu suchen. Gleichwohl wird zu zeigen sein, dass sich die Wertungen der telemedienrechtlichen Vorschriften durchaus im Rahmen einer Gesamtbetrachtung innerhalb allgemeiner Grundsätze berücksichtigen lassen.[449]

2. Obhuts- bzw. Beschützergarantenstellung gegenüber Nutzern

a) Vorab: Keine Obhutsgarantenstellung zum Schutze überindividueller Rechtsgüter

Zunächst ließe sich – unabhängig vom Grund des Entstehens – fragen, ob aus deliktsspezifischen Gründen eine Obhutsgarantenstellung zu Gunsten der Angebotsnutzenden überhaupt in Betracht kommt. Insbesondere dort, wo es um den Schutz kollektiver Rechtsgüter geht, lässt sich kritisch hinterfragen, ob eine Beschützergarantenstellung möglich ist, geht es bei den Beschützergarantenstellungen doch um die besondere Nähe zum Rechtsgutsträger.[450] Dieser Punkt verliert an Durchschlagskraft, wenn man ein skeptisches Verhältnis zu dieser Rechtsgutskreation pflegt und auf den weit vorgelagerten Schutz individueller Rechtsgüter, etwa der verhetzten Personengruppe (§ 130 Abs. 1, Abs. 2 StGB) abstellt.[451] Auf diese Weise würden sodann die abstrakt gefährdeten Individuen sichtbar werden. Auch dass der Kreis der so geschützten Individuen gerade nicht mit dem Nutzerkreis kongruent ist, muss einer entsprechenden Pflicht nicht entgegenstehen. Regelmäßig dürften einzelne, der geschützten Gruppe Angehörige zumindest dem Nutzerkreis

[447] Darauf stellt auch *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 272 ab.

[448] Gleiches gilt für sonstige telemedienrechtliche Vorschriften wie § 1 Abs. 2 UrhDaG, §§ 4 f. JMStV, Art. 3 Abs. 3 VO 2021/784. Vgl. aber *Jimenez Bernales*, Service Provider, S. 76 ff., der statt auf das UrhDaG auf Art. 17 Abs. 4 RL 2019/790 abstellt.

[449] Vgl. unten Kap. 6 C.I.3.b)cc)(3).

[450] *Conradi/Schlömer*, NStZ 1996, 472, 473; *M. Popp*, Verantwortung, S. 130; skeptisch auch zur österreichischen Rechtslage *Salimi*, JBl 2019, 609, 621; zum Umweltstrafrecht *R. Schmitz*, NJW 1993, 1167; anders *Iburg*, NJW 1988, 2338, 2340; zum Betäubungsmittelstrafrecht *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 359 ff.

[451] Vgl. dazu nur *S. Beck/Nussbaum*, KriPoZ 2023, 218, 225 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unterfallen und ihnen gegenüber schon eine Schutzpflicht erwachsen. Gleichwohl ließe sich bezweifeln, ob die Reichweite einer etwaigen Pflicht nicht dadurch in bedenklicher Weise überzogen würde, dass die Anbieter für einen derart weit vorgelagerten Schutz verantwortlich gemacht werden. Eine Vertiefung dieser theoretisch interessanten Frage muss hier aber auch schon deshalb unterbleiben, weil sich im Folgenden zeigen wird, dass eine Obhutsgarantenpflicht den Nutzern gegenüber nicht aus tatsächlicher Übernahme begründet werden kann.

b) Vertragliche oder tatsächliche Übernahme

Hinsichtlich einer möglichen Beschützergarantenstellung aus vertraglicher und tatsächlicher Übernahme einer Schutzpflicht ist nach den verschiedenen Anbietern zu unterscheiden:

Zunächst lässt sich sagen, dass eine Beschützergarantenstellung der Anbieter erster Ordnung nicht aus dem Nutzungsvertrag sui generis[452] folgt. Hier übernehmen die Anbieter keine entsprechende Verpflichtung zur Löschung (straf-)rechtswidriger Inhalte gegenüber den Nutzern.[453] Eine Übernahme spezieller Schutzpflichten findet sich also selten ausdrücklich vertraglich geregelt und lässt sich auch kaum allgemein aus der vertraglichen Beziehung entnehmen.[454] Gleichwohl werben Anbieter erster Ordnung nicht selten in der Medienöffentlichkeit oder auch den Nutzern gegenüber damit, das Angebot frei von Inhalten zu halten, die den Gemeinschaftsstandards widersprechen.[455] Zu beachten ist jedoch, dass diese Standards mit strafrechtlichen Maßstäben weder in Form noch in Inhalt kongruent sind: So weicht ihre Gestalt und die Methode ihrer Anwendung insofern ab, als die internen Regelwerke deutlich ausführlicher sind und anhand von Beispielen ausgeführt werden, um eine Anwendung nach Art einer Analogiebildung durch die Moderatoren zu ermöglichen.[456] Auch sind die Gemeinschaftsstandards bzw. ihre Durchsetzung regelmäßig weitreichender als strafrechtliche Vorgaben, können in ihrer Anwendung hinter strafrechtlichen Vorgaben aber auch zurückbleiben, insbesondere dort, wo nationales Strafrecht kulturelle Besonderheiten aufweist (bspw. §§ 86 f., 130 f. StGB).[457] Aufgrund dieser Inkongruenz und Andersartigkeit der Anwendung der privaten Normen scheint es nicht nahezuliegen, hierin eine freiwillige Übernahme der Pflicht

[452] Dazu m. w. N. *Wandtke/Ostendorff*, ZUM 2021, 26, 30.

[453] So auch *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 60.

[454] *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, § 13 Rn. 47; vgl. auch *Salimi*, JBl 2019, 609, 621; *Fellmann*, Verantwortlichkeit, S. 145 f.

[455] Unter anderem daraus will *Ceffinato*, ZStW 2020, 544, 557 eine Garantenstellung ableiten; erwägend OLG Wien MR 2018, 59 bezugnehmend auf *Schallmoser*, ÖJZ 2018, 205, 209.

[456] Vgl. dazu *S. Beck/Nussbaum*, in: Jenseits des Staates?, S. 35, 48.

[457] Vgl. m. w. N. *S. Beck/Nussbaum*, in: Jenseits des Staates?, S. 35, 50.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zur Löschung strafrechtswidriger Inhalte zu erkennen.[458] Auch dürfte keine konkludente Übernahme der Löschverpflichtung in der bestehenden Löschpraxis der Anbieter zu sehen sein. In ihr verwirklichen sich schlicht die privat gesetzten Normen.[459] Nichts anderes gilt auch für den Einsatz von Filtertechnologien, die einerseits anhand der Gemeinschaftsstandards programmiert werden und andererseits bekanntermaßen auch falsch-negative Filterergebnisse produzieren können.[460]

Hinsichtlich der Anbieter zweiter Ordnung dürfte es zum einen auf das tatsächliche Moderationsverhalten, zum anderen aber vor allem auch auf eine Einordnung dieses Verhaltens den Nutzern gegenüber ankommen. Wirbt etwa ein Gruppenbetreiber innerhalb eines sozialen Netzwerks damit, dass er einen besonders sicheren Raum für Diskussionen schaffen und er deshalb beleidigende Äußerungen direkt nach Kenntnisnahme entfernen will, könnte hier ein hinreichendes Vertrauen dahingehend geweckt werden.[461] Regelmäßig dürfte eine solche Übernahme in Angeboten zweiter Ordnung jedoch nicht erklärt werden. Noch seltener dürfte ein solches für Angebote dritter Ordnung anzunehmen sein, da für Nutzer weniger die

[458] A. A. wohl bei *Ceffinato*, ZStW 2020, 544, 557, der die Selbstverpflichtung zur Löschung rechtswidriger Inhalte neben die Herrschaft über die Gefahrenquelle stellt.

[459] Weniger überzeugend scheint die Argumentation gegen eine freiwillige Übernahme durch Anbieter erster Ordnung bei *Handel*, Diensteanbieter, S. 220: Zum einen sei „durch die mediale Berichterstattung und öffentliche Diskussion um Hate Speech bzw. Hassbotschaften und Fake News mittlerweile allseits bekannt, dass soziale Netzwerke zu einem nicht unbeträchtlichen Teil zur Begehung von Straftaten, insbesondere Äußerungsdelikten werden". Diese allgemeine Erkenntnis vermag zu begründen, warum kein Vertrauen darauf besteht, dass überhaupt keine inkriminierten Inhalte innerhalb der Angebote erster Ordnung hochgeladen werden und daher auch eine Konfrontation mit diesen nicht auszuschließen ist. Warum sie aber ein Vertrauen darauf erschüttern soll, dass die Inhalte nach Kenntnisnahme gelöscht werden, ist nicht klar. Zum anderen würden die Diensteanbieter durch die Einrichtung entsprechender Meldefunktionen und Moderationseinheiten allein versuchen, eine Haftungsreaktivierung nach § 10 S. 1 Nr. 2 TMG a. F. zu vermeiden und den Anforderungen des NetzDG a. F. nachzukommen. Hinsichtlich des § 10 TMG a. F. ist dem jedenfalls entgegenzuhalten, dass gerade die Einrichtung der Meldewege häufig erst zu einer Kenntnisnahme und damit einer Haftungsreaktivierung führt. Bezüglich des NetzDG a. F. ist anzumerken, dass auch schon vor dem NetzDG a. F. entsprechende Meldewege bestanden haben, seitdem bestehen und getrennt weitergeführt werden (vertieft zu den getrennten Meldewegen und dem daraus erwachsenden Verhältnis privater Gemeinschaftsstandards und strafrechtlichen Normen vgl. *S. Beck/Nussbaum*, in: Jenseits des Staates?, S. 35, 41 ff.).

[460] Anders *M. Popp*, Verantwortung, S. 131, der aus dem Einsatz von Pornographiefiltern eine faktische Übernahme der Beschützergarantenstellung gegenüber Jugendlichen ableiten will. Dass *M. Popp*, Verantwortung, S. 131 ff. auch jenseits dieser faktischen Übernahme ein Vertrauen auf Seiten der Eltern und eine Gefährdung der Jugendlichen aufgrund des Verzichts der Eltern, die Kinder bei der Internetnutzung zu überwachen, sieht, weil sie darauf vertrauen würden, dass die Provider für ein „sauberes Netz" sorgen, scheint heutzutage eher fernliegend. Krit. auch *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 299; *Palm*, Kinder- und Jugendpornographie, S. 258; *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 210; dazu *Jimenez Bernales*, Service Provider, S. 80 f.; *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 61. Vgl. zu ähnlichen Ansätzen im Zusammenhang mit dem Vertrauenstopos im Kontext der Linksetzung *Vassilaki*, MMR 1998, 630, 638; *Vassilaki*, NStZ 1998, 518, 521.

[461] Vgl. in diesem Kontext zum Silencing-Effekt oben Kap. 2 C. II. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schaffung eines organisierten und geschützten Rahmens als das eigene Auftreten als Content-Provider im Vordergrund steht.[462]

3. Überwachergarantenstellung

a) Ingerenz

Eine Überwachergarantenstellung aus Ingerenz kann für denjenigen entstehen, dessen vorangegangenes pflichtwidriges Tun eine Gefahrenquelle für andere schafft.[463] Die Begründung dieser Sonderverantwortlichkeit folgt dem Gedanken, dass derjenige, der Gefahren für Dritte in pflichtwidriger Weise schafft, eine Realisierung dieser Gefahren zu verhüten hat.[464] Im Kontext der hier betrachteten Angebote lässt sich sodann zweierlei problematisieren:

aa) Pflichtwidrigkeit des Betriebs in Relation zur Begehungsstrafbarkeit

Zunächst stellt sich das Zurverfügungstellen des Speicherplatzes nicht als pflichtwidrig dar. Wie im Kontext des erlaubten Risikos erläutert, handelt es sich bei den Angeboten innerhalb sozialer Netzwerke regelmäßig um solche, die primär dem Austausch legaler Inhalte dienen. Handelt es sich bei dem Betrieb hingegen nicht (mehr) um ein erlaubtes Risiko, weil er auf die Förderung illegaler Inhalte ausgerichtet ist, so ließe sich auch die Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens bejahen.[465] In solchen Fällen liegt der Strafbarkeitsvorwurf jedoch regelmäßig schon beim aktiven Betrieb[466], eine etwaige Unterlassensstrafbarkeit tritt sodann i. R. d. Konkurrenzen zurück.[467] Gleichwohl sind Fälle denkbar, in denen das erlaubte Risiko beim Betrieb überschritten wird und eine Begehungsstrafbarkeit scheitert:

Zum einen dann, wenn eine subjektive Zurechnung an der strengen Tatbestandsbezogenheit (zwischentatbestandlicher Bereich) des Vorsatzes scheitert. Hier kann sodann die Garantenstellung aus Ingerenz bzw. die Unterlassungsstrafbarkeit

[462] Am ehesten dürften Ausnahmen hier zu erwägen sein, wenn Inhalte veröffentlicht werden, in denen andere Nutzer nach ihrer Meinung zu einem Thema befragt werden und ausdrücklich ein respektvoller Umgang gefordert wird. Im Vergleich zu Angeboten zweiter Ordnung lässt sich aufgrund der Flüchtigkeit des Angebots dritter Ordnung wiederum keine tatsächliche Moderationspraxis beobachten, weshalb ein Vertrauen auf den Schutz selten zu bejahen sein dürfte.

[463] BGHSt 25, 218, 220.

[464] *Stein*, in: SK-StGB, § 13 Rn. 50 ff.; ausführlich *Herbertz*, Ingerenz, S. 216 ff.

[465] Dazu oben Kap. 5 B. I. 1.

[466] *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 170; *Heghmanns*, ZUM 2000, 463; *Sieber*, JZ 1996, 494, 500; *Jaworski/Nordemann*, GRUR 2017, 567, 568; *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 296; *Zieschang*, GA 2020, 57, 66; *Heinze*, in: NK-Medienstrafrecht, § 186 Rn. 76; grundsätzlich auch *Greco*, ZIS 2019, 435, 447; wohl auch *Bode*, ZStW 2016, 937, 978; diesen Umstand wohl nicht beachtend *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2995.

[467] Vgl. dazu oben Kap. 4 B. II. 1. sowie *Herbertz*, Ingerenz, S. 74.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eigenständige Bedeutung erlangen, sobald der konkrete rechtswidrige Inhalt dem Anbieter zur Kenntnis gelangt.[468] Der verbliebene Anwendungsbereich der Ingerenz bemisst sich also in Abhängigkeit von der Frage, wie stark man die Verbindung zwischen rechtswidriger Ausrichtung und der Konturierung eines Alternativvorsatzes sehen will.[469] Fordert man – wie die überwiegende Auffassung und anders, als es hier vertreten wird – die Vorstellung wesentlicher Lebenskonkreta, weitet sich der praktisch relevante Bereich der Ingerenz erheblich aus.[470]

Zum anderen lässt sich an die Sonderkonstellation des pervertierten Angebots denken. Eine Begehungsstrafbarkeit muss nämlich dann ausscheiden, wenn keine weiteren für die Abrufbarkeit des gesamten Angebots kausalen aktiven Betreiberhandlungen ersichtlich sind.[471]

Daneben geht Handel davon aus, dass sich eine Pflichtwidrigkeit und damit Ingerenzgarantenstellung auch dann ergeben kann, wenn nach mehrmaligem Hinweis auf den Inhalt eine Löschung unterbleibt, die Garantenstellung also aus Verstoß gegen die Unterlassungspflicht aus der zivilrechtlichen Störerhaftung entsteht.[472] Das aber hieße letztlich eine Gleichsetzung von zivilrechtlicher Störerhaftung und strafrechtlicher Verantwortlichkeit über den Umweg der Ingerenz.[473]

Auch Wang sieht eine zusätzliche Bedeutung für die Ingerenzgarantenstellung: Wenn Provider allgemein anerkannte Maßnahmen zur Verhinderung illegaler Inhalte i. S. e. „Industriestandards" nicht ergreifen, dann stelle sich der Betrieb als pflichtwidrig dar.[474] Diese Konstellation spielt für unsere Untersuchung vor dem Hinter-

[468] Allgemein zur Unerheblichkeit, ob ein vorsätzlich-pflichtwidriges oder fahrlässig-pflichtwidriges Vorverhalten vorliegt *Stein*, in: SK-StGB, § 13 Rn. 58. Etwas anderes vertritt *Herbertz*, Ingerenz, S. 315 ff., die aufgrund der Parallelisierung der Ingerenz mit der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nur bei solchen Delikten eine Ingerenz für möglich halten will, in denen das geschützte Rechtsgut auch durch Fahrlässigkeitsdelikte geschützt wird. Da es sich bei den in der vorliegenden Untersuchung betrachteten Kommunikationsdelikte ausnahmslos um Vorsatzdelikte handelt, wäre damit kein eigener Anwendungsbereich der Ingerenz in den hier beschriebenen Fällen gegeben.

[469] Vgl. dazu oben die vermittelnde Ansicht unter Kap. 5 B. II. 3.

[470] Dazu oben Kap. 5 B. II. 2.

[471] Dazu oben Kap. 4 B. III. 2. b). Vgl. auch *Greco*, ZIS 2019, 435, 447, für den eine Unterlassungshaftung bei Ingerenz etwa für den Betreiber einer Pornoseite in Betracht kommt, die langsam von kinderpornographischem Material überrannt werde.

[472] *Handel*, Diensteanbieter, S. 224 mit Verweisen auf LG München I MMR 2017, 357, 359; ferner OLG Hamburg MMR 2013, 533, 534; vgl. auch die Entscheidungen des LG Frankfurt a. M. MMR 2022, 494, 498; ähnlich auch *Berndt*, Verwenden von Kennzeichen, S. 364.

[473] Vgl. auch krit. zu der „Störerhaftung als Durchgangsstadium" im urheberrechtlichen Kontext und einer Gleichsetzung von Störer und Gehilfen *Rempe*, MMR 2013, 534, 535; krit. auch LG München I ZUM-RD 2017, 279, 285 mit der berechtigten Frage, wann eine „Nachhaltigkeit" der Pflichtverletzung zu einem Umschlagen in eine Ingerenzgarantenstellung führen soll.

[474] *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 59; vgl. auch *Conradi/Schlömer*, NStZ 1996, 472, 474.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

grund der Entscheidung des EuGH in der Sache ‚YouTube und uploaded' eine besondere Rolle.[475] Sie wird aber praktisch kaum als Unterlassungskonstellation relevant werden, weil der aktive Betrieb des Angebots bei unterlassenen sorgfältigen Absicherungen als aktives Tun einzuordnen ist.[476] Eine Ausnahme ist allein dort denkbar, wo nach einer Veränderung des „Industriestandards" keine weiteren für die Abrufbarkeit des gesamten Angebots kausalen aktiven Betreiberhandlungen ersichtlich sind; dann liegt das pflichtwidrige Vorverhalten seinerseits in einem Unterlassen.[477]

bb) Zurechnungszusammenhang

Weiter kann eine Garantenstellung aus pflichtwidrigem Vorverhalten nur dann zur Entstehung gelangen, wenn das Vorverhalten die nahe Gefahr eines tatbestandsmäßigen Erfolges verursacht. Es ließe sich daher einwenden, dass nicht das Verhalten des Anbieters, sondern erst die freiverantwortliche rechtswidrige Nutzung durch Dritte die unmittelbare Beeinträchtigung für andere Individual- oder Kollektivrechtsgüter schafft.[478] Dieser, das Verantwortungsprinzip verhandelnde Aspekt, wird hier weitgehendst gesondert für die Überwachergarantenstellungen unter dem Punkt der Garantenpflicht aufgegriffen (II.). Die sich stellenden Fragen sind in wesentlichen Aspekten identisch mit denen der Garantenstellung aufgrund der Herrschaft über eine Gefahrenquelle[479] und werden abschließend hinsichtlich delikts- und plattformspezifischer Besonderheiten differenziert.

b) Herrschaft über die Gefahrenquelle

Von besonderer Relevanz ist die Herleitung der Garantenstellung der Anbieter aus Sachherrschaftsgesichtspunkten. Sie erlangt auch im Schrifttum bislang die größte Aufmerksamkeit; freilich meist grob differenzierend nach Providerart und hinsichtlich sozialer Netzwerke bislang nicht nach unterschiedlichen Ordnungen differenziert. Der Meinungsstand ist dabei zwischen bejahenden[480] und verneinenden[481]

[475] Vgl. dazu oben Kap. 3 D. II. 2. d).

[476] Vgl. dazu Kap. 5 B. I. 1. a).

[477] Vgl. Kap. 4 B. III. 2. a).

[478] So auch *Finke*, Internet-Provider, S. 126; *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 38; *Sieber*, JZ 1996, 494, 500; *Schreiber*, Fake News, S. 236.

[479] Diese Parallelisierung findet sich auch bei *Sieber*, JZ 1996, 494, 502; vgl. auch *Kirchner*, Unterlassungshaftung, S. 143; keine Parallelisierung etwa bei *Schreiber*, Fake News, S. 236, 239 f.

[480] Nicht nur in Bezug auf eine Garantenstellung, sondern auch eine daraus resultierende Beseitigungspflicht: *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 44; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 184 Rn. 85; *Hoven*, ZWH 2018, 97, 100; *Ceffinato*, ZStW 2020, 544, 554; *Heger*, in: L/K/H, § 184 Rn. 7; *Kühl*, AT, § 18 Rn. 115b; *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 405 f.; *Geiring*, User Generated Content, S. 164; *Pelz*, wistra 1999, 53, 56; *Jäger/Collardin*, CR 1996, 236, 239; *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 65; *Wüst*, Underground Economy, S. 168; *Bode*, ZStW 2016,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Stimmen nahezu ausgeglichen.[482] Da eine solche Garantenstellung ablehnende Stimmen mit ihren Einwänden an verschiedenen Stellen ansetzen, wollen wir uns im Folgenden den einzelnen Erfordernissen einer die Einstandspflicht begründenden Herrschaft über die Gefahrenquelle widmen.

aa) Gefahrenquelle

Will man die Gefahrenquelle, die es zu überwachen gilt, benennen, so sind bereits verschiedene Anknüpfungspunkte denkbar:

(1) Angebote als Ganzes

Zunächst bietet es sich an, auf die Eröffnung und den fortlaufenden Betrieb des Angebots als solchem als Gefahrenquelle abzustellen.[483] Dem wird zum Teil entgegengehalten, dass dort, wo der Betrieb ein erlaubtes Risiko darstellt, nicht von

---

937, 978 ff.; *Palm*, Kinder- und Jugendpornographie, S. 259; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 47; *Rostalski*, RW 2017, 436, 454 f.; *Kargl*, in: NK-StGB, § 185 Rn. 44; *Park*, GA 2001, 23, 33; *Handel*, Diensteanbieter, S. 234; *Handel*, MMR 2017, 227; *Jimenez Bernales*, Service Provider, S. 87; *Hörnle*, NJW 2002, 1008, 1011; *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 163; *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 54; *M. Jahn*, in: FS-Wessing, S. 537, 550; *Stein*, in: SK-StGB, § 13 Rn. 35; *Finke*, Internet-Provider, S. 129, 132; *Schreiber*, Fake News, S. 237 ff.; prinzipiell wohl auch *Conradi/Schlömer*, NStZ 1996, 472, 473, wenn die Sachherrschaft zu bejahen ist.

[481] *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 6; *Heghmanns*, ZUM 2000, 463; *Heghmanns*, JA 2001, 71, 74 f.; *Greco*, ZIS 2019, 435, 447; *Heckmann*, in: jurisPK-Internetrecht, Kap. 8 Rn. 451; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 274 ff.; *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 300 ff.; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR7/2017, Anm. 1; *Zieschang*, GA 2020, 57, 65 f.; *Malek/A. Popp*, Strafsachen im Internet, Rn. 116 f.; *Mitsch*, Fallsammlung zum Medienstrafrecht, S. 114; *Derksen*, NJW 1997, 1878, 1884; mit engen Ausnahmen *Sieber*, JZ 1996, 494, 502; weiter hingegen später *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 59, 61 für die Fälle, in denen die Strafbarkeit offensichtlich ist; *Vassilaki*, NStZ 1998, 521 mit der Begründung, dass sich noch keine hinreichende Vertrauenserwartung im Internet herausgebildet hat; keine Aussage lässt sich *Kühne*, NJW 2000, 1003, 1004 entnehmen, der eine Garantenstellung aus Gefahrenherrschaft im CompuServe Fall mit der Begründung ablehnt, es fehle an der Sachherrschaft der abhängigen Tochtergesellschaft gegenüber der entscheidenden US-amerikanischen Muttergesellschaft; wohl auch *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 114 mit unklarem Verweis auf § 7 Abs. 2 TMG a. F.; ähnlich *Bär*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Kap. 15 Rn. 192; zur österreichischen Rechtslage *Schallmoser*, ÖJZ 2018, 205, 209.

[482] Ohne klare Stellungnahme: *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 145; *V. Haas*, in: Matt/Renzikowski, § 13 Rn. 69; differenzierend zwischen Host-Providern und Internetforen *Wegner/Heghmanns*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Kap. 8 Rn. 50, 53.

[483] Teilweise wird auch schon das Internet als Ganzes als Gefahrenquelle – insbesondere im Kontext der Verantwortlichkeit von Access-Providern – behandelt (*Götze*, Providerhaftung, S. 128 ff.; *Gäckle*, Freilaw 2016, 1, 8 (jedoch keine besondere Gefährlichkeit a. a. O., S. 9); vgl. auch *M. Popp*, Verantwortung, S. 136 ff.; in dieser Richtung auch *Pelz*, wistra 1999, 53, 56).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einer Gefahrenquelle zu sprechen ist.[484] Das aber verwundert, weil die Herrschaft über die Gefahrenquelle gerade nicht mit der Ingerenz gleichzusetzen ist. Vielmehr beziehen sich alle typischerweise unter Gefahrenquellenherrschaft gefassten Garantenpflichten auf die Eröffnung einer Gefahrenquelle, die gerade sozialadäquat ist.[485] Wenn Zieschang die bloß „theoretische Möglichkeit, dass das Forum zur Begehung von Straftaten genutzt wird", nicht ausreichen lassen will, sondern eine Garantenstellung erst bei einer „spezifischen Gefahrenquelle" bei krimineller Ausrichtung (etwa auf den Austausch kinderpornographischen Materials) sehen will, dann müsste er konsequenterweise einen Verantwortlichkeitsbereich unterhalb der Schwelle zum aktiven Tun vollständig ablehnen.[486] Auch Wiacek setzt hinsichtlich der Gefährlichkeit des Angebots erster Ordnung dem in der Literatur zu findenden Vergleich des Internets mit Schusswaffen[487] entgegen, dass andere moderne Kommunikationsmittel wie Telefon, Telefax oder etwa Wohnungen als Referenzobjekte treffender seien.[488] Auf den Vergleich mit der Wohnung als Gefahrenquelle wird noch ausführlicher zurückzukommen sein. Nicht aber beim Bestehen einer Garantenstellung, sondern erst bei der sich daraus ergebenden Pflicht.[489] Denn dass die rechtswidrigen Inhalte in aller Regel von eigenverantwortlichen Dritten hochgeladen werden, ist eine Frage danach, ob sich die dadurch konkretisierende Gefahrenlage dem Sachherrschaftsinhaber noch zurechnen lässt, nicht aber, ob es sich bei der Wohnung oder dem Angebot zunächst einmal um eine Gefahrenquelle handelt, die es zu überwachen gilt. Der Gefahrenquellenbegriff ist daher weit zu verstehen: Angebote verschiedener Ordnung sind solche Gefahrenquellen, weil sich in ihnen rechtswidrige Inhalte befinden können.[490]

(2) Speicherung rechtswidriger Inhalte oder deren Kenntnis

Es ließe sich zudem erwägen, ob nicht der strafrechtswidrige Inhalt als solcher eine Gefahrenquelle ist, über die der Anbieter durch die Speicherung und die Möglichkeit der Löschung Herrschaft hat.[491] Ähnliches ließe sich bei den Altlast-Konstellationen der ‚wilden' Müllablagerung erwägen[492]: Nicht das Grundstück, sondern der Abfall als solcher wäre dann die Gefahrenquelle. Damit würde man von vornherein dem zuvor behandelten (vermeintlichen) Einwand, das Angebot sei ja

[484] Vgl. *Zieschang*, GA 2020, 57, 65; *Heghmanns*, ZUM 2000, 463, 464; *Heghmanns*, JA 2001, 71, 75 mit Hinweis auf gesellschaftliche Wertungen hinsichtlich der Informationsfreiheit.

[485] So auch *Wüst*, Underground Economy, S. 167; *Schreiber*, Fake News, S. 237.

[486] *Zieschang*, GA 2020, 57, 65.

[487] *M. Popp*, Verantwortung, S. 146; krit. auch *Malek/A. Popp*, Strafsachen im Internet, Rn. 116; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 274.

[488] *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 300 f.; ebenso *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 275.

[489] Vgl. Kap. 6 C. II. 1.

[490] Vgl. nur *Vassilaki*, MMR 1998, 630, 637.

[491] So *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 63.

[492] Zu diesem Vergleich bereits oben Kap. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gerade sozialadäquat oder eben nicht (unmittelbar[493]) gefährlich, aus dem Weg gehen. Gleichzeitig kann diese Betrachtung nicht überzeugen, weil es sich um eine Gefahrenquelle handelt, die gerade nicht von den Anbietern eröffnet wird, sondern von Dritten.[494] Auf den ersten Blick steht dieser Einwand im direkten Widerspruch zum zuvor bevorzugten Vorgehen, den eigenverantwortlichen Beitrag erst an späterer Stelle zu würdigen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass eine Gefahrenquelle zunächst einmal einem Anbieter zurechenbar sein muss, damit später festgestellt werden kann, ob diese Quelle neben dem eigenverantwortlichen Beitrag eines Dritten einen Zurechnungszusammenhang und damit eine Garantenpflicht begründen kann.[495]

Zu Recht geht Zieschang davon aus, dass jedenfalls nicht mit Kenntnisnahme des Inhalts eine Garantenstellung aus Herrschaft über die Gefahrenquelle entsteht, weil darin eine Vermischung von Garantendogmatik und Vorsatzgesichtspunkten liegt.[496] Gleichwohl wird zu zeigen sein, dass die Kenntnis vom rechtswidrigen Inhalt eine maßgebliche Rolle bei der Konturierung der aus der Garantenstellung fließenden Pflichten hat.[497]

Festzuhalten bleibt: Das Angebot als solches ist die, innerhalb des rechtlich erlaubten Risikos, eröffnete und aufrechterhaltene Gefahrenquelle.

bb) Faktische Herrschaft über eine Gefahrenquelle

Bei der Ermittlung der faktischen Herrschaftsposition über die Inhalte auf der Internetplattform kann es zunächst einmal nicht entscheidend auf die Sachherrschaft über die maßgebliche Hardware, sondern allein auf eine solche über die Daten an-

[493] Die Unterscheidung von unmittelbaren und mittelbaren Gefahrenquellen wird aufzugreifen sein (Kap. 6 C. II. 1.).

[494] Wohl auch *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 144.

[495] I. E. so auch *Heghmanns*, JA 2001, 71, 75; deutlicher noch *Heghmanns*, ZUM 2000, 463, 464.

[496] *Zieschang*, GA 2020, 57, 65; zust. *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 275 f.; ähnlich *Greco*, ZIS 2019, 435, 447. Zweifelhaft ist aber, ob eine solche Begründung von den von *Zieschang*, GA 2020, 57 Fn. 52 zitierten Autoren überhaupt vorgeschlagen wird: *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518, 522 entnehmen die Garantenstellung und Beseitigungspflicht – nicht überzeugend – unmittelbar § 10 S. 1 TMG a. F. und leiten sie nicht aus allgemeinen Grundsätzen zur Gefahrenquellenherrschaft her. *Jaworski/Nordemann*, GRUR 2017, 567, 568 geht es nicht um die Kenntnis des spezifischen rechtswidrigen Inhalts, sondern die Kenntnis um die gehäufte rechtswidrige Nutzung, die bereits unter der Ingerenz behandelt wurde. *Bode*, ZStW 2016, 937, 979, der nicht die Garantenstellung, sondern die Garantenpflicht von der Kenntnis abhängig machen will, stützt sich vor allem auf das Entfallen der Privilegierung des § 10 TMG, was – worauf noch zurückzukommen sein wird – keine unzulässige Verbindung von Garantendogmatik und Vorsatzgesichtspunkten, sondern eine Begrenzung des aus der Garantenstellung resultierenden Pflichtenkanons durch telemedienrechtliche Sondervorschriften ist. In die von *Zieschang*, GA 2020, 57 Fn. 52 angedeutete Richtung geht aber die Begründung von *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 65.

[497] Vgl. dazu unten Kap. 6 C. II. 1. c).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kommen.[498] Dabei lässt sich grundsätzlich festhalten, dass der Anbieter erster Ordnung die technische Möglichkeit hat, Inhalte zu löschen oder ganze Nutzer zu sperren. Ähnlich liegt es hinsichtlich der Anbieter zweiter Ordnung, die Inhalte löschen und Nutzer aus einer Gruppe ausschließen können sowie der Anbieter dritter Ordnung, bei denen der Ausschluss des Nutzers und die Löschung seines Inhalts zusammenfällt. Die fortgesetzte Möglichkeit Inhalte zu entfernen, unterscheidet die Anbieter zwar nicht vom Content-Provider, aber vom Access-Provider, der die Daten allein durchleitet.[499]

Besonderes könnte für Anbieter dritter Ordnung dort gelten, wo ihnen durch Anbieter erster Ordnung nicht die Möglichkeit zur Löschung fremder Kommentare zugestanden wird. So lag es etwa bei X (ehem. Twitter).[500] Hier könnte man zuerst meinen, der Anbieter dritter Ordnung sei allein auf die Meldung des Inhalts beim Anbieter erster Ordnung verwiesen und ihm fehle daher die faktische Herrschaft über die von ihm eröffnete Gefahrenquelle. Da dem Anbieter aber auch dort die Möglichkeit verbleibt, seinen Ausgangsbeitrag und damit die nachfolgenden Kommentare zu löschen – sein Angebot also insgesamt zu schließen – verbleibt ihm eine faktische Herrschaft über den Inhalt.[501]

cc) Ansätze einer Restriktion

Eine Garantenstellung allein auf Grundlage der faktischen Herrschaftsposition zu bejahen, kann jedoch nicht überzeugen. Sie kann keine hinreichende Abgrenzung von den Pflichten der §§ 138, 323c StGB[502] und der physisch realen Möglichkeit der Erfolgsabwendung[503] einerseits und keine durch die das Kriterium der Pflichtwidrigkeit bei der Ingerenz gewonnene Begrenzung andererseits[504] ermöglichen.[505] Als

[498] *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 44. Einen anderen Anknüpfungspunkt scheint *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 64 f. zu wählen, wenn er die Herrschaft aufgrund der Menge an Informationen in Netzwerken als schwach ausgeprägt ansieht.

[499] *Blanke*, Verantwortlichkeit des Internet-Providers, S. 99; *Jimenez Bernales*, Service Provider, S. 86 f.; *Satzger*, in: Verantwortlichkeit im Netz – Wer haftet wofür?, S. 161, 172; *M. Popp*, Verantwortung, S. 142; anders hinsichtlich des Access-Providers *Götze*, Providerhaftung, S. 131 ff.

[500] *J. Jahn*, NJW 2023, 2315, 2318.

[501] Zu den Besonderheiten eines solchen durch die Anbieter erster Ordnung gewählten Designs und der daraus folgenden Begrenzung des Pflichtenumfangs auf Seiten der Anbieter nachgelagerter Ordnung vgl. unten Kap. 6 C. II. 3. d).

[502] *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 405; vgl. allgemeiner *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 113.

[503] Vgl. *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 89; auch *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 39.

[504] Vgl. *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 49, der in seinen Vergleich mit der Ingerenz aber bereits Erwägungen zum Verantwortungsprinzip aufnimmt, die hier gesondert unter Kap. 6 D. II. 1. behandelt werden.

[505] Zweifelhaft ist die Begründung eines Restriktionsbedürfnisses bei *Finke*, Internet-Provider, S. 128, der annimmt, dass die Kontrolle der gesamten beherrschten Datenmenge den Betrieb des Providers zusammenbrechen lassen würde. Das dürfte die Begrenzung des Um-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Aspekte möglicher weiterer Voraussetzungen thematisiert Sieber (1) die spezifische gesteigerte Gefährlichkeit einer Gefahrenquelle, (2) den Ausschluss Dritter von einer Einwirkungsmöglichkeit auf den Gefahrenbereich und (3) normativ begründete Vertrauenserwartungen.[506] Die aufgeführten Aspekte sollen folgend im Kontext der Anbieter verschiedener Ordnung präzisiert und auf ihr Restriktionspotenzial überprüft werden.

(1) Spezifische gesteigerte Gefährlichkeit

Es ist einer der Grundgedanken der Garantenstellung aus der Herrschaft über eine Gefahrenquelle, dass die Überwachungspflichten aus der Gewährung von Gefahrschaffungsrechten folgen. Dort nämlich, wo die Rechtsordnung die Schaffung von Gefahren dem erlaubten Risiko zuordnet, soll von demjenigen, der die Gefahrenquelle schafft, kehrseitig eine Absicherung dieser Gefahrenquelle erwartet werden können.[507] Dass es sich indessen bei Angeboten um entsprechend beherrschte Gefahrenquellen handelt, wurde bereits festgestellt. Dem einschränkenden Merkmal geht es nun um eine spezifische Gefährlichkeitssteigerung, letztlich um eine Verallgemeinerung der seit 1982 bestehenden Leitrechtsprechung zur Garantenstellung des Wohnungsinhabers.[508] Dieser Rechtsprechungslinie sowie ihrer Übertragung auf den digitalen Raum soll sich noch intensiver gewidmet werden (II.). Da die vorliegende Untersuchung eine strenge Trennung von Garantenstellung und Garantenpflicht verfolgt und erst bei letzterer Zurechnungsgesichtspunkte (insbesondere die Kollision mit dem Verantwortungsprinzip) aufzunehmen sind, finden die Ausführungen hier noch keinen Platz.[509]

(2) Ausgleich für die Gewährung von Ausschlussrechten und Herrschaftsmonopol

Sodann könnte man sich einer Einschränkung der Garantenstellung aus der Herrschaft über eine Gefahrenquelle aus Richtung des Grundgedankens der Ge-

fangs der Garantenpflichten, die durch die telemedienrechtlichen Providerprivilegieren (als Vorfilter) vorgezeichnet sind, außer Acht lassen (so i. E. auch *Finke*, Internet-Provider, S. 129).

[506] *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 47 ff.; zust. *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 274; *Gäckle*, Freilaw 2016, 1, 8; ebenso *Finke*, Internet-Provider, S. 126; zum Vertrauen auch *Götze*, Providerhaftung, S. 128, 133, der jedoch die Vertrauensstellung mit der Herrschaft begründet und damit die normative Begrenzung mit den ersten Voraussetzungen in eins setzt.

[507] Vgl. *Stein*, in: SK-StGB, § 13 Rn. 19.

[508] BGH NJW 1982, 1235, 1236; weitere Nachweise aus der Rspr. und Literatur bei Kap. 6 C. II. 1.; auch die Erläuterung dieses Merkmals von *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 56 f. nimmt ihren Ausgangspunkt in dieser Rspr.

[509] Auffällig ist die doppelte Darstellung bei *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 zunächst unter den einschränkenden Kriterien einer Garantenpflicht (a. a. O., Rn. 56 f.) und dann erneut unter dem Zurechnungszusammenhang (a. a. O., Rn. 58, insbesondere Fn. 2). Ebenso bei *Finke*, Internet-Provider, S. 126 f., der eine besondere Gefährlichkeit neben den Zurechnungsaspekten nennt. Ob dabei jeweils eigenständige restringierende Potenziale bestehen sollen, wird nicht deutlich.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

währung von Ausschlussrechten nähern. Denn dort, wo die Rechtsordnung Einzelnen die Befugnis erteilt, andere von der Kontrolle dieser Bereiche auszuschließen und so die Ausübung eigener Persönlichkeitsrechte und anderer Freiheitsrechte stärkt, lässt sich eine Erwartung – quasi kehrseitig – in die Übernahme von Gefahrenabwendungsaufgaben erkennen.[510] Dieser Aspekt ist anders als derjenige der spezifisch gesteigerten Gefährlichkeit nicht notwendigerweise mit Zurechnungsaspekten verquickt, sondern spielt auch schon für die Begründung der Garantenpflicht des Hauseigentümers für die Sicherung eines losen Dachziegels eine Rolle.[511]

Zur Begründung der Garantenstellung aus Gefahrenherrschaft des Host-Providers stützt sich Hörnle neben dem wirtschaftlichen Interesse „an Handlungen, die seinen Kundenstamm erweitern" vor allem darauf, „dass Host-Service-Provider als einzige über die Dateien auf ihrem Server verfügen können." Es handle sich nicht nur um eine für eine Garantenstellung nicht ausreichende faktische Handlungsmöglichkeit, sondern vielmehr um das „rechtliche Entscheidungsmonopol" über die Weiterexistenz der Dateien.[512] Warum jedoch aus den wirtschaftlichen Interessen des Herrschaftsinhabers eine normativ begründete Vertrauenserwartung soll erwachsen können, erklärt sich nicht ohne Weiteres.[513] Bezüglich des „rechtlichen Entscheidungsmonopols"[514] werden zwei Einwände erhoben:

(a) Beseitigungsmonopol vs. Kontrollmonopol

Erstens wird bezweifelt, dass es sich um einen *rechtlich* geschützten Herrschaftsbereich (ähnlich dem der Wohnung gem. Art. 13 GG[515]) handelt.[516] Dieser Einwand von Sieber scheint dabei einen anderen Bezugspunkt als Hörnles Ansatz zu nehmen: Während Hörnle auf die Möglichkeiten Dritter (auch hoheitlicher Akteure),

[510] Vgl. dazu *Stein*, in: SK-StGB, § 13 Rn. 20 m. w. N.

[511] *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 113 im Zusammenhang mit dem Topos der Monopolstellung; allgemein diesen Aspekt als Grund für die Garantenstellung aus Sachherrschaftsgesichtspunkten betonend *Jakobs*, AT, 29/30.

[512] *Hörnle*, NJW 2002, 1008, 1011; zust. *Handel*, Diensteanbieter, S. 227; in dieser Richtung auch *Hoven*, ZWH 2018, 97, 99, die auf den Ausschluss Dritter von einer Einwirkung auf die gespeicherten Daten spricht; vgl. auch *Rostalski*, RW 2017, 436, 455 zur wirtschaftlichen Nutzziehung.

[513] So wohl auch später *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 48.

[514] Es scheinen in dieser Formulierung zum einen eine aus der Sachherrschaft „faktische Monopolstellung" und zum anderen eine dem Kehrseitengedanken entspringende Kompensation für Ausschlussrechte miteinander verbunden zu werden. Zu beiden materiellen Sachgründen für eine Garantenstellung *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 106 ff., 130 ff.

[515] Zur Frage, ob im Rahmen der Diskussion um die Garantenstellung des Wohnungsinhabers (dazu auch nochmals unten Kap. 6 II. 1.) auf den durch Art. 13 GG verfassungsrechtlich zugewiesenen Ausschlussbereich als Ausformung eines Kehrseitengedankens zurückgegriffen werden kann, aus der Rspr. BGH NJW 1982, 1235 mit Verweis auf *Schünemann*, Grund und Grenzen, S. 362; ausführlich *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 130 ff.

[516] *Sieber*, JZ 1996, 494, 501; *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 54; ebenso *Finke*, Internet-Provider, S. 128.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Inhalte zu beseitigen, abstellt, geht es Sieber um die Frage, ob eine äußere Kontrolle und Gefahrenabwehr überhaupt möglich ist. Letzteres ist so lange nicht beeinträchtigt, wie es sich um öffentlich zugängliche Informationsangebote handelt. Ist das Angebot dem öffentlichen Kontrollzugriff jedoch entzogen, so wie es etwa bei geschlossenen und geheimen Gruppen der Fall ist, soll sich schon hieraus eine Vertrauenserwartung ergeben können.[517] Ob hier aber von eingeräumten Ausschlussrechten zu sprechen ist, lässt sich bezweifeln.

Mit dieser Unterscheidung ist die Besonderheit der Sachherrschaft über digitale Räume angesprochen. Nur dort sind auch hoheitliche Akteure weitgehendst auf die technische Beseitigung konkretisierter Gefahrenzustände durch die Anbieter angewiesen. Den Anbietern kommt ein technisch bedingtes Entscheidungsmonopol über die Weiterexistenz der Daten zu. Es ließe sich – den Terminus von Hörnle verändernd – von einem ‚Beseitigungsmonopol' sprechen. Dort, wo der Inhalt innerhalb von Angeboten nachgelagerter Ordnung platziert ist, wäre konsequenterweise präzise von einem ‚Beseitigungs*oligopol*' zu sprechen. Außer in den genannten Ausnahmefällen (bestimmte Gruppen oder Privatsphäre-Einstellungen privater Profilseiten) besteht hingegen keineswegs ein rechtlich oder technisch vermitteltes ‚Kontrollmonopol', weil es für Dritte (und auch für den grundsätzlich zur Gefahrenabwehr berufenen hoheitlichen Akteur) prinzipiell die Möglichkeit gibt, die Inhalte einzusehen und über die Anbieter auf ihre Löschung hinzuwirken. Bei Wohnungen etwa stellt es sich andersherum dar: Der Ausschluss der Öffentlichkeit erschwert eine Kontrolle für jeden außer für den Wohnungsinhaber, die Beseitigung gefährlicher Zustände könnte sodann aber prinzipiell durch jedermann vorgenommen werden. Sieber jedoch führt hinsichtlich des ‚Kontrollmonopols' aus, dass ein solches nicht nur technisch vermittelt, sondern auch faktisch bedingt sein könnte, wenn die Masse an öffentlich zugänglichen Daten nicht mehr zu kontrollieren und eine ansatzweise effektive Gefahrenabwehr durch einzelne Löschungsverfügungen nicht mehr zu erreichen ist.[518] Es lässt sich jedoch auch fragen, ob sich insofern von einem Kontrollmonopol der Anbieter erster Ordnung sprechen lässt, sind doch auch sie mit der Masse an Informationen konfrontiert.[519] Denn eine Absicherung der Überwachungspflichten der Anbieter ließe sich wohl kaum dort begründen, wo faktische Umstände zu einem allseitigen Kontrolldefizit führen.

---

[517] *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 54; ebenso *Finke*, Internet-Provider, S. 128. Wenn *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 54 Fn. 3 davon ausgeht, dass die Einrichtung abgeschotteter Nutzergruppen schon einen an das aktive Tun anknüpfenden Strafbarkeitsvorwurf begründen kann, dann dürfte das zu weit führen. Wie oben Kap. 5 B.I., II. gezeigt, müssen weitere Aspekte hinzutreten, um eine objektive und subjektive Zurechnung strafbarer Inhaltsverbreitungen zu begründen.

[518] *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 55; zust. *Schreiber*, Fake News, S. 238. Vgl. auch zu faktischen Vollstreckungsdefiziten, die nicht auf Ausschlussrechte zurückgehen, den Kirchenasyl-Fall bei BayObLG BeckRS 2022, 3262, Rn. 36.

[519] Vgl. auch *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 64 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Art der Kontrolle durch die Anbieter ließe sich nun unterscheiden: Hinsichtlich proaktiver technischer Kontrollen (Upload-Filter) zeigt sich die Masse an Daten als ein geringeres Hindernis als für Außenstehende, weil ein unmittelbarer Zugriff auf die Daten möglich ist.[520] Es handelt sich aber gerade um solche Maßnahmen, zu denen die Anbieter gem. Art. 8 DSA nicht verpflichtet sind. Über die Möglichkeit solcher Maßnahmen ein Kontrollmonopol hinsichtlich der Inhalte zu begründen und damit eine strafbarkeitsbegründende Garantenstellung abzusichern, hieße die Providerprivilegierung auf Umwegen zu unterminieren. Daher bleiben nur solche Kontrollmodalitäten, die dem Verbot von allgemeinen Überwachungspflichten nicht unterfallen. Dazu gehört zum einen die Löschung gemeldeter Inhalte, zu deren Kontrolle auch bei massenhafter Meldung insbesondere Anbieter erster Ordnung gegenüber staatlichen Akteuren stärkere Chancen haben.[521] Zum anderen verbleibt aber auch die Möglichkeit, bestimmte Nutzer bei wiederholtem und/oder gravierendem Verstoß gegen strafrechtliche Normen bzw. gegen die Gemeinschaftsstandards zu überwachen und sie ggf. vom Angebot auszuschließen. Dadurch haben die Anbieter deutlich stärkere Möglichkeiten als außenstehende Akteure, über den Nutzerbestand zu entscheiden, aus dem strafrechtswidrige Inhalte herrühren können.[522]

Es ließe sich deshalb von technischen Beseitigungsmonopolen und faktischen Kontrollmonopolen sprechen.[523] Beide Aspekte können dabei nebeneinanderstehen und für das Bestehen einer Garantenstellung vorgebracht werden. Denn es handelt sich jeweils um Aspekte, die die Gefahrenabwehr durch andere erschweren und daher ein Vertrauen auf die Zuordnung dieser Gefahren zum Organisationskreis der Anbieter verstärken könnte. Dass es sich aber jeweils um die Kehrseite von Ausschlussrechten handelt und daher die Bezeichnung als „rechtliches Entscheidungsmonopol“ treffend ist, lässt sich bezweifeln.

(b) Grundrechtsbindung Privater und das Beseitigungsmonopol

Zweitens wird von Kusche eingewendet, dass die zunehmende Diskussion um die mittelbare Grundrechtsbindung der Betreiber erster Ordnung die Annahme eines rechtlichen Entscheidungsmonopols auf tönerne Füße stellt.[524] Diese Frage betrifft aber vor allem die Löschung von Inhalten aufgrund strengerer, privat geschöpfter Gemeinschaftsstandards.[525] Ob nun die Figur des rechtlichen Entscheidungsmonopols aber insofern beidseitig zu verstehen ist, als es auch um die Freiheit geht, über

[520] Zu beachten ist, dass sog. Scraping-Tools auch für Außenstehende eine Extraktion der Daten und Filterung zunehmend besser möglich machen.

[521] In dieser Richtung auch *Schreiber*, Fake News, S. 238.

[522] Darauf stellt auch *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 163 bei der Begründung einer Garantenstellung ab.

[523] Vgl. dazu auch *Jimenez Bernales*, Service Provider, S. 87.

[524] *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 434.

[525] Vgl. dazu nur *Friehe*, NJW 2020, 1697, 1700 m. w. N.; dazu oben schon Kap. 2 B.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

staatliche Normen hinaus zu moderieren, ist zumindest zweifelhaft, dürfte aber letztlich Folge einer ungeeigneten Bezeichnung der Monopolstellung sein. Geht es um das technische Beseitigungsmonopol, ändert eine etwaige Grundrechtsbindung der Anbieter so lange nichts daran, wie man ihnen daraus keine Garantenstellung ähnlich der von Amtsträgern zuerkennen will, aus der sich auch Schutzpflichten hinsichtlich sowohl der Ehre einzelner als auch des öffentlichen Friedens ergeben. Auch hinsichtlich des faktischen Kontrollmonopols dürfte eine (unmittelbare) Grundrechtsbindung ohne Auswirkungen bleiben.

(3) Normativ begründete Vertrauenserwartung: Das telemedienrechtliche Gefüge

Zuletzt soll eine Vertrauenserwartung in den Blick genommen werden, die sich aus der Überwachung der Gefahrenquelle speist. Ob ein hinreichendes Vertrauen vorliegt, ist dabei nicht soziologisch-faktisch zu bestimmen, sondern vielmehr Ergebnis eines normativen Abwägungsprozesses verschiedener Kriterien.[526] Es kommt also nicht darauf an, ob jemand tatsächlich auf die Überwachung der Gefahrenquelle vertraut.[527] Bei der Bildung des notwendigen normativen Vertrauenstatbestandes bietet sich ein Blick auf die gesetzlichen Regelungen des Telemedienrechts zur Gewinnung eines Indizes mit der Frage an, ob die Überwachung der Gefahrenquelle dem Organisationsbereich der Anbieter zugeordnet ist.[528] Zur Klarheit sei hier betont, dass damit die Garantenstellung nicht unmittelbar aus dem Gesetz entnommen wird, was – wie gezeigt[529] – nicht überzeugen kann. Gleichwohl lassen sich entsprechende Wertungen aufsuchen, die die Annahme einer materiell begründeten Garantenstellung bestärken oder schwächen können.

Sowohl von der Staatsanwaltschaft München I[530] als auch von Stimmen aus dem Schrifttum[531] wird behauptet, dass die Schaffung des NetzDG als Ordnungswidrigkeitenrecht (etwas Ähnliches ließe sich vom § 33 Abs. 5 DDG behaupten) einer Garantenstellung gerade im Wege stehe. Der Gesetzgeber gehe „e contrario vom Nichtbestehen einer strafrechtlichen Garantenpflicht" aus, „da die Vorschrift [des NetzDG] andernfalls bei einer Strafbarkeit im Hinblick auf die bestehende Sankti-

[526] Zu diesen können freilich auch vorangegangene Aspekte zählen.

[527] *Stein*, in: SK-StGB, § 13 Rn. 21; *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 48; von einem typisierten Vertrauen sprechend *Pelz*, wistra 1999, 53, 56; anders wohl *Finke*, Internet-Provider, S. 128, der einen Vertrauenstatbestand – wohlgemerkt im Jahr 1998 – mit der Begründung ablehnt, dass das Internet noch nicht lange genug existiere, damit sich entsprechende Erwartungen bereits herausgebildet haben könnten.

[528] So auch *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 48 ff.; *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 405; *Schreiber*, Fake News, S. 239.

[529] Vgl. oben Kap. 6 C. I. 1.

[530] Staatsanwaltschaft München I, Pressemitteilung 04 vom 26.02.18 (abrufbar unter https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/staatsanwaltschaft/muenchen-1/presse/2018/04.php) (letzter Abruf am 10. 5. 2024).

[531] *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

onsmöglichkeit nach §§ 30, 130 OWiG obsolet wäre."[532] Es gilt zum einen, was bereits erwähnt wurde[533]: Eine Unterlassungsstrafbarkeit kann durchaus auch an anderen Voraussetzungen als der Garantenpflicht scheitern. Zum anderen spricht das NetzDG nicht gegen eine Garantenstellung aus allgemeinen Grundsätzen, weil es ein völlig anderes Regulierungsmodell verfolgt, das nicht den Nachweis einzelner Verstöße erfordert und eine individuelle Verantwortlichkeit in den Blick nimmt.[534]

Ebenso wenig überzeugend ist es, die Ablehnung einer Garantenstellung u. a. damit zu begründen, dass sich der Gesetzgeber letztlich gegen die Einfügung einer gesetzlichen Regelvermutung hinsichtlich gefahrgeneigter Dienste[535] ausgesprochen hat.[536] Diese Regelvermutung hätte sich auf § 10 S. 1 Alt. 2 TMG a. F., also die Begründung eines Schadensersatzanspruchs schon bei Kenntnis von Umständen, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird, nicht jedoch auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit bezogen.[537] In der anderen Richtung lässt sich den telemedienrechtlichen Regelungen (insbesondere dem § 10 S. 1 TMG a. F.; jetzt Art. 6 Abs. 1 DSA) jedenfalls eine Absicherung des bislang gefundenen Ergebnisses entnehmen, da es den Organisationsbereich der Angebote insgesamt zu ordnen versucht.[538]

Kurzum: Der Aspekt der Gesamtordnung des Organisationsbereichs neben dem der Beseitigungs- und Kontrollmonopolstellung kann die Annahme einer Garantenstellung aus Gefahrenherrschaft hinreichend absichern.

II. Aus der Sachherrschaft resultierende Garantenpflichten

Die Trennung der Garantenstellung von der Pflicht macht es nun möglich, entscheidende Differenzierungen hinsichtlich des Bestehens und des Umfangs von Verpflichtungen vorzunehmen. Hinsichtlich des Bestehens von Pflichten können dabei insbesondere Gesichtspunkte der objektiven Zurechnung eine Rolle spielen, und es kann gefragt werden, inwiefern das Verantwortungsprinzip einer Zurechnung

[532] *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 6.

[533] Vgl. oben Kap. 6 C. I. 1. b).

[534] Vgl. auch grundlegend zur Unterscheidung Kap. 3 A. I. 2. c).

[535] BT-Drs. 18/6745, S. 11, 15 f.

[536] Vgl. *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 6.

[537] Der Vorschlag für § 10 Abs. 2 S. 1 TMG-E lautete: „Die Kenntnis von Tatsachen oder Umständen nach Absatz 1, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird, wird vermutet, wenn es sich bei dem angebotenen Dienst um einen besonders gefahrgeneigten Dienst handelt." (BT-Drs. 18/6745, S. 6).

[538] *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 35, 49 ff.; *Kudlich*, JURA 2001, 305, 310; *Sternberg-Lieben*, in: BeckOK-UrhG, § 106 Rn. 29.8.; *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 58; auf § 5 TDG Abs. 2 a. F. im Rahmen der Gefahrenherrschaft abstellend auch *Gercke*, Rechtswidrige Inhalte, S. 91, der aus der gesetzlichen Wertung eine Vertrauenserwartung zu begründen versucht, während eine erhöhte Gefährlichkeit abzulehnen sei.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Gefahr zur beherrschten Sache entgegensteht (1.).[539] Anschließend soll exkursorisch gezeigt werden, dass der Zurechnungszusammenhang bei der Garantenstellung aus Herrschaftsgesichtspunkten und aus Ingerenz zwar Ausgangserwägungen teilt, sich jedoch hinsichtlich des Zurechnungsobjektes unterscheidet (2.). Zuletzt lassen sich für Inhalt und Umfang weitere Zumutbarkeitserwägungen und telemedienrechtliche Wertungen fruchtbar machen (3.).

1. Zurechnungszusammenhang und Verantwortungsprinzip bei der Garantenstellung aus Sachherrschaft

Bei der Begründung einer Garantenpflicht der Anbieter ist zentrales Problem, dass sich die Gefahren nicht – wie es bei einem gefährlichen Tier[540] oder einem losen Dachziegel[541] der Fall ist – aus der Sache als solcher (sog. unmittelbare Sachgefahren[542]), sondern erst aus dem Verhalten Dritter ergeben (sog. mittelbare Sachgefahren[543]). Geht es nun um die Verhinderung strafrechtlichen Verhaltens Dritter oder die Beseitigung drittbegründeter Gefahrzustände, gilt grundsätzlich aufgrund des Verantwortungsprinzips Zurückhaltung hinsichtlich der Annahme eines Zurechnungszusammenhangs.[544] Das gilt eben auch für den Zurechnungszusammenhang zwischen der Gefahrenquelle, an die sich die Garantenstellung knüpft, und dem Erfolg.

Ausnahmen von einer Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs im Unterlassen werden – wenn im Einzelnen auch alles umstritten ist – in zwei Konstellationen diskutiert und überwiegend befürwortet: Zunächst sollen sich Straftatverhinderungspflichten aus einer besonderen Autoritätsstellung gegenüber Dritten begründen lassen. Als solche kommen die Erziehungsberechtigten gegenüber den Kindern, im Rahmen des Schulbetriebs die Lehrer gegenüber den Schülern oder die militärischen Vorgesetzten gegenüber ihren Untergebenen in Betracht.[545] Einen dogmatischen Höhepunkt der Diskussion um Verhinderungspflichten im Autoritätsverhältnis stellt die Geschäftsherrenhaftung dar, also die strafrechtliche Ver-

[539] Vgl. auch *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 39, 44; *Stein*, in: SK-StGB, § 13 Rn. 25; *Herbertz*, Ingerenz, S. 332.

[540] *Roxin*, AT II, § 32 Rn. 114 m. w. N. aus der Rspr.

[541] *Roxin*, AT II, § 32 Rn. 108.

[542] *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 90.

[543] *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 92.

[544] Daher eine Verantwortlichkeit ohne Berücksichtigung etwaiger Ausnahmen ablehnend *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 7/2017, Anm. 1; ebenso *Mitsch*, Fallsammlung Medienstrafrecht, S. 114; ausdrücklich auch *Malek/A. Popp*, Strafsachen im Internet, Rn. 116; zur Bedeutung im Allgemeinen *Hefendehl*, GA 2019, 705, 711.

[545] Mit noch weiteren Beispielen *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 52. Nicht zu begründen ist jedoch eine Verhinderungspflicht im Drittschutzinteresse zwischen Ehegatten vgl. *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 154; dazu und zu Polizeibeamten vgl. *Ransiek*, JuS 2010, 585, 588.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

antwortlichkeit des Betriebsleiters für unternehmensbezogene Straftaten von Angestellten.[546] Eine Autoritätsstellung des Plattformbetreibers gegenüber den Nutzern seines Dienstes kann in dieser Art aber kaum angenommen werden.[547]

Das verleitet das strafrechtliche Schrifttum häufig zu einem Vergleich mit der zweiten Ausnahme vom Verantwortungsprinzip, nämlich mit der Garantenstellung aus der Beherrschung für Räumlichkeiten bzw., um präziser zu sein: mit der Frage nach einer Straftatverhinderungspflicht innerhalb von Räumlichkeiten.[548] Während die ältere Rechtsprechung des BGH hier eine Garantenstellung noch großzügiger zumindest auch auf den Aspekt der Verfügungsbefugnis stützt[549], wird in jüngeren Entscheidungen das Spannungsfeld mit einem deutlich restriktiveren Kurs aufgelöst. Danach ergebe sich eine Garantenstellung zur Verhinderung fremder Straftaten nur dann, „wenn die Wohnung wegen ihrer besonderen Beschaffenheit oder Lage eine Gefahrenquelle darstellt, die [der Inhaber] so zu sichern oder zu überwachen hat, daß sie nicht zum Mittel für die leichtere Ausführung von Straftaten gemacht werden kann.“[550] Interessant ist, dass dieser Vergleich von Befürwortern und Gegnern einer

[546] Überblick bei *Bosch*, JURA 2019, 1239, 1249 ff.

[547] So auch *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 62; *Pelz*, wistra 1999, 53, 56. In eine andere Richtung i. E. scheinbar *Ceffinato*, ZStW 2020, 544, 557; vgl. auch die Herleitung bei *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 58 f., wenn als Ausnahme von der Zurechnungsunterbrechung auf die Zurechnung zum Organisationskreis des Betriebsinhabers abgestellt wird; ausführlich im Kontext der Darknet-Plattformen *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 277 ff., die sich ebenfalls mit der nicht auf die Autoritätsstellung fokussierten Begründung der Geschäftsherrenhaftung auseinandersetzt.

[548] *Ceffinato*, ZStW 2020, 544, 556; *Malek/A. Popp*, Strafsachen im Internet, Rn. 117; *Hoven*, ZWH 2018, 97, 100; *Handel*, Diensteanbieter, S. 226; *Kühl*, AT, § 18 Rn. 115b; *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 535; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 276; *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 300 f.; *Wüst*, Underground Economy, S. 168; *Zieschang*, GA 2020, 57, 66; *Sternberg-Lieben*, in: BeckOK-UrhG, § 106 Rn. 29.8.; *Schreiber*, Fake News, S. 239; ähnlich *Heghmanns*, ZUM 2000, 463; *Heghmanns*, JA 2001, 71, 75; ohne unmittelbar auf die Herrschaft aus Räumen abzustellen, aber mit Thematisierung des Verantwortungsprinzips *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 6; *Heger*, in: L/K/H, § 184 Rn. 7: „Mittel einer erleichterten Tatausführung“, ohne den Vergleich explizit zu machen; ebenfalls ohne ausdrücklichen Vergleich *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 44: „aufgrund der besonderen Beschaffenheit der Speicher- und Verbreitungsmöglichkeiten“; zur österreichischen Rechtslage *Salimi*, JBl 2019, 609, 619 f.; krit. Einordnung des Vergleichs bei *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 56 f. sowie bei *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 64.

[549] In BGH NJW 1966, 1763 wurde die Sonderverantwortlichkeit eines Gastwirts zur Verhinderung von Ausschreitungen zwischen den Gästen aufgrund der Verfügungsgewalt innerhalb der Gaststätte bejaht. Später übertrug der BGH NJW 1977, 204 – wenn auch ohne sich hinsichtlich des materiellen Entstehungsgrundes letztgültig festzulegen – den Topos der Verfügungsgewalt über Räumlichkeiten auf Wohnräume. Jeweils wäre jedoch zu fragen bzw. näher zu beleuchten gewesen, ob sich nicht etwaige Beschützergarantenstellungen (aus dem Gastwirtvertrag oder der tatsächlichen Übernahme bei Aufnahme in der Wohnung) begründen ließen.

[550] BGH NJW 1982, 1235, 1236; der Formulierung folgend BGH NJW 1993, 76 und konkretisierend: „besonderen Beschaffenheit oder Lage – also über ihre Eigenschaft als Wohnung und damit als nach außen abgeschirmter, der Wahrnehmung dort geschehender

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Garantenpflicht von Host-Providern etwa in gleichen Teilen herangezogen wird. Für den Wohnungsinhaber jedenfalls läuft diese seit 1982 geübte Formel in der Praxis ins Leere: Entweder es wird eine gefahrschaffende Besonderheit oder Lage der Wohnung abgelehnt[551] oder es werden Beispiele angeführt, bei denen die Beschaffenheit derart an die deliktische Verwendung angepasst ist, dass die Strafbarkeit wohl schon an ein aktives Handeln geknüpft werden könnte[552].

a) Gegenstand der besonderen Gefährlichkeit einer Gefahrenquelle

Diese Leitrechtsprechung des BGH von 1982[553] verdient für sich genommen und in ihrer Übertragbarkeit auf den Angebotsbetrieb eine weitere Analyse. Die Konkretisierungsbedürftigkeit der Formel wird einem nicht zuletzt durch das auf ihr basierende, disparate Meinungsbild hinsichtlich der Garantenpflicht von Host-Providern vor Augen geführt. Insbesondere gilt es den Maßstab einer besonderen Beschaffenheit und Lage, also die besondere Gefährlichkeit, weiter zu klären. Dabei lassen sich im Wesentlichen die von der Sache ausgehenden Anreize zur Tatbegehung, die Störung einer effektiven Strafverfolgung und der Zusammenhang von Gefahrenquelle und Rechtsgutsbeeinträchtigung unterscheiden.

aa) Anreiztheorie

Besondere Aufmerksamkeit verdient dabei die Ausfüllung der Leitrechtsprechung zur Raumherrschaft von 1982 durch das Anreizkriterium, also durch die Frage, ob die Beschaffenheit des Raums Dritte zur Begehung von Straftaten besonders „herausfordert"[554].

Vorgänge von außen entzogener Bereich hinaus"; vgl. auch BayObLG BeckRS 2022, 3262, Rn. 36; ähnlich OLG Hamm NStZ-RR 2021, 60, 61: „besondere Gefahrenquelle"; ebenso schon BGH NStZ 2010, 221, 222 sowie BGH NStZ-RR 2003, 153; BGH NStZ-RR 2022, 40 spricht nur noch von „besonderen Umständen", die hinzutreten müssten, um eine Garantenstellung des Wohnungsinhabers zu bejahen; ohne Wiederholung der Begründung BGH NStZ 2014, 164; BeckRS 2020, 29802, Rn. 5; für einen Überblick vgl. auch *L. Bode*, JR 2022, 311 ff.; eine Berücksichtigung der Zwecksetzungen des Wohnungsinhabers vorschlagend *Bosch*, JURA 2019, 1239, 1248 f.; krit. zur Differenzierung der Rspr. unter Betonung des Eigenverantwortlichkeitsprinzips *R. Schmitz*, NJW 1993, 1167, 1168 sowie *Kretschmer*, JR 2014, 39, 41 ff.; zur Übertragung der differenzierenden Ansicht auf das Abfallstrafrecht *Hecker*, NJW 1992, 873, 877.

[551] Vgl. dazu die empirische Auswertung der höchstrichterlichen Entscheidung auf der Grundlage der Formel von BGH NJW 1982, 1235, 1236 bei *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 103, 287.

[552] Vgl. *Oğlakcıoğlu*, Betäubungsmittelstrafrecht, S. 380 ff.; *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 288; vgl. diesen Umstand bei der Übertragung auf Host-Provider bei *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 276.

[553] Vgl. erneut BGH NJW 1982, 1235, 1236.

[554] *M. Popp*, Verantwortung, S. 136.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(1) Übertragung auf das Abfall- und Medienstrafrecht durch Rechtsprechung und Literatur

Explizit wird das Anreizkriterium durch das OLG Stuttgart bei der Übertragung auf einen Fall der ‚wilden' Müllablagerung gemacht; die stillgelegte Müllkippe habe einen „nachhaltigen Anreiz" geboten, verbotenerweise zur Müllablagerung benutzt zu werden.[555] Bei dieser „Anreizrechtsprechung"[556] geht es also darum, das vom BGH entwickelte Leit- und Differenzierungskriterium der „besonderen Beschaffenheit und Lage" mit Leben zu füllen.[557]

Auch bei der Übertragung der Wohnraumrechtsprechung auf Host-Provider findet dieser Aspekt besondere Bedeutung. So wird vielfach davon gesprochen, dass Reichweite, Barrierefreiheit, Kontrolldefizite und Anonymität der Begehung von Straftaten Vorschub leisten.[558]

Maßgeblich auf dem Anreizkriterium fußt auch eine plattform- und deliktsspezifische[559] Auslegung. So hält Kusche eine Garantenstellung von Betreibern erster Ordnung „für bestimmte ‚*plattformtypische*' Delikte zumindest [für] argumentativ konstruierbar".[560] Insbesondere Delikte, die dem Begriff der Hate Speech zuzuordnen wären (etwa §§ 185, 130 StGB) oder – eine künftige Kriminalisierung vorausgesetzt – ein Desinformationsdelikt könnten als plattformtypisch für soziale

[555] OLG Stuttgart ZfW 1988, 248, 249; zust. *Iburg*, NJW 1988, 2338, 2342: „[…], ‚weil dort ohnehin schon Abfälle liegen' und der Ablagernde seiner Tat deshalb kein besonderes Gewicht beimißt"; aufgenommen wird das Anreizkriterium auch vom OLG Braunschweig NStZ-RR 1998, 175, 177, im konkreten Fall aber verneint; dazu krit. *Kirchner*, Unterlassungshaftung, S. 120; unter anderer Terminologie („tatprovozierend") vertritt auch *Nappert*, Strafrechtliche Haftung, S. 105 die Anreiztheorie.

[556] *Kirchner/Jakielski*, JA 2000, 813, 816.

[557] Ausdrücklich OLG Stuttgart ZfW 1988, 248, 249: „zwanglos einordnen".

[558] *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 406: „wegen der bereits beschriebenen Vorteile (Anonymität, Verbreitungswirkung) von Tätern auch bewusst zur Tatbegehung gewählt wird"; *Heger*, in: L/K/H, § 184 Rn. 7: „erleichterte Tatausführung"; *Wüst*, Underground Economy, S. 168; vgl. auch *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 57, der zwar keine allgemeine Anonymität ausreichen lässt, jedoch besonders abgeschottete Informations- und Kommunikationsplattformen als besonders gefährliche Gefahrenquellen einordnet; *M. Popp*, Verantwortung, S. 146 spricht gar von „*Provokation Dritter* [Hervorhebung im Original] zur Begehung von Straftaten", die er mit dem Besitz einer Schusswaffe vergleichen will; ähnlich *Finke*, Internet-Provider, S. 130, der die „Verleitung bzw. Provokation" zu gefahrerhöhenden Umständen zählt und so den Konflikt mit dem Verantwortungsprinzip auflösen will; *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 54 betont die Anonymität.

[559] Zur Deliktsspezifität beim Neutralitätskriterium, § 127 StGB und dem Risikozusammenhang der objektiven Zurechnung einzelner Kommunikationsdelikte vgl. zusammenführend Kap. 5 B. I. 2.

[560] *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 538 (Hervorhebung im Original); ähnlich bereits *Hoven*, ZWH 2018, 97, 100 sowie *Handel*, Diensteanbieter, S. 226, ohne aber jeweils einen Ausschluss untypischer Delikte vorzunehmen; vgl. auch *Schallmoser*, ÖJZ 2018, 205, 209; *Salimi*, JBl 2019, 609, 614; *Fellmann*, Verantwortlichkeit, S. 144 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Netzwerke bezeichnet werden.[561] Nicht hingegen entstehe eine Garantenpflicht zur Löschung von Pornographie innerhalb sozialer Netzwerke, weil sie „nur bei Gelegenheit"[562] der Plattformnutzung verbreitet werde, auch wenn diese Konsequenz das „erste Rechtsgefühl" befremde.[563] Kusche geht es damit um die „– *unmittelbare* [Hervorhebung im Original] – Gefahr der Tatbegehung"[564], die er an die Anreizwirkung der Umgebung zu knüpfen scheint.[565] Diese Anreizwirkung bestehe bei sozialen Netzwerken in der Massenwirksamkeit durch hohe Automatisierungsgrade und Interaktionsmöglichkeiten, kaum proaktiven Inhaltskontrollen und Möglichkeiten der anonymen Nutzung.[566] Diese Umstände mögen dabei teilweise mehr (Art der öffentlichen Verbreitung), teilweise weniger (fehlende proaktive Kontrollen und Anonymität) erklären, warum die auch hier zentral betrachteten Kommunikationsdelikte in einem reizenderen Umfeld stehen als die Verbreitung von Pornographie.

(2) Kritik der Anreiztheorie

Gegen diese stark verbreitete Anreiztheorie im Allgemeinen und die Übertragung auf den medienstrafrechtlichen Bereich im Besonderen sollen jedoch drei Einwände präsentiert sein:

(a) Abhängigkeit vom konkreten Plan des Täters

Erstens läuft das Anreizkriterium Gefahr, von den konkreten Plänen des Täters abhängig zu sein. Es findet sich etwa bei Handel die Formulierung, dass sich im Handeln des Nutzers die Gefahr des Angebots realisiert, „da der Nutzer dieses für seine Tat nicht zufällig, sondern *zielgerichtet* [Hervorhebung durch M. N.] aufgrund

[561] *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 538; *Handel*, Diensteanbieter, S. 226: „[…], was sie zur Begehung von Äußerungsdelikten besonders attraktiv macht."

[562] *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 535; vgl. auch *Kusche*, JZ 2021, 27, 32; auch *Jimenez Bernales*, Service Provider, S. 102 greift auf diese Formulierung zurück, geht aber davon aus, dass Host-Provider nie nur bei Gelegenheit verwendet werden. Dieser Begriff scheint der Konturierung der Grundsätze der Geschäftsherrenhaftung als Gegenbegriff der Betriebsbezogenheit zu entstammen (vgl. BGH NJW 2012, 1237, 1238).

[563] *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 538.

[564] Jedenfalls, wenn man die begriffliche Unterscheidung von unmittelbaren und mittelbaren Gefahren von *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 90 ff. zugrunde legt, trifft die Unterscheidung nicht zu. Denn auch bei „plattformtypischen Delikten" ist die Tat stets durch Dritte vermittelt. Anders ist es, wenn man sich der Lehre von der unmittelbaren Gefahrenquelle von *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 157 zuwendet, bei der die Abgrenzung von unmittelbaren und mittelbaren Gefahrenquellen einer Überprüfung des Zurechnungszusammenhangs nicht vorausgeht, sondern ihr Ergebnis darstellt (in diese Richtung geht es auch bei *Pelz*, wistra 1999, 53, 56, bei dessen Ausführungen aber nicht ganz klar wird, ob nicht alle (dauerhaft) Inhalte speichernden Provider oder nur besonders unkontrollierte eine unmittelbare Gefahrenquelle darstellen sollen; ausführliche Kritik an der normativen Verwendung des Topos der unmittelbaren Gefahrenquelle bei *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 154 ff.).

[565] *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 535.

[566] *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 536 f.; ebenso *Handel*, Diensteanbieter, S. 226.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dessen Eigenarten auswählt."[567] In solchen Formulierungen offenbart sich, dass es vor allem von den Motiven des Täters abhängen könnte, ob ein Tat*raum* ein beliebiger oder ein maßgeblicher Faktor für die Tatbegehung ist.[568] So könnten – den Blick wieder auf die Ursprünge der Anreiztheorie gerichtet – die Eigenschaften eines ‚normalen' Dachbodens eines Einfamilienhauses für den Täter maßgeblich für die Durchführung einer Vergewaltigung sein, obwohl man auf den ersten Blick gerade dort die „besondere Beschaffenheit und Lage" wohl ablehnen würde.[569] Auch der internetöffentliche Raum eines Angebots erster Ordnung mit potenziell erheblicher Breitenwirkung kann für den Täter im Einzelfall maßgeblich für die Verbreitung von harter Pornographie sein. Die Realisierung der Sachgefahr über die Verantwortlichkeit des eigenverantwortlichen Dritten hinweg aber von den Täterplänen abhängig zu machen, kann nicht überzeugen.[570]

(b) Empirisch fundierte Herangehensweise

So dürften die Proponenten der Anreiztheorie ihr Kriterium indessen sicherlich auch nicht verstanden wissen wollen. Kusche macht das explizit, indem er nach plattform*typischen* Delikten differenziert. Seine Frage lautet nämlich: Welche Delikte werden verhältnismäßig häufig auf Plattformen verwirklicht?[571] Aber: Die statistische Häufigkeit eines (spezifischen) Missbrauchs kann kaum zur Klärung der Frage beitragen, ob die Plattform spezifisches Tatmittel ist oder nur „bei Gelegenheit" verwendet wird.[572] So wendet Hecker dagegen (im Allgemeinen) zu Recht ein, dass „‚Soziale Brennpunkte' wie Gastwirtschaften, Bahnhofshallen, Markt- und Rummelplätze, Parkanlagen usw. […] allein schon aufgrund der Häufigkeit der sich dort abspielenden Delikte zu schlechthin überwachungspflichtigen Gefahrenquellen erklärt werden [müssten]."[573] Um den Aspekt der Deliktsspezifität darin zu betonen, ließe sich zudem auf ein von R. Schmitz gebildetes Beispiel zurückgreifen: Geht es um (Laden-)Diebstähle, so dürfte der Supermarkt als Tat*raum* ein ganz typischer sein. Daraus aber eine Garantenpflicht des Supermarktinhabers abzuleiten, wurde – wohl auch aus fehlender praktischer Relevanz und der Rechtsgutsbeeinträchtigung

[567] *Handel*, Diensteanbieter, S. 228; auch *Hoven*, ZWH 2018, 97, 100 erklärt, dass die Plattform nicht „zufällig" zur Straftatbegehung genutzt wird.

[568] Vgl. auch *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 213.

[569] Beispiel bei *Hecker*, NJW 1992, 873, 876; vgl. auch *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 290.

[570] So auch *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 213; *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 290 f.

[571] *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 538; *Hoven*, ZWH 2018, 97, 100 spricht davon, dass die Eröffnung eines Kommunikationsraums „erfahrungsgemäß die Gefahr von Ehrverletzungen und Störungen des öffentlichen Friedens (etwa durch Volksverhetzung)" mit sich bringt; es gehe um die Unterbindung „naheliegender" strafbarer Austauschformen.

[572] Vgl. auch *Schünemann*, Grund und Grenzen, S. 86.

[573] *Hecker*, NJW 1992, 873, 877; krit. zur „Anreizrechtsprechung" auch *R. Schmitz*, NJW 1993, 1167, 1168; *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 213; *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 292.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

allein des Sachherrn[574] – bislang zu Recht kaum erwogen.[575] Letztlich bedeutet eine empirisch orientierte Variante der Anreiztheorie auch, dass sich an den Zurechnungsgesichtspunkten etwas ändert, sobald gehäuft Delikte (bestimmter Art) in Räumen verwirklicht werden. Auch diese Konsequenz befremdet.[576]

(c) Probleme der vergleichenden Methode (in der digitalen Sphäre)

Die dritte Anmerkung betrifft die vergleichende Methode der Anreiztheorie. Ihr Problem ist schon in der Richtungsentscheidung des BGH aus dem Jahr 1982 angelegt, wird aber besonders offenbar, wenn man sie auf die digitale Sphäre übertragen will. Der BGH stellt in seiner Entscheidung nämlich klar, dass die besondere Beschaffenheit nicht in den natürlichen Eigenschaften einer Wohnung bestehen könne: Eine besondere Gefahrenquelle liege nur vor, wenn die Wohnung „über ihre Eigenschaft als Wohnung und damit als nach außen abgeschirmter, der Wahrnehmung dort geschehener Vorgänge von außen entzogener Bereich hinaus" gefahrsteigernde Merkmale aufweise.[577] Mit diesem Negativkriterium ist der Grundstein für eine vergleichende Betrachtung gelegt, die danach fragt, ob es sich nicht schlicht um ‚gewöhnliche' Wohnräume handelt. Diese vergleichende Vorgehensweise führt schließlich auch Kusche zu einer plattformspezifischen Beurteilung, wenn er darauf abstellt, dass die Verbreitung strafbarer Pornographie eher bei anderen Plattformen gehäuft auftrete.[578] Dieser Vergleich mit anderen Plattformen setzt jedoch voraus, was es zu begründen gilt: die Auswahl des Referenzobjekts. Warum soll die Gefahrenquelle mit anderen Host-Providern oder einer „einfachen Website ohne interaktive Nutzerkommunikation"[579] verglichen werden? Woraus ergibt sich, dass nicht mit anderen Providerarten, anderen Kommunikationstechnologien wie dem Telefax, dem Telefon[580] oder mit einer Hausfassade[581] verglichen wird?[582]

---

[574] Darin liegt ein berechtigter Einwand von *Kirchner*, Unterlassungshaftung, S. 124 gegen das Beispiel von R. Schmitz.

[575] *R. Schmitz*, NJW 1993, 1167, 1168.

[576] *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 291 mit Verweis auf *Schünemann*, Grund und Grenzen, S. 86.

[577] BGH NJW 1982, 1235, 1236; befürwortend etwa *Bosch*, JURA 2019, 1239, 1249.

[578] *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 538.

[579] *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 536. Dass sich die Anreizwirkung zur Verbreitung von kinderpornographischem Material von sozialen Netzwerken nicht von Seiten ohne interaktive Nutzerkommunikation abhebt, lässt sich dabei auch schon hinterfragen. Denn gerade die niedrigschwellige Kommunikationsmöglichkeit ermöglicht jedem die Verbreitung der Inhalte, was bei „einfachen Websites", bei denen der Inhalt allein vom Betreiber oder ausgewählten Nutzern stammt, nicht der Fall ist.

[580] Vgl. für einen Vergleich *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 300; so auch *Jäger/Collardin*, CR 1996, 236, 239 f.: „[Telefon oder Fernsehen] werden lediglich ersetzt und erweitert. Qualitativ andere Gefahren werden nicht geschaffen."; zust. *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 275; so auch *Gäckle*, Freilaw 2016, 1, 9.

[581] Zum Hausfassaden-Fall unten eingehend Kap. 6 C. II. 1. c) bb) (2).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Warum Wohnräume nicht mit anderen Räumlichkeiten (etwa Einkaufsläden) hinsichtlich der besonderen Gefährlichkeit durch Beschaffenheit oder Lage verglichen werden, mag sich noch damit erklären lassen, dass als Ausgangspunkt einer Absicherung zum Teil die durch Art. 13 GG eingeräumten Ausschlussrechte angeführt werden.[583] Ähnliches lässt sich für Plattformanbieter jedoch nicht sagen. Doch selbst wenn man Gründe für den Vergleich mit anderen Host-Providern finden sollte, so ist die Vergleichsgruppe in ihrer Beschaffenheit denkbar divers. Insbesondere dann, wenn das Anreizkriterium Maßstab des Vergleiches ist, ergibt sich die Gefahr, dass stets ein attraktiveres Angebot im Internet zur Begehung von Straftaten zu finden ist.[584] Wenn also dem Angebot erster Ordnung ein ‚Marktplatz' innerhalb des Darknets gegenübergestellt wird, dann dürfte der illegale Handel von Waffen, Betäubungsmitteln etc. oder die Verbreitung von Kinderpornographie für potenzielle Täter im Verhältnis deutlich weniger attraktiv sein. Andersherum ist aufgrund der verhältnismäßig stärkeren Breitenwirkung sozialer Netzwerke eine Begehung von Äußerungsdelikten relativ attraktiver. Warum aber wird nicht mit anderen sozialen Netzwerken verglichen, die eine weniger strenge Moderationspraxis verfolgen? Naheliegend wäre es, für eine Antwort auf die Ausführungen im 2. Kapitel zu verweisen, in dem gezeigt wurde, dass die Kommunikationsumgebung sozialer Netzwerke Faktoren bedingt, die Hemmschwellen sinken und die Motivation zur aggressiven Kommunikation steigen lassen kann.[585] Doch schon dort hatte sich gezeigt, dass einige dieser Faktoren, wie (vermeintliche) Anonymität und Distanz auf Umstände der mediatisierten Quasi-Kommunikation zurückzuführen sind, die nicht nur sozialen Netzwerken immanent sind. Und selbst netzwerkspezifische Faktoren wurden nicht daraufhin untersucht, ob sie nicht auch in anderen digitalen (z. B. im Altermedia-Fall[586]) auftreten können. Was also ergibt sich unter Zuhilfenahme der vergleichenden Methode für das Anreizkriterium, wenn man neben ‚typische' soziale Netzwerke dann Diskussionsforen oder Messengerdienste stellt? Unklar ist hier nicht nur, ob sich der Anreiz signifikant unterscheidet, sondern auch, ob man es schon mit einem hinreichend weit entfernten Plattformdienst zu tun hat[587].

---

[582] Zu einem Vergleich mit Medien außerhalb des Internets vgl. nur die pointierte Formulierung bei *Mitsch*, in: Handbuch Strafrecht, § 62 Rn. 42: „Mediennutzer erreichen mit relativ geringem Aufwand eine große Zahl von Adressaten (‚User'), erzeugen also eine Breiten- und Multiplikatorwirkung, die der einzelne ohne das Instrument der Medien mit einer Vielzahl von sukzessiven Einzelhandlungen oder durch gleichzeitige Mitwirkung einer Vielzahl von Mittätern nicht annähernd erreichen würde."; anders *Finke*, Internet-Provider, S. 129: „Die Gefahr der Versendung strafbarer Inhalte besteht nicht in größerem Umfang als bei den herkömmlichen Methoden zur Übermittlung von Daten und Informationen."

[583] Vgl. dazu oben Kap. 6 C. I. 3. b) cc) (2). Krit. zu dem Vergleich mit einem anderen gefährlicheren Raum auch *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 304 f., 316.

[584] So auch schon krit. zum vergleichenden Vorgehen *M. Popp*, Verantwortung, S. 139.

[585] Vgl. Kap. 2 B.

[586] OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Februar 2018 – 5-2 StE 21/16 –, juris (Altermedia).

[587] Dass die Abgrenzung innerhalb sozialer Medien kaum trennscharf möglich sind, wurde bereits gezeigt: Kap. 1 A. II. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eindeutige Vergleichsergebnisse werden wohl nur bei offensichtlich deutlich verschiedenen Vergleichsobjekten (soziale Netzwerke und Darknet-Marktplätze) erzielt. Dass sich eine delikts- und plattformspezifische Zurechnung aber auf eine insgesamt fragile Typisierung von Plattformarten stützen kann, bleibt zweifelhaft. Vielmehr scheint die vergleichende Methode schon mangels einer breit geteilten Vorstellung von einem ‚normalen' (Stichwort: ‚normale Wohnung') Kommunikationsraum in der digitalen Sphäre jedes gewünschte Ergebnis begründen zu können.

Abschließend lässt sich nun kritisch fragen, was die vergleichende Methode für Anbieter nachgelagerter Ordnung ergibt. Sollen sie automatisch eine besonders tatanreizende Beschaffenheit aufweisen, weil sie in die Architektur der Angebote erster Ordnung eingegliedert sind? Oder sind sie innerhalb ihrer (kaum abgrenzungsstarken) Typisierung zu vergleichen (Gruppen mit anderen Gruppen; Ausgangsposts mit anderen Ausgangsposts)? Auch das der Untersuchung zugrundeliegende Ordnungsmodell der Anbieter dürfte die Probleme einer Nutzung des Anreizkriteriums für eine plattform- und deliktsspezifische Nutzung demonstrieren.

Es sei zuletzt ein denkbarer Einwand gegen die hier vorgebrachte Kritik vorweggenommen: Auf telemedienrechtlicher Ebene wird mit dem flexibilisierten Neutralitätskriterium[588] ebenso nach gefährlichkeitssteigernden Aspekten differenziert wie im Rahmen der Zweckausrichtung bei § 127 StGB[589] und der Ermittlung des erlaubten Risikos bei der Zurechnung von einzelnen Kommunikationsdelikten[590] zu den Anbietern. Stets geht es dabei um tatanreizende Wirkungen, die von den Angeboten ausgehen. Warum sind also dort Differenzierungen durchführbar sowie geboten und an dieser Stelle nicht? Die Antwort lautet: Es wird nur dort auf ein spezifisches Risiko des einzelnen Angebots geblickt und gefragt, ob besondere Umstände einen deliktischen Sinnbezug aufweisen, um die Grenze von erlaubtem und unerlaubtem Risiko zu ermitteln. Hier hingegen geht es um Umstände, die innerhalb des erlaubten Risikos zu ermitteln sind und dabei im Zusammenhang auch mit neutralen Nutzungen stehen (kuratierende Algorithmen etc.). Das zwingt erst zu den kritisierten Extremvergleichen, will man besondere Gefährdungsfaktoren anhand des Anreizes innerhalb des prinzipiell Erlaubten sichtbar machen.

Zusammengefasst: Nicht nur das Anreizkriterium generell, sondern insbesondere die mit ihm verbundene, vergleichende Methode und die auf ihrer Grundlage vertretene delikts- und plattformspezifische Differenzierung bieten keine zufriedenstellende Antwort auf die Frage nach der besonderen Sachgefährlichkeit.

[588] Kap. 3 D. II. 5.
[589] Kap. 5 A. II. 3.
[590] Kap. 5 B. I. 1. a).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Effektive Strafverfolgung

Eng mit Anreizgesichtspunkten verknüpft ist der Aspekt der gestörten effektiven Strafverfolgung. Sie ist in bestimmten Bereichen die Kehrseite eines besonders reizvollen Umfeldes bzw. bedingt – vom Täter antizipiert – den Anreiz. So bestehen tatsächlich Schwierigkeiten im Internet generell, in Angeboten innerhalb sozialer Netzwerke und ganz besonders innerhalb des sog. Darknets Täter zu verfolgen. Diese Aspekte vermögen es erst recht nicht, eine besondere Gefährlichkeit einer Gefahrenquelle zu begründen; fehlt ihr doch regelmäßig der Zusammenhang zum noch zu verwirklichenden Tatunrecht.[591]

cc) Steigerung des Erfolgsunrechts

Dort nämlich, bei dem Verhältnis von Gefahrenquelle und dem zu verwirklichenden Erfolgsunrecht, liegt das entscheidende Kriterium, um zu beurteilen, ob sich die latente Gefährlichkeit eines Angebots in der Tat niederschlägt. Die Frage lautet also, ob die Gefahrenquelle selbst einen Einfluss auf die Beeinträchtigung des Rechtsgutes hat. Dann ist sie, so die hier aufgestellte These, nicht mehr nur Tatort, sondern Tatmittel.[592] Auf diese These wird sogleich zurückzukommen sein.

b) Differenzierung zwischen Straftatverhinderungs- und Beseitigungspflicht

Bevor das Kriterium der Steigerung des Erfolgsunrechts aber weiter ausgeleuchtet und auf Belastbarkeit überprüft werden soll, ist die Frage aufzuwerfen, ob es die Leitentscheidung des BGH zur Wohnungsherrschaft von 1982 versäumt, eine Differenzierung von Straftatverhinderungspflichten in Fällen der bevorstehenden oder gerade durch aktives Tun verwirklichten Straftaten Dritter und Gefahrenabwendungspflichten in Altlast-Fällen vorzunehmen. Eine solche Differenzierung hätte sodann Einfluss auf die Bewertung unserer Beseitigungsfälle, weil es sich auch dort bei nachträglicher Kenntnisnahme strafrechtswidriger Inhalte um eine Altlast-Konstellation handelt. Im Folgenden soll anhand der Garantenstellung des Wohnungsinhabers und den Fällen der ‚wilden' Müllablagerung gezeigt werden, dass eine solche Differenzierung überwiegend vorgenommen wird (aa)), um sodann zu fragen, ob sich dafür ein einheitlicher Grund finden lässt, der außerhalb der Steigerung des Erfolgsunrechts liegt (bb)). Anschließend soll auf dieses Kriterium zurückgekommen werden (cc)). Anschließend sollen die gefundenen Konkretisierungen auf die Anbieter verschiedener Ordnung übertragen werden (c)).

[591] I. E. einen Zusammenhang von gestörter effektiver Strafverfolgung und Gefährlichkeit ablehnend *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 315.

[592] Zur begrifflichen Gegenüberstellung von Tatort und Tatmittel *Wüst*, Underground Economy, S. 168; *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 405.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aa) Referenzbeispiele

(1) Sonderbehandlung des Einsperrungs-Falls

Es ist das Lehrbuchbeispiel des Einsperrungs-Falls, das sowohl die von der Rechtsprechung gefundene und in der Literatur überwiegend befürwortete Linie in Frage stellt, als auch auf die Besonderheiten unserer Fallkonstellation zuläuft. Der Einsperrungs-Fall erregt die Frage, ob sich der Freiheitsberaubung durch Unterlassen strafbar macht, wer es unterlässt, einen durch Dritte in den eigenen Räumlichkeiten Eingeschlossenen zu befreien. Dass eine Garantenpflicht in solchen Fällen besteht, wird überwiegend angenommen und auf die Abschließbarkeit als spezifische Gefahr der Räumlichkeiten hingewiesen.[593]

Dieses Ergebnis verwundert zumindest mit Blick auf die Leitrechtsprechung des BGH, soll eine besondere Gefahrenquelle doch nur dann vorliegen, wenn die Wohnung „über ihre Eigenschaft als Wohnung und damit als nach außen abgeschirmter, der Wahrnehmung dort geschehener Vorgänge von außen entzogener Bereich hinaus" gefahrensteigernde Merkmale aufweist.[594] Denn es ist hier gerade eine gänzlich gewöhnliche Beschaffenheit einer Wohnung, die die Gefahr einer weiteren Verletzung der Fortbewegungsfreiheit steigert.[595] In der Auseinandersetzung mit diesem Fall finden sich indessen kaum kontrastierende Erwägungen zu Varianten des Einsperrungs-Falls, in der der Wohnungsinhaber während des Einschließens selbst anwesend ist und einschreiten könnte.

Doch auch ohne den Fall der Straftatverhinderung dem Altlasten-Fall gegenüberzustellen, lassen sich indessen zwei Begründungsansätze finden, die das Andauern des Einschlusses ins Zentrum rücken und daher eine Unterscheidung erklären könnten: Pfleiderer will neben der raumeigenen Gefahr der Verschließbarkeit, angelehnt an eine Beschützergarantenstellung, an die sich aufbauende Beziehung zwischen Inhaber und eingeschlossenem anknüpfen. Hier würde sich – letztlich den Beschützergarantenstellungen entlehnt – ähnlich der Abhängigkeit der Kinder von ihren Eltern eine Fürsorgestellung entdecken lassen, wenn der Rauminhaber die Einsperrung andauern lässt.[596] Dass in der unterlassenen Befreiung aber zum Ausdruck komme, dass der Inhaber ein solches Fürsorgeverhältnis zu übernehmen gewillt sei, überzeugt ebenso wenig wie die von Pfleiderer vorgenommene Abgrenzung

[593] *Schmidhäuser*, AT, 16/58; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 240 f.; *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 157; *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 52; *Schünemann*, Grund und Grenzen, S. 361 will aber – trotz der generellen Ablehnung einer Straftatverhinderungspflicht des Wohnungsinhabers – für den Einsperrungs-Fall die Abgeschlossenheit der Räumlichkeiten zu einem Grund des Erfolges erklären; zust. *Roxin*, AT II, § 32 Rn. 115; i. E. auch *Pfleiderer*, Garantenstellung, S. 130 f., 141 f.; *Herzberg*, Garantenprinzip, S. 331; vgl. auch im Kontext unserer Frage *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 535; a. A. *Jakobs*, AT, 29/37a.

[594] BGH NJW 1982, 1235, 1236.

[595] Auch im Hinblick auf das Anreizkriterium stellt der abschließbare Raum keineswegs eine besondere „Herausforderung" zur Einsperrung Dritter dar.

[596] *Pfleiderer*, Garantenstellung, S. 141 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

von einem langsam in einem sonst nicht besuchten Badesee Ertrinkenden.[597] Auch jenseits dieser Kritik ist Pfleiderers Ansatz kaum auf die Anbieter zu übertragen. Innerhalb der Angebote findet sich kein zum Einsperrungs-Fall annähernd vergleichbares Ausgeliefert-Sein; auf Kommunikationsdelikte, die Kollektivrechtsgüter schützen, dürfte die Lösung ohnehin kaum passen.[598]

Der zweite Ansatz von Herzberg nimmt nicht den Umweg über die Beschützergarantenstellung, sondern geht davon aus, dass mit verstrichener Zeit „Gras darüber wachse", dass der Einschluss durch einen eigenverantwortlichen Dritten verursacht werde:

> „Der generell Überwachungspflichtige, dessen Sache durch andere zu einer konkret gefährlichen gemacht wurde, kann sich nicht ewig darauf berufen, daß die Gefahr allein das Werk Dritter sei. Dauert die unerwünschte Wirkung der Sache an, so wird er nach einer gewissen, aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu bemessenden Zeit genauso Garant, wie er es sofort geworden wäre, wenn der gefahrvolle Sachzustand durch ein Unglück entstanden wäre."[599]

Diese Lösung sieht sich jedoch dem Einwand gegenüber, dass sich nicht sicher feststellen lässt, zu welchem Zeitpunkt eine Garantenpflicht des Wohnungsinhabers entsteht.[600] Auf unsere Konstellationen übertragen: Wie lange muss eine Beleidigung innerhalb des Angebotes sichtbar sein, damit es die Gefährlichkeit der Sache selbst und nicht die der Kommunikation Dritter ist, die sich im aktualisierten Erfolgssachverhalt niederschlägt? Es zeigt sich, dass ein Entstehen der Garantenpflicht über Zeit zwar kriminalpolitisch wünschenswert sein könnte, aber keine rechtssichere dogmatische Handhabung ermöglicht.

Es wird daher auf den Einsperrungs-Fall zurückzukommen sein (bb)/cc)), um zu fragen, ob andere Kriterien eine Differenzierung zwischen einer Pflicht zur Verhinderung des Einschlusses und zur Befreiung rechtfertigen.

(2) Differenzierung bei der ‚wilden' Müllablagerung

Eine Differenzierung von Straftatverhinderungs- und Gefahrenbeseitigungspflicht ist auch dem Abfallstrafrecht bekannt. Auch dort wird in der Diskussion um die Garantenpflicht jedenfalls in umfassenderen Stellungnahmen zwischen der Beseitigung bereits abgelagerter Abfälle und der Verhinderung einer Ablagerung

---

[597] Vgl. zur Kritik auch *Schünemann*, Grund und Grenzen, S. 89.

[598] Zur begrenzten Brauchbarkeit von Beschützergarantenstellungen im Kontext kollektiver Rechtsgüter schon oben Kap. 6 C. I. 2. a).

[599] *Herzberg*, Garantenprinzip, S. 331. Es heißt a. a. O. außerdem: „Dieser Umstand [Verursachung durch Dritte] verblaßt allmählich angesichts der Tatsache, daß eine auf ihre Ungefährlichkeit beständig zu überprüfende Sache fortdauernd konkret gefährlich bleibt und immer bedrohlichere Wirkungen erwarten läßt." Hier zeigen sich erneut die Schwierigkeiten bei der Benennung der Gefahrenquelle (vgl. oben Kap. 6 C. I. 3. b) aa)). Vgl. auch *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 299.

[600] *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 94; *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 299.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

durch Dritte unterschieden: Während erstere überwiegend angenommen wird, solle zweitere nicht oder nur unter besonderen Voraussetzungen bestehen.[601]

Sieber wendet sich gegen eine Vergleichbarkeit der unterlassenen Löschung von rechtswidrigen Inhalten mit der Nichtbeseitigung von durch Dritte abgelagertem Müll mit dem Argument, dass sich die abfallstrafrechtliche Rechtsprechung auf spezialgesetzliche Regelungen des Abfallgesetzes (jetzt: Kreislaufwirtschaftsgesetz) stützt.[602] Würde man die Garantenstellung allein aus den verwaltungsrechtlichen Vorschriften (§ 3 Abs. 9 KrWG) beziehen, dann dürfte der Einwand der Unvergleichbarkeit treffen. Vorzugswürdig scheint es indessen, eine Garantenstellung aus der Herrschaft über die Gefahrenquelle und vornehmlich materiellen Erwägungen abzuleiten, die Reichweite der Garantenstellung und der daraus resultierenden Pflichten sodann durch die abfallrechtlichen Bestimmungen zu begrenzen.[603] Daher behalten Fälle der ‚wilden' Müllablagerung eine Berechtigung als Referenzobjekt. Es wird sich nämlich zeigen, dass auch die Garantenpflicht der Anbieter durch telemedienrechtliche Vorgaben begrenzt wird.[604] Jenseits des Verweises auf die verwaltungsrechtlichen Sondervorschriften findet sich eine spezifische Begründung für die Differenzierung kaum. Allein die Erklärung, dass im Altlasten-Fall die Gefahr direkt vom Grundstück ausgehe und es unerheblich sei, ob diese Gefahr durch Naturgewalt oder Dritte herbeigeführt wurde,[605] erklärt nicht hinreichend, warum das Verantwortungsprinzip für Altlasten-Fälle keine oder schwächere Bedeutung haben soll. Es setzt voraus, was es zu begründen gilt.

bb) Prinzipielle Gründe für eine Unterscheidung von Straftatverhinderungs- und Gefahrenabwendungspflichten

Da sowohl im Einsperrungs- als auch im Müllablagerungsfall zwischen Straftatverhinderung und Altlastbeseitigung unterschieden wird, wenn es um die zu-

[601] Vgl. *Hecker*, NJW 1992, 873 ff.; *Hecker*, Müllablagerung, S. 57; *Clausen*, Abfallbeseitigung, S. 118, 205; *R. Schmitz*, NJW 1993, 1167 ff.; *Kirchner/Jakielski*, JA 2000, 813, 816; *Saliger/Lienert*, in: SSW-StGB, § 326 Rn. 39; *Schall*, in: SK-StGB, § 326 Rn. 110; *Schall*, in: FS-Achenbach, S. 463, 465 f.; *Heghmanns*, in: LK-StGB, § 326 Rn. 82; *Kirchner*, Unterlassungshaftung, S. 77 unterscheidet hier zwischen der Garantenstellung, die den Grundstückseigentümer schlechthin treffe, und der Garantenpflicht, die in der Verhinderungskonstellation nicht zu begründen sei.

[602] *Sieber*, JZ 1996, 494, Fn. 120; *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 58 Fn. 3.

[603] *R. Schmitz*, NJW 1993, 1167, 1171; *Heine/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 326 Rn. 11, die beide Quellen nebeneinander stellen und Begrenzungen der Pflichtenreichweite auch auf Grundlage allgemeiner Erwägungen herleiten; i. E. ähnlich *Hecker*, Müllablagerung, S. 125 ff.; *Hecker*, NJW 1992, 873, 874, der sodann unmittelbar auf die verwaltungsrechtliche Sonderverpflichtung zurückgreift, um Wertungswidersprüche zu vermeiden; zust. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II, § 58 Rn. 72; *Bock*, in: Handbuch Strafrecht, § 48 Rn. 193; *Heger*, in: L/K/H, § 326 Rn. 7a; i. E. auch *Schall*, in: SK-StGB, § 326 Rn. 114.

[604] Dazu vgl. unten Kap. 6 C. II. 3.

[605] Vgl. *Kirchner*, Unterlassungshaftung, S. 85; so auch *Sack*, Umweltschutz-Strafrecht, § 326 Rn. 217.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechnungsunterbrechende Wirkung des Verantwortungsprinzips geht, ist nun zu fragen, ob sich dafür ein allgemeiner Grund finden lässt.[606] Es könnte hier sowohl an Herrschafts- als auch an Zumutbarkeitsgesichtspunkte angeknüpft werden. Der offensichtliche Unterschied liegt nämlich darin, dass bei einer Straftatverhinderungspflicht regelmäßig auf den Täter einzuwirken ist, während hingegen in den Altlastenkonstellationen eine unmittelbare Beseitigung des sich vertiefenden rechtswidrigen Zustands möglich ist. Dass aber der unmittelbar Handelnde auf andere Weise die Tat beherrschen könnte, als es nach Herbeiführung des Zustands der Fall ist, ist eine Unterscheidung, die, wie noch zu zeigen sein wird, der Beteiligungsfrage angehört.[607] Die auf den Unterlassenden bezogene Kehrseite könnte wiederum nach der Zumutbarkeit fragen. Diese dürfte für den Umfang der Straftatverhinderungspflicht eine Rolle spielen, etwa mit Blick auf die Frage, ob zu erwarten ist, dass der Garant sich selbst körperlich involviert, oder ob es genügt, dass er hoheitliche Hilfe anfordert. Sie kann aber kaum das ‚Ob' einer Garantenpflicht aus der Garantenstellung erklären.

cc) Referenzbeispiele nach dem Kriterium der Steigerung des Erfolgsunrechts

Nachdem gezeigt wurde, dass sich eine prinzipielle Differenzierung zwischen Straftatverhinderungs- und Altlastenbeseitigung nicht anhand eines allgemeinen, bislang nicht einbezogenen Prinzips durchführen lässt, gilt es die Referenzbeispiele und anschließend die Angebote innerhalb sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund der Steigerung des Erfolgsunrechts zu untersuchen, wobei – sollte der hier vertretenen Ablehnung nicht gefolgt werden – ein Seitenblick auf das Anreizkriterium zu werfen ist.

(1) Einsperrungs-Fall

Geht es um den Zusammenhang von Gefahrenquelle und Erfolg, so zeigt der Einsperrungs-Fall eindrücklich, dass die Abschließbarkeit von Räumlichkeiten ab dem Moment des Einschlusses die Gefahr einer intensiveren Verletzung der Fortbewegungsfreiheit mit sich bringt[608]; und zwar ohne einen besonderen – über die natürliche Beschaffenheit einer Wohnung hinausgehenden – Anreiz zu schaffen. Die Gefahr einer intensivierten Freiheitsbeschränkung realisiert sich zu jedem Zeitpunkt des Einschlusses und besteht zeitgleich fort. Das gilt unabhängig davon, ob der Täter

[606] Auch *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 406 markiert den Fall der unterlassenen Beseitigung als Altlasten-Fall und distanziert sich von mit dem Schuldgrundsatz schwer zu vereinbarenden Straftatverhinderungspflichten, ohne weiter auf das Verhältnis zum Verantwortungsprinzip und die Abschichtung von Altlasten-Fällen einzugehen. Unklar bleibt, warum er den Hausfassaden-Fall sodann als einen Fall der Straftatverhinderungspflicht verortet (*Ceffinato*, JuS 2017, 403 Fn. 52; dazu weiter unter Kap. 6 C. II. 1. c) bb) (2)).

[607] Vgl. dazu unten Kap. 6 D. I. 2. e).

[608] Vgl. *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 334, der von einer „Gefahrenquelle neben einer Gefahrenquelle" spricht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

noch anwesend ist oder nicht[609] und es bedarf – anders als von Herzberg vorgeschlagen – keines (un-)bestimmten Zeitraums, bis es zu einer Realisierung der Gefahr kommt. Was aber lässt sich unter dem Kriterium der Steigerung des Erfolgsunrechts durch die Gefahrenquelle für die Konstellation sagen, in der der Einschluss bevorsteht? Ist die Wirkung der Räumlichkeit hier nicht auf die Anreizwirkung – auch wenn sie nicht über die gewöhnlichen Wohnungseigenschaften hinausgeht – beschränkt, sodass eine Zurechnung und damit eine Garantenpflicht wieder ganz im Sinne der Leitrechtsprechung des BGH abzulehnen wäre?

Die Bejahung dieser Fragen erregt Zweifel, lässt sich aber letztlich darauf zurückführen, dass das Eingeschlossen-Sein die Gefahrenrealisierung der Abschließbarkeit besonders eindrücklich zeigt. Es kann in solchen Fällen die Herbeiführung des Erfolgszustands auch auf die Sachgefahr zurückgeführt werden, wenn etwa die Tür hinter einer Person durch einen Luftzug ins Schloss fällt. Dass aber eine entsprechende Rechtsgutsverletzung hypothetisch auch ohne eigenverantwortliche Vermittlung durch einen Dritten oder das Opfer denkbar ist, kann nicht die entscheidende Kontrollfrage sein, mit der die Differenzierung innerhalb der Einsperrungs-Fälle sein Bewenden hat.

Es ist der Studie Mähners zu verdanken, aufgezeigt zu haben, dass die natürliche Umschlossenheit eines Raums auch in anderen Fällen einen wesentlichen Bezug zur Erleichterung oder Intensivierung der Rechtsgutsbeeinträchtigung aufweisen kann. Als Beispiel dient Mähner der Versklavungs-Fall, in dem die Bekannte der Angeklagten mit dem Opfer in die Wohnung der Angeklagten zog, um sie dort fortlaufend zu misshandeln und eine dauerhafte Dominanz über das Opfer zu gewinnen. In der Entscheidung ging es zentral um das Unterlassen der Angeklagten, gegen diese Übergriffe (an deren Folgen das Opfer später verstarb) einzuschreiten.[610] Laut Mähner zeige sich – einmal von einem etwaigen pflichtwidrigen Vorverhalten abgesehen[611] – dass sich die natürliche Umschlossenheit (nicht also nur die Abgeschlossenheit oder Abschließbarkeit) einer Wohnung auf den Erfolg auswirke, wenn sie dem Opfer eine ansonsten bestehende Selbstschutzmöglichkeit entziehe.[612] Anders als etwa bei einer Ohrfeige oder einem Diebstahl innerhalb einer Wohnung, deren Ausführungen jeweils zeitlich stark komprimiert sind, bestehen für das Opfer

[609] Eine Differenzierung beider Konstellationen kann jedoch für die Beteiligungsformfrage Bedeutung erlangen. Zum einen, wenn man mit der überwiegenden Auffassung auf phänomenologische Aspekte der Schwierigkeit der Erfolgsabwendung rekurriert (vgl. dazu unten Kap. 6 D. I. 2. e) aa), bb)). Zum anderen – wie hier für vorzugswürdig gehalten –, wenn man für eine normative Fortschreibung einer Lehre vom Tatherrschaftswechsel plädiert (vgl. dazu unten Kap. 6 D. I. 2. e) dd)).

[610] BGH BeckRS 2001, 30176446; dazu *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 89 ff., 343.

[611] Dazu *Kudlich*, in: SSW-StGB, § 13 Rn. 30.

[612] *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 343; anders wohl *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Fn. 233 im Kontext der Garantenstellung des Wohnungsinhabers bei der Gegenüberstellung eines Einsperrungs-Falles und der Konstellation, in der eine Gewalttat in einem besonders schallisolierten Raum durchgeführt wird.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Einschränkungen, sich Hilfe von außen zu holen oder zu flüchten.[613] Dieser Zusammenhang ist insbesondere dort, wo körperliche Übergriffe im Raum stehen und eine Selbstbehauptung bei der Tatausführung grundsätzlich möglich wäre, auszumachen. Ein ähnlicher, wenn auch nicht direkt mit einer Körperverletzungsgefährlichkeit[614] in Verbindung stehender Effekt dürfte sich auch ergeben, wenn innerhalb einer Wohnung eine Einsperrung vorgenommen wird.[615]

Zusammengefasst: Die *Abschließbarkeit* – auch als ‚gewöhnliche' Eigenschaft – begründet die Gefährlichkeit einer Wohnung. Daraus ergibt sich, dass eine Wohnung eine Gefahrenquelle darstellt, nicht aber unmittelbar, dass daraus Garantenpflichten erwachsen. Um einen Zurechnungszusammenhang zu einem Erfolg herzustellen, bedarf es eines Mehrs: Die Beschaffenheit der *umschlossenen* Wohnung erleichtert die Einsperrung; die Beschaffenheit des *abgeschlossenen* Raums fördert das Eingeschlossen-Sein des Opfers. Die spezifische Gefährlichkeit der Räumlichkeit ist in Einsperrungskonstellationen im Hinblick auf Straftatverhinderungs- und Gefahrenabwendungspflichten also zu differenzieren. Im Hinblick auf die Gefahrenabwendung führt diese Spezifizierung stets zur Bejahung einer Garantenpflicht. Im Hinblick auf die Straftatverhinderung führt sie auf eigenem Begründungsweg eben auch regelmäßig zu einer Bejahung.

(2) ‚Wilde' Müllablagerung

Wie verhält es sich vor diesem Hintergrund mit den Konstellationen der ‚wilden' Müllablagerung? Hier lässt sich schon von vornherein mangels betroffener Opfer eine unterschiedliche Behandlung von Straftatverhinderungs- und Gefahrenabwendungspflicht nicht auf die Reduktion der Selbstschutzmöglichkeiten durch die Beschaffenheit eines Grundstücks stützen.[616] Gleichwohl lässt sich das soeben entwickelte Raster übertragen und – sofern man die Anreiztheorie ablehnt – auch jenseits der abfallrechtlichen Betonung der Sachherrschaft begründen. Denn ein entsprechend sichtgeschütztes Grundstück fördert die Intensivierung der Rechts-

[613] *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 341 ff.; keinen Einfluss auf die Tatausführung, sondern allein auf die unbeachtliche Motivation des Täters hat die natürliche Eigenschaft der Wohnung in den Betäubungsmittelfällen, die häufig im Lichte der Leitrechtsprechung behandelt werden (vgl. auch *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 344).

[614] Dass die Verringerung der Selbstbehauptungsmöglichkeiten bei den Körperverletzungsdelikten im Zusammenhang mit dem Erfolgsunrecht steht, zeigt auch ein Blick auf den § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB, bei dem die gesteigerte abstrakte Gefährlichkeit zentral auf den verringerten Selbstbehauptungsmöglichkeiten aufgrund einer täterseitigen Übermacht (und auf Einschüchterungseffekten) beruht. Dazu ausführlich *Nussbaum*, KriPoZ 2024, 69 ff.

[615] Freilich lässt sich in diesem Zusammenhang nicht mehr direkt von einer Steigerung des Erfolgsunrechts, aber noch immer von einer Absicherung oder Intensivierung der Rechtsgutsbeeinträchtigung sprechen.

[616] Vgl. zu dem Befund, dass eine Straftatverhinderungspflicht in Räumen aufgrund ihrer Umschlossenheit regelmäßig nur bei einem unmittelbaren Opfer anzunehmen ist, *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 346.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gutsbeeinträchtigung[617] dadurch, dass eine anderweitige Abwehr konkreter und abstrakter Gefahren erschwert wird, weil die Wahrnehmung des abgelagerten Mülls durch die Beschaffenheit des Grundstücks verhindert wird.[618] Darin liegt gerade kein Rückgriff auf das zuvor abgelehnte Kriterium der verhinderten effektiven Strafverfolgung[619], weil der Erfolgssachverhalt weiterhin bestehen bleibt und die Rechtsgutsbeeinträchtigung noch nicht abgeschlossen ist.

Es ergibt sich sodann, dass sich ein entsprechender Einfluss auf die Tatausführung und die Entwicklung des Erfolgsunrechts nicht zum Zeitpunkt vor der Ablagerung ausmachen lässt. Zu diesem Zeitpunkt gehen (noch) keine Gefährdungen der geschützten Umweltmedien vom Grundstück aus.[620] Es zeigt sich hier daher – bereinigt man das Kriterium der sich realisierenden spezifischen Gefährlichkeit von den Einflüssen des Anreizkriteriums –, dass bei der ‚wilden' Müllablagerung eine Differenzierung zwischen Straftatverhinderungs- und Altlastenbeseitigungspflichten begründbar ist.

dd) Zwischenfazit: Differenzierung zwischen Straftatenverhinderungs- und Gefahrenabwendungspflichten

Zwar legen im Schrifttum vertretene Differenzierungen bei der Annahme von Garantenpflichten in Straftatverhinderungs- und Altlastenkonstellationen in Einsperrungs- und Müllablagerungs-Fällen eine generelle Unterscheidung nahe. Eine solche lässt sich jedoch weder in Herrschafts- noch in Zumutbarkeitserwägungen entdecken. Allein eine Entfaltung des Kriteriums von der Förderung der Rechtsgutsbeeinträchtigung durch die Gefahrenquelle kann die Differenzierung in den Referenzbeispielen erklären, legt aber bei den Einsperrungs-Fällen eine Revision der Leitrechtsprechung des BGH nahe. Ein außerhalb dieses Kriteriums liegender Aspekt, der die zurechnungsunterbrechende Wirkung des Verantwortungsprinzips in

[617] Dazu schon oben Kap. 6 B. IV. 4. a).

[618] *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 338 f.

[619] Vgl. oben Kap. 6 C. II. 1. a) cc).

[620] *Mähner*, Verantwortung für Räume, S. 344. Man könnte versucht sein einzuwenden, dass – ebenso wie bei den Einsperrungs-Fällen – zum Zeitpunkt der aktiven Ablagerung durch den aktiv handelnden Täter die Beschaffenheit des Grundstücks darauf einwirken kann, dass die Abwendungsmöglichkeiten durch Dritte verringert sind. Wenn man also die Gefahrenabwendungsmöglichkeiten durch Dritte an die Stelle der Selbstbehauptungschancen eines Opfers setzt, dann ließe sich dies auch nicht mit dem Beispiel der unerwarteten Ohrfeige vergleichen, bei der die Selbstbehauptung schon aus anderen Gründen verringert ist. Der zentrale Unterschied zwischen der Straftatverhinderung im Einsperrungs- und im Müllablagerungsfall liegt gerade in tatsächlichen Umständen: Selbstbehauptung durch ein Opfer findet naturgemäß gerade im Moment der Einsperrung statt, während die Gefahrenabwendungswahrscheinlichkeit durch Dritte bei jedem frei einsehbaren Grundstück mit der Zeit anwächst. Die verringerten Wahrnehmungsmöglichkeiten durch Dritte zum Zeitpunkt der Ablagerung sind demgegenüber zu vernachlässigen. Dass die schlechte Einsehbarkeit des Grundstücks in diesem Zeitpunkt für den aktiv handelnden Täter zentral ist, spielt daher keine vergleichbare Rolle.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Altlastenkonstellationen weniger wiegen lässt, konnte jedoch nicht ausgemacht werden.

c) Angebote (innerhalb) sozialer Netzwerke

Es ist daher anhand des Kriteriums der Förderung der Rechtsgutsbeeinträchtigung zu fragen, ob sich die Gefährlichkeit des Angebots im tatbestandsmäßigen Erfolg niederschlägt.

aa) Spezifische Gefährlichkeit der Angebote: Verbreitungswirkung und Erfolgsunrecht

Diese Gefährlichkeit liegt in der Speicherung und der technischen Verbreitung des Inhalts. Der Verbreitungsgrad des Inhalts ist für die allermeisten im Rahmen dieser Untersuchung in den Blick genommenen Delikte auf Seiten des Erfolgsunrechts relevant. Das wurde bereits hinsichtlich der Erfolgsabwendbarkeit i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB und der Teilnahmefähigkeit nach Vollendung gezeigt.[621] Daher steht auch gerade die Beschaffenheit der Angebote in einem Zusammenhang mit dem Grad der Rechtsgutsbeeinträchtigung. Soziale Netzwerke sind nie „nur zufälliger Ort" einer Tatbegehung, sondern ein spezifisches Verbreitungsmittel.[622] Eine deliktsspezifische Lösung innerhalb solcher Delikte, bei denen die Breitenwirkung im direkten Zusammenhang mit dem Erfolgsunrecht der Tat steht, kann daher nicht überzeugen. Zumindest dann nicht, wenn man sich wie hier zum einen gegen die Anreiztheorie als solche und zum anderen gegen die vergleichende Methode der Leitrechtsprechung des BGH von 1982 stellt.[623] Damit wird auch hier eine delikts-, aber kaum plattformspezifische Lösung vertreten. Überall dort, wo der Verbreitungsgrad in einem Zusammenhang mit der Rechtsgutsbeeinträchtigung steht, lässt sich ein Zurechnungszusammenhang zwischen spezifischer Gefährlichkeit der Gefahrenquelle und dem Erfolg bejahen.

Ein solches spezifisches Verbreitungsmittel stellen auch die Anbieter zweiter und dritter Ordnung bereit, die Nutzer jeweils mit variierenden Reichweiten ausstatten

---

[621] Vgl. Kap. 6 B.

[622] Vgl. auch *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 44; einen solchen Zusammenhang stellt auch *M. Popp*, Verantwortung, S. 138 – neben der Heranziehung des Anreizkriteriums – zu den Verbreitungstatbeständen her; vgl. auch *Ceffinato*, ZStW 2020, 544, 556, der auf den „nicht regulierten Austausch von Äußerungen" abstellt, was sich zwar auch dem Anreizgedanken zuordnen ließe, gleichzeitig aber auf die ungefilterte Speicherung der Inhalte und damit auf einen dem Verbreitungsaspekt vorausgehenden Umstand hinweist; ebenso beiden Aspekten zuzuordnen ist die Begründung bei *Heger*, in: L/K/H, § 184 Rn. 7 sowie bei *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 44: „aufgrund der besonderen Beschaffenheit der Speicher- und Verbreitungsmöglichkeiten"; ferner in dieser Richtung *Schreiber*, Fake News, S. 240.

[623] Dazu oben Kap. 6 C. II. 1. a) aa).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

und damit von wesentlichem Einfluss auf die Rechtsgutsbeeinträchtigung sein können.[624]

bb) Vereinbarkeit mit der Lösung von weiteren Referenzbeispielen

Zur Absicherung dieses Ergebnisses soll noch auf einige im Schrifttum gegen eine Garantenpflicht vorgebrachte Vergleichsbeispiele eingegangen werden:

(1) Von Technoclubs und Wohnkomplexen

Greco etwa zieht in diesem Kontext Parallelen zum Betreiber eines Technoclubs, der auf innerhalb des Clubs tätige Dealer hingewiesen wird.[625] Dass in diesem Fall keine Garantenpflicht entsteht, lässt sich jedoch gerade mit Blick auf das hier herausgearbeitete Kriterium belegen: Zwar dürfte der Technoclub ein typischer Ort für den Handel mit bestimmten Betäubungsmitteln sein und daher aufgrund des Musikgenres und einer dort vorherrschenden ‚Clubkultur' einen Anreiz nicht nur für den Konsum, sondern auch für den Handel mit Rauschmitteln bieten. Auf diesen Anreiz kommt es, wie gezeigt, aber ohnehin nicht an. Einen wesentlichen Einfluss auf die Tatausführung und die Rechtsgutsbeeinträchtigung weisen die Räumlichkeiten nicht auf. Der Technoclub bleibt – insofern ist Greco zuzustimmen – auch bei Kenntnis von den Straftaten allein ein Tatort, dessen Sacheigenschaften sich nicht im Erfolg realisieren.

Gleiches gilt für den bei Heghmanns zu findenden Vergleich, dass der Eigentümer einer Immobilie bei der Vermietung von Wohnungen mit steigender Anzahl der Mietverhältnisse ebenfalls mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen kann, dass einzelne Mieter „im Schutze der eigenen vier Wände Straftaten begehen".[626] Dieses Beispiel kann dabei verdeutlichen, warum es sich bei fehlender strafrechtswidriger Ausrichtung – selbst wenn die Skalierung gegenüber der Einzelwohnung die Wahrscheinlichkeit einer Straftatbegehung verdeutlicht – ebenso wie bei der Vermietung um ein erlaubtes Risiko handelt, nicht aber wann sich eine jeweils in den Räumen bestehende Gefahreneigenschaft in einzelnen Taten realisiert.

(2) Vom problematischen Hausfassaden-Fall

Den wohl interessantesten Widerspruch zur bisher gefunden Lösung provoziert ein von U. Weber[627] gebildeter, vielfach – wenn auch meist ohne weitere Ausein-

[624] Dazu oben Kap. 1 A. III.

[625] *Greco*, ZIS 2019, 435, 447.

[626] *Heghmanns*, JA 2001, 71, 75; auch gegen eine Garantenpflicht angeführt bei *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 275.

[627] *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 84.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

andersetzung – zitierter[628] und im Kontext der Providerverantwortlichkeit überwiegend von den eine Garantenpflicht verneinenden Stimmen[629] aufgegriffener Fall: Sprüht jemand eine beleidigende Äußerung auf die Hausfassade eines Dritten, so stellt sich die Frage nach einer Unterlassensstrafbarkeit des Eigentümers, wenn er die Parole nach Kenntnisnahme nicht entfernt.[630] U. Weber verneint eine normativ begründete Vertrauenserwartung in den Eigentümer als Sachherrschaftsinhaber insbesondere mit Blick auf fehlende gesetzliche Sachherrschaftsregeln.[631] Einen ähnlichen Fall hatte – soweit ersichtlich[632] – erstmals das OLG Hamm im Jahre 2020 zu entscheiden. Dabei lehnte es eine Garantenpflicht des Vereinsvorsitzenden zur Entfernung des Kennzeichens eines verbotenen Vereins mit Verweis auf die Leitrechtsprechung des BGH von 1982 ab. Die Immobilie des Vorsitzenden stelle nicht aufgrund ihrer Beschaffenheit oder Lage eine besondere Gefahrenquelle dar. Auf die politische Einstellung des Vereins oder des Vorsitzenden könne es gerade nicht ankommen, ohne einem Gesinnungsstrafrecht das Wort zu reden.[633] Kritisiert man nun die vergleichende Methode der Leitrechtsprechung, könnte man aber sagen, dass die Gefährlichkeit, strafbare Inhalte zu beherbergen, auch einer Hausfassade eigen ist; die besondere Verbreitungswirkung würde dann auch dort einen Bezug zum Erfolgsunrecht herstellen.[634]

---

[628] *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 44; *Jakobs*, AT, 29/36a; *Fischer*, StGB, § 13 Rn. 63; *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 114; *V. Haas*, in: Matt/Renzikowski, § 13 Rn. 62; *D. Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 86a Rn. 6; *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 185 Rn. 12; *Stein*, in: SK-StGB, § 13 Rn. 28; *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 57; *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 169; vgl. auch *Ceffinato*, JuS 2017, 403 Fn. 52.

[629] *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 276; *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 300 f.; parallelisierend auch *Sieber*, JZ 1996, 494, 502.

[630] *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 84.

[631] *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 90; zust. mit dem Argument, dass nicht die Fassade, sondern Dritte die Gefahrenquelle sind, *Stein*, in: SK-StGB, § 13 Rn. 28; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 44; *Jakobs*, AT, 29/36a; vgl. auch zust. *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, § 185 Rn. 12.

[632] Das OLG Hamm NStZ-RR 2021, 60, 61 selbst stellt fest, dass es keine veröffentlichte Rspr. zu diesen Konstellationen gibt und vermutet dahinter den Grund, dass „bislang keine StA auf die Idee gekommen ist, in einem ähnlich gelagerten Fall Anklage zu erheben".

[633] OLG Hamm NStZ-RR 2021, 60, 61.

[634] Gleichzeitig verdeutlicht der Hausfassaden-Fall die Schwierigkeiten des Anreizkriteriums und der mit ihm verbundenen vergleichenden Methode: So könnte hier das Lagekriterium besondere Aufmerksamkeit verdienen und anders als in den meisten Wohnungs-Fällen eine möglichst prominente und hochfrequentierte Lage ein besonderes gefahrensteigerndes Kriterium darstellen, weil ein beleidigendes Graffiti wohl möglichst prominent präsentiert sein will. Auch hinsichtlich der besonders „herausfordernden" Beschaffenheit zeigen sich Unklarheiten: Ist die Fassade einer prunkvollen Stadtvilla ein ungewöhnlich großer Anreiz zur Entstellung? Wie ist damit umzugehen, dass der Anreiz dann gerade die Sachbeschädigung, für die die Fassade ja Tatobjekt und nicht Tatmittel ist, und nicht im Besonderen die Beleidigung betrifft? Auch hier zeigt sich erneut die schwierige Handhabbarkeit der Leitrechtsprechung.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(a) Verkehrseröffnung

Dem Vergleich mit dem Hausfassaden-Fall stellen sich Jäger/Collardin ausdrücklich entgegen: Sie sehen den entscheidenden Unterschied darin, dass „der Provider das Einspeisen von Daten gezielt ermöglicht, den ‚Datenverkehr' bewußt eröffnet. Der Hauseigentümer hat sein Haus gerade nicht zum Beschmieren freigegeben."[635]

In eine ähnliche Richtung geht es, wenn Ceffinato davon spricht, dass die Begehung von Äußerungsdelikten „letztlich nur die Pervertierung des Ausgangsgedankens [Ermöglichung des gedanklichen Austauschs] darstell[t]".[636] Sieber entgegnet Jäger/Collardin, dass der Provider eben nur einen rechtmäßigen Datenverkehr eröffnen will und daher eine Vergleichbarkeit gegeben sei.[637] Dieser Verweis auf das erlaubte Risiko des Betriebs vermag aber den Unterschied nicht zu beseitigen, dass die Anbieter ihre Kommunikationsräume gerade dem Verkehr eröffnen[638], während der Eigentümer im Hausfassaden-Fall vielmehr seinerseits Opfer einer Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 2 StGB wird.

Freilich aber mag man Ähnliches im Falle der ‚wilden' Müllablagerung anmerken, bei der der Grundstücksinhaber den Verkehr regelmäßig nicht öffnet, auch wenn sich nicht zwingend eine Sachbeschädigung durch die Ablagerung ihm gegenüber verwirklicht. Daher scheint mit der Verkehrseröffnung nicht das entscheidende Merkmal gefunden worden zu sein, um die Verneinung des Zurechnungszusammenhangs beim Hausfassaden-Fall bei Bejahung eines solchen für die ‚wilde' Müllablagerung und die Angebots-Fälle zu bejahen. Deshalb sollen zwei nebeneinander stehende alternative Erklärungen zur Diskussion gestellt werden, die beide im engen Zusammenhang mit den Restriktionsbemühungen der Garantenstellung aus der Herrschaft über eine Gefahrenquelle als solcher stehen:

(b) Hausfassaden-Fall und die Ansätze zur Einschränkung einer Garantenstellung: Kumulation von Beseitigungs- und Kontrollmonopol sowie der spezifischen Gefährlichkeit

Das Spannungsfeld zwischen den drei Fällen löst sich auf, sobald wir einen Schritt zurücktreten und auf die Begrenzungen einer Garantenstellung aus Herrschaft über die Gefahrenquelle in den Blick nehmen, denen häufig auch die spezifische Gefährlichkeit zugeordnet wird.[639] Eine unterschiedliche Behandlung der ‚wilden' Müllablagerung und des Hausfassaden-Falls lässt sich nun auch unter den beiden dort besprochen Kriterien rechtfertigen:

---

[635] *Jäger/Collardin*, CR 1996, 236, 239.

[636] *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 405.

[637] *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 58 Fn. 3.

[638] So auch *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 93 zu seinem Hausfassaden-Fall.

[639] Vgl. dazu oben Kap. 6 C. I. 3. b) cc).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zum einen ist die Beschaffenheit der Ausschlussstellung eine andere. Sie wurden oben als sog. technisches Beseitigungs- und faktisches Kontrollmonopol bei den Anbietern konkretisiert.[640] Auch den Eigentümern der Hausfassade und eines als Müllablagerungsort pervertierten Grundstücks kommen solche Ausschlussrechte zu. Auf Seiten des Hauseigentümers besteht kein Beseitigungsmonopol gegenüber anderen und vor allem nicht gegenüber etwaigen Beleidigungsopfern. Während etwa beleidigte Dritte in sozialen Netzwerken allein auf die Löschung durch die Anbieter angewiesen sind, besteht im Hausfassaden-Fall die Möglichkeit für den Betroffenen, das Grundstück zum Zwecke der Beseitigung zu betreten. Den Eigentümer trifft eine entsprechende Duldungspflicht.[641] Solche Duldungspflichten würden sich gerade auch in den Altlastenkonstellationen der ‚wilden' Müllablagerungen ergeben. Dort aber besteht gerade ein Zusammenhang zwischen dem Ausschluss anderer von dem Grundstück und der Gefährlichkeit durch fehlende Kenntnisnahme Dritter. Im Hausfassaden-Fall hingegen besteht die Gefährlichkeit der Verbreitungswirkung gerade in ihrer Öffentlichkeit. Die Wahrnehmbarkeit der verbreiteten Parole wird gefördert, sodass sich Ausschlussrechte und spezifische Gefährlichkeit anders als im Abfallstrafrecht gerade nicht verbinden können.

Zum anderen ist an dieser Stelle auf die Wertungen der telemedienrechtlichen Vorschriften zurückzukommen. Auch sie sprechen für eine Verantwortungszuweisung der Inhalte zu den Anbietern, wobei dabei immer schon die Herkunft des Inhalts und der Zusammenhang mit der Gefahrenquelle in den gesetzlichen Regelungen berücksichtigt ist.[642] Schließlich werden die Inhalte immer von Dritten (regelmäßig: eigenverantwortlich handelnden Dritten) verbreitet. Der rechtswidrige Zustand entsteht nie allein aus der Sache selbst, anders als etwa die Einsperrung durch eine Wohnung, die auch ohne Einwirken Dritter oder verursacht durch das Opfer denkbar ist.[643] Entsprechende Vorschriften fehlen für den Eigentümer der beschmierten Fassade, woran letztlich auch U. Weber den Ausschluss einer Garantenpflicht festmachen will[644]. Darin besteht sodann auch ein Unterschied zu der ‚wilden' Müllablagerung, den das Kriterium der Verkehrseröffnung gerade nicht darstellen konnte. Auch hinsichtlich des Abfallrechts finden sich Sachherrschaftsvorschriften, die der Konturierung einer Garantenpflicht dienen und die Besitzerstellung unabhängig von der Herkunft des Abfalls festlegen.[645]

Daher lässt sich die Ablehnung einer Garantenpflicht im Hausfassaden-Fall schon auf der dem Zurechnungszusammenhang vorgelagerten Ebene begründen. Ein

[640] Vgl. dazu oben Kap. 6 C. I. 3. b) cc) (2) (a).

[641] Vgl. auch *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 94 f.

[642] Vgl. *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 49, 58 f.; *D. Sternberg-Lieben*, in: BeckOK-UrhR, § 106 Rn. 29.8; *Gäckle*, Freilaw 2016, 1, 9.

[643] Deshalb lässt sich auch mit *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 91 keine unmittelbare Gefahrenquelle im Hinblick auf den Beleidigungstatbestand denken.

[644] Vgl. erneut *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 90.

[645] Vgl. dazu oben Kap. 6 C. II. 1. b) aa) (2).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vergleich mit den Anbietern (innerhalb) sozialer Netzwerke sollte deshalb keine Verneinung der Garantenpflicht tragen.

cc) Zwischenfazit: Zurechnungszusammenhang zwischen besonderer Gefährlichkeit und Erfolgsunrecht bei Angeboten

Die besondere, sich im Ausmaß der Rechtsgutsbeeinträchtigung und damit dem Erfolgsunrecht niederschlagende Gefährlichkeit von Angeboten besteht in ihrer Verbreitungswirkung. Ein Zurechnungszusammenhang lässt sich daher bei allen Delikten bejahen, deren Rechtsgutsbeeinträchtigung im Zusammenhang mit dem Verbreitungsgrad steht, wobei auf die ausführliche Untersuchung im Zusammenhang mit der Erfolgsabwendbarkeit und der Teilnahmefähigkeit nach Vollendung verwiesen werden kann. Mit diesem Kriterium lässt sich auch eine Abgrenzung von den in der Literatur gegen eine Garantenpflicht von Host-Providern angeführtem Vergleichsfällen aufrechterhalten. Weil neben diesem Zusammenhang das Anreizkriterium abgelehnt wird, kann eine weitergehende delikts- und plattformspezifische Differenzierung unterbleiben.

2. Exkurs: Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei der Ingerenz

Im Rahmen der Ingerenzgarantenstellung wurde bereits die Parallelität der entstehenden Zurechnungsfragen angekündigt.[646] Diese Parallelführung hat jedoch nur auf den ersten Blick Bestand. Während nämlich eine plattform- und deliktsspezifische Betrachtung des Zurechnungszusammenhangs bei der Garantenstellung aus Herrschaftsgesichtspunkten nicht überzeugen konnte, zeigt sich bei der Ingerenz ein anderes. Grund dafür ist, dass der Zusammenhang nicht zwischen Erfolg und der beherrschten Gefahrenquelle, sondern zwischen Erfolg und dem pflichtwidrigen Vorverhalten bestehen muss.[647] Das pflichtwidrige Vorverhalten liegt aber in der Regel in der strafrechtswidrigen Ausrichtung auf und damit der Anreizschaffung für bestimmte Straftaten. Steht diese rechtlich missbilligte Gefahrenschaffung nun in keinem Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Inhalt, so ist eine aus dieser Garantenstellung erwachsende Garantenpflicht zu verneinen. Wer also sein Angebot zweiter Ordnung innerhalb eines sozialen Netzwerks auf die Verbreitung verfassungswidriger Symbole ausrichtet, dem erwächst ebenso wenig eine Beseitigungspflicht von kinderpornographischem Material aus der Ingerenzgarantenstellung, wie ihm die Verbreitung innerhalb der Begehungsstrafbarkeit objektiv zurechenbar ist. Hier zeigt sich der verlängernde Charakter der Ingerenzgarantenstellung.[648]

[646] Vgl. oben Kap. 6 C. I. 3. a) bb).

[647] Vgl. ausführlich dazu *Herbertz*, Ingerenz, S. 333 ff.

[648] So auch *Greco*, ZIS 2019, 435, 447.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Pflichtenumfang

Bislang wurde das ‚Ob' einer Garantenpflicht in Ansehung des Verantwortungsprinzips verhandelt. Nachfolgend soll sich einigen Ansätzen zu einer Begrenzung des Pflichteninhalts gewidmet (a)–c)) und ein erster Ansatz zu einer solchen Begrenzung innerhalb des Ordnungsmodells skizziert (d)) werden.

a) Überwachergarantenstellung ohne Überwachungspflichten?

Die erste Begrenzung des Pflichtenumfangs ergibt sich schon aus der Vorfilterwirkung des telemedienrechtlichen Privilegs: Eine allgemeine Überwachungspflicht hat gem. Art. 8 DSA auszuscheiden. Mit dem Sanktionsdruck des Strafrechts ließe sich schon deshalb keine anlasslose (Vorab-)Filterung von Inhalten erreichen.[649] Es wurde schon in Kap. 4 darauf hingewiesen, dass auch spezielle Überwachungspflichten, etwa bei wiederholtem Missbrauch des Kommunikationsangebots durch Einzelne, letztlich nur dann begründet werden können, wenn der Anbieter von dem konkreten Inhalt Kenntnis hat (Art. 6 Abs. 1 a) DSA).[650] Nun ließe sich für solche Konstellationen erwägen, ob die Verletzung der spezifischen Überwachungspflicht letztlich über den Ingerenzgedanken wegen pflichtwidrigen Vorunterlassens zu einer Beseitigungspflicht führt.[651] Eine solche Konstruktion ist aber nicht nur unnötig, weil zum Zeitpunkt der gem. Art. 6 Abs. 1 a) DSA notwendigen Kenntnisnahme eine Herrschaft über den innerhalb des Angebots gespeicherten Inhalt vorliegt. Die Überwachungspflicht scheint auch strafrechtlich kaum – jedenfalls nicht mit den hier angestellten Gedanken – begründbar, weil sie nicht länger das Angebot, sondern einzelne Nutzer als Gefahrenquelle zentral stellt. Eine solche Garantenstellung müsste sodann eher mit den Grundsätzen der Geschäftsherrenhaftung denn der Raumherrschaft hergeleitet werden.[652]

Aus diesem Grunde entstehen aus der Herrschaft über die Gefahrenquelle auch keine klassischen Verkehrssicherungspflichten, die auf die Verhinderung einer Konkretisierung der abstrakten Gefahr zielen. Die aus der Garantenstellung entspringenden Pflichten sind ebenso wenig wie im Einsperrungs-Fall klassische Absicherungs- und Überwachungspflichten, sondern unmittelbare Beseitigungspflichten.[653]

---

[649] Vgl. *Brodowski*, JR 2013, 513, 519.

[650] Vgl. auch *Wüst*, Underground Economy, S. 168 f.; *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 163; *Satzger*, in: Verantwortlichkeit im Netz – Wer haftet wofür?, S. 161, 172 f. will dies nicht erst aus den telemedienrechtlichen Vorschriften, sondern schon aus allgemeinen Grundsätzen annehmen. Eine Vertrauenserwartung zur Absicherung der Gefahrenquelle bestehe allein hinsichtlich bekannter Inhalte.

[651] Wohl in dieser Richtung *Ceffinato*, ZStW 2020, 544, 558.

[652] Vgl. dazu oben Kap. 6 C. II. 1. sowie erneut *Ceffinato*, ZStW 2020, 544, 557.

[653] Vgl. dazu auch *Landtscheid*, Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, S. 90.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Begrenzung der Pflicht auf klar rechtswidrige Inhalte

Zum Teil wird vorgeschlagen, die Garantenpflicht ihrem Umfang nach auf die Löschung „objektiv klar rechtswidriger" Inhalte zu beschränken.[654] Dafür ließe sich anführen, dass eine strafbewehrte Beseitigungspflicht ansonsten zu einem Overblocking, einem ‚im Zweifel pro Beseitigung' und damit einer besonderen Belastung der Meinungsfreiheit führen könnte.[655] Das gilt umso mehr, als ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Inhalts über § 17 StGB nur einen schwachen Schutz vor der Strafbarkeit bietet. Zwar dürften die Overblocking-Effekte einerseits durch stärkere, im DSA verankerte Gegenvorstellungsmöglichkeiten der Nutzer (Art. 20 DSA) an Gewicht verloren haben. Andererseits aber dürften sie den Anbietern bzw. deren Moderatoren eine noch präzisere Prüfung der Rechtmäßigkeit der Inhalte auferlegen. Letztlich bedarf es nach hier vertretener Auffassung zum Kenntnisbegriff aber keiner Einschränkung im Rahmen der Garantenpflicht, die sich nicht schon aus Art. 6 Abs. 1 a) DSA ergäbe.[656] Der telemedienrechtliche Vorfilter bietet schon eine entsprechende Beschränkung durch den hier vertretenen Kenntnisbegriff, der auch die Kenntnis der Rechtswidrigkeit einbezieht.[657]

c) Löschfrist

Teilweise finden sich im Schrifttum Diskussionen zu der Frage, in welchem zeitlichen Rahmen eine Beseitigung vorgenommen werden muss, um der Garantenpflicht zu genügen. So schlug Hoven vor, dass eine unechte Unterlassensstrafbarkeit entsprechend den Fristen des NetzDG a. F. erst nach 24 Stunden oder 7 Tagen entsteht.[658] Abgesehen davon, dass die starren Fristen des NetzDG a. F. keine Geltung mehr beanspruchen, war bereits zu Zeiten der Wirksamkeit eine Übertragung auf die Unterlassungsstrafbarkeit kritisch einzuordnen.[659] Denn das für die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit näherstehende TMG a. F. sah mit der „Unverzüglichkeit" einen flexiblen Maßstab vor.[660] Dass der Zeitraum der Unverzüglichkeit die Anbieter darüber hinaus nicht in unzumutbarer Weise mit intensiveren Inhaltsprüfungen belastete, war auch noch zu Zeiten des NetzDG durch das privilegierungsfreundliche Verständnis des Kenntnisbegriffs gewährleistet.

---

[654] *Sieber*, in: Multimedia-Recht, 19.1 Rn. 51, 63; zust. *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 538.

[655] So auch *Kusche*, in: FS-Sancinetti, S. 529, 538; zur Herleitung über § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG a. F. *Schreiber*, Fake News, S. 241.

[656] Vgl. oben Kap. 3 C. I. 1. c) mit entsprechender Relationierung zur Kenntnisnahmefiktion aus Art. 16 Abs. 3 DSA.

[657] So auch *Wüst*, Underground Economy, S. 169.

[658] *Hoven*, ZWH 2018, 97, 100.

[659] Dazu *Rostalski*, RW 2017, 436, 456, Fn. 54; *Schreiber*, Fake News, S. 241.

[660] So auch *Handel*, Diensteanbieter, S. 234; *Schreiber*, Fake News, S. 241.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

d) Gestufte Sonderverantwortlichkeit: Pflichtenumfang im Ordnungsmodell

Das Ergebnis lautet bislang, dass Angebote sowohl erster als auch nachgelagerter Ordnung Handlungspflichten treffen. Auf den ersten Blick könnte man nun meinen, dass all diese Anbieter die Pflicht zur Löschung des (klar) rechtswidrigen Inhalts trifft. Es spricht jedoch einiges dafür, den Pflichtenumfang nach Ordnungsgrad differenzierend zu bestimmen; dem Anbieter erster Ordnung also Lösch- bzw. Sperrpflichten und den Anbietern nachgelagerter Ordnung lediglich die Pflicht aufzuerlegen, den Inhalt bei den Anbietern erster Ordnung zu melden. Eine solche Meldepflicht anstelle einer Beseitigungspflicht wird auch im Abfallstrafrecht diskutiert. Auch wenn dies dort aus anderen Gründen erwogen wird, ist ein solches Vorgehen also nicht unbekannt.[661] Auch der EGMR geht in der Sache Sanchez davon aus, dass eine gestufte Verantwortlichkeit von Meta (Anbieter erster Ordnung), den Seiteninhabern (Anbieter zweiter Ordnung) und den Nutzern (Content-Provider und zeitgleich Anbieter dritter Ordnung) geboten sei.[662] Der Versuch, eine solche in die allgemeine deutsche Garantendogmatik zu überführen, wurde dabei (naturgemäß) nicht unternommen. Auch die ErwGe Nr. 27 S. 5 und Nr. 51 S. 2 zum DSA lassen erkennen, dass eine Abschichtung der Pflichten bei mehreren betroffenen Anbietern geboten ist. In beiden ErwGen wird nämlich nahegelegt, die Meldungen an diejenigen Hostinganbieter zu senden, die aus „technischen oder operativen Gründen" am besten geeignet sind, eine Contentmoderation durchzuführen. Vor diesem Hintergrund sollen vier mögliche Gründe für die Begrenzung der Garantenpflicht von Anbietern nachgelagerter Ordnung präsentiert werden:

Erstens ließe sich hier an die Besonderheiten hinsichtlich des ‚Beseitigungsoligopols'[663] anknüpfen. Neben den Content-Providern und den Anbietern zweiter bzw. dritter Ordnung haben die Anbieter erster Ordnung stets die faktische Herrschaft über die Inhalte. Zwar könnte man meinen, dass die Anbieter nachgelagerter Ordnung dem Inhalt näherstünden, weil sie die kleinere organisatorische Einheit bildeten und einen individuellen Anlass zur (Anschluss-)Kommunikation böten. Gleichzeitig dürfte aber zu berücksichtigen sein, dass diese besondere Nähe zum Inhalt ebenso wie die Möglichkeit der Löschung erst von den Anbietern erster Ordnung gewährt wird. Anders: Anbieter erster Ordnung beherrschen nicht nur die Inhalte, sondern auch die Herrschaft durch Anbieter nachgelagerter Ordnung.[664] Ob sich aus dieser ‚Metaherrschaft' aber schon die Beschränkung des Garantenpflichtenumfangs auf Meldepflichten auf Seiten der Anbieter nachgelagerter Ordnung begründen lässt, bleibt nicht ohne Zweifel.

---

[661] *Hecker*, NJW 1992, 873, 875; *Hecker*, Müllablagerung, S. 129 ff.; krit. *R. Schmitz*, NJW 1993, 1167, 1170; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Dahs*, in: FS-Redeker, S. 475, 483.

[662] Dazu *J. Jahn*, NJW 2023, 2315, 2317.

[663] Vgl. dazu oben Kap. 6 C. I. 3. b) cc) (2) (a).

[664] Zu einem ähnlichen in der Beteiligungsformfrage (über-)betonten Herrschaftsbegriff bei M. Popp vgl. unten Kap. 6 D. I. 2. e) cc).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zweitens weisen Anbieter erster Ordnung ausgeprägtere personelle Ressourcen und Strukturen im Hinblick auf die Ermittlung der Strafrechtswidrigkeit eines Inhalts auf.[665] Das dürfte sich zum einen darauf zurückführen lassen, dass Anbieter erster Ordnung schon länger mit der Prüfung der Übereinstimmung von Nutzerinhalten mit den Gemeinschaftsstandards beschäftigt sind. Zum anderen wurde einer Kontrolle anhand strafrechtlicher Standards bereits durch das NetzDG der Weg bereitet.[666] Bei diesem Argument lassen sich die in den ErwGen zum DSA genannten „operativen Gründe" verorten.

Daran anknüpfend ließe sich erwägen, ob *drittens* auf die stärker verfahrensrechtliche Bindung von Anbietern erster Ordnung abgestellt werden könnte. Denn Art. 20 DSA sieht die Einrichtung eines Beschwerdemanagementsystems vor, was gerade auch die Möglichkeit eines Gegenvorstellungsverfahrens stärken soll. Anbieter nachgelagerter Ordnung sind davon aber in aller Regel nicht betroffen.[667] Mit einer Meldung statt Löschung würden nun die gesetzlich vorgeschriebenen Möglichkeiten der Gegenvorstellung gewahrt werden, was eine Schonung der Meinungsäußerungsfreiheit bedeuten würde. Der strafrechtliche Überwachungspflichtenumfang würde sich so auf einer Linie mit den telemedienrechtlichen Designvorgaben des NetzDG a. F. und des DSA bewegen. Diese Begründung kann nicht ohne jeden Zweifel bleiben, weil eben nicht der öffentliche, allein dem Angebot erster Ordnung zugeordnete Raum von einer potenziell zu weit gehenden Löschung betroffen ist. Der Eingriff dürfte hier weniger schwer wiegen, weil die Einschnitte in die Äußerungspotenziale des Nutzers weniger weit reichen.

Viertens spricht noch stärker für eine Beschränkung auf die bloße Meldung, wenn die Beseitigung eines rechtswidrigen Inhalts nur durch die Löschung auch nicht rechtswidriger (eigener oder dritter) Inhalte möglich ist. Solche Konstellationen können sich in Abhängigkeit vom Design der Anbieter erster Ordnung ergeben, wobei X (ehem. Twitter) ein Beispiel darstellt. Dort kann ein Kommentar unter einem Post (Angebot dritter Ordnung) durch den Anbieter dritter Ordnung nur dadurch entfernt werden, dass der gesamte Tweet gelöscht wird.[668] Eine (strafrechtliche) Verpflichtung, in diesem Falle eine Löschung vorzunehmen, wäre im Hinblick auf die Kommunikationsgrundrechte anderer aber ein recht grobes Instrument. Darüber hinaus böte dies die absurd anmutende Möglichkeit, unliebsame Inhalte und Diskussionen aus einem Angebot zu verdrängen, indem strafrechtswidrige Inhalte im Angebot geäußert werden, wodurch ein Thread ‚vergiftet' würde und der Anbieter dritter Ordnung zu einer Löschung gezwungen wäre.

Den Umfang der Garantenpflicht für Anbieter nachgelagerter Ordnung auf die Meldung des Inhalts zu begrenzen, lässt sich daher – bei erster Betrachtung – be-

[665] Vgl. auch *Sieber*, in: Multimedia-Recht, 19.1 Rn. 51.

[666] Ausführlich zum Verhältnis der Gemeinschaftsstandards zum Strafrecht und der Überprüfungspraxis der Netzwerke vgl. *S. Beck/Nussbaum*, in: Jenseits des Staates?, S. 35, 41 ff.

[667] Dazu oben Kap. 3 B. III. 3. b).

[668] Vgl. dazu erneut *J. Jahn*, NJW 2023, 2315, 2318.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gründen. Freilich ist damit nur eine untere Schwelle der strafrechtlich abgesicherten Pflicht markiert, und die Anbieter würden mit einer Beseitigung des Inhalts ihrer Garantenpflicht erst recht nachkommen. Die dargestellten Erwägungen können dabei aber nur einen Ausgangspunkt für weitere Untersuchungen vermitteln. Es bleibt zu hoffen, dass sie eine Diskussion um die Reichweite der Garantenpflichten im Spiegel des Ordnungsmodells anstoßen.

III. Übertragung der Garantenpflicht auf Moderatoren

Es wurde dargelegt, warum die Anbieter erster und nachgelagerter Ordnungen eine Garantenstellung aus Sachherrschaftsgesichtspunkten für die von ihnen eröffneten Kommunikationsräume mit unterschiedlichem Pflichteninhalt treffen. Insbesondere bei Anbietern erster Ordnung, aber teilweise auch zweiter Ordnung, wird jedoch in den seltensten Fällen eine Kenntnis des rechtswidrigen Inhalts vorliegen. In der Regel werden es gerade die von den Anbietern eingesetzten Moderatoren sein, die über den Verbleib von (meist gemeldeten) Inhalten innerhalb des Angebots entscheiden. Während der telemedienrechtliche Vorfilter dabei zwar aufgrund einer Wissenszurechnung passiert werden kann, gilt anderes hinsichtlich der allgemeinen Grundsätze bei der subjektiven Zurechnung.[669] Die Anbieter, deren Garantenpflicht wir ausführlich zu begründen versucht haben, können sich also in der Regel nicht wegen unechten Unterlassens strafbar machen. Vielmehr geraten die Moderatoren in den Blick und damit die Frage, ob auch diese eine Garantenpflicht trifft.

Die die Anbieter treffenden Garantenpflichten übertragen sich auf die Moderatoren dabei nicht nach § 14 StGB[670], sondern schon nach allgemeinen Grundsätzen durch tatsächliche Übernahme des Pflichtenkreises durch die Tätigkeit im Beschwerdemanagement.[671] Letztlich lässt sich hier an die Übertragung der Verantwortlichkeit an einen Compliance-Beauftragten denken.[672] Der Pflichtenumfang entspricht hier spiegelbildlich der originären Pflicht, also Löschung (Anbieter zweiter Ordnung) bzw. Meldung (Anbieter nachgelagerter Ordnung) strafrechtswidriger Inhalte bei Kenntnisnahme. Gestalten die Anbieter erster Ordnung ihr Beschwerdemanagement über mehrere Hierarchieebenen, so kommt es entsprechend zu einer Kettendelegation der Pflichten.[673] Daraus folgt zwar zunächst einmal nicht das völlige Freiwerden von Garantenpflichten an oberer Stelle der Kette, vielmehr wandeln sie sich in Überwachungs- und Auswahlpflichten.[674] Jedoch gilt es

[669] Vgl. dazu oben Kap. 3 C. I. 1. d).

[670] Anders *Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte, S. 252.

[671] So auch *Handel*, Diensteanbieter, S. 232; vgl. auch *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 44; *Bosch*, JURA 2016, 381, 388; *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 356.

[672] Vgl. dazu nur *Gaede*, in: NK-StGB, § 13 Rn. 41 m. w. N.

[673] *Handel*, Diensteanbieter, S. 232.

[674] *Gaede*, in: NK-StGB, § 13 Rn. 41; *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 59.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zu beachten, dass selbst bei einer Auswahl ungeeigneter Moderatoren auf eine Kenntnis des rechtswidrigen Inhalts nicht verzichtet werden kann, es also nicht automatisch zu einer Unterlassensstrafbarkeit kommt. Ein anderes ist es hingegen, wenn der Anbieter Kenntnis von der unzureichenden Kontrolle der Moderatoren (auf unteren Ebenen) und rechtswidriger Inhalte erlangt. Sodann fallen in ihm Garantenpflicht und notwendige Kenntnis des Inhalts zusammen.

IV. Zwischenfazit: Beseitigungspflichten

Hinsichtlich der Unterlassungsstrafbarkeit von Host-Providern und damit auch der Anbieter erster Ordnung steht die Begründung einer Garantenpflicht bislang im Fokus der Diskussionen, deren Ergebnis nicht die Benennung einer herrschenden Ansicht zulässt. Zu Recht wird dabei eine Garantenstellung direkt aus telemedienrechtlichen Vorschriften (DSA, TMG a. F., NetzDG a. F. etc.) abgelehnt. Auch die Begründung einer Beschützergarantenstellung etwa über eine besondere Grundrechtsverpflichtung (Anbieter erster Ordnung), einer Selbstverpflichtung zur Einhaltung eigener Gemeinschaftsstandards (Anbieter erster und zweiter Ordnung) oder die tatsächlich durchgeführte Moderationstätigkeit (Anbieter jeder Ordnung) kann nicht überzeugen.

Es bleiben daher nur die Überwachergarantenstellungen aus Ingerenz und aus Herrschaft über eine Gefahrenquelle als vielversprechende Anknüpfungspunkte. Eine zentrale Rolle spielt dabei die Garantenstellung aus Herrschaft über eine Gefahrenquelle. Objekt dieser Herrschaft muss dabei stets das Angebot als solches, nicht die Speicherung eines rechtswidrigen Inhalts oder die Kenntnisnahme (es droht hier die Vermischung von Gefährlichkeits- und Vorsatzgesichtspunkten) sein. Auch eine tatsächliche Sachherrschaft ist in aller Regel unproblematisch durch die Möglichkeit der technischen Beseitigung zu bejahen. Aufmerksamkeit verlangen jedoch weitere, die Garantenstellung einschränkende Voraussetzungen, von denen vor allem die Gewährung von Ausschlussrechten einer weiteren Konkretisierung bedarf. Am Beispiel der Angebote wurde gezeigt, dass entsprechende Monopolstellungen der Anbieter eher technisch und faktisch als rechtlich geartet sind. Es lassen sich hierbei die monopolartige Stellung der Anbieter hinsichtlich der technischen Beseitigung und der faktischen Kontrolle der Nutzerinhalte unterscheiden. Neben der Ausschlussstellung lässt sich eine Absicherung der Garantenstellung durch das Gefüge der telemedienrechtlichen Vorschriften stützen.

Zentrales Problem der Begründung von Überwachergarantenpflichten sowohl aus einer Ingerenz- als auch aus einer Gefahrenquellenherrschaftsgarantenstellung sind die Konflikte mit dem Verantwortungsprinzip, wenn die strafrechtswidrigen Inhalte durch eigenverantwortliche Nutzer hochgeladen werden. Um zu ermitteln, wann trotz der Eigenverantwortlichkeit ein Zurechnungszusammenhang zu bejahen ist, wurde eine vergleichende Analyse mit den Straftatverhinderungs- und Gefahrenabwendungspflichten aufgrund der Wohnungsinhaberschaft (insbesondere dem

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Einsperrungs-Fall) und Fällen der ‚wilden' Müllablagerung angestellt. Die kritische Analyse der Leitrechtsprechung[675] und die vergleichende Untersuchung der nahestehenden Fallkonstellationen zeigten, dass kritisch zu überprüfen ist, ob sich die beherrschte Gefahr im Erfolgsunrecht niederschlägt oder die Sache nur zufälliger Ort der Tatbegehung ist. Nicht hingegen überzeugt es, die besondere Gefährlichkeit der Gefahrenquelle selbst über das Anreizkriterium und seine vergleichende Methode zu begründen. Infolgedessen überzeugt eine deliktsspezifische Differenzierung nur insofern, als die fortlaufende Speicherung und die öffentliche Zugänglichkeit des Inhalts zu einer Steigerung des Erfolgsunrechts in Form der Intensivierung der Rechtsgutsbeeinträchtigung führen. Damit werden nur diejenigen Delikte ausgenommen, die schon bei (B.) auszuscheiden waren (dort, weil kein Erfolg mehr denkbar ist, der abwendbar wäre oder die Teilnahmefähigkeit mitbegründet; hier, weil die Verbreitungswirkung die spezifische Gefahr der Angebote ist). Weitere delikts- oder plattformspezifische Betrachtungen sind auf dieser Grundlage abzulehnen, wenn man – wie hier – das Anreizkriterium verabschieden möchte.

Anders liegt es hingegen beim Zurechnungszusammenhang von Erfolg und Ingerenz, bei dem nicht das weiterhin beherrschte Verbreitungsmedium, sondern die pflichtwidrige Ausrichtung die Gefahrenquelle bildet. Dort ist ein (deliktsspezifischer) Pflichtwidrigkeitszusammenhang mit der strafrechtswidrigen Ausrichtung zu fordern. Der Anwendungsbereich für ein pflichtwidriges Vorverhalten ist bei strafrechtswidriger Ausrichtung des Angebots jedoch ohnehin aufgrund des Konkurrenzverhältnisses zur Begehungsstrafbarkeit besonders klein und erlangt nur dann Bedeutung, wenn man eine Garantenpflicht aus Sachherrschaftsgesichtspunkten ablehnen will.

Weiterhin ist der Pflichtenumfang aus der Überwachergarantenstellung zu begrenzen: Aufgrund der telemedienrechtlichen Privilegierung, die hier als Vorfilter verstanden wird, ergeben sich bereits keine strafbewehrten Pflichten zur allgemeinen Überwachung oder Löschung ohne Kenntnis des Inhalts. Eine weitere – zum Teil in der Literatur vorgeschlagene – Begrenzung der Beseitigungspflicht auf klar rechtswidrige Inhalte ist mit Blick auf Zumutbarkeitskriterien und der Verhinderung eines für die Meinungsfreiheit schädlichen Overblockings zu befürworten, dürfte mit Blick auf das hier vertretene weite Verständnis des Kenntnisbegriffs in Art. 6 Abs. 1 a) DSA allerdings kaum Restriktionspotenzial aufweisen. Zuletzt wird hier eine entsprechend dem Ordnungsmodell differenzierende Konturierung des Pflichtenumfangs vorgeschlagen, der medienrechtliche Wertungen in sich aufnimmt: Anbieter erster Ordnung trifft eine Beseitigungspflicht, während Anbieter nachgelagerter Ordnung nur eine Meldepflicht trifft.

Dort, wo die Moderation der (gemeldeten) Inhalte durch andere als die Anbieter übernommen wird, geht die Beseitigungs- bzw. Meldepflicht aufgrund tatsächlicher Übernahme auf diese Moderatoren nach allgemeinen Grundsätzen über.

[675] BGH NJW 1982, 1235, 1236.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

V. Exkurs: Gesetzliche Fixierung einer Garantenpflicht

Obwohl sich nach allgemeinen Grundsätzen und einem Rückgriff auf telemedienrechtliche Wertungen eine Beseitigungs- bzw. Meldepflicht der Anbieter aus einer Garantenstellung aus Herrschaftsgesichtspunkten ableiten lässt, zeigt der Meinungsstand im Schrifttum und die vorangegangenen Ausführungen, dass eine Begründung insbesondere aufgrund der Friktionen mit dem Verantwortungsprinzip diffizil ist. Daher wäre kriminalpolitisch aus Gründen der Rechtssicherheit eine gesetzliche Klarstellung zu befürworten.[676]

Ein solcher Vorschlag wurde von Wiacek vorgestellt. Danach sollte der § 10 TMG a. F. mit einem zweiten Absatz versehen werden: „(2) Diensteanbieter, die fremde Informationen für einen Nutzer speichern, sind dazu verpflichtet, unverzüglich tätig zu werden, fremde rechtswidrige Informationen zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren, sobald sie von diesem Kenntnis erlangt haben."[677] Die Haftungsprivilegierung des Abs. 1 bleibe unverändert fortbestehen und werde als Vorfilter stets auf erster Stufe geprüft, während Abs. 2 sodann eine gesetzliche Garantenpflicht vorsehe.[678] Dass Wiacek damit jedenfalls auch Anbieter zweiter Ordnung erfassen will, macht er deutlich, wenn er die Notwendigkeit einer Neukriminalisierung[679] annimmt, weil die „Inhaber von privaten Profilen, Gruppen- oder Seitenprofilen (z. B. auf Facebook und VK) oder Kanälen (z. B. auf YouTube und Twitter)" den Nutzern die Verbreitung ermöglichen.[680]

Eine Differenzierung des Pflichtenumfangs nach Anbieterordnung findet sich – anders als hier nach allgemeinen Grundsätzen vorgeschlagen – in diesem Vorschlag nicht. Von den Anbietern zweiter und dritter Ordnung wäre danach ebenso wie von Anbietern erster Ordnung die Beseitigung zu fordern, sobald Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Inhalts besteht. Wie skizziert, scheint aber eine Begrenzung der Garantenpflicht bei Anbietern nachgelagerter Ordnung durchaus erwägenswert. Die pauschale gesetzliche Fassung einer Beseitigungspflicht ohne Berücksichtigung des Nebeneinanders verschiedener Anbieter würde dem telemedienrechtlichen Gefüge damit wohl eher einen Bärendienst erweisen. Es bleibt daher zu hoffen, dass der Gesetzgeber, sollte er hinsichtlich der strafrechtlichen Garantenpflichten Klarheit schaffen wollen, plattformspezifische Besonderheiten und Erwägungen, wie sie hier angestellt wurden, hinreichend berücksichtigt. Platz für eine solche Anpassung wäre der § 7 DDG.

---

[676] So auch *Sieber*, in: Multimedia-Recht, Teil 19.1 Rn. 63.

[677] *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 303 f. unter anderem mit der Begründung, dass der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien zum NetzDG ohnehin von einer Garantenstellung aus Gesetz auszugehen scheint.

[678] *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 303.

[679] *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 299 ff. lehnt eine Garantenpflicht nach Herrschaftsgesichtspunkten ab.

[680] *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 302.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

D. Beteiligungsform des Unterlassens

Der abschließende Abschnitt soll sich der Frage widmen, ob eine unterlassene Löschung bzw. Meldung der strafrechtswidrigen Inhalte als Täterschaft oder Beihilfe einzuordnen ist. In ihr zeigen sich zahlreiche Querverbindungen zu den vorher behandelten Abschnitten: So lassen sich Einschränkungen bezüglich des Erfolgsbegriffs nur hinsichtlich der Unterlassungstäterschaft geltend machen.[681] Auch haben wir mögliche Friktionen zwischen persönlichen Äußerungsdelikten und dem unechten Unterlassen dem Bereich der Beteiligungslehre zugeordnet.[682] Die Beteiligungsform ist zudem entscheidend für die Klärung der Frage, ob bei ‚digitalen Altlasten' die Erfolgsabwendbarkeit i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB oder die Teilnahmefähigkeit nach Vollendung in Frage steht, wobei gezeigt wurde, dass erstere Voraussetzung auch unabhängig von einer Unterlassungskonstruktion in zweiterer enthalten ist.[683] Hinsichtlich der Garantenpflicht besteht die Abhängigkeit nur in der anderen Richtung, will doch, wie zu zeigen sein wird, ein erheblicher Teil des Schrifttums die Beteiligungsformfrage von der Art der Garantenpflicht abhängen lassen.[684] Es zeigen sich aber auch wesentliche Bezüge zu der Beteiligungsform in der Begehungsstrafbarkeit, wenn es um die Vermeidung von (behaupteten) Wertungswidersprüchen geht.[685]

Es wurde schon gezeigt, dass die persönlichen Äußerungsdelikte einem eigenen Täterschaftskriterium folgen[686], weshalb im Folgenden die Trennung zwischen Inhaltsverbreitungs- (I.) und persönlichen Äußerungsdelikten (II.) aufrechterhalten wird:

I. Inhaltsverbreitungsdelikte

1. Nochmals: Inhaltsverbreitungsdelikte als allgemeine Herrschaftsdelikte

Erst im Kontext der Unterlassensstrafbarkeit wird von einigen Stimmen des medienstrafrechtlichen Schrifttums – wenn auch in unterschiedlichen Varianten – behauptet, dass Host-Provider von spezifischen Vermeidepflichten hinsichtlich der Verbreitung (i. w. S.) betroffen wären.[687] Es wurde bereits versucht, ein dogmatisches

[681] Kap. 6 A. I.

[682] Kap. 6 A. II.

[683] Kap. 6 B.

[684] Kap. 6 C.

[685] Vgl. dazu bereits oben Kap. 5 B. III. 1. a) bb) (2) (b) (bb) und sodann unten Kap. 6 D. I. 2. f).

[686] Kap. 5 B. III. 2.

[687] *Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte, S. 250 f.; zust. *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 101; mit ähnlicher Formulierung auch *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 407 hinsichtlich § 130 Abs. 2 Nr. 2 StGB; in einer ähnlichen Richtung hinsichtlich der Wei-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Fundament für diese Annahme zu finden und gezeigt, dass sich Inhaltsverbreitungsdelikte – anders als umweltstrafrechtliche Normen – nicht als (hybride) Pflichtdelikte einordnen lassen.[688] Es gilt daher auf die allgemeinen Lehren zurückzugreifen:

2. Allgemeine Abgrenzungslösungen für die negative Moderationsentscheidung

Ob der Anbieter (bzw. einer seiner Moderatoren), der eine Löschung unterlässt, als Täter[689] oder Teilnehmer[690] zu behandeln ist, ist bislang kaum hinreichend geklärt. Das mag schon darauf zurückzuführen sein, dass es sich bei der Beteiligungs-

terverbreitung fremder Inhalte innerhalb sozialer Netzwerke auch *Tassis*, Statusmeldung, S. 277 f.; Ähnlichkeiten auch bei *Schreiber*, Fake News, S. 230 Fn. 364; anders ausdrücklich *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 5.

[688] Vgl. dazu oben Kap. 5 B. III. 1. a) bb) (2) (b) (aa).

[689] Wohl noch *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 47 Fn. 177: „wie hier Spindler MMR 1998, 640"; *Scheffler*, in: Computerrechts-Handbuch, Kap. 101 Rn. 14; *Mansdörfer*, in: BeckOK-IT-Recht, § 25 StGB Rn. 1; *Finke*, Internet-Provider, S. 114 f.; *M. Popp*, Verantwortung, S. 163 ff.; *Palm*, Kinder- und Jugendpornographie, S. 256 f.; *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 198 f.; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 265, 268.

[690] *Hilgendorf/Kusche/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, § 2 Rn. 150; *Mitsch*, Medienstrafrecht, 2012, § 6 Rn. 29; *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 74; *Heinze*, in: NK-Medienstrafrecht, § 186 Rn. 778; *Fischer*, StGB, § 184 Rn. 32; in Auseinandersetzung mit der Mittäterschaft *Bode*, ZStW 2016, 937, 942; *Jimenez Bernales*, Service Provider, S. 95 ff., insbesondere S. 106; *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski, § 130 Rn. 38; *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 54; *Dippel*, in: LK-StGB, § 166 Rn. 58; *Krauß*, in: LK-StGB, § 126 Rn. 34; anders aber im Hinblick auf § 130 Abs. 2 StGB *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 115; *Lohse*, in: SSW-StGB, § 130 Rn. 30; *Friehe*, NJW 2020, 1697, 1698; nur im Hinblick auf Äußerungsdelikte (unten Kap. 6 D. II.), ansonsten wohl offenlassend *Blanke*, Verantwortlichkeit des Internet-Providers, S. 105 f., 123 f.; grundsätzlich wohl *Ceffinato*, JuS 2017, 403, 407; *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518, 522 die im Hinblick auf die subjektive Theorie der Rechtsprechung annehmen, dass der Plattformbetreiber die Tat nicht als eigene wolle und bzgl. der Tatherrschaftslösung keine Herrschaft „über den Verlauf der Haupttaten [innehabe], sodass sie die Taten der einzelnen Nutzer hätten lenken und gestalten können"; identisch *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 5; nahezu identisch *Hoven*, ZWH 2018, 97 Fn. 19; ebenso im Hinblick auf die subjektive Theorie OLG Hamburg MMR 2013, 533, 534 sowie *Malek/A. Popp*, Strafsachen im Internet, Rn. 130; allein mit der eigenverantwortlichen und eigenständigen Upload-Handlung des Nutzers argumentierend *Handel*, MMR 2017, 227; später aufgrund von Wertungswidersprüchen für einen subjektiven Ansatz *Handel*, Diensteanbieter, S. 198 ff.; wohl ebenfalls auf dem Boden der Rechtsprechungslösung *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 305 f. sowie *Malek/A. Popp*, Strafsachen im Internet, Rn. 130; *Gäckle*, Freilaw 2016, 1, 10; sowohl nach der Rechtsprechungslösung als auch unter Tatherrschaftsgesichtspunkten die Täterschaft verneinend *Hoven*, ZWH 2018, 97 Fn. 19; mangels Tatherrschaftswillen auf Grundlage der Tatherrschaftslösung eine potenzielle Tatherrschaft des Unterlassenden nicht ausreichen lassen wollend *Wang*, Internet-Service-Provider, S. 74; *Marbeth-Kubicki*, Computer- und Internetstrafrecht, Rn. 376; *Zieschang*, GA 2020, 57, 63 f. sowie *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, §§ 25 – 27 Rn. 22, jedoch Täterschaft annehmend, wenn der Nutzer dem Plattformbetreiber untersteht oder von diesem beaufsichtigt wird; *D. Sternberg-Lieben*, in: BeckOK-UrhR, § 106 Rn. 29.4 auf Grundlage der formellen Garantenlehre; wohl i. E. auch *Greco*, ZIS 2019, 435, 447: „beteiligt sich".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

formfrage im Unterlassen um eine der „umstrittensten Fragen des Allgemeinen Teils“[691] handele. Aber auch abgesehen davon scheint hinsichtlich der Übertragung der Ansätze ins Digitale keine Klarheit zu bestehen. Es ist daher lohnend, im Folgenden einen näheren Blick auf die grundlegenden Ansätze zu werfen:

a) „Theorie(n) der Einheitsbeihilfe“[692]

In der Literatur wird zum Teil vertreten, den neben einem Begehungstäter stehenden unterlassenden Garanten grundsätzlich den Regeln der Beihilfe zu unterwerfen; es handele sich nicht um die Zentralfigur des Geschehens.[693] Die Herleitung einer solchen sog. Einheitsbeihilfe wird auf unterschiedlichem Wege versucht: *Erstens* wird ausgehend vom Tatherrschaftsgedanken angenommen, die Herrschaft des Begehungstäters verstelle einer potenziellen Tatherrschaft des Unterlassenden den Weg.[694] *Zweitens* wird das Akzessorietätsprinzip angeführt und anhand des gerechtfertigt handelnden Haupttäters gezeigt, dass sich die Rechtsordnung in Widersprüche verstricken würde, wenn sie einerseits Eingriffsrechte und andererseits das Recht einräumen würde, den Eingriff zu verhindern.[695] *Drittens* wird versucht, dieses Ergebnis aus der Entsprechungsklausel herzuleiten.[696]

Gegen die Einheitsbeihilfe wird vorgebracht, dass das Unterlassungsunrecht im Einzelfalle genauso schwer wiegen könne wie das Begehungsunrecht, was sich letztlich in der nur fakultativen Strafmilderungsmöglichkeit des § 13 Abs. 2 StGB und in einzelnen Tatbeständen des besonderen Teils (bspw. §§ 123, 266, 340, 357 StGB, § 4 VStGB) niederschlage.[697] Dieses Argument verliert aber an Wir-

---

[691] *Rengier*, AT, § 51 Rn. 15; *Roxin*, TuT, S. 908 f.

[692] Sog. bei *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 151; *Sowada*, JURA 1986, 399, 402.

[693] *Gallas*, JZ 1952, 371, 372; *Gallas*, JZ 1960, 686, 687; *Kielwein*, GA 1955, 225 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 64 III. 5.; *Kühl*, AT, § 20 Rn. 230; *Heger*, in: L/K/H, § 27 Rn. 5; *Puppe*, AT, § 32 Rn. 20 ff.; *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, § 25 Rn. 17.2; *Kudlich*, in: SSW-StGB, § 13 Rn. 47; *Ranft*, ZStW 1982, 815 ff.; *Ranft*, in: FS-Otto, S. 403, 409; nahestehend auch *Noltenius*, in: Handbuch Strafrecht, § 50 Rn. 96 f.; *Mosenheuer*, Unterlassen, S. 189 ff.; *Yamanaka*, in: FS-Schünemann, S. 561, 572; i. E. in der Regel auch *Schwab*, Täterschaft, S. 189, 227.

[694] *Gallas*, JZ 1952, 371, 372; *Gallas*, JZ 1960, 686, 687; *Kielwein*, GA 1955, 225, 227; *Kühl*, AT, § 20 Rn. 230; *Heger*, in: L/K/H, § 27 Rn. 5; *Jescheck/Weigend*, AT, § 64 III. 5.; *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, § 25 Rn. 17.2.; *Kudlich*, in: SSW-StGB, § 13 Rn. 47; *Mosenheuer*, Unterlassen, S. 189 ff.; *Yamanaka*, in: FS-Schünemann, S. 561, 572; *Puppe*, AT, § 32 Rn. 20 ff.

[695] *Ranft*, ZStW 1982, 815, 839; *Ranft*, in: FS-Otto, S. 403, 409 f.; teilweise auch mit Blick auf das Akzessorietätsprinzip *Yamanaka*, in: FS-Schünemann, S. 561, 572 sowie *Otto*, JuS 2017, 289, 294 f.; krit. zum Akzessorietätsprinzip als Abgrenzungskriterium *Pariona Arana*, Pflichtverletzung, S. 194 f.; vgl. dazu auch *Sowada*, JURA 1986, 399, 404.

[696] *Schwab*, Täterschaft, S. 189, 227. Zur berechtigten Kritik vgl. nur *Roxin*, TuT, S. 906.

[697] *Satzger*, JURA 2015, 1055, 1062; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vor §§ 25 ff., Rn. 91; *Pariona Arana*, Pflichtverletzung, S. 192; *Krüger*, ZIS 2011, 1, 4; *Eisele*, in: B/W/M/E, § 25 Rn. 46; in diese Richtung geht auch die Kritik von *Weigend*, in: LK-StGB, § 13

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kungskraft, sobald deutlich wird, dass viele unter der Lehre der „Einheitsbeihilfe" rubrizierten Auffassungen eben gar keine einheitliche Lösung vornehmen wollen. Das gilt insbesondere für viele Stimmen, die eine vom Tatherrschaftsgedanken ausgehende Lösung suchen und es für möglich halten, dass die Tatherrschaft vom Begehungstäter unter bestimmten Umständen auf den Garanten überwechsle.[698] Auf diese Lehre vom Tatherrschaftswechsel, die eine eigene, freilich spezifischere Kritik gegen sich provoziert, soll unter Tatherrschaftsgesichtspunkten zurückgekommen werden.[699]

b) „Theorie(n) der Einheitstäterschaft"[700]

In die entgegengesetzte Richtung weisen solche Theorien, für die eine Teilnahme durch Unterlassen an einem Begehungsdelikt (nahezu) ausgeschlossen ist.[701] Die von Roxin begründete Pflichtdeliktstheorie stellt die verbreitetste Tätertheorie dar und geht davon aus, dass das unechte Unterlassungsdelikt ein Pflichtdelikt sei.[702] Derjenige, der eine Erfolgsabwendungspflicht i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB verletze und die sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen erfülle, sei als Unterlassungstäter zu behandeln, weil eben mehr als die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes nicht zu fordern sein könne und eine Tatherrschaft, wie beim Begehungsdelikt, nicht denkbar sei. Ob die Situation des Opfers durch einen Dritten oder eine Naturgewalt vermittelt sei, mache keinen Unterschied.[703] Das Unrechtsverhältnis bestehe allein in der Beziehung zum Opfer.[704] Im Ergebnis ist mit diesem Ansatz die Teilnahme durch

Rn. 90, dass es der Wertung des § 13 StGB widerspreche, wenn für die Täterschaft eine aktive Steuerung des Geschehens verlangt werde; ähnlich auch *Hoffmann-Holland*, ZStW 2006, 620, 625 f.: Einebnung der „sinnvollen Differenzierungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Rechtsfolgen"; vgl. auch *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 265.

[698] Zu diesem Befund auch *Schwab*, Täterschaft, S. 136; vgl. daneben *Sowada*, JURA 1986, 399, 402, der auf die Divergenz innerhalb dieses Lagers hinweist; am deutlichsten *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 231 mit der Unterscheidung von „strengen" und „eingeschränkten" Gehilfentheorien, wobei im Folgenden der Terminus von der Lehre vom Tatherrschaftswechsel für die „eingeschränkten" Gehilfentheorien vorgezogen wird.

[699] Kap. 6 D. I. 2. e) dd).

[700] *Sowada*, JURA 1986, 399, 402 m. w. N. zur Begrifflichkeit.

[701] Zu den heute ersichtlich nicht länger vertretenen Ansätzen von *Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, S. 295 ff. sowie *Grünwald*, GA 1959, 110 ff., die in verschiedenen Varianten die Wesensverschiedenheit von Tun und Unterlassen und die Unzugänglichkeit für Beteiligungslehren des Begehungsdelikts postulieren, vgl. die Kritik bei *Hoffmann-Holland*, ZStW 2006, 620, 622; *Sering*, Beihilfe, S. 78 ff.; *Sowada*, JURA 1986, 399; vgl. auch *Roxin*, TuT, S. 522: „begnügen sich aber mit einer gewissermaßen ‚negativen' Beweisführung".

[702] *Roxin*, TuT, S. 512 ff., 900; *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 140 ff.; *Gaede*, in: NK-StGB, § 13 Rn. 26; *Pariona Arana*, Pflichtverletzung, S. 181 ff.; *Burchard*, in: Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 13 StGB Rn. 48; *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik, S. 138 ff.; *Frister*, AT, § 26 Rn. 40; i. E. auch Bach*mann/Eichinger*, JA 2011, 105, 107 f. sowie *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 14 Rn. 23; „Modifikation der Pflichtdeliktslehre" bei *Noll*, ZStW 2018, 1007, 1031 ff.

[703] Auf dieses Argument wird unten Kap. 6 D. I. 2. e) dd) (1) zurückzukommen sein.

[704] *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 140 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Unterlassen nahezu ausgeschlossen, weil die Pflichtverletzung keinen akzessorischen Rechtsgutsangriff, wie ihn die Teilnahme jedoch voraussetzt, zu bieten habe.[705] Eine Bedeutung soll der Teilnahme durch Unterlassen nur dort zukommen, wo der Garant nichts gegen die Tatausführung des Täters eines eigenhändigen Delikts unternimmt, ihm erforderliche subjektive Merkmale, wie die Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht fehlen[706] oder nur ein Unterlassen hinsichtlich eines Beihilfeunrechts im Raume steht.[707] Solche Ausnahmen sind im Bereich der Kommunikationsdelikte jedoch nicht zu entdecken. Die negative Moderationsentscheidung würde stets eine Unterlassungstäterschaft begründen.[708]

Die Tätertheorien fördern die Kritik, dass sie der differenzierenden Wirkung der §§ 25 ff. StGB widersprechen, die sich auch auf das unechte Unterlassungsdelikt erstrecken müsse.[709] In dieser Undifferenziertheit liege eine Schlechterstellung des Garanten gegenüber dem aktiv Handelnden, die sich nicht mit dem Verweis auf die bloß fakultative Strafmilderung aus § 13 Abs. 2 StGB[710] gegenüber der zwingenden Milderung aus § 27 Abs. 2 StGB und der Straflosigkeit der versuchten Beihilfe[711] ausräumen lasse. Noll versucht dem zu entgegnen, dass von einer pauschalen Schlechterstellung des Unterlassungstäters schon deshalb nicht die Rede sein könne, weil an seine Vorsatzkonkretisierung höhere Anforderungen zu stellen seien als an die des Gehilfen. Der Täter könne also unter Umständen sogar besser gestellt sein als der Gehilfe.[712] Es wurde weiter oben aber dargelegt, warum es sich weder aus der allgemeinen Vorsatzdogmatik noch aus den Beteiligungslehren oder Strafzumessungsgesichtspunkten ableiten lässt, die Anforderungen an die Vorsatzbestimmtheit nach Beteiligungsform zu differenzieren.[713] Vielmehr führt der Weg einer Verteidigung der Tätertheorie über den Angriffspunkt des § 13 Abs. 2 StGB. Darauf und auf die mit einer entsprechenden Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB zu vermeidenden Wertungswidersprüche wird zurückzukommen sein, weil die Ausführungen auch für die hier im Ausgangspunkt befürwortete Lehre des Tatherrschaftswechsels, letztlich

[705] *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 141; vgl. auch *Bloy*, JA 1987, 490, 492 ff.

[706] Krit. insofern *Noll*, ZStW 2018, 1007, 1032.

[707] Vgl. *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 140 ff., 144; *Gaede*, in: NK-StGB, § 13 Rn. 26; *Pariona Arana*, Pflichtverletzung, S. 183; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 14 Rn. 24; *Bloy*, JA 1987, 490, 494. – Aus diesem Grund kann das Argument, § 9 Abs. 2 S. 1 StGB gehe von der Möglichkeit der Teilnahme durch Unterlassen aus (*Eisele*, in: B/W/M/E, § 25 Rn. 45; *Finke*, Internet-Provider, S. 113; *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 266) jedenfalls nicht hinsichtlich der Pflichtdeliktslehre durchschlagen.

[708] So *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 197 f.

[709] *Hoffmann-Holland*, ZStW 2006, 620, 626 f.; *Rengier*, JuS 2010, 281, 284; *Otto*, JuS 2017, 289, 291; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, § 25 Rn. 286.

[710] Dazu *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vor §§ 25 ff. Rn. 92.

[711] Betonend nur *Pariona Arana*, Pflichtverletzung, S. 182.

[712] *Noll*, ZStW 2018, 1007, 1033.

[713] Vgl. dazu oben Kap. 5 B. II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

für alle (noch so differenzierten) Lösungen, die zu einer Unterlassungstäterschaft kommen können, relevant werden.[714]

c) Pflichteninhaltslehren

Andere Teile der Literatur wollen die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen von der Art der Garantenstellung abhängig machen.

aa) Formelle Garantenlehre

Die klassische Variante dieser Pflichteninhaltslehre verleiht der oben behandelten Funktionenlehre besonderes Gewicht: Der unterlassende Beschützergarant sei stets als Täter und der unterlassende Überwachergarant als Teilnehmer zu behandeln.[715] Diese Differenzierung wird damit begründet, dass es für den Beschützergaranten nicht darauf ankomme, aus welcher Quelle die Gefahr für das zu beschützende Rechtsgut entstammt; die Garantenpflicht begründe sich allein aus der Nähe zum Rechtsgut. Bei der Überwachergarantenstellung hingegen sei die Einstandspflicht gerade durch die Gefahrenquelle (den Begehungstäter) vermittelt, was der Beihilfe entspreche.[716] Jakobs schlägt eine ähnliche Differenzierung ausgehend von der Frage vor, ob die Garantenpflicht aus institutioneller Zuständigkeit (dann Täterschaft) oder aus Organisationszuständigkeit besteht (dann Teilnahme).[717] Die Garantenpflichten der Anbieter lassen sich danach deutlich der Überwachergarantenstellung bzw. der Pflicht aus Organisationszuständigkeit zuordnen. Nach der formellen Garantenlehre wären die Anbieter in aller Regel als Gehilfen zu qualifizieren, weil die Garantenpflichten aus einer Garantenstellung aus der Herrschaft über die Gefahrenquelle entstammen.[718]

Der formellen Unterscheidung wird jedoch entgegengehalten, dass sie keine Stütze im Gesetz finde; der § 13 Abs. 1 StGB nicht zwischen täterschafts- und teilnahmebegründenden Garantenstellungen unterscheide.[719] Darüber hinaus kann bezweifelt werden, dass die Funktionenlehre, die vor allem eine Systematisierung der Garantenpflichten erleichtert, die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

[714] Vgl. dazu unten Kap. 6 D. I. 2. f).

[715] *Herzberg*, Garantenprinzip, S. 257 ff.; *Herzberg*, Täterschaft, S. 82 ff.; *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder, 26. Aufl., Vor § 25 Rn. 102 ff. mit Überschneidungen zur Pflichtdeliktslehre im Hinblick auf die Auffangfunktion der Beihilfe; *Krey/Esser*, AT, Rn. 1181 ff. mit Unterlassungstäterschaft bei Überwachergaranten, wenn der Begehungstäter strafrechtlich nicht verantwortlich ist; umgekehrt findet sich eine Lösung (Überwachergarant: Täterschaft; Beschützergarant: Teilnehmer) bei *Krüger*, ZIS 2011, 1, 7 f.

[716] *Herzberg*, Garantenprinzip, S. 261; *Herzberg*, Täterschaft, S. 83.

[717] *Jakobs*, AT, 29/101 ff.

[718] Vgl. Kap. 6 C.

[719] *Ransiek*, JuS 2010, 678, 680; *Eisele*, in: B/W/M/E, § 25 Rn. 47.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tragen kann. Die Grenze von Beschützer- und Überwachergarantenstellung ist letztlich nicht hinreichend scharf.[720]

bb) Materielle Garantenlehre

Die materielle Garantenlehre von Schünemann/Greco will die Kritik an der formellen Lehre entkräften und es darauf ankommen lassen, ob die Unterlassung im Ausführungs- oder im Vorbereitungsstadium stattfindet. Im Vorbereitungsstadium käme ebenso wie regelmäßig beim aktiven Tun im Vorbereitungsstadium allein eine Beihilfe in Betracht; im Ausführungsstadium eine Täterschaft.[721] Zwar dürften diese materiellen Anknüpfungspunkte im Gesamtgeschehen regelmäßig der formellen Zuordnung entsprechen, da der Überwachergarant aus Herrschaft über die Gefahrenquelle diese regelmäßig im Vorhinein der Tat nicht absichert, während der zur Abwendung aller Rechtsgutsbeeinträchtigungen berufene Obhutsgarant auch noch während der Tat zum Einschreiten verpflichtet ist.[722] Die unterlassene Löschung strafrechtswidriger Inhalte stellt insofern eine auffällige Abweichung von dieser Regel dar. Aufgrund des zeitlich auch über eine Unterlassungsphase hinausgehenden

[720] Vgl. hier schon den Fall des BGH NJW 1966, 1763, bei dem sich nicht ohne Weiteres klären lässt, ob die Wirtin, die die Verletzung einer jungen Frau durch andere Gäste nicht verhindert, Beschützergarantin der Gäste ihres Wirtshauses ist oder vielmehr Überwachergarantin für die Gefahren, die sich aus der Gefahrenquelle des Wirtshauses ergeben. Zu diesem Beispiel auch *Hoffmann-Holland*, ZStW 2006, 620, 628; *Bachmann/Eichinger*, JA 2011, 105, 107. Vgl. auch *Jakobs*, AT, 29/27; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vor §§ 25 ff. Rn. 102; *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 268; weitere Beispiele bei *Puppe*, AT, § 32 Rn. 19; *Satzger*, JURA 2015, 1055, 1062, wobei der Einwand, dass es sich zum Teil nur um eine Formulierungsfrage handele, ob Beschützer- oder Überwachergarantenstellung vorliegen, zu weit zu gehen scheint (vgl. dazu *V. Haas*, ZIS 2011, 392, 395).

[721] *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 235. Im Ergebnis ähnlich geht Murmann vom Schutzzweck der Garantenpflicht aus und sieht grundsätzlich das Ziel der Beschützergarantenpflicht in der Verhinderung des Erfolges (Täterschaft) und das der Überwachergarantenpflicht in der Reduzierung des Risikos, dass es zu einer Tatbegehung kommt (Teilnahme) (*Murmann*, in: SSW-StGB, Vor §§ 25 ff. Rn. 16; *Murmann*, in: FS-Beulke, S. 181, 186 ff.). Die Überwachergarantenpflicht sei aber dann auf die Verhinderung des Erfolges gerichtet, wenn der Begehungstäter nicht eigenverantwortlich handele (ebenda). Eine Ausnahme, die sich auch bei *Herzberg*, Täterschaft, S. 98 findet (krit. *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 161). Eine zweite Ausnahme bestehe, wenn der Überwachungsgarant die vom Begehungstäter ausgehende Gefahr gewissermaßen an diesem vorbei eindämmen kann (*Murmann*, in: FS-Beulke, S. 181, 186 ff.), wobei im Ergebnis Nähe zu den Tatherrschaftslösungen gewonnen wird (dazu Kap. 6 D. I. 2. e)).

[722] Krit. hinsichtlich der materiellen Garantenlehre *Mosenheuer*, Unterlassen, S. 177 Fn. 680, der die Begründung des Ansatzes wohl in einer Spiegelung der Folgefrage des Abgrenzungsproblems im Begehungsdelikt sieht, ob ein Tatbeitrag im Ausführungsstadium zu leisten ist (vgl. dazu oben Kap. 5 B. III. 1. b) bb)). Damit aber wäre eine Dimension der funktionalen Tatherrschaft angesprochen, die – schon gar nicht durch *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 235 angenommen – sich im Unterlassen nicht finden lässt. Vielmehr gründet die Unterscheidung auf dem von Schünemann ausgemachten Entstehungsgrund einer Garantenpflicht (vgl. erneut *Schünemann*, ZStW 1996, 287, 293 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Angriffs des Content-Providers findet eine negative Moderationsentscheidung zumeist im Ausführungsstadium statt; jedenfalls dann, wenn man eine Unterlassungskonstruktion für die i. E. zeitlich gestreckte Tat des Content-Providers für gangbar hält[723]. Diese Besonderheit lässt sich dabei auf die Begrenzung des Garantenpflichtenumfangs durch die telemedienrechtlichen Vorschriften zurückführen. Es geht nämlich, wie gezeigt, gerade nicht um die Absicherung der Gefahrenquelle im Vorbereitungsstadium, sondern um die Beseitigung des strafrechtswidrigen Inhalts im Ausführungsstadium des sodann unterlassenden Content-Providers.[724]

d) Subjektiver Ansatz der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung will ebenso wie bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Begehungsdelikt den Ausgangspunkt in einer subjektiven Betrachtung finden. Maßgeblich soll die innere Haltung zur Tat und zum Taterfolg sein. So wird im Einzelnen nach dem Willen zur Tatherrschaft, dem Interesse am Taterfolg und dem Umfang der eigenen Tatbestandsverwirklichung gefragt. Ergänzend wird – in kaum einheitlicher Form – auch darauf abgestellt, ob der Garant neben dem Begehungstäter der „Herr des Geschehens" ist, er also die Tatherrschaft innehatte.[725] Im Folgenden soll sich indessen auf die subjektiven Kriterien der Rechtsprechung konzentriert und auf Tatherrschaftskriterien gesondert eingegangen werden[726]:

aa) Kritik

Die Kritik am subjektiven Ausgangspunkt der Rechtsprechung ähnelt stark der im Zusammenhang des Begehungsdelikts: Die Orientierung an der inneren Haltung des Handelnden fördert willkürliche Ergebnisse und findet keinen Niederschlag im Gesetz.[727] Im Falle der Unterlassensbeteiligung potenzieren sich die Schwierigkeiten bei der Feststellung der inneren Willensrichtung dort, wo sich der Unterlassende zu seinem Nichtstun nicht äußert.[728] Ein Rückschluss vom äußeren Verhalten fällt hier (noch) schwerer als bei der Begehungstat.[729] Zieht die Rechtsprechung, wie vermehrt

[723] Dazu ausführlich Kap. 6 B. II. 2. b) cc).

[724] Vgl. oben Kap. 6 C. II. 3. a).

[725] Vgl. aus der wechselhaften Rspr. nur BGH NJW 1952, 552; 1959, 1738; 1960, 1821; 1966, 1763; 1984, 2639; NStZ 2009, 321; 2009, 686; 2012, 379; aus der Rechtsprechung des RG zur subjektiven Theorie RGSt 58, 244; 64, 273; 73, 53; in Richtung der Rspr. *Arzt*, JA 1980, 553, 558; *Seelmann*, StV 1992, 416; ähnlich auch *Sering*, Beihilfe, S. 95 ff.

[726] Zur Tatherrschaft Kap. 6 D. I. 2. e).

[727] Vgl. nur *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 134 ff.; *V. Haas*, ZIS 2011, 392, 392 f.; im Hinblick auf die Beteiligungsform der Provider *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 198.

[728] *Heger*, in: L/K/H, § 27 Rn. 5; *V. Haas*, ZIS 2011, 392, 392 f.; *Rengier*, JuS 2010, 281, 284; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vor §§ 25 ff. Rn. 93.

[729] Vgl. *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 232; *Rengier*, JuS 2010, 281, 284; *Renzikowski*, in: Maurach/Gössel/Zipf, AT 2, § 47 Rn. 138; *Schwab*, Täterschaft, S. 85.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zu beobachten, eine Kombination subjektiver und Tatherrschaftskriterien heran, so mag zwar die Zuwendung zu objektiven Kriterien begrüßenswert, der Beliebigkeit der Ergebnisse jedoch zumindest so lange nicht hinreichend entgegengewirkt sein, wie sich die Gerichte der Kriterien frei bedienen.[730]

bb) Täterwille der Anbieter bzw. ihrer Moderatoren

Trotz der erhobenen Zweifel an der Feststellbarkeit eines Täterwillens des Garanten im Allgemeinen als auch bei den Serviceprovidern im Besonderen[731], sollen im Folgenden einige die Ermittlung möglicherweise rahmende Erwägungen für die Anbieter innerhalb sozialer Netzwerke angestellt werden.

(1) Anbieter erster Ordnung

Für die negative Moderationsentscheidung hat unter Betonung der subjektiven Kriterien eine täterschaftliche Zurechnung zu den Anbietern erster Ordnung bzw. ihrer Moderatoren in aller Regel auszuscheiden.[732] M. Popp hingegen will bei der Abgrenzung von Täter- und Teilnehmerwillen i. S. d. des subjektiven Ansatzes darauf abstellen, ob der Garant sich eventualvorsätzlich mit der Verbreitung rechtswidriger Inhalte abfindet, um einen anderen zu unterstützen oder um selbständige, etwa wirtschaftliche Motive zu verfolgen. Regelmäßig sei bei Serviceprovidern zweiteres der Fall, weshalb ein Täterwille zu bejahen wäre.[733] Zum einen scheint diese Perspektive von vornherein bereits dort keine Geltung beanspruchen zu können, wo der Betrieb des Providers entsprechend arbeitsteilig vorgenommen wird. Sind wie im Falle sozialer Netzwerke, deren spezifische Eigenschaften von einer gewissen Größe leben, wirtschaftliche Interessen und Contentmoderation stets voneinander getrennt, könnte man nach M. Popps Ansatz kaum zu einer Unterlassenstäterschaft der Moderatoren gelangen. Zum anderen verdient sein Ansatz aber grundsätzliche Kritik, weil er den Bezugspunkt des Täterwillens außerhalb des Taterfolgs bzw. der Tatbestandsverwirklichung sieht und deshalb zu weit führt. Gerade im Bereich der indirekten Entgeltlichkeit[734] ergeben sich – anders als ggf. beim Betrieb einer

[730] Dazu erneut *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 132 ff. sowie *Pariona Arana*, Pflichtverletzung, S. 198.

[731] Vgl. nur *Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte, S. 250.

[732] Auf Grundlage der subjektiven Ansätze der Rspr. verneint auch *Handel*, Diensteanbieter, S. 201 f. die Nebentäterschaft bei unterlassener Löschung durch den Plattformbetreiber, da eine reine Tatherrschaftslehre zur Bejahung und damit zum Wertungswiderspruch führe (dazu unter Kap. 6 D. I. 2. f)); u. a. auf das fehlende subjektive Interesse abstellend *Galetzka/Krätschmer*, MMR 2016, 518, 522; identisch *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1, 5; ähnlich *Wiacek*, Cyberkriminalität, S. 305 f. sowie *Malek/A. Popp*, Rn. 130; vgl. auch *Gäckle*, Freilaw 2016, 1, 10.

[733] *M. Popp*, Verantwortung, S. 165 f.; zust. *Palm*, Kinder- und Jugendpornographie, S. 254.

[734] Vgl. dazu oben Kap. 1 C. I. und Kap. 3 B. I. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Darknet-Handelsplattform – keine wirtschaftlichen Eigeninteressen, die im hinreichenden Zusammenhang mit dem strafrechtswidrigen Inhalt stehen.[735] Entscheidend bleibt für die Annahme eines animus auctoris, dass ein Interesse an dem Verbleib des rechtswidrigen Inhalts auf den Servern und seine weitere Sichtbarkeit im Rahmen des sozialen Netzwerks gegeben ist.[736]

Die Feststellung dieses Interesses fällt schwer. Das gilt besonders dort, wo die Contentmoderation im besonderen Maße standardisiert ist, die Moderatoren zufällig zugeordnet über den Verbleib der rechtswidrigen Inhalte zu entscheiden haben und keine zusätzlichen Erklärungen, etwa durch die individuelle Begründung dieser negativen Moderationsentscheidung, abgegeben werden.[737] Würde etwa im Einzelfalle erklärt werden, dass die besonders scharfe Kritik an einer Person noch keine Beleidigung sei, weil sie als ‚berechtigt' gelten würde oder Verhetzungen i. S. v. § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB „in Anbetracht der gesellschaftlichen Situation noch gesagt werden dürften", dann könnte die Annahme eines Täterwillens noch ggf. vertreten werden.[738] So wird es aber in aller Regel nicht liegen.

Bei den Anbietern erster Ordnung liegt ein Interesse daher fern und kann nicht aus der rechtswidrigen negativen Moderationsentscheidung gefolgert werden. Den Moderatoren der Anbieter erster Ordnung obliegt es vielmehr im Einzelfalle zu entscheiden, ob der Inhalt gegen die Gemeinschaftsstandards der Netzwerke verstößt oder einen rechtswidrigen Inhalt i. S. d. DSA darstellt. Sollte diese Abwägung fehlerhaft durchgeführt werden, kann darin längst kein Indiz dafür gesehen werden, dass der Moderator ein eigenes Interesse am weiteren Bestehen des zufällig zugeordneten Inhalts innerhalb des Netzwerks hat.

(2) Anbieter zweiter Ordnung

Bei Anbietern zweiter Ordnung hingegen dürfte auf dem Fundament der subjektiven Ansätze eine nähere Betrachtung des durch die Gruppe gesetzten Rahmens notwendig sein. Zu beachten ist jedoch, dass in solchen Konstellationen, in denen durch die Gestaltung der Gruppe, insbesondere ihrer Namensgebung, ihrer Beschreibung und etwaiger selbstgesetzten Kommunikationsstandards naheliegt, dass

[735] Von den subjektiven Ansätzen weg und hin zu einer (unsicheren) Kombinationslösung *Finke*, Internet-Provider, S. 115, der den Täterwillen aufgrund der Herrschaft über das Tatgeschehen und die Schwere des Tatbeitrages annehmen will. In einer ähnlichen Richtung *Palm*, Kinder- und Jugendpornographie, S. 257, die einen Täterwillen mit Verweis auf den parallel beim aktiven Tun gefundenen Täterwillen begründen will. In Ansehung subjektiver Ansätze unterscheiden sich die beiden Konstellationen jedoch erheblich. Das Interesse am Taterfolg ist bei solchen Angeboten, die strafrechtswidrig ausgerichtet sind, typischerweise ausgeprägter.

[736] Vgl. auch *Malek/A. Popp*, Rn. 130; *Gäckle*, Freilaw 2016, 1, 10 lehnt auf Grundlage der Rechtsprechungslösung eine Täterschaft mangels Tatherrschaftswillens ab.

[737] Vgl. aber Art. 20 DSA.

[738] *Handel*, Diensteanbieter, S. 202 führt als Ausnahmebeispiel für die Annahme eines Täterwillens den Fall an, dass die Tat den Intimfeind des Moderators betrifft.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Anbieter bzw. Moderatoren ein Interesse an den spezifischen Inhalten haben dürften, sich der strafrechtliche Vorwurf demnach schon an ein aktives Tun knüpfen kann.[739]

e) Tatherrschaftslösung(en)

Es bleibt daher zuletzt die Frage, ob auf das beim Begehungsdelikt vorzugswürdige Kriterium der Tatherrschaft zurückgegriffen werden kann. Dass die anhand der Begehungsdelikte entwickelte Tatherrschaftslehre nicht ohne Weiteres auf das unechte Unterlassungsdelikt übertragen werden kann, deutet sich schon bei Betrachtung der Faustformel an: „Tatherrschaft ist das vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs."[740] Richtigerweise wird darauf hingewiesen, dass der unterlassende Garant das Geschehen, insbesondere dessen Gestaltung[741], gerade nicht aktiv in den Händen hält. So befürwortet sogar die das Tatherrschaftsprinzip prägendste Stimme die vollständige Verwerfung des Prinzips im Bereich des Unterlassens.[742]

Im Zentrum des Strafvorwurfes könnte also nur stehen, dass der Garant das Geschehen gewissermaßen in die Hand nehmen könnte. In Rede könnte daher allenfalls die „potenzielle Tatherrschaft"[743] stehen.[744] Den Differenzierungskriterien, die an der potenziellen Tatherrschaft ansetzen, wird eine Entfernung von dem von den §§ 25 ff. StGB vorgeschriebenen Bezugspunkt der *Tat* vorgeworfen, wenn auf das potenzielle Rettungsgeschehen abgestellt werde.[745] Dem kann gleichwohl entgegengehalten werden, dass gerade die Rettungspflicht und die Möglichkeiten einer Rettung die Unterlassungs*tat* prägen.[746] Wenig überzeugend ist es aber tatsächlich, jede Form dieser potenziellen Tatherrschaft für eine Unterlassungstäterschaft ausreichen zu lassen, da die Erfolgsabwendungsmöglichkeit Bedingung einer jeden unechten Unterlassensstrafbarkeit ist.[747] Andernfalls käme die Tatherrschaftslösung zum identischen Ergebnis wie die Tätertheorien.[748] Aus diesem Grund kann es auch nicht mit Finke für eine täterschaftsbegründende Tatherrschaft argumentativ aus-

[739] Vgl. dazu oben Kap. 4 B. II. 1.

[740] *Pariona Arana*, Pflichtverletzung, S. 196; vgl. ferner *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 133.

[741] Zur Unterscheidung von Gestaltungs- und Entscheidungsherrschaft *Mosenheuer*, Unterlassen, S. 186.

[742] *Roxin*, TuT, S. 516; *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 133.

[743] Schon *Gallas*, JZ 1952, 371, 372.

[744] *Hoffmann-Holland*, ZStW 2006, 620, 624.

[745] *Hoffmann-Holland*, ZStW 2006, 620, 625.

[746] *Otto*, JuS 2017, 289, 292.

[747] *Gallas*, JZ 1952, 371, 372; *Hoffmann-Holland*, ZStW 2006, 620, 624; *V. Haas*, in: Matt/Renzikowski, § 13 Rn. 127; in dieser Richtung aber *B. Heinrich*, AT, Rn. 1214: in der Regel (potenzielle) Tatherrschaft des Garanten, ohne Konkretisierung der Ausnahmen.

[748] *Ransiek*, JuS 2010, 678, 680; *Renzikowski*, in: Maurach/Gössel/Zipf, AT 2, § 47 Rn. 140; *Rengier*, AT, § 51 Rn. 20.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

reichen, dass der „Service-Provider […] die Möglichkeit [hat], dies [Verbreitung strafrechtswidriger Daten] zu verhindern".[749]

Wegen der genannten Einwände haben sich zahlreiche Ansätze entwickelt, die den Topos der Tatherrschaft in modifizierter Form auf das Unterlassen anwenden und gerade die Bedeutung potenzieller Tatherrschaft herausarbeiten wollen:

aa) Empirisch fundierte potenzielle Tatherrschaft

Einen eher empirischen Ausgangspunkt wählt Weigend, wenn er auf die Anstrengungen abstellt, die mit der Erfolgsverhinderung verbunden wären.[750] Im Ergebnis dürfte er in den meisten Konstellationen Ergebnisse wie die Gehilfentheorien erzielen, weil insbesondere die Notwendigkeit der Überwindung des aktiven Täterwillens unter Tragung zusätzlicher Gefahren für eine Teilnehmerrolle sprechen soll.[751] Abweichungen ergeben sich freilich dort, wo der Garant die zusätzliche Barriere des Täterwillens ohne Mühe aufgrund seiner psychischen oder physischen Überlegenheit überwinden könnte.[752] Dass es Weigend dabei eher auf Zumutbarkeitserwägungen als auf die von einer durch eine eigenverantwortliche Herrschaft Dritter verringerte Verhinderungsmacht ankommt, wird daran deutlich, dass die Möglichkeit, die Polizei als schützende Dritte zu aktivieren, für eine potenzielle Tatherrschaft sprechen soll.[753]

Diese Variante der Tatherrschaftslösung scheint auch A. Weber zu vertreten, wenn sie im Kontext von Darknet-Plattformen deliktsspezifisch nach der Frage differenzieren will, ob die Einflussnahme durch den Betreiber ohne erheblichen Aufwand bleibt (bspw. Sperrung von Nutzeraccounts) oder größerer Einfluss auf das Täter-

[749] *Finke*, Internet-Provider, S. 115. Der Zusatz, dass die Tatverwirklichung ohne die technische Einrichtung des Providers nicht möglich wäre, beschreibt dabei nicht mehr als die Kausalität bzw. den Zusammenhang zur Gefahr des Angebots.

[750] *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 95.

[751] Im Rahmen der Kritik an der Theorie der Einheitsbeihilfe oder an reinen Tätertheorien wohl skeptisch in dieser Hinsicht *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 236 mit dem Vergleich einer Drohung mit Anzeige zur Strafbarkeitsverhinderung gegenüber der Rettung eines Kindes aus den Flammen.

[752] *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 95.

[753] *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 95; in diesem Kontext vgl. auch *Jäger*, in: Joecks/Jäger, § 13 Rn. 84, der danach unterscheiden will, ob das Einschreiten durch den Unterlassenden selbst oder nur durch die Hilfe Dritter, etwa der Polizei (dann Teilnahme) möglich ist; so auch *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vor §§ 25 ff. Rn. 102, die das Bestehen einer potenziellen Tatherrschaft im Einzelfalle davon abhängig machen wollen, wie schwer es dem Unterlassenden gefallen wäre, auf die Erfolgsverwirklichung einzuwirken; hier dürfte auch die Lösung von *Eisele*, in: B/W/M/E, § 25 Rn. 48 zu verorten sein, wobei eine besondere Nähe zur Lehre vom Tatherrschaftswechsel zu erkennen ist; eine Verteidigung der Tatherrschaft bei der Beteiligung durch Unterlassen wagt auch *Schroeder*, Täter, S. 105 ff., indem er einen „materiellen" Begriff der Tatherrschaft heranzieht und einen Unterschied darin sieht, ob ein kraftstrotzender Garant der Tat eines schmächtigen Menschen zusieht oder ob die physischen Kräfteverhältnisse andersherum verteilt sind; vgl. auch *Satzger*, JURA 2015, 1055, 1063.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

verhalten zu nehmen ist und daher schwerer fällt.[754] Jedenfalls im Kontext sozialer Netzwerke und der hier betrachteten Kommunikationsdelikte ist jedoch nicht denkbar, dass vom Anbieter mehr als die Löschung eines strafrechtswidrigen Inhalts zu fordern ist, die stets mit wenig Aufwand verbunden ist, eben weil sie den Weg am Content-Provider vorbei nehmen kann.[755]

M. Popp begründet eine Tatherrschaft damit, dass „sämtliche Handlungsmöglichkeiten des Netzbenutzers als Begehungstäter allein und ausschließlich davon ab[hängen], daß sie ihm durch den Netzbetreiber eingeräumt werden. […] [D]er Provider kann (ohne Mühen) jederzeit und sofort sämtliche Rechte und damit Handlungsmöglichkeiten des Benutzers widerrufen. Eine noch größere Herrschaft über das Tatgeschehen ist wohl kaum vorstellbar."[756] Damit könnte ein Mehr als die physisch-reale Handlungsmöglichkeit, also die Beseitigung des strafrechtswidrigen Inhalts beschrieben worden sein, eine Art umfassender Herrschaft über das Wirken des Nutzers innerhalb des Angebots.[757] Damit entfernt sich aber der Bezugspunkt der Tatherrschaft vom Handlungs- und Erfolgsgeschehen. Ein anderes wäre es, wenn man aus dieser umfassenderen Herrschaftsposition eine Art Weisungsverhältnis ableiten könnte und daran eine beachtliche potenzielle Tatherrschaft geknüpft werden könnte. Dabei handelte es sich sodann um eine normative Fundierung über eine ‚rechtliche Tatherrschaft' (dazu cc)).

Grundsätzlich birgt die Betrachtung des Schwierigkeitsgrades einer Erfolgsabwendung Probleme in der praktischen Anwendung, da sich eine solche Abgrenzung kaum an objektiven Kriterien festmachen lässt und daher die Gefahr einer Willkürlichkeit in sich trägt.[758] Darüber hinaus vermag diese Perspektive nicht zu erklären, warum sie die Abwendungsschwierigkeit nur in solchen Fällen für entscheidend erklärt, in denen (eigenverantwortliche) Dritte an der Tat beteiligt sind. Nicht nur im Bereich des Digitalen lassen sich zahlreiche Fälle finden, in denen sich eine Abwendung bei entgegenstehendem Willen des Begehungstäters nicht schwierig gestalten. Andersherum ist eine schwierige Abwendbarkeit unterhalb der

[754] *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 268; ebenso eine potenzielle Tatherrschaft bejahend *Palm*, Kinder- und Jugendpornographie, S. 257: „[E]s ist danach zu fragen, inwieweit es [dem Unterlassenden] möglich gewesen wäre, die Tatherrschaft zu übernehmen und so – *ohne unzumutbare Anstrengungen* [Hervorhebung durch M. N.] – den Erfolg abzuwenden."

[755] Hier treffen wir also letztlich die Unterscheidung zwischen Altlastenkonstellationen und Straftatverhinderungskonstellationen wieder an, deren prinzipieller Unterscheidung hinsichtlich der Garantenpflicht – nur eben dort fehlplatzierte – herrschaftsorientierte Gesichtspunkte entnommen werden konnten. Vgl. oben Kap. 6 C. II. 1. b) bb).

[756] *M. Popp*, Verantwortung, S. 164.

[757] *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, §§ 25 – 27 Fn. 61 will darin nicht mehr als diese physisch-reale Handlungsmöglichkeit sehen.

[758] *Otto*, JuS 2017, 289, 292 f.; *Roxin*, TuT, S. 908, der zu Recht darauf hinweist, dass die Ermittlung die Bildung hypothetischer Kausalverläufe nötig macht, ex ante aber kaum einzuschätzen ist, wie der Begehungstäter auf ein Einwirken des Garanten reagiert hätte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Grenze der Unzumutbarkeit auch bei Naturkausalverläufen gut denkbar.[759] Einer empirischen Fundierung der potenziellen Tatherrschaft als Differenzierungskriterium wird hier daher nicht gefolgt.

bb) Normativ fundierte potenzielle Tatherrschaft in einer Gesamtbetrachtung

Als Reaktion auf solche Einwände lassen sich normativ fundierte Tatherrschaftslösungen verstehen. Einen solchen Vorschlag unterbreitet Rengier, der neben der Abwendungsschwierigkeit noch Faktoren wie die Nähe zum Tatort, zum Schutzobjekt oder zur Gefahrenquelle und die Mitwirkung bei der Tatplanung berücksichtigen will.[760] Die Ergebnisse, die diese Lehre produziert, sind jedoch ebenfalls schwierig zu bestimmen, wie die Anwendung auf die Anbieter verdeutlicht. Während die empirische Fundierung, die nach der Abwendungsschwierigkeit fragt, im Falle der Anbieter noch klare Ergebnisse zeitigt, lassen Rengiers Kriterien eine deutlichere Nähe zur Gehilfenstellung erahnen, weil die Nähe zur Gefahrenquelle und die Mitwirkung bei der Tatplanung zumindest in Relation zum Content-Provider gering bzw. nicht vorhanden sind. Eine Gesamtbetrachtung bleibt letztlich aus ähnlichen Gründen wie bei der Kombinationslösung der Rechtsprechung zu unbestimmt.[761]

cc) Normativ fundierte potenzielle Tatherrschaft als rechtliche Beherrschung

Es lässt sich nun auf die aus M. Popps Ausführungen möglicherweise zu ziehende ‚rechtliche Tatherrschaft' zurückkommen. Eine allgemeine Grundlegung dieses Kriteriums kann Ransieks Antwort auf die Beteiligungsfrage entnommen werden, der bei einem Nebeneinander von Begehungstäter und Garanten[762] danach fragt, ob der Garant (gewaltsam) auf den Begehungstäter einwirken muss oder ob ein rechtliches Einwirkungsverhältnis besteht. Letzteres sei bspw. über verbindliche Weisungen im Arbeitsverhältnis der Fall.[763] Daran schließt sich Zieschang an, der eine rechtliche Einwirkungsmöglichkeit für das Eltern-Kind-Verhältnis annehmen

[759] Diese Kritik findet sich auch bei *Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, S. 296 f.; *Sering*, Beihilfe, S. 36; *Roxin*, TuT, S. 904.

[760] *Rengier*, AT, § 51 Rn. 21; *Rengier*, JuS 2010, 281, 285.

[761] Auf die Nähe zur normativen Kombinationslösung der Rechtsprechung weist *Feng*, Beteiligung, S. 36 hin.

[762] Zur Unterscheidung eines Nebeneinanders und Nacheinanders und der Nähe von Ransieks Ansatz zu der hier vertretenen Lehre vom Tatherrschaftswechsel sogleich Kap. 6 D. I. 2. e) dd).

[763] *Ransiek*, JuS 2010, 678, 679 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

will, wenn das Kind aufs Wort gehorcht.[764] Darauf baut Zieschang die grundsätzliche Einordnung des Host-Providers als Gehilfen auf:

> „Vielmehr ist es nicht der Host-Provider, sondern der Nutzer, der die rechtswidrigen Inhalte verfasst und einstellt. Der Host-Provider bleibt im Hinblick auf die Rechtsverletzung des anderen eher eine Randfigur, es sei denn, besondere Umstände begründen seine Tatherrschaft. Das kann etwa der Fall sein, wenn der Nutzer dem Host-Provider untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird."[765]

Nicht ganz klar ist, ob damit tatsächlich Aspekte die Tatherrschaft betreffend angesprochen sind. Dass es der Content-Provider ist, der die Inhalte verfasst und einstellt, ist zunächst nichts anderes als die Feststellung der Ausgangssituation, nämlich des Unterlassens im Kontext eines (eigenverantwortlichen) Begehungstäters. Eine weitere Erläuterung in Richtung der Einheitsbeihilfe, die eine aktive Tatherrschaft den Weg zu einer potenziellen Tatherrschaft versperren lässt (dazu sogleich unter dd)), ist damit aber nicht verbunden. Dass es sich beim Host-Provider um eine Randfigur handeln soll, gleicht eher einem Ergebnis als einer Begründung anhand von Tatherrschaftsaspekten.[766] Mit Zieschangs Ausnahme der Subordination des Content-Providers ist der Bogen zu den Erwägungen von M. Popp und dem Ansatz Ransieks gespannt. Bei dieser Ausnahme handelt es sich letztlich um eine Art „rechtliche[r] Tatherrschaft".[767] Bei der für den digitalen Raum entwickelten Auffassung stellt sich jedoch die Frage, warum eine Einwirkungsmöglichkeit auf den Content-Provider über das Subordinationsverhältnis ein größerer (bei M. Popp: ein verstärkender) Ausdruck von Tatherrschaft sein soll als die Beseitigungsmöglichkeit am Content-Provider vorbei.[768] Bei Ransiek nämlich handelt es sich bezeichnenderweise um Konstellationen, in denen dieser Weg am Begehungstäter vorbei von vornherein ausgeschlossen ist. Bei ihm scheint es gewissermaßen ein subsidiäres Kriterium zu sein.[769]

---

[764] *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, §§ 25 – 27 Rn. 21. Mit dem Zusatz, dass das Kind aufs Wort zu gehorchen habe, sind jedoch wieder faktische Erfolgsaussichten ähnlich der empirisch fundierten Ansätze verbunden.

[765] *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, §§ 25 – 27 Rn. 22.

[766] Krit. zum Begriff der Zentralgestalt (und Randfigur) des Geschehens *Ranft*, in: FS-Otto, S. 403, 421: „ein Wort ohne Inhalt".

[767] So die Bezeichnung bei *Feng*, Beteiligung, S. 39.

[768] Darin liegt die Differenzierung von *Otto*, JuS 2017, 289, 294 f., der zwischen unmittelbaren Erfolgsverhinderungsmöglichkeiten und durch mittelbaren Willen des Begehungstäters vermittelten Verhinderungsmöglichkeiten unterscheidet. Vgl. dazu auch *Murmann*, GK, § 29 Rn. 99 sowie *Feng*, Beteiligung, S. 418.

[769] *Ransiek*, JuS 2010, 678, 697 f.; auch für das von *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, §§ 25 – 27 Rn. 21 präsentierte Beispiel von der Tochter, die dem Vater als Überwachungsgaranten aufs Wort gehorcht, müsste selbiges gelten. Es dürfte hier durchaus einen Unterschied machen, ob die Tochter einen Brief mit einem § 192a StGB entsprechenden Inhalt vor die Tür der zu konfrontierenden Person legt und der Vater nach Verlassen des Ortes durch die Tochter den Brief nicht an sich nimmt, oder ob er die Tochter beim Verfassen einer E-Mail entsprechenden Inhalts beobachtet und nicht aufhält.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dd) Die Lehre vom Tatherrschaftswechsel

Es ist nun auf die angedeuteten Zweifel zurückzukommen, dass der Lösung über eine Einheitsbeihilfe tatsächlich derart viele Stimmen zuzuordnen sind. Vorzugswürdig ist es, um sie gegen die Kritik der Pauschalisierung[770] zu immunisieren, sie den differenzierenden Tatherrschaftslehren zuzuordnen. So lässt sich die Untersuchung ausgehend von der Lehre vom Tatherrschaftswechsel, die im Wesentlichen auf Gallas[771] zurückzuführen ist, fortführen: Der aktiv handelnde Täter verstelle eben nur solange die potenzielle Tatherrschaft über den Tatverlauf, wie der Begehungstäter das Geschehen kontrolliert.

> „Sieht [der Unterlassende] sich dagegen nicht mehr der *Betätigung* von Tatherrschaft, sondern lediglich den noch korrigierbaren Wirkungen einer solchen gegenüber […], so ist er […] m. E. ebenso als *Täter* anzusehen wie in dem Fall, in dem die Gefahr, die dem ihm anvertrauten Rechtsgut droht, überhaupt nicht auf der Straftat eines Dritten, sondern auf einem Unfall o. dgl. beruht."[772]

Die Frage nach einem Tatherrschaftswechsel bietet daher ein Abgrenzungskriterium, dem einerseits (anders als den (sonstigen) Lehren einer Einheitsbeihilfe) nicht vorzuhalten ist, dass es die mögliche Gleichgewichtigkeit des Unterlassens und aktiven Tuns leugnet. Andererseits bietet es (anders als die empirisch orientierten

---

[770] Vgl. oben Kap. 6 D. I. 2. a); vgl. insbesondere erneut *Satzger*, JURA 2015, 1055, 1062; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vor §§ 25 ff., Rn. 91; vgl. auch *Eisele*, in: B/W/M/E, § 25 Rn. 46, der zwei Kritikpunkte gegen die Gehilfentheorien anführt: Erstens komme es zur Einebnung der Unterscheidung im Unterlassen. Zweitens sei es für die Abwendung des Erfolges gleichgültig, ob die Gefahr vom Opfer, einem Dritten oder einer Naturgewalt verursacht werde. Beide Kritikpunkte würden Theorien einer „Einheitsbeihilfe" treffen, nicht aber die des Tatherrschaftswechsels. Denn ein solcher Ansatz ließe Differenzierungen zu und gehe nicht von der Herkunft der Gefahr aus, sondern von der Beherrschung der Situation neben anderen. Freilich wird sich zeigen, dass sich die hier versuchte Fortentwicklung der Lehre vom Tatherrschaftswechsel unter Berücksichtigung der Sonderkonstellation einer Tatherrschaftswandlung anfälliger für Eiseles zweiten Kritikpunkt macht.

[771] *Gallas*, JZ 1960, 686, 687.

[772] *Gallas*, JZ 1960, 686, 687 (Hervorhebungen im Original); so auch *Puppe*, AT, § 32 Rn. 21; *Jescheck/Weigend*, AT, § 64 III. 5.; *Kielwein*, GA 1955, 225, 227; *Schmidhäuser*, AT, § 17 Rn. 12; in dieser Richtung andeutend *Kühl*, AT, § 20 Rn. 230, der vom Verstellen der Tatbeherrschung sprechen will, „solange er [, der Begehungstäter] Handlungsherrschaft ausübt" und sich auf Gallas a. a. O. bezieht; in einer anderen Richtung könnten aber die Ausführungen bei *Kühl*, Beendigung, S. 87 ff. verstanden werden, nach denen nicht nur eine (aktive) Beihilfe zu einer Freiheitsberaubung möglich sein soll, wenn der Einschluss in der Abwesenheit des Täters kontrolliert wird, sondern auch dann, wenn von einer durchgehenden Unterlassungsverwirklichung durch den Einsperrenden etwa aufgrund von Ohnmacht keine Rede mehr sein kann; ähnlich auch *Otto*, JuS 2017, 289, 294 f., der die Lehre vom Tatherrschaftswechsel zusätzlich mit dem Akzessorietätsprinzip abzusichern versucht; i. E. so auch *Noltenius*, in: Handbuch Strafrecht, § 50 Rn. 96 f.; vgl. auch *Eisele*, in: B/W/M/E, § 25 Rn. 48, der nach Ablehnung der tatherrschaftlich fundierten Gehilfentheorie i. E. ähnliches vertritt; unklar ist, ob *Kudlich*, SSW-StGB, § 13 Rn. 47 einen Tatherrschaftswechsel anerkennen würde, wenn von dem Unterlassenden „neben einem aktiv Handelnden" die Rede ist, ist doch auch der Unterlassende „nach" einem aktiv Handelnden denkbar.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Varianten der Tatherrschaftslösung, die in verschiedenen Varianten mit Zumutbarkeitsaspekten und Abwendungspotenzialen hantieren) ein Mehr an Abgrenzungsklarheit.[773] Die Lehre vom Tatherrschaftswechsel schafft so eine normative Ausrichtung des Tatherrschaftskriteriums, als es ein „gruppendynamisches Verhältnis unter mehreren Tatbeteiligten" sichtbar macht.[774] Nicht übersehen sollte dabei werden, dass es nicht – und auch Gallas ausdrücklich nicht[775] – darum geht, die Tatherrschaft des Garanten direkt zu bestimmen. Die potenzielle Tatherrschaft des Garanten begrenzt sich tatsächlich allein in der Erfolgsabwendungsmacht. Wann diese potenzielle Tatherrschaft aber täterschaftsbegründend wird, bestimmt sich normativ in einem quasi negativen Vorgehen aus der Tatherrschaft des Begehungstäters. Darin liegt die normative Relationierung im Hinblick auf die Beteiligten, die die Lehre vom Tatherrschaftswechsel bezweckt.

(1) Kritik der Lehre vom Tatherrschaftswechsel und ihre Entgegnung

Gleichwohl sei auf solche Kritik an dieser Stelle eingegangen, die sich nicht mit einer Kritik an der pauschalen „Einheitsbeihilfe" begnügt. Dafür eignet sich ein Blick auf die „sechs durchschlagende[n] Argumente", die von Roxin geltend gemacht werden und denen sich die ansonsten im Schrifttum vorgebrachten Einwände zuordnen lassen[776]:

Erstens – und darin dürfte der prominenteste Einwand bestehen – könne es keinen Unterschied machen, ob eine Bedrohung durch einen eigenverantwortlichen Dritten oder durch ein Unglück entstehe.[777] Roxin selbst[778] weist auf die Entgegnung hin, dass eben auch ein aktives Tun zur Täterschaft führe, wenn eine Naturkausalität gefördert wird und eine Beihilfe vorliege, wenn die Gefahr durch einen Begehungstäter verantwortet wird.[779] Er gibt aber zu bedenken, dass „bei Begehungsdelikten der Gehilfe im Regelfall auf die Aktivität des Täters angewiesen ist, also ohne ihn nichts bewirken kann, während die Unterlassung einer Erfolgsabwendung

[773] Anders *Sering*, Beihilfe, S. 36 f., der ähnlich der subjektiven Ansätze Abgrenzungsschwierigkeiten vermutet.

[774] *Puppe*, AT, § 32 Rn. 21.

[775] Vgl. *Gallas*, JZ 1960, 686, Fn. 56.

[776] *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 151. Dem nicht zuzuordnen ist der Einwand von *Sowada*, JURA 1986, 399, 405, dass eine fahrlässige Nichthinderung zu einer fahrlässigen Unterlassungstäterschaft führe, während das (unrechtsschwerere) vorsätzliche Geschehenlassen nur eine Beihilfe durch Unterlassen begründen würde. Darin liegt aber kein besonderes Problem des Unterlassens, sondern allein die Folge des Einheitstäterbegriffs der Fahrlässigkeit. Zudem ist der deutlich mildere Strafrahmen der Fahrlässigkeitsdelikte zu beachten, sodass sich keine Wertungswidersprüche erkennen lassen (vgl. auch *Schwab*, Täterschaft, S. 151).

[777] *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 152; *Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, S. 269, 302; *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik, S. 145; *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 198.

[778] *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 152.

[779] *Sowada*, JURA 1986, 399, 403; *Arzt*, JA 1980, 553, 559; *Schwab*, Täterschaft, S. 145.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mit oder ohne Begehungstäter gleichermaßen möglich ist."[780] Doch geht es nicht um die Frage, ob eine Erfolgsabwendung mit oder ohne Begehungstäter möglich ist, sondern ob der nicht abgewendete Erfolg auch dem Garanten vollständig oder primär einem Begehungstäter zuzurechnen ist.

Zweitens lasse sich anhand des Kriteriums der Tatherrschaft nicht erklären, warum der Garant beim Fehlen eines Begehungstäters ein Unterlassungstäter sein soll; weshalb auf die Pflichtdeliktslehre zurückzukommen sei.[781] Die Erklärung liegt aber gerade darin, dass die potenzielle Tatherrschaft eben doch auf der Erfolgsabwendbarkeit basiert. Hierin ist das negative Vorgehen der Tatherrschaftswechsellehre zu sehen. Tritt ein Begehungstäter hinzu, so ergibt sich erst die Notwendigkeit, das Unrecht nicht nur über das Verhältnis vom Garanten zum Opfer zu bestimmen, sondern es mit der Tatherrschaft des Begehungstäters zu relationieren.

Drittens sei es nicht zutreffend, wenn davon gesprochen wird, dass dem Garanten der Zugang zum Erfolg „verstellt"[782] werde. Der Begehungstäter könne ja die Erfolgsabwendung gerade nicht verhindern.[783] Dieses sprachliche Monitum ist völlig berechtigt. Gleichwohl dürfte sich inhaltlich an Gallas' Lehre nichts ändern, wenn er geschrieben hätte, dass die Handlungsherrschaft des Begehungstäters einer täterschaftsbegründenden potenziellen Tatherrschaft des Garanten den Weg „verstellt".

Inhaltlicher Art ist dann aber wieder der *vierte* Einwand, dass die Annahme, es sei „im Allgemeinen" schwieriger einen Begehungstäter als einen Naturkausalverlauf von der Erfolgsherbeiführung abzuhalten, fehlgehe.[784] Tatsächlich sind der Gallasschen Begründung seiner Lehre vom Tatherrschaftswechsel phänomenologische Erwägungen nicht fremd.[785] Die ihnen zugrundeliegende Annahme ist, wie schon Kaufmann aufzeigt, unzutreffend[786] und kann die Lehre vom Tatherrschaftswechsel nicht stützen. An der Möglichkeit einer normativen Relationierung der Herrschaftspositionen mehrerer Beteiligter ändert diese Kritik jedoch nichts.

Fünftens seien die durch den Tatherrschaftswechsel bedingten Zufallsergebnisse zu kritisieren. Hindere der Garant einen Schuss auf das Opfer nicht, sei er Gehilfe, wenn das Opfer sofort tot ist. Er sei aber Unterlassungstäter, wenn er das Opfer durch

---

[780] *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 152.

[781] *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 153.

[782] So *Gallas*, JZ 1960, 686, 687.

[783] *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 154; vgl. auch *Roxin*, TuT, S. 904.

[784] *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 155; ebenso *Schwab*, Täterschaft, S. 150; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 236; *Sowada*, JURA 1986, 399, 403; vgl. schon *Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, S. 269 f.

[785] *Gallas*, JZ 1960, 686, 687: „Hierin und in dem Umstand, daß der unmittelbar rettende Zugriff, jedenfalls im allgemeinen, geringere Anforderungen an den Garanten stellt als die Überwindung eines entgegenstehenden verbrecherischen Handlungswillens, liegt zugleich die Rechtfertigung für die mit der Annahme von Täterschaft in diesen Fällen verbundene schwerere Bestrafung."

[786] *Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, S. 296 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einen Transport ins Krankenhaus (in Abwesenheit des Haupttäters) noch hätte retten können.[787] Warum diese Differenzierung nach Kriterien, auf die der Garant keinen Einfluss hat, aber unerträglich sein soll, bleibt fraglich. Dass im zweiten Falle von einer Unterlassungstäterschaft auszugehen ist, ist Ausdruck eines erhöhten Unrechts bei der Nichtwahrnehmung der Verantwortung durch den Garanten. Die Verantwortung für die Gefahrenabwendung liegt, wie Gallas schon deutlich macht[788], ab dem Moment des Tatherrschaftswechsels im Verhältnis zum Begehungstäter im höheren Maße beim Garanten.[789]

Wertungswidersprüche seien *sechstens* in Versuchskonstellationen auf die Spitze getrieben[790]: Nimmt der Garant irrig an, das Opfer erliege so langsam den Folgen einer eigenverantwortlich begangenen Tat Dritter, bleibe er wegen versuchter Beihilfe straflos, während er wegen versuchter Unterlassungstäterschaft zu bestrafen sei, wenn er das Opfer irrig für verunglückt hält.[791] Es scheint sich in dieser Konstellation aber allein das in den vorherigen Einwänden Kritisierte zu spiegeln.

Es zeigt sich, dass ein Großteil der Einwände Roxins letztlich auf die Prämisse zurückzuführen sind, dass das Unterlassen ein Pflichtdelikt sei und daher das Verhältnis zu anderen Beteiligten ohne Relevanz bleiben müsse.[792] Über welches Verhältnis (direkt zum Opfer oder über den Umweg des Begehungstäters) nun die Beteiligungsfrage zu bestimmen ist, ist letztlich eine „strafrechtliche Grundentscheidung“[793], die sich nicht mit Sicherheit aus dem Gesetz[794] klären lässt. Es bleibt mit Sowada die Suche nach dem „kleinsten Übel“[795], das hier aufgrund ihres Dif-

[787] *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 156; *Roxin*, TuT, S. 555 f.; *Schwab*, Täterschaft, S. 149; *Feng*, Beteiligung, S. 414.

[788] *Gallas*, JZ 1960, 686, 687; so auch *Puppe*, AT, § 32 Rn. 22.

[789] Warum *Schwab*, Täterschaft, S. 149 in der zweiten Konstellation bei Vorliegen zunächst einer Beihilfe durch Unterlassen und nach Tatherrschaftswechsel einer Unterlassungstäterschaft auf Konkurrenzebene die Unterlassungstäterschaft zurücktreten lassen möchte, bleibt unklar. Richtig dürfte es sein, andersherum die Beihilfe durch Unterlassen zurücktreten zu lassen.

[790] Dazu auch schon *Grünwald*, GA 1959, 110, 116 ff.; *Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, S. 293 f.

[791] *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 157.

[792] Vgl. auch *Schwab*, Täterschaft, S. 148.

[793] *Sowada*, JURA 1986, 399, 403.

[794] Jedenfalls der § 13 Abs. 1 StGB nimmt einen Ausschluss der Einheitslösungen nicht vorweg, hat sich der Gesetzgeber doch dagegen entschieden, den Wortlaut um die Formulierung „Täter oder Teilnehmer“ zu ergänzen, „um nicht in den dogmatischen Streit um die Frage einzugreifen, ob bei den Unterlassungsdelikten überhaupt eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme möglich ist“ (dazu *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 236; anders wohl *Bachmann*, ZIS 2010, 349, 350, der die Grundfrage durch § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB entschieden sieht).

[795] *Sowada*, JURA 1986, 399, 410.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ferenzierungspotenzials und der Nähe zu allgemeinen Abgrenzungskriterien in der Lehre vom Tatherrschaftswechsel gesehen wird.[796]

(2) Tatherrschaftswechsel im Digitalen und die Figur der Tatherrschaftswandlung

Wie lässt sich diese Lehre nun auf die Begehung von Inhaltsverbreitungsdelikten innerhalb der Angebote übertragen?[797] Auffällig ist zunächst einmal, dass aufgrund der digital vermittelten Distanz kein Rückzug aus dem Geschehen im klassischen Sinne stattfindet. Die aktive Handlung des Content-Providers ist mit dem Eingabebefehl abgeschlossen. Die an den Verlust der Handlungsherrschaft[798] anknüpfende Grundform der Lehre vom Tatherrschaftswechsel müsste ein diesem Zeitpunkt nachgelagertes Unterlassen der Täterschaft zuordnen.[799] So liegt es in den Fällen der ‚digitalen Altlast' regelmäßig. Ab diesem Zeitpunkt trifft den Content-Provider die identische potenzielle Tatherrschaft wie den Anbieter. Beide sind dem fortwirkenden Tatgeschehen in gleichem Maße ‚nah'. Es befremdet daher, auch hier von einem Tatherrschafts*wechsel* zu sprechen, zumindest dann, wenn man sich dem Verhältnis der Beteiligten zuwendet und nicht allein die aktuell ausgeübte Handlungsherrschaft des Content-Providers in den Blick nimmt. Es könnte auch in dieser Konstellation die Rede davon sein, dass sich die Tatherrschaft des Content-Providers in die gleiche Herrschaft – in Form der Abwendungsmacht – wie die des Anbieters wandelt. Ein solcher Tatherrschafts*wandel* ließe sich auch außerhalb des Digitalen mit einer Variante des Einsperrungs-Falls[800] konstruieren: Schließt A das Opfer in einem Zimmer einer mit B bewohnten WG ein und bleibt mit B, der dieses Vorgehen weder befürwortet noch sonst aktiv fördert, nach Verriegeln der Tür wortlos vor der Tür stehen, so trifft B eine identische Möglichkeit, die Tür zu öffnen wie A. Bs Handlungsherrschaft wandelt sich nach dem Abschließen in eine potenzielle Tatherrschaft.[801]

---

[796] Beachtenswert ist zuletzt die These von *Puppe*, AT, § 32 Rn. 23, dass die generelle Unbeliebtheit der Lehre vom Tatherrschaftswechsel das Verschulden der Wittig-Rechtsprechung (BGH NJW 1984, 2639, 2640 f.) ist. Dort knüpft sich an den Tatherrschaftswechsel die Strafbarkeit desjenigen, der Beihilfe zum Suizid leistet im Moment des Bewusstseinsverlusts durch den Suizidenten. Dieses absurde Ergebnis kann, wie der BGH NJW 2019, 3089, 3089 ff. klargestellt hat, aber über die „Garantenschiene" vermieden werden, ohne dem Tatherrschaftswechsel in diesem Zusammenhang oder gar generell eine Absage zu erteilen.

[797] *Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte, S. 248 geht i. E. mit Upload von einem Tatherrschaftswechsel auf den Anbieter aus.

[798] *Gallas*, JZ 1952, 371, 372 spricht von „faktischer Tatherrschaft".

[799] *A. Weber*, Plattformbetreiber, S. 260 geht davon aus, dass die Lehre vom Tatherrschaftswechsel in der Regel nicht, sondern nur unter (ungenannten) Ausnahmen, den Garanten zum Täter aufsteigen lassen würde.

[800] Zum Fall oben Kap. 6 C. II. 1. b) cc) (1).

[801] Nicht völlig klar ist die Behandlung dieses Falls unter den oben dargestellten modifizierten, an Zumutbarkeitsaspekten orientierten Tatherrschaftslösungen (vgl. dazu Kap. 6 D. I. 2. e) aa)). Zwar kann B „an A vorbei" seine Rettungshandlung vornehmen. Gleichwohl erfordert diese Beseitigungshandlung mehr als beim Verlassen des Ortes durch A, falls mit

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der Zwischenschritt über die identische potenzielle Handlungsherrschaft der beiden nunmehr Unterlassenden bereitet den Weg für eine weitere normative Relationierung[802] dieser beiden Herrschaftssphären.[803] Warum also sollten – wie die Lehre vom Tatherrschaftswechsel nahelegen könnte – nach der Einstellung des Inhalts im Angebot nicht Content-Provider und Anbieter Unterlassungsnebentäter sein? Zur Diskussion sei folgende Antwort gestellt: Ein Tatherrschafts*wechsel* braucht einen Kipppunkt, einen Moment, in dem die potenzielle Tatherrschaft des zuvor handelnden gegenüber dem des nur Unterlassenden abfällt; ansonsten verstellt die gewandelte Herrschaft des Content-Providers weiterhin den Weg zur Täterschaft. Denn wenn mit Gallas' Worten „[d]ie Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges durch den Handelnden […] die bloße Nichtverhinderung dieses Erfolges in eine dienende Rolle [drängt]", dann braucht es einen gegenüber dem Content-Provider stärkeren ‚Herrschaftsimpuls', um den Anbieter aus der dienenden Rolle zu entlassen. Es existiert andernfalls kein Zeitpunkt, in dem, wieder mit Gallas, „die Verantwortung für das Schicksal des Opfers allein in seine [gemeint ist der (Nur-) Unterlassende] Hände gelegt [wird]."[804] Diese Relationierung hat nichts mit einem Vergleich der Pflichten und damit einem Rekurs auf die Pflichteninhaltslehren zu tun, auch wenn es naheliegen mag, den Content-Provider normativ als vorrangig verpflichtet anzusehen, weil ihn nicht nur eine Garantenpflicht aus Herrschaft über die Gefahrenquelle, sondern darüber hinaus aus gefahrschaffendem pflichtwidrigen Vorverhalten trifft. Die hier vorgeschlagene Antwort leitet sich vielmehr normativ aus dem Verantwortungsprinzip[805] ab und nimmt den Ursprung einer potenziellen Tatherrschaft in den Blick. Die These lautet kurz: Die Tatherrschafts*wandlung* auf Seiten des Content-Providers steht einem Tatherrschaftswechsel entgegen.

Dieser Ansatz, der eine dogmatische Absicherung der von der überwiegenden Auffassung vertretenen Gehilfenstellung der Anbieter im Unterlassen[806] bieten könnte, fördert dabei in unseren Konstellationen einige – auch merkwürdig anmu-

einer Absicherung der von ihm geschaffenen Situation durch A zu rechnen ist. Würde dieser zweite Gedanke betont werden, so ergäbe sich, dass diese modifizierte Tatherrschaftslösung sogar enger ist als die Lehre vom Tatherrschaftswechsel.

[802] Eine ähnliche nimmt auch *Yamanaka*, in: FS-Schünemann, S. 561, 572 vor: „Weil er den Erfolg ohne die Begehung des aktiven Täters nicht verursachen kann, ist seine Erfolgsverursachungskraft im Vergleich mit der des Begehungstäters relativ schwach."

[803] Die Beteiligung an einem Unterlassen durch Unterlassen wird soweit ersichtlich nur von *Satzger*, JURA 2015, 1055, 1063 f. besprochen. In dem von ihm skizzierten Beispielsfall jedoch trifft beide Unterlassenden die identische Garantenpflicht (der Eltern gegenüber ihrem Kleinkind), was dazu führt, dass beiden eine identische potenzielle Tatherrschaft zukommt. In diesem Falle seien beide Unterlassenden entweder Mittäter oder Nebentäter. Bei sonstigen Konstellationen sei im Einzelfalle zu prüfen, ob dem Unterlassenden hypothetisch die Tatherrschaft zugekommen wäre, wenn er die gebotene Handlung vorgenommen hätte.

[804] *Gallas*, JZ 1960, 686, 687.

[805] Zur Beachtung des Verantwortungsprinzips in den sog. Gehilfentheorien vgl. auch *Feng*, Beteiligung, S. 397 f. Es deutet sich hier eine Nähe zu den Zurechnungslösungen von *Renzikowski*, in: Maurach/Gössel/Zipf, AT 2, § 47 Rn. 152 f. an.

[806] Vgl. Nachweise bei Kap. 6 B. II. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tende – Differenzierungen: Unterliegt die Veröffentlichung innerhalb eines Angebots einem Freigabevorbehalt durch den Anbieter, so findet nach der gefundenen Herleitung ein Tatherrschaftswechsel auf den Anbieter statt, weil sich die Handlungsherrschaft des Content-Providers nicht in eine potenzielle Tatherrschaft wandelt.[807, 808] Ein Tatherrschaftswechsel würde auch dann vorliegen, wenn der Content-Provider zwischenzeitlich, etwa aufgrund einer Account-Sperrung, die Möglichkeit verliert, seinen eigenen Beitrag zu löschen.

Nichtsdestotrotz könnte unter dem Aspekt der Tatherrschaftswandlung eine normative Relationierung i. S. d. Lehre vom Tatherrschaftswechsel weiterentwickelt werden.

f) Wertungswidersprüche der Konkurrenzlösung und ihre Korrektur

Das Verhältnis der Beteiligungsform von aktivem Tun und Unterlassen hat uns schon im Rahmen der Beteiligungsformfrage im 5. Kapitel beschäftigt. Dort ging es weniger um die Vermeidung von Wertungswidersprüchen als um die Strahlkraft einer pflichtenorientierten Antwort auf die Beteiligungsformfrage in das aktive Tun.[809] Eine solche „Aufrollung der Teilnahmelehre vom Unterlassen her", wie es Grünwald formuliert[810], wurde dort mit dem Argument abgelehnt, dass sie keine Begründung finden würde, wenn man sich, wie hier, nicht der Lehre vom unechten Unterlassen als Pflichtdelikt anschließen möchte und den Garanten mit anderen Beteiligten im Gesamtgeschehen zu relationieren versucht.[811] Auf Wertungswidersprüche aus dem Tun und Unterlassen ist an dieser Stelle aber zurückzukommen, weil sie potenziell immer Entstehen, wenn aktive Beihilfe und Unterlassungstäterschaft konkurrieren[812] oder hypothetisch verglichen werden.

aa) Zwei Varianten des behaupteten Widerspruchs

Der behauptete Wertungswiderspruch wird in zwei Varianten exemplifiziert:[813] Die erste betrifft das Konkurrenzverhältnis von Ingerenz begründender Beihilfe und anschließendem Unterlassen. Würde dem Unterlassen durch die Tätertheorien oder

[807] Praktisch relevant könnte diese Konstellation nur werden, wenn die Freigabe nach Zeitablauf von alleine stattfindet. Ansonsten würde dem Anbieter schon eine Tatherrschaft im Rahmen der aktiven Begehung zukommen. Dazu oben Kap. 4 B. III. 2. c).

[808] Etwas anderes könnte dort erwogen werden, wo der Nutzer die Möglichkeit hat, den Beitrag auch während der Überprüfungsphase zu löschen.

[809] Vgl. dazu oben Kap. 5 B. III. 1. a) bb) (2) (b) (bb).

[810] *Grünwald*, GA 1959, 110, 114.

[811] Kap. 5 B. III. 1. a) bb) (2) (b) (bb).

[812] Zur Konkurrenzlösung bei der Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen vgl. oben Kap. 4 B. II. 1.

[813] Beide Varianten finden sich letztlich auch bei *Roxin*, TuT, S. 557 sowie bei *Schwab*, Täterschaft, S. 145.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

durch die vorgestellten differenzierenden Tatherrschaftslösungen täterschaftliches Gewicht zugesprochen, so würde die Unterlassungstäterschaft nach allgemeinen Konkurrenzregeln die aktive Beihilfe und damit die obligatorische Strafrahmenverschiebung verdrängen.[814] Zum Teil wird zwar angenommen, dass in solchen Fällen, um die Wirkung differenzierender Beihilfevorschriften im ingerierenden Tun nicht zu unterminieren, dem nachfolgenden Unterlassen lediglich eine Beihilfequalität zukommen soll;[815] ein Wertungswiderspruch in dieser ersten Variante wäre dann vermieden. Jedoch verlangt die Begründung dieses Ergebnisses mehr als den Vermeidungswunsch.[816]

Die zweite Variante sieht einen Wertungswiderspruch, wenn (nur hypothetisch) eine aktive Beihilfe geleistet werden würde.[817] Es ist dieses von Handel als „unbillig" empfundene Ergebnis, dass ihn hinsichtlich der Beteiligungsfrage bei Anbietern weg von den Tatherrschaftslösungen und hin zu den subjektiven Ansätzen der Rechtsprechung führt.[818] Es könne nicht überzeugen, Diensteanbieter als Unterlassungstäter zu behandeln, während eine Bereitstellung des Angebots mit Vorsatz hinsichtlich der beabsichtigten Begehung eines Kommunikationsdelikts als Beihilfe zu bewerten sei.[819]

bb) Adressaten des behaupteten Widerspruchs

Der hier vorgenommene Versuch eines normativen Ausbaus der Lehre vom Tatherrschaftswechsel, der eine Betonung der Tatherrschaftswandlung beim Begehungstäters vorschlägt, produziert nun solche ‚Unbilligkeiten' im Regelfall nicht mehr. An seinem Ende steht nämlich grundsätzlich die Gehilfenstellung des Anbieters. Will man die Fortentwicklung für den Sonderfall der Tatherrschaftswandlung nicht mitgehen, aber dennoch die Lehre vom Tatherrschaftswechsel verfolgen oder irgendeine andere Tatherrschaftslösung vertreten, die zu einer Unterlassungstäterschaft bei negativer Moderationsentscheidung führt, so dürfte der behauptete Wertungswiderspruch wieder pressieren.[820] Es verwundert daher (auf den ersten

[814] *Sering*, Beihilfe, S. 85 f.; *Feng*, Beteiligung, S. 47; *Rengier*, JuS 2010, 281, 284; vgl. auch *Walter*, ZStW 2004, 555, 566 f.

[815] So *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik, S. 146; *Grünwald*, GA 1959, 110, 113; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 38; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vor §§ 25 ff., Rn. 101.

[816] So weist *Gallas*, JZ 1960, 686, Fn. 56 auf die Zweifelhaftigkeit der Herleitung *Grünwalds*, GA 1959, 110, 113 hin und bemüht sich sodann um eine Auflösung des Widerspruchs durch seine Lehre vom Tatherrschaftswechsel, die den behaupteten Widerspruch aber eben nur bis zum Tatherrschaftswechsel, also so lange aufzulösen vermag, bis der Garant ggf. in eine täterschaftliche Position ‚gelassen' wird.

[817] *Jakobs*, AT, 29/101; so auch *Schwab*, Täterschaft, S. 171 f.

[818] *Handel*, Diensteanbieter, S. 201 f.

[819] *Handel*, Diensteanbieter, S. 201.

[820] Das scheint *Gallas*, JZ 1960, 686, Fn. 56 aber gerade anders zu sehen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Blick), dass er regelmäßig als Kritik an den Tätertheorien und nicht als wichtiges Element für die (echte) Einheitsbeihilfe angeführt wird. Das gilt umso mehr, als Roxin sich, wie oben gesehen, der Auffassung angeschlossen hat, die aufgrund der Pflichtenbezogenheit der Unterlassungstäterschaft auch eine Begehungstäterschaft hinsichtlich des vorausgehenden Verhaltens annehmen will.[821] Hält man diesen Transfer vom Unterlassen zum aktiven Tun für konsequent, so ließe sich sogar behaupten, dass sich die pflichtenorientierten Antworten auf die Beteiligungsformfrage im Unterlassen dem behaupteten Wertungswiderspruch nicht mehr ausgesetzt sehen, sondern vor allem die tatherrschaftsorientierten Lösungen betroffen sind.

cc) Entzauberung des Widerspruchs mittels § 13 Abs. 2 StGB

Für eine Antwort auf den Einwand des Wertungswiderspruchs lohnt es sich dennoch, einen Blick auf die Entgegnung von Roxin zu werfen: *Erstens* stelle ein Unterlassen nicht stets geringeres Unrecht als die aktive Beihilfe dar.[822] Der Vergleich von der Mutter, die ihr Kind absichtlich nicht vor einer Tötung bewahrt und demjenigen, der dem Täter einen Revolver in die Hand gibt, exemplifiziert das eindrucksvoll[823] und lässt sich auf die zweite Variante des Wertungswiderspruchs übertragen: Warum sollte die unterlassene (mit minimalem Einsatz mögliche[824]) Löschung eines konkretisierten strafrechtswidrigen Beitrages weniger schwer wiegen als die Bereitstellung der kriminellen Infrastruktur? Dass in der ersten Widerspruchsvariante eine vorangegangene kriminelle Ausrichtung verdrängt wird, ist – wie diejenigen zutreffend feststellen, die den Wertungswiderspruch anführen, – schlicht Folge der materiellen Subsidiarität und kann für sich genommen keinen Wertungswiderspruch begründen. Ebenso wenig würde behauptet werden, es sei ein Wertungswiderspruch, den § 26 StGB bei demjenigen nicht im Schuldspruch auftauchen zu lassen, der seinen Mittäter zuvor zur gemeinschaftlichen Begehung angestiftet hat.[825]

Doch machen wir es uns an dieser Stelle zu leicht? Unsere rhetorische Frage lautete, angelehnt an Roxin, ob das Unterlassen tatsächlich *weniger schwer* wiegt als die aktive Beihilfe im hypothetischen Vergleich.[826] Doch warum müsste die Frage in

[821] Vgl. dazu oben Kap. 5 B. III. 1. a) bb) (2) (b) (bb).

[822] *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 145.

[823] Ebenda.

[824] Daher würde die an der Abwendungsschwierigkeit orientierte Tatherrschaftslösung hier eine Unterlassungstäterschaft annehmen und sich anders als die hier vorgeschlagene Lösung, ebenso wie die Tätertheorie *Roxin*s, in den (behaupteten) Widerspruch begeben.

[825] So auch *Bachmann*, ZIS 2010, 349, 350; *Bachmann/Eichinger*, JA 2011, 105, 108. Der Unterschied beider Konstellationen liegt aber darin, dass dem Anstifter (der anschließend Mittäter ist) anders als dem Gehilfen (der anschließend Unterlassungstäter ist) keine obligatorische Strafrahmenverschiebung verlustig geht.

[826] Vgl. auch schon *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik, S. 146, der die Strafwürdigkeit der Unterlassungstäterschaft mit der Begehungsbeihilfe gleichstellt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Anbetracht der Strafrahmenverschiebungen von §§ 13 Abs. 2, 27 Abs. 2 StGB nicht lauten: „Wieso wiegt die Unterlassung nicht sogar schwerer?“ Die Antwort müsste lauten: „Weil die Strafrahmenverschiebung des § 13 Abs. 2 StGB in gleichem Maße wie der § 27 Abs. 2 StGB das gegenüber der vorsätzlichen Begehungstäterschaft verringerte Unrecht wiederspiegelt.“ Das setzt Roxin voraus, worin er eine zweite Entkräftigung des behaupteten Wertungswiderspruchs sucht.[827] Mosenheuer jedoch, dessen ausgiebige Suche nach Begründungen einer Gehilfenstellung des Garanten durch diesen Widerspruch motiviert ist[828], hält den § 13 Abs. 2 StGB in diesen Situationen für nicht anwendbar.[829] Es handele sich gerade nicht um unterlassungsspezifische Aspekte, derer es bedarf, um von der fakultativen Strafmilderung Gebrauch zu machen.[830] Zwar deutet die Rechtsprechung eine Abwendung von der Unterlassungsspezifität der zu würdigenden Gesamtumstände, ähnlich zu den §§ 21, 23 Abs. 2 StGB an[831], darin aber ist eine unbegründete Besserstellung des Unterlassungstäters zu sehen, weil identische Umstände beim Begehungstäter sodann nicht mehr berücksichtigt werden könnten.[832]

Hier scheint der Kern des Problems vom Wertungswiderspruch erreicht zu sein: Will man dem § 13 Abs. 2 StGB, wie Mosenheuer, einen eher engen Anwendungsbereich für auffällige Ausnahmen eines besonders verminderten Unrechts- und Schuldgehalts zusprechen, so mag man noch immer einen Wertungswiderspruch in den Ergebnissen der Beteiligungsformlehre im Tun und Unterlassen entdecken.[833] Sieht man hingegen den § 13 Abs. 2 StGB in der Regel als einschlägig an und will Ausnahmen dort gelten lassen, wo es sich um ein für das Unterlassen relativ schwerwiegendes Unrecht handelt, mag einen der Unterschied zwischen der obligatorischen und der fakultativen Strafrahmenverschiebung kaum noch zu stören.[834] In diesem Fall dürfte sich letztlich die hier nicht mehr zu vertiefende Frage stellen, ob eine Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB aufgrund von unterlassungsspezifischen

[827] *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 145.

[828] *Mosenheuer*, Unterlassen, S. 190.

[829] *Mosenheuer*, Unterlassen, S. 173.

[830] *Mosenheuer*, Unterlassen, S. 173.

[831] BGH NJW 1998, 3068, 3069; NStZ 1999, 607; NStZ-RR 2011, 334; NStZ 2013, 340, 341; in dieser Richtung auch *Kudlich*, in: SSW-StGB, § 13 Rn. 57.

[832] *V. Haas*, in: Matt/Renzikowski, § 13 Rn. 140; ablehnend auch *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 99; *Stein*, in: SK-StGB, § 13 Rn. 90.

[833] *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Vor §§ 25 ff., Rn. 92 sprechen etwa von der Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB in Einzelfällen; so auch *Feng*, Beteiligung, S. 249 f. mit dem Hinweis, dass nur so eine Vereinbarkeit mit der Feststellung der Modalitätenäquivalenz (dazu oben Kap. 6 A. II.) zu erreichen ist.

[834] In diese Richtung deutet auch *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, § 25 Rn. 236; vgl. auch *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 100: „[…] oder ob der Unrechts- und Schuldgehalt seines Unterlassens *(ausnahmsweise)* [Hervorhebung durch M. N.] ebenso zu bewerten ist, wie wenn er aktiv gehandelt hätte.“

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gründen versagt werden könnte, wenn man berücksichtigt, dass eine Garantenstellung aus Ingerenz auf dem der Beihilfe zuzuordnenden Vorverhalten beruht.[835]

dd) Zwischenergebnis: Wertungswidersprüche der Konkurrenzlösung

Festzuhalten bleibt: Der behauptete Wertungswiderspruch, den die Konkurrenzlösung produziert und der bei einem hypothetischen Vergleich von aktiver Beihilfe und Unterlassungstäterschaft entsteht, betrifft die Adressaten der pflichtenorientierten Tätertheorien in der Regel nicht. Sehr wohl betroffen sind aber tatherrschaftsorientierte Ansätze und insbesondere die Lehre vom Tatherrschaftswechsel. Eine Ausnahme stellt der in unseren Konstellationen begründete Fall der Tatherrschaftswandlung dar, der den Garanten regelmäßig in der Gehilfenrolle belässt. Ob der Wertungswiderspruch tatsächlich besteht, dürfte letztlich von der Großzügigkeit abhängen, mit der man eine Strafrahmenverschiebung nach § 13 Abs. 2 StGB annehmen möchte. Möchte man eine fakultative Strafmilderung eher zum Regelfall erklären, so ergibt sich kaum Raum für einen behaupteten Wertungswiderspruch, weil die §§ 27 Abs. 2, 13 Abs. 2 StGB dann weitgehend parallel laufen.

II. Persönliche Äußerungsdelikte: Sich-Zueigenmachen durch Unterlassen?

Es wurde bereits gezeigt, dass die Beteiligungsfrage bei persönlichen Äußerungsdelikten nicht mit Hilfe des Tatherrschaftskriteriums beantwortet werden kann, sondern die Verbreitung (i. w. S.) originär fremder Inhalte erst bei Sich-Zueigenmachen zu einer Täterschaft führen kann.[836] Im Bereich der Unterlassensstrafbarkeit gilt für dieses Täterschaftskriterium nichts anderes.

Bereits im Kontext der Entsprechungsklausel wurde zudem der Verdacht geäußert, dass ein Sich-Zueigenmachen durch Unterlassen nicht möglich ist.[837] Während sich bei dem Betrieb strafrechtswidrig ausgerichteter Plattformen nämlich das Problem stellt, dass der einzelne Inhalt bei Vornahme der vorgeworfenen Handlung nicht bekannt ist[838], liegt die Schwierigkeit hier anders, bei der Frage, ob eine unterlassene Löschung eine hinreichende Identifikation mit dem Inhalt ausdrücken kann.[839] Das führt uns zu den bereits erläuterten Schwierigkeiten der subjektiven

[835] Vgl. *Roxin*, in: FS-Schünemann, S. 509, 525.

[836] Vgl. oben Kap. 5 B. III. 2.

[837] Vgl. oben Kap. 6 A. II.

[838] Kap. 5 B. III. 2. e) aa).

[839] Ein anderer Zugang zum Problem findet sich bei *Zieschang*, in: NK-Medienstrafrecht, §§ 25 – 27 Rn. 22, der darauf abstellt, dass „der Host-Provider, da es bei ihm per definitionem um fremde Inhalte geht, nicht Täter eines Beleidigungsdelikts, also eines Äußerungsdelikts"

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ansätze hinsichtlich der Beteiligungsfrage bei Inhaltsverbreitungsdelikten. Aus dem Unterlassen auf eine Identifikation mit dem Inhalt zu schließen, fällt in der Regel schwerer als bei einem aktiven Tun; das Unterlassen kann als eben noch mehrdeutiger als das aktive Tun gelten.[840] Das liegt im Falle der Anbieter insbesondere daran, dass es an einer besonderen Begründung der negativen Moderationsentscheidung regelmäßig fehlen dürfte. Eine Identifikation insbesondere bei den Moderatoren der Anbieter erster Ordnung ist regelmäßig zu verneinen.[841] Ein anderes nimmt Piazena an und hält ein Sich-Zueigenmachen für möglich, wenn der Betreiber einer Website, trotz der Aufforderung eines Nutzers, einen ihn betreffenden beleidigenden Inhalt nicht löscht und sich nicht aktiv von diesem Inhalt distanziert.[842] Übertragen auf Anbieter sozialer Netzwerke bzw. auf ihre Moderatoren hieße dies, die Vermutungswirkung umzudrehen und eine explizite Distanzierung vom Inhalt bei Kenntnis zu fordern. Es scheint aus der Perspektive eines objektiven Empfängers in der Entscheidung gegen eine Löschung des rechtswidrigen Inhalts oder gegen die Sperrung des Nutzers indessen grundsätzlich kein Akt der Affirmation, sondern vielmehr die Auffassung, der Inhalt sei nicht rechtswidrig oder verstoße gegen die privaten Standards der Plattform, zum Ausdruck zu kommen.

III. Zwischenfazit: Beteiligungsform des Unterlassens

Hinsichtlich der Beteiligungsformfrage beim Unterlassen ist ebenso wie im aktiven Tun zwischen Inhaltsverbreitungs- und persönlichen Äußerungsdelikten zu unterscheiden. Da Inhaltsverbreitungsdelikte nicht als (hybride) Pflichtdelikte einzuordnen sind, ist auf die allgemeinen Ansätze zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei der Unterlassung neben einem Begehungs- (später: Unterlassungs-) täter zurückzugreifen. Dabei verdient die Lehre vom Tatherrschaftswechsel grundsätzlich gegenüber pflichtenorientierten Ansätzen und sonstigen (modifizierten) Tatherrschaftslösungen den Vorzug. Das quasi negative Vorgehen der Tatherrschaftswechsellehre macht die Bedeutung der potenziellen Tatherrschaft des Garanten von der Handlungsherrschaft anderer Beteiligten abhängig und stellt daher eine normative Relationierung der Beteiligten im Geschehen an.

---

sein kann. Fraglich ist aber, ob dieser Zugang erstens die Arbeitsteilung zwischen Anbietern erster Ordnung und Moderatoren hinreichend berücksichtigen kann und ob zweitens überhaupt von der medienrechtlichen Eigenschaft als Host-Provider auf das äußerungsstrafrechtliche Täterkriterium geschlossen werden kann.

[840] Vgl. oben Kap. 6 D. I. 2. d) aa).

[841] So auch *Jimenez Bernales*, Service Provider, S. 108; ferner *Paul*, Verantwortlichkeit, S. 196; *Gäckle*, Freilaw 2016, 1, 10.

[842] *Piazena*, Verabreden, Auffordern und Anleiten, S. 105 f.; von einem Sich-Zueigenmachen scheint auch *U. Weber*, in: FS-Oehler, S. 83, 86 auszugehen, wenn er im Hausfassaden-Fall (dazu oben Kap. 6 C. II. 1. c) bb) (2)) eine Täterschaft des Hauseigentümers untersucht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Untersuchung legt jedoch die Besonderheit der Situation der Anbieter offen: Im Moment nach der Eingabe des strafrechtswidrigen Inhalts durch den Content-Provider verwandelt sich seine Handlungsherrschaft regelmäßig in die identische potenzielle Tatherrschaft, wie die der Anbieter. In einer solchen Situation, so die hier entwickelte These, fehlt es an einem Kipppunkt gegenüber der Tatherrschaft des Garanten, und das Verantwortungsprinzip macht es notwendig, die Geschichte der Tatherrschaft des Content-Providers zu berücksichtigen, die sich aus einer Handlungsherrschaft *gewandelt* hat. Folge ist, dass im Falle der sich gewandelten Tatherrschaft beim Content-Provider ein Tatherrschaftswechsel auf den Anbieter nicht stattfindet.

Der häufig – fälschlicherweise – der Tätertheorie von Roxin vorgeworfene Wertungswiderspruch beim Zusammentreffen oder hypothetischen Vergleich von aktiver Beihilfe und Unterlassungstäterschaft wird aufgrund der Figur von der Tatherrschaftswandlung kaum noch entstehen. Ob überhaupt ein Wertungswiderspruch auszumachen ist, hängt letztlich von der Großzügigkeit ab, mit der § 13 Abs. 2 StGB Anwendung findet und mit § 27 Abs. 2 StGB parallel geführt wird.

Hinsichtlich der persönlichen Äußerungsdelikte dürfte ein Sich-Zueigenmachen durch negative Moderationsentscheidung regelmäßig schließlich abzulehnen sein.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schluss

Geschlossen wird die Untersuchung mit den zusammenfassenden Thesen, deren Darstellung den Aufbau der Untersuchung abbildet (A.). Es folgt, ausgehend von den Befunden der Arbeit, ein Ausblick, der die beiden Blickrichtungen des Untersuchungstitels nachvollziehen und den dogmatischen Einzelanalysen übergeordnet Anlass zu einer Reflektion der strafrechtlichen Verantwortlichkeitsstrukturen in der digitalen Sphäre geben soll (B.).

A. Zusammenfassende Thesen

Kapitel 1: Begriff, Funktion und Ordnung sozialer Netzwerke

1. Soziale Netzwerke werden für die Zwecke dieser Untersuchung definiert als Internetplattformen, die Inhalte Dritter speichern und für Nutzer, entsprechend ihrer ‚verdateten' sozialen Beziehung, geordnet zugänglich machen. Der Begriff ist damit teilweise enger, teilweise weiter als der des § 1 Abs. 1 NetzDG.[1] Medienwissenschaftliche Definitionen, die häufig in Abgrenzung von anderen Gattungen sozialer Medien vorgenommen werden, werden zwar partiell in der Definition berücksichtigt, gleichwohl wird zugunsten einer Inklusivität des Begriffs auf die Fixierung auf das Identitäts- und Beziehungsmanagement verzichtet[2], sodass etwa auch das Netzwerk X (ehem. Twitter) ebenso wie Facebook prototypisch erfasst werden.

2. Wendet man sich von übergeordneten Zwecksetzungen ab und den einzelnen charakteristischen Nutzungsfunktionen zu, lassen sich die Profilerstellung, das Vernetzen, das Erstellen und Veröffentlichen eigener Inhalte, das Annotieren (bspw. „Liken", „Teilen", Kommentieren) fremder Inhalte und das Organisieren (bspw. Veranstaltungsseiten, Gruppen) aufzählen. Für sie scheint der Begriff der Affordanzen passend, der zeigt, dass es sich nicht um neutrale Nutzungsoptionen handelt, sondern um Verhaltenssteuerungen mit aufforderndem Charakter.[3]

3. Der Untersuchung liegt die Vorstellung zugrunde, dass nicht nur die Anbieter sozialer Netzwerke (Anbieter erster Ordnung) einen Kommunikationsraum für

[1] Kap. 1 A.I.
[2] Kap. 1 A.II.
[3] Kap. 1 B.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Drittinhalte eröffnen, sondern sich Anbieter nachgelagerter Ordnung identifizieren lassen, die innerhalb der Architektur des sozialen Netzwerks eigene Kommunikationsräume für Drittinhalte eröffnen. Diese Unter-Räume sind dann für eine nach Verantwortung suchende Arbeit relevant, wenn sie ein eigenes inhaltliches Gepräge tragen können, eine besondere Reichweite innerhalb des Kommunikationsraums sozialer Netzwerke vermitteln und ein Herrschaftsverhältnis in Form einer Löschbefugnis hinsichtlich der Drittinhalte befördern.[4]

4. In diesem Sinne lässt sich zwischen Anbietern zweiter und dritter Ordnung differenzieren. Angebote zweiter Ordnung sind danach typischerweise Gruppen, Veranstaltungs- und Profilseitenseiten innerhalb sozialer Netzwerke. Anbieter dritter Ordnung werden hier als die Nutzer verstanden, die mit ihrer Ausgangskommunikation einen Raum für Anschlusskommunikation (Kommentare) schaffen. Ein solches Ordnungsmodell bringt zum Ausdruck, dass Konstellationen denkbar sind, in denen gleich drei Anbieter ineinander verschachtelte Kommunikationsräume schaffen.[5] Außerdem zwingt es zu einer dogmatischen Untersuchung der Mehrrangigkeit der Anbieter unter Zurechnungsgesichtspunkten.

5. Soziale Netzwerke sind als Raum der Speicherung und Veröffentlichung von Inhalten phänomenologisch nicht hinreichend erfasst. Sie nehmen soziallenkende und -konstruierende Funktionen ein und entfalten, ausgehend von ihrem daten- und verhaltensökonomischen Geschäftsmodell[6], mitunter normative Wirkung.
   a) Das drückt sich zum einen ausdrücklich in ihren netzwerkinternen Kommunikationsrichtlinien und der Moderationspraxis aus, die Verhaltenserwartungen an die Nutzer der Netzwerke formulieren.[7]
   b) Zum anderen ist die Normativität buchstäblich in den Code der Kommunikationsräume eingeschrieben, was sich sichtbar in den Affordanzen der Netzwerke und weitgehendst opak über die kuratierenden Algorithmen und Filterinstrumente der Netzwerke konstruiert.[8]
   c) Ist eine normative Ordnung des Kommunikationsraums offengelegt, so ergeben sich in dogmatischer Hinsicht daraus herausfordernde Fragen für medienrechtliche[9] und allgemein strafrechtliche[10] Verantwortungszuschreibungen.

[4] Kap. 1 A. III. 1.
[5] Kap. 1 A. III. 2.
[6] Kap. 1 C. I.
[7] Kap. 1 C. II.
[8] Kap. 1 C. III.
[9] Kap. 3.
[10] Kap. 4 – 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kapitel 2: Soziale Netzwerke als Ort und kriminogener Faktor aggressiver Kommunikation

6. Beschreibt man die Kommunikation innerhalb sozialer Netzwerke zum einen als besonders schützenswert und zum anderen als besonders aggressiv und anfällig, so sind Ansatzpunkte nicht nur für eine stärkere strafrechtliche Nutzerregulierung, sondern damit zumindest indirekt für eine Stärkung der (akzessorischen) Anbieterverantwortlichkeit gefunden. Befunde über Besonderheiten des Kommunikationsverhaltens sind aber nicht nur für (straf-)rechtspolitische Betrachtungen relevant, sondern können auch in den Zurechnungsfragen de lege lata entscheidend zu berücksichtigen sein.

7. Den besonderen Charakteristika der Kommunikation innerhalb sozialer Netzwerke lässt sich grundlegend mit der Beschreibung als mediatisierte Quasi-Interaktion (bzw. Online-Interaktion) näherkommen. Anders als in der Face-to-Face-Kommunikation sorgt die Mediatisierung für eine Reduktion symbolischer Kanäle. Außerdem sorgt das unbestimmte, häufig von den kuratierenden Algorithmen abhängige Adressatenpotenzial für eine schwache Dialogförmigkeit der Kommunikation. Die Architektur des Kommunikationsraums formt vielmehr eine lose Vernetzung von Monologen.[11]

8. Die Eröffnung zuvor ungekannter Partizipationsmöglichkeiten und die tatsächliche Nutzung sozialer Netzwerke zu Zwecken der politischen Meinungsbildung macht eine legale Nutzung des Kommunikationsraums besonders schutzwürdig.[12]

9. Zieht man für strafrechtspolitische Überlegungen die These einer ‚verrohten' Kommunikationskultur und einer (im Vergleich zum Analogen) aggressiveren Sprache heran, so ist zwischen Ursachen und Wirkungen analytisch zu unterscheiden:

   a) Ursachen einer Enthemmung und Motivation bezüglich aggressiver Kommunikation können distanzbedingt (Wegfall der symbolischen Kanäle, keine Befürchtung einer Antwort, Anonymität) entstehen. Es lassen sich zudem für soziale Netzwerke spezifische soziotechnische Faktoren erwägen (Broken-Web-Ansatz, textuelle Mimikry und algorithmisch verstärke Gruppenpolarisierung).[13]

   b) Besonders starke Wirkungen für Betroffene werden der Breitenwirkung der Inhalte und der Distanz zum Täter in Form von Ohnmachtsempfindungen zugeschrieben. Verstärkungen lassen sich im Hinblick auf schwarmförmiges Kommunikationsverhalten (Cybermobbing und sog. Shit-Storms) beobach-

[11] Kap. 2 A.
[12] Kap. 2 B.
[13] Kap. 2 C. I.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ten. Als Folge werden nicht nur stärkere psychische und mitunter physische Belastungen der Betroffenen, sondern auch die Selbstzensur durch Nutzer (auch solcher, die nicht direkt betroffen sind) ausgemacht, die gegen sie gerichtete Aggressionen befürchten (sog. Silencing-Effekt).[14]

10. Um eine dogmatische Untersuchung zu ermöglichen, ist der Begriff ‚aggressive Kommunikation' und ‚Hassrede' zu vermeiden. Stattdessen bietet sich der (Ober-)Begriff ‚Kommunikationsdelikte' an, der sich in Inhaltsverbreitungsdelikte (i. w. S.) und persönliche Äußerungsdelikte untergliedern lässt.[15]

Kapitel 3: Telemedienrechtliche Grenzen einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit

11. Die auch für die strafrechtliche Verantwortlichkeit relevante Haftungsprivilegierung der Art. 4 ff. DSA wird ohne besondere wesentliche Änderungen aus den Art. 14 ff. ECRL übernommen. Beachtlich ist die Entscheidung des europäischen Gesetzgebers, die ansonsten im DSA statuierten Sorgfaltspflichten kaum mit der Haftungsprivilegierung zu verflechten.[16] Die Begründung für ein solches Nebeneinander von Haftungsprivilegierung und eigenständiger Sanktionierung von Verstößen durch die Mitgliedstaaten (§ 33 DDG) (mangelnde Incentivierung; Überforderung von Zivil- und Strafgerichten; Overblocking) ist dabei zweifelhaft.[17] Zentrale Frage für die dogmatische Untersuchung der telemedienrechtlichen Vorschriften ist es daher, inwiefern sich dennoch eine Abhängigkeit der Privilegierung von der Einhaltung von angebotsbezogenen Sorgfaltspflichten begründen lässt.

12. Vorzugswürdige Lösung, die Privilegierungsvorschriften in die strafrechtliche Systematik einzufügen, ist die Vorfilterlösung. Sie bringt prüfungsökonomische Vorzüge mit sich, vermag eine gegenüber dem Strafrecht eigenständige Filterwirkung aufzuweisen und vermeidet eine strafrechtsgeleitete Auslegung der Querschnittsregelungen der Art. 6 ff. DSA.[18]

13. Neue Antworten sind in Anbetracht der Regelung in Art. 6 DSA und der Betrachtung von Anbietern nachgelagerter Ordnung auf die Frage des persönlichen Anwendungsbereichs der Privilegierung zu finden. Zum einen werden die Anbieter nachgelagerter Ordnung kaum je das Entgeltlichkeitserfordernis des DSA erfüllen. Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers kurz vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens, eine Anwendung des Art. 6 DSA auch auf unentgeltliche Anbieter zu erstrecken, ist zu begrüßen.[19] Zum anderen stellt

[14] Kap. 2 C. II.
[15] Kap. 2 C. III.
[16] Kap. 3 A. I. 1.
[17] Kap. 3 A. I. 2.
[18] Kap. 3 II.
[19] Kap. 3 B. I.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sich die Frage, ob Anbieter nachgelagerter Ordnung ebenso wie die Anbieter erster Ordnung Inhalte für die Nutzer speichern. Eine Erstreckung der Privilegierung ist nämlich mit Blick auf ihr Telos zu befürworten. Es zeigt sich dabei aber das neuartige Problem, dass die Bestimmung der Host-Provider-Eigenschaft nicht länger nur für den Anwendungsbereich der Privilegierung, sondern auch auf den der neuen Sorgfaltspflichten Bedeutung erlangt. Bei extensiver Auslegung des Speicherbegriffs ist eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs der Art. 16 ff. DSA für die Anbieter nachgelagerter Ordnung zu erwägen.[20]

14. Zentral für eine Haftungsreaktivierung gem. Art. 6 Abs. 1 a) DSA ist – wie auch in der ECRL – die konkrete Kenntnis des rechtswidrigen Inhalts[21], wobei es vorzugswürdig ist, eine enge Auslegung zugrunde zu legen und auch die Kenntnis der Rechtswidrigkeit zu fordern[22]. Gegenüber der ECRL neu ist die Kenntnisnahmefiktion des Art. 16 Abs. 3 DSA bei formal nicht zu beanstandenden Meldungen. Sie bringt für den medienstrafrechtlichen Bereich jedoch kaum Relevanz mit sich.[23]

15. Um eine Haftungsreaktivierung trotz konkreter Kenntnis zu vermeiden, muss der Anbieter gem. Art. 6 Abs. 1 b) DSA zügig in Richtung einer Sperrung oder Entfernung tätig werden. Bei der Bewertung der Zügigkeit ist – anders als im Konzept des NetzDG a. F. vorgesehen – eine umfassende Berücksichtigung der Einzelfallumstände vorzunehmen.[24]

16. Dem im DSA neuen Guter-Samariter-Privileg (Art. 7 DSA) kommt für die Konturierung eines Privilegierungsausschlusses vor allem deklaratorische Funktion und indirekte Bedeutung zu.[25] Das Verbot allgemeiner Überwachungs- und Nachforschungspflichten gem. Art. 8 DSA spielt eine grundsätzlich die Privilegierungen flankierende, für das Strafrecht aber weitgehendst unbedeutende Rolle. Ihr Grundgedanke kann aber bei näherer Analyse der Konturierung der Privilegierung in Sonderkonstellationen dienen.[26]

17. Die in der nationalen Rechtsprechung entwickelte und im Schrifttum weitverbreitete Figur des Sich-Zueigenmachens originär fremder Inhalte ist nicht nur als unionsrechtswidrig einzuordnen, sondern stellt, schwer nachvollziehbar, allein auf den äußeren Anschein einer Identifikation ab. Zahlreiche Konkreti-

[20] Kap. 3 B. III. 3.
[21] Kap. 3 C. I. 1. a).
[22] Kap. 3 C. I. 1. c).
[23] Kap. 3 C. I. 1. b).
[24] Kap. 3 C. I. 2.
[25] Kap. 3 C. II.
[26] Kap. 3 C. III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sierungsversuche der Figur führen zu erheblichen Friktionen mit dem Grundgedanken der Providerprivilegierung.[27]

18. Vorzugswürdige Figur zur Vermeidung einer Überprivilegierung ist das Neutralitätskriterium, das seine Grundlage in den ErwGen Nr. 42, 44 zur ECRL fand[28], das in der Rechtsprechung des EuGH vitalisiert[29] und vom europäischen Gesetzgeber in den ErwGen Nr. 18, 20 zum DSA rezipiert wurde[30]. Es steht dabei gewissermaßen neben der Kenntnisfixierung des Art. 6 Abs. 1 a) DSA. Auf der Grundlage der ErwGe und der verschiedenen Legitimationsgedanken einer Privilegierungsbegrenzung wird in der Untersuchung eine neue funktionale dreiteilige Systematisierung unter dem Oberbegriff des Neutralitätskriteriums vorgeschlagen. Aus ihr ergeben sich drei Fallgruppen der fehlenden Neutralität:[31]

    a) Die aktive Rolle (ErwG Nr. 18 zum DSA) bei der Speicherung einzelner Inhalte, die aufgrund von einer für Host-Provider untypischen Distanzlosigkeit zum Inhalt zu einem Entfall der Privilegierung führt. Legitimation findet diese Fallgruppe in der Erwägung, dass dort, wo der Provider durch eine spezifische Behandlung des Inhalts Nähe zu diesem aufbaut, eine Haftung nach allgemeinen Regeln zumutbar wird.

    b) Das kollusive, aber nicht angebotsvermittelte Zusammenwirken mit einem Nutzer (ErwG Nr. 20 S. 1 zum DSA). Von der Privilegierung ausgeschlossen wären sodann alle Inhalte, die einen Konnex zur jeweiligen Kollusion aufweisen. Legitimation findet die Begrenzung in Prinzipien der Zurechnung von Unrecht nach klassischer (strafrechtlicher) Beteiligungsdogmatik.

    c) Die rechtswidrige Zweckausrichtung des Angebots (ErwG Nr. 20 S. 2, 3 zum DSA). Anders als ein kollusives Zusammenwirken ist diese Fallgruppe eher einer Eigenhaftung für die Organisationseinheit des Angebots nachgebildet. Die Begründung einer Privilegierungsbegrenzung erfolgt nicht über die individuelle Förderung einer rechtswidrigen Tätigkeit, sondern über die soziale Missbilligung des Betriebs einer technischen Infrastruktur insgesamt.

19. Mit der dritten Fallgruppe des Neutralitätskriteriums (der rechtswidrigen Zweckausrichtung) öffnet der europäische Gesetzgeber die Tür für den EuGH als Ersatzgesetzgeber, wenn es um die Konturierung der Providerprivilegierung im Kontext gefahrengeneigter Dienste geht. Diese Konturierung vorbereitend wird in der Untersuchung ein erster Indizienkatalog entwickelt, der der Fest-

[27] Kap. 3 D. I.
[28] Kap. 3 D. II. 1.
[29] Kap. 3 D. II. 2.
[30] Kap. 3 D. II. 3.
[31] Kap. 3 D. II. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stellung einer rechtswidrigen Zweckausrichtung dienlich sein kann. Bei der Entwicklung dieses Katalogs wird vor allem die Auslegung des ErwGes Nr. 20 S. 3 zum DSA berücksichtigt.[32]

20. Besondere Aufmerksamkeit verdienen bei der Konkretisierung des Neutralitätskriteriums in der Fallgruppe der rechtswidrigen Ausrichtung drei bislang im Schrifttum nicht oder kaum berücksichtigte Sonderkonstellationen:

    a) Kommt es zur Pervertierung eines originär neutral ausgerichteten Angebots durch massenhaften Missbrauch, können ähnlich anreizende Wirkungen für andere Nutzer ausgehen wie von originär rechtswidrig ausgerichteten Angeboten. Ihr unveränderter Weiterbetrieb kann daher zu einem Entfall der Neutralität führen, wenn der Betreiber Kenntnis von der Umwidmung durch Dritte genommen hat.[33]

    b) Verletzt der Anbieter systematisch Sorgfaltspflichten aus dem DSA, die die Vermeidung von rechtswidrigen Inhalten und Tätigkeiten betreffen – wie etwa die Einrichtung von Meldewegen –, können sich auch daraus Indizien für eine kriminelle Zweckausrichtung ergeben. Mit einer solchen Auslegung kann das Grundkonzept eines Nebeneinanders von Providerprivilegierung und Sorgfaltspflichten durch die in ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA geöffnete ‚Hintertür' aufgeweicht werden.[34]

    c) Auch die Verletzung von Sorgfaltspflichten jenseits des DSA könnten auf diesem Wege Berücksichtigung finden. Den Weg zu dieser Fallgruppe bereitet die Entscheidung des EuGH in der Sache ‚YouTube und uploaded' vor, in der die Figur der nicht-neutralen Rolle erhebliche Flexibilisierung erfahren hat. Der EuGH nahm nämlich an, dass die Einhaltung der branchenüblichen Sorgfalt etwa durch den Einsatz automatisierter Filtersysteme zu berücksichtigen sein könnte. Es bleibt weiteren Bemühungen des Schrifttums und letztlich dem EuGH vorbehalten, zu erwägen, wann etwa der Verzicht auf KI-gestützte Filtermaßnahmen eine Unsorgfältigkeit begründet, die, wie im Urheberrecht, zu einem Verstoß gegen das Neutralitätsgebot führt. Mit Blick auf die Formulierung des ErwGes Nr. 20 S. 2 zum DSA wird jedoch eine zurückhaltende Rezeption der EuGH-Rechtsprechung unter dem DSA angeregt.[35]

Kapitel 4: Selektion strafrechtlich relevanten Verhaltens

21. Sucht man nach den Anknüpfungspunkten für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Anbieter verschiedener Ordnung, so ist zunächst der teleme-

[32] Kap. 3 D. II. 5. a).
[33] Kap. 3 D. II. 5. b) aa).
[34] Kap. 3 D. II. 5. b) aa).
[35] Kap. 3 D. II. 5. b) bb).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dienrechtliche Vorfilter der Art. 6 ff. DSA zu befragen. Das gilt besonders für solche Anknüpfungspunkte, die bislang kaum diskutiert werden[36]:

a) Aufgrund des Vorfilters muss eine Anknüpfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit an die unterlassene Sperrung von wiederholt auffälligen Nutzern ausscheiden.

b) Die Inbetriebnahme oder die fortlaufenden Wartungsarbeiten, die für die weitere Abrufbarkeit des gesamten Angebots und damit auch des rechtswidrigen Inhalts kausal sind, können erste Anknüpfungspunkte einer Begehungsstrafbarkeit sein, wenn gegen das Neutralitätsgebot aufgrund der rechtswidrigen Zweckausrichtung verstoßen wird.

c) Der Konstellation der rechtswidrigen Ausrichtung unterfällt trotz der Sichtbarkeit von Unterlassungskomponenten auch die Konstellation der unsorgfältigen technischen Absicherung (bspw. Upload-Filter), die (in Zukunft) einen Verstoß gegen das telemedienrechtliche Neutralitätsgebot begründen könnte.

22. Geht es um die unterlassene Löschung eines zur Kenntnis genommenen strafrechtswidrigen Inhalts, dann ist auf dem Boden der hier vertretenen Konkurrenzlösung nach naturalistisch geprägter Abgrenzung von Tun und Unterlassen eine Unterlassungsstrafbarkeit zu prüfen. Werden nach Kenntnisnahme weitere kausale Betriebshandlungen vorgenommen, so ändert das nichts, solange sich diese Handlungen auf den gesamten Betrieb beziehen.[37] Eine Ausnahme ist dann zu machen, wenn die Kenntnisnahme eines rechtswidrigen Inhalts zeitgleich eine Kenntnis der Plattformpervertierung bringt: Werden in diesem Fall weitere aktive und für die Abrufbarkeit des Angebots insgesamt kausale Betriebshandlungen vorgenommen, so steht eine Begehungsstrafbarkeit im Raum.[38]

23. Wird der Inhalt aktiv durch den Anbieter manuell freigegeben, ist zu fragen, ob bei Freigabe alle Voraussetzungen, insbesondere der Vorsatz beim Anbieter, gegeben sind. Andernfalls bliebe eine Unterlassungsstrafbarkeit nach Kenntnisnahme, wie in allen anderen Fällen, zu prüfen.[39]

Kapitel 5: Strafrechtswidrig ausgerichtete Angebote

24. Soll eine Strafbarkeit an den Betrieb des Angebots insgesamt angeknüpft werden, so geraten zunächst die Organisationsdelikte der §§ 127, 129 StGB in Betracht.

[36] Kap. 4 A.
[37] Kap. 4 B. III. 1.
[38] Kap. 4 B. III. 2. b).
[39] Kap. 4 B. III. 2. c).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

25. Eine Strafbarkeit nach § 129 StGB ist besonders kritisch daraufhin zu überprüfen, ob hinter dem Angebot eine Vereinigung gem. § 129 Abs. 2 StGB steht. Während insofern kaum offene Fragen hinsichtlich des personellen, voluntativen und zeitlichen Elements bestehen, bereitet das organisatorische Element größere Schwierigkeiten. Anders als der Gesetzgeber es vor der Schaffung des § 127 StGB angenommen hat, lässt sich ein solches aber nicht pauschal mit dem Hinweis auf die Flüchtigkeit im Internet verneinen.

26. Auf Basis der in der Literatur gefundenen Organisations-Rahmenbedingungen (nämlich der Interdependenz, Macht und Ordnung) ist hinsichtlich der Angebote zu differenzieren[40]: Während Angebote dritter Ordnung kaum von mehreren Personen betrieben werden und die Verbindung zu Nutzern, die das Angebot nutzen, im Hinblick auf alle drei Rahmenmerkmale schwach ausgeprägt ist, gilt hinsichtlich der Anbieterteams zweiter Ordnung anderes. Bei ihnen gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob entsprechende organisatorische Umstände in der Lage sind, gruppendynamische Effekte und Professionalisierung durch Arbeitsteilung herbeizuführen. Dafür spricht etwa, wenn die Anbieter einander nicht nur in ihrer Internetpräsenz, sondern auch in ihrer analogen Identität kennen (Gruppendynamik), oder wenn die Administration etwa einer Gruppe nicht mehr durch Einzelpersonen zu bewerkstelligen ist (Kooperationsvorteile). Jedenfalls gilt es, gruppenspezifische von plattformspezifischen Effekten, die eine Gefährlichkeit begründen, zu trennen.

27. Nicht nur das personelle Element, sondern auch die individuelle ‚Beteiligungsform' macht es notwendig, bei Nutzern des Angebots zwischen Unterstützern und Mitgliedern zu trennen. Für eine (materielle) Mitgliedschaft in der Vereinigung wird es jedenfalls nicht ausreichen, wenn sie nur passive (formelle) Mitglieder eines Angebots zweiter Ordnung sind. Für eine notwendige Eingliederung in die Vereinigung wird es vielmehr erforderlich sein, dass sie Teil der sich durch Arbeitsteilung auszeichnenden Vereinigung werden.[41]

28. Der kriminellen Ausrichtung des Zwecks oder der Tätigkeit der Vereinigung steht es nicht entgegen, wenn sie allein darauf ausgerichtet ist, dass die Mitglieder Gehilfenbeiträge hinsichtlich der Kommunikationsdelikte der Nutzer leisten. Unschädlich ist es auch, wenn diese Kommunikationsdelikte abstrakte Gefährdungsdelikte sind. Schwierig kann eine Abgrenzung von einer nichtkriminellen Ausrichtung der Vereinigung aber aufgrund des Bezugs zur Meinungsäußerungsfreiheit und der möglichen Ausrichtung auf Kommunikation, die nur an der Grenze des Strafbaren liegt, sein.[42]

[40] Kap. 5 A. I. 2.
[41] Kap. 5 A. I. 2. b) cc).
[42] Kap. 5 A. I. 2. b) bb).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

29. Für eine Strafbarkeit nach § 127 StGB fehlt es bei Anbietern innerhalb sozialer Netzwerke regelmäßig an einer Handelsplattform:

    a) Das liegt nicht schon daran, dass sich der Plattformbegriff oder die Tathandlung des Betreibens nicht mit dem zugrunde gelegten Ordnungsmodell verträgt. Ein nebentäterschaftliches Betreiben von Gesamt- und Substrukturen ist möglich, sofern sich bei einer strafgrundorientierten Auslegung innerhalb der Substruktur eigene Plattformeffekte entdecken lassen (hier sog. Trennungsthese).[43]

    b) Eine Auslegung müsste aber mit Blick auf die Genese der Vorschrift und auf den Begriff der Handelsplattform, trotz der Unergiebigkeit des Straftatenkatalogs und der Offenheit der Legaldefinition, die Anwendung auf Kommunikationsdelikte ausschließen.[44]

30. Wollte man das anders sehen, wäre in einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln, ob die Plattform bei gemischt objektiv-subjektiver Auslegung eine kriminelle Zweckausrichtung aufweist. Zu diesem Zwecke lassen sich mögliche (Gegen-) Indizien erwägen.[45] Besonders herausfordernd ist wiederum der Sonderfall der pervertierten Plattform. Ihre Behandlung hängt stark davon ab, ob man mit der überwiegenden Auffassung eine rein objektive Auslegung vornehmen und – wie gesetzlich gefordert – einen Eventualvorsatz des Betreibers hinsichtlich der kriminellen Zweckausrichtung genügen lassen will. Die Kombination solcher Annahmen führt jedoch zur Europarechtswidrigkeit des § 127 StGB, weil nicht einmal (sichere) Kenntnis der Pervertierung für eine Strafbarkeit notwendig wäre und damit ein Verstoß gegen den Art. 6 Abs. 1 a) DSA vorliegt. Eine europarechtskonforme Auslegung muss über eine gemischt objektiv-subjektive Lesart der kriminellen Zweckausrichtung vorgenommen werden, weil erst mit Kenntnisnahme der Pervertierung eine Privilegierung aufgrund des Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot entfällt.[46]

31. Geht es um die Strafbarkeit wegen einzelner Kommunikationsdelikte, ist festzuhalten, dass der Betrieb des Angebots ein unerlaubtes Risiko darstellt, wenn das Angebot auf die strafrechtswidrige Nutzung ausgerichtet ist. Indizien lassen sich mit kleinen Abweichungen aus der Konturierung des Neutralitätsgebots und der kriminellen Zweckausrichtung bei § 127 StGB gewinnen.[47]

32. Die Figur der neutralen (Beihilfe-)Handlung kann keinen weiteren Erkenntnisgewinn gegenüber der Figur des erlaubten Risikos im Bereich der Angebote

[43] Kap. 5 A. II. 2. a).
[44] Kap. 5 A. II. 2. b).
[45] Kap. 5 A. II. 3. b).
[46] Kap. 5 A. II. 3. c).
[47] Kap. 5 B. I. 1. a).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bringen. Zum einen aufgrund der Vorfilterwirkung der Art. 6 ff. DSA, der eine fehlende Neutralität im Hinblick auf die Einzeltat bei Kenntnis des konkreten Inhalts vorschreibt. Zum anderen – legt man die Lösung der überwiegenden Auffassung zu neutralen Handlungen zugrunde (gemischt subjektiv-objektiv) –, weil eine objektiv neutrale und undifferenzierte Handlung nie durch erkennbare Tatgeneigtheit im Einzelfalle zur Verantwortlichkeit führt. Die technisch vermittelte Distanz verhindert, dass solche Tatgeneigtheiten im Einzelfall erkennbar sind. Der Versuch, nach einer generellen Tatgeneigtheit der Nutzer zu suchen, führt zurück zum erlaubten Risiko und der Feststellung einer Neutralität der Handlung generell als Ausgangspunkt der Figur der neutralen Handlung.[48]

33. Es gilt – anders als (regelmäßig) beim telemedienrechtlichen Neutralitätskriterium und § 127 StGB – einen inhalts- und deliktsspezifischen (Gefahren-) Zusammenhang zwischen dem nicht mehr erlaubten Risiko und dem begangenen Kommunikationsdelikt herzustellen.[49]

34. Eine subjektive Zurechnung macht eine hinreichende Vorstellungskonkretisierung der Anbieter erforderlich. Die technisch vermittelte Distanz sorgt bei automatischer Veröffentlichung der Inhalte für eine Unschärfe in diesem Vorstellungsbild hinsichtlich der Lebenskonkreta und der Zuordnung zu verschiedenen Tatbeständen des Besonderen Teils.

35. Der Mindestinhalt des Vorsatzes ist ausgehend von § 16 Abs. 1 StGB *nur* und *streng* tatbestandsbezogen:

    a) Hinsichtlich der Lebenskonkreta (innertatbestandlicher Bereich) sind keine weitergehenden Individualisierungen, auch nicht der wesentlichen Merkmale oder der Unrechtsdimension, erforderlich.[50] Solche Anforderungen sind vage und führen – wie der medienstrafrechtliche Bereich zeigt – zu kriminalpolitisch schwer erträglichen Ergebnissen. Auch eine Differenzierung hinsichtlich der Beteiligungsform erschließt sich (mit Ausnahme der Anstiftung als Spiegelung objektiver Anforderung) – anders als überwiegend angenommen – nicht.[51]

    b) Unschärfen hinsichtlich des zu verwirklichenden Tatbestandes (zwischentatbestandlicher Bereich) sind vorsatzdogmatisch deutlich problematischer. Lösungen, die eine Lockerung der Tatbestandsbezogenheit verfolgen, sind mit Blick auf den Bestimmtheits- und Schuldgrundsatz abzulehnen. Diesem Problem lässt sich jedoch mit der Anwendung des dolus alternativus beikommen, dessen Vorliegen in allen Situationen tatgerichtlich kritisch zu

[48] Kap. 5 B. I. 1. b).
[49] Kap. 5 B. I. 2.
[50] Kap. 5 B. II. 2.
[51] Kap. 5 B. II. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

prüfen ist. Einen Anhaltspunkt bietet die spezifische Ausrichtung des Angebots.[52]

36. Die Beteiligungsformfrage der Inhaltsverbreitungsdelikte ist nach dem Tatherrschaftsgedanken zu beantworten: Wird der Inhalt automatisch veröffentlicht, kommt dem Nutzer die Tatherrschaft zu; besteht ein Freigabevorbehalt beherrscht der Anbieter den letzten zur öffentlichen Zugänglichkeit erforderlichen Akt (Besonderes gilt bei der Freigabe von Links oder geteilten Inhalten[53]).[54]

37. Die überwiegende Auffassung, die auch bei der automatischen Veröffentlichung Allein- bzw. Nebentäterschaft annehmen will, kann keine Ausnahme vom Herrschaftsgedanken mit Verweis auf eine partielle Pflichtdeliktseigenschaft der Inhaltsverbreitungsdelikte oder auf eine Garantensonderpflicht begründen.[55] Letzteres jedenfalls dann nicht, wenn man sich bei der Beteiligungsformfrage im Unterlassen nicht den pflichtenorientierten Theorien anschließen will.

38. Auch eine mittäterschaftliche Zurechnung kann bei automatischer Veröffentlichung nicht gelingen, verhindert die Geschehenschronologie doch, dass sich ein gemeinsamer Tatplan hinsichtlich der Inhalte bilden kann und der Tatbeitrag des Anbieters allein im Vorbereitungsstadium erbracht wird, was bei vorzugswürdiger strenger Tatherrschaftslehre nicht genügen kann.[56]

39. In der bisherigen Rechtsprechung zu Plattformanbietern lassen sich erste Tendenzen zu einer Lösung über die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft erkennen. Darin ist ein neuer Schritt der Flexibilisierung der durch Roxin mit der „Fungibilität" der Ausführenden und „Rechtsgelöstheit" des Apparates eng konturierten Ausnahme vom Verantwortungsprinzip zu sehen. Während sich eine Übertragung auf Wirtschaftsunternehmen aber noch an vertikale Weisungsstrukturen knüpft, lässt sich im Medienstrafrecht schon hinterfragen, warum die Herrschaft eines Personenapparates durch die Herrschaft eines Maschinenapparates sollte ersetzt werden können.[57]

40. Nicht jede besondere, das unerlaubte Risiko des Betriebs kennzeichnende Anreizwirkung zur Straftatbegehung kann ausreichen, um einen appellativen Charakter i. S. d. §§ 26, 111 StGB zu begründen.[58] Es bleibt daher in der Regel

[52] Kap. 5 B. II. 3.
[53] Kap. 5 B. III. 3.
[54] Kap. 5 B. III. 1.
[55] Kap. 5 B. III. 1. a).
[56] Kap. 5 B. III. 1. b).
[57] Kap. 5 B. III. 1. c).
[58] Kap. 5 B. III. 1. d).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bei Inhaltsverbreitungsdelikten eine Beihilfestrafbarkeit, die nicht nur in der physischen Bereitstellung einer virtuellen Infrastruktur bzw. der Vermittlung eines bestimmten Adressatenkreises besteht, sondern auch Züge einer psychischen Beihilfe aufweist.[59]

41. Auf persönliche Äußerungsdelikte ist der Herrschaftsgedanke nicht oder nur erheblich modifiziert anzuwenden. Vielmehr folgt die Beantwortung der Beteiligungsformfrage einer Art Urheberprinzip, wobei sich übermittelnde Personen auch täterschaftlich strafbar machen können, wenn sie sich den Inhalt erkennbar zu eigen machen. Dieses Sich-Zueigenmachen sollte nicht mit der verwachsenen Figur des Sich-Zueigenmachens im Telemedienrecht gleichgesetzt werden, sondern streng danach fragen, wann eine Identifikation mit dem Inhalt hinreichend deutlich nach außen tritt. Bei automatischer Veröffentlichung ist mangels Kenntnis vom individuellen Inhalt ein Sich-Zueigenmachen abzulehnen. In Sonderfällen des Freigabevorbehalts lässt sich ein Anderes annehmen.[60]

42. Auf Konkurrenzebene lassen sich die Betriebshandlungen als eine einheitliche Handlung zusammenfassen; unabhängig davon, wie viele Kommunikationsdelikte gefördert wurden und regelmäßig auch unabhängig davon, ob weitere Betriebshandlungen nach initialer Inbetriebnahme vorgenommen werden. Die konkurrenzrechtliche Figur des uneigentlichen Organisationsdelikts produziert derweil keine anderen Ergebnisse, läuft jedoch Gefahr, von der Konkurrenzebene aus Einfluss auf Zurechnungsgrundsätze zu nehmen.[61]

43. Die einheitliche Förderung ‚fremder' Kommunikationsdelikte steht in ungleichartiger Idealkonkurrenz zur mitgliedschaftlichen Beteiligung i. S. v. § 129 StGB und dem Betreiben i. S. v. § 127 StGB. Begeht ein Anbieter ‚eigene' Kommunikationsdelikte innerhalb seines Angebots, so besteht ebenfalls ungleichartige Idealkonkurrenz zu § 129 StGB, nicht aber – nach Prüfung der Subsidiaritätsklausel – hinsichtlich § 127 StGB (Realkonkurrenz).[62]

44. Eine Verklammerung ‚eigener' Kommunikationsdelikte innerhalb des Angebots durch § 129 StGB ist trotz Teilidentität mit der mitgliedschaftlichen Beteiligung nicht anzunehmen, weil die Unrechtsqualität mitgliedschaftlicher Beiträge, wenn sie andere Straftatbestände erfüllen, nicht mehr als gleichwertig gelten kann und sie deshalb aus der § 129 StGB-internen gleichartigen Idealkonkurrenz herauszulösen sind. Auch § 127 StGB kann nicht zu einer Verklammerung

[59] Kap. 5 B. III. 1. e).
[60] Kap. 5 B. III. 2.
[61] Kap. 5 B. IV. 1.
[62] Kap. 5 B. IV. 2. c).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

führen, fehlt es doch schon an einer Teilidentität von Betreiben und Begehung ‚eigener' Kommunikationsdelikten.[63]

45. Die Förderung fremder Kommunikationsdelikte kann nach alledem nicht unter § 127 StGB und nur unter bestimmten Voraussetzungen unter § 129 StGB gefasst werden. Es bleibt eine Beihilfestrafbarkeit, die regelmäßig als eine Handlungseinheit zusammengezogen wird. Will man § 127 StGB daher weniger mit vermeintlichen Strafbarkeitslücken als mit einer passenden Abbildung des plattformspezifischen Unrechts begründen[64], so ließe sich aus kriminalpolitischer Sicht eine Erweiterung des § 127 StGB diskutieren. Bei kursorischer Betrachtung lässt sich dagegen anführen, dass die kriminalitätsfördernden Plattformeffekte hinsichtlich der mit § 127 StGB in den Blick genommenen Handelsdelikte und der hier fokussierten Kommunikationsdelikte nicht identisch sind.[65] Außerdem haben solche Angebote, die der Kommunikation selbst mehr als dem Handel bestimmter Waren und Dienstleistungen dienen, eine besondere Relevanz für die Meinungsfreiheit.[66] Einer weiteren Kriminalisierung darf deshalb mit Skepsis begegnet werden.

Kapitel 6: Strafrechtswidrige Inhalte als ‚digitale Altlasten' in neutral ausgerichteten Angeboten

46. Wo ein strafrechtlicher Vorwurf des Betriebs mangels objektiver oder subjektiver Zurechenbarkeit dem Anbieter nicht gemacht werden kann, könnte eine unechte Unterlassenstrafbarkeit in Betracht kommen, wenn ein rechtswidriger Inhalt nach der Kenntnisnahme nicht gelöscht wird.

47. Eine unterlassungstäterschaftliche Begehung der Kommunikationsdelikte ist dabei nicht schon durch den Erfolgsbegriff des § 13 Abs. 1 StGB ausgeschlossen. Die Tatbestandsverwirklichung bereits als Erfolg zu verstehen (weiter Erfolgsbegriff) lässt sich nicht mit dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB vereinbaren. Abstrakte Gefährdungsdelikte aus dem Erfolgsbegriff auszunehmen (materiell verengter Erfolgsbegriff), kann weder mit einer Gleichsetzung mit sog. Tätigkeitsdelikten noch mit dem Telos des § 13 Abs. 1 StGB begründet werden. Der Erfolg des § 13 Abs. 1 StGB ist jeder von der Handlung trennbarer Außenweltserfolg (formell vermeintlich verengter Erfolgsbegriff). Da ein solcher Außenweltserfolg bei allen sog. Tätigkeitsdelikten, auch den häufig so eingeordneten Kommunikationsdelikten, gefunden werden kann, ist die Figur des Tätigkeitsdelikts jedenfalls im dogmatischen Zusammenhang des Allgemeinen Teils anzuzweifeln.[67]

[63] Kap. 5 B. IV. 2. d).
[64] Kap. 5 A. II. 1.
[65] Kap. 5 C. III. 1.
[66] Kap. 5 C. III. 2.
[67] Kap. 6 A. I.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

48. Ein Ausschluss der Kommunikationsdelikte vom unechten Unterlassen ist auch nicht auf die Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 Hs. 2 StGB zu stützen. Etwaige Probleme der persönlichen Äußerungsdelikte werden im Zusammenhang mit der Beteiligungsformfrage verortet, bei der sich die Modalitätenäquivalenz mit dem besonderen Täterschaftskriterium verbindet.[68]

49. In Abhängigkeit von der Beantwortung der Beteiligungsformfrage ist zu problematisieren, dass die unterlassene Löschung der Vollendung des Kommunikationsdelikts in aller Regel zeitlich nachfolgt; entweder i. R. d. der Erfolgsabwendbarkeit i. S. v. § 13 Abs. 1 StGB oder der Teilnahmefähigkeit der Haupttat (§ 27 Abs. 1 StGB).

    a) Die Unterscheidung sog. Dauerdelikte von sog. Zustandsdelikten kann dieses Problem – anders als häufig suggeriert – nicht lösen, kann ihre Berechtigung in der allgemeinen Deliktslehre doch schon angezweifelt werden.[69]

    b) Auch eine an der Begehungsweise orientierte Abgrenzung (etwa sog. durative Tatbegehung) ist abzulehnen, weil eine solche Unterscheidung den Anwendungsbereich der §§ 13, 27 StGB einerseits nicht begründbar verkürzt und andererseits zur Ausweitung bzw. Modifikation des Zurechnungsgegenstandes führen kann.[70] Daher ist jenseits dieser Kategorisierungen nach den Mindestanforderungen der Erfolgsabwendbarkeit und Beihilfefähigkeit zu suchen.

    c) Eine Erfolgsabwendbarkeit (§ 13 Abs. 1 StGB) nach Vollendung setzt voraus, dass es zu einer weiteren Beeinträchtigung des Rechtsguts kommt.[71] Einschränkungen ergeben sich unter dieser Voraussetzung allein für den § 241 StGB, bei dem keine weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung nach Vollendung denkbar ist, und für den § 192a StGB, bei dem eine weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung wiederum nur zwischen Vollendung und Kenntnisnahme des Adressaten denkbar ist.[72]

    d) Für eine Beihilfefähigkeit (§ 27 StGB) nach Vollendung kommt es ebenfalls auf eine weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung an. Hinzutritt das Erfordernis der Innertatbestandlichkeit dieser weiteren Rechtsgutsbeeinträchtigung, also insbesondere die Tatbestandlichkeit des nicht abgewendeten Zustands (Unterlassungsstrafbarkeit des Haupttäters oder noch fortlaufender tatbestandlicher Kausalverlauf) und ein fortlaufender Vorsatz des Haupttäters.[73]

[68] Kap. 6 A. II.
[69] Kap. 6 B. II. 1.
[70] Kap. 6 B. II. 2.
[71] Kap. 6 B. III. 2.
[72] Kap. 6 B. IV.
[73] Kap. 6 B. III. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

50. Es lässt sich für die Anbieter innerhalb sozialer Netzwerke eine Garantenpflicht hinsichtlich der Beseitigung strafrechtswidriger Inhalte innerhalb des Angebots aus Sachherrschaftsgesichtspunkten[74] – und in einem denkbar kleinen praktischen Anwendungsbereich aus Ingerenz[75] – begründen.

    a) Bei der Begründung einer solchen Pflicht ist es die Pilatusfrage, wie der Konflikt mit dem Verantwortungsprinzip aufzulösen ist. Ausgehend von der überkommenen Dogmatik der Straftatverhinderungspflicht innerhalb von Räumlichkeiten ist zu überprüfen, ob den Angeboten eine besondere Sachgefahr immanent ist. Eine Analyse dieses Kriteriums hat ergeben, dass es weniger auf die Anreizwirkung der Gefahrenquelle als auf ihren unmittelbaren Einfluss auf die Rechtsgutsbeeinträchtigung ankommt.[76]

    b) Ein danebenliegender Grund für eine allgemeine Unterscheidung der Zurechnung in Straftatverhinderungs- und Altlastenbeseitigungskonstellationen konnte nicht gefunden werden. Jedoch lassen sich die Differenzierungen in den Vergleichsfällen der ‚wilden' Müllablagerung mit dem Zusammenhang der Raumeigenschaft und der Rechtsgutsbeeinträchtigung erklären. In den Fällen der Wohnungsinhaberschaft hingegen zeigt die Analyse Schwächen der herrschenden Auffassung zum Topos der „besonderen Gefahrenquelle".[77]

    c) Der Zusammenhang von Gefahr und Rechtsgutsbeeinträchtigung liegt im Falle der Anbieter in der spezifischen Verbreitungswirkung. Steht das Maß der Rechtsgutsbeeinträchtigung von Delikten in keinem Zusammenhang zum Verbreitungsgrad, so ist nicht nur die Erfolgsabwendbarkeit und Teilnahmefähigkeit auszuscheiden, sondern auch eine Garantenpflicht abzulehnen.[78] Darüberhinausgehende delikts- und plattformspezifische Lösungen betonen das fragwürdige Anreizkriterium und eine wenig bestimmte vergleichende Vorgehensweise, um besondere von ‚gewöhnlichen' Gefahrenquellen abzugrenzen.[79] Für die Garantenpflichten aus Ingerenz gilt ein anderes, weil der Zurechnungszusammenhang zur Pflichtwidrigkeit zu spannen ist, die in der strafrechtswidrigen Ausrichtung und Anreizschaffung des Angebots liegt.[80]

51. Der Umfang der Garantenpflicht ist praktisch im Ergebnis schon auf die Beseitigung von Inhalten nach Kenntnisnahme begrenzt.[81] Eine weitergehende

[74] Kap. 6 C. I. 3. b).
[75] Kap. 6 C. I. 3. a).
[76] Kap. 6 C. II. 1. a).
[77] Kap. 6 C. II. 1. b).
[78] Kap. 6 C. II. 1. c).
[79] Kap. 6 C. II. 1. a) aa).
[80] Kap. 6 C. II. 2.
[81] Kap. 6 C. II. 3. a).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Modifikation des Pflichteninhalts wird für die Anbieter nachgelagerter Ordnung vorgeschlagen. Für eine Einfügung in das telemedienrechtliche Gefüge wird vorgeschlagen, die Anbieter erster Ordnung mit einer Beseitigungspflicht, sonstige Anbieter mit einer Meldepflicht zu belegen.[82] Wird die Inhaltsmoderation durch andere Personen als den Anbieter wahrgenommen, so ergibt sich eine Übertragung der Garantenpflichten nach den Grundsätzen der tatsächlichen Übernahme.[83]

52. Neben dem Content-Provider ist die Beteiligungsform der unterlassenden Anbieter bzw. Moderatoren bei persönlichen Äußerungsdelikten, in aller Regel eine Unterlassungstäterschaft ablehnend, nach dem Kriterium des Sich-Zueigenmachens[84] und bei Inhaltsverbreitungsdelikten nach allgemeinen Abgrenzungslösungen zu beurteilen[85]. Die Untersuchung schließt sich im Ausgangspunkt der Lehre vom Tatherrschaftswechsel an und behauptet im Rahmen einer normativen Relationierung der Beteiligten, dass eine Unterlassungsbeihilfe grundsätzlich so lange vorliegt, wie ein Begehungstäter Handlungsherrschaft über das Geschehen ausübt und der Garant in eine Täterschaft ‚wächst', sobald der Begehungstäter das Tatgeschehen aus der Hand gibt.[86]

    a) Es wird die Identifizierung einer Sonderkonstellation dort vorgeschlagen, wo die potenzielle Tatherrschaft des Anbieters bzw. Moderators neben die Löschungsmöglichkeit des Content-Providers tritt. Hier wandelt sich die Herrschaft des Content-Providers in eine zum Anbieter identische potenzielle Tatherrschaft, die es verhindert, dass dem Anbieter eine Täterschaft zuwächst.[87]

    b) Nebeneffekt dieser Lösung ist die Vermeidung von Wertungswidersprüchen beim Zusammenfallen oder dem Vergleich mit der aktiven Beihilfe, die – fälschlicherweise – gerne den pflichtenorientierten Tätertheorien vorgehalten werden. Unabhängig davon wird in der Untersuchung abschließend gezeigt, dass sich die behaupteten Wertungswidersprüche der Konkurrenzlösung (beim Zusammentreffen von aktivem Tun und Unterlassen) mit einer entsprechenden Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB ‚entzaubern' lassen.[88]

[82] Kap. 6 C. II. 3. d).
[83] Kap. 6 C. III.
[84] Kap. 6 D. II.
[85] Kap. 6 D. I.
[86] Kap. 6 D. I. 2. e) dd).
[87] Kap. 6 D. I. 2. e) dd) (2).
[88] Kap. 6 D. I. 2. f).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Ausblick

I. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke

Hauptziel der Untersuchung war es, der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Anbietern sozialer Netzwerke de lege lata nachzuspüren. Dabei wurde mit der Untersuchung nicht nur der Versuch unternommen, erste in der Vergangenheit entwickelte medienstrafrechtliche Dogmen in Bezug auf die Anbieter sozialer Netzwerke zu hinterfragen (1.), sondern darüber hinaus neuartige Fragestellungen durch die Perspektivenerweiterung auf hier sog. Anbieter nachgelagerter Ordnung innerhalb sozialer Netzwerke zu identifizieren (2.).

1. Verantwortlichkeit im technologischen Wandel: Anbieter von sozialen Netzwerken

Am Beginn der Untersuchung stand die These, dass der Betrieb sozialer Netzwerke als solcher kein Anknüpfungspunkt für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit sein könne, weil die geschaffenen Kommunikationsräume überwiegend neutralen oder gar wünschenswerten Zwecken dienen. Von vornherein komme daher nur eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Anbieter bzw. ihrer Moderatoren für die mangelnde Aussonderung inkriminierter Inhalte in Betracht. Dass sich eine entsprechende Unterlassensstrafbarkeit entgegen verbreiteter Auffassung in der Literatur und der vorherrschenden Vorstellung der Praxis begründen lässt, wurde in der eingehenden Analyse des sechsten Kapitels gezeigt.

In einem Ausblick hervorzuheben ist, dass man jedoch schon die Annahme eines insgesamt erlaubten Risikos durch Netzwerkbetrieb in Zweifel ziehen könnte. So wurde im zweiten Kapitel knapp nachgezeichnet, dass es sich bei der Kommunikation im Raum der sozialen Netzwerke um eine besonders schützenswerte handeln kann und sie gleichzeitig als besonders aggressiv einzuordnen ist. Das lässt sich u. a. auf die besondere Architektur sozialer Netzwerke zurückführen. Zentraler Teil dieser technischen Architektur sind die im 1. Kapitel erläuterte algorithmische Ordnung (Inhaltekuratierung) und Affordanzen, die jeweils besonders auch aggressive Kommunikation incentivieren können. Gleichwohl wurde im 3. und 4. Kapitel gezeigt, dass diese Anreizarchitektur nicht hinreichender Grund sein kann, den Betrieb in den anhand telemedienrechtlicher Wertungen konturierten Bereich des unerlaubten Risikos zu bringen. Diese telemedienrechtlichen Wertungen zeichnet, wie im 5. Kapitel gezeigt wurde, eine strafrechtliche Bewertung des mit dem Betrieb verbundenen Risikos maßgeblich vor. Dass die Anreizarchitektur für sich genommen also kein rechtlich unerlaubtes Betriebsrisiko begründet, lässt sich letztlich mit ihrer Indifferenz begründen: Incentiviert wird nicht vornehmlich aggressive Kommunikation, sondern jede Form der – insbesondere der emotionalen – Kommunikation.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Es ist nun aber eine der zentralen, vor allem im 3. Kapitel entwickelten Thesen der Untersuchung, dass technologische Entwicklungen den Topos der Indifferenz in Zukunft auflösen könnten. Ausgehend von der EuGH-Entscheidung im Fall ‚YouTube und uploaded' über eine Rezeption in ErwG Nr. 20 S. 2 zum DSA wird argumentiert[89], dass das rechtlich erlaubte Risiko von Maßstäben der Gefahrengeneigtheit und der Vornahme geeigneter und zumutbarer Risikominimierungsmaßnahmen ermittelt werden kann. Als solche Maßnahmen dürften in Zukunft insbesondere KI-gestützte Filtertechnologien in den Blick geraten. Das insbesondere im Bereich der betrachteten Kommunikationsdelikte virulente Problem einer präzisen Filterung (straf-)rechtswidriger Inhalte dürfte zum einen mit der technischen Weiterentwicklung kleiner ausfallen und zum anderen durch eine entsprechende Mensch-Maschine-Interaktion in Zweifelsfällen (manuelle Nachkontrollen) zu bewältigen sein. Wann und unter welchen Voraussetzungen dabei der Zeitpunkt erreicht sein wird, in dem solche manuellen Nachkontrollen zumutbar werden, ein Overblocking (im zu bestimmenden Maße) in Kauf zu nehmen ist und welche Rolle dabei deliktsspezifische Überlegungen spielen, kann diese Untersuchung nicht beantworten. Eine eingehende und fortlaufende Begutachtung des Technikstandes sowie der normativen, vor allem verfassungsrechtlichen Implikationen muss künftigen Untersuchungen vorbehalten bleiben. Es bleibt hier nur die Hoffnung, mit der eingehenden Analyse und Fortentwicklung des Neutralitätskriteriums als verordnungsexternem Privilegierungsausschluss und der Relationierung zu allgemeinen strafrechtlichen Wertungen einen Ausgangspunkt für entsprechende Diskussionen geliefert zu haben.

2. Perspektivenerweiterung: Anbieter innerhalb sozialer Netzwerke

Ziel der Untersuchung war es außerdem, das Feld der Adressaten einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Inhalte (Anbieter sozialer Netzwerke und Content-Provider) zu erweitern. Zu diesem Zwecke werden bislang kaum beachtete Akteure, hier sog. Anbieter nachgelagerter Ordnung in den Blick genommen. Ausgangspunkt ist die These, dass Nutzer innerhalb sozialer Netzwerke eigenständige Kommunikationsräume im überspannenden Raum der Netzwerke eröffnen. Diese Unter-Kommunikationsräume vermitteln eine durch die technische Architektur der sozialen Netzwerke bedingte eigene Reichweite für Inhalte, lassen sich inhaltlich durch ihre Anbieter prägen und vermitteln ihnen die Löschherrschaft über die im jeweiligen Raum verbreiteten Inhalte.

Diese Perspektivenerweiterung fördert weitere Anknüpfungspunkte für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit, sei es im Lichte der Organisationsdelikte der §§ 127, 129 StGB, sei es im Lichte der Zurechnung in den Räumen begangener Kommunikationsdelikte, wenn mit ihrem Betrieb das rechtlich erlaubte Risiko überstiegen wird.

[89] Vgl. Kap. 3 D. II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Infolge der Inbetrachtnahme der Anbieter nachgelagerter Ordnung stellen sich sodann neuartige medien(straf)rechtliche Fragestellungen, die die dogmatische Relationierung von Verantwortungssphären der einzelnen Anbieter betreffen. Diese Fragenkomplexe wurden insbesondere an zwei Stellen identifiziert:

Erstens stellt sich schon vorstrafrechtlich bei der Vermessung der Providerprivilegierung, insbesondere ihres personellen Anwendungsbereichs die Frage, inwiefern die Anforderungen an den Speicherungsbegriff zu flexibilisieren sind. Eine vorgeschlagene extensive, teleologisch geleitete Auslegung erklärt es dabei für möglich, dass mehrere Anbieter nebeneinander die Inhalte der Content-Provider dauerhaft speichern; wenngleich sich mit Blick auf das jüngst ausgebaute Regelungsgefüge des DSA in der Konsequenz Fragen nach einer teleologischen Reduzierung des Anwendungsbereichs der entsprechenden Sorgfaltspflichten (insbesondere Art. 16 ff. DSA) stellen.[90]

Zweitens wird auf Grundlage telemedienrechtlicher Wertungen die Frage (vorsichtig bejahend) aufgeworfen, ob der Umfang der Garantenpflicht der Anbieter zu differenzieren ist. Es wurde dabei zur Debatte gestellt, dass die Anbieter erster Ordnung eine an die Moderatoren delegierte Beseitigungspflicht und die Anbieter nachgelagerter Ordnung eine Meldepflicht in Bezug auf die Inhalte trifft.[91]

II. Die Entwicklung eines Allgemeinen Teils der Medienstrafrechtsdogmatik

Die eingehende Analyse der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke führte die Untersuchung über zentrale Fragen der Zurechnung (insbesondere: objektive und subjektive Zurechnung, Beteiligungsform und den Anforderungen des § 13 Abs. 1 StGB). Besondere Herausforderungen ergaben sich dabei zum einen durch Spezifika der einschlägigen Kommunikationsdelikte und deren zum Teil zweifelhafte Einordnung in die Deliktstypenlehre (insbesondere als schlichte Tätigkeits-, abstrakte Gefährdungs- und als Dauerdelikte). Zum anderen offenbarten sich Charakteristika des automatisierten Angebots eines Kommunikationsraums, die die Dogmatik des Allgemeinen Teils herausfordern. Vereinzelt wurden im Rahmen der Untersuchung Parallelen zu anderen Erscheinungsformen digitaler Kommunikation gezogen (Links, Annotationstechniken wie das Liken und Teilen von Inhalten, Social Bots), die ebenfalls Zurechnungsfragen provozieren und damit den Allgemeinen Teil der Medienstrafrechtsdogmatik betreffen.

Zum Abschluss dieser Untersuchung soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, die entsprechenden Charakteristika abstrahiert darzustellen, die die

[90] Kap. 3 B. III. 3.

[91] Kap. 6 C. II. 3. d).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

klassischen Zurechnungsdogmen herausfordern und für spezifische Formen digitaler Kommunikation jenseits der Anbieter (innerhalb) sozialer Netzwerke Bedeutung erlangen können. Dabei ist es zum einen das Ziel, erste Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu diesen anderen digitalen Kommunikationsmitteln anhand der Charakteristika aufzuzeigen. Zum anderen bietet die von den zusammenfassenden Thesen abweichende Darstellungsform die Möglichkeit, verschiedenartige Beziehungen von allgemeinen Zurechnungsregeln und hier gefundenen (und abgelehnten) Lösungen der Zurechnungsfragen im Medienstrafrecht darzustellen. Grob lassen sich drei solcher Relationen unterscheiden: *Erstens* Bereiche, in denen allgemeine Zurechnungsfiguren aufgrund der Charakteristika nicht anwendbar sind oder einer Modifikation bedürfen. *Zweitens* (in entgegengesetzter Richtung) Felder, in denen medienstrafrechtsdogmatische Sonderwege beschritten werden, die sich nicht oder kaum begründen lassen. Und *drittens* Fälle, in denen Charakteristika digitaler Kommunikation uns praktischen Anlass bieten, allgemeine Zurechnungsregeln generell zu hinterfragen.

Insgesamt ist mit der nachfolgenden abstrahierten Zusammenführung die Hoffnung verbunden, einen anschlussfähigen Ausgangspunkt zu einer vertieften Reflexion des Allgemeinen Teils des Medienstrafrechts liefern zu können.[92]

1. Permanenz und Beherrschbarkeit

Die erste Besonderheit digitaler Kommunikation, die in der Untersuchung wiederholt Fragen aufgeworfen hat, ist die der permanenten Speicherung und Sichtbarkeit von Inhalten sowie ihre Beherrschbarkeit durch die verschiedenen Akteure. Sie ist Ausgangspunkt für eine Unterlassensstrafbarkeit aufgrund unterlassener Löschung durch die Anbieter bzw. ihrer Moderatoren, wenn der ‚mediale Unrat' weiter innerhalb der eröffneten Kommunikationsräume Wirkung entfaltet. Vergleiche zum Abfallstrafrecht und der Frage, ob der Grundstückseigentümer wegen unterlassener Beseitigung des durch Dritte abgelagerten Abfalls strafbar sein könnte, zeigten sich hier als gewinnbringend.[93]

In gleichem Maße kann dieses Charakteristikum den Blick auf eine dem aktiven Tun nachfolgende Unterlassungsstrafbarkeit der sich Äußernden (Content-Provider) selbst lenken. Zwar verliert diese Unterlassensstrafbarkeit für die Content-Provider auf Konkurrenzebene ihre praktische Relevanz; für andere Akteure aber könnte sie von Bedeutung bleiben. Die permanente Sichtbarkeit der Inhalte ist dabei nämlich insbesondere im (teil-)öffentlichen Kommunikationsraum gleichzeitig Ausgangspunkt für Fragen der Teilnahmefähigkeit durch technische Verbreitungen (Links und netzwerkspezifische Annotationen wie das Liken und Teilen).

[92] Die Arbeit an einem solchen wurde auch von *M. Heinrich*, ZUM 2023, 722, 723 befürwortet.

[93] Vgl. Kap. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die deliktsspezifischen Ausführungen, insbesondere zur Möglichkeit einer Vertiefung der Rechtsgutsbeeinträchtigung können damit auch jenseits der Anbieter zu dogmatischen Klärungen beitragen. Gerade dort, wo Kommunikationsdelikte auf die für Zurechnungsfragen bedeutenden Charakteristika zu durchmustern sind, kann sich so das Versprechen eines Allgemeinen Teils einlösen, zur Rationalisierung ‚vor der Klammer' beizutragen. Gleichzeitig gibt dieses Vorgehen Anlass, hergebrachte Deliktstypologien, namentlich die schlichten Tätigkeits- und Dauerdelikte als solche und in ihrer Relevanz für Zurechnungskomplexe in Frage zu stellen.[94]

2. Distanz

Zweites Charakteristikum der digitalen Kommunikation ist regelmäßig die besondere Distanz zu den Inhalten. Sie stellt, wie beim automatisierten Betrieb von Angeboten gesehen, anders als die Permanenz und Beherrschbarkeit, keinen zurechnungsbegründenden, sondern tendenziell zurechnungsbegrenzenden Aspekt dar. Ausnahmen von einer entsprechenden Distanz finden sich in den Konstellationen des Freigabevorbehalts, bei denen der konkrete Inhalt wahrgenommen wird und eine besondere Nähe zu presserechtlichen Konstellationen zu erkennen ist.[95]

Automatisierungsbedingte Distanzen lassen sich auch bei anderen Phänomenen der digitalen Kommunikation entdecken: Besonders auffällig ist sie bei Social Bots, die eigenständig Inhalte generieren oder in sozialen Netzwerken bestehende Inhalte verbreiten. Hier treten nicht prinzipiell eigenverantwortliche Dritte zwischen den Anbieter einer automatisierten Infrastruktur und den Inhalt, sondern das automatisierte und (teil-)autonom handelnde technische Werkzeug als solches.[96] Bei Verlinkungen dürfte hinsichtlich des Distanzcharakteristikums zu differenzieren sein: Sie ähneln einerseits der Konstellation des Freigabevorbehalts durch Anbieter, bei der die Handlung des Verlinkens auf einen spezifischen Inhalt oder ein Medienangebot konkretisiert ist;[97] in solchen Fällen lässt sich die automatisierungsbedingte Distanz gerade nicht erkennen. Andererseits kann der Inhalt eines verlinkten Medienangebots hin zur strafrechtlichen Relevanz oder innerhalb dieser verändert werden. Die Distanz zum verlinkten Inhalt kann sich also über die Zeit aufbauen. Aus der Distanz folgend lassen sich nun generell zwei zurechnungslimitierende Faktoren und ein zurechnungsdifferenzierender Faktor abschichten:

a) Neutralität von Kommunikationstechnologie

Erstens kann sich die durch Automatisierung bedingte Distanz insbesondere bei gemischt genutzten und nutzbaren Kommunikationsmitteln auswirken: So können in

[94] Zu schlichten Tätigkeitsdelikten Kap. 6 A. I. 3.; zu den Dauerdelikten Kap. 6 B. II.

[95] Vgl. dazu nur Kap. 5 B. III. 1. a) bb) (1).

[96] Vgl. dazu die knappen Ausführungen und Nachweise bei Kap. 5 B. II. 1. a).

[97] Darauf sind die Ausführungen bei Kap. 5 B. III. 3. bezogen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Angeboten innerhalb sozialer Netzwerke und ebenso Handelsplattformen, aber auch durch Social Bots und innerhalb zuvor verlinkter Medienangebote sowohl rechtswidrige als auch neutrale oder gar wünschenswerte Inhalte verbreitet werden.

Das führt letztlich zu Fragen, wie erlaubte von unerlaubten Risiken abzuschichten sind. Sie sind besonders im Rahmen der objektiven Zurechnung zu verhandeln und haben dabei medienrechtliche Wertungen und Vorfilterwirkungen einzubeziehen.[98] Insbesondere dort, wo es, wie im Falle von Social Bots, an einer außerstrafrechtlichen Regulierung (noch) weitgehend fehlt, sind bei einer Vermessung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit eigene Abwägungsprinzipien zu entwickeln. Sie entlang der Providerregulierung des DSA und des DDG zu konzipieren, könnte dabei nur ein erster methodischer Schritt sein.[99] So lässt sich die Frage stellen, inwiefern bei Social Bots auf die Kenntnis der Abgabe einzelner oder vermehrt rechtswidriger Inhalte i. S. d. Art. 6 Abs. 1 DSA abzustellen ist. Indessen dürften bei solchen Parallelführungen schon die Prämissen zu hinterfragen sein: Ist der Verwender von nicht gekennzeichneten Social Bots, die die digitale Sphäre mit Inhalten überfluten können, überhaupt in einem ähnlichen Maße schützenswert wie die Provider? Oder liegt in der ‚technischen Vervielfältigung der eigenen Stimme' ein kaum schützenswertes Interesse? Und: Zwingt nicht die Programmierbarkeit eines Social Bots – im Gegensatz zum freien Willen der Nutzer von Angeboten innerhalb sozialer Netzwerke und Handelsplattformen – schon zu einem Einbau von Gefahrenverhütungsmaßnahmen? Letztlich: Ist der neutrale Bot-Einsatz überhaupt denkbar?[100] Solche Fragen, die sich aus der Gemeinsamkeit ergeben, dass Kommunikationstechnologie im Abstrakten zu rechtswidrigen wie neutralen Zwecken genutzt werden kann, können hier nur noch aufgeworfen werden. Sie verdienen (weitere) eigene, im besten Falle mit Blick auf andere Kommunikationsmittel vergleichende Untersuchungen.

Was hingegen schon in der Untersuchung gezeigt werden konnte, ist, dass bestimmte für die Dogmatik des Allgemeinen Teils entwickelte Figuren distanzbedingt kaum noch fruchtbar gemacht werden können. Das gilt etwa für die Figur der neutralen (Beihilfe-)Handlung, bei der nach h. M. gemischt subjektiv-objektiv nach Konkretisierungen einer abstrakt neutralen Massenhandlung gesucht wird. Solche Differenzierungen im Einzelfall lassen sich etwa bei Anbietern innerhalb sozialer

[98] Kap. 5 B. I. 1. a).

[99] Für Hyperlinks stellte sich schon unter der ECRL bzw. dem TMG die Frage, ob sie als Access- oder Host-Provider mit Privilegierungsfolgen eingeordnet werden (vgl. m. w. N. nur *Hambel*, Verlinkung, S. 54 ff.). Zum Schweigen des DSA *Spindler*, MMR 2023, 73, 78; vgl. auch *Hofmann*, in: NK-DSA, Art. 3 Rn. 61.

[100] Ausgehend vom Grundgedanken der Providerprivilegierung, dass grundsätzlich nicht für durch Dritte begangene Handlungen gehaftet werden soll (*Hofmann*, in: NK-DSA, Art. 3 Rn. 62), ist schon grundsätzlich die Frage zu stellen, inwiefern die (teil-)autonomen Handlungen von Bots normativ mit Handlungen anderer Menschen gleichzusetzen sind.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Netzwerke und Handelsplattformen – so die hier aufgestellte These – distanzbedingt schlicht nicht mehr vornehmen.[101]

b) Multifunktionalität von Beitragshandlungen im Unerlaubten

Zweitens ist eine durch die automatisierungsbedingte Distanz zurechnungseinschränkende Wirkung auch dann zu erkennen, wenn der Einsatz eines Kommunikationsmittels insgesamt rechtlich nicht mehr erlaubt ist. Denn die genannten digitalen Kommunikationsmittel sind auch im Bereich des Unerlaubten multifunktional. Ihre Potenziale bei der Verbreitung von Inhalten (und im Falle der Social Bots sogar: Generierung von Inhalten) sind nicht auf bestimmte Kommunikationsinhalte beschränkt.

Das kann, wie gesehen, im Falle der digitalen Infrastrukturen (Angebote innerhalb sozialer Netzwerke und Handelsplattformen) schon im Rahmen der objektiven Zurechnung die Frage aufwerfen, ob das, was das Risiko ins Unerlaubte hebt (a)) in einem hinreichenden Zusammenhang zu dem verwirklichten Delikt steht. Denn alle möglichen Inhalte sind in die spezifische Verbreitungswirkung der digitalen Kommunikationsmittel eingespannt; doch kann diese Verbreitungswirkung selbst nicht in allen Fällen ein unerlaubtes Risiko begründen. So wurde gezeigt, dass der die Unerlaubtheit des Risikos einer Infrastruktur insgesamt begründende Anreiz zur Verbreitung von harter Pornographie in keinem besonderen Risikozusammenhang zur Verbreitung von volksverhetzenden Inhalten stehen muss, ja selten stehen wird.[102] Zwar mag sich für den Einsatz von Social Bots i. R. d. Zurechnungszusammenhangs das Anreizkriterium auf den ersten Blick nicht einfügen wollen, doch auch dort ließe sich nach dem Zusammenhang von Programmierung und Inhalten schon auf objektiver Ebene fragen.

Den genannten digitalen Kommunikationsmitteln dürften jedoch die Probleme jedenfalls auf Ebene der subjektiven Zurechnung gemein sein. Denn die Distanz zum Inhalt bedingt in beachtlicher Weise eine Unschärfe des Vorstellungbildes bei den Anbietern innerhalb sozialer Netzwerke ebenso wie bei Betreibern von Handelsplattformen, den über längere Zeit verlinkenden Personen und den Nutzern von Social Bots. Diese Beobachtung dürfte die Frage nach der Mindestkonkretisierung des Vorsatzes in Zukunft praktisch bedeutend werden lassen; und zwar unabhängig von der Beteiligungsformfrage (insbesondere: unmittelbare Täterschaft oder Beihilfe).[103] Die Untersuchung hat vor diesem Hintergrund versucht, die allgemeine Vorsatzdogmatik zu befragen und verfolgt ausgehend von § 16 StGB eine (von der h. M. erheblich abweichende) „Radikallösung“[104]: Der Vorsatz ist *nur* und zugleich *streng* tatbestandsbezogen.

[101] Vgl. oben eingehend Kap. 5 B. I. b).

[102] Vgl. Kap. 5 A. I. 2.

[103] Kap. 5 B. II. 1.

[104] Vgl. erneut *Loos*, JR 1997, 297, 299.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Distanzbedingte Unschärfen im innertatbestandlichen Bereich (Unrechtsdimension und Lebenskonkreta) sind danach unbeachtlich.[105] Dieser These kommt entscheidende Bedeutung für die subjektive Zurechnung von Inhalten zu, die mittels Social Bots generiert und verbreitet oder innerhalb von rechtswidrig ausgerichteten Angeboten innerhalb sozialer Netzwerke oder Handelsplattformen durch eigenverantwortliche Nutzer verbreitet werden. Zeitgleich lässt diese „Radikallösung" die Bedeutung des telemedienrechtlichen Vorfilters und seiner Begrenzung durch das Neutralitätskriterium für das Strafrecht besonders relevant werden, weil das normimmanente Programm des Art. 6 Abs. 1 DSA auf die konkrete Kenntnis abstellt.

Die andere Seite der durch die Untersuchung zur Diskussion gestellten „Radikallösung" zum Vorsatz, nämlich die *strenge* Tatbestandsbezogenheit wird ebenfalls besonders praktisch relevant und durch die technisch bedingte Distanz der digitalen Kommunikationsmittel herausgefordert. Denn die in der Untersuchung vor allem betrachteten Kommunikationsdelikte weisen eine starke inhaltliche Nähe zueinander auf.[106] Vorstellungsunschärfen hinsichtlich der Begehung etwa von §§ 111, 130, 140, 185, 192a StGB können schon durch minimale Abweichungen in der Formulierung des Inhalts auftreten. Hier bietet die Arbeit mit der Figur des dolus alternativus einen Ausgangspunkt für sich anschließende Untersuchungen und für die Rechtsprechung im Medienstrafrecht.[107] Nicht weiter entfaltet wurde die insbesondere für die Kommunikationsdelikte relevante Frage[108], inwiefern Vorstellungsunschärfen und -abweichungen bzgl. Tatbestandsalternativen dem als unproblematisch bewerteten innertatbestandlichen oder dem für grundsätzlich problematischer befundenen zwischentatbestandlichen Bereich zugeordnet werden.[109]

Sollte sich die Praxis in Zukunft nicht der hier verfolgten „Radikallösung" annähern, so könnte sich der Gesetzgeber veranlasst sehen, zur Schließung von Strafbarkeitslücken weitere Straftatbestände im Bereich der digitalen Kommunikationsmittel, ähnlich dem § 127 StGB zu schaffen. Sie könnten – so wie § 127 StGB – die beschriebenen distanzbedingten Zurechnungshürden innerhalb des insgesamt unerlaubten Risikos jedenfalls größtenteils einebnen. Nicht behauptet werden soll für die jeweiligen Kommunikationsmittel, dass Neukriminalisierungen bei Beachtung der „Radikallösung" damit pauschal als nicht geboten einzuordnen wären. Schließlich lässt sich ebenso wie bei Plattformen[110] an eine verbesserte Abbildung des materiellen Unrechts durch die breitenwirksamen Instrumente den-

[105] Kap. 5 B. II. 2.

[106] Anders liegt es bspw. hinsichtlich speziell auf Kinderpornographie ausgerichteten Handelsplattformen oder Sharehostingdiensten, die sich gerade auf urheberrechtswidrige Verbreitungen „spezialisieren". Dort liegen Unschärfen und Abweichungen im Vorstellungsbild typischerweise nicht im zwischentatbestandlichen Bereich.

[107] Kap. 5 B. II. 3.

[108] Man denke nur an das vielfältige tatbestandliche Programm des § 130 Abs. 1 StGB.

[109] Die wohl vielversprechendste Differenzierung bietet bislang *Tsai*, Tatbestandsalternativen, passim an.

[110] Dazu exkursorisch Kap. 5 C.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ken (dazu sogleich 3.). Sieht man aber die technisch vermittelte Distanz zur Tat bei digitalen Kommunikationsmitteln als Anlass, überkommene Annahmen zu den Mindestanforderungen der Vorsatzkonkretisierung kritisch zu überprüfen, so lassen sich kaum noch Strafbarkeitslücken entdecken.

c) Besondere Handlungschronologie

Drittens sei als zurechnungsdifferenzierender Aspekt, der auf die automatisierungsbedingte Distanz zurückgeht, die Handlungschronologie genannt. Sie wirft insbesondere Fragen im Rahmen der Verhaltens- und Beteiligungsform auf:

Hinsichtlich der Verhaltensformfrage ergibt sich sowohl bei Anbietern innerhalb sozialer Netzwerke als auch bei Handelsplattformen die Frage, ob an die aktive Inbetriebnahme der Infrastruktur, unterlassene Anpassungen insgesamt oder die Löschung einzelner Inhalte anzuknüpfen ist. Es wurde zu diesem Zwecke versucht, auf Grundlage der Konkurrenzlösung ein differenziertes Bild zu zeichnen, das auch sukzessive aktive Betriebshandlungen berücksichtigt.[111] Diese Differenzierung dürfte dabei weniger Erkenntnisgewinn für die Behandlung des Linksetzens bringen, lassen sich dort doch kaum weitere aktive Handlungen nach initialer Linksetzung ausmachen. Brauchbar könnte sich das Bild aber als Vorlage für die Verhaltensformfrage bei Social Bots erweisen, deren Programmierung nicht von vornherein ein rechtlich unerlaubtes Risiko darstellt, sondern ein eigenständiges ‚Erlernen' der Kommunikation innerhalb bestimmter Räume zum Ziel hat. Hier könnten sich Ähnlichkeiten zur Konstellation der pervertierten Plattform ergeben und weitere aktive Handlungen des Nutzers zu berücksichtigen sein. Letztlich zeigen sich internetspezifische Sonderwege da, wo das Energiekriterium modifiziert wird, um auch den automatisierten Ablauf (von Plattformen, denkbar aber auch für Social Bots) als ein dauerhaftes aktives, nur maschinenvermitteltes Tun zu begreifen. Dabei handelt es sich jedoch, wie gesehen, um eine zweifelhafte Ausnahme von allgemeinen Grundsätzen.[112]

Noch deutlicher zeigen sich distanzbedingte Besonderheiten in der Handlungschronologie bei der Beteiligungsformfrage. Sie werden bei Anbietern innerhalb sozialer Netzwerke sowie Betreibern von Handelsplattformen in einer Abwendung vom Tatherrschaftskriterium sichtbar. So scheint die überwiegende Auffassung allein auf das Gewicht der Tathandlung und die rechtswidrige Ausrichtung zu blicken, wenn angenommen wird, dass die Anbieter die öffentliche Zugänglichmachung von Inhalten durch Dritte in unmittelbarer Täterschaft begehen. Auch hier scheint ein Sonderweg für Provider, wie gezeigt, nicht gangbar.[113] Die besondere Handlungschronologie bereitet dabei auch für die Annahme einer funktionellen Tatherrschaft

[111] Kap. 4 B. III.

[112] Vgl. dazu Kap. 4 B. II. 2.

[113] Dazu Kap. 5 B. III. 1. a).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

im Rahmen des § 25 Abs. 2 StGB kaum zu überwindende Hürden[114] und lässt erste Ansätze der Rechtsprechung erahnen, die in ihrer Konsequenz die Grundsätze der Organisationsherrschaft i. R. d. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB bedenklich ausdehnen[115].

Beim Linksetzen auf einen rechtswidrigen Inhalt ist die Handlungschronologie indessen umgekehrt: Der Inhalt ist bereits durch den Content-Provider veröffentlicht und die Verlinkung erweitert die Öffentlichkeit sodann. Die sich dort stellenden Probleme hängen wiederum mit dem Tatherrschaftskriterium zusammen[116], während bei der Begehung von Inhaltsverbreitungsdelikten durch Social Bots, die in der Untersuchung nicht weiter vertiefte Frage relevant wird, ob die Bots als eigenverantwortliche Haupttäter behandelt werden können. Geht es um die Beteiligungsformfrage bei persönlichen Äußerungsdelikten, so fordert die besondere Handlungschronologie sowohl bei Plattformen als auch bei Social Bots und Verlinkungen veränderbarer Medieninhalte zu der neuartigen Frage auf, ob sich eine Äußerung zu eigen machen kann, wer sie noch nicht konkret kennt.[117]

Letztlich kann die besondere Handlungschronologie bei der Beteiligungsformfrage im Unterlassen eine Weiterentwicklung der Tatherrschaftslehre herausfordern: Veröffentlicht der Content-Provider einen Inhalt und geht es um die potenzielle Tatherrschaft (Stichwort: Löschungsherrschaft) durch die Anbieter nach Kenntnisnahme, so kann diese Löschung, also die gebotene Handlung ohne weiteres am Content-Provider vorbeilaufen; der Content-Provider hat seine aktive Gestaltungsherrschaft aufgegeben. Befürwortet man, wie hier, die Lehre vom Tatherrschaftswechsel, so könnte bei der normativen Relationierung der Herrschaftssphären zu berücksichtigen sein, dass eben auch dem Content-Provider eine Löschungsherrschaft verbleibt, nachdem er das Geschehen ‚aus den Händen gegeben hat'; seine aktive Tatherrschaft wandelt sich in eine potenzielle Tatherrschaft, die mit der des Anbieters identisch ist. Es wird daher vorgeschlagen, diese hier sog. Tatherrschaftswandlung auf Seiten des Content-Providers einem Tatherrschaftswechsel zum Anbieter entgegenstehen zu lassen.[118] Diese These lässt sich zwar auch außerhalb des Digitalen finden, bedarf aber etwa am Beispiel der Freiheitsberaubung reichlich konstruierter Konstellationen. Im medienstrafrechtlichen Bereich könnte sie aber aufgrund der Permanenz der Inhalte und ihrer Beherrschbarkeit durch mehrere Akteure und der spezifischen Handlungschronologie erheblich an praktischer Relevanz gewinnen. Sie sei deshalb mit den entsprechenden Ausführungen zur Diskussion gestellt.

[114] Kap. 5 B. III. 1. b).
[115] Kap. 5 B. III. 1. c).
[116] Vgl. dazu Kap. 5 B. III. 3. a).
[117] Dazu Kap. 5 B. III. 2. e).
[118] Vgl. Kap. 6 D. I. 2. e) dd) (2).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. Multiplikationswirkung

Das abschließend drittgenannte Charakteristikum ist die Multiplikationswirkung der digitalen Kommunikationsmittel. Es wurde am Beispiel der Anbieter – aber auch mit den Handelsplattformen vergleichend – gezeigt, dass ihre Infrastruktur eine Vielzahl von Straftaten Dritter incentivieren kann. Konkurrenzrechtlich ist dabei zu beachten, dass der Betrieb des Angebots dennoch als einzelne Handlung verstanden wird und daher eine tateinheitliche Verurteilung vorzunehmen ist. Nichts anderes gilt, wenn – die Identität der adressierten Akteure unterstellt – die Inhalte anschließend einzeln wahrgenommen und nicht gelöscht werden, weil die hier verfolgte Konkurrenzlösung diese eigentlich tatmehrheitlichen Unterlassungen der Löschung jeweils hinter dem aktiven Tun zurücktreten lassen. Unter anderem aufgrund dieser konkurrenzrechtlichen ‚Vereinzelung' des Anbieterbeitrages bei Multiplikationswirkung wurde eine Ausweitung des § 127 StGB (ohne Subsidiaritätsklausel) auf Kommunikationsdelikte erwogen. Eine solche könnte den materiellen Unrechtsgehalt der sich multipel realisierenden Anreizwirkung ggf. besser erfassen, begegnet aber ersten, nur kursorisch skizzierten Bedenken.[119]

Über die Plattformverantwortlichkeit hinausgehend ist die Multiplikationswirkung auch ein Charakteristikum von Social Bots. Auch sie werden im Zweifel durch einen Akt in Gang gesetzt und produzieren, schon ihrem Zweck entsprechend zahlreiche Inhalte. Auch dort fragt sich nun, ob konkurrenzrechtliche Bewertungen (anders als bei den Anbietern und Plattformbetreibern aber nicht beteiligungsrechtliche Befunde) Grund für eine eigenständige Kriminalisierung zum Zwecke der besseren Abbildbarkeit des Unrechtsgehalts angebracht sein könnten. Dem Charakter eines Ausblicks geschuldet, kann diese Fragestellung, wie schon die vorangegangenen, nur aufgeworfen und an ein gemeinsames Charakteristikum der Digitalkommunikation zurückgebunden werden.

[119] Kap. 5 C.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Literaturverzeichnis

Achenbach, Hans/*Ransiek*, Andreas/*Rönnau*, Thomas (Hrsg.): Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl., Heidelberg 2024

Adelberg, Philipp Nikolaus: Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke – Zum Umgang mit nutzergenerierten Inhalten, Berlin 2020

Almada, Marco/et al.: Opportunities and Limits of European Social Network Regulation, in: Spiecker gen. Döhmann, Indra/Westland, Michael/Campos, Ricardo (Hrsg.), Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert – zur Macht des Digitalen, Baden-Baden 2022, S. 327 ff.

Altenhain, Karsten: Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzess, Frankfurt a. M. 1994

Altenhain, Karsten: Die strafrechtliche Verantwortung für die Verbreitung mißbilligter Inhalte in Computernetzen, CR 1997, S. 485 ff.

Altenhain, Karsten: Vorbedingungen der Tatbestandsmäßigkeit, in: Paeffgen, Hans-Ullrich/Böse, Martin/Kindhäuser, Urs (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion – Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 343 ff.

Ambos, Kai: Beihilfe durch Alltagshandlungen, JA 2000, S. 721 ff.

Arzt, Gunther: Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, S. 712 ff.

Arzt, Gunther/*Weber*, Ulrich/*Heinrich*, Bernd/*Hilgendorf*, Eric: Strafrecht Besonderer Teil, Bielefeld 2021 [zit. als *Bearbeiter*, in: A/W/H/H]

Bächer, Theresa: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betreibers einer Plattform im Darknet, Berlin 2024

Bachmann, Mario: Eine neue Dynamik für das StGB? – Die vierte „Große Koalition" und die geplanten Reformen des Kernstrafrechts, NK 2018, S. 129 ff.

Bachmann, Mario: Rezension zu Andreas Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung – Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, Berlin 2009, ZIS 2010, S. 349 f.

Bachmann, Mario/*Arslan*, Nergiz: „Darknet"-Handelsplätze für kriminelle Waren und Dienstleistungen: Ein Fall für den Strafgesetzgeber?, NZWiSt 2019, S. 241 ff.

Bachmann, Mario/*Eichinger*, Matthias: Täterschaft beim Unterlassungsdelikt, JA 2011, S. 105 ff.

Bartl, Moritz/*Moßbrucker*, Daniel/*Rückert*, Christian: Angriff auf die Anonymität im Internet – Folgen des sogenannten „Darknet-Paragraphen" als § 126a Strafgesetzbuch für die rechtliche Praxis – und Kollateralschäden seines Einsatzes für die Presse-, Meinungs- und Telekommunikationsfreiheiten (https://www.reporter-ohne-grenzen.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Internetfreiheit/20190630_Darknet_Paragraf_StN-Bartl-Mossbrucker-Rueckert.pdf) (letzter Abruf am 10. 5. 2024)

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Barton, Dirk: Multimedia-Strafrecht – Ein Handbuch für die Praxis, Neuwied 1999

Bauer, Sebastian: Soziale Netzwerke und strafprozessuale Ermittlungen, Berlin 2018

Baumann, Jürgen: Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bielefeld 1968

Baumann, Jürgen: Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963, S. 125 ff.

Baumann, Jürgen/*Weber*, Ulrich/*Mitsch*, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Bielefeld 1995

Baumann, Jürgen/*Weber*, Ulrich/*Mitsch*, Wolfgang/*Eisele*, Jörg: Strafrecht Allgemeiner Teil – Lehrbuch, 13. Aufl., Bielefeld 2021 [zit. als *Bearbeiter*, in: B/W/M/E]

Bechtel, Alexander: Die neutrale Handlung – Problemfeld im Rahmen des Förderungsbeitrags iSd § 27 StGB, JURA 2016, S. 865 ff.

Beck, Klaus/*Jünger*, Jakob: Soziologie der Online-Kommunikation, in: Schweiger, Wolfgang/Beck, Klaus (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation, 2. Aufl., Wiesbaden 2019, S. 7 ff.

Beck, Susanne: Digitale Rekonstruktionen von „Wirklichkeit" – Social Bots und gekaufte Follower als betrugsrelevante Täuschungen, in: Beck, Susanne/Kusche, Carsten/Valerius, Brian (Hrsg.), Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht – Festgabe zum 10-jährigen Bestehen der Forschungsstelle RobotRecht, Baden-Baden 2020, S. 401 ff.

Beck, Susanne: Standardisiertes Outsourcing – Zur Bedeutung nichtstaatlicher Normen für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, ZStW 2019, S. 967 ff.

Beck, Susanne/*Nussbaum*, Maximilian: Die Beihilfe- und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit eines DarkNet-Plattformbetreibers – Zugleich Besprechung von LG Karlsruhe, Urteil vom 19. 12. 2018 – 4 KLs 608 Js 19580/17, HRRS 2020, S. 112 ff.

Beck, Susanne/*Nussbaum*, Maximilian: Gruppenbezogene Herabsetzungen als Herausforderung für das Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung inhaltlich nicht individualisierter Äußerungen, KriPoZ 2023, S. 218 ff.

Beck, Susanne/*Nussbaum*, Maximilian: Neue Formen regulativer Kooperation – Zum Verhältnis technischer Normen und Gemeinschaftsstandards sozialer Netzwerke zu staatlichem Strafrecht, in: Beck, Susanne/Meder, Stephan (Hrsg.), Jenseits des Staates? – Über das Zusammenwirken von staatlichem und nicht-staatlichem Recht, Göttingen 2021, S. 35 ff.

Beisel, Daniel: Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge – Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des neuen § 130 StGB, NJW 1995, S. 997 ff.

Beisel, Daniel/*Heinrich*, Bernd: Die Strafbarkeit der Ausstrahlung jugendgefährdender Fernsehsendungen, NJW 1996, S. 491 ff.

Beling, Ernst von: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906

Berberich, Matthias/*Seip*, Fabian: Der Entwurf des Digital Services Act, GRUR-Prax 2021, S. 4 ff.

Berndt, Sebastian: Das Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen in Computerspielen im Spiegel des § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB und des Jugendmedienschutzes, Berlin 2023

Bernhard, Lukas/*Ickstadt*, Lutz: Lauter Hass – leiser Rückzug – Wie Hass im Netz den demokratischen Diskurs bedroht, Berlin 2024 (https://kompetenznetzwerk-hass-im-netz.de/wp-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

content/uploads/2024/02/Studie_Lauter-Hass-leiser-Rueckzug.pdf) (letzter Abruf am 10. 5. 2024)

Bidlo, Oliver: Vilém Flusser – Einführung, Essen 2008

Birkmeyer, Karl von: Der Gerichtsstand der begangenen That bei Pressebeleidigungen, DJZ 1899, S. 301 ff.

Biron, Bettina/et al.: Hass-Postings als Form der Cyberkriminalität – eine interdisziplinäre Verortung, in: Rüdiger, Thomas-Gabriel/Bayerl, P. Saskia (Hrsg.), Handbuch Cyberkriminologie 2, Wiesbaden 2023, S. 77 ff.

Bitzilekis, Nikolaos: Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat, ZStW 1987, S. 723 ff.

Blanke, Isabel: Über die Verantwortlichkeit des Internet-Providers – Eine Untersuchung anhand des Teledienstegesetzes sowie nach allgemeinen strafrechtlichen Zurechnungskategorien, Marburg 2006

Bleisteiner, Stephan: Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet – Unter besonderer Berücksichtigung des Teledienstegesetzes und des Mediendienste-Staatsvertrags, Köln 1999

Bliesener, Christian: Rezension von Marlene Wüst, Die Underground Economy des Darknets – Die Strafbarkeit des Betreibens „illegaler" Handelsplattformen, GA 2023, 113 ff.

Bloy, René: Anstiftung durch Unterlassen?, JA 1987, S. 490 ff.

Bock, Dennis: Zur Deliktsnatur der Amtsanmaßung im Speziellen und der Existenz von sog. schlichten Tätigkeitsdelikten im Allgemeinen – Überlegungen anlässlich BGH, Beschl. v. 14. 4. 2020 – 5 StR 37/20 = BGHSt 64, 314 = NJW 2020, 2201, ZIS 2021, S. 193 ff.

Bock, Stefanie/*Harrendorf*, Stefan: Strafbarkeit und Strafwürdigkeit tatvorbereitender computervermittelter Kommunikation, ZStW 2014, S. 337 ff.

Bode, Lorenz: Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 07. Dezember 2021 – 5 StR 329/21, JR 2022, S. 311 ff.

Bode, Thomas: Das Providerprivileg aus §§ 7, 10 TMG als gesetzliche Regelung der Beihilfe durch „neutrale" Handlungen, ZStW 2015, S. 937 ff.

Boese, Oliver: Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Verweisungen durch Links im Internet, Berlin 2000

Bonin, Andreas von/*Köster*, Oliver: Internet im Lichte neuer Gesetze, ZUM 1997, S. 821 ff.

Borges, Georg/*Hilber*, Marc (Hrsg.): BeckOK IT-Recht, 12. Ed., München 2023

Bornkamm, Joachim/*Seichter*, Dirk: Das Internet im Spiegel des UWG – Grenzwerte für die lautere Nutzung eines neuen Mediums, CR 2005, S. 747 ff.

Bosch, Nikolaus: Der Einfluss des Gesetzes sowie materieller Kriterien auf die Entstehung von Garantenpflichten, JURA 2019, S. 1239 ff.

Bosch, Nikolaus: Grundfragen der Begünstigung – Plädoyer für eine vermögensorientierte Restriktion des Tatbestandes, JURA 2012, S. 270 ff.

Bosch, Nikolaus: Hassbotschaften und Hetze im Internet als Aufforderung zu Straftaten?, JURA 2016, S. 381 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Boßmanns, Claudia: Urheberrechtsverletzungen im Online-Bereich und strafrechtliche Verantwortlichkeit der Internet-Provider, Berlin 2003

Boyd, Danah M./*Ellison*, Nicole B.: Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship, Journal of Computer-Mediated Communication 2008, S. 210 ff.

Brammsen, Joerg/*Apel*, Simon: Anstiftung oder Täterschaft? „Organisationsherrschaft" in Wirtschaftsunternehmen, ZJS 2008, S. 256 ff.

Brand, Christian: Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21, NJW 2021, S. 2981 f.

Bredler, Eva Maria/*Markard*, Nora: Grundrechtsdogmatik der Beleidigungsdelikte im digitalen Raum, JZ 2021, S. 864 ff.

Bremer, Karsten: Strafbare Internet-Inhalte in internationaler Hinsicht – Ist der Nationalstaat wirklich überholt?, Frankfurt a. M. 2001

Brettel, Hauke/*Schneider*, Hendrik: Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2021

Breuer, Barbara: Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf exterritorial handelnde Internet-Benutzer, MMR 1998, 141 ff.

Brodowski, Dominik: Anonyme Ehrverletzungen in Internetforen – Ein Lehrstück strafrechtlicher (Fehl-)Regulierung, JR 2013, S. 513 ff.

Brodowski, Dominik: Digitalisierung als Herausforderung und Zukunftsaufgabe für das materielle Strafrecht, in: Engelhart, Marc/Kudlich, Hans/Vogel, Benjamin (Hrsg.), Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention – Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag, Berlin 2021, S. 727 ff.

Brodowski, Dominik: 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-Drs. 19/28175), 2021

Brodowski, Dominik: Sukzessive Beteiligung und Tätige Reue, ZStW 2021, S. 913 ff.

Brown, Alexander: What is so special about online (as compared to offline) hate speech?, Ethnicities 2018, S. 297 ff.

Buchheim, Johannes: Der Kommissionsentwurf eines Digital Services Act – Regelungsinhalte, Regelungsansatz, Leerstellen und Konfliktpotential, in: Spiecker gen. Döhmann, Indra/Westland, Michael/Campos, Ricardo (Hrsg.), Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert – zur Macht des Digitalen, Baden-Baden 2022, S. 249 ff.

Burkhardt, Emanuel (Hrsg.): Presserecht – Kommentar zu den deutschen Landespressegesetzen mit systematischen Darstellungen zum pressebezogenen Standesrecht, Anzeigenrecht, Urheber- und Verlagsrecht, Arbeitsrecht, Titelschutz, Mediendatenschutz, Presse-Strafverfahrensrecht des Bundes, Jugendmedienschutz und Steuerrecht, 7. Aufl., München 2023 [zit. als *Bearbeiter*, in: Löffler]

Büscher, Patrick: Zur Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes (zu Scheffler, JuS 1997, 598 ff.), JuS 1998, S. 384 ff.

Busching, Michael: Der Begehungsort von Äußerungsdelikten im Internet – Grenzüberschreitende Sachverhalte und Zuständigkeitsprobleme, MMR 2015, S. 295 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Busse-Muskala, Veit: Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Informationsvermittler im Netz – Eine Untersuchung zur Strafbarkeit der Anbieter von Hyperlinks und Suchmaschinen, Münster 2006

Carvalho, Julio/*Negócio*, Ramon: Wer macht die Regeln? Zur emergenten Normativität der digitalen Plattformen, RW 2021, S. 452 ff.

Ceffinato, Tobias: Bereitstellen krimineller Infrastruktur im Internet, ZRP 2019, S. 161 ff.

Ceffinato, Tobias: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internetplattformbetreibern, JuS 2017, S. 403 ff.

Ceffinato, Tobias: Hate Speech zwischen Ehrverletzungsdelikten und Meinungsfreiheit, JuS 2020, S. 495 ff.

Ceffinato, Tobias: Zur Regulierung des Internet durch Strafrecht bei Hass und Hetze auf Onlineplattformen, ZStW 2020, S. 544 ff.

Chen, Jyh-Huei: Das Garantensonderdelikt – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte und der Sonderdelikte, Berlin 2006

Chmelík, Tomas: Social Network Sites – Soziale Netzwerke – Verantwortlichkeit für nutzergenerierte Inhalte unter besonderer Berücksichtigung der Störerhaftung, Baden-Baden 2016

Cirener, Gabriele/et al. (Hrsg.): Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 1, Band 2, Band 4, Band 7, Band 8, Band 9, Band 10, Band 17, Band 18, 13. Aufl., Berlin 2020, 2020, 2019, 2020, 2020, 2021, 2023, 2020, 2021 [zit. als *Bearbeiter*, in: LK-StGB]

Citron, Danielle Keats: Hate Crimes in Cyberspace, Harvard 2014

Clausen, Bodo: Die umweltgefährdende Abfallbeseitigung durch Unterlassen (§§ 326 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB) – Ein Beitrag zur Dogmatik der Umwelt- und der Unterlassungsdelikte, Baden-Baden 2000

Conradi, Ulrich/*Schlömer*, Uwe: Die Strafbarkeit der Internet-Provider, – 2. Teil –, NStZ 1996, S. 472 ff.

Cording, Sebastian: Der Strafklageverbrauch bei Dauer- und Organisationsdelikten, Berlin 1993

Czychowski, Christian/*Nordemann*, Jan Bernd: Grenzenloses Internet – entgrenzte Haftung? – Leitlinien für ein Haftungsmodell der Vermittler, GRUR 2013, S. 986 ff.

Dahs, Hans: Strafrechtliche Haftung des „Zustandsstörers" für Altlasten?, Bender, Bernd (Hrsg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz – Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, München 1993, S. 475 ff.

Dannecker, Gerhard: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern im Internet, in: Hohl, Michael/Leible, Stefan/Sosnitza, Olaf (Hrsg.), Vernetztes Recht – Das Internet als Herausforderung an eine moderne Rechtsordnung, Stuttgart 2002, S. 129 ff.

Danwitz, Hanne Christiane von: Ist die Mittäterschaft abhängig von einem gemeinsamen Tatentschluß der Beteiligten?, Bonn 1994

Dehne-Niemann, Jan: Anm. zu BGH, Beschl. v. 28.01.2020 – 4 StR 303/19, StV 2020, S. 397 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Demus, Christoph/et al.: Automatische Klassifikation offensiver deutscher Sprache in sozialen Netzwerken, in: Jaki, Sylvia/Steiger, Stefan (Hrsg.), Digitale Hate Speech – Interdisziplinäre Perspektiven auf Erkennung, Beschreibung und Regulation, Berlin 2023, S. 65 ff.

Demus, Christoph/et al.: Hass im Netz – Aggressivität und Toxizität von Hasskommentaren und Postings, Detektion und Analyse, in: Rüdiger, Thomas-Gabriel/Bayerl, P. Saskia (Hrsg.), Handbuch Cyberkriminologie 1, Wiesbaden 2023, S. 261 ff.

Derksen, Roland: Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft, GA 1993, S. 163 ff.

Derksen, Roland: Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen verbreitete Daten mit strafbarem Inhalt, NJW 1997, S. 1878 ff.

Detlefsen, Sonja: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für das Setzen von Hyperlinks nach deutschem Recht – Mit einem Vergleich zur österreichischen Rechtslage, Erlangen 2006

Doerbeck, Caprice: Cybermobbing – Phänomenologische Betrachtung und strafrechtliche Analyse, Berlin 2019

Doerbeck, Caprice: Zum Erfordernis der Anhebung der Höchststrafdrohung öffentlicher Beleidigungen, JR 2021, S. 54 ff.

Dolata, Ulrich: Privatisierung, Kuratierung, Kommodifizierung: Kommerzielle Plattformen im Internet, Stuttgart 2018

Dolata, Ulrich/*Werle*, Raymund: „Bringing technology back in" – Technik als Einflussfaktor sozioökonomischen und institutionellen Wandels, in: Dolata, Ulrich/Werle, Raymund (Hrsg.), Gesellschaft und die Macht der Technik – Sozioökonomischer und institutioneller Wandel durch Technisierung, Frankfurt a. M. 2007, S. 15 ff.

Dregelies, Max: Verbraucherschutz im Digital Services Act, VuR 2023, S. 175 ff.

Dreher, Eduard: Der Paragraph mit dem Januskopf, in: Lackner, Karl/Leferenz, Heinz/Schmidt, Eberhard/Welp, Jürgen/Wolff, Ernst A. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 307 ff.

Dreier, Thomas/*Leistner*, Matthias: Urheberrecht im Internet – Die Forschungsherausforderungen, GRUR 2013, S. 881 ff.

Drenkhahn, Kirsten/*Momsen*, Carsten/*Diederichs*, Laura Farina: Organisationsdelikte und Beteiligungsstrafbarkeit – Der Weg zum Münchener NSU-Urteil, NJW 2020, S. 2582 ff.

Drexl, Josef: Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, ZUM 2017, S. 529 ff.

Ebner, Markus/*Kulhanek*, Tobias: Verhetzende Beleidigung (§ 192a StGB), ZStW 2021, S. 984 ff.

Eckel, Philipp/*Rottmeier*, Christian: „Liken als Haten": Strafverfolgung von Hatespeech in Sozialen Netzwerken, NStZ 2021, S. 1 ff.

Eckstein, Ken: Besitz als Straftat, Berlin 2001

Eidam, Lutz: Der Organisationsgedanke im Strafrecht, Tübingen 2015

Eisele, Jörg: Computer- und Medienstrafrecht, München 2013

Eisele, Jörg: Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 3. Mai 2021 Gesetzentwurf der

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens entsprechender Server-Infrastrukturen (BT-Drs. 19/28175), 2021

Eisele, Jörg: Strafbares Betreiben von sog. Darknetplattformen, in: Engelhart, Marc/Kudlich, Hans/Vogel, Benjamin (Hrsg.), Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention – Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag, Berlin 2021, S. 757 ff.

Elsaß, Lennart/*Labusga*, Jan-Hendrik/*Tichy*, Rolf: Internet und E-Commerce. Löschungen und Sperrungen von Beiträgen und Nutzerprofilen durch die Betreiber sozialer Netzwerke, CR 2017, S. 234 ff.

Engel-Flechsig, Stefan: Das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz des Bundes und der Mediendienstestaatsvertrag der Bundesländer, ZUM 1997, S. 231 ff.

Engel-Flechsig, Stefan/*Maennel*, Frithjof/*Tettenborn*, Alexander: Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, NJW 1997, S. 2981 ff.

Engisch, Karl: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen 1931

Engisch, Karl: Tun und Unterlassen, in: Lackner, Karl/et al. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 175 ff.

Epik, Aziz: Mitgliedschaftliche Beteiligung und Beteiligungshandlung, Jeßberger, Florian/Vormbaum, Moritz/Burghardt, Boris (Hrsg.) in: Strafrecht und Systemunrecht – Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag, Tübingen 2022, S. 727 ff.

Erb, Volker: Die Reichweite des Strafklageverbrauchs bei Dauerdelikten und bei fortgesetzten Taten, GA 1994, S. 265 ff.

Erb, Volker/*Schäfer*, Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, Band 2, Band 3, Band 4, Band 5, Band 6, Band 7, Band 8, 4. Aufl., München 2020, 2020, 2021, 2021, 2022, 2022, 2022, 2023

Ernst, Stefan: Rechtliche Fragen bei der Verwendung von Hyperlinks im Internet, NJW-CoR 1997, S. 224 ff.

Eroshkina, Natalia: Die organisationsbezogene Beteiligung im Strafrecht – Das tatbestandsmäßige Verhalten der Organisationsdelikte und das Phänomen der Terrorismusfinanzierung, Berlin 2012

Eser, Albin: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesondere des Fußballspielers, JZ 1978, S. 368 ff.

Esser, Robert: Strafrechtliche Aspekte der Social Media, in: Hornung, Gerrit/Müller-Terpitz, Ralf (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl., Berlin 2021, S. 305 ff.

Ewert, Thomas: Anmerkung zu EuGH C-682/18, C-683/18, EuZW 2021, S. 902 ff.

Eydlin, Alexander: TikTok räumt systematische Diskriminierung von Nutzern ein, zeit online vom 5. 12. 2019 (https://www.zeit.de/digital/internet/2019-12/tik-tok-social-media-diskriminierung-moderationsregeln-online-plattform) (letzter Abruf am 10. 5. 2024)

Fellmann, Linda Sophie: Strafrechtliche Verantwortlichkeit für verbale und visuelle Angriffe im Netz, Wien 2023

Feng, Sheng-Yen: Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen, Berlin 2023

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Field-Papuga, William: The evolution of liability exemption into algorithmic responsibility – What the Digital Services Act can learn from the Peterson v YouTube Judgment, MMR 2022, S. 453 ff.

Finke, Thorsten: Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern, Tübingen 1998

Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen, 67. Aufl., 68. Aufl., 71. Aufl., München 2020, 2021, 2024

Fitzner, Julia: Fortbestehende Rechtsunsicherheit bei der Haftung von Host-Providern – Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkung nach TMG und der aktuellen Rechtsprechung, MMR 2011, S. 83 ff.

Fitzner, Julia: Sind Haftungsbeschränkungen für Host-Provider noch zeitgemäß? – Der „Safe Harbor" gem. § 512 (c) Copyright Act und die Haftungsbeschränkungen gem. Art. 14 E-Commerce-Richtlinie bzw. § 10 TMG, GRUR Int 2012, S. 109 ff.

Flechsig, Norbert/*Gabel*, Detlev: Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Netz durch Einrichten und Vorhalten von Hyperlinks, CR 1998, S. 351 ff.

Flegenheimer, Eugen: Das Problem des „dolosen Werkzeugs", Breslau 1913

Franke, Einhard: Strukturmerkmale der Schriftenverbreitungstatbestände, GA 1984, S. 452 ff.

Fremuth, Michael Lysander/*Friedrich*, Roman: Anmerkung zu EuGH (Dritte Kammer), Urteil vom 3. 10. 2019 – C-18/18, EuZW 2019, S. 945 f.

Freund, Georg: Erfolgsdelikt und Unterlassen – Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe, Köln 1992

Freund, Georg/*Rostalski*, Frauke: Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre, 3. Aufl., Berlin 2019

Frey, Dieter/*Rudolph*, Matthias/*Oster*, Jan: Die Host-Providerhaftung im Lichte des Unionsrechts – Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung und Gestaltungsspielräume für den nationalen Gesetzgeber, CR-Beilage 2015, S. 1 ff.

Frey, Harald: Die Fortentwicklung der Plattformhaftung im Urheberrecht durch den EuGH – Mögliche Auswirkungen auf das nationale Haftungssystem, MMR 2022, S. 97 ff.

Frey, Harald: Die Haftung von Host-Providern für Immaterialgüterrechtsverletzungen, Baden-Baden 2017

Freytag, Stefan: Haftung im Netz – Verantwortlichkeit für Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen nach § 5 TDG und § 5 MDStV, München 1999

Friehe, Matthias: Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, NJW 2020, S. 1697 ff.

Frischlich, Lena/et al.: Unmenschlicher Hass: Die Rolle von Empfehlungsalgorithmen und Social Bots für die Verbreitung von Cyberhate, in: Kaspar, Kai/Gräßer, Lars/Riffi, Aycha (Hrsg.), Online Hate Speech – Perspektiven auf eine neue Form des Hasses, Düsseldorf 2017, S. 71 ff.

Frister, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 2023

Fuhr, Thomas: Die Äußerung im Strafgesetzbuch, Berlin 2001

Fünfsinn, Helmut/*Krause*, Benjamin: Plattformen zur Ermöglichung krimineller Handlungen im Internet. Überlegungen zur strafrechtlichen Erfassung de lege lata und de lege ferenda, in:

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Goeckenjan, Ingke/Puschke, Jens/Singelnstein, Tobias (Hrsg.), Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive – Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 80. Geburtstag, Berlin 2019, S. 641 ff.

Gäckle, Sarina: Die Verantwortlichkeit von Internetprovidern, Freilaw 2016, S. 1 ff.

Gaede, Karsten: Die strafbare Beihilfe und ihre aktuellen Probleme – Die gelungene Prüfung der §§ 27 und 28 StGB, JA 2007, S. 757 ff.

Galetzka, Christian/*Krätschmer*, Manuel: Rassismus und Terrorismus im Netz – Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von sozialen Netzwerken, MMR 2016, S. 518 ff.

Gallas, Wilhelm: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 12. 2. 1952 – 1 StR 59/50, JZ 1952 S. 371 ff.

Gallas, Wilhelm: Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960, S. 686 ff.

Gazeas, Nikolaos: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 9. 7. 2015 – 3 StR 537/14 – BGHSt 60, 308, StV 2016, S. 502 ff.

Geidies, Michael: Betrieb „wilder" Müllkippen durch Unterlassen?, NJW 1989, S. 821

Geiring, Sonja: Risiken von Social Media und User Generated Content – Social Media Stalking und Mobbing sowie datenschutzrechtliche Fragestellungen, Frankfurt a. M. 2017

Geneuss, Julia: Das Billigen einer (noch) nicht begangenen Straftat im Internet – Zur Erweiterung des § 140 Nr. 2 StGB durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, JZ 2021, S. 286 ff.

Gercke, Marco: Anmerkung zu LG Köln, Urteil vom 4. 12. 2002 – 28 O 627/02, MMR 2003, S. 602 f.

Gercke, Marco: Die Entwicklung des Internetstrafrechts 2020/2021, ZUM 2021, S. 921 ff.

Gercke, Marco: Rechtswidrige Inhalte im Internet – Eine Diskussion ausgewählter Problemfelder des Internet-Strafrechts unter Berücksichtigung strafprozessualer Aspekte, Aachen 2000

Gercke, Marco/*Brunst*, Phillip: Praxishandbuch Internetstrafrecht, Stuttgart 2009

Gerdemann, Simon/*Spindler*, Gerald: Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 1) – Grundlegende Strukturen und Regelungen für Vermittlungsdienste und Host-Provider, GRUR 2023, S. 3 ff.

Gerdemann, Simon/*Spindler*, Gerald: Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 2) – Die Regelungen für Online-Plattformen sowie sehr große Online-Plattformen und -Suchmaschinen, GRUR 2023, S. 115 ff.

Gerecke, Martin (Hrsg.): Handbuch Social-Media-Recht, München 2023

Gerhold, Sönke Florian: Eine Kernfrage der Strafbarkeit des Betreibers krimineller Handelsplattformen im Internet – Die Anwendbarkeit der § 7 ff. TMG auf aktives Tun, StV Spezial 2022, S. 29 ff.

Gerhold, Sönke Florian: Strafbarkeit des Betreibens krimineller Internethandelsplattformen, ZRP 2021, S. 44 ff.

Gersdorf, Hubertus: Hate Speech in sozialen Netzwerken – Verfassungswidrigkeit des Netz-DG-Entwurfs und grundrechtliche Einordnung der Anbieter sozialer Netzwerke, MMR 2017, S. 439 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gersdorf, Hubertus/*Paal*, Boris (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 45. Ed., München 2023

Gerson, Oliver Harry: Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung, § 26 StGB: Soziale Desintegration mittels doppelt-pathologischen Diskurses – Teil 2 – Von Wahrheit und Absurdität der Anstiftungsstrafbarkeit und deren Abgrenzung zur Täterschaft, ZIS 2016, S. 295 ff.

Gibson, James J.: The ecological approach to visual perception, Boston 1979

Giehring, Heinz: Pazifistische Radikalkritik als Volksverhetzung?, StV 1985, S. 30 ff.

Gielen, Nico/*Uphues*, Steffen: Digital Markets Act und Digital Services Act – Regulierung von Markt- und Meinungsmacht durch die Europäische Union, EuZW 2021, S. 627 ff.

Gillespie, Tarleton: The Relevance of Algorithms, in: Gillespie, Tarleton/Boczkowski, Pablo J./Foot, Kristen A. (Hrsg.), Media Technologies. Essays on Communication, Materiality, and Society, 2014 Cambridge, Massachusetts, S. 167 ff.

Glöckner, Jochen: Die Haftungsregelungen im Gesetz über digitale Dienste, WRP 2023, S. 1027 ff.

Goger, Thomas: Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens entsprechender Server-Infrastrukturen (BT-Drs. 19/28175), 2021

Golla, Sebastian: Schwärme und Cybermobbing. Gruppenbezogenes Strafrecht in der virtuellen Welt, in: Köhler, Ben/Korch, Stefan (Hrsg.), Schwärme im Recht, Tübingen 2022, S. 77 ff.

Gomille, Christian: Der Shitstorm und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen, ZUM 2021, S. 81 ff.

Götting, Horst-Peter/*Lauber-Rönsberg*, Anne/*Rauer*, Nils (Hrsg.): BeckOK Urheberrecht, 41. Ed., München 2024

Götze, Michael Jan Werner: Aktuelle Fragen der strafrechtlichen Providerhaftung – Insbesondere zur Haftung des Access-Providers, Würzburg 2018

Gounalakis, Georgios: Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder, NJW 1997, S. 2993 ff.

Grabow, Stefan/*Pohl*, Stefan: Die sukzessive Mittäterschaft und Beihilfe, JURA 2009, S. 656 ff.

Graf, Jürgen (Hrsg.): BeckOK OWiG, 42. Ed., München 2024

Greco, Luís: Strafbarkeit des Unterhaltens einer Handels- und Diskussionsplattform insbesondere im sog. Darknet, ZIS 2019, S. 435 ff.

Grisse, Karina: Facetten der Vermittlerhaftung: Öffentliche Wiedergabe, Sekundärhaftung, Haftungsprivilegien, Störerhaftung, Schadensersatz – Zugleich Anmerkung zu GA Saugmandsgaard Øe, Schlussanträge vom 16. 7. 2020 – C-682/18 (Peterson/YouTube u. a.) und C-683/18 (Elsevier/Cyando), ZUM 2020, S. 819 ff.

Gropp, Walter/*Sinn*, Arndt: Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 2020

Groß, Eva/*Neckel*, Sighard: Echtzeiten des Hasses. Emotionen in digitalen Radikalisierungsprozessen, in: Elisa Hoven (Hrsg.), Das Phänomen „Digitaler Hass" – Ein interdisziplinärer Blick auf Ursachen, Erscheinungsformen und Auswirkungen, Baden-Baden 2023, S. 135 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Groß, Rolf: Presserecht – Einführung in Grundzüge und Schwerpunkte des deutschen Presserechts, Wiesbaden 1982

Großmann, Sven: Der Beleidigungstatbestand und die Bekämpfung von digitalem Hass – Rechtsgüter und Abwägungskriterien bei internet-öffentlichen Beleidigungen in Strafverteidiger, StV 2022, S. 408 ff.

Großmann, Sven: Der Beleidigungstatbestand: Partielle Reform oder grundlegende Revision?, GA 2020, S. 548 ff.

Großmann, Sven: Liberales Strafrecht in der komplexen Gesellschaft – Über die Grenzen strafrechtlicher Verantwortung, Baden-Baden 2016

Großmann, Sven/*Kubiciel*, Michael: Formulierungsvorschlag zur Neufassung von § 185 StGB, KriPoZ 2023, S. 186 ff.

Grünewald, Anette: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14. 01. 2021 – 4 StR 95/20 (LG Frankenthal), JZ 2021, S. 635 f.

Grünwald, Gerald: Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, S. 110 ff.

Guggenberger, Nikolas: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung, NJW 2017, S. 2577 ff.

Güntge, Georg-Friedrich: Begehen durch Unterlassen – Der gesetzliche Anwendungsbereich des § 13 StGB, München 1995

Haas, Janick: Zur Notwendigkeit und Umsetzung einer eigenständigen Strafbarkeit des Betreibens von digitalen Handelsplattformen – Eine kritische Analyse von § 127 StGB n. F. im Lichte des Vorbereitungsstrafrechts, Berlin 2024

Haas, Volker: Bedeutung und Funktion des sogenannten uneigentlichen Organisationsdelikts, in: Bülte, Jens/Dölling, Dieter/Haas, Volker/Schuhr, Jan C. (Hrsg.), Strafrecht in Deutschland und Europa – Festschrift für Gerhard Dannecker zum 70. Geburtstag, München 2023, S. 17 ff.

Haas, Volker: Die Beteiligung durch Unterlassen, ZIS 2011, S. 392 ff.

Häberle, Peter (Hrsg.): Strafrechtliche Nebengesetze – mit Straf- und Bußgeldvorschriften des Wirtschafts- und Verwaltungsrechts, 250. Aufl., München 2024 [zit. als *Bearbeiter*, in: Erbs/Kohlhaas]

Hacker, Franz: „L'Oréal/eBay": Die Host-Provider-Haftung vor dem EuGH, GRUR-Prax 2011, S. 391 ff.

Hacker, Philipp: Mehrstufige Informationsanbieterverhältnisse zwischen Datenschutz und Störerhaftung – Gestufte Kontrolle – gemeinsame Verantwortung? MMR 2018, S. 779 ff.

Hafez, Kai: Hass im Internet – Zivilitätsverluste in der digitalen Kommunikation, Communicatio Socialis 2017, S. 318 ff.

Haft, Fritjof/*Eisele*, Jörg: Rechtsfragen des Datenverkehrs im Internet, JuS 2001, S. 112 ff.

Hallweger, Kilian/*Thümmler*, Ronja: Die Beleidigungsstrafbarkeit des sogenannten Deadnamings – Eine Untersuchung de lege lata, NStZ 2023, S. 76 ff.

Hamann, Götz: Pöbeln, hassen, Karriere machen, zeit.online vom 6. März 2022 (https://www.zeit.de/2022/10/linkedin-hatespeech-corona-leugner) (letzter Abruf am 10. 5. 2024)

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hambel, Lukas: Die Strafbarkeit der Verlinkung von Inhalten nach dem Kern- sowie nach dem Urheberstrafrecht, Baden-Baden 2021

Handel, Timo: Die straf- und bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit der Diensteanbieter sozialer Netzwerke im Internet – Eine Untersuchung nach allgemeinem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht unter Berücksichtigung spezialgesetzlicher Regelungen des Telemediengesetzes (TMG), des Medienstaatsvertrags (MStV), des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags (JMStV) und des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG), Frankfurt a. M. 2021

Handel, Timo: Hate Speech – Gilt deutsches Strafrecht gegenüber ausländischen Anbietern sozialer Netzwerke? – Untersuchung der §§ 3, 9 StGB unter Berücksichtigung des Herkunftslandprinzips, MMR 2017, S. 227 ff.

Handel, Timo: Strafbare Inhalte: Die Privilegierung von Online-Plattformen und Hosting-Diensten nach Art. 6 DSA, K&R 2023, S. 161 ff.

Harrendorf, Stefan/*Müller*, Pia Angelika/*Mischler*, Antonia: Das Zeitalter des digitalen Extremismus? Einige Befunde zu politisch extremer Kommunikation in Social Media, ZIS 2020, S. 411 ff.

Hartmann, Maren: Soziale Medien, Raum und Zeit, in: Schmidt, Jan-Hinrik/Taddicken, Monika (Hrsg.), Handbuch Soziale Medien, 2. Aufl., Wiesbaden 2022, S. 391 ff.

Hassemer, Ines: Anmerkung zu KG, Beschluss vom 25. 8. 2014 – 4 Ws 71/14 – 141 AR 363/14, NJW 2014, S. 3801.

Hau, Helmut: Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen, Berlin 1974

Haug, Thomas: Informationspflichten bei Social Media-Präsenzen von Rechtsanwälten, NJW 2015, S. 661 ff.

Haug, Volker: Grundwissen Internetrecht, 3. Aufl., Stuttgart 2016

Hecker, Bernd: „Wilde" Müllablagerungen Dritter als Problem der abfallstrafrechtlichen Unterlassungshaftung, NJW 1992, S. 873 ff.

Hecker, Bernd: Anm. zu BGH, Beschl. v. 19. 8. 2014 – 3 StR 88/14, JuS 2015, S. 274 ff.

Hecker, Bernd: Die abfallstraf- und bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit für illegale Müllablagerungen Dritter, Konstanz 1991

Hecker, Bernd: Strafbare Beihilfe zur Anstiftung?, ZJS 2012, S. 485 ff.

Heckmann, Dirk/*Paschke*, Anne (Hrsg.): jurisPK-Internetrecht, 7. Aufl., Saarbrücken 2021

Hefendehl, Roland: Die Erosion der Strafrechtsdogmatik in der Sicherheitsgesellschaft – Verantwortungszuschreibung in komplexen Organisationen, GA 2019, S. 705 ff.

Hefendehl, Roland: Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln 2002

Hefendehl, Roland: Tatherrschaft in Unternehmen vor kriminologischer Perspektive, GA 2004, S. 575 ff.

Heger, Martin/*Huthmann*, Lukas: Diskussion um § 129 StGB: Braucht Deutschland einen eigenen Tatbestand für schwerkriminelle Vereinigungen? – ein rechtspolitischer Vorschlag, KriPoZ 2023, S. 259 ff.

Heghmanns, Michael: Anmerkung zum Urteil des LG München I vom 17. 11. 1999 – CompuServe –, ZUM 2000, S. 463 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Heghmanns, Michael: Strafrechtliche Verantwortlichkeit für illegale Inhalte im Internet, JA 2001, S. 71 ff.

Heghmanns, Michael: Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung, GA 2000, S. 473 ff.

Heinrich, Bernd: Anm. zu KG, Urt. v 16. 3. 1999 – (5) 1 Ss 7/98 (8/98), NStZ 2000, S. 533 ff.

Heinrich, Bernd: Die Veranlassung fremder Straftaten über das Medium des Internet, in: Hilgendorf, Eric/Rengier, Rudolf (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2012, S. 728 ff.

Heinrich, Bernd: Strafrecht – Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Stuttgart 2022

Heinrich, Manfred: „Zugänglichmachen" und „öffentliches Begehen" als Tathandlungen im Medienstrafrecht – Beiträge zum Medienstrafrecht – Teil 6, ZJS 2016, S. 698 ff.

Heinrich, Manfred: Buchbesprechung von Heribert Schumann/Andreas Mosbacher/Stefan König (Hrsg.), Medienstrafrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2023, ZUM 2023, S. 722 ff.

Heinrich, Manfred: Das „Verbreiten" als Tathandlung im Medienstrafrecht – Beiträge zum Medienstrafrecht – Teil 5, ZJS 2016, S. 569 ff.

Heinrich, Manfred: Die Delikte gegen den öffentlichen Frieden und die öffentliche Ordnung im Lichte des Medienstrafrechts – Teil 1: §§ 111 und 126 StGB – Beiträge zum Medienstrafrecht – Teil 11, ZJS 2017, S. 518 ff.

Heinrich, Manfred: Die Delikte gegen den öffentlichen Frieden und die öffentliche Ordnung im Lichte des Medienstrafrechts – Teil 2: §§ 130 und 130a StGB Beiträge zum Medienstrafrecht – Teil 12, ZJS 2017, S. 625 ff.

Heinrich, Manfred: Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, München 2002

Heinrich, Manfred: Zur Strafbarkeit des Verbreitens von Schriften im Internet, in: Hefendehl, Roland/Hörnle, Tatjana/Greco, Luís (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, Berlin 2014, S. 597 ff.

Heintschel-Heinegg, Bernd von: Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des Vereinigungsbegriffs in den §§ 129 ff. StGB, in: Hoyer, Andreas (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006, S. 799 ff.

Heintschel-Heinegg, Bernd von/*Kudlich*, Hans (Hrsg.): BeckOK StGB, 60. Ed., München 2024

Hellmann, Uwe: Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl., Stuttgart 2023

Hepp, Andreas: Kommunikationsnetzwerke und kulturelle Verdichtungen: Theoretische und methodologische Überlegungen, in: Fuhse, Jan/Stegbauer, Christian (Hrsg.), Kultur und mediale Kommunikation in sozialen Netzwerken, Berlin 2011, S. 13 ff.

Herbertz, Lara: Die Ingerenz – Eine Garantenpflicht aus Gefährdungsunrecht, Berlin 2020

Herzberg, Rolf Dietrich: Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale, GA 1991, S. 145 ff.

Herzberg, Rolf Dietrich: Anstiftung zur unbestimmten Haupttat – BGHSt 34, 63, JuS 1987, S. 617 ff.

Herzberg, Rolf Dietrich: Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin 1972

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Herzberg, Rolf Dietrich: Eigenhändige Delikte, ZStW 1970, S. 896 ff.

Herzberg, Rolf Dietrich: Täterschaft und Teilnahme – Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, München 1977

Heuchemer, Michael: Zur Verabschiedung der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus als Ausschnitt einer normativen Revision der Vorsatzlehre, in: Gierhake, Katrin/Bockemühl, Jan/Müller, Henning Ernst/ Walter, Tonio (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 189 ff.

Heuser, Hannah/*Witting*, Alexandra: Digitaler Hass – eine Interviewstudie mit Adressat:innen und Verfasser:innen, in: Hoven, Elisa (Hrsg.), Das Phänomen „Digitaler Hass", Baden-Baden 2023, S. 37 ff.

Hilgendorf, Eric: Digitalisierung und (Straf-)Recht. Plädoyer für eine Perspektivenerweiterung, in: Hoven, Elisa/Kubiciel, Michael (Hrsg.), Zukunftsperspektiven des Strafrechts – Symposium zum 70. Geburtstag von Thomas Weigend, Baden-Baden 2020, S. 137 ff.

Hilgendorf, Eric: Ehrenkränkungen („flaming") im Web 2.0 – Ein Problemaufriss de lege lata und de lege ferenda, ZIS 2010, S. 208 ff.

Hilgendorf, Eric: Grundfälle zum Computerstrafrecht, JuS 1997, S. 323 ff.

Hilgendorf, Eric: Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internet, NJW 1997, S. 1873 ff.

Hilgendorf, Eric: Was meint „zur Tat bestimmen" in § 26 StGB?, JURA 1996, S. 9 ff.

Hilgendorf, Eric: Zur Anwendbarkeit des § 5 TDG auf das Strafrecht, NStZ 2000, S. 518 ff.

Hilgendorf, Eric/*Kudlich*, Hans/*Valerius*, Brian (Hrsg.): Handbuch des Strafrechts, Band 2, Band 3, Band 4, Band 5, Band 6, Heidelberg 2019, 2021, 2019, 2020, 2021 [zit. als *Bearbeiter*, in: Handbuch Strafrecht]

Hilgendorf, Eric/*Kusche*, Carsten/*Valerius*, Brian: Computer- und Internetstrafrecht, 3. Aufl., Berlin 2022

Hillenkamp, Thomas: Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierung bei abweichendem Tatverlauf, Göttingen 1971

Hillenkamp, Thomas/*Cornelius*, Kai: 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 16. Aufl., München 2023

Hingst, Daniel: Der Vollendungszeitpunkt der Kommunikationsdelikte, Hamburg 2021

Hoeren, Thomas: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 12. 7. 2011 – C-324/09, MMR 2011, S. 605

Hoeren, Thomas: Anmerkung zu OLG Köln, Urteil vom 2. 11. 2001 – 6 U 12/01, MMR 2002, S. 113 ff.

Hoeren, Thomas: Internetrecht – Ein Grundriss, 4. Aufl., Berlin 2021

Hoeren, Thomas/*Sieber*, Ulrich/*Holznagel*, Bernd (Hrsg.): Handbuch Multimedia-Recht – Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 60. Auflage, München 2023 [zit. als *Bearbeiter*, in: Multimedia-Recht]

Höffler, Kathrin: „Der Täter hinter dem Täter" und „der Täter vor dem Täter", GA 2023, S. 601 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hoffmann, Helmut: Anmerkung zu LG München I, Urteil vom 30. 3. 2000 – 7 O 3625/98, MMR 2000, S. 434 ff.

Hoffmann-Holland, Klaus: Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff – Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen, ZStW 2006, S. 620 ff.

Hofmann, Franz/*Raue*, Benjamin (Hrsg.): Digital Services Act – Gesetz über digitale Dienste, Baden-Baden 2023 [zit. als *Bearbeiter*, in: NK-DSA]

Höft, Regine: Hate Speech Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage, 2020 (https://www.gdp-group.com/fileadmin/ms/pressetext_hate_speech_final.pdf) (letzter Abruf am 10. 5. 2024)

Hohlfeld, Ralf/et al.: Das Phänomen Social Media, in: Hornung, Gerrit/Müller-Terpitz, Ralf (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl., Berlin 2021, S. 13 ff.

Hohn, Kristian: Grundwissen – Strafrecht: Handlungs- und Erfolgsunrecht, JuS 2008, S. 494 ff.

Hollenders, Anna-Sophie: Mittelbare Verantwortlichkeit von Intermediären im Netz, Baden-Baden 2012

Holthauser, Dieter: Täterschaft und Teilnahme bei Verstößen gegen Genehmigungspflichten des KWKG und AWG, NStZ 1993, S. 568 ff.

Hölzel, Niki: Gibt es ‚Tätigkeitsdelikte'?, Baden-Baden 2016

Holznagel, Daniel: Anmerkung zu LG Frankfurt/M., Urteil vom 8. 4. 2022 – 2 – 03 O 188/21, MMR 2022, S. 499 f.

Holznagel, Daniel: Chapter II des Vorschlags der EU-Kommission für einen Digital Services Act – Versteckte Weichenstellungen und ausstehende Reparaturen bei den Regelungen zu Privilegierung, Haftung & Herkunftslandprinzip für Provider und Online-Plattformen, CR 2021, S. 123 ff.

Holznagel, Daniel: Der Konflikt zwischen Art. 15 E-Commerce-RL und pro-aktiven Verhinderungspflichten von Host-Providern – Zugleich Anmerkung zu OGH Wien, Beschluss vom 25. 10. 2017 – 6 Ob 116/17b (ZUM 2018, 395), ZUM 2018, S. 350 ff.

Holznagel, Daniel: Nach dem EuGH-Urteil in Sachen YouTube/Cyando: Fast alles geklärt zur Host-Provider-Haftung? – Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 22. 6. 2021–C-682/18, C-683/18, CR 2021, S. 603 ff.

Holznagel, Daniel: Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung – Untersuchung des rechtlichen Rahmens von Verfahren zur Beanstandung und Verteidigung von Inhalten im Internet, insbesondere auf „User Generated Content"-Plattformen, Tübingen 2013

Holznagel, Daniel: Schadensersatzhaftung gefahrgeneigter Hostprovider wegen nicht verhinderter „gleichartiger" Inhalte, CR 2017, S. 463 ff.

Hopkins, Julian: The Concept of Affordances in Digital Media, in: Friese, Heidrun/Nolden, Marcus/Rebane, Gala/Schreiter, Miriam (Hrsg.), Handbuch Soziale Praktiken und Digitale Alltagswelten, Wiesbaden 2020, S. 47 ff.

Horn, Eckhard: Konkrete Gefährdungsdelikte, Köln 1973

Hörnle, Tatjana: Grob anstössiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt a. M. 2005

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hörnle, Tatjana: Pornographische Schriften im Internet: Die Verbotsnormen im deutschen Strafrecht und ihre Reichweite, NJW 2002, S. 1008 ff.

Hörnle, Tatjana: Vorsatzfeststellung in „Raser-Fällen", NJW 2018, S. 1576 ff.

Hoven, Elisa: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Social-Media-Plattformen, ZWH 2018, S. 97 ff.

Hoven, Elisa/*Witting*, Alexandra: Das Beleidigungsunrecht im digitalen Zeitalter, NJW 2021, S. 2397 ff.

Hoyer, Andreas: Die Eignungsdelikte, Berlin 1987

Hruschka, Joachim: Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung, GA 1968, S. 193 ff.

Hsu, Yu-An: „Doppelindividualisierung" und Irrtum – Studien zur strafrechtlichen Lehre von der Erfolgszurechnung zum Vorsatz, Berlin 2007

Hsueh, Chih-Jen: Abschied vom Begriff der Tatbeendigung im Strafrecht, Berlin 2013

Iben, Alexander: Staatlicher Schutz vor Meinungsrobotern – (Verfassungs-)Rechtliche Überlegungen zu einer staatlichen Schutzpflicht vor Einflüssen von Meinungsrobotern auf die politische Willensbildung in sozialen Netzwerken, Baden-Baden 2021

Ibold, Victoria: Transnationale Strafanwendung bei Straftaten im globalen Cyberspace de lege lata und de le ferenda, in: Höffler, Kathrin (Hrsg.), Criminal Law Discourse of the Interconnected Society (CLaDIS), S. 317 ff.

Iburg, Ulrich: Zur Unterlassungstäterschaft im Abfallstrafrecht bei „wilden" Müllablagerungen, NJW 1988, S. 2338 ff.

Ihwas, Saleh Ramadan: Strafverfolgung in Sozialen Netzwerken – Facebook & Co. als moderne Ermittlungswerkzeuge, Baden-Baden 2014

Ingelfinger, Ralph: Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit, Berlin 1992

Ingold, Albert: Digitalisierung demokratischer Öffentlichkeiten, Der Staat 2017, S. 491 ff.

Ingold, Albert: Filter und Filtersouveränitäten – Herausforderungen algorithmischer Netzfilter aus der Instrumentenperspektive in: Hermstrüwer, Yan/Lüdemann, Jörn (Hrsg.), Instrumente und Instrumentenvergleich – Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, Tübingen 2021, S. 57 ff.

Jaeckel, Michael: Die Macht der digitalen Plattformen – Wegweiser im Zeitalter einer expandierenden Digitalsphäre und künstlicher Intelligenz, Berlin 2017

Jäger, Ulrike/*Collardin*, Marcus: Die Inhaltsverantwortlichkeit von Online-Diensten, CR 1996, S. 236 ff.

Jahn, Jannika: Hassrede auf Facebook – eine Herausforderung für die Online-Meinungsfreiheit, NJW 2023, S. 2315 ff.

Jahn, Matthias: Beihilfe zum Tötungsdelikt bei einer nicht bekannten Anzahl von Opfern (Fall El Motassadeq), JuS 2007, S. 382 ff.

Jahn, Matthias: Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens entsprechender Server-Infrastrukturen – BT-Drs. 19/28175, 2021

Jahn, Matthias: Wirtschaftsstrafrechtliche Verantwortlichkeit qua Rechtsstellung? – Das Beispiel der Unterlassungsbeihilfestrafbarkeit des sog. Admin-C, in: Ahlbrecht, Heiko/Dann, Matthias/Wessing, Helga/Frister, Helmut/Bock, Dennis (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht – Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag, München 2016, S. 537 ff.

Jaki, Sylvia: Hate Speech in sozialen Medien: Ein Forschungsüberblick aus Sicht der Sprachwissenschaft, in: Jaki, Sylvia/Steiger, Stefan (Hrsg.), Digitale Hate Speech – Interdisziplinäre Perspektiven auf Erkennung, Beschreibung und Regulation, Berlin 2023, S. 15 ff.

Jakobs, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin 1991

Janal, Ruth: Friendly Fire? Das Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz und sein Verhältnis zum künftigen Digital Services Act, GRUR 2022, S. 211 ff.

Janal, Ruth: Haftung und Verantwortung im Entwurf des Digital Services Acts, ZEuP 2021, S. 227 ff.

Jansen, Scarlett: Verhetzende Beleidigung – gelungene Erweiterung der Ehrdelikte?, GA 2022, S. 94 ff.

Jaworski, Stanislaus/*Nordemann*, Jan Bernd: Gehilfenhaftung von Intermediären bei Rechtsverletzungen im Internet – BGH-Rechtsprechung und neueste Entwicklungen in den Instanzen, GRUR 2017, S. 567 ff.

Jescheck, Hans-Heinrich: Unechte Unterlassungsdelikte in neueren Strafgesetzentwürfen, in: Jescheck, Hans-Heinrich/Vogler, Theo (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1989, S. 798 ff.

Jescheck, Hans-Heinrich: Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, in: Stratenwerth, Günter (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 683 ff.

Jescheck, Hans-Heinrich/*Weigend*, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996

Jimenez Bernales, Luis Alberto: Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Service Provider – Zugleich eine Untersuchung zur Garantenstellung, Hamburg 2020

Joecks, Wolfgang/*Jäger*, Christian: Strafgesetzbuch: StGB – Studienkommentar, 13. Aufl., München 2021

Joerden, Jan C.: Strafrechtliche Perspektiven der Robotik, in: Hilgendorf, Eric/Beck, Susanne (Hrsg.), Robotik und Recht. Beiträge der Tagung vom 7. bis 9. Mai 2012 in Bielefeld, Baden-Baden 2013, S. 195 ff.

John, Nicolas/*Müller*, Johannes/*Rennert*, Justin: Plattformhaftung und dezentrale Netzwerke: Die Haftung auf Mastodon, GRUR 2023, S. 691 ff.

Jürgens, Uwe: Von der Provider- zur Provider- und Medienhaftung – Ein Plädoyer für eine „zweistufige" Auslegung der Verantwortlichkeitsprivilegierungen für Telemedien am Beispiel von Internetforen, CR 2006, S. 188 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kähler, Harro Dietrich: Das Konzept des sozialen Netzwerks: eine Einführung in die Literatur, Zeitschrift für Soziologie 1975, S. 283 ff.

Kalbhenn, Jan: Medien- und wettbewerbsrechtliche Regulierung von Messenger-Diensten, ZUM 2022, S. 266 ff.

Kaplan, Andreas M./*Haenlein*, Michael: Users of the world, unite! The challenges and opportunities of Social Media, Business Horizons 2010, S. 59 ff.

Kartal-Aydemir, Aliye/*Krieg*, Rebecca: Haftung von Anbietern kollaborativer Internetplattformen – Störerhaftung für User Generated Content?, MMR 2012, S. 647 ff.

Kasiske, Peter: Die Anstiftung durch Aufforderung an einen unbestimmten Personenkreis und ihr Verhältnis zu § 111 StGB, GA 2016, S. 756 ff.

Kaufmann, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959

Kelker, Brigitte: Online-Demonstrationen – ein Fall „additiver Mittäterschaft"?, GA 2009, S. 86 ff.

Kern, Eduard: Die Äusserungsdelikte, Tübingen 1919

Kern, Michael: Anmerkung zu OLG Frankfurt/M., Urteil vom 25. 1. 2024 – 16 U 65/22, MMR 2024, S. 338 ff.

Kielwein, Gerhard: Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, S. 225 ff.

Kim, Stefan: Drohungen und Tötungsaufrufe über Instant-Messaging-Dienste – Eine materiellrechtliche Bestandsaufnahme, KriPoZ 2022, S. 106 ff.

Kindhäuser, Urs/*Hilgendorf*, Eric: Strafgesetzbuch – Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl., Baden-Baden 2022 [zit. als *Bearbeiter*, in: LPK-StGB]

Kindhäuser, Urs/*Neumann*, Ulfrid/*Paeffgen*, Hans-Ullrich (Hrsg.): Strafgesetzbuch: StGB, 5. Aufl., Baden-Baden 2017 [zit. als *Bearbeiter*, in: NK-StGB, 5. Aufl.]

Kindhäuser, Urs/*Neumann*, Ulfrid/*Paeffgen*, Hans-Ullrich/*Saliger*, Frank (Hrsg.): Strafgesetzbuch: StGB, 6. Aufl., Baden-Baden 2023 [zit. als *Bearbeiter*, in: NK-StGB]

Kinzig, Jörg: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 2. 6. 2021 – 3 StR 21/21, NJW 2021, S. 2817

Kirchner, Heino: Die Unterlassungshaftung bei rechtmäßigem Vorverhalten im Umweltstrafrecht – zugleich ein Plädoyer für eine Einschränkung der Garantenpflicht bei vorsätzlichem Dazwischentreten Dritter, Göttingen 2003

Kirchner, Heino/*Jakielski*, Nicole: Autowracks und andere Probleme des Abfallstrafrechts, JA 2000, S. 813 ff.

Klein, Catherine Jelena: Haftung von Social-Sharing-Plattformen – Diensteanbieter zwischen Content- und Host-Providing, München 2012

Klesczewski, Diethelm: Strafrecht Besonderer Teil – Lehrbuch zum Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2016

Kloepfer, Michael: Informationsrecht, München 2002

Klonick, Kate: The New Govenors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech, Harv. Law Review 2018, S. 1598 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Koch, Alexander: Strafrechtliche Verantwortlichkeit beim Setzen von Hyperlinks auf mißbilligte Inhalte, MMR 1999, S. 704 ff.

Koch, Arndt: Nationales Strafrecht und globale Internet-Kriminalität. Zur Reform des Strafanwendungsrechts bei Kommunikationsdelikten im Internet, GA 2002, S. 703 ff.

Koch, Arndt/*Wirth*, Kathrin: Grundfälle zur Anstiftung, JuS 2010, S. 203 ff.

Koch, Frank: Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, S. 193 ff.

Koch, Michael/*Richter*, Alexander/*Schlosser*, Andreas: Produkte zum IT-gestützten Social Networking in Unternehmen, Wirtschaftsinformatik 2007, S. 448 ff.

Koch, Raphael/*Biggen*, Christine: Der Einsatz Künstlicher Intelligenz zur Organisation und proaktiven Überprüfung von Onlinebewertungen, NJW 2020, S. 2921 ff.

Kopel, Aloys: Die Unterlassung im Recht der Ordnungswidrigkeiten, Münster 1975

Korenke, Charlotte/*Kühne*, Marius: Die Verbreitung von Feindeslisten – Phänomen und Strafbarkeit, NK 2022, S. 457 ff.

Koriath, Heinz: Zum Streit um die Gefährdungsdelikte, GA 2001, S. 51 ff.

Krack, Ralf: Tatherrschaft bei der Weiterleitung fremder Willenserklärungen, in: Hellmann, Uwe/Schröder, Christian (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, Heidelberg 2011, S. 219 ff.

Kraul, Torsten (Hrsg.): Das neue Recht der digitalen Dienste, Baden-Baden 2023

Krenberger, Benjamin/*Krumm*, Carsten (Hrsg.): Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar, 7. Aufl., München 2022

Kretschmer, Joachim: Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 30. 4. 2013 – 3 StR 85/13, JR 2014, S. 39 ff.

Kretschmer, Joachim: Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?, JURA 2008, S. 265 ff.

Kreutzer, Till: Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda – Teil 2, GRUR 2001, S. 307 ff.

Kreuzberg, Bastian: Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen – Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre, Berlin 2019

Krey, Volker/*Esser*, Robert: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Stuttgart 2022

Kriminalpolitischer Kreis: Stellungnahme zu der vorgeschlagenen Einführung eines Straftatbestandes über das Betreiben von internetbasierten Plattformen für verbotene Waren und Dienstleistungen (§ 126a StGB), März 2020

Krischker, Sven: „Gefällt mir", „Geteilt", „Beleidigt"? – Die Internetbeleidigung in sozialen Netzwerken, JA 2013, S. 488 ff.

Krischker, Sven: Das Internetstrafrecht vor neuen Herausforderungen, Berlin 2014

Krüger, Matthias: Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten – Überlegungen aus Anlass des Urteils zum Compliance Officer, ZIS 2011, S. 1 ff.

Krüger, Matthias: Zum Bestimmen im Sinne von §§ 26, 30 StGB, JA 2008, S. 492 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kubiciel, Michael: Regulierung digitaler Plattformen und Sanktionierung von Unternehmen, in: Bülte, Jens/Dölling, Dieter/Haas, Volker/Schuhr, Jan C. (Hrsg.), Strafrecht in Deutschland und Europa – Festschrift für Gerhard Dannecker zum 70. Geburtstag, München 2023, S. 53 ff.

Kubiciel, Michael: Neuartige Sanktionen für soziale Netzwerke? Der Regierungsentwurf zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, jurisPR-StrafR 7/2017 Anm. 1

Kuczerawy, Aleksandra: Active vs. passive hosting in the EU intermediary liability regime: time for a change?, 2018 (https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/active-vs-passive-hosting-in-the-eu-intermediary-liability-regime-time-for-a-change/) (letzter Abruf am 10. 5. 2024)

Kuczerawy, Aleksandra: The EU Commission on voluntary monitoring: Good Samaritan 2.0 or Good Samaritan 0.5?, 2018 (https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-eu-commission-on-voluntary-monitoring-good-samaritan-2-0-or-good-samaritan-0-5/) (letzter Abruf am 10. 5. 2024)

Kudlich, Hans: Altes Recht für Neue Medien?, JURA 2001, S. 305 ff.

Kudlich, Hans: Anforderungen an die Beihilfe – BGH, Urteil vom 16. 11. 2006 – 3 StR 139/06, JA 2007, S. 309 ff.

Kudlich, Hans: Anmerkung zu BGH 3 StR 139/06, JA 2007, S. 309 ff.

Kudlich, Hans: Die strafrechtliche Verantwortung von Internetprovidern. Die Änderungen des TDG durch das EGG, insbesondere aus strafrechtlicher Sicht, JA 2002, S. 798 ff.

Kudlich, Hans: Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, Berlin 2004

Kudlich, Hans: Straftaten und Strafverfolgung im Internet, StV 2012, S. 560 ff.

Kudlich, Hans/*Berberich*, Bernd: Abstrakte Gefährdungsdelikte im Internet und die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts, NStZ 2019, S. 633 ff.

Kühl, Kristian: Das Unterlassungsdelikt, JA 2014, S. 507 ff.

Kühl, Kristian: Die Beendigung des vollendeten Delikts, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin 2001, S. 665 ff.

Kühl, Kristian: Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, Berlin 1974

Kühl, Kristian: Die strafrechtliche Garantenstellung – Eine Einführung mit Hinweisen zur Vertiefung, JuS 2007, S. 497 ff.

Kühl, Kristian: Die Unterlassungsdelikte als Problemfall für Rechtsphilosophie, Strafrechtsdogmatik und Verfassungsrecht, in: Putzke, Holm (Hrsg.), Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag, Tübingen 2008, S. 177 ff.

Kühl, Kristian: Strafrecht – Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 2017

Kühl, Kristian: Vollendung und Beendigung bei den Eigentums- und Vermögensdelikten, JuS 2002, S. 729 ff.

Kuhlmann, Simone: Der Digital Services Act und seine Folgen für das nationale Medienrecht, ZUM 2023, S. 170 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kühne, Hans-Heiner: Nochmals: Die Strafbarkeit der Zugangsvermittlung von pornographischen Informationen im Internet, NJW 2000, S. 1003 ff.

Kümpel, Anna Sophie/*Rieger*, Diana: Wandel der Sprach- und Debattenkultur in sozialen Online-Medien – Ein Literaturüberblick zu Ursachen und Wirkungen von inziviler Kommunikation, Berlin 2019

Kusche, Carsten: Die Strafbarkeit des Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet nach künftigem Recht, JZ 2021, S. 27 ff.

Kusche, Carsten: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber sozialer Netzwerke. Eine Bewährungsprobe (nicht nur) für die Dogmatik des Allgemeinen Teils des Strafrechts, in: Hilgendorf, Eric/Lerman, Marcelo David/Córdoba, Fernando Jorge (Hrsg.), Brücken bauen – Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag, Berlin 2020, S. 529 ff.

Kusche, Carsten: Gruppenbezogene Herabwürdigungen und der Hybridtatbestand des § 192a StGB, KriPoZ 2023, S. 211 ff.

Kusche, Carsten: Platform Crime as a Challenge for Criminal Law Doctrine and (Criminal) Law Policy, in: Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Law in Times of Crisis – Festschrift für Yoram Danziger, Berlin 2023, S. 555 ff.

Lackner, Karl/*Kühl*, Kristian/*Heger*, Martin: Strafgesetzbuch: StGB, 30. Aufl., München 2023 [zit. als *Bearbeiter*, in: L/K/H]

Landesanstalt für Medien NRW: Ergebnisbericht – forsa-Befragung zu: Hate Speech 2021, 2021 (https://www.medienanstalt-nrw.de/fileadmin/user_upload/NeueWebsite_0120/Themen/Hass/forsa_LFMNRW_Hassrede2021_Ergebnisbericht.pdf) (letzter Abruf am 10. 5. 2024)

Landscheidt, Christoph: Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten – Zugleich ein Beitrag zur Gefahrenquellenverantwortlichkeit im Rahmen der unechten Unterlassungsdelikte, Berlin 1985

Lang, Kati: Vorurteilskriminalität – Eine Untersuchung vorurteilsmotivierter Taten im Strafrecht und deren Verfolgung durch Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte, Baden-Baden 2015

Laude, Lennart: DSA-Umsetzung abseits sehr großer Online-Plattformen – Zur Konkretisierung unkonkreter Maßstäbe, RDi 2024, S. 216 ff.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm/et al. (Hrsg.): Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 1, 11. Aufl., Berlin 2003

Leistner, Matthias: Die „The Pirate Bay"-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber, GRUR 2017, S. 755 ff.

Leistner, Matthias: Die Haftung von Kauf- und Buchungsportalen mit Bewertungsfunktion, in: Alexander, Christian/et al. (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 415 ff.

Leitner, Werner/*Rosenau*, Henning (Hrsg.): Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2022 [zit. als *Bearbeiter*, in: NK-Wirtschaftsstrafrecht- und Steuerstrafrecht]

Lesch, Heiko: Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 1993, S. 271 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Lessig, Lawrence: Code and other Laws of Cyberspace, New York 1999

Letzgus, Klaus: Vorstufen der Beteiligung – Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit, Berlin 1972

Leupold, Andreas/*Wiebe*, Andreas/*Glossner*, Silke (Hrsg.): IT-Recht, 4. Auflage, München 2021

Liebau, Tobias: Cyber-Crime – die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internetprovidern nach dem TDG/MDStV, JURA 2006, S. 520 ff.

Liesching, Marc: Anmerkung zu LG Gießen, Beschluss vom 4. 8. 2014 – 7 Qs 26/14, StV 2015, S. 226 ff.

Liesching, Marc: Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urteil vom 24. 4. 2006 – 1 Ss 449/05, MMR 2006, S. 390 ff.

Liesching, Marc: Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG – Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte, MMR 2018, S. 26 ff.

Liesching, Marc: Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), 2018

Lindemann, Michael/*Wachsmuth*, Ingmarie: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27. 06. 2001 – 1 StR 66/01, JR 2002, S. 206 ff.

Lober, Andreas/*Karg*, Tanja: Unterlassungsansprüche wegen User Generated Content gegen Betreiber virtueller Welten und Online-Spiele, CR 2007, S. 647 ff.

Loos, Fritz: Anmerkung zu Urteil des BGH v. 18. 4. 1996 – 1 StR 14/96, JR 1997, S. 297 ff.

Lorenz, Bernd: Anonymität im Internet? – Zur Abgrenzung von Diensteanbietern und Nutzern, VuR 2014, S. 83 ff.

Lorenz, Bernd: Informationspflichten bei eBay, VuR 2008, S. 321 ff.

Ludyga, Hannes: YouTube als Täter bei Urheberrechtsverletzungen durch Nutzer – Zugleich Anmerkung zu OLG München ZUM 2016, 447, ZUM 2016, S. 1013 ff.

Lund, Nils: Das Verbreiten von Inhalten in geschlossenen Chatgruppen, NStZ 2023, S. 641 ff.

Lütke, Josef/*Gramlich*, Ludwig: Die Haftung nach dem Zweiten Gesetz zur Änderung des TMG, NJ 2016, S. 413 ff.

Madauß, Norbert: Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 6. 2. 2014 – 1 StR 577/13, NZWiSt 2014, S. 438 ff.

Mähner, Nicolas Johann: Zur Garantenstellung aus Verantwortung für Räume und Grundstücke, Baden-Baden 2016

Malek, Klaus/*Popp*, Andreas: Strafsachen im Internet, 2. Auflage, Heidelberg 2015

Mandl, Peter: Internet Internals – Vermittlungsschicht, Aufbau und Protokolle, Wiesbaden 2019

Mandl, Thomas: KI – Verfahren für die Hate Speech Erkennung: Die Gestaltung von Ressourcen für das maschinelle Lernen und ihre Zuverlässigkeit, in: Jaki, Sylvia/Steiger, Stefan (Hrsg.), Digitale Hate Speech – Interdisziplinäre Perspektiven auf Erkennung, Beschreibung und Regulation, Berlin 2023, S. 111 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Marbeth-Kubicki, Annette: Computer- und Internetstrafrecht, 2. Auflage, München 2010

Martin, Julia A.: Sonderdelikte im Umweltstrafrecht, Leiden 2006

Martin, Sigmund P.: Vereinigungsbegriff „light" – Zum reformierten § 129 StGB, Kriminalistik 2018, S. 269 ff.

Marx, Konstanze: Warum automatische Verfahren bei der Detektion von Hate Speech nur die halbe Miete sind, in: Rüdiger, Thomad-Gabriel/Bayerl, P. Saskia (Hrsg.), Cyberkriminologie – Kriminologie für das digitale Zeitalter, Wiesbaden 2020, S. 707 ff.

Matt, Holger/*Renzikowski*, Joachim (Hrsg.): Strafgesetzbuch: StGB, 2. Aufl., München 2020

Maurach, Reinhart/*Gössel*, Heinz/*Zipf*, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2 – Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 8. Aufl., Heidelberg 2014

Maurach, Reinhart/*Schroeder*, Friedrich-Christian/*Maiwald*, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 2 – Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 10. Aufl., Heidelberg 2012

Maurach, Reinhart/*Schroeder*, Friedrich-Christian/*Maiwald*, Manfred/*Hoyer*, Andreas/*Momsen*, Carsten: Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1 – Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 11. Aufl., Heidelberg 2019

Maurach, Reinhart/*Zipf*, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil – Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Aufl., Heidelberg 1992

Meckbach, Anne/*Weber*, Christoph: Anmerkung zu LG Hamburg, Urteil vom 27. 4. 2007 – 324 O 600/06, MMR 2007, S. 451 f.

Meier, Bernd-Dieter: Kriminologie und Internet: ein ungeklärtes Verhältnis, in: Beck, Susanne/Meier, Bernd-Dieter/Momsen, Carsten (Hrsg.), Cybercrime und Cyberinvestigations – Neue Herausforderungen der Digitalisierung für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Cybercrime und Cyberinvestigations, S. 93 ff.

Merkel, Reinhard: Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom – Zugleich eine Besprechung von BGH NJW 1995, 204, ZStW 1995, S. 545 ff.

Mey, Konstantin: Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts bei Straftaten via Internet, Baden-Baden 2020

Michal, Wolfgang: Wie aus Internet-Plattformen Verlage werden, in: Kappes, Christoph/Krone, Jan/Novy, Leonard (Hrsg.), Medienwandel kompakt 2011 – 2013, Wiesbaden 2014, S. 299 ff.

Michel, Stefan: Bewertungsportale – Schnittstellen, Pfadabhängigkeiten und Konkurrenzprobleme des äußerungsrechtlichen und datenschutzrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Tübingen 2022

Mitsch, Wolfgang (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., München 2018 [zit. als *Bearbeiter*, in: KK-OWiG]

Mitsch, Wolfgang: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14. 01. 2021 – 4 StR 95/20, NJW 2021, S. 798 f.

Mitsch, Wolfgang: Das erlaubte Risiko im Strafrecht, JuS 2018, S. 1161 ff.

Mitsch, Wolfgang: Der neugefasste Bedrohungstatbestand (§ 241 StGB), ZJS 2022, S. 182 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mitsch, Wolfgang: Die Beendigung als ungeschriebenes Merkmal der Straftat, JA 2017, S. 407 ff.

Mitsch, Wolfgang: Die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 192a StGB, KriPoZ 2022, S. 398 ff.

Mitsch, Wolfgang: Fallsammlung zum Medienstrafrecht, Berlin 2019

Mitsch, Wolfgang: Verspätungen im Zugverkehr und Freiheitsberaubung (§ 239 StGB), NZV 2013, S. 417 ff.

Montenbruck, Axel: Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat, ZStW 1972, S. 323 ff.

Montenegro, Lukas: Die kriminelle Vereinigung als Unrechtsperson – Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 129 II StGB, GA 2019, S. 489 ff.

Moritz, Hans-Werner: Anmerkung zu AG München, Urteil vom 28. 5. 1998 – 8340 Ds 465 Js 173158/95, CR 1998, S. 505 ff.

Morozinis, Ioannis: Dogmatik der Organisationsdelikte – Eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht sowie ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand, Berlin 2010

Mosenheuer, Andreas: Unterlassen und Beteiligung – Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, Berlin 2009

Mrosk, Martin: Anmerkung zu LG Berlin, Beschluss v. 28. 04. 2014 – 506 KLs 13/13, StV 2015, S. 224 ff.

Müller, Karsten/*Schwarz*, Carlo: Fanning the Flames of Hate: Social Media and Hate Crime, online 2020 (http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3082972)

Müller, Stephanie: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Verweisungen durch Hyperlinks nach deutschem und Schweizer Recht, Berlin 2011

Müller-Terpitz, Ralf/*Köhler*, Markus (Hrsg.): Digital Services Act – Gesetz über digitale Dienste, München 2024

Münker, Stefan: Emergenz digitaler Öffentlichkeiten. Die Sozialen Medien im Web 2.0, Berlin 2009

Murmann, Uwe: Beteiligung durch Unterlassung, in: Fahl, Christian/Müller, Eckhart/Satzger, Helmut/Swoboda, Sabine (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2015, S. 181 ff.

Murmann, Uwe: Grundkurs Strafrecht – Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 7. Aufl., München 2022

Nack, Armin: Mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung regelhafter Abläufe, GA 2006, S. 342 ff.

Namavicius, Justas: Territorialgrundsatz und Distanzdelikt, Baden-Baden 2012

Napoli, Clara: Aspekte der Strafbarkeit der Presse unter besonderer Berücksichtigung der kurzen Verjährungsfristen der Landespressegesetze, Tübingen 2008

Nappert, Thomas: Die strafrechtliche Haftung von Bürgermeistern und Gemeinderäten im Umweltstrafrecht, Berlin 1997

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Neitsch, Jana/*Niebuhr*, Oliver: Die Erforschung geschriebener und gesprochener Hassrede im Deutschen: bisherige Erkenntnisse zu Prosodie und Kontext, in: Jaki, Sylvia/Steiger, Stefan (Hrsg.), Digitale Hate Speech – Interdisziplinäre Perspektiven auf Erkennung, Beschreibung und Regulation Digitale Hate Speech, Berlin 2023, S. 35 ff.

Nestler, Nina/*Schiffner*, Adrian: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21, NStZ 2022, S. 38 f.

Nettesheim, Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl., München 2009

Nitze, Paul: Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), Berlin 1989

Noll, Matthias: Die Teilnahme durch Unterlassen und das Akzessorietätsprinzip, ZStW 2018, S. 1007 ff.

Nolte, Georg/*Wimmers*, Jörg: Wer stört? Gedanken zur Haftung von Intermediären im Internet – von praktischer Konkordanz, richtigen Anreizen und offenen Fragen, GRUR 2014, S. 16 ff.

Nordemann, Jan Bernd: EuGH-Urteile GS Media, Filmspeler und ThePirateBay: ein neues europäisches Haftungskonzept im Urheberrecht für die öffentliche Wiedergabe, GRUR Int. 2018, S. 526 ff.

Nordemann, Jan Bernd: Neu: Täterschaftliche Haftung von Hostprovidern im Urheberrecht bei (Verkehrs-)Pflichtverletzungen im Internet – Das Ende der Störerhaftung nach BGH „YouTube II" (ZUM 2022, 735), „uploaded II" (ZUM 2022, 723) und „uploaded III" (ZUM 2022, 729), ZUM 2022, S. 806 ff.

Nussbaum, Maximilian: Anmerkung zu LG Meiningen, Beschluss vom 5. 8. 2022 – 6 Qs 146/22, MMR 2022, S. 1089 ff.

Nussbaum, Maximilian: Die Beleidigung innerhalb sozialer Netzwerke – Zum Verhältnis von Äußerung und Weiterverbreitung ehrverletzender Werturteile de lege lata und lege ferenda, KriPoZ 2021, 215 ff.

Nussbaum, Maximilian: Gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung durch Unterlassen, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17. 5. 2023 – 6 StR 275/22, KriPoZ 2024, S. 69 ff.

Nussbaum, Maximilian: Grund und Grenzen der Rezeption technischer Normen im Technikstrafrecht, ZIS 2021, S. 33 ff.

Nussbaum, Maximilian: Jenseits der Beleidigung unter Kollektivbezeichnung? – Überlegungen zur Verhetzenden Beleidigung gem. § 192a StGB, KriPoZ 2021, S. 335 ff.

Oehmichen, Anna/*Weißenberger*, Björn: Digitaloffensive im Strafrecht! Verbesserte Bekämpfung von Cyberkriminalität durch das IT-Sicherheitsgesetz 2.0?, KriPoZ 2019, S. 174 ff.

Oğlakcıoğlu, Mustafa Temmuz: „Haters gonna hate … (and lawmakers hopefully gonna make something else)" – Einige Anmerkungen zum Regierungsentwurf zur Bekämpfung der Hasskriminalität, ZStW 2020, S. 521 ff.

Oğlakcıoğlu, Mustafa Temmuz: Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts – Zugleich eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Betäubungsmittelstrafrecht seit 1982, Berlin 2013

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Oğlakcıoğlu, Mustafa Temmuz: Strafbare Sprechakte – Dogmatik und Legitimation von Äußerungsdelikten, Tübingen 2023

Oğlakcıoğlu, Mustafa Temmuz/*Schuhr*, Jan C.: Verbotene Sprache, in: Felder, Ekkehard/Vogel, Friedemann (Hrsg.), Handbuch Sprache im Recht, Berlin 2017, S. 527 ff.

Ohly, Ansgar: Die Haftung von Internet-Dienstleistern für die Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten, GRUR 2017, S. 441 ff.

Ohly, Ansgar: Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, S. 308 ff.

Ohly, Ansgar: Von der Störerhaftung zur Haftung für die Verletzung urheberrechtlicher Verkehrspflichten, NJW 2022, S. 2961 ff.

O'Reilly, Tim: Web 2.0 Compact Definition: Trying Again, 2006 (http://radar.oreilly.com/2006/12/web-20-compact-definition-tryi.html) (letzter Abruf am 10. 5. 2024)

Ostendorf, Heribert/*Frahm*, Lorenz Nicolai/*Doege*, Felix: Internetaufrufe zur Lynchjustiz und organisiertes Mobbing, NStZ 2012, S. 529 ff.

Ott, Stephan: Das Neutralitätsgebot als Voraussetzung der Haftungsprivilegierung des Host-Providers, K&R 2012, S. 387 ff.

Otto, Harro: „Besondere persönliche Merkmale" im Sinne des § 28 StGB, JURA 2004, S. 469 ff.

Otto, Harro: Beihilfe durch Unterlassen, JuS 2017, S. 289 ff.

Otto, Harro: Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., Berlin 2004

Paal, Boris: Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 3. 10. 2019 – C-18/18, JZ 2020, S. 92 ff.

Palm, Jasmin: Kinder- und Jugendpornographie im Internet – Eine materiell-rechtliche Untersuchung der Rechtslage in Deutschland, Frankfurt a. M. 2012

Pankoke, Stefan: Beweis- und Substanziierungslast im Haftungsrecht der Internetprovider, MMR 2004, S. 211 ff.

Pankoke, Stefan: Von der Presse- zur Providerhaftung – Eine rechtspolitische und rechtsvergleichende Untersuchung zur Inhaltsverantwortlichkeit im Netz, München 2000

Pariona Arana, Raúl: Täterschaft und Pflichtverletzung – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten, Baden-Baden 2010

Park, Tido: Die Strafbarkeit von Internetprovidern wegen rechtswidriger Internet-Inhalte, GA 2001, S. 23 ff.

Paschke, Marian/*Berlit*, Wolfgang/*Meyer*, Klaus/*Kröner*, Lars (Hrsg.): Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2021 [zit. als *Bearbeiter*, in: NK-Medienrecht]

Pastore, Anna: § 127 StGB – Strafbarkeit des Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet, KriPoZ-JuP 2023, S. 3 ff.

Paul, Tobias: Primärrechtliche Regelungen zur Verantwortlichkeit von Internetprovidern aus strafrechtlicher Sicht, Baden-Baden 2005

Pelz, Christian: Die Strafbarkeit von Online-Anbietern, wistra 1999, S. 53 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Pfleiderer, Klaus: Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, Berlin 1968

Piazena, Martin: Das Verabreden, Auffordern und Anleiten zur Begehung von Straftaten unter Nutzung der Kommunikationsmöglichkeiten des Internets, Berlin 2014

Pichler, Rufus: Haftung des Host Providers für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDG, MMR 1998, S. 79 ff.

Picotti, Lorenzo: Cybercrime und Strafrecht, in: Engelhart, Marc/Kudlich, Hans/Vogel, Benjamin (Hrsg.), Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention – Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag, Berlin 2021, S. 807 ff.

Pille, Jens-Ullrich: Meinungsmacht sozialer Netzwerke, Baden-Baden 2016

Popp, Andreas: § 202 c StGB und der neue Typus des europäischen „Software-Delikts", GA 2008, S. 375 ff.

Popp, Martin: Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern, Berlin 2002

Posselt, WIE DIE IM INTERNET WIEDER SPRECHEN, zeit online vom 12. 6. 2023 (https://www.zeit.de/campus/2023-06/tiktok-algorithmus-zensur-lgbtq-algospeak) (letzter Abruf am 10. 5. 2024)

Preuß, Tamina: Erforderlichkeit der Kriminalisierung des Cybermobbings – Sinnvolle Schließung einer Gesetzeslücke oder bloßes Symbolstrafrecht?, KriPoZ 2019, S. 97 ff.

Puppe, Ingeborg: Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 9. 7. 2015 – 3 StR 537/14, JZ 2016, S. 478 ff.

Puppe, Ingeborg: Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, S. 101 ff.

Puppe, Ingeborg: Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen – Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung, Berlin 1979

Puppe, Ingeborg: Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 5. Aufl., Baden-Baden 2022

Puppe, Ingeborg: Zur Revision der Lehre vom „konkreten" Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, S. 1 ff.

Puschke, Jens: Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, Tübingen 2017

Puschke, Jens: Licht in der Dunkelheit des Netzes?, in: Eidam, Lutz/et al. (Hrsg.), Festschrift für Stephan Barton zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2023, S. 387 ff.

Rackow, Peter: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 10. 1. 2017 – 3 StR 144/16, NStZ 2017, S. 406 f.

Radde, Leon: Von Mauerschützen und Schreibtischtätern – Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft und ihre Anwendung auf Wirtschaftsunternehmen de lege lata, JURA 2018, S. 1210 ff.

Ranft, Otfried: Bemerkungen zu Täterschaft und Teilnahme durch garantenpflichtwidriges Unterlassen, in: Dannecker, Gerhard/Langer, Winfried/Ranft, Otfried/Schmitz, Roland/Brammsen, Joerg (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, Köln 2007, S. 403 ff.

Ranft, Otfried: Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung – Ein Beitrag zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, ZStW 1982, S. 815 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ransiek, Andreas: Aussteller einer Urkunde und Täter der Falschangabedelikte, in: Paeffgen, Hans-Ullrich/Böse, Martin/Kindhäuser, Urs (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion – Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1269 ff.

Ransiek, Andreas: Das unechte Unterlassungsdelikt, JuS 2010, S. 490 ff., 585 ff., 678 ff.

Raue, Benjamin/*Heesen*, Hendrik: Der Digital Services Act, NJW 2022, S. 3537 ff.

Reichenbach, Peter: Uneigentliche Organisationsdelikte, JURA 2016, S. 139 ff.

Reinbacher, Tobias: Die „Weiterverbreitung" von Hate Speech in sozialen Medien – Fragen der Beteiligung an einer gemäß § 185 StGB strafbaren Beleidigung, JZ 2020, S. 558 ff.

Reinbacher, Tobias: Die Beleidigung im Internet – Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminaliät, NK 2020, S. 186 ff.

Reinbacher, Tobias: Durative Tatbegehung, in: Jeßberger, Florian/Vormbaum, Moritz/Burghardt, Boris (Hrsg.), Strafrecht und Systemunrecht – Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag, Tübingen 2022

Reinbacher, Tobias: Social Bots aus strafrechtlicher Sicht, in: Beck, Susanne/Kusche, Carsten/Valerius, Brian (Hrsg.), Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht – Festgabe zum 10-jährigen Bestehen der Forschungsstelle RobotRecht, Baden-Baden 2020, S. 457 ff

Reinbacher, Tobias: Zur Strafbarkeit der Betreiber und Nutzer von Kino.to – zugleich eine Anmerkung zu LG Leipzig, Urt. v. 14. 6. 2012, Az.: 11 KLs 390 Js 191/11 = ZUM 2013, 338 –, NStZ 2014, S. 57 ff.

Reinbacher, Tobias/*Welzel*, Simon: Verbreiten und der Öffentlichkeit Zugänglichmachen als Tathandlungen der Inhaltsdelikte, GA 2022, S. 256 ff.

Rempe, Christoph: Anmerkung zu OLG Hamburg, Beschluss vom 13. 5. 2013 – 5 W 41/13 (LG Hamburg), MMR 2013, S. 534 f.

Rengier, Rudolf: Der Große Senat für Strafsachen auf dem Prüfstand, NStZ 1982, S. 225 ff.

Rengier, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil: Strafrecht AT, 15. Aufl., München 2023

Rengier, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil II: Strafrecht BT II – Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 25. Aufl., München 2024

Rengier, Rudolf: Täterschaft und Teilnahme – Unverändert aktuelle Streitpunkte, JuS 2010, S. 281 ff.

Rennert, Justin: Urheberrechtliche Haftung von Upload-Plattformen für Nutzerinhalte, IWRZ 2022, S. 18 ff.

Renzikowski, Joachim: Anmerkung zu BGH, 4 StR 416/20, JR 2022, S. 140 ff.

Reuter, Manfred: Gesetz zur Strafbarkeit des Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet, Kriminalistik 2021, S. 490 ff.

Ricker, Reinhart/*Weberling*, Johannes (Hrsg.): Handbuch des Presserechts, 7. Aufl., München 2021

Rissing-van Saan, Ruth: Für betrügerische oder andere kriminelle Zwecke errichtete oder ausgenutzte Unternehmen: rechtliche Handlungseinheiten sui generis? – Eine kritische Bestandsaufnahme der jüngeren Rechtsprechung in: Sieber, Ulrich/Dannecker, Gerhard

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen; Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 391 ff.

Ritz, Dorothee: Inhalteverantwortlichkeit von Online-Diensten – Strafbarkeit von Online-Diensten in ihrer Funktion als Inhalteanbieter, Online-Service-Provider und Internet-Access-Provider für die Verbreitung von Pornographie im elektronischen Datennetz (ein Rechtsvergleich), Berlin 1998

Rockstroh, Sebastian: Impressumspflicht auf Facebook-Seiten – Wann werden Telemedien „in der Regel gegen Entgelt" angeboten?, MMR 2013, S. 627 ff.

Rogall, Klaus: Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten, GA 1979, S. 11 ff.

Röhner, Jessica/*Schütz*, Astrid: Psychologie der Kommunikation, 3. Aufl., Berlin 2020

Rohnfelder, Silke: Probleme der Diskongruenz von Kausalverlauf und Vorsatz – Unter besonderer Berücksichtigung des ‚misslungenen Rücktritts', Baden-Baden 2012

Römer, Nicole: Verbreitungs- und Äußerungsdelikte im Internet, Berlin 2000

Rönnau, Thomas: Grundwissen – Strafrecht: Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte, JuS 2010, S. 961 ff.

Rönnau, Thomas: Grundwissen – Strafrecht: Garantenstellungen, JuS 2018, S. 526 ff.

Rönnau, Thomas/*Wegner*, Kilian: Grundwissen – Strafrecht: Beihilfe und „neutrales" Verhalten, JuS 2019, S. 527 ff.

Rosenfeld, Ernst Heinrich: Mittäterschaft und Beihilfe bei subjektiv gefärbter Ausführungshandlung, in: Hegler, August (Hrsg.), Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag, Band 2, Tübingen 1930, S. 161 ff.

Rösner, Leonie/*Krämer*, Nicole C.: Verbal Venting in the Social Web: Effects of Anonymity and Group Norms on Aggressive Language Use in Online Comments, Social Media + Society 2016, S. 2 ff.

Rössel, Markus: Digital Services Act, AfP 2021, S. 93 ff.

Rössel, Markus: Digital Services Act: Haftungsprivilegierungen, Überwachung und Blockadeanordnungen, ITRB 2023, S. 12 ff.

Roßnagel, Alexander (Hrsg.): Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste, München 2013

Rostalski, Frauke: „Fake News" und die „Lügenpresse" – ein (neuer) Fall für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht?, RW 2017, S. 436 ff.

Rostalski, Frauke/*Weiss*, Erik: Strafrechtlicher Umgang mit gruppenbezogenen Herabwürdigungen unter besonderer Berücksichtigung des § 192a StGB, KriPoZ 2023, S. 199 ff.

Rotsch, Thomas: „Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft – Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, Tübingen 2009

Rotsch, Thomas: Der ökonomische Täterbegriff – Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik, ZIS 2007, S. 260 ff.

Rotsch, Thomas: Mythologie und Logos des § 298 StGB, ZIS 2014, S. 579 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Roxin, Claus: Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 21. 04. 1986 – 2 StR 661/85 (LG Frankfurt am Main), JZ 1986, S. 908 f.

Roxin, Claus: Die Entsprechungsklausel beim unechten Unterlassen, in: Prittwitz, Cornelius (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2002, S. 577 ff.

Roxin, Claus: Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, ZStrR 2007, S. 1 ff.

Roxin, Claus: Pflichtdelikte und Tatherrschaft, in: Hefendehl, Roland/Hörnle, Tatjana/Greco, Luís (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, Berlin 2014, S. 509 ff.

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 2: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003

Roxin, Claus: Straftaten im Rahmen organisierter Machtapparate, GA 1963, S. 193 ff.

Roxin, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl., Berlin 2022 [zit. als *Roxin*, TuT]

Roxin, Claus: Täterschaft und Teilnahme bei strafbaren persönlichen Erklärungen, in: Hecker, Bernd/Weißer, Bettina/Brand, Christian (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, München 2018, S. 93 ff.

Roxin, Claus: Zur Bestimmtheit des Teilnehmervorsatzes, in: Eser, Albin (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin – Festschrift für Hannskarl Salger, Köln 1995, S. 129 ff.

Roxin, Claus/*Greco*, Luís: Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., München 2020

Roxin, Imme: Organisationsherrschaft, „uneigentliches" Organisationsdelikt und die Verfahrensökonomie bei Straftaten in Wirtschaftsunternehmen, in: Barton, Stephan/Eschelbach, Ralf/Hettinger, Michael/Kempf, Eberhard/Krehl, Christoph/Salditt, Franz (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 267 ff.

Rubitzsch, Anja: Anonymität und digitaler Hass, in: Hoven, Elisa (Hrsg.), Das Phänomen „Digitaler Hass", Baden-Baden 2023, S. 167 ff.

Rückert, Christian: 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, 2021

Rüdiger, Thomas-Gabriel: Das Broken Web: Herausforderung für die Polizeipräsenz im digitalen Raum?, in: Rüdiger, Thomas-Gabriel/Bayerl, P. Saskia (Hrsg.), Digitale Polizeiarbeit – Herausforderungen und Chancen, Wiesbaden 2018, S. 259 ff.

Rudolphi, Hans-Joachim: Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 05. 01. 1982 – 1 BJs 350/81 – StB 53/81, NStZ 1982, S. 198 ff.

Rudolphi, Hans-Joachim: Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, Göttingen 1966

Rudolphi, Hans-Joachim: Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe, in: Herrmann, Joachim/Vogler, Theo/Krümpelmann, Justus/Moos, Reinhard/Triffterer, Otto/Leibinger, Rudolf/Schaffmeister, Dieter/Mexer, Jürgen/Hüne, Peter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, S. 559 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rummel, Anna: Das Dauerdelikt im IStGH-Statut, Baden-Baden 2023

Ruppert, Felix: Die metateleologische Reduktion im Strafrecht – Zum Wesen der Sozialadäquanz, ZIS 2020, S. 14 ff.

Sack, Hans-Jürgen: Umweltschutz-Strafrecht – Erläuterungen der Straf- und Bußgeldvorschriften, 49. Aktualisierung, Stuttgart 2023

Safferling, Christoph/*Rückert*, Christian: Das Strafrecht und die Underground Economy, Analysen und Argumente 291, 2018, S. 1 ff.

Salimi, Farsam: Die Verhetzung im Internet – § 283 StGB in der gerichtlichen Praxis, JBl 2019, S. 609 ff.

Sánchez-Vera, Javier: Pflichtdelikt und Beteiligung – zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, Berlin 1999

Satzger, Helmut: Der Tatbestand der Bedrohung (§ 241 StGB), JURA 2015, S. 156 ff.

Satzger, Helmut: Die Anwendung des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende Gefährdungsdelikte, NStZ 1998, S. 112 ff.

Satzger, Helmut: Ein Überblick über die strafrechtlich relevanten Möglichkeiten der Beteiligung an und durch Unterlassen, JURA 2015, S. 1055 ff.

Satzger, Helmut: Strafrechtliche Providerhaftung, in: Heermann, Peter/Ohly, Ansgar (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Netz – Wer haftet wofür?, Stuttgart 2003, S. 161 ff.

Satzger, Helmut: Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Zugangsvermittlern, CR 2001, S. 109 ff.

Satzger, Helmut: Teilnehmerstrafbarkeit und „Doppelvorsatz", JURA 2008, S. 514 ff,

Satzger, Helmut: Wann „entspricht" ein Unterlassen einem Tun? – Zur Entsprechungsklausel in § 13 StGB, JURA 2011, S. 749 ff.

Satzger, Helmut/*Schluckebier*, Wilhelm/*Werner*, Raik (Hrsg.): StGB – Strafgesetzbuch, 6. Aufl., Köln 2024 [zit. als *Bearbeiter*, in: SSW-StGB]

Satzger, Helmut/*Schluckebier*, Wilhelm/*Widmaier*, Gunter (Hrsg.): StGB – Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Köln 2021 [zit. als *Bearbeiter*, in: SSW-StGB, 5. Aufl.]

Schäfer, Johannes: Hate Speech behandeln: Diagnosewerkzeuge aus der Computerlinguistik, in: Jaki, Sylvia/Steiger, Stefan (Hrsg.), Digitale Hate Speech – Interdisziplinäre Perspektiven auf Erkennung, Beschreibung und Regulation, Berlin 2023, S. 89 ff.

Schall, Hero: Alte Lasten – neue Pflichten – strafrechtliche Grenzen, in: Hellmann, Uwe/Schröder, Christian (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, Heidelberg 2011, S. 463 ff.

Schallmoser, Nina Marlene: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Host Providers für „Hasspostings", ÖJZ 2018, S. 205 ff.

Schäufele, Johannes/*Krück*, Christoph: Der Digital Services Act – Revolution für Vermittlungsdienste?, GRUR-Prax 2023, S. 120 ff.

Scheffler, Uwe: Zur Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes – BGH, NJW 1996, 2517, JuS 1997, S. 598 ff.

Schiff, Alexander: Informationsintermediäre – Verantwortung und Haftung, Tübingen 2021

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schittenhelm, Ulrike: Probleme der umweltgefährdenden Abfallbeseitigung, GA 1983, S. 310 ff.

Schlehofer, Horst: Beihilfe zum Betrug durch Übergabe eines inhaltlich falschen Wertgutachtens, StV 1997, S. 411 ff.

Schmidhäuser, Eberhard: Strafrecht – Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Tübingen 1984

Schmidt, Anja/*Witting*, Alexandra: Vorschlag für ein Gesetz zur Reform der Beleidigungsdelikte zur besseren Verfolgung von Hassrede und „Hate Storms", KriPoZ 2023, S. 190 ff.

Schmidt, Jan-Hinrik/*Taddicken*, Monika: Soziale Medien: Funktionen, Praktiken, Formationen, in: Schmidt, Jan-Hinrik/Taddicken, Monika (Hrsg.), Handbuch Soziale Medien, 2. Aufl., Wiesbaden 2022, S. 19 ff.

Schmitz, Peter/*Dierking*, Laura: Inhalte- und Störerverantwortlichkeit bei Telekommunikations- und Telemediendiensten – Anregungen für das geplante neue Telemediengesetz, CR 2005, S. 420 ff.

Schmitz, Roland: „Wilde" Müllablagerungen und strafrechtliche Garantenstellung des Grundstückseigentümers, NJW 1993, S. 1167 ff.

Schmitz, Roland: Unrecht und Zeit – Unrechtsquantifizierung durch zeitlich gestreckte Rechtsgutsverletzung, Baden-Baden 2001

Schneiders, Pascal: Keine Meinungsmacht den Medienintermediären? – Zum Diskriminierungsverbot für Medienintermediäre im Medienstaatsvertrag, ZUM 2021, S. 480 ff.

Schöffel, Robert: Ausmaß und Auswüchse von Hasskommentaren in Facebook-Gruppen – eine datenjournalistische Auswertung, in: Hoven, Elisa (Hrsg.), Das Phänomen „Digitaler Hass", Baden-Baden 2023, S. 121 ff.

Schönke, Adolf/*Schröder*, Horst (Begr.): Strafgesetzbuch: StGB, 26. Aufl., München 2001

Schönke, Adolf/*Schröder*, Horst (Begr.): Strafgesetzbuch: StGB, 30. Aufl., München 2019

Schramm, Edward: Über die Beleidigung von behinderten Menschen, in: Eser, Albin (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 539 ff.

Schreiber, Markus: Strafbarkeit politischer Fake News – Zugleich eine Untersuchung zum materiell-rechtlichen Umgang mit der Informationswahrheit in Zeiten demokratiegefährdender Postfaktizität, Berlin 2022

Schroeder, Friedrich-Christian: Der Täter hinter dem Täter – Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Berlin 1965

Schroeder, Friedrich-Christian: Die Straftaten gegen das Strafrecht, Berlin 1985

Schulte, Philipp/*Kanz*, Kristina-Maria: Daumen hoch?! – Die Like-Funktion im sozialen Netzwerk Facebook aus strafrechtlicher Perspektive, ZJS 2013, S. 24 ff.

Schumann, Heribert: Die Sonderdelikte der Pflichtverletzung des verantwortlichen Redakteurs und des Verlegers, AfP 2019, S. 384 ff.

Schumann, Heribert/*König*, Stefan/*Mosbacher*, Andreas (Hrsg.): Medienstrafrecht, Baden-Baden 2023 [zit. als *Bearbeiter*, in: NK-Medienstrafrecht]

Schünemann, Bernd: Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 1996, S. 287 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schünemann, Bernd: Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte – Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Göttingen 1971

Schwab, Hans-Jörg: Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, Frankfurt a. M. 1996

Schwenke, Thomas: Das virtuelle Hausrecht als Abwehrmaßnahme gegen „Shitstorms" innerhalb von Social Media Plattformen, K&R 2012, S. 305 ff.

Seelmann, Kurt: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 25. 09. 1991 – 3 StR 95/91, StV 1992, S. 416 ff.

Seher, Gerhard: Grundfälle zur Mittäterschaft, JuS 2009, S. 304 ff.

Seher, Gerhard: Vorsatz und Mittäterschaft – Zu einem verschwiegenen Problem der strafrechtlichen Beteiligungslehre, JuS 2009, S. 1 ff.

Selzer, Nicole: Organisierte Kriminalität als kriminelle Vereinigung – Eine kritische Auseinandersetzung mit der Reform des § 129 StGB, KriPoZ 2018, S. 224 ff.

Sering, Christian: Beihilfe durch Unterlassen, Münster 2000

Sesing-Wagenpfeil, Andreas: Der „barmherzige Samariter" im DSA, MMR 2023, S. 655 ff.

Sesing-Wagenpfeil, Andreas: Die Zukunft der Haftungsausschlüsse im Telemediengesetz, ZRP 2023, S. 115 ff.

Sieber, Ulrich: Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen (2) – Neue Herausforderungen des Internets – Fortsetzung und Schluss, JZ 1996, S. 494 ff.

Sieber, Ulrich: Verantwortlichkeit im Internet – technische Kontrollmöglichkeiten und multimediarechtliche Regelungen; zugleich eine Kommentierung von § 5 TDG und § 5 MDStV, München 1999

Sinn, Arndt: Vorverlagerung der Strafbarkeit – Begriff, Ursachen und Regelungstechniken, in: Sinn, Arndt/Gropp, Walter/Nagy, Ferenc (Hrsg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht – Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts, Göttingen 2011, S. 13 ff.

Sinn, Arndt/*Iden*, Marcel Patric/*Pörtner*, Patrick: Alter Wein in neuen Schläuchen oder Paradigmenwechsel beim Begriff der kriminellen Vereinigung (§ 129 Abs. 2 StGB)?, ZIS 2021, S. 435 ff.

Sobola, Sabine/*Kohl*, Kathrin: Haftung von Providern für fremde Inhalte: Haftungsprivilegierung nach § 11 TDG – Grundsatzanalyse und Tendenzen der Rechtsprechung, CR 2005, S. 443 ff.

Soehring, Jörg/*Hoene*, Verena (Hrsg.): Presserecht – Recherche, Darstellung, Haftung im Recht der Presse, des Rundfunks und der neuen Medien, 6. Aufl., Köln 2019 [zit. *Bearbeiter*, in: Soehring/Hoene]

Sowada, Christoph: Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt, JURA 1986, S. 399 ff.

Specht, Louisa: Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht, ZUM 2017, S. 114 ff.

Specht-Riemenschneider, Louisa: Anmerkung zu EuGH (Große Kammer), Urt. v. 22. 6. 2021 – C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, S. 1066 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Specht-Riemenschneider, Louisa: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. 10. 2019 – C-18/18, MMR 2019, S. 801 f.

Spindler, Gerald: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 24. 11. 2011 (C-70/10; JZ 2012, 308) – Zur Frage der generellen Filterpflicht für Internet-Access-Provider, JZ 2012, S. 311 ff.

Spindler, Gerald: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, K&R 2017, S. 533 ff.

Spindler, Gerald: Der Referentenentwurf für ein Digitales Dienste Gesetz (DDG-RefE) – good bye TMG und NetzDG – Erster Überblick über die wesentlichen Weichenstellungen, CR 2023, S. 602 ff.

Spindler, Gerald: Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz – europarechtswidrig?, ZUM 2017, S. 473 ff.

Spindler, Gerald: Der Vorschlag für ein neues Haftungsregime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act (Teil 1), GRUR 2021, S. 545 ff.

Spindler, Gerald: Die Verantwortlichkeit der Provider für „Sich-zu-Eigen-gemachte" Inhalte und für beaufsichtigte Nutzer, MMR 2004, S. 440 ff.

Spindler, Gerald: Die Zukunft des europäischen Haftungsrechts für Internet-Provider – der Digital Services Act, MMR 2023, S. 73 ff.

Spindler, Gerald: Europarechtliche Rahmenbedingungen der Störerhaftung im Internet – Rechtsfortbildung durch den EuGH in Sachen L'Oréal/eBay, MMR 2011, S. 703 ff.

Spindler, Gerald: Haftung für Urheberrechtsverstöße auf Online-Plattformen – YouTube Reloaded, NJW 2021, S. 2554 ff.

Spindler, Gerald: Haftungsrechtliche Probleme der Social Media, in: Hornung, Gerrit/Müller-Terpitz, Ralf (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl., Berlin 2021, S. 199 ff.

Spindler, Gerald: Löschung und Sperrung von Inhalten aufgrund von Teilnahmebedingungen sozialer Netzwerke – Eine Untersuchung der zivil- und verfassungsrechtlichen Grundlagen, CR 2019, S. 238 ff.

Spindler, Gerald: Weltweite Löschungspflichten bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, NJW 2019, S. 3274 ff.

Spindler, Gerald/*Schmitz*, Peter (Hrsg.): Telemediengesetz: TMG mit Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG), 2. Aufl., München 2018

Spindler, Gerald/*Schuster*, Fabian (Hrsg.): Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., München 2019

Sponholz, Liriam: Digitaler Hass und Hatespeech: Eine begriffliche Einordnung, in: Hoven, Elisa (Hrsg.), Das Phänomen „Digitaler Hass", Baden-Baden 2023, S. 17 ff.

Stadler, Thomas: Haftung für Informationen im Internet, 2. Aufl., Berlin 2005

Stahel, Lea: Status quo und Massnahmen zu rassistischer Hassrede im Internet: Übersicht und Empfehlungen, 2020

Steckermeier, Kristina: Der Tatentschluss von Mittätern (§ 25 Absatz 2 StGB) – Verlängerte Tatherrschaft als Zurechnungsgrund – eine empirische gestützte Untersuchung, Baden-Baden 2015

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Steiner, Rolf: Die Begehung schlichter Tätigkeitsdelikte durch Unterlassen, de lege lata et ferenda, MDR 1971, S. 260 ff.

Steinl, Leonie/*Schemmel*, Jakob: Der strafrechtliche Schutz vor Hassrede im Internet, GA 2021, S. 86 ff.

Steinrötter, Björn (Hrsg.): Europäische Plattformregulierung, Baden-Baden 2023

Sternberg-Lieben, Detlev/*Sternberg-Lieben*, Irene: Vorsatz im Strafrecht, JuS 2012, S. 884 ff.

Stoffers, Kristian: Die Formel „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen, Berlin 1992

Stoffers, Kristian: Die vorrechtlich-ontologische Unterscheidung der Verhaltensformen positiven Tuns und Unterlassens, GA 1993, S. 262 ff.

Stopa, Julian: Telegram in Grün, zeit online vom 20. September 2023 (https://www.zeit.de/digital/2023–09/whatsapp-kanaele-funktion-update-messenger-dienst-faq) (letzter Abruf am 10.5.2024)

Stratenwerth, Günther/*Kuhlen*, Lothar: Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat, 6. Aufl., München 2011

Strauß, Samuel: Kinderpornografische Schriften im digitalen Zeitalter, NStZ 2020, S. 708 ff.

Streng, Franz: Das Unrecht der Volksverhetzung, in: Küper, Wilfried (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin 1987, S. 501 ff.

Suler, John: The Online Disinhibition Effect, Cyberpsychology & Behaviour 2004, S. 321 ff.

Sundén, Jenny: Material Virtualities – Approaching Online Textual Embodiment Material virtualities, Frankfurt a. M. 2003

Sunyaev, Ali/et al.: Ökonomische Grundlagen, Chancen und Perspektiven von Social Media, in: Hornung, Gerrit/Müller-Terpitz, Ralf (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl., Berlin 2021, S. 41 ff.

Taddicken, Monika/*Schmidt*, Jan-Hinrik: Entwicklung und Verbreitung sozialer Medien, in: Schmidt, Jan-Hinrik/Taddicken, Monika (Hrsg.), Handbuch Soziale Medien, 2. Aufl., Wiesbaden 2022, S. 3 ff.

Taeger, Jürgen/*Pohle*, Jan (Hrsg.): Computerrechts-Handbuch – Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 38. Aufl., München 2023 [zit. als *Bearbeiter*, in: Computerrechts-Handbuch]

Tassis, Melina: Die Kommentierung von Statusmeldungen in sozialen Netzwerken aus strafrechtlicher Perspektive, Baden-Baden 2020

Tenckhoff, Jörg: Grundfälle zum Beleidigungsrecht, JuS 1988, S. 787 ff.

Tenckhoff, Jörg: Zur Anwendbarkeit des § 13 auf schlichte Tätigkeitsdelikte, in: Seebode, Manfred (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1992, S. 347 ff.

Theile, Hans: Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz, Frankfurt a. M. 1999

Thompson, John B.: Mediated Interaction in the Digital Age, Theory, Culture & Society 2020, S. 3 ff.

Thompson, John B.: The Media and Modernity – A Social Theory of the Media, Stanford 1995

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Thrun, Kai: Facebook: Gruppen auf Autopilot mit Admin Assist, Hutter Consult vom 21. Mai 2021 (https://www.thomashutter.com/facebook-gruppen-auf-autopilot-mit-admin-assist/) (letzter Abruf am 10. 5. 2024)

Toffler, Alvin: The third wave: The Classic Study of Tomorrow, New York 1981

Trüg, Gerson: Das „Eigentliche" am uneigentlichen Organisationsdelikt im Unternehmenskontext, in: Barton, Stephan/Eschelbach, Ralf/Hettinger, Michael/Kempf, Eberhard/Krehl, Christoph/Salditt, Franz (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 279 ff.

Trüg, Gerson: Die Organisation von und in Unternehmen als strafrechtlicher Anknüpfungspunkt, in: Dannecker, Gerhard/Meyer, Frank (Hrsg.), Unternehmenssanktionen in der Europäischen Union, Baden-Baden 2023, S. 159 ff.

Tsai, Sheng-wei: Zur Problematik der Tatbestandsalternativen im Strafrecht – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom strafrechtlichen Tatbestandsmerkmal, Berlin 2006

Valerius, Brian: Das geplante „Gesetz gegen digitale Gewalt", ZRP 2023, S. 142 ff.

van Hoboken, Joris/et al.: Hosting Intermediary services and illegal content online, European Union 2018

van Lessen, Jan: Handlungseinheit und Strafklageverbrauch bei mitgliedschaftlicher Beteiligung nach §§ 129, 129 a StGB – Besprechung von BGH, Beschl. v. 9. 7. 2015, 3 StR 537/14, NStZ 2016, S. 446 ff.

Vassilaki, Irini: § 127 StGB – Eine Herausforderung für die Betreiber von Handelsplattformen im Internet? – Eine Bestandsaufnahme zur jüngsten Norm im Strafgesetzbuch, CR 2022, S. 204 ff.

Vassilaki, Irini: Mittäterschaft von arbeitsteilig tätigen Teilorganisationen von Dienstanbietern – Fall CompuServe, NStZ 1998, S. 518 ff.

Vassilaki, Irini: Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nach dem TDG – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Einordnung des § 5 TDG im Strafrechtssystem, MMR 1998, S. 630 ff.

Vogelsang-Rempe, Barbara: Umweltstrafrechtliche Relevanz der Altlasten – Eine Untersuchung zu der Frage, ob im Zusammenhang mit Altlasten, die vor dem 1. 7. 1980 entstanden sind, die Tatbestände der §§ 326, 324 StGB rechtswidrig verwirklicht werden, Bochum 1992

Vogler, Theo: Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, in: Warda, Günter (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Berlin 1976, S. 265 ff.

Volkmann, Viktor: Hate Speech durch Social Bots – Strafrechtliche Zurechnung von Volksverhetzungen gem. § 130 Abs. 1 StGB, MMR 2018, S. 58 ff.

Völzmann, Berit: Freiheit und Grenzen digitaler Kommunikation, MMR 2021, S. 619 ff.

Voskamp, Friederike/*Kipker*, Dennis-Kenji: Virtueller Pranger Internet – „Shitstorm" und „Cybermobbing" als Bühne für die Meinungsfreiheit? – Providerpflichten nach der BGH-Rechtsprechung, DuD 2013, S. 787 ff.

Wabnitz, Heinz-Bernd/*Janovsky*, Thomas/*Schmitt*, Lothar (Hrsg.): Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl., München 2020

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wagner, Christoph: Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte – Zur Drittwirkung der Meinungsfreiheit und Ausgestaltung einer dienenden Medienfreiheit, ZUM 2022, S. 861 ff.

Wagner, Markus: Plädoyer für einen Abschied von der Kategorie der sog. Dauerdelikte, ZfistW 2023, S. 349 ff.

Walter, Tonio: § 298 StGB und die Lehre von den Deliktstypen, GA 2001, S. 131 ff.

Walter, Tonio: Das Märchen von den Tätigkeitsdelikten, in: Fahl, Christian/Müller, Eckhart/Satzger, Helmut/Swoboda, Sabine (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2015, S. 327 ff.

Walter, Tonio: Der Kern des Strafrechts – Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, Tübingen 2006

Walter, Tonio: Positive und negative Erfolgsdelikte – Handeln und Unterlassen, ZStW 2004, S. 555 ff.

Walter, Tonio: Wie im Internationalen Strafrecht schlechte Rechtsprechung zu schlechter Gesetzgebung geführt hat – Warum die Ergänzungen des § 5 StGB dem Kampf gegen Nazipropaganda im Netz einen Bärendienst erweisen, NStZ 2022, S. 718 ff.

Walter, Tonio: Zurechnung statt Schuld? – Sukzessive Beteiligung bei Mord, Raub und Raub mit Todesfolge – Besprechung von BGH, NStZ 2008, 280, NStZ 2008, S. 548 ff.

Wandtke, Artur-Axel/*Bullinger*, Winfried (Hrsg.): Praxiskommentar Urheberrecht: UrhR, 6. Aufl., München 2022

Wandtke, Artur-Axel/*Ohst*, Claudia (Hrsg.): Medienrecht, Band 4: Persönlichkeitsrecht und Medienstrafrecht, 3. Aufl., Berlin 2014

Wandtke, Artur-Axel/*Ostendorff*, Saskia: Grenzen der Meinungsfreiheit bei Hassreden aus straf- und persönlichkeitsrechtlicher Sicht, ZUM 2021, S. 26 ff.

Wang, Huawei: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Service-Providern, Berlin 2019

Warneke, Nikolai: Die Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, Berlin 2007

Weber, Alexa: Die Strafbarkeit von Plattformbetreibern im Darknet, Baden-Baden 2022

Weber, Ulrich: Garantenstellung kraft Sachherrschaft? Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit für beleidigende Parolen auf Sachen, in: Herzberg, Rolf Dietrich (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, Köln 1985, S. 83 ff.

Wengenroth, Lenard: Zur Strafbarkeit von virtuellen Sit-Ins – Zugleich ein Beitrag zur (Mit) Täterschaft bei minimalen Tatbeiträgen, Berlin 2014

Wenske, Marc: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24. 1. 2012 – 1 StR 412/11, NStZ 2013, S. 351 f.

Wenske, Rilana: Die Rolle der Internet Service Provider im deutschen und US-amerikanischen Recht – Verantwortlichkeit und Privilegierung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, Köln 2016

Werle, Gerhard: Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, Berlin 1981

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Werle, Gerhard: Konkurrenz und Strafklageverbrauch bei der mitgliedschaftlichen Beteiligung an kriminellen oder terroristischen Vereinigungen, NJW 1980, S. 2671 ff.

Weßlau, Edda: Der Exzeß des Angestifteten, ZStW 1992, S. 105 ff.

Whittle, Helen: Ein Jahr X: Was hat Elon Musk aus Twitter gemacht?, DW vom 27. 10. 2023 (https://www.dw.com/de/ein-jahr-x-was-hat-elon-musk-aus-twitter-gemacht/a-67233029) (letzter Abruf am 10. 5. 2024)

Wiacek, Martin: Strafbarkeit rechts motivierter Cyberkriminalität in sozialen Netzwerken, Baden-Baden 2019

Wiebe, Andreas: Providerhaftung in Europa: Neue Denkanstöße durch den EuGH (Teil 1), WRP 2012, S. 1182 ff.

Wiedemann, Max-Julian: Plattformhaftung dezentraler sozialer Netzwerke am Beispiel Mastodon, GRUR-Prax 2023, S. 411 ff.

Wielsch, Dan: Die Ordnungen der Netzwerke. AGB – Code – Community Standards, in: Eifert, Martin/Gostomzyk, Tobias (Hrsg.), Netzwerkrecht – Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation, Baden-Baden 2018, S. 61 ff.

Wietfeld, Malte: Tatherrschaft im Rahmen der Steuerhinterziehung, Heidelberg 2016

Wild, Peter: Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes und Teilanfechtung von Strafurteilen – BayObLG, NJW 1991, 2582, JuS 1992, S. 911 ff.

Wilson, George L./*Kelling*, James Q.: Broken windows – The police and neighborhood safety, The Atlantic Monthly 1982 (https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/) (letzter Abruf am 10. 5. 2024)

Wimmers, Jörg/*Barudi*, Malek: Der Mythos vom Value Gap – Kritik zur behaupteten Wertschöpfungslücke bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte auf Hosting-Diensten, GRUR 2017, S. 327 ff.

Wimmers, Jörg/*Heymann*, Britta: Zum Referentenentwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) – eine kritische Stellungnahme, AfP 2017, S. 93 ff.

Wimmers, Jörg/*Schulz*, Carsten: Wer nutzt? – Zur Abgrenzung zwischen Werknutzer und technischem Vermittler im Urheberrecht, CR 2008, S. 170 ff.

Windsberger, Alexandra: Should Catcalling be punishable? Zur strafrechtlichen Relevanz sexuell konnotierter Äußerungen, NK 2022, S. 342 ff.

Windsberger, Alexandra: Über den „tatsächlichen Zusammenhang" im Bankrottstrafrecht, Heidelberg 2017

Wittmer, Sandra: Straftaten und Strafverfolgung im Darknet, Baden-Baden 2022

Wittmer, Sandra: Telemedienrechtliche Haftungsprivilegierung beim Betreiben von kriminellen Online-Plattformen im Darknet, ZdiW 2022, S. 414 ff.

Wohlers, Wolfgang: Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner" Gefährdungsdelikte, Berlin 2000

Wohlleben, Marcus: Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, München 1996

Wolf, Gerhard: Anmerkungen zu BayObLG v. 27. 3. 1991 – RReg. 4 St 198/90, JR 1992, S. 428 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wolff, Ernst Amadeus: Kausalität von Tun und Unterlassen – Eine strafrechtliche Untersuchung, Heidelberg 1965

Wolter, Jürgen: Wahlfeststellung und in dubio pro reo. Zugleich eine Dokumentation der höchstrichterlichen Rechtsprechung 1934 – 1986, Berlin 1987

Wolter, Jürgen/*Hoyer*, Andreas (Hrsg.): Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1 (9. Aufl.), Band 3 (9. Aufl.), Band 4 (10. Aufl.), Band 6 (10. Aufl.), Köln 2017, 2019, 2024, 2023 [zit. als *Bearbeiter*, in: SK-StGB]

Woltmann, Nicolas: Der soziale Roboter – Strafrechtliche Aspekte der Personifizierung technischer Systeme am Beispiel von Social Bots, Baden-Baden 2022

Wüst, Marlene: Die Underground Economy des Darknets – Die Strafbarkeit des Betreibens „illegaler" Handelsplattformen, Berlin 2022

Wuttig, Ernst: Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen, Breslau 1902

Yamanaka, Keiichi: Abgrenzung von Beihilfe und Mittäterschaft bei Unterlassungsdelikten, in: Hefendehl, Roland/Hörnle, Tatjana/Greco, Luís (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, Berlin 2014, S. 561 ff.

Zehe, Harald: Soziale Netzwerke als gesellschaftliches Phänomen – eine Bestandsaufnahme zum Nutzerverhalten und zu den Anbietern, in: Hill, Hermann/Martini, Mario/Wagner, Edgar (Hrsg.), Facebook, Google & Co. – Chancen und Risiken, Baden-Baden 2013, S. 33 ff.

Ziegler, Katharina: Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing – Urheber- und haftungsrechtliche Aspekte sozialer Netzwerke am Beispiel der Plattform Facebook, Tübingen 2016

Zieschang, Frank: Die Gefährdungsdelikte, Berlin 1998

Zieschang, Frank: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit eines Host-Providers für rechtswidrige Inhalte, GA 2020, S. 57 ff.

Zöller, Mark A.: Die Strafbarkeit des Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet – Der neue § 127 StGB, ICRL 2021, S. 279 ff.

Zöller, Mark A.: Strafbarkeit des Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet – Kritische Bemerkungen zum Regierungsentwurf vom 10. 2. 2021, KriPoZ 2021, S. 79 ff.

Zöller, Mark A.: Strafbarkeit und Strafverfolgung des Betreibens internetbasierter Handelsplattformen für illegale Waren und Dienstleistungen, KriPoZ 2019, S. 274 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Sachwortverzeichnis

Abfallstrafrecht 287 f., 354, 382, 427 ff., 466 f., 476, 480, 534
AdminAssist 60, 185
Affordanzen 56 ff., 77, 82, 114, 238, 531
Aktive Rolle *siehe* Neutralitätskriterium
Annotieren 58 f., 60, 64, 80, 409, 533 f.
Anreiztheorie/Anreizkriterium 170, 314, 457 ff., 472 f., 477, 537, 541
Anstiftung 252, 255, 263, 266 ff., 295, 310 ff., 348, 412
Aufforderung zu Straftaten 212, 310 ff., 398 ff., 430 ff.

Bedrohung 317, 363, 383, 423 ff., 434
Begriff sozialer Netzwerke 41 ff.
Beihilfe 250, 314, 349, 364, 371 f., 430, 488
Beleidigung 135, 260, 315 ff., 363, 367, 372 f., 379 ff., 384 f., 398 ff., 405 ff., 416 ff., 424 f., 434, 466, 476, 495
Beseitigungsmonopol (Garantenpflicht) *siehe* Kontrollmonopol
Beseitigungspflicht *siehe* Straftatverhinderungspflicht
Beteiligungsform 84 f., 144, 217
– Begehungsdelikt 255 ff., 261 f., 266 f., 281 ff., 334, 539 f.
– Unterlassungsdelikt 258, 486 ff., 540
Broken-Web-Theorie 77 f.

Chilling-Effect 135
Cybermobbing 81 f.

Dauerdelikt 192, 342 f., 345, 378, 394 ff., 535
Deliktsspezifischer Risikozusammenhang 532, 537
– Garantenpflicht 461 ff., 477
– Objektive Zurechnung 253 f., 348
– Telemedienrechtlich 163 ff., 177 ff.
Dezentrale Netzwerke 54 f., 105
Durative Tatbegehung 397 ff.

Entgeltlichkeit 104 ff., 113 f., 140, 146, 494
Entsprechungsklausel 356, 376 ff., 488, 511
Erfolgsbegriff 354 ff., 376, 417 ff., 427
Erlaubtes Risiko 52, 189, 192, 195, 247 ff., 442, 445, 473, 531, 537, 539

Filter 141, 154, 178 f., 185, 196, 199, 383, 441, 452, 532
Filterlösung (Privilegierung) 98 ff., 125
Freigabevorbehalt 197 f., 238, 296, 298, 324, 334, 369, 383, 411, 507, 535

Garantenpflicht 186 f., 289 f., 298, 377, 380, 407 ff., 435 ff., 491 f., 503 f., 506, 533
Gatekeeper 33, 92
Gemeinsamer Tatentschluss 292 ff.
Grundrechtsbindung 72 f., 452 f.
Guter-Samariter-Privileg/-Dilemma 122, 130 ff., 153 f.

Hassrede 29 ff., 67, 73, 91, 249, 278
Herrschaft über die Gefahrenquelle 408 f., 444 ff., 491, 506

Ingerenz 407, 417, 442 ff., 477 f., 507, 511
Integrationslösung (Privilegierung) *siehe* Filterlösung (Privilegierung)
Integrationsmodell (aktive Rolle) 161 ff.

Kommunikationsdelikt
– Begriff 83 ff.
– Beteiligungsform *siehe* Persönliche Äußerungsdelikte
– Deliktstypus 360 ff.
– Vollendungszeitpunkt 367 ff.
Kommunikationsraum 50 ff., 64, 69, 72, 229, 313, 323, 531 ff.
Konkurrenzen 195 ff., 272, 276, 301 f., 334 ff., 349 f., 392, 403 f., 410, 416, 432, 442, 507 ff., 534, 539, 541

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kontrollmonopol (Garantenpflicht) 450 ff., 475 f.
Kuratierung 64 ff., 74, 79 f., 91, 169, 400, 463, 531

Liken *siehe* Linksetzen
Linksetzen 60, 295, 322, 325 ff., 398, 534 ff., 537, 539 f.

Meldesystem 114, 175
Messengerdienste 42 f., 46, 114 ff., 462
Mittäterschaft 160, 164, 256, 285, 292 ff., 308, 403
Mittelbare Täterschaft 256, 285, 299 ff., 336, 348, 366
Moderatoren 60, 110 f., 125 ff., 131, 228, 384 f., 393, 440, 479, 482 f., 487, 494 ff., 512, 531, 533 f.

NetzDG 96, 114 f., 118, 181, 237 f., 437 ff., 453 f., 479, 481
Netzwerkeffekte 45 f., *siehe* Plattformeffekte
Neutralitätskriterium 137, 144 ff., 169, 170 ff., 179 f., 188, 244, 254, 321, 532, 537

Ordnungsmodell 50 ff., 106 ff., 224 ff., 283 f., 480 ff.
Organisationsdelikt
– eigentliches 103, 200 ff., 243, 254, 305, 341 f., 344 ff., 532
– uneigentliches 301 f., 308, 335 ff., 348
Overblocking 96, 132, 135, 249, 479

Persönliche Äußerungsdelikte 84, 144, 232, 314 ff., 323 f., 334, 367 f., 379 ff., 411, 486, 511 f., 540
Pervertierte Plattform *siehe* Pervertiertes Angebot
Pervertiertes Angebot 539
– Ingerenz 443
– Kriminelle Handelsplattform, § 127 StGB 239 ff.
– telemedienrechtlich 172 ff., 178
– Verhaltensform 195 f.
Pflichtdelikte 287 ff., 487, 489, 503 f., 507
Pflichteninhaltslehre 491 ff., 506
Pflichtenumfang (Garantenpflicht) 478 ff., 482, 485, 493, 533
Plattformeffekte 213, 226, 229 f., 246, 308, 351
Pressestrafrecht 139, 285 f., 288 f., 292, 296, 354

Quasi-Interaktion 70 ff.

Raumverantwortlichkeit 38, 40, 69, 455 ff. *siehe* Kommunikationsraum
Redaktionelle Tätigkeit 94, 141 f., 166, 168, 321

Separationsmodell (aktive Rolle) *siehe* Integrationsmodell
Shit-Storms 81 f.
Sicherungsmaßnahmen 147 ff., 177 ff., 196, 248
Sich-Zueigenmachen
– äußerungsstrafrechtlich siehe Persönliche Äußerungsdelikte
– Telemedienrechtlich 97, 136 ff., 155 ff.
Silencing-Effect 82 f.
Social Bots 79 f., 323 f., 535 ff.
Speicherbegriff (Telemedienrecht) 111 ff.
Straftatverhinderungspflicht 456, 464 ff.

Täter hinter dem Täter, *siehe* Organisationsherrschaft
Tatherrschaft 287, 315 ff., 325 ff., 408, 539 f.
– Funktionelle Tatherrschaft 295 ff., 539
– Handlungsherrschaft 285, 298 f.
– Organisationsherrschaft 298 ff., 308 f., 336, 339 f., 540
– Tatherrschaftswechsel 489 f., 501 ff., 540
– Unterlassen 493 f., 496 ff.
Tätigkeitsdelikt 358 ff., 365 ff., 372 ff., 376, 535
Teilen *siehe* Linksetzen
Teilnahmefähigkeit nach Vollendung 414 ff., 427 ff., 472, 534
Toxizität 77 f., 239
Tun oder Unterlassen *siehe* Verhaltensform

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Upload-Filter *siehe* Filter
Urheberrecht 92 f., 120, 150, 158, 162, 295, 302, 327

Vereinigungsbegriff 202 ff., 219, 304
Verhaltensform 539
– Energiekriterium 189, 191 f., 539
– Konkurrenzlösung 195 ff., 507, 539, 541
– Providerprivilegierung 186 ff.
– Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit 188 ff., 196, 253
– Wertungswiderspruch 290 f., 507 ff.
Verhetzende Beleidigung 30, 362, 371, 392 f., 418, 421 ff.
Volksverhetzung 254, 272 f., 282, 335
Vorsatzbestimmtheit 255 ff., 322, 490
– Innertatbestandlich 262 ff.
– Zwischentatbestandlich 271 ff.

Web 2.0 45 f., 64

Zweckausrichtung
– Garantenpflicht 463
– Konkurrenzen 341, 343
– Kriminelle Vereinigung, § 129 StGB 216 ff.
– Kriminelle Handelsplattform, § 127 StGB 227 f., 233 ff.
– Objektive Zurechnung 249, 253
– Telemedienrechtlich 117, 160 f., 164, 166 f., 170 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59473-3 | Generated on 2025-07-11 09:17:23
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/