

Neue Zeitschrift für Strafrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Frank Arloth, Ministerialdirektor, München – Dr. Bernhard Böhm, Ministerialdirektor, Berlin – Prof. Dr. Thomas Fischer, Vorsitzender Richter am BGH a. D., Karlsruhe – Dr. Peter Frank, Generalbundesanwalt beim BGH, Karlsruhe – Dr. Margarete Gräfin von Galen, Rechtsanwältin, Berlin – Prof. Dr. Markus Jäger, Richter am BGH, Karlsruhe – Dr. Simone Kämpfer, Rechtsanwältin, Düsseldorf – Prof. Dr. Christoph Knauer, Rechtsanwalt, München – Dr. Daniel M. Krause, Rechtsanwalt, Berlin – Prof. Dr. Hans Kudlich, Erlangen-Nürnberg – Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg – Prof. Herbert Landau, Richter des BVerfG, Karlsruhe – Prof. Dr. Klaus Letzgas, Staatssekretär a. D., Rechtsanwalt, München – Dr. Klaus Miebach, Richter am BGH a. D., Wachtberg-Pech – Prof. Dr. Henning Radtke, Richter des BVerfG, Karlsruhe – Prof. Dr. Helmut Satzger, München – Prof. Dr. Hartmut Schneider, Bundesanwalt beim BGH, Leipzig – in Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Schriftleitung: Bundesanwalt beim BGH Prof. Dr. Hartmut Schneider
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christoph Knauer

Heft **11**
Seite 633–696
39. Jahrgang
4. November 2019

Aufsätze

Prof. Dr. Hans Kudlich / Dr. Bernd Berberich*

Abstrakte Gefährdungsdelikte im Internet und die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

A. Hinführung und Fragestellung

Zu den Themen, die mit der rasanten Ausweitung der Nutzung des Internets seit Mitte der 1990er Jahre (neben derjenigen der Providerverantwortlichkeit¹) relativ rasch in den Mittelpunkt des Interesses gerückt sind, bis heute aber Fragen aufwerfen, gehört die Frage der Anwendung deutschen Strafrechts auf „Internet-Sachverhalte“². Die Problematik drängt sich auf: Inhalte, die im Internet stehen, können zumindest theoretisch weltweit abgerufen werden, bzw. was für die Frage der Anwendung deutschen Strafrechts im Mittelpunkt steht:³ Inhalte „aus aller Herren Länder“ sind von Deutschland aus erreichbar, und es ist keineswegs unvorstellbar, dass sogar Inhalte, die ganz maßgeblich auf Deutschland ausgerichtet sind und hier zur Kenntnis genommen werden sollen, (zufällig oder sogar zielgerichtet) auf Servern im Ausland gespeichert werden.

Das führt einerseits zu dem nachvollziehbaren Interesse daran, auch Inhalte, die aus dem Ausland kommen, ggf. strafrechtlich würdigen zu können; wer – so könnte man argumentieren – ein Medium nutzt, das einen so weiten Verbreitungskreis hat, muss auch damit rechnen, vielerorts Verantwortung übernehmen zu müssen. Andererseits besteht bei einem zu weiten Verständnis des Strafanwendungsrechts erkennbar die Gefahr einer weitgehenden „Allzuständigkeit“ deutscher Strafverfolgungsbehörden (und damit aber auch: diverser anderer Strafrechtsregimes), was nicht nur fragwürdige praktische Konsequenzen – etwa auch mit Blick auf das Legalitätsprinzip⁴ – nach sich ziehen würde, sondern auch völkerrechtlich problematisch⁵ sein könnte. Ferner ist zu fragen, ob nicht als Kontrollüberlegung immer auch ein gewisser Gleichlauf zwischen „Offline- und Online-Strafbarkeit“ bestehen sollte, der im Einzelfall zu einer Reduzierung des Anwendungsbereichs des deutschen Strafrechts führen könnte.

In besonderer Weise relevant ist das Problem bis heute im Zusammenhang mit abstrakten Gefährdungsdelikten. Denn

zum einen ist bei diesen die Bestimmung des „Erfolgsorts“ nach § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB besonders schwierig zu bestimmen (vgl. eingehend unter C.). Zum anderen können viele Verhaltensweisen, die sich in der virtuellen Welt des Internets abspielen, zumindest typischerweise⁶ nur abstrakte Gefahren begründen. Nicht zufällig gehören daher viele der bislang entschiedenen Fälle oder diskutierten Problemfelder in diesen Bereich, so etwa die Tatbestände der Volksverhetzung (§ 130 StGB)⁷, der Verwendung von Kennzeichen ver-

* Der Verfasser Kudlich ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Erlangen-Nürnberg. Der Verfasser Berberich ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Hambach&Hambach in München.

1 Grundlegend Sieber JZ 1996, 429 ff., 494 ff.; ferner Conradi/Schlömer NSStZ 1996, 366 ff., 472 ff.; vgl. als frühe Monografie dazu statt vieler Bleisteiner Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet, 1999.

2 Vgl. als sehr frühe Veröffentlichungen Conradi/Schlömer NSStZ 1996, 366 (368 ff.) sowie Hilgendorf NJW 1997, 1873 ff.; eingehend dann auch Sieber NJW 1999, 2065 ff.; als frühe Monografie dazu Kienle Internationales Strafrecht und Straftaten im Internet, 1998.

3 Denn für diese Frage spielt der naheliegende Hinweis etwa auf nationale Sperrungen bzw. Beschränkungen des Internets in verschiedenen Staaten keine Rolle.

4 Der in diesem Zusammenhang gerne zitierte § 153 c StPO ist nicht nur als Opportunitätsvorschrift eigentlich eine „Notlösung“, sondern greift ausweislich seines Wortlauts „Auslandstaten“ auch immer dann nicht ein, wenn die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts als (vermeintliche) Inlandstat nach §§ 3, 9 StGB begründet wird, vgl. auch MüKoStPO/Peters Bd. 2, 2016, § 153 c Rn. 13.

5 Zum völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatz etwa Ambos Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 2 ff.

6 Diese Regel bestätigende Ausnahmen sind etwa denkbar bei Beleidigungen (§ 185 StGB), bei Betrugstaten mit Vermögensverschiebungen in der realen Welt (§ 263 StGB) oder wenn tatsächlich durch eine internetbasierte Einflussnahme auf Datenverarbeitungsvorgänge Schäden an fremden Sachen oder Personen (fiktives Beispiel: Manipulation der Überwachungsrichtungen eines Intensivpatienten) verursacht würden.

7 Vgl. hierzu bis heute wirkmächtig BGH NSStZ 2001, 305 mAnm Hörnle (= BGHSt 46, 212, Fall Toeben) sowie dazu statt vieler Gercke ZUM 2002, 283; Kudlich StV 2001, 397 und Lagodny JZ 2001, 1198; vgl. nunmehr aber auch BGH NSStZ 2017, 146 sowie OLG Hamm NSStZ-RR 2018, 293. Zur Qualifizierung des § 130 StGB als besondere Form eines abstrakten (nämlich abstrakt-konkreten bzw. potentiellen) Gefährdungsdelikts vgl. unten B. II.

fassungswidriger Organisationen (§ 86 a StGB)⁸ oder der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels (§ 284 StGB).⁹ Die Vielgestaltigkeit dieser abstrakten Gefährdungsdelikte mit z. T. sehr unterschiedlichen Tathandlungen und Rechtsgütern führt noch zur zusätzlichen Schwierigkeit, dass Überlegungen aus einem Feld nicht immer zeitnah auch auf andere Bereiche übertragen werden (bzw. sich auch die Frage stellen kann, ob angesichts bestimmter tatbestandsspezifischer Aspekte überhaupt eine Übertragung möglich ist).

B. Grundlagen

I. Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Zu den allgemeinen Grundsätzen der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts genügt es hier, sich einige wichtige Grundzüge kurz in Erinnerung zu rufen: Ob auf einen Sachverhalt deutsches Strafrecht anwendbar ist, bestimmt sich vorrangig nach dem Territorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB. Danach muss – als wichtigste hier relevante Fälle – entweder die Tathandlung im Inland stattgefunden haben (§ 9 Abs. 1 Var. 1 StGB) oder der Taterfolg im Inland eingetreten sein (§ 9 Abs. 1 Var. 3 StGB). Auf die damit teilweise verbundenen Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten wird im Folgenden vertieft einzugehen sein (vgl. unten C. I. und III.).

Demgegenüber haben die §§ 4-7 StGB im vorliegenden Zusammenhang keine große bzw. jedenfalls keine systemrelevante Bedeutung: Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf deutschen Schiffen und Luftfahrzeugen nach § 4 StGB wird allenfalls für exotische Ausnahmefälle eine Rolle spielen; das Schutz- und Weltrechtsprinzip der §§ 5 und 6 StGB ist in seinem Anwendungsbereich jeweils auf bestimmte Tatbestände beschränkt. Das in § 7 Abs. 1 StGB normierte passive Personalitätsprinzip, das eine im Ausland begangene Tat „gegen einen Deutschen“ voraussetzt, wird gerade bei abstrakten Gefährdungsdelikten regelmäßig nicht weiterhelfen, da ein entsprechender individueller Bezug¹⁰ fehlt. In Betracht kommt allenfalls das Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege gemäß § 7 Abs. 2 StGB. Hier ist aber zu berücksichtigen, dass jedenfalls für eine Reihe der hier relevanten Fallkonstellationen gerade eine Strafbarkeit im Ausland fehlt – sei es, weil etwa für einen Teil der in § 130 StGB inkriminierten Äußerungen im Ausland keine korrespondierende Strafbarkeit besteht, sei es, weil etwa bei Glücksspielrechtlichen Sachverhalten im Ausland gerade explizit entsprechende Lizenzen vorliegen¹¹.

II. Gefährdungsdelikte: Arten und begriffliche Abgrenzung

Die vorliegend interessierenden Gefährdungsdelikte, die sich dadurch auszeichnen, dass das Angriffsobjekt¹² zur Verwirklichung des Delikts nicht verletzt werden muss, werden herkömmlicherweise auf der ersten Stufe in konkrete und abstrakte Gefährdungsdelikte unterteilt¹³. Die Erstgenannten bereiten dabei – soweit überhaupt über das Internet begehbar¹⁴ – keine besonderen Schwierigkeiten. Der Eintritt der konkreten Gefahr ist unproblematisch zugleich ein Erfolg i. S. des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB, sodass bei Schaffung einer konkreten Gefahrensituation im Inland deutsches Strafrecht anwendbar ist.

Die abstrakten Gefährdungsdelikte werden – mit terminologischen Unterschieden im Detail – teilweise noch weiter ausdifferenziert, wobei zwischen „echten“ bzw. rein abstrakten Gefährdungsdelikten einerseits und „abstrakt-konkreten“ Gefährdungsdelikten oder auch „potentiellen Gefährdungsdelikten“¹⁵ unterschieden wird. Letztere werden auch als

Eignungsdelikte bezeichnet und lassen allein die Vornahme der Tathandlung für die Verwirklichung des Tatbestands nicht genügen, sondern verlangen ergänzend, dass diese zur Gefährdung bzw. Verletzung der in der jeweiligen Norm genannten Schutzgüter geeignet ist. Dies drückt sich im Wortlaut der Vorschriften durch den Passus „die geeignet ist...“ nach der Formulierung der Tathandlung aus (vgl. §§ 109 Abs. 1, 126 Abs. 1, 130 Abs. 1, 311 Abs. 1 StGB; § 34 Abs. 2 AWG aF). Diese Unterscheidung ist für die hier interessierende Problematik potentiell von Interesse, da aus dem Eignungserfordernis teilweise Folgerungen für den Begriff des „Erfolges“ i. S. des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB abgeleitet werden (vgl. unten C. III.).

Von der Differenzierung zwischen (abstrakten) Gefährdungs- und Verletzungsdelikten zu unterscheiden, ist diejenige zwischen (schlichten) Tätigkeits- und Erfolgsdelikten¹⁶. Zwar bestehen durchaus bedeutsame Überschneidungen, doch dürfen die Unterscheidungen nicht etwa gleichgesetzt werden. Zwar erfordern schlichte Tätigkeitsdelikte niemals eine Verletzung – umgekehrt muss aber nicht jeder Tatbestand, der einen Erfolg (i. S. einer von der Tathandlung abtrennbaren Folge in der Außenwelt¹⁷) voraussetzt, mit Blick auf das geschützte Rechtsgut ein Verletzungsdelikt sein. Anschaulich ist dies bei § 306 a Abs. 1 StGB, wo mit dem Inbrandsetzen bzw. der (teilweisen) Zerstörung durch Brandlegung des geschützten Tatobjekts unproblematisch ein „Erfolg“ gefordert wird, gleichwohl aber nach h. M. ein abstraktes Gefährdungsdelikt (mit Blick auf Leib und Leben als geschützte Rechtsgüter) vorliegt¹⁸. Ähnliches wird für § 274 StGB zu gelten haben, der u. a. eine Vernichtung oder Beschädigung des Tatobjekts voraussetzt, mit Blick auf das „Recht, mit (echten) Urkunden und technischen Aufzeichnungen usw. Beweis zu erbringen“¹⁹, aber nur eine Gefährdung notwendig voraussetzt.

C. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bei abstrakten Gefährdungsdelikten, insb. nach § 3 iVm § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB

Im Mittelpunkt der nachfolgenden Überlegungen stehen vor diesem Hintergrund also die abstrakten Gefährdungsdelikte (in all ihren Spielarten), wobei ein Schwerpunkt auf der Frage liegt, ob bzw. wann nach dem Territorialitätsprinzip des § 3 StGB die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts unter dem Gesichtspunkt des Erfolgsortes (§ 9 Abs. 1 Var. 3 StGB) begründet werden kann. Dabei soll im Folgenden grundsätz-

8 Vgl. BGH NStZ 2015, 81.

9 Monografisch zu dieser viel diskutierten Problematik aus jüngerer Zeit vgl. Duesberg Der Tatbegriff in §§ 3 und 9 Abs. 1 StGB, 2017.

10 Vgl. BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg 41. Ed., 2019, § 7 Rn. 3: Die Tat muss sich gegen ein Rechtsgut „eines bestimmten oder wenigstens bestimmbar (BGHSt 18, 263) Deutschen richten“ (Hervorhebung dort).

11 Eingehend zur Ablehnung der §§ 4-7 StGB speziell in Glücksspielstrafrechtlichen Fallkonstellationen vgl. Duesberg (Fn. 8), S. 83-99.

12 Vgl. LK-StPO/T. Walter Bd. I, 12. Aufl. 2007, vor § 13 Rn. 65 iVm Rn. 14, hier wohl zu verstehen als das geschützte Rechtsgut repräsentierende tatsächliche Objekt; vgl. auch Roxin StrafR AT I, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 123 (Gefährdung bzw. Verletzung des „Handlungsobjekts“ des jeweiligen Tatbestands) und ähnlich Schönke/Schröder/Eisele StGB, 30. Aufl. 2019, vor § 13 Rn. 129.

13 Vgl. statt vieler nur Roxin StrafR AT I, 4. Aufl. 2006, § 10 IV, Rn. 123; SSW-StGB/Kudlich 4. Aufl. 2019, vor § 13 Rn. 26.

14 Jedenfalls bei den prominentesten Beispielen der konkreten Gefährdungsdelikte wie den §§ 221, 306 a Abs. 2, 315 b oder 315 c StGB spielen Internetsachverhalte bisher regelmäßig keine Rolle.

15 Zu dieser Gleichsetzung vgl. LK-StGB/T. Walter (Fn. 12), Rn. 66; Schönke/Schröder/Heine/Bosch (Fn. 12), vor § 306 Rn. 4.

16 Vgl. SSW-StGB/Kudlich (Fn. 13), vor § 13 Rn. 27.

17 Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 12), vor § 13 Rn. 130; SSW-StGB/Kudlich (Fn. 13), vor § 13 Rn. 27.

18 Vgl. Schönke/Schröder/Heine/Bosch (Fn. 12), § 306 Rn. 1.

19 Vgl. Schönke/Schröder/Heine/Schuster (Fn. 12), § 274 Rn. 1.

lich von der problematischen Situation ausgegangen werden, dass sowohl die handelnde Person, welche die potentiell inkriminierten Inhalte ins Internet hochlädt, als auch der Server, auf dem die Inhalte zum Abruf gespeichert sind, sich im Ausland befinden.

I. Vorbemerkung (1): Kein „erweiterter“ Handlungsort

Bevor vertieft auf die Frage des Erfolgsortes (§ 9 Abs. 1 Var. 3 StGB) eingegangen wird (vgl. unten III.), soll zunächst kurz der Klarstellung halber erwähnt werden, dass eine inländische Tathandlung (§ 9 Abs. 1 Var. 1 StGB) bei einem Serverbetrieb im Ausland grundsätzlich ausscheidet. Zwar werden in der Tat vereinzelt Überlegungen angestellt, gleichsam in Nachfolge der reichsgerichtlichen Doktrin „der langen Hand“²⁰ die „Handlung“ nicht auf den Aufenthaltsort des Täters zu beschränken, sondern gleichsam eine „Fernbedienung“²¹ jedenfalls des Host-Servers durch den Anbieter anzunehmen. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1999 hat das KG diesen Ansatz (der in der hier zentral interessierenden Konstellation des ausländischen Servers ohnehin zu keiner Anwendung deutschen Strafrechts führen würde) noch ausgebaut und im Fall einer Fernsehaufnahme, welche für einen im Ausland sichtbaren „Hitlergruß“ (§ 86 a StGB) diesen in Deutschland sichtbar machte²², die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bejaht. Das KG begründete dies damit, dass sich die Handlung der Kundgabe nicht auf den Standort des Handelnden beschränke, sondern auch den Bereich mitumfasse, innerhalb dessen eine Wahrnehmung ermöglicht werde.

Überzeugen kann dies freilich nicht, da ein Abstellen auf die Reichweite der „Wirkung“ gerade die Grenzen zwischen Tathandlung und Erfolg als zwei eigenständige Anknüpfungspunkte des Territorialitätsprinzips verwischt²³. Zum Beispiel des § 86 a StGB hat der 3. Strafsenat hier in einer Entscheidung aus dem Jahre 2014 ebenso explizit wie überzeugend Position bezogen und betont, dass es verfehlt wäre, einen Handlungsort auch dort anzunehmen, „wo die durch mediale Übertragung transportierte Handlung ihre Wirkung entfaltet“, da der „Radius der Wahrnehmbarkeit einer Handlung (...) nicht Teil ihrer selbst“ ist. „Aus denselben Erwägungen“ komme es auch „nicht in Betracht, den Standort des vom Täter angewählten Servers für ausschlaggebend zu erachten“²⁴.

II. Vorbemerkung (2): Keine (partielle) Beantwortung der Frage durch das „Herkunftslandprinzip“

So wenig damit unabhängig von der Diskussion um den Erfolgsort (dazu sogleich III.) die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts mit Hinweis auf einen erweiterten Handlungsort angenommen werden kann, so wenig kann umgekehrt nach hM deutsches Strafrecht in solchen Fällen mit Blick auf das sog. Herkunftslandprinzip des § 3 Abs. 2 TMG *a priori* für unanwendbar erklärt werden. Zwar sieht diese – an Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie (ECRL)²⁵ orientierte – Regelung den freien Dienstleistungsverkehr von Telemedien vor, welche in Deutschland von Diensteanbietern geschäftsmäßig angeboten werden, soweit die Diensteanbieter in einem anderen Staat innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinien 2000/31/EG und 89/552/EWG niedergelassen sind. Äußerungen unterschiedlichster Art können dabei auch durchaus ebenso dem Begriff der Telemediendienste gem. § 1 Abs. 1 S. 1 TMG unterfallen, wie z. B. Glücksspielangebote. Die Konsequenz des Herkunftslandprinzips – so weit es reicht – ist, dass der jeweilige geschäftsmäßige Anbieter von Telemediendiensten im Anwendungsbereich der ECRL seine Dienstleistung nicht jeweils am Recht der einzelnen Mitgliedsstaaten ausrichten muss, sondern dass für diesen nur das Recht an seinem Niederlassungsstandort maßgeblich ist.

Nach vorzugswürdiger Auffassung gilt dieses Prinzip jedoch für das Strafrecht nicht, wie sich letztlich aus § 3 Abs. 5 Nr. 1 TMG ergibt²⁶. Dem korrespondiert, dass auch die Erwägungsgründe zur Richtlinie das Strafrecht aus dem Geltungsbereich des Herkunftslandprinzips ausschließen und dass die fehlende Regelungs- und Anwendungskompetenz des Richtliniengebers der E-Commerce-Richtlinie für den Bereich des Strafrechts umgekehrt auch dessen „Verdrängung“ ausschließt, zumal anderenfalls ein für den strafrechtlichen Rechtsgüterschutz problematisches „race to the bottom“ drohen könnte²⁷. Nur ergänzend sei daher erwähnt, dass für den hier u. a. interessierenden Bereich des Glücksspiel(straf)rechts auch § 3 Abs. 4 Nr. 4 TMG eine – wenn gleich in ihren exakten Grenzen nicht unumstrittene²⁸ – Ausnahme vom Herkunftslandprinzip für „Gewinnspiele mit einem einen Geldwert darstellenden Einsatz bei Glücksspielen, einschließlich Lotterien und Wetten“ enthält.

III. Der Erfolgsort bei abstrakten Gefährdungsdelikten (§ 9 Abs. 1 Var. 3 StGB)

1. Der Fall Toebeben als Ausgangspunkt

Die Diskussion um einen die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts begründenden „Erfolgsort“ bei Internetdelikten war lange Zeit durch die – wenn auch von Anfang an z. T. kritisch rezipierte – Entscheidung des BGH im Fall „Toebeben“ geprägt.²⁹ Der 1. Senat hatte hier mit Blick auf den Tatbestand der Volksverhetzung für Inhalte auf einem australischen Server, die von Deutschland aus abrufbar waren, das Vorliegen eines inländischen Erfolges und damit die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bejaht, da bei – vom Senat so bezeichneten – abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten ein Erfolg dort eingetreten sei, wo die im Tatbestand erwähnte Eignung zur Friedensstörung bestehe, und das sei im konkreten Fall (auch) in der Bundesrepublik Deutschland. Wie die Anwendbarkeitsfrage bei rein abstrakten Gefährdungsdelikten zu beantworten wäre und ob ein Erfolgsort jedenfalls dort anzunehmen wäre, wo eine Gefahr sich ggf. realisiert hat, ließ der Senat explizit offen. Dennoch ist wohl nicht zuletzt „im Sog“ der Toebeben-Entscheidung auch für andere – und zwar auch rein – abstrakte Gefährdungsdelikte in Internetsachverhalten in einzelnen Entscheidungen relativ großzügig die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

20 Vgl. grundlegend RGSt 1, 274 (276); zum Begriff der „langen Hand“ dann RGSt 13, 337 (339).

21 Vgl. Matt/Renzikowski/Basak StGB, 2013, § 9 Rn. 3; ähnlich Achenbach/Ransiek/Rönnau/Heghmanns Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 4. Aufl. 2015, Teil 6 Rn. 18. Früh zu diesem Ansatz bei Online-Angeboten Cornils JZ 1999, 394 (396), sowie auch Kuner CR 1996, 453 (455 f. – „virtuelle Anwesenheit“).

22 KG NJW 1999, 3500.

23 Diese klare Trennung fand sich im Übrigen auch in § 3 RStGB (welcher der Rspr. des RG zugrunde lag) so deutlich nicht wieder: „Die Strafgesetze des deutschen Reichs finden Anwendung auf alle im Gebiet desselben begangenen strafbaren Handlungen, auch der Täter ein Ausländer ist.“ – eine § 9 StGB vergleichbare Regelung existierte damals nicht. Zu weiteren Kritikpunkten – am Beispiel des Glücksspielrechts – Duesberg (Fn. 9), S. 105 ff.; Mintas Glücksspiele im Internet, 2009, S. 135 f.

24 Vgl. BGH NSTZ 2015, 81 (82); im Ergebnis ebenso bereits Heinrich NSTZ 2000, 533 (534).

25 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.7.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), OJ L 178, 17.7.2000, p. 1–16.

26 So zur E-Commerce-Richtlinie bereits Kudlich HRRS 2004, 278 (284); vgl. auch Satzger Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, § 5 Rn. 53; Ambos (Fn. 5), § 1 Rn. 20.

27 Vgl. nochmals Kudlich HRRS 2004, 278 (283); Duesberg (Fn. 9), S. 80 f.

28 Zur Diskussion vgl. Duesberg (Fn. 9), S. 83.

29 Vgl. nochmals BGH NSTZ 2001, 305 sowie die Nachw. in Fn. 7.

bejaht worden, so etwa zu § 284 StGB durch das *OLG Hamburg*³⁰ und das *OLG Köln*^{31, 32}. Dass dabei vom 1. *Strafsenat* einschränkend verlangt wurde, dass ein „Inlandsbezug“ feststellbar ist³³, führt in der Logik der *Toeben*-Entscheidung in vielen Fällen zu keinen abweichenden Ergebnissen: So könnte dies auf einer auf Deutsch verfassten Seite über ein Thema zur deutschen Geschichte (Leugnung des Holocausts, § 130 StGB) ebenso begründet werden wie bei einem (u. a.) auf Deutsch verfassten Wettangebot, zumal wenn dieses sich etwa auf Spiele deutscher Sportligen oder auch auf die Ziehung der Lottozahlen in Deutschland (§ 284 StGB)³⁴ bezieht.

Wirklich überzeugen konnte freilich die Argumentation des 1. *Senats* – und zwar unabhängig von einer möglichen rechtspolitischen „Wünschbarkeit“, gegen revisionistische Äußerungen möglichst effektiv vorzugehen – schon mit Blick auf die konkrete Vorschrift des § 130 StGB nicht: Denn zunächst legt bereits die Formulierung des Tatbestandes „Wer in einer Weise, (...), aufstachelt/beschimpft/leugnet (...)“ nahe, dass mit dieser „Weise“ und damit der konkreten Eignung zur Friedensstörung gerade die *Umstände der Tathandlung*, nicht aber ein von dieser gedanklich lösbarer Erfolg in der Außenwelt beschrieben wird³⁵. Dafür spricht auch, dass es eben nicht nur zu keiner Störung des Friedens, sondern nicht einmal zu einer Gefährdung des Friedens gekommen sein muss. Folglich muss überhaupt nichts von der Handlung Abtrennbares eingetreten sein, sondern es geht allein um eine Beschreibung ihrer Intensität und Modalität sowie der Umstände, unter denen sie erfolgt. Ein Attribut zu den Tathandlungen des § 130 StGB mit der Intension, diese eher den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes und vor allem des Übermaßverbotes entsprechend zu gestalten, kann aber schwerlich als ein „zum Tatbestand gehörender Erfolg“ betrachtet werden. Will man § 130 StGB in einer Weise paraphrasieren, die einen „Tathandlungserfolg“ sichtbar macht, dann käme hier nur die Verantwortlichkeit des Täters für (leugnende, beschimpfende etc.) „Umstände“ in Betracht, welche die potentielle Eignung zur Friedensstörung beinhalten: Solche Umstände mag der Angekl. in Gestalt der betreffenden Web-Seiten tatsächlich geschaffen haben – aber eben in Australien. Und die Schaffung von Umständen in Australien, die den öffentlichen Frieden in Deutschland zu stören geeignet sind, ist gerade nicht identisch mit der Schaffung von Umständen in Deutschland³⁶.

2. Der Meinungsstand in der Literatur, insb. „nach Toeben“

Das Spannungsverhältnis zwischen einem klaren Statement in der höchstrichterlichen Rspr. auf der einen Seite und verschiedenen denkbaren Einwänden gegen deren Ergebnis auf der anderen Seite spiegelt sich auch in der Literatur wieder: So wird hier teilweise eine generelle Unanwendbarkeit von § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB bei abstrakten Gefährdungsdelikten vertreten, da diese eben keinen Erfolg enthielten³⁷, während anderenorts sehr weitreichend auch den abstrakten Gefährdungsdelikten ein „Erfolg“ zugesprochen wird, der in der „Wirkung des Verhaltens“ zu sehen sei, das der Gesetzgeber unter Strafe gestellt hat³⁸. Andere Stimmen differenzieren und sehen einen Erfolgsort jedenfalls bei den Eignungsdelikten (abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten) als gegeben an³⁹. Zuletzt wird ein Erfolgsort auch bei abstrakten Gefährdungsdelikten jedenfalls dann anerkannt, wenn im Gesetz ein „Zwischenerfolg“ benannt ist, d. h. wenn ein Tatbestand sich nicht im schlichten Vollzug einer gefährlichen Handlung erschöpft, sondern eine darüber hinausgehende, durch die Handlung verursachte (stabile) Ver-

änderung der Außenwelt erfordert⁴⁰ bzw. wenn sich die vom Tatbestand beschriebene ausländische Handlung im Inland gerade realisiert⁴¹.

Möglicherweise sind dabei die verschiedenen Standpunkte auch nicht notwendig vollständig konträr zueinander. Zum Teil sind es möglicherweise eher terminologische Unterschiede, zum Teil wird der Blick auf Sonderkonstellationen gerichtet, die in anderen Stellungnahmen nicht explizit erwähnt werden. Versucht man vorsichtig, Gemeinsamkeiten herauszudestillieren und die Positionen in der hier erforderlichen knappen Weise zu würdigen, so erscheint zunächst noch einmal der Hinweis wichtig, dass „abstrakte Gefährdungsdelikte“ jedenfalls nicht der „Gegenbegriff“ zu den Erfolgsdelikten sind (vgl. bereits oben B. II.). Geht man dann noch mit der überwiegenden Auffassung von einem gegenüber der allgemeinen Tatbestandslehre erweiterten Erfolgsverständnis aus, ist das Vorliegen eines tatortbegründenden Erfolges bei abstrakten Gefährdungsdelikten jedenfalls nicht *a priori* ausgeschlossen. Allerdings ist zu verlangen, dass erstens ein solcher Erfolg genau benannt werden kann und zweitens sich von der Tathandlung unterscheidet, sodass jedenfalls solchen abstrakten Gefährdungsdelikten, die zugleich schlichte Tätigkeitsdelikte sind, tatsächlich ein „Erfolgsort“ in diesem Sinne fehlt. Auch sollte zumindest am Erfordernis einer eng mit der Tathandlung verbundenen Veränderung in der Außenwelt festgehalten werden, sodass jedenfalls keine im Tatbestand selbst nicht erwähnte „Realisierung einer Gefahr“ genügen kann⁴².

30 MMR 2002, 471 (472 f.).

31 ZUM 2006, 648 (649 f.).

32 Kritisch freilich von jeher Teile der Literatur, vgl. etwa *Berberich* Das Internet-Glücksspiel, S. 164 ff., 2004; *Klengel/Heckler* CR 2001, 243; zögernd auch *Fischer* StGB, 66. Aufl. 2019, § 284 Rn. 19 („Anwendung deutschen Strafrechts fraglich“); *Böse* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl. 2017, § 9 Rn. 11 ff.; vgl. auch zu den abstrakten Gefährdungsdelikten allgemein *Schönke/Schröder/Eser/Weißer* (Fn. 12), § 9 Rn. 7 a.

33 Vgl. *BGH* NStZ 2001, 305 (310).

34 Zur Problematik solcher Zweitlotterien vgl. *Kudlich/Berberich* ZfWG 1/2016, 7 (speziell zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts dort auch S. 8 f.).

35 Vgl. zur folgenden Argumentation bereits *Kudlich* StV 2001, 397 (399).

36 Insoweit besteht Übereinstimmung mit den Ergebnissen *Siebers* NJW 2000, 2065 (dessen Ansatz der *Senat* zustimmend zitiert), der für das Merkmal des Zugänglichmachens bei WWW-Seiten den „Tathandlungserfolg“ des Zugänglichmachens überzeugend an dem Ort annimmt, (an dem die Seite liegt und damit) *an dem* der Inhalt zugänglich gemacht wird und nicht zugleich an allen Orten, *von denen aus* sie auch erreichbar ist. Um hier einmal den Vergleich zur Offline-Welt zu bemühen: Das Ablegen auf einem australischen Server ist qualitativ in gewisser Weise dem Bereithalten eines Magazins mit entsprechenden Inhalten an einem australischen Kiosk vergleichbar, für das man einen Erfolgsort in Deutschland auch nicht allein deswegen annehmen würde, weil Deutsche sich das Magazin von dort besorgen können.

37 So *Satzger* NStZ 1998, 112 (115 – also schon vor „*Toeben*“); *Lackner/Kühl/Heger* 29. Aufl. 2018, § 9 Rn. 2; *Schönke/Schröder/Eser/Weißer* (Fn. 12), § 9 Rn. 6 a, 7 a.

38 So *Heinrich* GA 1999, 72 (79); *Martin* ZRP 1992, 19 (20).

39 So *Eisele* JuS 2018, 1244 (1246); *Wörner* ZIS 2012, 458 (462).

40 Vgl. *BeckOK* StGB/von *Heinschel-Heinegg* 41. Ed., 2019, § 9 Rn. 10; in diesem Sinne wohl auch bereits *Hilgendorf* NJW 1997, 1873 (1875) sowie *Dünchheim/Bringmann* ZfWG 6/2018, 502 (503 f.). Stereotyp für ein abstraktes Gefährdungsdelikt mit einem solchen tatbestandlich angelegten „Zwischenerfolg“ ist – wenngleich im vorliegenden Zusammenhang nicht von Interesse – § 306 a Abs. 1 StGB, vgl. auch *NK-StGB/Böse* (Fn. 32), § 9 Rn. 10.

41 So *Sieber* NJW 1999, 2065 (2068 f.).

42 Das Erfordernis einer Veränderung in der Außenwelt könnte etwa auch dann zum Tragen kommen, wenn zukünftig Handlungen in virtuellen Welten (Games) zu einer Beeinträchtigung in der Außenwelt (der „realen“ Welt) führen. Kommt es etwa zu einer „Misshandlung“ in einer virtuellen Realität, welche zurechenbar zu strafrechtlich relevanten Folgen (z. B. behandlungsbedürftige Psychose) bei einem sich real in Deutschland befindenden Opfer führt, wäre deutsches Strafrecht nach dieser Maßgabe anwendbar.

3. Die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Bei der damit nun also entscheidenden Frage, welche Anforderungen man an den stabilen Niederschlag der Handlung in der Außenwelt stellt und wie exakt geprüft wird, ob gerade *dieser* Niederschlag auch in Deutschland erfolgt ist (und nicht nur „von Deutschland aus“ wahrgenommen, genutzt etc. werden kann), erscheint insbesondere dort, wo der Fokus nicht auf die generelle Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Internetsachverhalte gerichtet ist, sondern diese eher beiläufig bei der Darstellung spezifischer Delikte erwähnt wird, die *Toeben*-Rspr. zumindest teilweise immer noch wirkmächtig. So wird etwa – obwohl selbst nicht einmal ein Eignungsdelikt wie § 130 StGB – in den Kommentierungen zu § 284 StGB die Frage der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf ausländische Glücksspielangebote im Internet nicht selten recht knapp bejaht⁴³.

Demgegenüber hat der *BGH* in seiner jüngeren Rspr. die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts jedenfalls im Fall von rein abstrakten Gefährdungsdelikten mehrfach überzeugend abgelehnt. Deshalb spricht manches dafür, dass die bisher kontroverse Diskussion jedenfalls mit Blick auf die obergerichtliche Rspr. mittlerweile überholt ist.

a) So stellte der 2. *Strafsenat* des *BGH* (insoweit ohne Internetbezug, aber dennoch bedeutsam) bereits im Jahr 2013 fest, dass das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB auf eine im Ausland begangene Geldwäsche auch bei einer in Deutschland verwirklichten Vortat nicht anwendbar ist, da die Vorschrift als abstraktes Gefährdungsdelikt keinen inländischen Erfolgsort i.S. von § 9 Abs. 1 StGB aufweise⁴⁴. Bestätigt wurde dies in einer Entscheidung aus dem Jahr 2018⁴⁵.

b) Diese Auslegung bestätigte der 3. *Strafsenat* des *BGH* in der oben bereits zum Handlungsort erwähnten Entscheidung aus dem Jahr 2014, in welcher es um die Frage ging, ob deutsches Strafrecht anwendbar ist, wenn von Tschechien aus ins Internet eingespeiste Bilder von Hakenkreuzen in Deutschland abrufbar sind. Nach Auffassung des *BGH* umschreibt das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 86 a StGB keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg, sodass eine Inlandstat über § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB nicht begründet werden könne. Der *BGH* argumentiert zutreffend (und insoweit auch auf andere Delikte als § 86 a StGB übertragbar) nicht maßgeblich in den Kategorien unterschiedlicher Gefährdungsdelikte, sondern stellt orientiert am Wortlaut des § 9 Abs. 1 StGB die Frage nach dem Verständnis des Begriffs *Erfolg*. Selbst wenn man dabei § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB nicht ganz eng auf Erfolgsdelikte i. S. der gängigen Abgrenzung zwischen Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten beschränke, fordere der Begriff des Erfolges doch jedenfalls „eine von der tatbestandsmäßigen Handlung räumlich und/oder zeitlich abtrennbare Außenweltsveränderung“, sodass „jedenfalls an dem Ort, an dem die hervorgerufene abstrakte Gefahr in eine konkrete umgeschlagen ist oder gar nur umschlagen kann“, nicht automatisch auch ein „zum Tatbestand gehörender Erfolg eingetreten“ ist⁴⁶.

c) Die darin mehr als nur angedeutete Kehrtwende weg von der *Toeben*-Entscheidung⁴⁷ ist dann in einer Entscheidung aus dem Jahr 2016, ebenfalls zu § 130 StGB, vollzogen worden. Im konkreten Fall wurde zwar eine auf § 7 StGB gestützte Anwendbarkeit deutschen Strafrechts angenommen, nicht aber ohne zuvor dezidiert klarzustellen, dass eine solche auf § 9 StGB nicht gestützt werden könne. Der 3. *Strafsenat* führt hierzu aus:

„Unabhängig von der Frage, ob die Regelung (sc. des § 9 Abs. 1 Var. 3) nicht nur auf Erfolgsdelikte im Sinne der

allgemeinen Deliktslehre abstellt, ist jedenfalls an dem Ort, an dem – wie hier – die hervorgerufene abstrakte Gefahr in eine konkrete lediglich umschlagen kann, kein zum Tatbestand gehörender Erfolg eingetreten (...); aA *BGH* Ur. v. 12.12.2000 – *BGH* 1 StR 184/00, *BGHSt* 46, 212, 221)“⁴⁸.

Zwar handelt es sich auch hier um keinen Fall mit Internet-Bezug. Die Kombination aus ausführlicher Begründung speziell für Internetsachverhalte in *BGH* NSTZ 2015, 81 und die Abkehr von einem extensiven Erfolgsortverständnis für die Verwirklichung von im Tatbestand pönalisierten abstrakten Gefahren macht aber deutlich, dass auch in der Rspr. des *BGH* in Strafsachen knapp 20 Jahre nach den ersten „Gehversuchen“ im Zusammenhang mit der Internetkriminalität in der *Toeben*-Entscheidung – in Übereinstimmung mit der seit jeher insoweit kritischen h. L. – das Verständnis Einzug gehalten hat, dass abstrakte Gefährdungsdelikte, deren Tathandlungen im Ausland stattfinden, nicht deshalb eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts begründen, weil durch die Wahrnehmbarkeit eines Angebotes in Deutschland Konkretisierungen dieser abstrakten Gefährdung eintreten könnten.

Genau diesen Schritt vollzieht in einer Entscheidung aus dem Jahr 2018 auch das *OLG Hamm*, das spezifisch für die Frage des § 130 StGB für Internetfälle ganz explizit „in Abgrenzung zum Urteil des *BGH* vom 12.12.2000“ davon ausgeht, dass „das Merkmal der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens i. S. von § 130 Abs. 1 und 3 StGB, das zur Einstufung der Vorschrift als einem potentiellen, abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikt führt, gerade keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg“ begründet, „so dass eine diesbezügliche Inlandstat nicht über die 3. oder 4. Variante des § 9 Abs. 1 StGB begründet werden kann“. Dass ein halbes Jahr später der 3. *Strafsenat* in einem vergleichbaren (Internet-)Fall zu § 130 StGB unmittelbar auf § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB (und damit gerade auf eine Auslandstat!) rekurriert, bestätigt dieses Ergebnis⁴⁹.

d) Es liegt zumindest nahe, dieses Ergebnis erst recht auf „rein“ abstrakte Gefährdungsdelikte zu übertragen. Jedenfalls mahnt diese Entwicklung aber an, bei der Annahme von „Außenwelterfolgen“ und ihrer Verortung zumindest ausgesprochen gründlich (und tendenziell zurückhaltend) zu sein⁵⁰. Wenn man etwa – um noch einmal ein Beispiel außerhalb der Äußerungsdelikte heranzuziehen – im „Veranstalten“ eines Glücksspiels i. S. des § 284 StGB kein reines Tätigkeitsdelikt sieht, sondern als „Veränderung in der Außenwelt“ den Zustand ansieht, dass die Rahmenbedingungen für die Abhaltung der angebotenen Glücksspiele geschaffen sind⁵¹, wären diese Rahmenbedingungen gerade *im*

43 Vgl. Lackner/Kühl/Heger (Fn. 17), § 284 Rn. 17; MüKoStGB/Hohmann Bd. V, 3. Aufl. 2019, § 284 Rn. 36; SSW-StGB/Rosenau (Fn. 30), § 284 Rn. 30; LK-StGB/Krehl Bd. X, 12. Aufl. 2008, § 284 Rn. 20 a.

44 Vgl. NSTZ-RR 2013, 253; „Tatort ist daher allein der Ort in Spanien, an dem der Beschuldigte gehandelt hat (§ 9 Abs. 1 Alt. 1 StGB)“.

45 Vgl. *BGH* NJW 2018, 2742 (2743).

46 Vgl. *BGH* NSTZ 2015, 81 (82).

47 Vgl. auch MüKoStGB/Ambos 3. Aufl. 2017, § 9 Rn. 32 (noch „abwartend“ formuliert).

48 Vgl. *BGH* NSTZ 2017, 146 (147).

49 Vgl. NSTZ-RR 2019, 108 = BeckRS 2018, 33419.

50 Ohne Auseinandersetzung mit der dargelegten jüngeren Rspr. wird etwa bei § 284 Abs. 1 StGB gleichwohl weiterhin vertreten, dass die Eröffnung der Beteiligungsmöglichkeit als „Zwischenerfolg“ tatortbegründend wirke, vgl. *Dünchheim/Bringmann* (Fn. 40), S. 503. Dieser „Zwischenerfolg“ ist jedoch gerade deckungsgleich mit der Tathandlung „veranstalten“ i. S. eines ins Werk Setzens, welches in der Außenwelt gerade im Ausland stattfindet.

51 Dafür könnte immerhin sprechen, dass eine Handlungsvariante des Tatbestandes auch das „Bereitstellen von Einrichtungen“ ist, die ersichtlich ein körperliches Substrat voraussetzt.

Ausland geschaffen (selbst wenn „vom Inland aus“ teilgenommen werden kann).

D. Fazit

Bei der gebotenen Übertragung der allgemeinen, über die einzelnen Tatbestandsspezifika hinausgehenden Aussagen der jüngeren Rspr. ist jedenfalls bei rein abstrakten Gefährdungsdelikten die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts abzulehnen, wenn die in der Außenwelt stattfindende Tathandlung (etwa das Hochladen von Informationen auf einen Server) allein im Ausland stattfindet. Bei abstrakt-konkreten bzw. potentiellen Gefährdungsdelikten ist im Einzelfall zu prüfen, ob das die Tathandlung näher spezifizierende Attribut lediglich die Tathandlung selbst näher qualifiziert (so bei § 130 StGB) oder eine Veränderung in der Außenwelt an einem anderen Ort voraussetzt. Nur im letzteren Fall könnte über § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts eröffnet sein.

Mit diesem Ansatz kann dogmatisch stringent das auch rechtspolitisch vorzugswürdige Ergebnis umgesetzt werden,

welches verhindert, dass es über das Ubiquitätsprinzip zu einer weder verfassungsrechtlich noch völkerrechtlich legitimierbaren und auch praktisch nicht durchsetzbaren globalen Ausdehnung des deutschen Strafanspruchs kommt⁵². Gestützt wird dieses Ergebnis durch die – soweit ersichtlich – gängige Praxis deutscher Ermittlungsbehörden, wonach etwa hinsichtlich der §§ 284-287 StGB als rein abstrakten Gefährdungsdelikten gar nicht erst gegen Tatverdächtige ermittelt wird, wenn sie sich im Ausland aufhalten bzw. von dort aus agieren⁵³. ■

52 Zur sonst uferlosen Ausweitung deutscher Strafgewalt und einer damit einhergehenden, nicht realisierbaren Ermittlungspflicht deutscher Ermittlungsbehörden hinsichtlich sämtlicher nach deutschem Recht strafbarer Internetpublikationen vgl. *Duesberg* (Fn. 9), S. 117 ff.; *Hilgenhof* NJW 1997, 1873 (1874); *Sieber* NJW 1999, 2065, (2067).

53 So wurden nach der Antwort der Landesregierung Sachsen-Anhalt auf eine Kleine Anfrage in den Jahren 2012 bis 2016 insgesamt 18 Verstöße gegen §§ 284-287 StGB erfasst. Davon hatten alle Tatverdächtigen ihren Wohnort in Deutschland, vgl. Dr. 7/1457 v. 2.6.2017, S. 2 f. Vgl. zu dieser Praxis auch – mit dem Hinweis, dass diese letztlich auf der Linie der Rechtsauffassung des *EuGH* liege – *Leitner/Rosenau/Greco/Roger* Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017, § 284 StGB Rn. 51 f.