

Hausarbeit im Grundkurs Strafrecht II

stud. iur. Tim Poplat, 17 Punkte

Der Bearbeiter ist Student im vierten Semester der Juristischen Fakultät der Universität Bremen. Der vorliegende Sachverhalt wurde im Modul Strafrecht II: Delikte gegen Eigentum u. Vermögen, Anschlussdelikte, Delikte gegen kollektive Rechtsgüter als Semesterabschlusshausarbeit im Wintersemester 2019/2020 gestellt. Besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Sönke Florian Gerhold, dem Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafvollzugrecht an der Universität Bremen, welcher die Hausarbeit stellte und den Bearbeiter zur Veröffentlichung seiner Lösung ermutigte. Die Zitierweise entspricht den Vorgaben der Arbeit.

Sachverhalt:

Anna (A) ist mal wieder im Dispo ihres Girokontos und überlegt sich, wie sie schnell und effektiv an Geld kommen kann, denn schon lange befindet sie sich in einer finanziellen Misere. Also verfasst sie einen Post bei Facebook, in dem sie zu einer Spende für die fiktive Tierschutzorganisation „Peter hilft“ aufruft. Diesen Aufruf verfasst sie an ihrem Computer im heimischen Bremen und der Post ist für alle Facebooknutzer in Deutschland sichtbar/abrufbar. Gespeichert wird er allerdings auf Servern im Ausland.

Um ihrem Aufruf mehr Ausdruck zu verleihen, fügt A ihrem Post auch noch Bilder von gequälten Hunden an. Auf den ersten Blick ist nicht zu erkennen, dass es sich nicht um einen ehrlichen Spendenauftrag handelt. Eine vermeintliche Spende soll dann an ein von A eröffnetes Konto gehen, auf das nur sie zugreifen kann. A fällt dabei auf, wie schnell und einfach so ein falscher Post zu verbreiten ist, und überlegt, dieses Vorgehen zu wiederholen, um sich ab und an mal etwas gönnen zu können. Ihren Lebensunterhalt im Übrigen möchte sie aber lieber auf legalem Wege verdienen. A hofft auf großzügige Spenden von einigen wenigen Personen.

Schnell fällt allerdings einem findigen Facebook-User auf, dass eine Tierschutzorganisation namens „Peter hilft“ gar nicht existiert und meldet den Spendenauftrag umgehend bei Facebook als „Fake“. Diese Meldung erfolgt unabhängig vom NetzDG. Im Rahmen des Meldevorgangs taucht bei dem findigen Facebook-User die Benachrichtigung auf dem Monitor auf, dass eine Meldung nicht zu einer rechtlichen Überprüfung führt. Die Meldung selbst landet beim zuständigen Facebook-Mitarbeiter Ferdinand (F).

In den AGB von Facebook heißt es in diesem Kontext u. a.:

„Wir bekämpfen schädliches Verhalten und schützen und unterstützen unsere Gemeinschaft:

Personen können nur dann Gemeinschaften auf Facebook bilden, wenn sie sich sicher fühlen. Wir beschäftigen weltweit spezielle Teams und entwickeln fortschrittliche technische Systeme, um Missbrauch unserer Produkte, schädliches Verhalten gegenüber anderen und Situationen aufzudecken, in denen wir möglicherweise dazu beitragen können, unsere Gemeinschaft zu unterstützen und zu schützen. Wenn wir von derartigen Inhalten oder Verhaltensweisen erfahren, werden wir geeignete Maßnahmen ergreifen, z. B. indem wir Hilfe anbieten, Inhalte entfernen, den Zugriff auf bestimmte Features sperren, ein Konto deaktivieren oder Kontakt mit den Strafverfolgungsbehörden aufnehmen. Wir teilen Daten mit anderen Facebook-Unternehmen, wenn wir Missbrauch oder schädliches Verhalten durch eine Person feststellen, die eines unserer Produkte nutzt.“

Aufgabe des F ist es, solche geeigneten Maßnahmen zum „Schutz der Gemeinschaft“ zu ergreifen. F erkennt, dass es sich bei dem Post der A um einen falschen Spendenauftrag handelt, was eine Straftat darstellt und den Facebook-Richtlinien widerspricht. Er hält das Wortspiel aber für einen gelungenen Witz und findet, dass es doch für A eine gute Möglichkeit sei, etwas dazuzuverdienen. Wer auf eine solche Albernheit hereinfalle, sei doch schlussendlich selbst schuld, wenn er oder sie etwas Geld verliere. Aus diesem Grund beschließt F, den Post erst einmal nicht zu

löschen, sondern zunächst ein paar Tage zu warten. Dabei ist ihm klar, dass sein Vorgehen jedenfalls moralisch verwerflich ist. F hat sein Büro als Teil der Facebook Germany GmbH, die neuerdings auch für die inhaltliche Überwachung der Posts auf Facebook zuständig ist, in Hamburg.

Nach der Meldung des Posts wird Olaf (O), der sich in Berlin aufhält, auf den Post der A aufmerksam. O hat sich noch letztens vor seinen Freunden rechtfertigen müssen, zu wenig für das gesellschaftliche Miteinander zu tun. Insbesondere müsse, nach Ansicht seiner Freunde, ein so reicher Mensch wie O mehr spenden. O hält nicht viel von Tieren und sieht grundsätzlich auch keine Notwendigkeit darin, sein Geld zu spenden. Als er allerdings den Post von A sieht, erinnert er sich wieder an das Gespräch mit seinen Freunden. Auch hier war die Rede von einer Organisation namens „PETA“. Allerdings kommt ihm der Post samt Aufruf doch recht unprofessionell vor und auch der Namen der Organisation scheint ihm fragwürdig. Es scheint ihm doch recht unwahrscheinlich, dass zwei Organisationen mit einem vergleichbaren Namen existieren. Da er aber jetzt einfach spenden möchte, um sein „Soll“ zu erfüllen und vor seinen Freunden glänzen zu können, geht er davon aus, dass sein Geld schon irgendeiner Tierschutzorganisation zu Gute kommen werde, und überweist A einen Betrag von EUR 150,00 auf das angegebene Konto. Nun hat er ein besseres Gewissen.

Hauptaufgabe:

Prüfen Sie die Strafbarkeit von A und F nach dem StGB!

Zusatzfragen:

1. Wie kann Facebook selbst im Ausgangsfall sanktioniert werden?
2. Wie kann Facebook sanktioniert werden, wenn A mit einem anderen Post den Straftatbestand des § 126 StGB verwirklicht hätte und ein Facebook-User zudem eine Meldung nach dem NetzDG vorgenommen hätte? Auch ein solches Verfahren sieht Facebook grundsätzlich vor. Im Übrigen bleibt der Sachverhalt, wie oben dargestellt, bestehen.

Vermerk zur Bearbeitung: Bei Facebook Inc. handelt es sich um einen Konzern mit Sitz in Menlo Park Kalifornien. Die Tochtergesellschaft Facebook Germany GmbH wird durch die Geschäftsführer J, S und D vertreten.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Strafbarkeit der A

I. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

Zunächst müsste das deutsche Strafrecht grundsätzlich Anwendung finden. Dies bestimmt sich nach dem Territorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB.¹ Hiernach muss gemäß § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB die Tathandlung im Inland stattgefunden haben. A verfasste einen Post, der auf einem ausländischen Server gespeichert wurde. Zu prüfen ist daher, wie mit diesem Umstand umzugehen ist. Eine inländische Tathandlung scheidet bei einem Serverbetrieb im Ausland grundsätzlich aus.² Dies gilt allerdings nur, wenn auch die Tatbegehung im Ausland stattgefunden hat und sich kein

Sitz in Deutschland befindet.³ Zunächst hat A von Bremen aus gepostet, ebenfalls befindet sich eine Tochtergesellschaft von Facebook in Deutschland. Insofern befand sich auch der Begehungsort in Deutschland. Damit ist das StGB im vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

II. Strafbarkeit der A wegen Betruges in einem besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB durch falschen Spendenauftrag

A könnte sich wegen Betrugs in einem besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er einen falschen Spendenauftrag auf Facebook veröffentlichte und so den O zur Zahlung von EUR 150,00 veranlasste.

¹ Fischer, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 67. Aufl. 2020, Vorb. §§ 3-7 Rn. 1ff.; Joecks/Jäger, Studienkommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2018, § 3 Rn. 3.

² Kundlich/Berberich, Abstrakte Gefährdungsdelikte im Internet und die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts, NStZ 2019, 633 (635).

³ Fischer, StGB (Fn. 1), § 9 Rn. 5b, 5c.

1. Tatbestand

a) Täuschung über Tatsachen

A müsste über Tatsachen getäuscht haben. Tatsachen sind konkrete Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit und Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind.⁴ Die Täuschung ist ein zur Irreführung bestimmtes Verhalten und damit der Einwirkung auf die Vorstellung eines anderen dienendes Gesamtverhalten.⁵ A verfasste einen Post auf Facebook, in welchem sie zur Spende für die Tierschutzorganisation „Peter hilft“ aufrief und zusätzlich entsprechende Kontodaten angab. Hierbei handelte es sich jedoch um eine fiktive Organisation, deren Bestehen sich A nur ausgedacht hatte. Damit lag eine Täuschung über die Tatsache vor, an eine wirklich bestehende Organisation spenden zu können.

a) Irrtum des Getäuschte

Zudem müsste A bei O einen Irrtum erregt haben. Ein Irrtum ist das Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit und damit das Ergebnis der Täuschungshandlung.⁶ Zwar überwies O am Ende tatsächlich EUR 150,00 an das von A angegebene Konto, jedoch bezweifelte er, ob es die Organisation „Peter hilft“ tatsächlich gab. Mithin ist umstritten, inwiefern solche bestehenden Zweifel eine Fehlvorstellung begründen können.

aa) Lehre von den konkreten Zweifeln

Eine Ansicht stellt darauf ab, ob der Betroffene konkrete Zweifel hat. Ein Irrtum sei insbesondere dann ausgeschlossen, wenn Zweifel auf einem konkreten Anhaltspunkt beruhen.⁷ Solche Anhaltspunkte ergäben sich beispielsweise aus der Unwahrscheinlichkeit oder Widersprüchlichkeit des Behaupteten.⁸ Die Tatsache, dass der Name der fiktiven Tierschutzorganisation einer anderen deutlich ähnelte, sowie die Unprofessionalität des Aufrufs erschienen O fragwürdig und widersprüchlich. Es bestanden konkrete Zweifel, sodass nach dieser Ansicht kein Irrtum vorliegen konnte.

⁴ RGSt 55, 129 (131); 56, 227 (231); Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 21. Aufl. 2019, § 13 Rn. 4; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil 2, 42. Aufl. 2019, Rn. 493

⁵ Hefendehl in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB/Band 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 61; Perron in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 6; Rengier, StrafR BT I (Fn. 4), § 13 Rn. 9.

⁶ Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 96; Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 54; Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 33; Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 510.

⁷ Ameling, Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, GA 1977, 1 (7); Beulke, NJW 1977, 1073, Anm. zu LG Mannheim, Urt. v. 07.10.1976 – 2 Ns 98/76; Blei, Aufsätze in Zeitschriften StR, JA 1977, 91 (92).

⁸ Ameling (Fn. 7), GA 1977, 1 (7).

⁹ Giering, Prozeßbetrug im Versäumnis- und Mahnverfahren – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in § 263 StGB, GA 1973, 1 (21f.); Sonnen, Strafrechtliche Grenzen des Handelns mit Optionen auf Warentermin-Kontrakte, wistra 1982, 123 (128).

¹⁰ Herzberg, Funktion und Bedeutung des Merkmals „Irrtum“ in § 263 StGB, GA 1977, 289 (295f.); Röhmel, Aufsätze in Zeitschriften StR, JA 1977, 584 (585).

¹¹ Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), Vorb. §§ 32ff. Rn. 45.

¹² Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 23 Rn. 23; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 570.

¹³ BGHSt 4, 88 (90); 16, 309f.; Fischer, StGB (Fn. 1), § 228 Rn. 7; Rengier, StrafR AT (Fn. 12), § 23 Rn. 32.

bb) Lehre von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

Nach der Lehre von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit kann ein Irrtum des Opfers nur dann angenommen werden, wenn ihm die Wahrheit wahrscheinlicher als die Unwahrheit erscheint. Insofern dürfen die Zweifel den Glauben an die Wahrheit nicht überwiegen.⁹ Dem O kam der Post recht unprofessionell vor und auch der Name der Scheinorganisation machte ihn misstrauisch. Es schien ihm „recht unwahrscheinlich“, dass zwei, fast namensgleiche Organisationen existierten. Trotz dieser Skepsis entschied er sich dennoch für eine Spende, um der Aufforderung seiner Freunde nachzukommen. Es ist davon auszugehen, dass an dieser Stelle die Zweifel an der Wahrheit insgesamt überwogen. Die Tatsache, dass er spendete, steht dem nicht entgegen, denn andernfalls käme man immer zu dem Ergebnis, dass die letztlich erfolgte Spende für einen stärkeren Glauben an die Wahrheit spräche. Dann hätte es allerdings grundsätzlich keiner Abgrenzung nach dieser Theorie bedurft.

cc) Einwilligungstheorie

Nach der Einwilligungstheorie ist zu fragen, ob eine unter Zweifeln vorgenommene Verfügung im Ergebnis als potentielle Einwilligung in einen Vermögensverlust gesehen werden kann.¹⁰ Dies würde im Ergebnis einem Irrtum im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB entgegenstehen. Eine Einwilligung ist die bewusste und freiwillige Gestattung der tatbestandlichen Rechtsgutsverletzung.¹¹ Sie ist in der Regel dann unwirksam, wenn sie unter wesentlichen Willensmängeln leidet.¹² Umstritten ist allerdings, wie sich eine Täuschung als potentieller Willensmangel auf eine mögliche Einwilligung des O ausgewirkt haben könnte. Schlösse die Täuschung eine Einwilligung aus, wäre ein Irrtum in der Konsequenz zu bejahen. Teilweise wird davon ausgegangen, dass jede Täuschung eine Einwilligung unwirksam mache.¹³ Entscheidend ist nicht ob, sondern wie sehr die Entscheidung des Betroffenen beeinflusst ist. Insbesondere die Täuschung über, wenngleich motivati-

onsrelevante, Begleitumstände, soll nicht zum Ausschluss der Einwilligung führen können.¹⁴ Zudem erhält der Ansatz von rechtsgutsbezogenen Willensmängeln¹⁵ eine Modifikation: Wird ihm die Handlungsautonomie durch eine etwaige Täuschung dahingehend entzogen, nicht mehr über das entsprechende Rechtsgut als solches zu entscheiden, hat die Täuschung auch Auswirkungen auf die Einwilligung. Insbesondere bei Täuschungen über einen mit der Einwilligung verfolgten, altruistischen Zweck kann aber nicht von einem dadurch hervorgerufenen, erheblichen Willensmangel ausgegangen werden.¹⁶ Somit lägen die Voraussetzungen für eine Einwilligung des O aufgrund eines unbeachtlichen Willensmangels vor. Ein Irrtum im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB läge damit nicht vor.

dd) Möglichkeitstheorie

Folgt man der Möglichkeitstheorie, dann liegt ein Irrtum auch dann vor, wenn das Opfer zwar an der Wahrheit der entsprechenden Tatsachen zweifelt, dessen Richtigkeit jedoch nicht ausschließt.¹⁷ Dies wäre im vorliegenden Sachverhalt der Fall. Zwar hatte O einige Zweifel an der Seriosität und der doppelten Namensgebung, jedoch handelte er im Glauben an die Richtigkeit des Posts. Danach läge ein Irrtum im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB vor.

ee) Stellungnahme

Mithin kommt lediglich die Möglichkeitstheorie zu dem Ergebnis, dass ein Irrtum des Getäuschten vorlag. Daher bedarf es einer Stellungnahme. Zunächst spricht gegen die Lehre von den konkreten Zweifeln die als herrschend zu bezeichnende Ablehnung viktimdogmatischer Ansätze.¹⁸ Ein etwaiges „Mitverschulden“ des Opfers kann allenfalls in der Strafzumessung berücksichtigt werden.¹⁹ Es fehle nicht nur an einer für eine teleologische Reduktion notwendigen planwidrigen Regelungslücke, der Ansatz beggne zudem verfassungsrechtlichen Bedenken. Gegen die

Wahrscheinlichkeitstheorie spricht vor allem, dass sie unter mangelhafter Abgrenzbarkeit leidet. Zudem erscheint, unter Gesichtspunkten der Praktikabilität, der Intensitätsgrad der subjektiven Gedankenwelt schwer bestimmbar.²⁰ Problematisch bei der Einwilligungstheorie ist die Vermischung von Betrugs- und Einwilligungsdogmatik. Während der Irrtum im allgemeinen Teil Bedingungen nennt unter denen das Erfolgsunrecht entfiele, beschreibt der Irrtumsbegriff des Betrugs grundsätzlich das Handlungsunrecht.²¹ Ähnlich wie i.R.d. Argumentation gegen die viktimdogmatischen Ansätze, kommt es aus kriminologischer Sicht beim Betrug gerade auf ein Mitwirken des Opfers an, dessen Schwachstellen der Täter bewusst ausnutzt.²² Es ist nicht ersichtlich, leichtgläubige oder gutmütige Opfer vom strafrechtlichen Schutz auszuschließen. Unterliegt das Opfer einer Fehlvorstellung, die kausal auf der Täuschung des Täters beruht, kann ein Irrtum auch angenommen werden, wenn er die Möglichkeit der Richtigkeit jedenfalls nicht als geringer betrachtet.²³ Im Ergebnis ist daher der zutreffenden Möglichkeitstheorie zu folgen. Damit liegt ein Irrtum des O vor.

c) Vermögensverfügung

Des Weiteren müsste der Irrtum zu einer Vermögensverfügung des O geführt haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das eine Vermögensminderung unmittelbar herbeiführt.²⁴ O irrte über die Richtigkeit des von A erstellten Posts und überwies EUR 150,00 an das dort genannte Konto. Damit minderte sich sein Vermögen unmittelbar danach. Sein Handeln beruhte kausal auf der Täuschung der A. Damit lag eine entsprechende Vermögensverfügung als Folge von Täuschungshandlung und Irrtum vor.

d) Vermögensschaden

Die Vermögensverfügung müsste auch zu einem Vermö-

¹⁴ Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), Vorb. §§ 32ff. Rn. 47; Wessels et al., StrafR AT (Fn. 12), Rn. 572.

¹⁵ Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), Vorb. § 32 Rn. 31; Wessels et al., StrafR AT (Fn. 12), Rn. 572.; Hillenkamp/Cornelius, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 15. Aufl. 2017, S. 59ff.

¹⁶ Brandt/Schlehofer, Die täuschungsbedingte Selbstdtötung im Lichte der Einwilligungslehre, JZ 1987, 442 (447); Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil/Band I, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 98; Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), Vorb. §§ 32ff. Rn. 47; Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), Vorb. § 32 Rn. 31ff.

¹⁷ BGHSt 47, 83 (88); BGH NJW 2003, 1198; Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 55; Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 512.

¹⁸ T. Schwarz, Die Mitverantwortung des Opfers beim Betrug, 2013, S. 100ff.; Tiedemann in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Leipziger Kommentar zum StGB/Band 9 Teil 1, 12. Aufl. 2012, Vorb. § 263 Rn. 38.

¹⁹ Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht Besonderer Teil 1, 11. Aufl. 2019, § 41 Rn. 62 m.w.N.

²⁰ Tiedemann in: LK-StGB/Band 9/1 (Fn. 18), § 263 Rn. 79 m.w.N.

²¹ Hoyer in: Wolters, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch/Band V, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 71; Schünemann, Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, 117 (131); zustimmend auch Tiedemann in: LK-StGB/Band 9/1 (Fn. 18), § 263 Rn. 86.

²² Hoyer in: SK-StGB/V (Fn. 21), § 263 Rn. 6; Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 3.

²³ BGH NJW 2003, 1198f.; Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 55; Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 76; Rengier, StrafR BT I (Fn. 4), § 13 Rn. 50; Tiedemann in: LK-StGB (Fn. 18), § 263 Rn. 86; Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 512.

²⁴ Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 83; Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 55.

genschaden bei O geführt haben. Nach dem herrschen den, juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff ist Vermögen die Summe aller geldwerten Güter einer Person.²⁵ Der Vermögensschaden ist ein negativer Saldo zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der irrtumsbe dingten Vermögensverfügung des Getäuschten.²⁶ Dieser besteht insbesondere nach dem individuell-objektiven Schadensbegriff, wenn das Ausscheiden einer Vermögens position nicht durch wirtschaftlich Gleichwertiges kom pensiert werden kann.²⁷ Problematisch ist, dass O ganz bewusst EUR 150,00 spenden wollte. Spenden erhalten regelmäßig gerade kein wirtschaftliches Äquivalent. Um stritten ist daher, ob eine solche „bewusste Selbstschädigung“ als Betrug im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB gewertet werden kann.²⁸

aa) Theorie der unbewussten Selbstschädigung

Teilweise wird eine unbewusste Selbstschädigung des Opfers vorausgesetzt.²⁹ Dies wird unter anderem mit der Ähnlichkeit des Betrugs zur mittelbaren Täterschaft nach § 25 Abs. 1 StGB begründet,³⁰ aber auch im Wege einer Übertragung der Grundlagen zur objektiven Zurechnung.³¹ Teile dieser Ansicht sind der Auffassung, dass es sich bei Spenden um freiwillige Vermögensopfer handle, wobei eine Täuschung über den Zweck nicht mehr über eine Schädigung des Rechtsguts entscheide, sondern nur noch über die gesetzlich nicht geschützte Dispositionsfreiheit. Ein Irrtum sei ausgeschlossen, wenn der Verfügende wüsste, dass er sich selbst schädige.³² Die meisten Vertreter dieser Auffassung halten eine Betrugsstrafbarkeit allerdings dann noch für vertretbar, wenn der vom Verfügenden verfolgte Zweck verfehlt wird (sogenannte „Zweckverfehlungslehre“). Danach kann die Spende gleichsam durch soziale Gegenleistungen kompensiert werden. Entfällt diese Mög-

lichkeit, liegt auch ein Betrug vor.³³ Schadensbegründend kann aber nur eine objektivierbare, wirtschaftlich relevante und sozial gebilligte Zwecksetzung sein, sodass insbesondere „persönliche Marotten“ oder das bloße Affektionsinteresse ausscheiden.³⁴ Im vorliegenden Sachverhalt könnte man von einem solchen Affektionsinteresse ausgehen: O wollte sich nicht mehr vor seinen Freunden rechtfertigen müssen und spendete daher, um seinen „Soll“ zu erfüllen, damit er besser dasteht. Allerdings – und dies ist in der vorliegenden Konstellation entscheidend – kam es ihm darauf an, jedenfalls an „irgendeine Tierschutzorganisation“ zu spenden. Ziel des O war es, gerade durch eine Spende bei einer Tierschutzorganisation gut dazustehen. Der verfolgte Zweck lag somit im Ergebnis bei einer Spende für eine gemeinnützige Tierschutzorganisation und genau über diese Tatsache täuschte auch A. Insgesamt ist daher festzuhalten, dass O zwar auch mittelbar aus Affektionsinteresse handelte, allerdings ergibt sich dies gerade erst durch die gemeinnützige Spende. Nach der engen Zweckverfehlungslehre liegt somit ein Vermögensschaden vor.

bb) Theorie der bewussten Selbstschädigung

Nach der Rechtsprechung und Teilen der Literatur ist nicht erforderlich, dass dem Verfügenden der vermögensmindernde Charakter seiner Verfügung verborgen bleibe.³⁵ Hierbei sind auch Täuschungen, die zu einer bewussten Selbstschädigung führen, für die Annahme eines Vermögensschadens ausreichend.³⁶ Diese zunächst deutlich extensivere Betrachtung erfährt jedoch über den Grundgedanken der Zweckverfehlungslehre eine einschränkende Korrektur. Auch hier führen bloße Motivirrtümer gerade nicht zu einem Vermögensschaden, sie betreffen lediglich die Dispositionsfreiheit.³⁷ Daher stellt sich ebenfalls die Frage, wie das Verhalten des O zu deuten ist. Man gelangt

²⁵ Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 101; Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 538.

²⁶ BGHSt 51, 10 (15); Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 101; Rengier, StrafR BT I (Fn. 4), § 263 Rn. 119; Tiedemann in: LK-StGB/Band 9/1 (Fn. 18), § 263 Rn. 132.

²⁷ Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 113; Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 532.

²⁸ Hefendehl in: MK-StGB/Band 5 (Fn. 5), § 263 Rn. 819ff.

²⁹ Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 102.

³⁰ Cramer, Kausalität und Funktionalität der Täuschungshandlung im Rahmen des Betrugstatbestandes, JZ 1971, 415; Hefendehl in: MK-StGB/Band 5 (Fn. 5), § 263 Rn. 819; Kutzner, Zweifelsfragen des Betrugstatbestands am Beispiel des Wettbetrugs, JZ 2006, 712 (716); Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 3.

³¹ Hefendehl in: MK-StGB/Band 5 (Fn. 5), § 263 Rn. 829f.; Roxin, StrafR AT I (Fn. 16), § 11 Rn. 44ff.

³² Hefendehl in: MK-StGB/Band 5 (Fn. 5), § 263 Rn. 838ff.; krit. Heinrich in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 20 Rn. 111; Lampe, Personales Unrecht im Betrug, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007, 623 (644).

³³ Maurach et al., StrafR BT 1 (Fn. 19), § 41 Rn. 121; Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 102; Rudolphi, NStZ 1995, 289, Anm. zu BGH, Urt. v. 10.11.1994 – 4 StR 331/94; Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 553ff.; Hefendehl in: MK-StGB/Band 5 (Fn. 5), § 263 Rn. 843.

³⁴ Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 137; Maurach et al., StrafR BT 1 (Fn. 19), § 41 Rn. 123; Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 554.

³⁵ RGHSt 44, 244; 52, 136; BGH NJW 1992, 2167; 1995, 539; OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 (923); Dölling, Betrug und Bestelichkeit durch Entgeltannahme für eine vorgetäuschte Dienstpflichtverletzung, Jus 1981, 570 (571); Hilgendorf, Zweckverfehlung und Vermögensschaden beim Betrug, JuS 1994, 466 (469).

³⁶ Rengier, StrafR BT I (Fn. 4), § 13 Rn. 149ff.

³⁷ BGH NJW 1995, 539 mit zust. Anm. Rudolphi (Fn. 33), NStZ 1995, 289; OLG München NJW 1952, 798 mit zust. Anm. Hecker, JuS 2014, 561ff.; Rengier, StrafR BT I (Fn. 4), § 13 Rn. 151.

jedoch auch hier zu dem Ergebnis, dass vorrangig über den Spendenzweck sowie über die grundsätzliche Möglichkeit der Spende getäuscht wurde. Auf eine Spende kam es dem O aber gerade an.³⁸ Beide Auffassungen kommen daher auf unterschiedlichen Wegen zum gleichen Ergebnis:³⁹ Während die Lehre der unbewussten Selbstschädigung nach h.M. über die Zweckverfehlungslehre zunächst erweitert wird, führt diese bei der Lehre der bewussten Selbstschädigung zunächst zu einer Einschränkung. Zwar soll reines Affektionsinteresse nicht vom Tatbestand erfasst werden, dieses lag bei O allerdings auch nur mittelbar vor und wird durch den tatsächlichen Entschluss, spenden zu wollen, verdrängt.

cc) Zwischenergebnis

Da beide Ansichten zum gleichen Ergebnis kommen, ist eine Stellungnahme entbehrlich. Mithin liegt ein Vermögensschaden vor.

e) Vorsatz bezüglich aller objektiven Merkmale

A handelte vorsätzlich.

f) Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

Zudem handelte A mit der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Regelbeispiele

Des Weiteren könnte A möglicherweise die Regelbeispiele des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 2 Var. 2 StGB verwirkt haben.

a) Gewerbsmäßig, § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB

Zunächst könnte A gewerbsmäßig gehandelt haben. Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch die wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einiger Dauer und von einem Umfang verschaffen will.⁴⁰ A veröffentlichte erstmals einen Post und überlegte aufgrund der Praktikabilität, dieses Vorgehen zu wiederholen. Im Übrigen wollte sie ihren Lebensunterhalt

allerdings auf normalem Weg verdienen. Grundsätzlich nicht erforderlich ist, dass der Täter allein oder weit überwiegend mit der Tatbegehung verdienen will, solange er mit der Absicht der wiederholten Tatbegehung handelt.⁴¹ Zudem steht es der Gewerbsmäßigkeit zutreffender Weise nicht entgegen, wenn die Tat nur einmalig begangen wurde, solange ebenfalls unter der spezifischen Absicht gehandelt wurde.⁴² Eine solche eigennützige, auf tätereigene Einnahmen bezogene Absicht lag bei A mithin vor. Damit handelte A gewerbsmäßig im Sinne des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB.

b) Gefahr für große Zahl an Personen, § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 2 StGB

Zudem könnte A mit der Absicht gehandelt haben, eine große Anzahl von Menschen in die Gefahr des Vermögensverlustes zu bringen. Umstritten ist jedoch bereits, wann es sich um eine „große Zahl“ von Menschen handelt. Nach der engsten Auffassung handelt es sich hierbei um 10 Personen.⁴³ A hofft allerdings nur auf die Spende „einiger weniger Personen“. Es kann also im Ergebnis dahinstehen, wie viele Personen vom Tatbestand erfasst sein sollen, denn einige wenige Personen sind jedenfalls weniger als zehn Personen. Mangels anders lautender Angaben verbietet sich nach dem *in dubio pro reo* – Grundsatz die Annahme, es handle sich hierbei um mehr Personen. Damit handelte A nicht in der Absicht, eine große Zahl von Personen zu gefährden.

4. Ergebnis

Somit hat sich A wegen Betrugs im besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht, indem er einen Post mit falschem Spendenauftrag veröffentlichte und dadurch die Zahlung des O bewirkte.

III. Strafbarkeit der A gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Erstellen eines falschen Spendenauftrags

Hinsichtlich des anonymen Nutzers könnte sich A zudem eines versuchten Betrugs gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie einen falschen Spendenauftrag postete. Der anonyme

³⁸ Siehe ausführlich I., 4., a).

³⁹ Rudolphi (Fn. 33), NStZ 1995, 289.

⁴⁰ Rengier, StrafR BT I (Fn. 4), § 3 Rn. 34; Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 593.

⁴¹ BGH wistra 2003, 460 (481); BGH NStZ 2008, 282f.; Brodowski, Die Gewerbsmäßigkeit im deutschen Strafrecht, wistra 2018, 97 (97ff.); Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 210.

⁴² Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 243 Rn. 30; Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 593.

⁴³ Hoyer in: SK-StGB/V (Fn. 21), § 263 Rn. 286; bzgl. § 306b von 14 Personen ausgehend BGHSt 44, 178 = BGH NStZ 1999, 84; von 20 Personen ausgehend Fischer, StGB (Fn. 1), § 263 Rn. 218 m.w.N.; Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 188d.

Nutzer hat keine Vermögensverfügung getroffen, insofern ist die Tat nicht vollendet. Gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB ist der versuchte Betrug strafbar. A hatte einen Tatentschluss bezüglich aller objektiven Merkmale des Tatbestands.⁴⁴ Zudem setzte sie auch durch das Posten unmittelbar zu Tat an.⁴⁵ Dies war auch rechtswidrig und schuldhaft. Das Regelbeispiel gem. § 263 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB wurde vollendet, sodass auch ein Regelbeispiel im Versuch angenommen werden kann.⁴⁶ Somit hat sich A auch hinsichtlich des anonymen Nutzers wegen versuchten Betrugs in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit der A gem. § 269 Abs. 1 StGB durch das Erstellen eines falschen Spendenauftrufs

A könnte sich jedoch wegen Fälschung beweiserheblicher Daten gem. § 269 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie einen falschen Spendenauftrag als Post erstellte und veröffentlichte. Erforderlich ist vor allem, dass die gespeicherten Daten hypothetisch zu einer unechten Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB führen müssten.⁴⁷ Unecht ist eine Urkunde, wenn sie nicht von demjenigen stammt, der in ihr als Aussteller bezeichnet ist, wenn also über die Ausstelleridentität getäuscht wird.⁴⁸ Gleiches gilt bezogen auf Daten. Im vorliegenden Sachverhalt täuschte A aber nicht über ihre Person als Aussteller beziehungsweise Verfasser. Das Erstellen und Verbreiten eines falschen Posts unter eigenem Namen ist gerade keine Identitätstäuschung, sondern eine schriftlich-elektronische Lüge. So mit waren die Daten nicht unecht. Mangels Unechtheit der Daten hat sich A nicht wegen Fälschung beweiserheblicher Daten gem. § 269 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem sie einen falschen Spendenauftrag postete.

V. Gesamtergebnis für die Strafbarkeit der A

Insgesamt hat sich A wegen Betrugs in einem besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit versuchtem Betrug in einem besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

Etwaige andere in Betracht kommende Tatbestände scheiden mithin aus.

B. Strafbarkeit des F

I. Strafbarkeit des F wegen Betrugs in Mittäterschaft in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 25 Abs. 2 StGB durch die Missachtung der Beschwerde

F könnte sich wegen mittäterschaftlichen Betrugs in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Meldung des Facebook-Users missachtete. F selbst hat die Täuschungshandlung nicht aktiv begangen. Möglicherweise muss er sich diese jedoch als Mittäter gem. § 25 Abs. 2 StGB zurechnen lassen.⁴⁹ Hierfür bedarf es eines gemeinsamen Tatplans.⁵⁰ A und F haben weder ausdrücklich noch konkludent Einvernehmen hergestellt. Zwar müssen sich beide nicht kennen,⁵¹ aber insbesondere für eine konkludente Vereinbarung fehlte es an irgendeiner Form der Kommunikation.⁵² F hat sich somit nicht gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des F wegen Betrugs durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB durch die Missachtung der Beschwerde

F könnte sich jedoch wegen Betrugs durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Meldung des Facebook-Users missachtete.

1. Tatbestand

a) Täuschung über Tatsachen

F selbst hat den Post nicht verfasst oder veröffentlicht. Allerdings beobachtete er das Geschehen trotz Meldung eines Nutzers teilnahmslos und verweigerte eine Löschung. Mithin blieb F völlig untätig. Dies hat allerdings keinen ausdrücklichen oder schlüssigen Erklärungswert im Sinne einer (konkludenten) Täuschung durch aktives Tun. Insofern könnte man lediglich von einer Täuschung durch Unterlassen gem. § 13 Abs. 1 StGB ausgehen.⁵³ Voraussetzungen hierfür sind insbesondere, dass F im Stande und als Garant rechtlich dafür verantwortlich war, die Entstehung oder

⁴⁴ Siehe oben A., II., 1, e), f); Rengier, StrafR AT (Fn. 12), § 34 Rn. 7.

⁴⁵ Siehe oben A., II., 1, a); Rengier, StrafR AT (Fn. 12), § 34 Rn. 21ff.

⁴⁶ Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 243 Rn. 52.

⁴⁷ Fischer, StGB (Fn. 1), § 269 Rn. 5; Hoyer in: SK-StGB/V (Fn. 21), § 269 Rn. 15ff.; Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 269 Rn. 17.

⁴⁸ Hoyer in: SK-StGB/V (Fn. 21), § 267 Rn. 55; Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 267 Rn. 57.

⁴⁹ Rengier, StrafR AT (Fn. 12), § 44 Rn. 3; Wessels et al., StrafR AT (Fn. 12), Rn. 813.

⁵⁰ Rengier, StrafR AT (Fn. 12), § 44 Rn. 11; Wessels et al., StrafR AT (Fn. 12), Rn. 815.

⁵¹ BGH NStZ 2010, 342; Heine/Weißen in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 25 Rn. 72.

⁵² BGH NStZ 1985, 70f.; 2003, 85; 2012, 207ff.; Heine/Weißen in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 25 Rn. 72; Joecks in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB/Band 1, 3. Aufl. 2017, § 25 Rn. 236ff.; Wessels et al., StrafR AT (Fn. 12), Rn. 815.

⁵³ BGHSt 39, 392(398); 51, 165(169); BGH NStZ 1995, 134; Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 14, 18; Wesselsetal., StrafRBT 2 (Fn. 4), Rn. 503.

Fortdauer eines Irrtums und seinen Konsequenzen zu verhindern.⁵⁴

a) Fehlen eines Lösch- oder Aufklärungsversuchs trotz physisch-realer Möglichkeit

Für F bestand, insbesondere nach der Meldung, die physisch-reale Möglichkeit, diesen Post zu löschen, um somit einen Irrtum bei O zu verhindern.

bb) Garantenstellung

Zu prüfen ist vor allem, ob der F auch eine Garantenstellung innehatte. F ist Garant, wenn er zu der Bewahrung des betroffenen Rechtsguts rechtlich verpflichtet ist, Beeinträchtigungen abzuwenden oder zu vermeiden und für eine Verletzung dieser Pflicht einstehen muss.

(1) Garantenstellung aus Ingerenz

Eine Garantenstellung aus Ingerenz ist mangels Schaffung einer selbstständigen Gefahr durch F ausgeschlossen.⁵⁵ Die Gefahr für die Rechtsgüter der Betroffenen schuf bereits A durch die Veröffentlichung des Posts.

(2) Garantenstellung aus Gesetz

Mithin käme eine Garantenstellung kraft Gesetzes in Betracht. Eine solche könnte sich allenfalls aus den §§ 7, 10 TMG ergeben. Das TMG selbst begründet allerdings keine Garantenpflicht, sondern enthält im Zweifel lediglich Regelungen über Haftungsprivilegierungen für Internet-Provider und deren Ausschluss.

(3) Garantenstellung aus Pflichtenübernahme

Fraglich ist jedoch, ob F möglicherweise eine Garantenstellung durch Pflichtenübernahme erhalten hat. Das Unternehmen „Facebook“ kann selbst keine Garantenstellung als juristische Person haben, nach wohl herrschender Meinung besteht jedoch eine Garantenpflicht für die Betriebsinhaber (sog. „Geschäftsherrenhaftung“).⁵⁶ Diese Garantenpflicht könnte sich durch die grundsätzlich mögliche, vertragliche Übernahme von besonderen Schutzpflichten konkretisieren.⁵⁷ Sie begründet sich allerdings nicht bereits durch etwaigen Vertragsschluss, es kommt vielmehr darauf an, dass die Schutzfunktion tatsächlich eintritt, für den Gefährdeten also ein Vertrauensverhältnis geschaffen wird.⁵⁸ Legt man die AGB von Facebook aus, spricht vieles für eine solche Übernahme: Nutzer sollen sich wohlfühlen und man beauftragt gesondert Mitarbeiter, gegen etwaigen Missbrauch vorzugehen. Zwar wird eingeräumt, nur „möglicherweise“ die Gemeinschaft schützen zu können, allerdings werde man auch „geeignete Maßnahmen treffen“. Ergänzt wird dies durch eine exemplarische Aufzählung von Maßnahmen, unter die auch die für den vorliegenden Fall erforderliche Löschung von Inhalten fällt. Zurecht spricht daher einiges dafür, dass Facebook gerade dafür wirbt, besonders auf den Schutz der Nutzer zu achten und versucht, ein entsprechendes Vertrauen gegenüber dem Nutzer zu schaffen. Im vorliegenden Sachverhalt ist F eine der Personen, die beauftragt sind, die genannten Schutzmaßnahmen umzusetzen. So ist F zwar kein Geschäftsführer, durch seine Tätigkeit bei Facebook könnten ihm aber die übernommenen Schutzpflichten übertragen worden sein. Zunehmend erhalten sogenannte „Compliance-Officer“ zur Eindämmung von Haftungsrisiken Bedeutung, die regelmäßig mit der unternehmensinternen Kontrolle und der Umsetzung des Compliance-Programms befasst sind.⁵⁹ Zwar ist F nicht mit der Überwachung der Mitarbeiter beauftragt, ihn treffen jedoch Pflichten gegenüber den Nutzern und seine Tätigkeit erfolgt auch aus Facebook heraus. Es besteht daher einige Ähnlichkeit zum Compliance-Officer. Umstritten ist, ob diesen eine Garantenpflicht zukommt. Begründen lassen könnte sich eine Garantenstellung aus der übernommenen „Sonderverantwortung“ für eine bestimmte Gefahrenquelle.⁶⁰ Zurecht wird hier allerdings kritisiert, dass es dem Compliance-Officer regelmäßig an Weisungsrechten zur effektiven Maßnahmenergreifung fehle, es entstehe lediglich eine Informationspflicht gegenüber dem Geschäftsherrn.⁶¹ Mithin ist der Begriff des Compliance-Officers aber auch nicht abschließend definiert,⁶² sodass eine Einzelfallbetrachtung

⁵⁴ Wessels et al., StrafR BT 2 (Fn. 4), Rn. 503.

⁵⁵ BGHSt 38, 356 (358); Joeks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 13 Rn. 55.

⁵⁶ RGSt 15, 58f.; im Umkehrschluss: BGHSt 54, 44; Bosch in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 13 Rn. 53; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. 2019, § 13 Rn. 14; Mosbacher/Dierlamm, NStZ 2010, 268 (269), Anm. zu BGH, Urt. v. 17.07.2009 – 5 StR 394/08; Schünemann, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 1984, 287 (310); dagegen: Kretschmer, JR 2009, 474 (476), Anm. zu BGH, Urt. v. 09.06.2009 – 5 StR 394/08; Stein in: SK-StGB/I (Fn. 57), § 13 Rn. 44; Wessels et al., StrafR AT (Fn. 12), Rn. 1190.

⁵⁷ RGSt 64, 81 (84); BGHSt 5, 187 (190); Bosch in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 13 Rn. 26; Lackner/Kühl, StGB (Fn. 58), § 13 Rn. 9.

⁵⁸ Bosch in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 13 Rn. 26, 28; Lackner/Kühl, StGB (Fn. 58), § 13 Rn. 9.

⁵⁹ BGHSt 54, 44; Berndt in: Berndt/Theile, Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung, 2016, Rn. 460; A. Schwarz, Die strafrechtliche Haftung des Compliance-Beauftragten, wistra 2012, 13.

⁶⁰ BGHSt 54, 44; zum Begriff der Sonderverantwortung: Freund in: MK-StGB/Band 1 (Fn. 52), § 13 Rn. 269ff.

⁶¹ A. Schwarz (Fn. 61), wistra 2012, 13 (16); Warnecke, Die Garantenstellung von Compliance-Beauftragten, NStZ 2010, 312 (317).

⁶² Dannecker/Dannecker, Die „Verteilung“ der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen, JZ 2010, 981 (988); zust. A. Schwarz (Fn. 61), wistra 2012, 13.

zu erfolgen hat, die eindeutig auf weitreichendere Befugnisse des F im konkreten Arbeitsbereich schließen lässt. F ist mit solchen Weisungs- oder Handlungsbefugnissen jedenfalls dahingehend ausgestattet, sofort effektive Maßnahmen, wie eine Löschung, ergreifen zu können. Mithin steht ihm ein konkreter Handlungsspielraum zu. Abgrenzungsfragen hinsichtlich des Garantenbegriffs entstehen somit auch nicht.⁶³ Entsprechend größer ist auch der Verantwortungsbereich, selbst wenn keine höhere Stellung besteht. Zusammenfassend entspricht die Funktion des F denen eines Compliance-Officers in den weitreichendsten Punkten. Kritiker der Garantenstellung solcher Beauftragten ist zudem zu entgegnen, dass F vorliegend genau jene Befugnisse hat, die beim typisierten Compliance-Officer als fehlend angemerkt werden. Ihm ist daher eine Überwachungsgarantenstellung durch Übernahme besonderer Schutzpflichten zuzusprechen.

cc) Nichtverhinderung der Begehungstat eines Dritten

Umstritten ist jedoch, ob eine Täterschaft durch Unterlassen in Fällen einer Nichtverhinderung der Begehungstat eines Dritten überhaupt möglich ist.

(1) Subjektive Theorie

Vertreter dieser Ansicht sind der Meinung, dass auch der Unterlassungstäter danach zu bestimmen ist, ob er mit Täterwillen (als *animus auctoris*) unter Hinzuziehung objektiver Kriterien die Tatverhinderung unterlässt.⁶⁴ F erkannte, dass es sich um einen falschen Post handelte, fand dies jedoch recht amüsant und hielt es für eine gute Einkommensmöglichkeit. Damit billigte er das Vorgehen der A und wollte noch einige Tage auf die Löschung warten. Zwar ist die Einstellung des F durchaus zu missbilligen, dies kann jedoch noch nicht auf einen täterschaftlichen Vorsatz schließen lassen. Andernfalls käme es zu einer Vermischung der Abgrenzbarkeit von Täterschafts- und Teilnahmevereinsatz. Nach der subjektiven Theorie handelte A daher ohne Täterwillen.

(2) Tatherrschaftstheorie

Nach der Tatherrschaftstheorie hat die vorliegend problematische Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme durch die Tatherrschaftslehre zu erfolgen.⁶⁵ Dass es zu einem vollendeten Betrug der A kam, hing im Wesentlichen auch von der Billigung durch F ab, der es gerade in der Hand hatte den falschen Post zu löschen. Diese Kontrollmöglichkeit kann bei Missachtung jedoch nicht schon zur Tatherrschaft und folglich zur Täterschaft führen. Mithin setzt die Möglichkeit der Erfolgsabwehr jede Unterlassungstäterschaft voraus.⁶⁶ F hatte somit gerade keine Tatherrschaft und ist als Teilnehmer zu betrachten.

(3) Täterschaftstheorie

Anders beurteilt dies jedoch die Täterschaftstheorie, deren Vertreter der Auffassung sind, dass bei Nichthinderung einer fremden Begehungstat der unterlassende Garant stets Täter durch Unterlassen ist.⁶⁷ F wäre folglich niemals Teilnehmer.

(4) Teilnahmetheorie

Nach der Teilnahmetheorie ist die Nichthinderung einer fremden Begehungstat im Zweifel immer nur eine Beihilfe.⁶⁸ Auch nach dieser Ansicht hätte sich F daher gegebenenfalls lediglich der Beteiligung am Betrug durch Unterlassen strafbar gemacht.

(5) Differenzierende Theorie

Die differenzierende Theorie unterscheidet nach der Art der Garantenstellung. So seien unterlassende Beschützergaranten stets als Täter zu betrachten, wohingegen der unterlassende Überwachungsgarant lediglich Teilnehmer einer fremden Begehungstat durch Unterlassen ist.⁶⁹ Insofern ist F als Überwachungsgarant zu betrachten.⁷⁰ Somit wäre eine Täterschaft ebenfalls ausgeschlossen.

(6) Stellungnahme

Insgesamt kommt daher lediglich die Täterschaftstheorie zu dem Ergebnis, dass F als Täter durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar wäre. Gegen die Täterschaftstheorie spricht insbesondere, dass auch bei

⁶³ Entgegen Dannecker/Dannecker (Fn. 64), JZ 2010, 981 (990).

⁶⁴ BGHSt 2, 150 (151); 4, 20 (21); 13, 162 (166).

⁶⁵ Rengier, StrafR AT (Fn. 12), § 51 Rn. 18f.; Satzger, Der irrende Garant – zur Abgrenzung von Tatbestands- und Gebotsirrtum beim vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikt, JURA 2011, 432 (434); Weigend in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Leipziger Kommentar zum StGB/ Band 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 94f.

⁶⁶ Beulke/Zimmermann, Klausurenkurs im Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, Rn. 30; Rengier, StrafR AT (Fn. 12), § 51 Rn. 18f.

⁶⁷ Bachmann/Eichinger, Täterschaft beim Unterlassungsdelikt, JA 2011, 105 (107f.); Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil/Band II, 2003, § 31 Rn. 140ff.

⁶⁸ Gallas, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960, 686 (687); Lackner/Kühl, StGB (Fn. 58), § 27 Rn. 5.

⁶⁹ Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), Vorb. §§ 25ff. Rn. 102.; Seher, Grundfälle zur Beihilfe, JuS 2009, 793 (797); Vogel/Hocke, Der Fall Theresa Marie Schiavo, JURA 2005, 709 (710).

⁷⁰ Siehe oben B., II., a), bb), (3).

Unterlassungsdelikten eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme gegeben ist.⁷¹ Andernfalls käme es zu einer Schlechterstellung des Unterlassenden, der einer obligatorischen Strafmilderung gem. § 27 Abs. 2 S. 2 StGB beraubt werden würde.⁷² Das Unterlassen selbst begründet jedoch gerade nicht mehr Unrecht als Täterschaft durch aktives Handeln, denn andernfalls hätte es einer fakultativen Strafmilderung gem. § 13 Abs. 2 StGB nicht bedurft.⁷³ Im Hinblick auf erhöhtes Unrecht und Schuld kann man im Einzelfall überdies einen unbenannten, besonders schweren Fall annehmen, um das Unrecht entsprechend zu berücksichtigen. Da eine täterschaftliche Begehung durch Unterlassen nach den anderen Theorien gerade nicht gegeben ist, ist eine Stellungnahme zwischen diesen Ansichten entbehrlich.

b) Zwischenergebnis

Somit erfolgte keine Täuschung durch Unterlassen im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB.

2. Ergebnis

Zusammenfassend hat sich F daher nicht wegen Betrugs durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er die Meldung des Nutzers missachtete.

III. Strafbarkeit des F wegen Beihilfe zum Betrug durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 27, 13 Abs. 1 StGB durch die Missachtung der Beschwerde

Indem F die Beschwerde des Nutzers missachtete, könnte er sich allerdings wegen Beihilfe zum Betrug durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 27, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Wie bereits geprüft, liegt eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat vor.⁷⁴ Fraglich ist jedoch, ob auch die Voraussetzungen des Hilfeleistens durch Unterlassen gegeben sind. Ein „Hilfeleisten“ ist jeder Tatbeitrag, der die Haupttat ermöglicht oder erleichtert.⁷⁵ A und F hatten keinerlei Kontakt, insofern könnte auch hier ein Hilfeleisten nur durch Unterlassen erfolgt sein. Diesbezüglich hatte F eine Garantenstellung inne.⁷⁶ Da er nicht auf die Meldung des anonymen Nutzers reagierte und den Post der A wei-

terhin in der Welt ließ, wurde O erst auf diesen aufmerksam und spendete daher Geld. Das Unterlassen der Löschung war folglich kausal für die Verfügung des O. Zudem hatte F auch Vorsatz bezüglich aller objektiven Merkmale des Tatbestandes. Er beschloss, den Post nicht zu löschen, damit sich A etwas Geld dazuverdiene. F handelte auch rechtswidrig. Fraglich ist allerdings, ob F auch schuldhaft handelte. Dies ist bei Internetstraftaten nicht immer einfach festzulegen.⁷⁷ F hielt sein Verhalten im Sinne eines Unterlassens jedenfalls für moralisch verwerflich. Zwar besteht Uneinigkeit über die Anforderungen für das Unrechtsbewusstsein des Täters. Auch nach der herrschenden, weiten Meinung ist jedoch das bloße Bewusstsein der Sozialschädlichkeit oder des Widerspruchs zur Sittenordnung nicht ausreichend.⁷⁸ Es erübrigत sich daher eine Stellungnahme. Folglich kommt es darauf an, ob ein Irrtum vermeidbar war. Maßgeblich ist, ob der Täter die gehörige Anspannung seines Gewissens unterlassen und es dadurch versäumt hat, die Unrechtmäßigkeit seines Handelns zu erkennen.⁷⁹ Insofern kann man bei F davon ausgehen, dass aufgrund seiner Stellung im Unternehmen und einer wertenden Gesamtbetrachtung der Irrtum durchaus vermeidbar war. Er erhielt eine Meldung mit dem Hinweis auf eine mögliche Straftat, die er durch sein Unterlassen unterstützen wollte. Im Ergebnis handelte F daher auch schuldhaft, die Strafe könnte jedoch gem. §§ 17 S. 2, 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. Eine etwaige Strafschärfung entfällt aufgrund von § 28 Abs. 2 StGB. Hiernach wird nur der Teilnehmer durch strafshärfende Gesetze bestraft, bei dem entsprechend besondere persönliche Merkmale vorliegen. Dieses Merkmal, in Gestalt der Gewerbsmäßigkeit, lag bei F allerdings nicht vor. F hat sich somit wegen Beihilfe zum Betrug durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 27, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit des F wegen Begünstigung gem. § 257 Abs. 1 StGB durch die Missachtung der Beschwerde

Diesbezüglich hat sich A wegen Beteiligung am Betrug durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 27, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Damit entfällt eine Strafbarkeit wegen Begünstigung gem. § 257 Abs. 3 S. 1 StGB.

⁷¹ Otto, Beihilfe durch Unterlassen, JuS 2017, 289 (291); Heine/Weißen in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), Vorb. §§ 25ff. Rn. 92; Rengier, StrafR AT (Fn. 12), § 51 Rn. 16.

⁷² Heine/Weißen in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), Vorb. §§ 25ff. Rn. 92.

⁷³ Heine/Weißen in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), Vorb. §§ 25ff. Rn. 92.

⁷⁴ Siehe oben A., II., 4.; Lackner/Kühl, StGB (Fn. 58), § 27 Rn. 1.

⁷⁵ Lackner/Kühl, StGB (Fn. 58), § 27 Rn. 2; Wessels et al., StrafR AT (Fn. 12), Rn. 900.

⁷⁶ Siehe oben B., II., 1, a), bb).

⁷⁷ Ausführlich Hilgendorf/Valerius, Internetstrafrecht (Fn. 57), Rn. 248ff.

⁷⁸ Lackner/Kühl, StGB (Fn. 58), § 17 Rn. 2.

⁷⁹ BGHSt 21, 18 (20); NStZ 2000, 307 (309).

V. Strafbarkeit des F wegen Strafvereitelung gem. § 258

Abs. 1 StGB durch die Missachtung der Beschwerde

Indem A die Meldung des Nutzers missachtete, könnte sich A zudem wegen Strafvereitelung gem. § 258 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Eine Straftat der A liegt vor. Fraglich ist daher, ob F die Ahndung dieser Vortat vereitelt hat. Vereiteln ist jede Besserstellung des Täters hinsichtlich der Strafverfolgung.⁸⁰ Zwar hat F nicht aktiv gehandelt. Eine Vereitelung durch Unterlassen ist aber grundsätzlich möglich.⁸¹ Hierfür müsste sich die Garantenpflicht jedoch direkt auf das Rechtsgut der Strafvereitelung beziehen.⁸² Facebook, beziehungsweise F, hat zwar freiwillig eine Garantenstellung übernommen, diese bezieht sich allerdings nur auf die Überwachung des Systems. Eine Pflicht, etwaige Täter einer Bestrafung zuzuführen, lässt sich aus privatrechtlichen Vereinbarungen nicht ableiten.⁸³ Folglich hat sich F auch nicht wegen Strafvereitelung gem. § 258 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

VI. Gesamtergebnis für die Strafbarkeit des F

Zusammenfassend hat sich F somit wegen Beihilfe zum Betrug gem. §§ 263 Abs. 1, 27, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er es unterließ, die Meldung des Nutzers mit entsprechenden Maßnahmen zu beachten.

C. Zusatzaufgabe 1: Sanktionierbarkeit von Facebook

I. Strafbarkeit nach dem StGB

Das deutsche Strafrecht kennt nach dem *societas-delinquere-non-potest*-Grundsatz keine Unternehmensstrafe, da juristische Personen weder handlungs- noch schuldfähig sind.⁸⁴ Eine Strafbarkeit nach dem StGB ist daher ausgeschlossen.

II. Sanktionierung gem. §§ 9, 30, 130 OWiG

Des Weiteren könnte eine Geldbuße gem. §§ 9, 30, 130 OWiG gegen die Facebook Germany GmbH verhängt werden. Dies ist der Fall, wenn die tatbeständlichen Voraussetzungen des § 30 OWiG erfüllt sind.

1. Sanktionsfähiger Verband

Facebook Germany GmbH müsste ein sanktionsfähiger Verband sein. Eine Verbandsgeldbuße kann regelmäßig gegen juristische Personen, nicht rechtsfähige Vereine und rechtsfähige Personengesellschaften verhängt werden.⁸⁵ Bei der Facebook Germany GmbH handelt es sich um eine juristische Person mit Sitz in Deutschland. Dass der Konzern Facebook Inc. seinen Sitz in den USA hat, hindert nicht die Anwendbarkeit der Vorschrift für die Tochtergesellschaft.⁸⁶

2. Tauglicher Täter

Des Weiteren bedarf es eines tauglichen Täters. § 30 Abs. 1 OWiG nennt als weitere Voraussetzung, dass die Anknüpfungstat von einem Repräsentanten des Verbandes begangen worden ist, der über entsprechend selbstbestimmte Kompetenzen verfügt. Dies richtet sich vorliegend insbesondere nach § 30 Abs. 1 Nrn. 1-5 OWiG.⁸⁷

a) J, S und D als Geschäftsführer der Facebook Germany GmbH

Mithin sind J, S und D gem. §§ 6, 35 GmbHG als Geschäftsführer der Facebook Germany GmbH taugliche Täter im Sinne des § 30 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 5 OWiG.

b) F als sonstige Leistungsperson, §§ 9, 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG

Nach der Generalklausel des § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG könnte F als „sonstige Leistungsperson“ bezeichnet werden. Hiervon erfasst sind nach herrschender Meinung auch Personen mit Überwachungs- und Kontrollfunktionen, insbesondere aber auch Compliance-Officer.⁸⁸ Wie bereits geprüft, handelt es sich bei der Stellung des F innerhalb von Facebook um eine, die dem Compliance-Officer sehr ähnelt.⁸⁹ Mithin wurde angenommen, dass seine Kompetenzen in der konkreten Sachlage sogar über jene eines solchen hinaus gingen, sodass eine Garantenstellung begründet werden konnte.⁹⁰ Fraglich erscheint jedoch, ob F dadurch tauglicher Täter im Sinne des § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG ist. Ent-

⁸⁰ Joecks/Jäger, StuKo StGB (Fn. 1), § 258 Rn. 11 m.w.N.

⁸¹ BGH NStZ 92, 541; 93, 383; Hecker in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 258 Rn. 17.

⁸² Hecker in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 258 Rn. 17.

⁸³ Hecker in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 5), § 258 Rn. 17.

⁸⁴ Scholz, Strafbarkeit juristischer Personen?, ZRP 2000, 435 (436f.); Theile/Petermann, Die Sanktionierung von Unternehmen nach dem OWiG, JuS 2011, 496.

⁸⁵ Rongall in: Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 5. Aufl. 2018, § 30 Rn. 34ff.; Theile/Petermann (Fn. 86), JuS 2011, 496 (500).

⁸⁶ Rongall in: KK-OWiG (Fn. 87), § 30 Rn. 33.

⁸⁷ Achenbach, Ausweitung des Zugriffs bei den ahndenden Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz, wistra 2002, 441 (443).

⁸⁸ Rongall in: KK-OWiG (Fn. 87), § 30 Rn. 84.

⁸⁹ Siehe oben B., II., 1., a), bb), (3).

⁹⁰ Siehe oben B., II., 1., a), bb), (3).

scheidend dabei ist die Regelfunktion der Compliance-Officer, welche sich insbesondere mit der Überwachung betriebsinterner Abläufe befassen, wodurch eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person begründet wird.⁹¹ Zwar hat F weitreichende Handlungskompetenzen durch Übertragung von Reaktions- und Sanktionsbefugnissen erlangt; diese begründen aber gerade im konkreten Einzelfall noch keine leitende Stellung innerhalb des Unternehmens Facebook, auf die es allerdings nach der Ratio des § 30 Abs. 1 Nrn. 1-5 OWiG ankommt.⁹² Insofern zeigt sich, dass die Stellung des F zwar jener eines Compliance-Officer ähnelt, sich jedoch im Ergebnis anders darstellt: So kann zwar eine Garantenstellung des F begründet werden, dies reicht allerdings nicht für eine weitreichende Unternehmenshaftung aus. Möglich erscheint es schließlich, dass F ausdrücklich einzelne Aufgaben des Inhabers gem. § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 OWiG übertragen wurden. Eine Zurechnung über diese Ergänzungs- und Zurechnungsvorschrift erscheint jedoch lediglich im Hinblick auf etwaige Verstöße gegen § 130 OWiG sinnvoll. Diese Vorschrift ist wiederum eine typische Anknüpfungstat des § 30 OWiG, doch auch hier muss sie von einer Person mit leitender Stellung begründet werden. Eine Ausdehnung auf Personen ohne leitende Stellung über die Zurechnung aus § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 OWiG würde andernfalls die Ratio des § 30 Abs. 1 OWiG unterlaufen, der zwar grundsätzlich i.V.m. §§ 9, 130 OWiG eine Zurechnung des Zu widerhandelns der Geschäftsleitung ermöglichen soll, jedoch scheint sich der Wortlaut stets auf Personen mit leitenden Funktionen zu beschränken.⁹³ Handelte jemand faktisch als Leitung, ohne dies eigentlich zu sein, wäre eine Anwendung des § 9 OWiG denkbar. In Betracht kommen daher nur Anknüpfungstaten von J, S und D.

3. Anknüpfungstat, § 130 OWiG – Verletzung von Aufsichtspflichten

Vorliegend käme eine Ahndbarkeit der Geschäftsführer J, S und D gem. § 130 OWiG in Betracht. Dies ist dann der Fall, wenn Aufsichtsmaßnahmen zur Verhinderung betriebsinterner Pflichtwidrigkeiten unterlassen wurden.

a) Tatbestand

aa) Inhaber des Betriebs/Unternehmens, §§ 9, 130 OWiG

J, S und D müssten Inhaber eines Unternehmens oder eines

⁹¹ Rongall in: KK-OWiG (Fn. 87), § 30 Rn. 84; zust. Theile/Petermann (Fn. 86), JuS 2011, 496 (500).

⁹² Rongall in: KK-OWiG (Fn. 87), § 30 Rn. 84 a.E.

⁹³ Im Ergebnis wohl Achenbach in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 1. Teil/3. Kapitel Rn. 15f-

⁹⁴ Rongall in: KK-OWiG (Fn. 87), § 130 Rn. 25.

⁹⁵ OLG Düsseldorf wistra 1999, 115 (116); Rongall in: KK-OWiG (Fn. 87), § 130 Rn. 43; Theile/Petermann (Fn. 86), JuS 2011, 496 (498).

⁹⁶ Theile/Petermann (Fn. 86), JuS 2011, 496 (498) m.w.N.

Betriebs sein. Inhaber ist derjenige, dem die Erfüllung der den Betrieb oder das Unternehmen betreffenden Pflichten obliegt.⁹⁴ J, S und D sind die gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG vertretungsberechtigten Geschäftsführer der Tochtergesellschaft Facebook Germany GmbH. Ihnen obliegen die unternehmensbezogenen Pflichten. Zwar käme hier eine Gleichstellung von F, J, S und D in Betracht, was zu einer Sanktionierbarkeit von F hinsichtlich § 130 OWiG führen könnte, allerdings ist F gerade nicht tauglicher Täter im Sinne der Sanktionierung von Facebook gem. § 30 OWiG.

bb) Tathandlung: Unterlassen von Aufsichtsmaßnahmen

Mithin müssten J, S und D die erforderlichen und zumutbaren Aufsichtsmaßnahmen zur Gefahrenabwehr von Zu widerhandlungen unterlassen haben. Jene Aufsichtsmaßnahmen können jedoch nicht abstrakt für alle Betriebs- und Unternehmensbereiche festgelegt werden, in erster Linie komme es auf Art, Größe, Betätigungsfeld und Vielfalt der zu beachtenden Vorschriften und auf den Umfang der Gefahren an.⁹⁵ Verlangt würden insbesondere keine flächendeckende Personalkontrolle, sondern lediglich solche Maßnahmen, die eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Unterbleiben unternehmensbezogener Verfehlungen bieten.⁹⁶ Es ist insgesamt nicht ersichtlich, inwiefern es im vorliegenden Sachverhalt zu einem solchen Unterlassen kam. So kann es J, S und D gerade nicht zugemutet werden, jedes vorsätzliche Handeln des F zu überwachen, ist dieser doch gerade auch Teil eines eigens geschaffenen Compliance-Systems. Erst recht kann dies dann auch nur für Facebook Inc. als Konzernmutter gelten. Anders als zu den Geschäftsführern J, S und D besteht zu Facebook Inc. noch eine größere Distanz, wobei nicht vertretbar erscheint, dass die Geschäftsführer nicht erfasst sind, der Mutterkonzern mit Sitz in den USA jedoch schon.

b) Zwischenergebnis

Eine Sanktionierung von J, S und D gem. § 130 OWiG kommt daher nicht in Betracht.

4. Ergebnis

Damit fehlt es an einer notwendigen Anknüpfungstat, der Tatbestand des § 30 OWiG ist mithin nicht erfüllt. Somit kann Facebook nicht gem. §§ 9, 30, 130 OWiG sanktioniert werden.

III. Sanktionierung nach dem NetzDG

Eine Sanktionierung nach dem NetzDG kommt nicht in Betracht, insofern handelt es sich bei § 263 Abs. 1 StGB nicht um einen rechtswidrigen Inhalt im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG.

IV. Sanktionierung nach dem TMG

Des Weiteren könnte an eine Sanktionierung gem. § 16 Abs. 1, Abs. 2 TMG gedacht werden. Dabei beziehen sich die Bußgeldvorschriften des TMG jedoch auf Verstöße gegen Informationspflichten sowie die Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten. Solche Verstöße sind jedoch vorliegend nicht ersichtlich, sodass eine Sanktionierung von Facebook gem. § 16 Abs. 1, Abs. 2 TMG, unabhängig von der Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des TMG, ausgeschlossen ist.

V. Ergebnis zur Zusatzaufgabe 1

Insgesamt kann Facebook daher nicht im Ausgangsfall selbst sanktioniert werden.

D. Zusatzaufgabe 2: Sanktionierbarkeit von Facebook durch das NetzDG

I. Sanktionierung gem. § 4 Abs. 1 Nr. 4 NetzDG

Möglicherweise könnte Facebook gem. § 4 Abs. 1 Nr. 4 NetzDG sanktioniert werden. Dies ist der Fall, wenn der Anwendungsbereich des NetzDG eröffnet ist und ein Verstoß gegen die Vorschriften des NetzDG entsprechend der Nummern des § 4 Abs. 1 NetzDG vorliegt.

1. Anwendungsbereich, § 1 NetzDG

a) Soziales Netzwerk (Telemediendienstanbieter)

Zunächst müsste es sich bei Facebook um ein soziales Netzwerk handeln. Nach § 1 NetzDG sind soziale Netzwerke Telemediendienstanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen. Plattformanbieter wie Facebook sind regelmäßig als Telemedien nach § 1 Abs. 1 S. 1 TMG zu qualifizieren, insbesondere ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten zum Rundfunk nur dann, wenn Aufnahmen eines Streamingdienstes bereitgestellt werden.⁹⁷ Für die Stellung eines Dienstanbieters genügt die Anbieterfunktion, eine

Nutzung zu ermöglichen, sodass soziale Netzwerke wie Facebook stets Dienstanbieter sind.⁹⁸ Damit ist Facebook als soziales Netzwerk im Sinne des § 1 NetzDG zu bezeichnen.

b) Rechtswidriger Inhalt

Zudem handelt es sich bei dem Straftatbestand des § 126 StGB um einen rechtswidrigen Inhalt im Sinne des § 1 Abs. 3 NetzDG. Da die Tathandlung durch A ebenfalls im Inland begangen wurde, sind auch die Anforderungen der §§ 3, 9 StGB bezüglich abstrakter Gefährdungsdelikte erfüllt. Ein Streit hinsichtlich der Begehung abstrakter Gefährdungsdelikte im Ausland ist daher entbehrlich.⁹⁹

c) Kein Ausschluss, § 1 Abs. 2 NetzDG

Ein Ausschluss von Facebook durch die Bagatellgrenze¹⁰⁰ des § 1 Abs. 2 NetzDG ist nicht ersichtlich. Es ist davon auszugehen, dass Facebook mehr als 2 Mio. Nutzer in Deutschland hat.

2. Verstoß gegen die Vorschriften und Pflichten des NetzDG gem. § 4 Abs. 1 Nr. 4 NetzDG

Des Weiteren müsste gem. § 4 Abs. 1 Nr. 4 NetzDG ein Verstoß gegen die Pflichten aus § 3 Abs. 4 S. 1 NetzDG vorliegen. Im vorliegenden Sachverhalt erhielt F als Sachbearbeiter des Beschwerdemanagements bei Facebook eine Meldung im Sinne des NetzDG. Auf diese reagierte er allerdings nicht und missachtete damit die von Facebook übernommenen Schutzpflichten. Fraglich erscheint jedoch, ob dies für eine Sanktionierung nach dem NetzDG ausreicht. § 4 Abs. 1 NetzDG normiert in der nummerischen Aufzählung verschiedene Möglichkeiten an Verstößen, die zu einer Ahndung führen können, wenn die „Bausteine des Beschwerdemanagements“ nicht oder nicht richtig umgesetzt werden.¹⁰¹ Denkbar wäre insbesondere ein Verstoß gegen die Pflicht der Leitung (namentlich J, S und D) zur Überwachung des Umgangs mit Beschwerden. Entscheidend für eine Sanktionierung sind jedoch Verstöße gegen das aus dem NetzDG geforderte Verfahren. Damit ist nur organisatorisches und systemisches Versagen bußgeldbewährt.¹⁰² Die Tatsache, dass F auf die Beschwerde nicht reagierte und auch kein Informationsaustausch zwischen ihm und der Unternehmensleitung stattfand, widerspricht

⁹⁷ Liesching in: Spindler/Schmitz, Telemediengesetz Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 1 NetzDG Rn. 42f.

⁹⁸ Liesching in: Spindler/Schmitz, TMG (Fn. 99), § 1 NetzDG Rn. 45; Rockstroh, Impressumspflicht auf Facebook-Seiten, MMR 2013, 627 (629).

⁹⁹ Handel, Hate Speech – Gilt deutsches Strafrecht gegenüber ausländischen Anbietern sozialer Netzwerke?, MMR 2017, 227ff.; Kundlich/Berberich (Fn. 2), NStZ 2019, 633ff.

¹⁰⁰ BT-Drs. 18/12727.

¹⁰¹ Heim, Inkrafttreten des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, StraFo 2017, 409 (412).

¹⁰² Heim, StraFo 2017 (Fn. 103), 409 (412).

zwar den Vorgaben des NetzDG; bei einmaligen Verstößen kann allerdings noch nicht von einem Versagen des eingerichteten Beschwerdeverfahrens ausgegangen werden.¹⁰³ Der Schutz des NetzDG ist daher nicht auf etwaige Verfehlungen im Einzelfall ausgerichtet, sondern auf die Installation eines insgesamt funktionsfähigen Compliance-Systems. Dies ist allerdings durch Facebook erfolgt. Somit liegt kein Verstoß gegen die Vorschriften des NetzDG im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 4 NetzDG vor.

II. Ergebnis

Im Ergebnis kann Facebook daher nicht gem. § 4 Abs. 1 Nr. 4 NetzDG sanktioniert werden.

¹⁰³ BT-Drs. 18/12356, S. 24; Liesching in: Spindler/Schmitz, TMG (Fn. 99), § 4 NetzDG Rn. 5.