

als Gewinn verzeichnen. Aber was steht dem schon jetzt an Verlust in Ansehen und Erscheinungsbild der Verwaltungsgerichtsbarkeit entgegen. Der Anwalt kann gegenwärtig nur noch achselzuckend beraten. Er kann seinen Mandanten nicht einmal mehr über den Verfahrensgang, geschweige denn über das Sachergebnis, eine halbwegs sichere Voraussage machen. Seine Mandanten sind aber die Bürger, die im Streit mit der öffentlichen Hand gerade auf die Verwaltungsgerichte vertrauen. Der Anwalt wird, wenn er sicher gehen will, mit dem Zulassungsantrag eine möglichst vollständige, die ihm obliegende Darlegungslast – der Untersuchungsgrundsatz des § 86 I VwGO soll im Zulassungsverfahren nicht gelten – berücksichtigende Berufungs- oder Beschwerdebeurteilung vorlegen und aus ihr dann in einem zweiten Abschnitt die einzelnen Zulassungsgründe ableiten und selbständig formulieren.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist eine zentrale Säule des Rechtsstaates. Sie kann mit einem solchen mißratenen Gesetz ihrer Aufgabe kaum nachkommen, weil sie auf Nebenwege abgedrängt wird. „Rechtsstaatsmüdigkeit“ hat kürzlich Geiss in anderem Zusammenhang konstatiert. Es spricht manches dafür.

Zur Rechtsprechung

Professor Dr. Thomas Hoeren, Münster

Ist Felix Somm ein Krimineller?*

I. Die Kritik im Vorfeld

Nun ist es endlich soweit: Das lang erwartete Urteil in Sachen *Somm* ist da. Schon im Vorfeld war – ohne Kenntnis der Entscheidungsgründe – über den bayerischen Amtsrichter hergezogen worden, der es gewagt hatte, den ehemaligen Geschäftsführer der *CompuServe Deutschland GmbH* zu zwei Jahren Haft auf Bewährung u. a. wegen mittäterschaftlicher Verbreitung kinderpornographischer Materials zu verurteilen. Was hatte die Internet-Szene aufgeschrieben: Einige Provider verließen wutentbrannt Deutschland. Andere forderten eine symbolische Abschaltung des Internets. Eine internationale Welle der Empörung brauste gen München.

Doch die Lektüre der Entscheidungsgründe zeigt, wie gefährlich pauschale Vorverurteilungen gerade auch der Justiz gegenüber sein können. Das *AG München* hat es sich mit der Entscheidung nicht leicht gemacht und ein sehr ausführliches Votum abgegeben. Und doch sind die Erwägungen des Gerichts fragwürdig.

II. Der Sachverhalt

Zunächst zum Sachverhalt, der einige interessante, in der Diskussion bislang kaum diskutierte Spezifika enthält. Die *CompuServe USA*, ein Unternehmen mit Sitz in Ohio, betreibt über ihre Tochter, die *CompuServe Deutschland GmbH*, das komplexe Geschäft des Service Providing. Im Jahre 1995 sah das Geschäft bei *CompuServe* anders aus als heute (dies verkennen viele Kritiker der *CompuServe*-Entscheidung). Damals schloß der Kunde nur mit *CompuServe USA* einen Vertrag, aufgrund dessen ihm die amerikanische Mutter den Zugang zum Internet vermittelte. *CompuServe Deutschland* stellte den Kunden lediglich Einwahlknoten zu *CompuServe USA* in Deutschland zur Verfügung und bediente sich hierzu der konzerninternen Standleitungen. Als die deutschen Ermittlungsbehörden auf den Rechnern der Mutter fremde Materialien mit kinderpornographischem Inhalt fanden, kam es nach einigem Hickhack zum Schwur: Haftet die deutsche Tochter eigentlich dafür, daß die amerikanische Mutter illegale Inhalte Dritter auf eigenen Rechnern zum Abruf bereithält und den Zugang hierzu trotz staatlicher Aufforderung nicht sperrt?

III. CompuServe Deutschland als Access Provider?

Spannend ist nun die Antwort des Münchener Amtsrichters zu lesen: Das öffentliche Zugänglichmachen des verbotenen Inhalts erfülle die Voraussetzungen der §§ 184 III Nr. 2, 11 III StGB.

Somm sei nicht nach § 5 III TDG von dieser strafrechtlichen Verantwortung freigestellt. Vielmehr sei die *CompuServe Deutschland* zusammen mit der amerikanischen Mutter als Gesamteinheit zu betrachten, die als sogenannte Host-Provider nach § 5 II TDG verpflichtet gewesen wäre, den Zugang zu dem in Ohio gespeicherten Material zu sperren.

Spätestens an dieser Stelle kommt man aber ins Grübeln. Nach § 5 III TDG sind Diensteanbieter für fremde Inhalte, zu denen sie lediglich den Zugang zur Nutzung vermitteln, nicht verantwortlich. Das *AG* geht nun davon aus, daß die Errichtung einer Standleitung zwischen Mutter und Tochter der Tochter nicht zum Access Provider mache. Meines Erachtens hat das *AG* mit dieser Überlegung Recht. Denn das bloße Bereithalten einer konzerninternen Standleitung ist noch keine Zugangsvermittlung zu fremden Inhalten. Es liegt hier vielmehr eine Telekommunikationsdienstleistung i. S. von § 3 Nr. 18 TKG vor. Hiernach umfaßt der Begriff der Telekommunikationsdienstleistung das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte. Sobald die Tochter der Mutter Standleitungen auf Dauer und mit Gewinnerzielungsabsicht zur Verfügung stellt, ist sie als Telekommunikations-Anbieterin anzusehen¹. Gerade für solche Dienste gilt das Teledienstegesetz aber nicht, wie sich aus § 2 IV 1 TDG ergibt. Die ganz herrschende Meinung geht statt dessen davon aus, daß eine Strafbarkeit für das reine Bereitstellen einer Standleitung nicht in Betracht kommt². Von daher hätte sich der Richter im *Somm*-Fall nach seinen eigenen Prämissen jedwede weitere Auseinandersetzung mit dem Teledienstegesetz schenken können.

IV. Die strafrechtliche Gesamteinheit – ein neues Rechtsinstitut?

Hat er aber nicht: Der Richter holt weit aus, um den Nachweis zu erbringen, daß es sich bei *CompuServe Deutschland* und *CompuServe USA* um eine „Gesamtorganisation“ handelt, die als Host-Provider i. S. von § 5 II TDG zu qualifizieren sei. Die Konstruktion der „Gesamtorganisation“ ist ein strafrechtliches Novum. Zwar wurde vom *EuGH*³ und seitens der Europäischen Kommission im kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren das rechtswidrige Handeln der Tochtergesellschaft der Mutter zugerechnet worden⁴. Im strafrechtlichen Schrifttum wird darüber hinaus in Anlehnung an § 14 StGB und § 9 OWiG eine Garantenstellung des Betriebsinhabers für Vertreter und Beauftragte befürwortet⁵. Niemals zuvor wurde jedoch eine Haftung der Tochter für das rechtswidrige Verhalten der Mutter statuiert. In der Tat hat *Somm* als Geschäftsführer der *CompuServe Deutschland* ja für sich genommen nichts mit der Verbreitung rechtswidriger Materials zu tun. Sein Unternehmen ist, wie das *AG* ausdrücklich bestätigt, ein reiner Telekommunikations-Anbieter, der den technischen Kontakt zur Muttergesellschaft über Standleitungen herstellt. Insofern kann *Somm* nur vorgeworfen werden, daß er auch für das rechtswidrige Verhalten der Muttergesellschaft verantwortlich sei. Eine solche Zurechnung würde allerdings voraussetzen, daß die Tochter überhaupt die Möglichkeit hatte, auf die Entscheidungen der Muttergesellschaft Einfluß zu nehmen. Dies ist angesichts der Tatsache, daß es sich bei der *CompuServe Deutschland* um eine 100%ige Tochter handelt, nicht der Fall.

* Zugleich Besprechung von *AG München*, Urt. v. 28. 5. 1998 – 8340 Ds 465 Js 173158/95 = NJW 1998, 2836 (in diesem Heft). S. hierzu auch die Urteilsanm. des *Somm*-Verteidigers *Moritz*, CR 1998, 510, und des *CompuServe*-Beraters *Sieber*, MMR 1998, 438.

1) Vgl. hierzu auch *Schuster*, in: *Büchner* u. a., Beck'scher Komm. z. TKG, 1997, § 4 Rdnr. 4. Allerdings wird der vom Gericht insoweit zugrunde gelegte Sachverhalt von den *Somm*-Verteidigern als unzutreffend bezeichnet; s. *Moritz*, CR 1998, 510 (511 f.).

2) *Marly*, JurPC 1992, 1442 (1443); *Rütter*, JurPC 1992, 1812; *Sieber*, JZ 1996, 429 (438); *Spindler*, ZUM 1996, 533 (541). W. Nachw. sind ausführlich dokumentiert und erläutert bei *Hoeren/Pichler*, in: *Loewenheim/Koch* (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, 1998, Rdnr. 2.6.

3) *EuGH*, NJW 1984, 1281 – AEG.

4) S. hierzu *Rütsch*, Strafrechtlicher Durchgriff bei verbundenen Unternehmen?, 1987; *Tiedemann*, NJW 1986, 1842 (1845 f.); *Karsten Schmidt*, wistra 1990, 131. Erstaunlich ist allerdings, daß sich das Gericht nicht mit der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf *CompuServe USA* beschäftigt hat und im übrigen häufig Formulierungen verwendet, die auf eine strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen zielen.

5) S. *Hsü*, Garantenstellung des Betriebsinhabers?, 1986.

Eher ist die deutsche Filiale als weisungsgebunden gegenüber der US-Konzernspitze anzusehen.

Die ganze Argumentation des Gerichts erinnert an eine Denkweise aus dem internationalen Wirtschaftsrecht, die auf eine subsidiäre Haftung des inländischen Tochterunternehmens für das Verhalten der im Ausland beheimateten und damit oft dem staatlichen Zugriff entzogenen Muttergesellschaft hinausläuft. So sieht man z. B. in den USA eine US-Tochter als Zustellungsbevollmächtigte der auswärtigen Mutter an⁶. Lieber den Spatz in der Hand als die Taube auf dem Dach – so mag man sich das Vorgehen der Ermittlungsbehörden erklären, die von vornherein gegen das schwächste Glied in der Providerkette, die *CompuServe Deutschland*, vorgegangen ist. Was aber im internationalen Zivilverfahrensrecht recht ist, ist im Strafrecht nicht billig. Eine subsidiäre Haftung der Tochter für Straftaten der Mutter kennt das deutsche Strafrecht nicht.

V. Somm als Mittäter

Eigentlich hätte sich das Gericht die Ausführungen zur „Gesamtbetrachtung“ sparen können. Denn zu Recht stellt es zusätzlich auf den Gedanken einer Mittäterschaft des Geschäftsführers von *CompuServe Deutschland* ab. Dabei ist zu bedenken, daß *Somm* nicht, wie häufig unzutreffend behauptet, der Vorwurf unterlassener Kontrolle und Sperrung der pornographischen Inhalte gemacht wurde. Insofern erkennt das Gericht sehr wohl, daß eine Sperrung dieser Inhalte für *CompuServe Deutschland* über die Standleitung schon technisch nicht möglich war. Der dem deutschen Angeklagten gemachte Vorwurf besteht allein darin, daß er über die inländischen Einwahlknoten die deutschen Kunden mit dem Rechenzentrum der Muttergesellschaft verbunden hat.

Zu einer Straftat wird dies freilich nur in Verbindung mit dem Verhalten von *CompuServe USA*. Denn diese haben es nach dem Urteil in vorwerfbarer Weise unterlassen, die Foren, die eindeutig auf harte Pornographie hinweisen, aus ihren Datenspeichern zu entfernen. Dies wäre, da sich die Inhalte auf eigenen Rechnern befanden, für *CompuServe USA* auch unproblematisch möglich gewesen. Die Verbindung dieser beiden Verhaltensweisen wird über die Annahme einer Mittäterschaft gem. § 25 II StGB hergestellt. Hierin, in der Zurechnung des Tatbeitrags der Muttergesellschaft an die Tochter, liegt die entscheidende Argumentation des Urteils. Eine Argumentation, deren Überzeugungskraft nicht von der Hand zu weisen ist, wenn denn die Bejahung des mittäterschaftlichen Handelns vorliegend zutreffend wäre.

VI. Das Zusammenwirken der CompuServe-Unternehmen

Die Mittäterschaft setzt vor allem ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken der Beteiligten, ein gemeinsames Wollen der Tat, voraus⁷. An diesem Punkt dürfte nun der Schwerpunkt der Kritik am Urteil des AG ansetzen. Dieses stellt schlicht fest, daß der Angeklagte und die Vertreter der *CompuServe USA* nicht nur wußten, daß auf den Rechnern der Muttergesellschaft gespeicherte Pornographie für die Kunden in Deutschland abrufbar war, sondern daß sie dies auch wollten. Hinsichtlich des Wissens ist dies angesichts der mehrfachen Mitteilungen durch die Staatsanwaltschaft (insbesondere wurde eine Liste mit Foren übergeben, die auch der Verurteilung zugrunde gelegten Foren mit illegalem Inhalt enthielt) wohl kaum zu bezweifeln. Daß aber auch der Geschäftsführer von *CompuServe Deutschland* den Abruf durch deutsche Kunden wollte, mag auf den ersten Blick kaum einleuchten.

Erstaunlich erscheint die entsprechende Schlussfolgerung des Gerichts vor allem vor dem Hintergrund, daß der Angeklagte die ihm von der Staatsanwaltschaft überreichte Liste sofort mit der Bitte um Sperrung oder Löschung an die Muttergesellschaft weitergeleitet hatte. Insofern wäre wohl auch nach der Entscheidung der Muttergesellschaft, die beanstandeten Foren unter Hinweis auf ein mittlerweile erhältliches Filterprogramm für Nutzer weitestgehend wieder zu öffnen, der Schluß auf einen Vorsatz auch des Angeklagten unzulässig. Für die Muttergesellschaft kann man hierin wohl die Manifestierung des Willens (jedenfalls einer ebenfalls genügenden Inkaufnahme) sehen, daß die strafbaren Inhalte auch durch Kunden in Deutschland wieder abgerufen werden können. Aber für die deutsche Tochtergesellschaft, die auf eine derartige Entscheidung der Konzernmutter keinerlei Einfluß hat,

erscheint dies kaum begründbar. Die Annahme einer Mittäterschaft und eines Vorsatzes des Angeklagten und damit seine strafrechtliche Verantwortlichkeit hätten also – wie es die öffentliche Meinung vehement forderte – eindeutig verneint werden müssen.

VII. CompuServe und seine Verteidiger

Vielleicht hätten dies das AG auch getan, wenn es nicht durch ein Anwaltsschreiben eine unbeabsichtigte Argumentationshilfe an die Hand bekommen hätte. In diesem Schreiben an die Staatsanwaltschaft wird ausgeführt, daß *CompuServe USA* und *CompuServe Deutschland* der Meinung seien, mit den zur Verfügung stehenden Tools alles Zumutbare getan zu haben, um den Zugriff auf strafbare Inhalte für Personen unter 18 Jahren zu verhindern. In unmittelbarem Zusammenhang mit diesem Schreiben stand die Wiederöffnung der meisten bestehenden Newsgroups. Es leuchtet jedermann ein, daß eine Strafbarkeit für harte Pornographie unberührt bleibt, wenn der Zugriff auf strafbare Materialien lediglich für Minderjährige verhindert wird. Aus dieser gemeinsamen Erklärung, die gerade auch im Namen von *CompuServe Deutschland* abgegeben wurde, entnimmt das AG aber, daß auch das deutsche Unternehmen den Zugriff deutscher Kunden (und seien es nur Erwachsene) auf die strafbaren Inhalte wieder ermöglichen wollte. Vor diesem Hintergrund erscheint der Schluß auf den Vorsatz und die Mittäterschaft nicht mehr so erstaunlich wie vorher. Dennoch hätte sich das AG nicht mit diesem einen Indiz begnügen dürfen; weitere Feststellungen zu dieser entscheidenden Frage wären notwendig gewesen.

VIII. Konsequenzen des Urteils für die Praxis

Was sollen Internet-Provider und deren Rechtsberater nun nach Bekanntwerden des Urteils tun? Zunächst einmal nichts: Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Berufung ist seitens der Angeklagten und der Staatsanwaltschaft eingelegt worden, in beiden Fällen mit dem Ziel eines Freispruchs. Auch wenn man mit Prognosen vorsichtig sein sollte, dürften die Aussichten der Berufung gut sein. Zumindest das Strafmaß erscheint sehr hoch gegriffen; auch fällt auf, wie schnell und abrupt das AG die vielfältigen Beweisanträge vom Tisch gewischt hat⁸. Auch in der grundsätzlichen Frage, der fehlenden Verantwortlichkeit von *Somm*, dürfte sich Einvernehmen erzielen lassen. Hierzu ist allerdings mehr erforderlich, als die Bedeutung eines unreglementierten Internet zu glorifizieren und pauschale Horrorszenarien über den kommenden Überwachungsstaat zu streuen. Es bedarf einer genauen konzernstrafrechtlichen Analyse des Vorfalls, die sich intensiv mit der Frage auseinandersetzt, ob eine strafrechtliche Zurechnung von Host-Provider-Aktivitäten einer amerikanischen Gesellschaft auf den Geschäftsführer des deutschen Zweigunternehmens denkbar ist.

Noch bedenklicher erscheinen die Versuche deutscher Behörden, Access Provider und Telekommunikations-Dienstleister in den Kreis der Verantwortlichen aufzunehmen. Dabei ist das jetzige *CompuServe*-Urteil noch harmlos im Vergleich zu den Bemühungen des Generalbundesanwalts, Access Provider strafrechtlich zu verfolgen, die den Zugriff auf fremde Server nicht sperren⁹. Daß das Teledienstegesetz eine solche Verantwortung bewußt ablehnt, ist dem obersten Strafverfolger ebenso gleichgültig wie die Tatsache, daß einem Access Provider eine solche Sperrung gar nicht möglich ist. Er hat weitere Strafverfolgungsmaßnahmen angekündigt; man kann nur hoffen, daß er vor seiner inquisitorischen Verfolgungskampagne noch einen Blick in das Gesetz wirft. Sonst bleibt es bei der unruhlichen Rolle der Strafverfolgungsbehörden, die – wie im Fall *Somm* – erst einmal alles anklagen, um dann vor Gericht Abbitte leisten zu müssen.

6) So etwa im Fall Volkswagen AG vs. Schlunk, 486 US 694 (1988). S. dazu Otto, Der prozessuale Durchgriff, 1993, S. 83 ff.; Heidenberger/Barde, RIW 1988, 683; Junker, JZ 1989, 122; ders., IPRax 1986, 202.

7) S. statt vieler Tröndle, StGB, 48. Aufl. (1997), § 25 Rdnr. 8 m. v. Nachw.

8) S. hierzu auch Sieber, MMR 1998, 438 (445 ff.).

9) S. dazu die Einstellungsverfügung des Generalbundesanwalts in Sachen DFN-Verein, MMR 1998, 93 ff. mit Anm. Hoeren. Vgl. zum gesamten Komplex die w. Hinw. bei Sieber, CR 1997, 581; ders., JZ 1996, 429, und 494; Spindler, NJW 1997, 3193; Pelz, ZUM 1998, 530; sowie die Beiträge im Handbuch Multimedia-Recht, hrsg. v. Hoeren/Sieber, 1998 (erscheint demnächst).