

31/PH 1474 -31

**wistra**

## Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Herausgegeben von:

Prof. Monika Harms, Generalbundesanwältin beim BGH a.D.;  
Prof. Dr. Markus Jäger, Richter am BGH; Prof. Dr. Wolfgang Joecks; Dr. Matthias Korte, Ministerialdirigent;  
Dr. Wilhelm Krekeler, Rechtsanwalt, FA Strafrecht; Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff, Präsident des BFH;  
Dr. Manfred Möhrenschrager, Ministerialrat a.D.; Prof. Dr. Franz Salditt, Rechtsanwalt;  
Prof. Dr. Erich Samson; Prof. Dr. Roland Schmitz; Prof. Dr. Carsten Wegner, Rechtsanwalt, FA Strafrecht;  
Dr. Martin Wulf, Rechtsanwalt, FA Steuerrecht

Redaktion:

Prof. Dr. Erich Samson; Prof. Dr. Wolfgang Joecks; Prof. Dr. Roland Schmitz

31. Jahrgang 2012



C.F. Müller

CFM

# Beiträge

Privatdozent Dr. Michael Kubicel, Universität Regensburg

## Strafbarkeitsrisiken für Softwareproduzenten

### – Die Programmierung einer Internettauschbörse als Beihilfehandlung –

Die Programmierung einer P2P-Software für den Austausch von Daten birgt nicht nur erhebliche, bislang kaum beachtete Strafbarkeitsrisiken. Sie verdeutlicht auch die Schwäche der vorherrschenden subjektivierenden Bestimmung einer Beihilfe-strafbarkeit bei neutralen Handlungen. Der Beitrag plädiert demgegenüber für einen objektiven, an den Regeln des Telemediengesetzes orientierten Ansatz, der zu einer Reduzierung der Haftungsrisiken für Softwareproduzenten führt.

#### I. Unbeachtete Strafbarkeitsrisiken

Das Internet verändert unsere Lebenswirklichkeit und mit dieser auch das Strafrecht. Die weltweite Vernetzung von Computern wirft zwar nur selten völlig neuartige Rechtsfragen auf. Häufig aber lässt die virtuelle Welt klassische Rechtsprobleme in einem anderen Licht erscheinen. Dies gilt auch für die in der Wissenschaft kontrovers diskutierte und wirtschaftlich höchst bedeutsame<sup>1</sup> Problematik der Beihilfe durch berufstypisches Verhalten.

Ob sich ein Bankangestellter, der für seinen Privatkunden Geld ins Ausland transferiert, der Beihilfe zur Steuerhinterziehung strafbar macht, hängt nach der Rechtsprechung des BGH von seinem Wissen ab: Kannte der Bankangestellte die Steuerhinterziehungspläne seines Kunden, soll er sich stets strafbar machen; in allen anderen Fällen komme es darauf an, ob das von ihm erkannte Risiko einer Steuerhinterziehung derart hoch gewesen sei, dass die Überweisung nur als Förderung einer Straftat interpretiert werden könne<sup>2</sup>. Dass die Tätigkeit des Bankangestellten berufstypisch ist und dass nicht *er*, sondern sein Kunde für die Abgabe einer richtigen Steuererklärung zuständig ist, soll hingegen keine Rolle spielen. Nicht die Abgrenzung objektiver Verantwortungsbereiche entscheidet über die Strafbarkeit, sondern die „subjektive Tatseite“<sup>3</sup>, „der Kenntnishorizont“<sup>4</sup>, kurz: das Wissen. Der Plausibilisierung dieser Regel dient ein eindrückliches Beispiel: Der Verkauf eines Messers sei zwar für den Angestellten eines Haushaltswarenladens berufstypisch; gleichwohl müsse er vom Verkauf absehen, wenn ihm bekannt sei, dass der Käufer mit diesem Messer seine Schwiegermutter erstechen werde<sup>5</sup>.

Die Plausibilität löst sich indes auf, wenn die Regeln der Rechtsprechung auf jenen Fall eines Softwareproduzenten übertragen werden, der im Dezember 2011 vom Obersten Gerichtshof Japans letztinstanzlich entschieden worden ist und der für beträchtliches Aufsehen gesorgt hat<sup>6</sup>. Angeklagt war der Programmierer einer sog. P2P-Software, mit der Internetautzer untereinander Daten austauschen können<sup>7</sup>. Das Programm mit dem Namen „Winny“ verwenden in Japan mindestens 1,5 Millionen Menschen, wahrscheinlich viel mehr. Sie tauschen mit „Winny“ zwar auch Familienfotos und dergleichen, vor allem aber Musikfiles und Spielfilme – und zwar sehr häufig ohne Genehmigung des Urhebers. Die erste Instanz hat den Programmierer wegen Beihilfe zu Urheberrechtsstrafaten verurteilt und

zwar auf Grundlage der in Deutschland vom BGH aufgestellten dogmatischen Regeln: Der Programmierer habe sich einer Beihilfe schuldig gemacht, weil er von der verbreiteten urheberrechtswidrigen Nutzung seines File-Sharing-Programms gewusst habe. Erst der Oberste Gerichtshof hat den Programmierer freigesprochen – indes nur aus prozessualen Gründen.

Die japanischen Urteile sind auch von deutschen Softwareproduzenten registriert worden und haben Besorgnis ausgelöst. Dies zu Recht. Überträgt man nämlich die Rechtsprechung des BGH zur Beihilfe durch berufsbedingtes Verhalten auf die Herstellung von Filesharing-Software, sind Programmierer und Anbieter erheblichen, von der Rechtswissenschaft wenig beachteten<sup>8</sup> Strafbarkeitsrisiken ausgesetzt. Denn auch hierzulande ist der urheberrechtswidrige Austausch von Musik und Filmen mit Hilfe von Internettauschbörsen derart weit verbreitet, dass den deutschen Programmieren vorgehalten werden kann, sie stellten eine Software her, die in einer sehr großen Anzahl von Fällen – möglicherweise in der Mehrzahl – zu deliktischen Zwecken verwendet wird. Genau dies unterscheidet Hersteller von Filesharing-Software von anderen „Dual-use“-Produzenten: Ein Hersteller von Küchenmessern kann darauf verweisen, dass seine Messer *im Regelfall* in der Küche und nur in seltensten Fällen bei Straftaten eingesetzt werden. Bei der Programmierung einer Filesharing-Software stellt sich dieses Verhältnis hingegen anders dar. Daher lässt sich hier die Frage nach einer Beihilfehaftung von Produzenten nicht mit dem statistischen Argument beiseite schieben, die strafbare Verwendung des Produktes sei der absolute Ausnahmefall.

Erst diese Veränderung der tatsächlichen Umstände durch einen Sachverhalt wie den des „Winny“-Falls legt das ganze Expansionspotenzial der herrschenden Beihilfedogmatik offen: Wer die Beihilfestrafbarkeit vom Wissen um mögliche Straftaten abhängig macht, erstreckt die strafrechtliche Haftung über die Zwei-

1 Frisch, FS Lüderssen, 2002, S. 539; Kindhäuser, FS Otto, 2007, S. 355 (356).

2 BGH NSTZ-RR 1999, 184 (186); NSTZ 2000, 34; BGHSt 46, 107 (112).

3 Hækker, in: Müller-Gugenberg/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 19 Rn. 18.

4 So LK-Schünemann, StGB, 12. Aufl. 2007, § 27 Rn. 19.

5 Vgl. Ransiek, wistra 1997, 41 (44); Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 26 Rn. 222.

6 Die Informationen zum japanischen Winny-Fall hat mir Prof. Dr. Hirokazu Kawaguchi, Kansai Universität Osaka, gegenwärtig Gastwissenschaftler an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg, freundlicherweise zur Verfügung gestellt.

7 Zur Funktionsweise dieser P2P-Filesharing-Software Heghmanns, MMR 2004, 14 f.; Schwarzenegger, in: ders. et. alt. (Hrsg.), Internet-Strafrecht, 2004, S. 205 (211 ff.).

8 Zu dieser Frage Heghmanns, MMR 2004, 14 (17); sowie (mit Blick auf das schweizerische Recht) Schwarzenegger (Fn. 7), S. 231 ff., der die Helferschaft unter Verweis auf das Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgebot verneint (a.a.O., S. 235 f.).

personenkonstellation Verkäufer-Käufer auf das Verhältnis zwischen Produzenten und Kunden. Zumindest in der IT-Wirtschaft führt die Beihilfedogmatik der h.M. somit zu einer erheblichen Ausweitung der strafrechtlichen Produkthaftung.

Diese Ausweitung ist, wie im Folgenden gezeigt werden soll, weder ökonomisch noch kriminalpolitisch sinnvoll und sie lässt sich auch rechtlich nicht überzeugend begründen (II.). Es bedarf daher einer Haftungsbegrenzung, die nur durch einen objektiven Zuschnitt von Verantwortungsbereichen erreichen lässt; dieser Zuschnitt kann sich an den Regeln des Telemediengesetzes (TMG) anlehnen (III.). Der hier favorisierte Ansatz begrenzt zwar die Haftung für Softwareproduzenten, doch bleiben beträchtliche Haftungsrisiken insbesondere für die Hersteller von P2P-Software der „dritten Generation“ (IV.).

## II. Subjektivierender Ansatz: Grundlagen und Grenzen

Zwei Theoriefamilien konkurrieren um die richtige Lösung des Problems einer Beihilfe durch berufstypisches Verhalten. Die größere von ihnen ist jene, die – in verschiedenen dogmatischen Einkleidungen und mit unterschiedlicher Nuancierung<sup>9</sup> – dem Wissen des Berufsträgers um mögliche Straftaten der Kunden entscheidende Bedeutung beimisst<sup>10</sup>. Eng verwandt ist diese Theoriefamilie mit der Rechtsgüterschutzkonzeption. Danach hat das Strafrecht die Aufgabe, Rechtsgüter zu schützen, indem es Risikoerhöhungen entgegentritt. Auch der Strafgrund der Beihilfe soll nach verbreiteter Auffassung in der Verstärkung des Angriffs des Täters auf das Rechtsgut bzw. in Erhöhung des Risikos liegen<sup>11</sup>.

Bei näherem Hinsehen erklärt der Risikoerhöhungsansatz jedoch gleichzeitig zu wenig und zu viel: Lässt sich tatsächlich von einer Risikoerhöhung durch die Programmierung einer Internetauschbörse sprechen, wenn neben ihr noch zahlreiche andere Filesharing-Systeme im Netz existieren? Umgekehrt gefragt: Senkt die Pönalisierung von Winny in Japan wirklich die Gefahr für Urheberrechte, wenn Film- oder Musikliebhaber unschwer auf andere Tauschbörsen ausweichen können? Ist die Pönalisierung der Produzenten also eine sinnvolle Strategie zum Schutz von Rechtsgütern? Derartigen Fragen<sup>12</sup> entzieht sich die h.M. mit dem Hinweis, es komme nicht auf *hypothetische* Handlungsalternativen an; entscheidend sei vielmehr, ob die Hilfeleistung *tatsächlich* die statistische Chance für eine Rechtsgutsverletzung erhöht habe<sup>13</sup>. Dies lässt sich schwerlich bestreiten<sup>14</sup>, doch dünnt man auf diese Weise die Haftungsanforderungen stark aus<sup>15</sup>. Jedes Verhalten im Vorfeld ist potentiell risikohöhernd und damit eine taugliche Beihilfehandlung, kann doch jede Handlung von einer mit krimineller Energie ausgestatteten Person ins Deliktische „umgebogen“ werden<sup>16</sup>. Erfasst ein Ansatz auf objektiver Ebene zu viel, bleibt keine andere Möglichkeit, als die notwendigen Haftungsgrenzen auf der subjektiven Ebene einzuziehen. Genau dies geschieht: Berufstypisches Verhalten, heißt es, sei straflos, wenn der Berufsträger von deliktischen Plänen nichts wisse oder diese Pläne nur als *abstrakte* Möglichkeit in Rechnung stellen müsse<sup>17</sup>.

Umgekehrt folgt daraus aber: Wer positive Kenntnis davon hat, dass sein Handeln „tatgeneigten Personen“ zugute kommt, macht sich wegen Beihilfe strafbar<sup>18</sup>. Konsequenterweise haben die japanischen Gerichte auf dieser Grundlage eine Beihilfestrafbarkeit des Programmierers bejaht. Vor der Verurteilung hat ihn nur seine Behauptung bewahrt, er habe nicht gewusst, dass der Großteil der Nutzer sein Programm zu illegalem Datenaustausch nutze. Dass der Oberste Gerichtshof dieser zweifelhaften Behauptung Glauben geschenkt hat, deutet auf innere Zweifel hin – Zweifel daran, dass das Verhalten des Programmierers wirklich Strafe verdient.

## III. Objektive Haftungsbegrenzungen

### 1. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit

Diese Zweifel sind berechtigt. Denn wenn sich die Beihilfestrafbarkeit auf die Herstellung von Produkten erstreckt, die sowohl illegalen als auch legalen Zwecken dienen können, werden auch ökonomisch sinnvolle Tätigkeiten kriminalisiert – mit beträchtlichen betriebs- und volkswirtschaftlichen Folgen<sup>19</sup>. So wird aus Japan berichtet, dass sich in Folge des Winny-Prozesses Softwareentwicklungsfirmen aus dem Markt für Filesharing-Software zurückgezogen haben. Ökonomisch gesehen dürfte das Strafverfahren mehr Schaden als Nutzen angerichtet haben: Während diejenigen, die illegal Musikfiles tauschen wollen, auf andere Tauschplattformen zurückgreifen, verzichten japanische Unternehmen auf Marktanteile und die Weiterentwicklung einer Technologie, die eben nicht nur deliktischen Zwecken dient<sup>20</sup>.

Von den wirtschaftlichen Interessen der Softwarefirmen zu sprechen heißt, an deren verfassungsrechtliche Schutzwürdigkeit zu erinnern<sup>21</sup>. Das Programmieren von Software fällt – wie jede andere Berufstätigkeit – in den Schutzbereich des Art. 12 GG. Das Strafrecht kann daher nicht einseitig dem Schutz von Rechtsgütern dienen. Es muss vielmehr unterschiedlichen, je für sich verfassungsrechtlich garantierten Zielsetzungen gerecht werden<sup>22</sup>, hier: dem Schutz des geistigen Eigentums einerseits und der Garantie der Berufsausübungsfreiheit andererseits. Beide Grundrechte muss der Strafrichter in praktische Konkordanz bringen. Sein Ziel kann daher nicht allein der Rechtsgüterschutz sein; er muss eine „grundrechteoptimierende“ Auslegung anstreben<sup>23</sup>. Der

9 Vgl. zu den einzelnen Mischungen objektiver und subjektiver Elemente SK-Hoyer, StGB, 7. Aufl. 2000, § 27 Rn. 25. S. ferner Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2011, § 6 Rn. 153 ff.

10 Ambos, JA 2000, 721 (724); Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 27 Rn. 16; Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, S. 443 ff.; ähnlich Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2011, § 27 Rn. 2a; Ransiek, wistra 1997, 41 (44 ff.); Rengier, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2012, § 45 Rn. 109 ff.; Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 26 Rn. 221 ff.; Seher, JuS 2009, 793 (796), jeweils m.w.N.

11 Roxin, FS Stree/Wessels, 1993, S. 365 (378); ders. (Fn. 4), § 26 Rn. 183, 210 ff.; LK-Schünemann, § 27 Rn. 5; ebenso Hartmann, ZStW 116 (2004), 584 (600); Niedermaier, ZStW 107 (1995), 507 (526); vgl. auch Satzger/Schmidt/Widmaier-Murmann, StGB, 2009, § 27 Rn. 3, m.w.N.

12 Vgl. zu diesem Einwand Amelung, FS Grünwald, 1999, S. 9 (13); Jakobs, ZStW 89 (1977), 1 (20 f.); Niedermaier, ZStW 107 (1995), 507 (516 f.); Weigend, FS Nishihara, 1998, S. 197 (208 ff.).

13 Hartmann, ZStW 116 (2004), 584 (603); SK-Hoyer, § 27 Rn. 23; K. Müller, FS Schreiber, 2003, S. 341 (352, 354); Satzger/Schmidt/Widmaier-Murmann, § 27 Rn. 3.

14 Heghmanns, MMR 2004, 14 (17); Schwarzenegger (Fn. 6), S. 232.

15 Zur Uferlosigkeit der Kausalitätsbeziehungen s. nur Ambos, JA 2000, 721; Samson, FS Peters, 1974, S. 121 (132).

16 Vgl. Frisch, FS Lüderssen, S. 539 (542); Jakobs, ZStW 89 (1977), S. 1 (10).

17 Roxin, FS Tröndle, 1989, S. 177 (186 f., 190 ff.); ders., FS Stree/Wessels, S. 365 (378 ff., insbes. S. 380). S. auch Kudlich, in: Hilgendorf (Hrsg.), Informationsstrafrecht und Rechtsinformatik, 204, S. 12 (20).

18 S. etwa Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 27 f.

19 Vgl. zu diesem Einwand Tag, JR 1997, 49 (50).

20 Daher spricht die von Frisch, FS Lüderssen, 2002, 539 (553), vorgenommene Interessenabwägung in diesem Fall nicht für, sondern gegen eine Pönalisierung.

21 Ausf. Kudlich (Fn. 10), S. 268 ff. S. auch Rengier (Fn. 10), § 45 Rn. 104; Schwarzenegger (Fn. 8), S. 235.

22 Dazu schon Amelung ZStW 87 (1975), 132 (141).

23 Zutreffend Kudlich, JZ 2003, 127 (130); ders. (Fn. 10), S. 303; s. ferner Krey/Esser, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2012, Rn. 1082. – Für eine stärkere Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips bei der Auslegung der Tatbestände auch Weigend, FS Hirsch, 1999, S. 917 (918, 935 f.).

Rückgriff auf die Verfassung macht zwar deutlich, dass sich hinter dem Problem der Beihilfe durch berufstypisches Verhalten eine Kollision von Grundrechten verbirgt. Wie diese Kollision aufzulösen ist, kann das Verfassungsrecht jedoch nicht vorschreiben<sup>24</sup>.

## 2. Strafrechtliche Einschränkungsansätze

Dazu stehen unterschiedliche strafrechtliche Erklärungsfiguren bereit. So will *Heghmanns* die Unterstützungshandlung darauf untersuchen, ob sie für den Haupttäter als Solidarisierung mit seinen Zwecken erscheint<sup>25</sup>. Andere gehen hingegen von der Einsicht aus, dass das Strafrecht Rechtsgüter nicht flächendeckend schützt, sondern nur generelle Standards für den Umgang mit Rechtsgütern garantiert. Sie halten folglich nur solche Förderungshandlungen für strafbar, die den Rahmen der sozial üblichen Verhaltensstandards sprengen. Umgekehrt formuliert: Handlungen, die im Wirtschaftsleben ubiquitär sind und von der Gesellschaft toleriert werden<sup>26</sup>, sollen nicht den Beihilfetatbestand erfüllen<sup>27</sup>. Von solchen Handlungen mögen zwar Risiken ausgehen, diese Risiken seien aber sozialadäquat und daher erlaubt<sup>28</sup>. Dies klingt überzeugend; jedoch zeigt sich bei näherem Hinsehen, dass die Rede von der sozialen Adäquanz das Problem in Wahrheit eher beschreibt als löst<sup>29</sup>. Ob nämlich eine Handlung sozialadäquat ist, hängt wesentlich davon ab, wie man sie beschreibt, genauer: ob und inwieweit man den Handlungskontext berücksichtigt<sup>30</sup>. Ein *per se* neutrales Verhalten gibt es daher nicht<sup>31</sup>. Auch die Programmierung einer File-sharing-Software mag für sich gesehen berufstypisch und unauffällig sein. Dieser Charakter geht indes verloren, wenn man die massenhaften deliktischen Anschlussbehandlungen der Nutzer berücksichtigt.

Dies führt zu der entscheidenden Frage: Muss es einen Softwareproduzenten überhaupt etwas angehen, dass seine Kunden das Computerprogramm zu illegalen Zwecken nutzen?<sup>32</sup> Die herrschende Meinung unterstellt das, indem sie die Beihilfehaftung ohne weiteres vom Wissen um die deliktischen Pläne der Kunden abhängig macht. Indes sprechen gute Gründe gegen diese Haftungsausdehnung. Kein guter Grund ist freilich der Verweis auf das Verantwortungsprinzip<sup>33</sup>. Weil das Recht Personen grundsätzlich als Verantwortliche behandelt, heißt es, dürfe von ihnen rechtlich erwartet werden, dass sie ihren Pflichten genügen; daher sei das Wissen um die Gefahr eines strafbaren Verhaltens der Kunden für Hersteller und Verkäufer rechtlich irrelevant. Dieses Argument geht jedoch darüber hinweg, dass die Vorschriften über die Täterschaft und Teilnahme gesetzliche Durchbrechungen des Verantwortungsprinzips darstellen. Man kann also für das Handeln eines Verantwortlichen mitverantwortlich sein<sup>34</sup>. Bei der Suche nach den Bedingungen dieser Mitverantwortlichkeit ist der Hinweis auf das Verantwortungsprinzip folglich zirkulär.

## 3. Bedeutung des Telemediengesetzes

Dessen ungeachtet ist die Richtung, in welche das Verantwortungsprinzip weist, die richtige. Eine Lösung für das Problem der Beihilfehaftung von Softwareproduzenten muss davon ausgehen, dass in einer arbeitsteilig organisierten und wirtschaftenden Gesellschaft die Verantwortungskreise so zugeschnitten sind, dass nicht jeder ständig alles zu wissen hat. Eine industrielle Massenproduktion von Waren oder das Anbieten von Dienstleistungen für eine große Zahl von Menschen ist offenkundig nicht möglich, wenn ein Anbieter stets den Missbrauch seiner Produkte zu deliktischen Zwecken in Rechnung stellen müsste<sup>35</sup>. Die Aufteilung der Verantwortlichkeit zwischen Herstellern und Kunden ist unter den Bedin-

gungen anonymer Massengeschäfte zwingend<sup>36</sup>. Daher ist diese Struktur unserer Wirtschaftsordnung der Rechtsordnung vorgegeben<sup>37</sup>. Das Zivilrecht kennt denn auch nur eine Produktbeobachtungspflicht, nicht aber eine generelle „Kundenbeobachtungspflicht“<sup>38</sup>. Vor allem aber verdeutlicht das differenzierte Haftungsregime des Telemediengesetzes (TMG), dass das Wissen um mögliche Straftaten Dritter nicht stets haftungsauslösend ist. Das TMG findet auf Programmierer von Filesharing-Software zwar keine unmittelbare Anwendung, weil diese nicht selbst die Verbindung zwischen Nutzern und Inhalten herstellen und also keine Diensteanbieter i.S.d. § 2 Nr. 1 TMG sind<sup>39</sup>. Jedoch ist der Funktionsunterschied zwischen dem Hersteller einer Software, die Computernutzern den selbständigen Datenaustausch ermöglicht, und einem Provider, der selbst den Zugang zur Nutzung von Daten vermittelt, gering. Schon diese Sachnähe legt es nahe, die Regelungen des TMG zur (einschränkenden) Interpretation des Beihilfetatbestandes heranzuziehen.

Die Regeln des TMG über die Verantwortung für inkriminierte Daten unterscheiden zwei Arten von Diensteanbietern: Provider, die fremde Daten speichern, diese also in ihrem virtuellen Besitz haben und auf diese zugreifen können, macht § 10 TMG bereits dann mitverantwortlich, wenn sie von den rechtswidrigen Inhalten Kenntnis haben. Für jene Provider aber, die – wie eine P2P-Software – fremde Daten lediglich durchleiten, sieht § 8 TMG nur dann eine Verantwortlichkeit vor, wenn sie die konkrete Übermittlung veranlasst bzw. den Adressaten oder die Daten ausgewählt oder verändert haben. Verantwortungsbegründend ist mithin eine die konkrete Durchleitung beeinflussende Handlung, nicht das Wissen<sup>40</sup>. Weiß ein Provider dennoch, dass die von ihm durchgeleiteten Daten inkriminiert sind, handelt es sich – rechtlich gesehen – um ein zufälliges Wissen. Er weiß etwas, was er nicht wissen muss: Dieses Wissen ist rechtlich folgenlos<sup>41</sup>.

24 Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, hrsg. v. *Jestaedt*, 2008, S. 101; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 64: „Man kann zwar prüfen, ob ein einfaches Gesetz mit der Verfassung in Einklang steht. Man kann jedoch aus der Verfassung nicht auf den konkreten Inhalt eines einfachen Gesetzes schließen.“

25 So *Heghmanns*, MMR 2004, 14 (17). Zum Hintergrund dieser Auffassung *ders.*, GA 2000, S. 477 (480 f.).

26 Grundlegend *Welzel*, ZStW 58 (1939), 514 (527 f.); *ders.*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 55 f.

27 Auf die Sozialadäquanz verweisen *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT I, 41. Aufl. 2011, Rn. 582a. Vgl. auch *Hassmer*, wistra 1995, 81 (83).

28 In diesem Zusammenhang den Gedanken des „erlaubten Risikos“ betonend *Lackner/Kühl* (Fn. 10), § 27 Rn. 2. S. auch *SK-Hoyer*, § 27 Rn. 24.

29 So auch *K. Müller*, FS Schreiber, S. 343 (348).

30 *Jakobs*, ZStW 89 (1977), S. 1 (5); *K. Müller*, FS Schreiber, S. 343 (353).

31 Statt vieler *Ambos*, JA 2000, 721 (724); *LK-Schünemann*, § 27 Rn. 25.

32 *Frisch*, FS Lüderssen, S. 539 (543); *Rengier* (Fn. 9), § 45 Rn. 104.

33 Dazu und zum Folgenden (krit.) *Jakobs*, ZStW 89 (1977), S. 1 (14).

34 Zutreffend *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 131.

35 *Jakobs*, GA 1996, 253 (261); *Gropp*, Strafrecht AT, § 10 Rn. 154c.

36 Vgl. zur Auswirkung des anonymen Massenwareverkehrs auf die Produkthaftung auch *Kuhlen*, (Fn. 33), S. 137, 144 ff.; *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, S. 549.

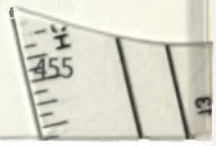
37 So in Bezug auf den Betrugstatbestand *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 152.

38 Vgl. *Kuhlen* (Fn. 33), S. 124 f.

39 *Heckmann*: in: *jurisPK-Internetrecht*, 3. Aufl. 2011, Kapitel 1 Rn. 97, 100; *Holzner/Ricke*, in: *Spindler/Schuster* (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 1 TMG Rn. 5.

40 Zur Irrelevanz des Wissens *Sieber/Höfing*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Handbuch Multimediarecht, Stand: Oktober 2007, Teil 18.1, Rn. 69.

41 Vgl. *Jakobs*, GA 1996, 253 (261); *Kindhäuser*, FS Otto, S. 355 (357 ff.); *Lesch*, JA 2001, 986 (990).



Die Verantwortungsverteilung des TMG kann in die Auslegung des Beihilfetatbestandes eingespeist werden, wenn man der Erkenntnis Rechnung trägt, dass eine strafrechtliche (Erfolgs-)Haftung neben der Kausalität die objektive Zurechenbarkeit voraussetzt<sup>42</sup>. Dass der Gehilfe die Begehung der konkreten Haupttat kausal gefördert hat, ist dann für ein tatbestandsmäßiges Hilfeleisten allenfalls eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung<sup>43</sup>. Entscheidend ist vielmehr, dass dem Gehilfen die Haupttat bei wertender Betrachtung auch als sein Werk zugeschrieben werden kann. Die objektive Zurechenbarkeit setzt indes mehr voraus als die Vornahme einer Handlung, „die das Risiko der Herbeiführung eines rechtlich missbilligten Erfolges bzw. die Gelingens-Chance eines Deliktes in irgendeiner Weise erhöht“ hat<sup>44</sup>. Denn das Risikoerhöhungserfordernis deckt sich insoweit mit der Förder- bzw. Verstärkerkausalität und vermag daher den von der Kausalitätslehre gezogenen weiten Haftungsrahmen nicht wesentlich einzuengen. Begrenzen lässt sich der Beihilfetatbestand nur durch die Aussonderung risikosteigernder, aber rechtlich tolerierter Verhaltensweisen<sup>45</sup>. Bei dieser Abgrenzung rechtlich missbilligter von rechtlich gebilligten Gefahrschaffungen berücksichtigt die Zurechnungslehre auch außerstrafrechtlicher Regeln.<sup>46</sup> Überträgt man diese allgemeine Regel auf die besondere Problematik der Beihilfe durch Softwareproduzenten, drängt es sich auf, zur Auslegung des § 27 StGB die Vorschriften über die Verantwortungsverteilung des TMG heranzuziehen.

Aber nicht nur aus dogmatischen, sondern auch aus übergeordneten Gründen tut das Strafrecht gut daran, außerstrafrechtliche Regeln über die Verantwortungsverteilung zu respektieren. Wenn das Strafrecht – wie angedeutet – geltende Verhaltensstandards sichern soll, muss der Strafrechtsinterpret Widersprüche zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Regeln vermeiden. Und nur wenn der Interpret bestehende außerstrafrechtliche Regeln berücksichtigt, kann am Ende seiner Subsumtion eine Strafe stehen, die ihrem Begriff und ihren freiheitstheoretischen Legitimationsanforderungen gerecht wird: kein Zwangsinstrument zur Durchsetzung von Verhaltensstandards, sondern eine Bestätigung des gelebten, geltenden Rechts zu sein.

#### IV. Bleibende Strafbarkeitsrisiken

Wendet man den hiesigen Ansatz auf die Programmierer von Filesharing-Software an, kann das bloße Wissen um die urheberrechtswidrige Verwendung keine Beihilfestrafbarkeit begründen. Verglichen mit der h.M. stellt dies eine deutliche *Einschränkung* der strafrechtlichen Haftung dar. Gleichwohl bleiben auch nach der hier vorgestellten Konzeption Strafbarkeitsrisiken für die Hersteller von Filesharing-Software bestehen. Diese werden sichtbar, wenn man sich den Grund der Verantwortungszuweisung durch § 8 TMG vergegenwärtigt. Seinem Grundgedanken nach begründet § 8 TMG eine Haftung für Diensteanbieter, wenn diese mehr tun als Daten zu transportieren, konkret: wenn sie in den Datendurchleitungsprozess eingreifen. Mit einer solchen Handlung, könnte man sagen, stellen sie eine Nähe zu den Daten her, die ihre rechtliche Verantwortung begründet.

Auf das Beispiel der Filesharing-Software übertragen ist daher zu fragen, ob Fälle denkbar sind, in denen der Programmierer einer Filesharing-Software eine besondere Nähe zu den deliktischen Zielen der Nutzer herstellt. Dazu müsste er sein Handeln so an die inkriminierten Pläne der Nutzer anpassen, dass es bei objektiver Betrachtung nur als Teil eines deliktischen Zusammenhangs gedeutet werden kann<sup>47</sup>. Mit dieser Anpassung verlöre die berufstypische Handlung ihren

neutralen Charakter; sie erschiene – auch bei objektiver Betrachtung – als Solidarisierung des Programmierers mit den deliktischen Plänen der Nutzer<sup>48</sup>. Der illegale Austausch von Daten durch die Tauschbörsennutzer wäre dann eine Tat, die sich auch dem Programmierer zurechnen ließe<sup>49</sup>. Eine solche „solidarische“ Software ist die Filesharing-Software der dritten Generation<sup>50</sup>. Sie ermöglicht nicht nur den Datenaustausch, sondern verhindert zugleich die Identifikation der Tauschbörsennutzer. Dazu setzen die Programme Verschlüsselungstechnik ein und verwenden ein dynamisches Routing, d.h. eine Übertragung, die verhindert, dass Anbieter und Nachfrager von Daten direkt miteinander in Kontakt treten. Andere Programme dieser Generation versorgen die datenaustauschenden PCs mit temporären IP-Adressen. Ohne fixe IP-Adressen aber lassen sich Computer ebenso wenig identifizieren wie Kraftfahrzeuge ohne Kennzeichen.

Mit großer Phantasie mögen sich auch unverdächtige Gründe dafür finden lassen, weshalb die Nutzer einer Internetaustauschbörse ihren Kontakt planmäßig anonymisieren und die Übertragungswege verschleiern. Bei wertender, objektiver Betrachtung aber macht diese Technologie hauptsächlich für Personen Sinn, die verhindern wollen, dass Urheberrechtsverstöße entdeckt und verfolgt werden. Daher überschreitet die Herstellung *dieser* Software die Grenze hin zum Deliktischen; eine Grenze, die gewöhnliche Internetaustauschbörsen nach dem hiesigen Ansatz noch nicht erreichen.

#### V. Ausblick

Man muss kein Pirat sein, um zu erkennen, dass die technischen Möglichkeiten den tatsächlichen Umgang mit den Urheberrechten an Musiktiteln dramatisch verändert haben<sup>51</sup>. Der Bedeutungsverlust der CD in Folge der leichten Verfügbarkeit von Musik im Internet zeigt das ganz deutlich. Wenn der Pulverdampf verzogen ist, den der Siegeszug der Piratenpartei ausgelöst hat, wird sich zeigen, dass dieser Entwicklung nur noch punktuell und symbolisch mit dem Strafrecht begegnet werden kann. Angemessener als eine Kriminalisierungsdebatte scheint daher die Suche nach neuen Finanzierungsmodellen für die Inhaber von Urheberrechten. Dies setzt entsprechende Vorschläge von Ökonomen voraus, die sich in den Rahmen einfügen, den das Verfassungsrecht zieht. Diese Vorschläge muss die Zivilrechtswissenschaft in urheberrechtliche Vorschriften übersetzen, welche vom Strafrecht flankiert werden. Die Rechtspolitik steht mithin vor einer Regulierungsaufgabe, die viel zu komplex ist als dass sie sich mit dem hölzernen Handschuh des Beihilfetatbestandes lösen ließe.

42 Dazu S/S-Heine, § 27 Rn. 9a; MK-Joecks, StGB, 2. Aufl. 2011, § 27 Rn. 46 ff.; Samson/Schillhorn, wistra 2001, 1 (4 f.).

43 MK-Joecks, StGB, 2. Aufl. 2011, § 27 Rn. 45.

44 LK-Schünemann, § 27 Rn. 5.

45 SK-Hoyer, § 27 Rn. 24.

46 Statt aller Frister, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2011, 10. Kap. Rn. 8; Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 66.

47 So (mit Unterschieden im Detail) Jakobs, ZStW 89 (1977), S. 1 (20 ff.); ders., GA 1996, 253 (263 f.); Frisch, FS Lüderssen, 539, 544 ff.; Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2009, § 10 Rn. 138 ff.; S/S-Heine, 28. Aufl. 2010, § 27 Rn. 10c; Lesch, JA 2001, 986 (991); Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 161; Weigend, FS Nishihara, 197 (210 f.); insoweit ähnlich Kindhäuser, FS Otto, S. 355 (362 ff.).

48 I. Erg. ebenso, indes auf die subjektive Sichtweise des Haupttäters abstellend Heghmanns, MMR 2004, 14 (17).

49 Vgl. Jakobs, GA 1996, 253 (257).

50 Dazu und zum Folgenden Gercke/Brunst, Praxishandbuch Internetaustrafrecht, 2009, Rn. 418, 925.

51 S. dazu nur Gercke/Brunst (Fn. 50), Rn. 403 f.