

# Objektive Zurechnung bei nur „statistischen“ NN-Kausalitäten

RAINER HAMM

## I. Fiktiver Fall

Es gibt Verkehrslagen, die als wahre Todesfallen gelten. In Frankfurt wurde 1968 eine U-Bahn-Strecke gebaut, die beim Verlassen des engen City-Kerns eigentlich O-Bahn heißen müsste. Aus Kostengründen hat man damals nämlich entschieden, die Schienen beim Durchqueren der bis dahin jeweils organisch gewachsenen und verbundenen Stadtteile Dornbusch und Eschersheim nicht mehr in einem Tunnel, sondern oberirdisch zu verlegen, so dass die Fußgänger mit und ohne Kinderwagen oder Fahrrad sowie Rollstuhlfahrer von der einen auf die andere Seite nur wechseln können, indem sie teilweise lange auf die Grünphase der Ampelanlagen warten. Da sich dies in einem starken Straßenlärm abspielt und sich die Züge – soweit für sie die Ampeln auf grün stehen – regelmäßig schnell und nahezu lautlos nähern, ist es unvermeidlich, dass es immer wieder zu schweren und meist sogar tödlichen Unfällen kommt. 33 Menschen haben auf diese Weise ihr Leben verloren.<sup>1</sup> Alle Appelle und Initiativen der Anwohner und Stadtteilvertretungen, durch Absenkung der U-Bahn-Gleise in Fortführung bestehender Tunnel, in denen es derartige Unfälle nicht gibt, Abhilfe zu schaffen, blieben bisher ungehört. Zwar ist stets die unmittelbare (letzte) Ursache eine Selbstgefährdung durch eine Ordnungswidrigkeit (Rotlichtverstoß) des Opfers, aber es besteht auch kein Zweifel daran, dass nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel die Verkehrsführung mitursächlich für die Häufung der Todesfälle ist, deren stetige Fortsetzung bei dem statistisch zu erwartenden Verhalten einer unbestimmten Zahl von Passanten in der Zukunft auch aus heutiger Sicht vorhersehbar ist.

Bis hierhin ist an der Fallschilderung noch alles real und beweisbar. Fiktiv wird sie erst, wenn man für die Zwecke der Veranschaulichung der im Folgenden mehr gezeigten als gelösten Problematik unterstellt, dass die Angehörigen eines der tödlich verunglückten Personen eine Strafanzeige wegen fahrlässiger (oder gar bedingt vorsätzlicher) Tötung erstattet hätten und der

<sup>1</sup> [http://de.wikipedia.org/wiki/U-Bahn-Strecke\\_A\\_%28Frankfurt\\_am\\_Main%29#cite\\_note-23](http://de.wikipedia.org/wiki/U-Bahn-Strecke_A_%28Frankfurt_am_Main%29#cite_note-23) [letzter Abruf: 17.3.2014].

zuständige Staatsanwalt über die Begründung nachdenkt, mit der er die Einleitung von Ermittlungen ablehnen könnte. Lassen wir die Frage einmal beiseite, wem welches pflichtwidrige Verhalten oder Unterlassen vorgeworfen werde könnte (Magistrat, Verkehrsdezernent, Stadtparlament?), unterstellen wir also, es hätte Ermessensfehler bei der Entscheidung gegen den Umbau der Straßen- und Schienenführung gegeben und konzentrieren wir uns auf die Frage, ob dieses Fehlverhalten im strafrechtlichen Sinne vorwerfbar kausal für den Tod der künftigen („NN-“)Opfer wäre.

## II. Kausalität oder objektive Zurechnung?

Der Jubilar dieser Festschrift hat sich in einer Reihe von Veröffentlichungen auf hohem dogmatischem Niveau mit dem komplizierten Verhältnis zwischen den unterschiedlichen Kausalitätstheorien einerseits und der Lehre von der objektiven Zurechnung andererseits auseinandergesetzt.<sup>2</sup> Er hat sich dabei anhand von instruktiven Fallgruppen mit der Frage befasst, inwieweit zwischen den Kategorien der Pflichtwidrigkeit, des Rechtswidrigkeitszusammenhangs und der Kausalitätstheorien insbesondere das Mitverschulden des sich selbst in eine Gefahr begebenden Opfers oder im Falle des mitursächlichen Hinzutretens von Handlungen Dritter ein eigenständiges wertendes aber objektives Zurechnungskriterium strafbarkeits**begrenzend** wirken kann. Die dies bejahende – insbesondere von *Claus Roxin* vertretene – Doktrin von der objektiven Zurechnung wägt *Schünemann* gegen die Einwände anderer Autoren ab, wobei er *Hans Joachim Hirsch* zugesteht, dass er sich zwar gegen die Vokabel „objektive Zurechnung“ sträubt, ohne sich in der Sache wirklich auf Distanz zu den damit verbundenen Einsichten zu befinden.<sup>3</sup>

Zu dieser theoretisch-dogmatischen Auseinandersetzung kann und will ich als vorwiegend praktisch tätiger Strafrechtler nichts Bereicherndes beitragen. Mir kommt es auf eine andere Beobachtung an. Unsere Strafjustiz beschäftigt sich zunehmend mit strafrechtlichen „Modetatbeständen“<sup>4</sup>, denen fehlt, was die damals streitig erörterten Fallgruppen alle noch gemeinsam hatten: eine individuelle Täter-Opfer-Beziehung: Der berühmte „Radfahrerfall“<sup>5</sup> spielte sich zwar auch zwischen einem LKW-Fahrer und einem ihm als Person völlig unbekanntem anderen Verkehrsteilnehmer ab, aber das Tatgeschehen entstand aus einer situativen Begegnung zwischen zwei konkreten Personen, von denen die eine bezogen auf die andere deren Überlebenschancen

<sup>2</sup> Ich nenne nur *Schünemanns* Aufsatz „Über die objektive Zurechnung“ in GA 1999, 207 ff.

<sup>3</sup> *Schünemann* GA 1999, 207, 227.

<sup>4</sup> Zu diesem Phänomen vgl. *Hamm* FS Wolf Schiller, 2014, S. 262 ff.

<sup>5</sup> BGHSt 11, 1, dazu *Schünemann* GA 1999, 207, 225.

durch Wahrung des ausreichenden Sicherheitsabstandes zwischen LKW und Fahrrad beim Überholen zu erhalten verpflichtet gewesen wäre. Gleichwohl verneinte der BGH die strafbarkeitsbegründende Kausalität mit der Erwägung:

*„Das vom Schuldgrundsatz beherrschte Strafrecht begnügt sich nicht mit einer rein naturwissenschaftlichen Verknüpfung bestimmter Ereignisse, um die Frage nach dem Verhältnis zwischen Ursache und Erfolg zu beantworten. Für eine das menschliche Verhalten wertende Betrachtungsweise ist vielmehr wesentlich, ob die Bedingung nach rechtlichen Bewertungsmaßstäben für den Erfolg bedeutsam war. Dafür ist entscheidend, wie das Geschehen abgelaufen wäre, wenn der Täter sich rechtlich einwandfrei verhalten hätte. Wäre auch dann der gleiche Erfolg eingetreten oder lässt sich das auf Grund von erheblichen Tatsachen nach der Überzeugung des Tatrichters nicht ausschließen, so ist die vom Angeklagten gesetzte Bedingung für die Würdigung des Erfolges ohne strafrechtliche Bedeutung. In diesem Falle darf der ursächliche Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg nicht bejaht werden.“<sup>6</sup>*

Auch im Brandstiftungsfall, in dem die Zurechnung des Todes einer Person erörtert wird, die unerwartet in das bereits in hellen Flammen stehende Haus läuft, um noch wertvolle Gegenstände zu retten,<sup>7</sup> geht es noch um einen konkret situativen Bezug zwischen dem deliktischen Geschehen der Brandstiftung und der – wiewohl im Wege der Selbstgefährdung letztlich ausgelöst – damit objektiv verursachten Tötung des Opfers. Ähnliches gilt für den „Erbonkelfall“, zu dem *Schünemann* überleitend zu einer ziemlich skurrilen alten RG-Entscheidung<sup>8</sup> ausführt:

*„Ob die Fesselung des Erbonkels auf der gewitterumtosten Anhöhe eine Tötungshandlung ist oder nicht, lässt sich nicht durch eine ontologische Analyse, sondern nur durch eine Bewertung des betreffenden Risikos entscheiden, nicht anders als die Qualifikation der Beköstigung eines Bordellbesuchers entweder mit Brot oder mit Champagner als Förderung der Prostitution.“<sup>9</sup>*

In keiner der damals diskutierten Fallkonstellationen war der zeitliche, räumliche und situative Abstand zwischen dem vorgeworfenen Handlungsunrecht und dem auf Kausalität oder auch objektive Zurechenbarkeit hin zu prüfenden Erfolg so groß und so weit gelöst von den konkret beteiligten Personen wie in meinem eingangs geschilderten fiktiven Beispiel eines Versuchs, Ver-

<sup>6</sup> BGHSt 11, 7.

<sup>7</sup> BGHSt 39, 322; dazu *Schünemann* GA 1999, 207, 223.

<sup>8</sup> RGSt 39, 44, 48.

<sup>9</sup> *Schünemann* GA 1999, 207, 228.

säumnisse zur Herstellung größerer Verkehrssicherheit bezogen auf künftige noch unbekannte Opfer (deshalb „NN“) als strafbare vollendete Tötungsdelikte zu subsumieren.

Nun könnte man mir an dieser Stelle entgegenhalten, dass bereits die Notwendigkeit, einen solchen Fall zu erfinden, beweise, wie unrealistisch und praxisfern die hier aufgebauchte Problematik doch sei. Dies mag bezogen auf die strafrechtliche Verfolgung von Verkehrsplanern außerhalb von logistischen Fehlentscheidungen bei bestimmten Großereignissen wie der Duisburger „Love-Parade“<sup>10</sup> zutreffen. Aber es gibt doch auf anderen Gebieten deutliche Zeichen für eine zunehmende Neigung des Gesetzgebers, der Strafgerichte und der Strafverfolgungsorgane, den Bezug zwischen dem vorgeworfenen Pflichtenverstoß und dem erst die Strafbarkeit begründenden Taterfolg so sehr zu verdünnen, dass am Ende nur noch so etwas wie eine *statistische* Kausalitäts- und Täter-Opfer-Beziehung übrigbleibt. Dies soll an einigen Beispielen aus realen Strafverfahren der letzten Jahrzehnte und teilweise noch laufender Ermittlungen gezeigt werden – ohne dass damit auch schon die Einordnung der Fallgruppen in die Kategorien der verschiedenen Kausalitätslehren oder der objektiven Zurechnung geleistet wäre.

### III. Strafrechtliche Produkthaftung

Bereits die berühmte Ledersprayentscheidung<sup>11</sup> und das BGH-Urteil im sog. Holzschutzmittelprozess<sup>12</sup> wiesen neben den im Schrifttum vorwiegend diskutierten Themen<sup>13</sup> die Besonderheit auf, dass es an jeglicher individuellen Täter-Opfer-Beziehung fehlte. In beiden Fallkonstellationen war den Herstellern von Massenprodukten vorgeworfen, durch einen unterlassenen Produktionsstopp bzw. Marktrückruf zum Zeitpunkt der (hier einmal als gegeben unterstellten) Pflichtverletzung noch völlig unbekannte Menschen in ihrer Gesundheit geschädigt zu haben. Dabei kommt es mir hier nicht auf den Umstand an, dass Täter und Opfer sich nicht persönlich kannten. So etwas gibt es auch vielfach bei Fahrlässigkeitsdelikten (z.B. im Straßenverkehr) und beim Amokschützen, der blindlings in eine Menschenmenge mit einer automatischen Waffe feuert.

<sup>10</sup> <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/katastrophe-bei-love-parade-staatsanwaltschaft-erhebt-anklage-a-952695.html> [letzter Abruf: 17.3.2014].

<sup>11</sup> BGHSt 37, 106 = NJW 1990, 2560.

<sup>12</sup> BGHSt 41, 206; Anm. *Puppe* JZ 1996, 318; vgl. auch mein Beitrag in StV 1997, 159 ff. Vorausgegangene Beschwerdeentscheidung im Eröffnungsverfahren OLG Frankfurt a.M. VuR 1992, 40.

<sup>13</sup> Rückruffpflichten, persönliche Schuld bei Kollektiventscheidungen, Kausalitätsnachweis bei nicht feststehendem Wirkungszusammenhang zwischen den einzelnen Bestandteilen des Produkts und Gesundheitsschaden.

Die Besonderheit der Fälle, in denen die Körperverletzung qua strafrechtlicher Produkthaftung dem für die Vermarktung eines potentiell gefährlichen Massenartikels Verantwortlichen zugerechnet wird, besteht in der personell, zeitlich und räumlich indifferenten Täter-Opfer-Beziehung und somit in dem extrem losen Zusammenhang zwischen dem Normverstoß und dem Erfolgseintritt. Die Realisierung eines vom Täter (durch Unterlassen) gesetzten Risikos in der schadensstiftenden Anwendung des Produkts durch einen der Millionen von Verbrauchern in naher oder ferner Zukunft wird dem Beschuldigten dann ex post zugerechnet, wenn ex ante für ihn die Verletzung einer nur statistisch schätzbaren Zahl von noch unbekanntem Verbrauchern vorhersehbar war, ohne dass es noch darauf ankommen soll, ob er es auch subjektiv vorausgesehen hat.<sup>14</sup> Der unterlassene Produktionsstopp verletzt ebenso „totsicher“ in Zukunft einen oder mehrere der Millionen von Anwender ebenso wie der unterlassene Umbau der U-Bahn in Frankfurt vorausberechenbar irgendwelche künftige unaufmerksame Passanten tötet.

#### IV. Transplantationsskandal

Vor dem Landgericht Göttingen findet derzeit eine Hauptverhandlung gegen einen ehemals sehr angesehenen Chefarzt eines Transplantationszentrums statt, dem versuchter Totschlag vorgeworfen wird. Er habe eine unbestimmte Zahl von ihm und auch heute noch der Staatsanwaltschaft unbekanntem Patienten dadurch töten wollen, dass er „seine“ Patienten bei der Einordnung in der Warteliste für Spenderorgane bevorzugte, indem er durch manipulative Angaben in den dafür maßgeblichen Formularen für die Wartelisten die Dringlichkeit der Zuteilung veränderte. Darüber ist bisher in der Tagespresse viel berichtet worden, und eine die Untersuchungshaft (!) betreffende Entscheidung des OLG Braunschweig<sup>15</sup> wird in ihrem Begründungsteil durch den nicht amtlichen Leitsatz 1 in der NStZ zutreffend wie folgt zusammengefasst:

*„Vorsätzliche Falschangaben gegenüber der gem. § 12 Transplantationsgesetz zuständigen Vermittlungsstelle (hier: Stiftung Eurotransplant) können als versuchte Tötung zum Nachteil dadurch übergangener Patienten bewertet werden, wenn der Täter weiß, dass seine Angaben nicht weiter*

<sup>14</sup> So ausdrücklich *Schünemann* GA 1999, 207, 215 f., indem er die Lehre von der Risikorealisation als gleichbedeutend mit der „alten“ Sorgfaltsverletzungsdefinition entlarvt: „Die in Deutschland heute modisch gewordene Formulierung, dass der Täter durch das tatbestandsmäßige Verhalten ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen haben müsse, ist also nur eine sachlich nichts Neues bringende Umformulierung der alten Forderung, dass die für den Erfolg ursächliche Handlung objektiv sorgfaltswidrig sein muss ...“.

<sup>15</sup> OLG Braunschweig NStZ 2013, 593.

*überprüft werden, sie die Zuteilungsreihenfolge so weit beeinflussen, dass es in einem engen zeitlichen Zusammenhang unmittelbar zur Zuteilung eines Spenderorgans kommt und die rettende Transplantationsbehandlung anderer Patienten dadurch lebensbedrohlich verzögert wird.“*

Dahinter steckt die Zuschreibungslogik, dass ein Arzt, der die Lebenschancen seines Patienten erhöht und dabei andere Patienten, die auch auf ein Spenderorgan warten, abstrakt der Gefahr aussetzt, später dranzukommen (was im Einzelfall sogar lebensrettend sein kann), wegen bedingt vorsätzlicher Tötung strafbar ist. Dass sein Mittel, den konkreten eigenen Patienten zu „bevorzugen“ in dem Verstoß gegen ein untergesetzliches Regelwerk der Ärztekammern besteht (wahrheitswidriges Ankreuzen eines Risikofaktors), soll ebenso unerheblich sein wie die Ungewissheit, ob sich die Störung der „Verteilungsgerechtigkeit“ letztlich zum Vorteil oder zum Nachteil der nachrangig wartenden Patienten auswirkt. Diesen Zweifelsfragen soll allenfalls damit Rechnung getragen werden, dass man nicht vollendeten sondern „nur“ versuchten Totschlag vorwirft.

Aber die Versuchsstrafbarkeit wurde nicht erfunden, um den prozessualen Beweisproblemen hinsichtlich der Vollendung zu entgehen, sondern um eine final auf den konkreten Tatbestandserfolg gezielte Handlung auch dann sanktionieren zu können, wenn ohne Zutun des Täters (sonst führt der Rücktritt zur Straffreiheit) er und sein Opfer das „Glück“ haben, dass nichts passiert. Auch dann muss die (von einem Außenereignis unterbrochene) Kausalität vorwerfbar gegeben sein. Auch ein Versuch scheidet aus, wenn nicht auszuschließen ist, dass auch bei rechtmäßigem Verhalten die konkreten Überlebenschancen des „NN-Opfers“ gleich hoch (niedrig) geblieben oder sogar gestiegen wären. Allein die Möglichkeit oder auch eine statistische Wahrscheinlichkeit, dass die konkrete Folge des zur Erhöhung der Lebenschancen dem Arzt anvertrauten Patienten für anonym bleibende potentielle Opfer das Sterbensrisiko erhöht haben könnte, begründet schon nach der *Conditio-sine-qua-non*-Formel keine auch nur potentielle Kausalität und darf erst recht nicht durch Anwendung der Lehre von der objektiven Zurechnung in die Versuchsstrafbarkeit einbezogen werden.<sup>16</sup> Denn diese Lehre ist zur Einschränkung und nicht etwa zur Ausweitung der Poenalisierung begründet worden.<sup>17</sup>

Wie der Fall letztlich entschieden werden wird, kann hier nicht prognostiziert werden. Aber es bleibt zu hoffen, dass die beachtlichen Einwände, die z.B. *Kudrich* („Die Verfolgung des Verhaltens als Tötungsdelikt ist zahl-

<sup>16</sup> Vgl. zu den einzelnen Fallgruppen eines nur statistisch erfassbaren Einflusses der Manipulation auf das Schicksal „nachrangig“ gelisteter Transplantationskandidaten *Kudrich* NJW 2013, 917 ff. auch bezogen auf den Fahrlässigkeitsvorwurf S. 919.

<sup>17</sup> *Fischer* StGB, 61. Aufl. 2014, vor § 13 Rn. 24: „Die Lehre dient ... der Abgrenzung von Unglück und Unrecht, um den zu weiten Kausalitätsbegriff normativ zu begrenzen.“ Es folgen weitere Nachweise z.B. *Sowada* NStZ 2012, 1, 5.

reichen Nachweis- bzw. Zurechnungsschwierigkeiten ausgesetzt.“)<sup>18</sup> und *Schroth*<sup>19</sup> gegen das Vorgehen der StA vorbringen, spätestens beim BGH Gehör finden. Der vermeintliche Lösungsansatz, allen Zurechnungs- und Kausalitätsproblemen durch ein Ausweichen auf die Versuchsstrafbarkeit zu entgehen, überzeugt jedenfalls nicht.<sup>20</sup>

Da die Staatsanwaltschaften den an verschiedenen Universitätskliniken aufgedeckten Transplantationsskandal mit ganz unterschiedlicher Tendenz verfolgen,<sup>21</sup> kann man gespannt sein, welches Urteil im Verfahren vor dem LG Göttingen erstinstanzlich ergehen und ob es dann zu einer Befassung durch den BGH kommen wird. Das Problem der nur statistischen Zurechnung eines in seinen Abläufen nicht aufklärbaren hypothetischen Kausalverlaufs zu Lasten (oder sogar zugunsten) eines unbekannt bleibenden NN-Opfers wird dabei hoffentlich zutreffend eingeordnet.

Eine bittere Pointe steht aber jetzt schon fest: Nach Bekanntwerden und der öffentlichen Skandalisierung der Verstöße gegen die Zuteilungsregeln ist die Zahl der Organspenden in Deutschland drastisch zurückgegangen.<sup>22</sup> Einen Anteil an den Ursachen hat sicherlich auch die strafrechtlich hoch gehängte Etikettierung der Manipulationen als versuchten Totschlag durch die StA und die Gerichte in Göttingen. Der dadurch dramatisch vergrößerte Mangel an Transplantaten wird mit Sicherheit zu Todesfällen mit einer nunmehr größeren Zahl von „leer ausgehenden“ Patienten führen. Und vielleicht kommt sogar jemand auf den Gedanken, zwischen der fehlerhaften Subsumtion unter die §§ 212, 32 StGB und jenen Sterbefällen eine strafrechtlich zu-rechenbare Kausalität zu sehen. Dann werden die berechtigten Einwände gegen eine solche NN-Kausalität hoffentlich auch diejenigen zum Nachdenken bringen, die eine durchaus vergleichbare Zurechnung per Statistik derzeit den Ärzten anlasten.

<sup>18</sup> *Kudrich* NJW 2013, 917, 919.

<sup>19</sup> *Schroth* NSTZ 2013, 437, 442.

<sup>20</sup> Dazu *Schroth* NSTZ 2013, 437, 442, der den Versuch am Vorsatz scheitern lässt: „Ein Arzt, der Krankenakten manipuliert, um ein Organ für seinen Patienten zu erhalten, erkennt sicherlich – vielfach – die Beeinträchtigung einer Gesundheitschance eines anderen, er geht aber nicht davon aus, dass er durch sein Handeln fremdes Leben zerstört. Das Sehen einer Gesundheitsgefahr für einen unbekanntes Kranken, deren Intensität und Qualität er gar nicht kennen kann, begründet möglicherweise einen Gefährdungs-, nicht jedoch einen Verletzungsvorsatz.“

<sup>21</sup> StA Bielefeld: Versuchter Totschlag (s.o.), StA Regensburg und München: Manipulation der Anwartschaftsliste durch Datenveränderungen per se nicht strafbar. Vgl. *Kudrich* NJW 2013, 917.

<sup>22</sup> <http://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/transplantationen-zahl-der-organspenden-weiter-eingebrochen-a-943628.html> [letzter Abruf: 17.3.2014].

## V. Marktmanipulation nach § 38 WpHG

Auf einem ganz anderen Gebiet hat der Gesetzgeber selbst einen Straftatbestand geschaffen, der das Problem der statistischen Kausalität und objektiven Zurechnung bereits im entscheidenden Tatbestandsmerkmal angelegt hat. Es geht um das einzige Tatbestandsmerkmal, bei dessen Vorliegen ein ansonsten als Ordnungswidrigkeit zu ahndender (und in seinen Merkmalen auch schon ziemlich unbestimmter) Gesetzesverstoß zum strafbaren Vergehen wird: Nach § 38 Abs. 2 WpHG ist gesetzliche Voraussetzung der Strafbarkeit, dass derjenige, der eine in § 39 Abs. 2 Nr. 11 WpHG bezeichnete vorsätzliche Handlung vornimmt, dadurch auf den inländischen Börsenpreis eines Finanzinstruments „*einwirkt*“, d.h. er muss durch die Ordnungswidrigkeit den Börsenkurs kausal verändert haben, wobei es gleichgültig ist, ob ein Kursanstieg oder ein Kursabfall bewirkt wurde. Das Gesetz enthält auch keine Beschränkung auf die Fälle einer *erheblichen* Veränderung des Börsenpreises.<sup>23</sup>

Der frühere Vorstandsvorsitzende der Mittelstandsbank IKB wurde vom Landgericht Düsseldorf zu 10 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt, weil er in der Frühphase der Finanzkrise (20. Juli 2007) eine Presseerklärung zu verantworten hatte, mit der er die an der Börse gelistete, aber überwiegend von der öffentlichen Hand getragene Bank vor den Turbulenzen der damals aufgekommene Gerüchte um die Betroffenheit der Bank von amerikanischen „Subprime-Verbriefungen“ bewahren wollte. Die in vier Absätzen auf einer DIN-A4-Seite abgefasste Erklärung enthielt im Wesentlichen drei Kernaussagen: 1. Die Quartalszahlen sehen so aus, dass wir unser prognostiziertes gutes Jahresergebnis werden halten können. 2. Ratingagenturen haben einige Papiere des amerikanischen Verbriefungsderivatemarktes auf die „Watch-List“ gesetzt, aber noch nicht herabgestuft. 3. Im Falle einer Herabstufung wären „wir“ (das konnte heißen: die IKB AG oder auch: Die IKB unter Einschluss einer ausgelagerten und in der Bilanz nicht zu erfassenden „Zweckgesellschaft“) allenfalls mit einem 1-stelligen Millionenbetrag betroffen. Nach der Anklage und letztlich auch den Feststellungen des Gerichts waren die Aussagen 1 und 2 nicht zu beanstanden und die Aussage 3 nur dann richtig, wenn man sie in dem Sinne verstand, dass sie sich nur auf die konsolidierungspflichtigen Konzerngesellschaften (also „die IKB AG“) bezog. Auch wenn sie so zu verstehen gewesen wäre, dass damit auch die im Portfolio der außerbilanziellen Zweckgesellschaft gehaltenen Papiere mit einem Nennwert in 3-stelliger Millionenhöhe gemeint waren, konnte die maximale Auswir-

<sup>23</sup> Vgl. dazu und zur Frage, ob und ggf. wie Bagatellfälle von der Strafbarkeit auszunehmen sind Assmann/Schneider/Vogel, 5. Aufl. 2009, § 38 WpHG Rn. 51 sowie Assmann/Schneider/Vogel, 4. Aufl. 2006, § 38 WpHG Rn. 21.



kung eines Downgrades auf die Bilanz der IKB nur einen einstelligen Millionenbetrag ausmachen.<sup>24</sup>

Im hier behandelten Zusammenhang war die Frage zu klären, wie man bei unterstellter Ordnungswidrigkeit der Aussage 3 („irreführend“ i.S.d. § 39 Abs. 2 Ziff. 11 i.V.m. § 20a Abs. 1, S. 1 Nr. 1, 1. Alt. WpHG) ein nach § 38 Abs. 2 WpHG zur Begründung der Strafbarkeit zusätzlich erforderliches „Einwirken“ auf den Börsenkurs, also die Kausalität, beweisen soll. Dass der Kurs der IKB-Aktie am Tag nach der Presseerklärung vorübergehend um 1,9 % höher lag als am Vortag, als die Presseerklärung verbreitet wurde, kann – so die Argumentation der Verteidigung – auch an der erfreulichen und wahrheitsgemäßen Aussage 1 („wir werden unser prognostiziertes Ergebnis erreichen“) liegen. Das Gericht hatte drei Analysten als Zeugen vernommen und einen Sachverständigen angehört, der eine sog „Ereignisstudie“ vortrug, in der viel von Statistik, aber nichts von konkreten Geschäftsabschlüssen die Rede war. Den Umstand, dass damals schon ein hoher Anteil der Börsengeschäfte auf dem Wege des automatisierten Hochgeschwindigkeitshandels stattfand, kam dabei ebenso wenig zur Sprache wie die Antwort auf die Frage, welchen Einfluss auf die vermeintliche Kausalität die Algorithmen der High-Speed-Trading-Maschinen hatten und inwieweit die Aussage 3 in der fraglichen Presseerklärung in derartige mathematischen Programme eingeflossen sein mögen.

Über der damit auch aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Frage, wie ein solches Verständnis des Straftatbestandes des WpHG mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar sein soll, brütete man beim BVerfG nach Einreichung der Verfassungsbeschwerde gegen den OU-Beschluss des BGH im IKB-Fall<sup>25</sup> mehr als zwei Jahre, um dann durch Kammerbeschluss<sup>26</sup> ohne jede Begründung zu entscheiden: „Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.“

<sup>24</sup> Dazu jetzt auch BGH ZIP 2014, 513. In BGHSt 48, 373, 384 hatte der 1. Strafsenat noch dazu ermuntert, es mit dem Kausalitätsnachweis nicht zu genau zu nehmen: „Für die Beurteilung der Frage, ob durch die marktmanipulative Handlung tatsächlich eine Einwirkung auf den Kurs eingetreten ist, dürfen angesichts der Vielzahl der – neben Tathandlung – regelmäßig an der Preisbildung mitwirkenden Faktoren keine überspannten Anforderungen gestellt werden, weil der Tatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 4 WpHG ansonsten weitgehend leerliefe. Vergleiche von bisherigem Kursverlauf und Umsatz, die Kurs- und Umsatzentwicklung des betreffenden Papiers am konkreten Tag sowie die Ordergröße können eine Kurseinwirkung hinreichend belegen. Eine Befragung der Marktteilnehmer ist dazu nicht veranlasst.“

<sup>25</sup> BGH ZIP 2011, 5.

<sup>26</sup> BVerfG, Beschl. v. vom 18.9.2013, 2 BvR 1885/11.

## VI. „Abo-Fallen“ im Internet

Vor dem Bundesgerichtshof sind mehrere Verfahren anhängig, in denen massenhafter Betrug an einer Vielzahl von Internetnutzern vorgeworfen wird.<sup>27</sup> Die Täter sollen Internetseiten trickreich so gestaltet haben, dass die Nutzer beim Anklicken eines bestimmten Buttons, mit denen sie eine vermeintlich kostenlose Leistung abrufen, in Wahrheit einen kostenpflichtigen Vertrag abschließen. Solche Fälle konnten bis zum Inkrafttreten des § 312g BGB<sup>28</sup> dann leicht unter den Betrugstatbestand gefasst werden, wenn ausdrücklich eine Gratileistung versprochen wurde und es dann mithilfe des Opferzeugen gelingt, seinen Irrtum, die dadurch bewirkte Vermögensverfügung und den schon durch das Entstehen der (wiewohl anfechtbaren) Verbindlichkeit ausgelösten Vermögensschaden nachzuweisen. Nun hatte der BGH am 5. März 2014 über einen „Altfall“ zu entscheiden,<sup>29</sup> in dem schon das Merkmal Täuschungshandlung deshalb zweifelhaft war, weil die betreffende Web-Seite, auf der man einen Routenplaner abonnieren konnte, alle für die autonome Bestellentscheidung erforderlichen Informationen enthielt, wenn auch hinsichtlich der Entgeltlichkeit „nicht auf den ersten Blick“ erkennbar. Die Zumutung an den Nutzer, der seine persönlichen Adressdaten und den Geburtstag eingeben musste (zwecks Überprüfung der Geschäftsfähigkeit und Zusendung der Rechnung – wofür sonst?), bei entsprechend kleiner Bildschirmdarstellung bis zu der Stelle, wo der Vierteljahrespreis (59,50 €) sichtbar wurde, „herunter zu scrollen“, hatte dieselbe Strafkammer des Landgerichts noch in einem Nichteröffnungsbeschluss als hinnehmbare Folge einer sachgerechten Risikoverteilung<sup>30</sup> angesehen.

Dem trat dann aber das OLG Frankfurt auf die Beschwerde der StA entgegen, indem es den hinreichenden Tatverdacht auch hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale bejahte,<sup>31</sup> obwohl sich – wie auch später in der Hauptver-

<sup>27</sup> Daneben gibt es die Fälle der Millionenfachen Anrufe durch sog. Callcenter, in denen den Telefonanschlussinhabern durch täuschend auftretende Mitarbeiter von Call-Centern vorgespiegelt wird, es gehe um (kostenpflichtige) Einträge in „Gewinnspiellisten“. Vgl dazu jetzt BGH Urt. v. 22.1.2014, 5 StR 468/12.

<sup>28</sup> Fassung durch Gesetz vom 10.5.2012 (BGBl. I S. 1084). Sog. „Buttonlösung“: Verträge, bei denen die Kostenpflicht und der Preis dem Nutzer nicht eindeutig und gleichsam unübersehbar vor dem Betätigen der entscheidenden vertragsauslösenden virtuellen Taste deutlich gemacht wurde, sind danach nichtig.

<sup>29</sup> Urt. v. 5.3.2014, StR 616/12: Die Revision des Angeklagten wurde verworfen. Die Gründe liegen auch 3 Monate nach der Verkündung nur in der Kurzform einer BGH-Pressmitteilung Nr. 43/14 vom 6.3.2014 vor.

<sup>30</sup> Vgl. dazu jetzt auch *Fischer* StGB, 61. Aufl. 2014, § 263 Rn. 28b, der solche Internetnutzer als nicht schutzbedürftig ansieht, die ernsthaft von der irrationalen Hoffnung beseelt sind, es gäbe in dem anonymen millionenfachen Massenmarkt „Wohltäter, die Waren- oder Dienstleistungen praktisch verschenken“.

<sup>31</sup> OLG Frankfurt NJW 2011, 398 mit zust. Anm. *Hansen*.

handlung – nicht ein einziger Kunde finden ließ, der sowohl konkret in einen Irrtum versetzt worden war, als auch einen tatsächlichen Schaden erlitten hatte. Also wich die Strafkammer, die den Betreiber der Seite zu einer Bewährungsstrafe verurteilte, auch hier auf den Schuldspruch wegen versuchtem Betrug aus.

Und wieder haben wir es mit einer Fallgruppe zu tun, bei der ein auf individuellen Rechtsgüterschutz zielender Straftatbestand ausgeweitet wird auf statistische NN-Kausalitäten. Das wurde besonders deutlich in der Hauptverhandlung vor dem 2. Strafsenat am 5. Februar 2014, als der Senatsvorsitzende *Thomas Fischer* zu bedenken gab, ob ein Vertriebsmodell, das geradezu darauf angelegt ist, bei dem „dummen“ Teil der Internetnutzer („und seien es auch nur die unteren 10 % in der Scala der über- und unterdurchschnittlich intelligenten“) einen falschen Eindruck entstehen zu lassen, nur deshalb nicht den Tatbestand des (versuchten) Betruges erfüllen soll, weil keine Aussicht besteht, jemals bezogen auf solche „Irgend-jemanden-wird-es-schon-treffen-Opfer“ eine Vollendung zu beweisen. Wir haben als Verteidiger dem entgegengehalten, dass man mit derselben Logik auch jemanden wegen versuchten Betruges verurteilen könnte, der alle Anforderungen an eine idealtypisch aufgebaute Web-Seite erfüllen würde und bei dem Millionenpublikum, das er mit seinem Angebot anspricht, darauf spekuliert, dass sich unter den Bestellern auch ein paar besonders flüchtige Nutzer finden werden, denen der Vertragscharakter ihres „Klickens“ immer noch entgeht. Außerdem sei die Versuchsstrafbarkeit nun einmal nicht dazu da, dem Strafrichter die individuellen Zurechnungsprobleme zu ersparen.

Will der Gesetzgeber dem in der Bevölkerung und der Rechtspolitik bestehenden Bedürfnis, so etwas wie einen anonymen Verbraucherschutz mit den Mitteln des Strafrechts zu betreiben, Rechnung tragen, so mag man prüfen, ob man auch hier noch ein weiteres abstraktes Gefährdungsdelikt schafft. Dabei wird zu berücksichtigen sein, ob nicht durch die jetzt geltende zivilrechtliche Lösung doch schon alles an Prävention erreicht ist, was auch eine neue Strafdrohung nicht besser leisten könnte. Aber die Erfolgsdelikte mit der trickreichen Variante der Versuchsstrafbarkeit so anzuwenden, als wären sie selbst abstrakte Gefährnungsdelikte, ist sicher der falsche Weg.

## VII. Kartell-Ordnungswidrigkeitsrecht

Sage niemand, das Ordnungswidrigkeitsrecht greife weniger einschneidend in die Rechte der Betroffenen ein als das Strafrecht i.e.S.! Der Kartellsenat des OLG Düsseldorf stellte im Februar 2014 ein im April des Vorjahres nach einer fast 3-jährigen Hauptverhandlung mit 132 Verhandlungstagen verkündetes Urteil zu, durch das eine Reihe von Unternehmen, die auf den Verkauf von Flüssiggas spezialisiert sind, mit Geldbußen in gestaffelter Höhe zwischen

30.000 und 100.000.000 Euro (hundert Millionen) Euro belegt wurden,<sup>32</sup> nachdem das Bundeskartellamt zuvor niedriger Sanktionen festgesetzt hatte und es in diesem Falle ausnahmsweise nicht gelungen war, die Akzeptanz „konsensual“ zu erzwingen.<sup>33</sup> Der Vorwurf bezog sich nicht auf Preisabsprachen, sondern auf eine mehr oder weniger stillschweigende Vereinbarung, wonach die Konkurrenten darauf verzichteten, Bestandskunden der Wettbewerber aktiv abzuwerben (Kundenschutzabsprachen).<sup>34</sup> Da ein unmittelbarer Bezug der Kartellabsprache zur Preisgestaltung auch nach den Feststellungen des OLG fehlte, bedurfte der Nachweis eines kartellbedingten „Mehrerlöses“ als Voraussetzung für die Festsetzung eines daran auszurichtenden Bußgeldes (§ 81 Abs. 5 GWB 2007 i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG) einer besonders sorgfältigen Begründung. Stattdessen bezieht sich an dieser Stelle das OLG-Urteil auf angeblich eigenes Erfahrungswissen mit folgenden Worten:

*„Der Senat ist sich mit hoher Wahrscheinlichkeit (!) gewiss, dass die Kartellabsprache und ihre Umsetzung im Tatzeitraum zur Entstehung von individuellen kartellbedingten Mehrerlösen ... geführt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt der beweisrechtliche wirtschaftliche Grundsatz, dass die Gründung eines Kartells grundsätzlich der Steigerung des Mehrerlöses („Kartellrendite“) der am Kartell beteiligten Unternehmen dient ... Deshalb spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Kartell gebildet und erhalten wird, weil es höhere als am Markt erzielbare Preise erbringt. Je länger, nachhaltiger und flächendeckender ein Kartell praktiziert wird, desto höher sind die Anforderungen, um ausnahmsweise einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Kartellabsprache verneinen zu können. ... Der wechselseitig versprochene Kundenschutz bewirkt – ebenso wie eine Quotenabsprache – eine Aufteilung und ausschließliche (exklusive) Zuweisung der vorhandenen und neu erworbenen Kundenstämme. ... Der Umstand, dass der Bundesgerichtshof noch keine Gelegenheit hatte, die Anwendung des beweisrechtlichen Grundsatzes auch für Kundenschutzabsprachen festzustellen, steht der Anwendung des beweisrechtlichen Grundsatzes im Streitfall nicht entgegen.“*

<sup>32</sup> Urt. v. 15.4.2013, VI-4 Kart 2 – 6/10 OWi.

<sup>33</sup> In den meisten Kartellverfahren findet wegen des Kronzeugen-Bonus-Systems eine Art „Windhunderennen“ auf die Sanktionsfreiheit oder -milderung statt, die als „Entlohnung“ für den Verzicht auf den Nemo-tenetur-Grundsatz gewährt wird, während gegen diejenigen Betroffenen, die mit ihrem „Marker“ zu spät kommen, teilweise extrem hohe Geldbußen verhängt oder „ausgehandelt“ werden. BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen, Bonusregelung v. 7.3.2006; vgl. dazu *Bach/Klumpp* NJW 2006, 3524.

<sup>34</sup> Also einer Regel, zu deren Einhaltung wir Rechtsanwälte schon durch unser tradiertes Berufsrecht gezwungen sind, ohne dass jemals die Auffassung vertreten worden wäre, dies diene der Erlangung eines kollektiven Mehrerlöses gegenüber einem Anwaltsmarkt, bei dem es erlaubt wäre, sich gegenseitig Mandanten „abzujagen“.

Was hier abwechselnd einmal „wirtschaftlicher“ und/oder „beweisrechtlicher“ Grundsatz genannt wird, ist wieder nichts anderes als die bloße Behauptung von der Existenz einer statistischen Regel, aus der sogar noch im Wege einer Wahrscheinlichkeitsaussage auf eine Kausalität geschlossen werden soll. Das NN-Element aus den oben geschilderten Fallgruppen fehlt hier nur scheinbar, weil auch die Vermutung eines kartellbedingten Mehrerlöses auf einer virtuellen Gleichung mit vielen Unbekannten beruht, deren Entschlüsselung die Benennung zahlreicher unbekannt bleibender Akteure und Faktoren (Kundenverhalten, Preise von Nichtkartellanten, Vertriebswege, Kosten im Falle von Lieferantenwechsel usw.) voraussetzen würde, die aufzuklären, der Senat sich entgegen darauf gerichteter Beweisanträge weigerte.<sup>35</sup>

### VIII. Aufgabe der Strafrechtswissenschaft

Die vorstehend geschilderten Erscheinungsformen des „modernen“ Strafrechts wurden mit ihrem gemeinsamen Merkmal des nur statistisch definierten Opferbezugs bzw. Erfolgseintritts bislang noch kaum von der Strafrechtswissenschaft zur Kenntnis genommen. Dabei ist zuzugeben, dass das hier von einem Praktiker beschriebene „Störgefühl“ schwer in dogmatisch sauber abgegrenzte theoretische Kategorien einzuordnen ist. Will man nicht den Umstand, dass zum Zeitpunkt der „Tathandlung“ auch für den Täter noch nicht feststeht (z.B. weil es ihm egal ist), wen das Erfolgsdelikt am Ende treffen wird, allein schon als Spezifikum ansehen (das wäre nicht Wert, dass man darüber einen Aufsatz in einer Festschrift – zumal für *Bernd Schünemann* – schreibt), so muss durchaus die Frage, ob überhaupt das vorgeworfene Handeln oder Unterlassen auf den von der Rechtsordnung missbilligten Unwert-Erfolg zielt, so offen bleiben, dass das Überspringen der Beweislücke mithilfe materiell-rechtlich semantischer Rhetorik als Charakteristikum des hier beschriebenen Phänomens gelten könnte.

Aber ich bin mir auch bewusst, dass dieser Befund nur der erste Schritt bei der Entlarvung eben jener argumentativen Verkleisterungen und Pseudoausfüllungen von dogmatischen Hohlräumen wäre, die ich selbst nicht leisten kann.

<sup>35</sup> Sogar ein gem. §§ 220, 245 StPO präsentierter Sachverständiger für Marktpreisanalyse wurde unter Hinweis darauf wieder nach Hause geschickt, im OWi-Recht gelte gemäß § 77 OWiG § 245 StPO nicht und das Gericht verfüge über ausreichende eigene Sachkunde.

## IX. Gegenprobe: Freispruch bei „Containern“

Vielleicht könnte aber bei der dogmatischen Bewertung der hier geschilderten Strafrechtskonstellationen ein Blick auf die Praxis in einem aktuellen „kleinen Fall“ helfen, in dem es um eine ganz besonders moderne Form der unter Diebstahlaspekten zu prüfenden Rechtsbrüche geht: das sog „Containern“. Darunter versteht man das Stöbern in Abfallbehältern, um sich noch genießbare Lebensmittel mit überschrittenem Verfallsdatum zuzueignen. Manche Menschen begehen derartige Freveltaten aus Not, andere wollen damit die Verschwendung von Lebensmitteln anprangern. „50 Prozent unserer Lebensmittel werden weggeworfen. Wir wollen die Gesellschaft dafür sensibilisieren“. Mit diesen Worten hatte sich ein solcher Angeklagter vor dem Amtsgericht Eschwege verteidigt. Er war einer von drei Studenten, in deren Auto die Polizei große Mengen solcher „Abfälle“ gefunden hatte. Die Waren trugen noch Preisauszeichnungen, die bewiesen, dass sie vor Ablauf des Verfallsdatum bei einem Filialisten („Tegut“) in den Verkaufsräumen angeboten worden waren, sodass alles dafür sprach, dass die Angeklagten die mit hohen Zäunen gesicherten Abfallcontainer erstiegen und daraus die Waren gestohlen hatten. Nach einem Pressebericht<sup>36</sup> hat das Amtsgericht die ursprünglich durch Strafbefehl verhängten drakonisch hohen Geldstrafen aufgehoben und die Angeklagten durch Urteil vom 20.02.2014 freigesprochen, nachdem in der Beweisaufnahme nicht geklärt werden konnte, aus welcher Filiale das „Diebesgut“ stammte. Diebstahl aus der NN-Filiale einer bekannten Handelskette reichte dem Amtsrichter nicht als Tatnachweis aus.

So stellt man sich ein Strafrecht vor, das sich streng an den Intentionen des Gesetzgebers und dem Wortlaut des Gesetzes orientiert. Wie gut, dass der Richter in Eschwege nicht auf den Gedanken kam, seine Beweisnot mit einem Schuldspruch wegen versuchten Diebstahls zu überwinden!

## X. Statt eines Fazits

Ich habe die Zuversicht, dass *Bernd Schünemann* es versteht, entweder einen Weg zur Lösung der von mir zuletzt offen gelassenen dogmatischen Aufgabe zu zeigen, oder dem Autor dieser Zeilen nachzuweisen, dass er hier „Gespenster sieht“ und ein Scheinproblem ausgebreitet hat. Letzteres glaube ich irgendwie nicht, aber in beiden Fällen wäre es mir den Versuch wert gewesen, dem Jubilar eine Freude zu seinem runden Geburtstag gemacht zu haben.

<sup>36</sup> <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/prozess-wegen-containers-so-ein-muell-12812474.html> [letzter Abruf: 17.3.2014].