

Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände

Michael Kubiciel

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kubiciel, Michael. 2017. "Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 129 (2): 473–91.
<https://doi.org/10.1515/zstw-2017-0024>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright



Professor Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel*

Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände

<https://doi.org/10.1515/zstw-2017-0024>

I. Entstehung und Legitimation des Wirtschaftsstrafrechts

Ein Großteil der Fälle werde von den existierenden Straftatbeständen nicht erfasst, in einem anderen Teil führten Beweisschwierigkeiten zu Freisprüchen, zudem schließe die Verlegung der Tat in das Ausland eine Strafverfolgung in Deutschland häufig aus¹. Was wie ein Auszug aus der Begründung eines Regierungsentwurfes eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption oder anderer Formen der Wirtschaftskriminalität klingt, sind Ausführungen zu den besonderen Herausforderungen dieser Materie in dem ersten Aufsatz in der „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“, der einem genuin wirtschaftsstrafrechtlichen Thema gewidmet ist. Die Diskussion um das Wirtschaftsstrafrecht war zu diesem Zeitpunkt erst wenige Jahre alt².

1. Von der Organisation des Kapitalismus zum Wirtschaftsstrafrecht

Das entwicklungsgeschichtliche und rechtstheoretische Fundament für die Entstehung des Wirtschaftsstrafrechts bildet der sog. „organisierte Kapitalismus“. Dieses, um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert entwickelte Konzept³ zielte darauf ab, die sich „ins Riesenhafte“ ausdehnende industrielle Entwicklung

¹ Kohlrausch, ZStW 50 (1930), S. 30.

² Vgl. Hedemann, in: C. Lindemann, Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?, 1932, S. III.

³ Dazu Nörr, ZRG GA 108 (1991), S. 347, 354 ff.; Schmöeckel, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, 2. Aufl. 2016, Rdn. 732, 734.

*Kontaktperson: Michael Kubiciel, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Biorecht an der Universität Augsburg.

durch Normen und Institutionen zu kanalisieren, um einerseits die „Lebens- und Entfaltungsbedingungen der Industrie“ zu sichern und andererseits den dem Gemeinwohl abträglichen Folgen der wirtschaftlichen Dynamik entgegenzuwirken⁴. Vor allem nach dem sog. „Gründerkrach“, der den ökonomischen Liberalismus verunsicherte und den (in Deutschland nie überwundenen) gemeinwohlorientierten Interventionsstaat stärkte⁵, setzte der Staat das Recht in zunehmenden Maß auch für die Einhegung der wirtschaftlichen Entwicklung ein⁶. Mit der Zunahme wirtschaftslenkender Normen nahm auch die Notwendigkeit zu, die Primärnormen durchzusetzen – auch mit Hilfe des Strafrechts.

Daher entstand nach dem sog. Industrierecht das Wirtschaftsstrafrecht, das damit sowohl in entstehungsgeschichtlicher als auch in struktureller Hinsicht ein akzessorisches Recht ist. Die Akzessorietät ist zwar keine Eigenheit des Wirtschaftsstrafrechts⁷, sondern kennzeichnet das Strafrecht insgesamt⁸. Dennoch weist das akzessorische Wirtschaftsstrafrecht eine Besonderheit auf, die *Max Ernst Mayer* im Jahr 1903 auf den Punkt brachte. Während einfach strukturierte Rechtssysteme nicht zwischen religiösen, moralischen und rechtlichen Normen unterschieden hätten, habe sich das Recht moderner Staaten zwar nicht neue Inhalte angeeignet, wohl aber die Inhalte religiöser und moralischer Normen mit einer eigenen Form und einer eigenen Garantie ausgestattet⁹. Nun, zu Beginn des 20. Jahrhunderts, habe eine dritte Entwicklungsepoke begonnen, meinte *Mayer*. In dieser Epoche garantiere das Strafrecht Rechtsnormen, denen der Bezug zur Sozialmoral und Alltagskultur fehlt, auf deren Einhaltung eine moderne Gesellschaft mit ihren vielfältigen Steuerungsproblemen aber gleichwohl angewiesen sei¹⁰.

4 *Lehmann*, Festschrift für Zitelmann, 1913, S. 1, 4f. Zu dieser wirkmächtigen Schrift *Schmöeckel* (Anm. 3), Rdn. 1f.; *Weller*, in: *Augsberg/Funke* (Hrsg.), Kölner Juristen im 20. Jahrhundert, 2013, S. 33, 49 ff.

5 *Stolleis*, ZNR 11 (1989), S. 129, 133f.

6 Zu dieser „Gesetzgebungsmaschine“ *F. Naumann*, Werke, Bd. 4, 1964, S. 215 ff.; ferner *Stolleis*, ZNR 11 (1989), S. 129, 137 ff.

7 Umfassend dazu *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rdn. 2ff.; *Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016, S. 87 ff., insbes. S. 98.

8 *Achenbach*, ZStW 119 (2007), S. 789; *Frisch*, NStZ 2016, 16, 17; *Gärditz*, JZ 2016, 641, 642; *Haffke*, Festschrift für Roxin I, 2001, S. 955, 964; *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 181, 267.

9 *Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, S. 19 ff.

10 Dazu und zum Folgenden *Mayer* (Anm. 9), S. 22.

2. Wirtschaftsstrafrecht als Sonderrecht?

Dieser Schritt stellt für die Diskussion eine entscheidende Zäsur dar. Flankiert das Strafrecht wirtschaftsrechtliche Normen, deren spezifischer Inhalt nicht aus den Wertvorstellungen der Gesellschaft abgeleitet werden kann, nimmt der Legitimationsdruck auf wirtschaftsstrafrechtliche Tatbestände zu. Dass man andere Menschen nicht durch Gewalt um Sachen aus ihrem Eigentum bringen darf, ist eine seit Jahrhunderten anerkannte Regel und bedarf keiner Erklärung. Weshalb aber ein Vorstand einer Kapitalgesellschaft bestraft wird, der eine Insiderinformation zu publizieren versäumt, lässt sich weder an den Regeln der Sozialmoral ablesen noch an einer sichtbaren und nachteiligen Veränderung der Außenwelt erkennen¹¹. Die Verletzung einer Publizitätspflicht ist, anders gewendet weder eine *mala per se*¹² noch offensichtlich sozialschädlich¹³.

Auch mit der tradierten Systematik des Strafgesetzbuchs und den dazu entwickelten Legitimationsfiguren der Strafrechtswissenschaft lassen sich die Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts häufig nur schwer in Einklang bringen. Vom Blickwinkel des überkommenen Vermögensstrafrechts, das den Schutz des Vermögens des Einzelnen bezweckt, müssen sich Straftatbestände wie der Subventions-, Versicherungs-, Kredit- oder Kapitalanlagebetrug als problematisch erweisen, da sie die Strafbarkeit in das Vorfeld einer konkreten Gefährdung des Vermögens verlegen. Verantwortlich für diese Legitimationsprobleme ist jedoch nicht der Gesetzgeber, sondern die Wissenschaft, die diese Tatbestände an „rigiden Legitimitätskriterien“¹⁴ misst. Denn die kritisierten Tatbestände schützen – anders als klassische Eigentums- und Vermögensdelikte – keine Rechte der Person wie das Vermögen, sondern Normen, die wesentlich für den Bestand von gesellschaftlichen Institutionen sind (Subventions-, Versicherungs- und Kreditwesen bzw. Kapitalmarkt)¹⁵. Ohne solche Institutionen mag eine einfach strukturierte Gesellschaft, in der Waren unmittelbar getauscht werden, auskommen; heute stellt sich die Frage nach Funktion und Bedeutung von Institutionen und

¹¹ Zum Fehlen eines Außenwelterfolges *Geerds*, Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz, 1990, S. 39; ebenso *Nöckel*, Grund und Grenzen eines Marktwirtschaftsstrafrechts, 2012, S. 148.

¹² *Prittwitz*, ZIS 2012, 217, 219.

¹³ *Baumann*, JZ 1972, 1; *Prittwitz*, in: *Hefendehl* (Hrsg.), Empirische Erkenntnisse, dogmatische Fundamente und kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 287, 291.

¹⁴ So, mit Blick auf die „Frankfurter Schule“, *Schiinemann*, in: *Kühne/Miyazawa* (Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Deutschland und Japan, 2000, S. 15, 24.

¹⁵ So schon *Tiedemann*, JZ 1986, 865, 868; ferner *Kubiciel*, in: *Jahn u. a.* (Hrsg.), Strafverfolgung in Wirtschaftsstrafsachen, 2015, S. 158, 165 ff.; s. auch *Hedemann*, Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht, Heft 19 (1930), 51; *Jescheck*, JZ 1959, 457; *C. Lindemann* (Anm. 2), S. 14.

ihres strafrechtlichen Schutzes aber „für eine Massen- und Konsumgesellschaft, die durch enge gegenseitige volks- und betriebswirtschaftliche Abhängigkeiten, Kreditverflechtungen und Absatzkämpfe gekennzeichnet ist.“¹⁶

Vom Blickwinkel einer Rechtsgutslehre, derzufolge das Strafrecht die einer Person gehörenden Güter schützen soll, werden diese Institutionen nicht erfasst. Um den Schutz solcher Institutionen dennoch innerhalb der Rechtsgutslehre abbilden zu können, haben Gesetzgeber und Wissenschaft Rechtsgüter entwickelt, die den Institutionenschutz auf ein (scheinbar) individuelles Gut bzw. Interesse zurückführen: das Vertrauen in die Integrität und Funktionstüchtigkeit des Kapitalmarktes und andere Institutionen¹⁷. Diese Anpassung der Rechtsgutslehre an die Gestalt einer Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft des 20. Jahrhunderts hat zu Recht den Vorwurf auf sich gezogen, die Strafwürdigkeit mit Hilfe „künstlich erscheinender Konstruktionen“¹⁸ zu begründen. Angesichts dessen und des Umstandes, dass die an einfachen Erfolgsdelikten entwickelten Zurechnungsregeln häufig nicht zu den Tatbeständen des Wirtschaftsstrafrechts passen, liegt es nahe, das Wirtschaftsstrafrecht als „Sonderstrafrecht“ zu bezeichnen, das mit dem „hergebrachten Strafrecht“ wenig zu tun habe¹⁹.

3. Legitimation des Wirtschaftsstrafrechts

An der These vom Sonderstrafrecht ist historisch richtig, dass das Wirtschaftsstrafrecht in den Ausnahmesituationen – Erster Weltkrieg, Weltwirtschaftskrise sowie Zweiter Weltkrieg – erheblich an Umfang zunahm²⁰, weil der Gesetzgeber auf die Herausforderungen dieser Kriegs- und Krisenzeiten mit der Schaffung eines wirtschaftsstrafrechtlichen Ausnahmerechts reagierte²¹. Jedoch darf nicht

16 So Tiedemann, Verhandlungen des 49. Juristentages, Bd. 1, 1972, C 19; weiterführend Tiedemann, in: ders./Sieber/Satzger/Burckhardt/Brodowski (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, S. 13, 18: „Es geht hier nicht um ‚entfremdendes‘ Sicherheitsdenken. Nachdem vielmehr Wirtschaften seit der Mitte des 19. Jahrhunderts weitgehend anonym und massenhaft, kapitalintensiv und international geworden ist, werden insbesondere durch technische Hochentwicklungen neuartige Schutzbedürfnisse der Wirtschaftsakteure und Verbraucher produziert, denen individualgerichtete Tatbestände wie Betrug und Untreue nicht mehr gerecht werden (...).“

17 Krit. Hassemer, StV 1995, 483, 484.

18 Treffend Nöckel (Anm. 11), S. 147.

19 So Prittitz, ZIS 2012, 217, 219.

20 Vgl. dazu Jescheck, JZ 1959, 457; C. Lindemann (Anm. 2), S. 3ff.; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht – Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, S. 34f.

21 S. zur strafrechtlichen Reaktion auf den „wirtschaftlich-finanziellen Ausnahmezustand“ (Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 6, 1981, S. 767f.) der Weltwirtschaftskrise der

übersehen werden, dass die Gesellschaft auch zur Stabilisierung ihrer Normallage des strafrechtlichen Schutzes gesellschaftlicher Institutionen bedarf. Denn Institutionen, deren Regeln sich über die Zeit und in der sozialen Praxis bewährt haben, bieten dem Einzelnen Orientierung: Die in ihnen geltenden Regeln ermöglichen es dem Einzelnen, sich in persönlicher, wirtschaftlicher und unternehmerischer Hinsicht zu entfalten, ohne dass er die Regeln in jedem Einzelfall intersubjektiv aushandeln und auf ihre Einhaltung dringen müsste. Vielmehr sind es Rechtsnormen, welche den Bestand von Institutionen verfestigen²². Wer Institutionen schützen und damit dem Einzelnen die Ausübung seiner Freiheit ermöglichen will, muss mithin jene Normen garantieren, die für Stabilität und Funktion dieser Institution unabdingbar sind²³.

Die Bedeutung des Institutionenschutzes hatte bereits *Curt Lindemann* in der ersten, dem Wirtschaftsstrafrecht gewidmeten Monographie angedeutet: Es gebe Fälle, in denen man mit dem tradierten Vermögensschutz nicht auskomme, „weil die Gefährlichkeit des Täters weder darin liegt, daß er das Vermögen eines anderen direkt angegriffen, noch daß er sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschafft hat. Es gehört hierher der Fall, wo durch die Beeinflussung oder sonstige Mittel die Aktienkurse künstlich in die Höhe getrieben werden (...). Hier ist die Handlungsweise nicht deswegen gefährlich, weil ein, zwei oder zwanzig Menschen tatsächlich Schaden erlitten haben“, sondern weil es „das Vertrauen auf das ordnungsgemäße Geschäftsgebaren an der Börse“ zerstören könne²⁴. Anders formuliert: Nur wenn die Regeln des Börsengeschäfts garantiert werden (und die Einzelnen darauf vertrauen können), kann die Institution Kapitalmarkt seine freiheitsermöglichte Funktion entfalten. Ein strafrechtlicher Schutz dieser Normen ist daher nicht verdächtig oder gefährlich²⁵, sondern im Gegenteil (freiheits-)freundlich.

Die Monographie *Lindemanns* endet mit dem Appell, Gesetzgebung und Rechtswissenschaft müssten der großen Bedeutung der Wirtschaft auch auf dem

späten 1920er Jahre *Kubiciel*, Nomos – Kansai L. Journal 33 (2013), S. 21, 32ff. Zu ausnahmerechtsähnlichen Ansätzen aus Anlass der Finanzkrise des Jahres 2008 ders., ZIS 2013, 53 ff.; *Naucke*, Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafat, 2012, S. 39 ff.; krit. zu letzterem *Bung*, in: *Jeßberger* u. a. (Hrsg.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2015, S. 129 ff.

22 Zur Notwendigkeit, Institutionen durch Normen „juristisch zu verfestigen“, vgl. *Lampe*, Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 79, 97.; s. ferner *Hauriou*, Die Theorie der Institution, hrsg. von *Roman Schnur*, 1965, S. 35.

23 *Kindhäuser*, Festschrift für Krey, 2010, S. 249, 265; *Kubiciel* (Anm. 15), S. 165.

24 *C. Lindemann* (Anm. 2), S. 17.

25 S. aber *Hassemer*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, 2009, S. 29, 37; *Kempf/Lüderssen/Volk*, in: *dies.* (Hrsg.), Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht, 2013, VII.

Gebiet des Strafrechts Rechnung tragen²⁶. Die Strafrechtswissenschaft schenkte diesem Aufruf zunächst keine Beachtung. So konstatierte *Rauch* wenige Jahre später, das Wirtschaftsstrafrecht sei zwar beständig ausgeweitet worden, die Strafrechtswissenschaft habe mit dieser Entwicklung aber nicht Schritt gehalten²⁷. Die „großen Kriminalisten“, heißt es an anderer Stelle, hätten vom Wirtschaftsstrafrecht keine Notiz genommen²⁸. Diejenigen aber, die zum Wirtschaftsstrafrecht schrieben, waren von dessen Unentbehrlichkeit überzeugt. Dabei wirkte sich zweifellos auch der Umstand aus, dass gerade die Zeit der Wirtschaftskrise den Sinn für die „ungeheure“ wirtschaftliche Macht von Unternehmen und ihre Bedeutung für das „Schicksal der Gesamtheit“ schärfte, wie *E.R. Huber* mit Blick auf die Schwer- und Chemieindustrie meinte²⁹.

II. Gegenbewegung: Wirtschaft ohne Strafrecht?

1. Der wirtschaftsstrafrechtliche Skeptizismus und seine Gründe

Verglichen mit der Diskussionslage während der Formierungsphase des Wirtschaftsstrafrechts finden wir heute eine grundlegend gewandelte Diskussionslage vor. Kein anderes Feld hat die Strafrechtswissenschaft in den letzten Jahrzehnten so intensiv bestellt wie das Wirtschaftsstrafrecht. Bezeichnend ist aber nicht nur, dass sich die Strafrechtswissenschaft intensiv mit dem Wirtschaftsleben befasst; bezeichnend ist vor allem, wie bzw. mit welcher Stoßrichtung sie es tut. Sie kritisiert ganz überwiegend die Weite bestehender Straftatbestände wie § 266 StGB und begegnet Referentenentwürfen zu Änderungen des Wirtschaftsstrafrechts mit Skepsis bis Ablehnung³⁰. Neue Straftatbestände pflegt die Strafrechtswissenschaft in aller Regel als „kriminalpolitisch verfehlt“ und „verfassungsrechtlich bedenklich“ einzustufen, über die Gesetzgebung ergießt sich ein „stetiger saurer Regen der Kritik“³¹.

Diese, geradezu orthodox-kritische, Haltung hat sich erst in den letzten Jahrzehnten herausgebildet. In der frühen Zeit der Bundesrepublik stand zunächst die

26 *C. Lindemann* (Anm. 2), S. 90.

27 *Rauch*, ZStW 58 (1939), S. 75.

28 *Hedemann* (Anm. 2), S. 51.

29 *Huber*, Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat, 1931, S. 16.

30 Pointiert *Volk*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Anm. 25), S. 7: In unserer Gesellschaft habe jedes Problem die Tendenz, erst zum Rechts- und dann zum Strafrechtsproblem zu werden.

31 *Arzt*, ZStW 111 (1999), S. 757, 765 sowie 781.

Beseitigung der „zahlreichen Mißstände“ des „relativ jungen Gebildes“ Wirtschaftsstrafrecht auf der Agenda³². Zu diesen Missständen zählte vor allem die starke Ausdehnung des so genannten Verwaltungsstrafrechts während der Weimarer Republik und der NS-Zeit³³. Da sich die Anwendungsbereiche verwaltungsstrafrechtlicher Vorschriften häufig mit denen genuiner Straftatbestände überschnitten, für die Durchsetzung des Verwaltungsstrafrechts aber geringere Verfahrensstandards galten, erachtete die Strafrechtswissenschaft die Rechtslage aus systematischen und rechtsstaatlichen Gründen als unbefriedigend. Die Forderung nach Zurückdrängung parastrafrechtlicher Normen wurde bald von Ruf nach einer Effektivierung des Wirtschaftskriminalrechts begleitet. Die White-collar-Kriminalität und die von ihr verursachten Schäden, hieß es, verdienten die gleiche Beachtung wie die „Schädigungen von Individualrechtswerten“³⁴. Die Strafrechtswissenschaft müsse sich der bislang vernachlässigten Frage zuwenden, wie das Strafrecht der wirtschaftlichen Entwicklung anzupassen sei³⁵ und was es zur „Bewältigung der Wirtschaftskriminalität“³⁶ beitragen könne. Diese Forderungen passten zu der gewachsenen Sensibilität der Gesellschaft für (vermeintliche oder tatsächlich existierende) Ungleichheiten bei der Verfolgung von Blue-collar- und White-collar-Kriminalität³⁷. Eine Effektivierung des Strafrechts durch die Anpassung der Tatbestände an komplexe Wirtschaftssachverhalte mit großen Nachweisschwierigkeiten galt als Ausprägung „sozialstaatlicher Gerechtigkeitsvorstellungen“³⁸. Ende der 1970er konstatierte Schünemann, das lange vernachlässigte Wirtschaftsstrafrecht sei innerhalb weniger Jahre in den Mittelpunkt des allgemeinen Interesses gerückt³⁹.

In dieser Zeit begann das Pendel zurückzuschlagen. Das bislang wohlwollend aufgenommene Wirtschaftsstrafrecht rückte nach und nach in das Zentrum der Kritik. Zweifellos wirkt sich dabei jener Strafrechtsskeptizismus aus, der sich in den 1960er Jahren ausbreitete und das Selbstverständnis der Strafrechtswissen-

³² Tiedemann, GA 1969, 71, 72.

³³ Dazu und zum Folgenden Eb. Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 10, 21ff.; Tiedemann, GA 1969, 71, 75 ff.

³⁴ Baumann, JZ 1972, 1, 2.

³⁵ Tiedemann, ZRP 1970, 256, 260.

³⁶ Tiedemann, ZRP 1970, 256, 257; s. auch dens., GA 1969, 71, 90; Schneider, JZ 1972, 461, 467.

³⁷ Besonders prägnant Baumann, JZ 1972, 1, 2: Das StGB dürfe nicht länger nur ein „Gesetzbuch allein gegen Arme und Dumme sein, denen nicht besseres einfällt, als dem Nachbarn mit plumper Hand in die Tasche zu fallen.“ S. ferner Schünemann (Anm. 14), S. 17 ff.

³⁸ Baumann, JZ 1972, 1, 2.

³⁹ Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 1; ebenso Heinz, GA 1977, 193.

schaft als eine „kritische“ Wissenschaft tiefgreifend prägte⁴⁰. Zwar spricht nichts dagegen, die seit den 1970er Jahren im Vordergrund stehende Strategie der Neukriminalisierung fortlaufend kritisch zu hinterfragen, um das Einsickern „überflüssiger und ungeeigneter“ Straftatbestände zu verhindern⁴¹. Bemerkenswert ist aber, dass jede Neuschöpfung des Gesetzgebers auf dem Feld des Wirtschaftsstrafrechts abgelehnt wird, inklusive solcher, die erhebliche Strafbarkeitslücken im Bereich der Ärztekorruption schließen⁴². Die ehemals (links)liberal-kritische Haltung der Strafrechtswissenschaft scheint in den letzten Jahrzehnten in jene extrem libertäre Überzeugung umgeschlagen zu sein, die sich in den 1980er Jahren zunächst in der Wirtschaftspolitik ausgebrettet hatte. Der Staat soll nach dieser Denkschule die Regulierung der Wirtschaft möglichst weit zurücknehmen, um die Wettbewerbsfähigkeit westlicher Staaten zu stärken⁴³. Der Siegeszug dieser Denkungsweise in der Gesellschaft konnte nicht ohne Folgen für die Strafrechtswissenschaft bleiben: Weisen die Zeichen der Zeit in Richtung Deregulierung, muss gerade das Strafrecht als das „schärfste Schwert“ des Staates eine möglichst kleine Rolle spielen. Das Wirtschaftsstrafrecht erscheint nicht als Garant essentieller Normen der marktwirtschaftlichen Ordnung, sondern als „Wachstumsbremse“⁴⁴.

2. Am Beispiel: Die Erweiterung des § 299 StGB

Die wirtschaftspolitische Skepsis gegenüber dem Wirtschaftsstrafrecht paart sich mit einer strafrechtstheoretischen Ablehnung, die sich aus vagen, aber mit großen kriminalpolitischen Hoffnungen aufgeladenen Begriffen und Postulaten (Rechtsgutsbegriff und dem Ultima-ratio-Grundsatz) speist. Die Diskrepanz zwischen dieser Skepsis und der Wirklichkeit hat die Strafrechtswissenschaft in den letzten Jahren indes zu einem zaghaften Nachdenken über ihre eigenen Ansprüche und Möglichkeiten veranlasst⁴⁵. Gleichwohl verlangen auch weite Teile der

40 Näher zu diesem Selbstverständnis *Kubiciel* (Anm. 8), S. 16 ff.

41 *Schünemann*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 629.

42 S. etwa *H. Schneider*, HRRS 2013, 473, 480: Zwingend sei diese Lückenschließung nicht, da es keinen Grund zu der Annahme gebe, dass die Einwirkung durch Strafrecht im Bereich des Wirtschaftslebens erfolgversprechender ist als bei der Bekämpfung der Elends-, Straßen- und Drogenkriminalität.

43 Zur Wirtschaftskrise der 1970er Jahre und der anhaltenden fehlenden Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands *Wolfrum*, Die geglickte Demokratie, 2007, S. 335 ff.; zur Deregulierung etwa *Base-dow*, Mehr Freiheit wagen. Über Deregulierung und Wettbewerb, 2002, S. 3 ff.

44 Vom Wirtschaftsstrafrecht als „Wachstumsbremse“ spricht *H. Schneider*, NK 2012, 30 ff.

45 *Ambos*, GA 2016, 177 ff.; *Kubiciel* (Anm. 8) S. 100 ff.; *Stuckenberg*, GA 2011, 653 ff.; *Vogel*, JZ 2012, 25 ff.

Strafrechtswissenschaft unverdrossen die Änderung der Wirklichkeit. Wie (wenig) aussichtsreich dieser Versuch ist, soll im Folgenden an einem aktuellen Beispiel demonstriert werden: der Erweiterung des Verbots der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§§ 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB). Den neuen Tatvarianten zufolge ist es strafbar, wenn Angestellte oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen einen Vorteil gegen ein Verhalten tauschen, das eine Pflicht gegenüber dem Unternehmen verletzt. Die Erweiterung des § 299 StGB hat ihren Grund in einem zwingend umzusetzenden EU-Rahmenbeschluss und bereitet überdies die Ratifikation des Europaratsübereinkommens gegen Korruption vor⁴⁶. Gegen diese – in ihrer praktischen Auswirkung überschaubare – Änderung haben Wirtschaftsverbände, Strafverteidiger und Strafrechtswissenschaftler ein ganzes Arsenal von Argumenten in Stellung gebracht.

a) Entbehrlich, weil auslegungsbedürftig?

Um die Entbehrlichkeit der Änderung zu belegen, ist ein Beispiel gebildet worden, das regelrecht Karriere gemacht hat. Die Tatvariante, heißt es, kriminalisiere auch denjenigen, der die Angestellten eines Catering-Unternehmens dafür bezahle, dass diese bei einer Veranstaltung unangemessene Kleidung tragen⁴⁷. Das Beispiel enthält ein *argumentum ad absurdum*⁴⁸. Unter Verweis auf eine (vor-geblich) unsinnige Konsequenz soll die gesamte Vorschrift delegitimiert werden. Jedoch lässt sich bereits hinterfragen, ob das Beispiel tatsächlich ein in jedem Fall strafunwürdiges Verhalten abbildet. Denn üblicherweise verfolgen Vorteilsgeber mit ihrer Zahlung einen eigenen (zumeist wirtschaftlichen) Zweck. So kann man sich leicht vorstellen, dass das Geld an die Angestellten des Catering-Unternehmens nicht grundlos, sondern mit der Absicht gezahlt wird, dem Unternehmer zu schaden und einen eventuellen Markteintritt des Vorteilgebers vorzubereiten. Bildet man das Beispiel in dieser (realitätsnäheren) Weise, erscheint die Strafbarkeit der Zahlung nicht mehr als eine schlechterdings absurde Konsequenz. Vor allem aber ist eine überschießende Kriminalisierungstendenz schlicht Folge der

⁴⁶ Dazu Kubiciel, ZIS 2014, 667.

⁴⁷ Vgl. Rönnau, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2012, 3. Teil 2. Kap. Rdn. 80; Zöller, GA 2012, 137. Eine fehlende praktische Notwendigkeit für die neue Tatvariante konstatiert auch Saliger, in: Hatje u. a. (Hrsg.), Verantwortung und Solidarität in der EU, 2015, S. 425, 443; ders., Festschrift für Kargl, 2015, S. 493, 501f.

⁴⁸ Zur Struktur dieser rhetorischen Figur *Gast*, Juristische Rhetorik, 5. Aufl. 2015, Rdn. 1067 ff.; T. Walter, Kleine Rhetorikschule für Juristen, 2009, S. 197 ff.

unvermeidbaren Auslegungsbedürftigkeit sämtlicher Straftatbestände. Wollte man den Tatbestand der Köperverletzung in Zweifel ziehen, ließe sich eine Vielzahl von Beispielen bilden, die zwar unter den Wortlaut des § 223 StGB subsumiert werden können, aber nach allgemeiner Auffassung im Wege einer teleologisch-restriktiven Interpretation aus dem objektiven Tatbestand auszuscheiden sind. Dies zeigt, wie mit weit gefassten Vorschriften des Wirtschaftsstrafrechts zu verfahren ist: Erfassen diese auch nicht-strafwürdiges Unrecht, ist dem bei der Auslegung Rechnung zu tragen; erst wenn eine Strafnorm ganz überwiegend und systematisch strafunwürdige Minimalverstöße erfasst, ist die Verbotsnorm unverhältnismäßig und verfassungswidrig⁴⁹. Auch die § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB fordern daher nicht zu einer „geltungsbestreitenden“ Auslegung *ad absurdum*, sondern zu einer „geltungserhaltenden“ restriktiven Interpretation heraus. Wer – wie die Strafrechtswissenschaft – hingegen mit dem Catering-Beispiel im Gepäck nach Berlin reist, um dem Gesetzgeber die Erweiterung des § 299 StGB auszureden, muss damit rechnen, dass seine Argumente gewogen und für zu leicht befunden werden. Mit einem – nur auf den ersten Blick absurden – Beispiel lässt sich die Entbehrlichkeit der § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB jedenfalls nicht begründen.

b) Inneres System und Legalordnung als Grenzen der Wirtschaftsstrafgesetzgebung?

Verbreitet verweist die Strafrechtswissenschaft auch auf ein inneres System und die Legalordnung, in die sich neue Straftatbestände (angeblich) nicht einfügen. So heißt es, § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB widersprüche der deutschen Teilnahmedogmatik: Da der Vorteilsgeber gegenüber dem Geschäftsherren keine Loyalitätspflicht habe, stufe § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB ein Teilnahmeunrecht zu einem Täterunrecht hoch⁵⁰. Dies ist freilich nichts Ungewöhnliches. So pönalisiert § 334 StGB denjenigen, der einen Amtsträger besticht, obgleich dieser Vorteilsgeber selbst ein Extraneus ist, da er selbst nicht in die beamten- oder dienstrechtlischen Pflichten des Amtsträgers eingebunden ist⁵¹. Auch die Bestechung stellt mithin

⁴⁹ So Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 365f.; s. auch Fischer, StV 2010, 95.

⁵⁰ Krack, Festschrift Samson, 2010, 377, 382; Zöller, GA 2009, 137, 146f.

⁵¹ Vgl. Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 240. Daher stellt § 334 StGB nach richtiger Auffassung eine vertatbestandliche Beteiligung dar, so Ameling, Festschrift für Schroeder, 2006, S. 147, 166; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 24. Abschnitt Rdn. 11; Reinhold, Amtsträgerbestechung, 2011, S. 73f.; T. Zimmermann, ZStW 124 (2012), S. 1023, 1032f. Vom Standpunkt der herrschenden Rechtsgutslehre erscheint das Unrecht des Amtsträgers

vertypetes Teilnahmeunrecht dar. Wer das Teilnahmeargument gegen § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB in Stellung bringt, müsste sich auch für die Entkriminalisierung der Bestechung aussprechen. Dies verlangt – zu Recht – niemand.

Andere wenden ein, die §§ 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB seien deswegen systemwidrig, weil sie die Untreuestrafbarkeit in das Vorfeld eines Vermögensschadens verlagerten⁵². Mehr noch: Da – was allerdings für alle Korruptionsstraftatbestände gilt – bereits der Abschluss einer Unrechtsvereinbarung tatbestandsmäßig sei, werde die versuchte Anstiftung zur Untreue bestraft, was zu einem „eklatanten Wertungswiderspruch“ mit Blick auf die Straflosigkeit der versuchten Untreue führe⁵³. Diese Einwände sind ausgesprochen voraussetzungsreich. So wäre zunächst darzutun, weshalb sich der Gesetzgeber bei der Änderung eines Korruptionstatbestandes, der den Wettbewerb schützt, von der Ausgestaltung der Untreuevorschrift leiten lassen soll. Selbst wenn dieser Nachweis gelänge: Die Legalordnung ist vielgestaltig und folgt nicht durchweg einem „inneren“ System. Daher kann die Strafrechtswissenschaft nicht eine Teilstruktur – die der Untreuevorschrift oder der Vermögensdelikte – als für den Gesetzgeber verbindlich ausweisen. Dem Gesetzgeber steht es grundsätzlich frei, mit der Legalordnung auch systematische Teilstrukturen zu verändern, solange er sich dabei innerhalb der Grenzen der Verfassung bewegt⁵⁴. Sich bei der Fortschreibung des Strafrechts an der dem geltenden Recht eingeschriebenen Grammatik zu orientieren, ist zwar ein Gebot der Klugheit. Dieses verpflichtet den Gesetzgeber aber nicht kategorisch dazu, die bestehenden Strukturen des Strafgesetzes unangetastet zu lasten. Vielmehr ist sowohl funktional als auch freiheitsfreundlich, wenn der Gesetzgeber auf die Dynamik der Gesellschaft und die sich daraus entwickelnden neuartigen sozialen Probleme mit einer Flexibilisierung des Strafrechts reagiert. Eine solche Flexibilisierung des Strafrechts und seiner Strukturen mag für die Strafrechtswissenschaft systematisch unbefriedigend sein; sie ist aber unerlässlich, wenn das Strafrecht seine Aufgabe erfüllen soll: Jene Normen zu garantieren, die im gesellschaftlichen Hier und Jetzt notwendig sind, damit die Einzelnen ihre personale Freiheit wirkmächtig entfalten können.

immerhin höher als das des aktiv bestechenden Extraneus, dazu *Stein/Deiters*, in: Systematischer Kommentar StGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2016, Vor § 331 Rdn. 12.

⁵² *Heuking/v. Coelln*, BB 2016, 323, 326; *Rönnau*, StV 2009, 302, 308; *Schünemann*, ZRP 2015, 68, 69; *Walther*, NZWiSt 2015, 255, 257; dagegen *Kubiciel*, ZIS 2014, 664, 670 ff.; eine „Entdramatisierung anmahnend *Hoven*, NSTZ 2015, 553, 557 ff.

⁵³ *Heuking/v. Coelln*, BB 2016, 323, 327.

⁵⁴ Vgl. zur FortentwicklungsOffenheit der Regeln und Strukturen des Strafverfahrensrechts *Jahn*, GA 2004, 272, 275; *Kubiciel*, HRRS 2014, 204, 206.

Zu den Realitäten der heutigen Gesellschaft gehört auch, dass viele Tätergruppen nicht an nationalen Grenzen Halt machen, sondern sich in deutlich größeren kriminalgeographischen Räumen bewegen. Zudem sind die Folgen der Wirtschaftskriminalität nicht auf eine nationale Volkswirtschaft beschränkt, sondern wirken sich – insbesondere in der tief integrierten Europäischen Union – auf andere Mitgliedsstaaten aus. Dies gilt insbesondere für die Korruption (in der Privatwirtschaft) und deren Folgen⁵⁵. Da die einzelnen Staaten dieser transnationalen Kriminalität nicht mehr effektiv entgegentreten können, haben sie ihrem Einflussverlust mit einer Übertragung der Rechtssetzung auf inter- und supranationale Gesetzgeber zu begegnen versucht⁵⁶. So kommt es, dass der deutsche Gesetzgeber immer häufiger durch Vorgaben internationaler Übereinkommen oder des europäischen Rechts zu Veränderungen der Legalordnung des StGB und damit auch zur schrittweisen Veränderung der Strukturen des Strafrechts veranlasst ist. Auch aus diesem Blickwinkel betrachtet erweisen sich die gegen die Erweiterung des § 299 StGB vorgetragenen Einwände der Strafrechtswissenschaft als schwach: Wer moniert, die Einführung der neuen Tatvarianten in § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB verändere die äußere Gestalt und innere Struktur des StGB, übersieht, dass der Sinn europäischer Rahmenbeschlüsse bzw. Richtlinien gerade in der Veränderung des nationalen Strafrechts liegt. Ein strafrechtliches Harmonisierungsprojekt, das die Struktur des nationalen Rechts unverändert ließe, wäre sinn- und nutzlos.

IV. Entbehrliche Tatbestände

Die Strafrechtswissenschaft steht mithin vor dem Dilemma, einerseits ihrem Selbstverständnis als kritische Wissenschaft gerecht werden zu wollen und andererseits das Eigenrecht einer demokratisch legitimierten Gesetzgebung sowie die europäische und internationale Integration Deutschlands anerkennen zu müssen. Letzteres steht dem Anspruch der Strafrechtswissenschaft entgegen, dem Gesetzgeber wie eine „Herrin“ Anweisung erteilen zu können⁵⁷. Dennoch muss sich die Strafrechtswissenschaft nicht in die Rolle einer passiven und unkritischen Beobachterin der Gesetzgebung fügen, gibt es doch durchaus Kriterien, mittels derer

⁵⁵ Näher dazu *Kubiciel*, HRRS 2013, 213, 218f.

⁵⁶ Umfassend dazu *Meyer*, Strafrechtsgenese in internationalen Organisationen, 2012. Dazu *Peilert*, ZIS 2013, 50 ff.; *Kubiciel*, GA 2015, 61ff.

⁵⁷ Zu diesem traditionell erhobenen Anspruch der Strafrechtswissenschaft *Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtpflege, 3. Aufl. 1965, S. 223; s. auch *Arzt*, ZStW 111 (1999), S. 757, 758.

sie Straftatbestände als kriminalpolitisch verfehlt und entbehrlich ausflaggen kann. Indes sind entbehrliche Tatbestände – anders als dies heute vielfach insinuiert wird – auch auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts die Ausnahme und nicht die Regel.

1. Fehlender rationaler Zweck oder nachträglich entfallende Aufgabe

Ob ein Straftatbestand unter diese Fallgruppe zu subsumieren ist, lässt sich *nicht* mit Hilfe der Rechtsgutslehre beantworten. Denn die Rechtsgutslehre macht der Wissenschaft keineswegs das „Geschenk“ klar konturierter und handfester Kriterien, mit deren Hilfe „dysfunktionale“ Eingriffe des Gesetzgebers in die Wirtschaft vermieden werden könnten⁵⁸. Vielmehr ist es der Strafrechtswissenschaft auch nach einem halben Jahrhundert nicht gelungen, die Konturen eines engeren Rechtsgutsbegriffs zu zeichnen⁵⁹. Ebenso wenig hat sie einen Geltungsgrund für einen solchen Begriff benennen können⁶⁰. Schon 2013 konstatierte *Hassemer*, der sich über Jahrzehnte für einen systemkritischen Rechtsgutsbegriff stark gemacht hatte, daher eine sich seit längerem abzeichnende „Verabschiedung des Rechtsguts“⁶¹. *Kudlich* hat den Rechtsgutsbegriff unlängst auf die Rolle reduziert, einen „space of reasons“ aufzuspannen, „innerhalb dessen wir über die Legitimität von Strafnormen diskutieren müssen.“⁶² Das Wort Rechtsgut ist danach nicht mehr als ein Platzhalter für kriminalpolitische Erörterungen⁶³. In den Worten *Vogels* erweisen sich Rechtsgüter als „etwas diskursiv und relativ zu einer Welt und Gesellschaft vorfindlicher, wenn auch sich verändernder Gestalt Hergestelltes“⁶⁴. Zuständig für die kriminalpolitische Erörterung sind in einer Demokratie die Parlamente und ihre Ausschüsse. Die Strafrechtswissenschaft kann beratend mitwirken, ist aber nicht dazu in der Lage, besser zu beurteilen, was strafrechtlich schutzwürdig ist und was nicht⁶⁵. Diese Entscheidung hat der demokratisch legitimierte Gesetzgeber zu treffen, der für diese Entscheidung politisch und

⁵⁸ So aber *Hassemer* (Anm. 25), S. 38 f.: Der „einige Anker, an dem strafrechtliche Zurückhaltung und Prinzipienbindung befestigt werden können.“

⁵⁹ *Kubiciel* (Anm. 8), S. 57 ff.

⁶⁰ Umfassend dazu *Engländer*, ZStW 127 (2015), S. 616 ff.

⁶¹ *Hassemer* bei *Youssef/Godenzi*, ZStW 125 (2013), S. 659, 665.

⁶² *Kudlich*, ZStW 127 (2015), S. 635, 651; ähnlich bereits *Roxin*, ZStW 81 (1969), S. 613, 622.

⁶³ Näher dazu *Kubiciel*, in: *Duve/Ruppert* (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, im Erscheinen.

⁶⁴ *Vogel*, Festschrift für *Roxin I*, 2001, S. 105, 114.

⁶⁵ *Kindhäuser*, ZStW 121 (2009), S. 954, 963 f.

gegenüber dem BVerfG auch rechtlich verantwortlich ist⁶⁶. Da der Strafgesetzgeber zudem in nicht wenigen Fällen international oder europarechtlich zur Schaffung bzw. Verschärfung einzelner Tatbestände verpflichtet ist, führt der traditionelle Zugang der deutschen Strafrechtswissenschaft, kriminalpolitische Fragen mit Hilfe materieller Kriterien (Rechtsgut) beantworten zu wollen⁶⁷, in eine – zwar heimelige, allerdings eben nicht weiterführende – Sackgasse.

Aber auch ohne Zuhilfenahme vorpositiver materieller Kriminalisierungskriterien kann die Strafrechtswissenschaft jene Straftatbestände sichtbar machen, die keinem rationalen bzw. realistischerweise erfüllbaren Zweck dienen. Diese Fälle sind selten, aber durchaus vorhanden. So soll das Verbot der Auslandsbestechung (§ 335a StGB) Bundesjustizminister Maas zufolge dem Ziel dienen, die good governance in korrupten Staaten des Globalen Südens zu fördern⁶⁸. Ganz abgesehen davon, dass zu diesem Ziel das beschränkte Strafanwendungsrecht nicht passt, ist es unrealistisch, korrupte Regime in Afrika mit Hilfe gelegentlicher Verurteilungen deutscher Täter in Deutschland verändern zu wollen. Wenn sich § 335a StGB nicht durch andere oder zusätzliche Zwecke rationalisieren lassen sollte, wäre § 335a StGB ein kriminalpolitisch verfehlter Straftatbestand. Er müsste dann zumindest auf das Maß zurückgeschnitten werden, das nach internationalem Recht absolut zwingend ist⁶⁹.

Ein anderes Anwendungsbeispiel für diese Fallgruppe entbehrlicher Tatbestände sind Strafbestimmungen, deren Regelungsziel nachträglich weggefallen ist, denen also hier und heute kein rationaler Zweck mehr zugewiesen werden kann. Dazu zwei hypothetische, aber keineswegs unrealistische Beispiele: Sollte der Kapitalmarkt vollständig reguliert werden, so dass der sog. graue Kapitalmarkt verschwände oder auf einen wirtschaftlich irrelevanten Bereich verkleinert würde, entfiele auch die Aufgabe des § 264a StGB. Und wenn die Wertpapierrechtlichen Publizitätspflichten in einer Weise ausgedehnt werden, dass Marktteilnehmer der Vielzahl täglich erscheinender Mitteilungen keine Beachtung mehr schenken, entfiele auch der Strafgrund des § 38 WpHG⁷⁰. Auch in diesem Fall

66 S. bereits Tiedemann (Anm. 16), C. 38.

67 Lepsius in: Masing et al. (Hrsg.), *Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa*, 2015, S. 45, 46.

68 Maas, NStZ 2015, 305, 308; s. dazu auch Schünemann, ZRP 2015, 68, 71; Weigend, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), *Das Verbot der Auslandsbestechung*, 2016, 109, 118 f.

69 Zu einem solchen Versuch s. Kubiciel, in: Hoven/Kubiciel (Anm. 68), S. 45, 55 ff.; s. dazu (mit Kritik) Deiters, *Gedächtnisschrift für Weßlau*, 2016, S. 51 ff.

70 Für ein Bsp. zweckverfehlender Verwendungen von Ad-hoc-Mitteilungen s. Schröder, *Handbuch des Kapitalmarktrecht*s, 3. Aufl. 2015, 2. Kapitel Rdn. 109.

wäre die Vorschrift auf das nach europäischem Recht unerlässliche Maß zurückzuschneiden.

Die Beispiele zeigen: Anstatt sich weiterhin mit dem – hauptsächlich in Deutschland bekannten – Rechtsgutsbegriff zu befassen, sollte die Strafrechtswissenschaft häufiger hinterfragen, ob eine internationale oder europaweite Angleichung in der Sache notwendig ist⁷¹. Diesbezügliche Bedenken muss sie rechtzeitig zur Sprache bringen. Ist ein internationales Abkommen nämlich einmal unterzeichnet oder eine europäische Richtlinie verabschiedet, tendiert die Einflussmöglichkeit nationaler Wissenschaftler und Rechtspolitiker gegen Null. Sich auf internationaler Ebene stärker einzubringen heißt aber nicht, vor allem als Bedenkenträgerin zu fungieren oder – wie in der Diskussion um § 299 StGB – nationale Sonderwege zu verteidigen. Vielmehr sollte die Strafrechtswissenschaft stärker als bislang ein positives Agenda-Setting betreiben, wenn sie ihren kriminalpolitischen Vorstellungen größeres Gewicht verleihen will⁷².

2. Ultima-ratio?

Soll ein wirtschaftliches Problem mit potenziell schädlichen sozialen Folgen behoben werden, stehen dem Gesetzgeber eine große Auswahl von regulatorischen Möglichkeiten zur Verfügung⁷³. Dazu zählt auch das Strafrecht, insbesondere in Kombination mit anderen regulatorischen Mitteln. Obgleich das Strafrecht von der Praxis als ein Instrument unter anderen behandelt wird, erscheint es in der „Binnensicht der Strafrechtswissenschaft als ein ganz besonderes Staatshandeln“⁷⁴. Dazu passt der sog. ultima-ratio-Grundsatz, der vielen als „tragendes Strukturprinzip des Strafrechts“⁷⁵ gilt, obgleich er bislang so gut wie keine wahrnehmbare praktische Relevanz erlangt hat⁷⁶. Dessen ungeachtet halten weite Teile der Strafrechtswissenschaft daran fest, dass das Strafrecht lediglich das Mittel der letzten Wahl sein dürfe, weil die Rechtsfolge Strafe von besonderer Schärfe sei⁷⁷. Daher solle von dem besonders eingriffsintensiven Mittel nur „als

71 Böse, in: *ders. (Hrsg.)*, Europäisches Strafrecht, 2014, § 27 Rdn. 10.

72 Vogel, in: Böse (Anm. 71), § 7 Rdn. 22.

73 Kölbel, in: Tiedemann et al. (Anm. 16), S. 379, 380 ff.

74 Treffend Kölbel (Anm. 73), S. 392.

75 Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969, die aber zugleich von einem „gefährdeten Eckpfleiler“ sprechen.

76 Dazu Gärditz, JZ 2016, 641, 642; Goeckenjahn, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 184, 188; Greco, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/M. Vormbaum (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, S. 13, 23; Landau, ZStW 121 (2009), S. 965, 971.

77 Ausf. Kaspar, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 243 ff.; s. aber Achenbach, ZStW 119 (2007), S. 789, 813.

,allerletztes Mittel, d. h. in besonders sparsamer Weise Gebrauch gemacht werden.“⁷⁸

Indes hat schon *Tiedemann* mit Blick auf das Wirtschaftsstrafrecht betont, dass der Einsatz des Strafrechts nicht mit leichter Hand als subsidiär bezeichnet werden könne: Die Inkriminierung missbräuchlichen Verhaltens stelle einen geringeren staatlichen Eingriff dar als die Errichtung eines dichten Netzes verwaltungsrechtlicher Vorschriften und Kontrollverfahren⁷⁹. Dem hält *Böse* zwar entgegen, dass auch die Androhung einer Strafe die Freiheit aller adressierten Unternehmer bzw. Unternehmensangehörigen einschränke⁸⁰. Jedoch überlässt es der strafrechtliche Ansatz den Wirtschaftsakteuren und Unternehmen, wie sie die unter Strafe gestellten Verbotsnormen umsetzen. Mit dem Mittel des Strafrechts (und des Strafverfahrens) interveniert der Staat erst, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für einen Verstoß vorliegen. Das Verfahren richtet sich dann gegen einen speziellen Täter bzw. Täterkreis, nicht gegen sämtliche Akteure. Demgegenüber sind nach dem wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Konzept grundsätzlich *alle* Unternehmen und Unternehmer einer flächendeckenden und fortlaufenden Kontrolle unterworfen. Verglichen mit einer vollständigen Regulierung des grauen Kapitalmarktes stellt das Täuschungsverbot des § 264a StGB den geringeren Eingriff dar.

Das Ordnungswidrigkeitenrecht gilt vor allem deshalb als milderes Mittel⁸¹, weil dessen Sanktion – das Bußgeld – der sozialethische Tadel fehle, der kennzeichnend für die Strafe sei⁸². Eine solche sanktionsbezogene Unterscheidung zwischen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht lässt sich aber nicht durchführen. Denn die Rechtsfolge kann keinen substanzial stärkeren sozialethischen Gehalt aufweisen als die Norm, auf deren Verletzung das Recht reagiert. Zwischen strafrechtlich und ordnungswidrigkeitenrechtlich sanktionierten Verhaltensnormen bestehen aber nicht durchweg substanzielle Unterschiede. So ist bei vielen Straftatbeständen des Kernstrafrechts der sittlich-ethische Gehalt der in Bezug genommenen Verhaltensnorm so stark ausgedünnt, dass etwa die Straffolge des § 298 StGB kaum stärker sozialethisch eingefärbt ist als die für einen Verstoß gegen § 1 GWB verhängte Geldbuße. Umgekehrt sind nicht alle Normen des

⁷⁸ *Kaspar* (Anm. 77), S. 245.

⁷⁹ *Tiedemann*, ZRP 1976, 49, 54; *ders.*, JZ 1986, 865, 866; vertiefend *Haffke* (Anm. 8), S. 966ff.; zustimmend *Gärditz*, JZ 2016, 641, 646; *Schünemann*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 629, 632.

⁸⁰ *Böse*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Anm. 25), S. 180, 181, 183f.

⁸¹ S. nur *Trüg*, Konzeption und Struktur des Insiderstrafrechts, 2014, S. 117ff.

⁸² *Kühl*, Festschrift für *Tiedemann*, 2008, S. 29, 42f.; in diese Richtung auch *Hamm*, NJW 2016, 1537, 1540ff.; *Frisch*, NSTZ 2016, 16, 24; krit. dazu *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969, 973.

Ordnungswidrigkeitenrechts sozialethisch belanglos⁸³. Sämtliche theoretischen Versuche, strafwürdiges Verhalten von bloßen Ordnungswidrigkeiten abzugrenzen, sind denn auch gescheitert⁸⁴.

Aus diesem Grund ist es das Vorrecht des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu bestimmen, ob eine Norm durch einen Straftatbestand garantiert werden soll oder mit Hilfe des Ordnungswidrigkeitenrechts⁸⁵. Zwar kann die Strafrechtswissenschaft – so wie jeder andere Beobachter der Strafgesetzgebung – fragen: „Really? Das ist eine Straftat? Wozu haben wir dann überhaupt noch das Ordnungswidrigkeitenrecht?“, so wie das *Maximilian Steinbeis* im „Verfassungsblog“ anlässlich der Entscheidung des BVerfG zum Rindfleischetikettierungsgesetz getan hat⁸⁶. Die Frage verbindlich beantworten kann aber nur diejenige Instanz, die dazu verfassungsrechtlich autorisiert ist und die für die Folgen ihrer Entscheidung politisch und vor dem BVerfG einzustehen hat: der parlamentarische Gesetzgeber. Die Strafrechtswissenschaft verfügt weder über klare theoretische Konzeptionen zur Abgrenzung einer Straftat von einer Ordnungswidrigkeit noch über eine bessere Einsicht in das Wesen strafwürdigen Verhaltens. Da es in einer pluralistischen Gesellschaft kein feststehendes Gemeinwohl gibt, das sich aus feststehenden (religiösen oder sittlichen) Prinzipien deduzieren ließe⁸⁷, steht außerhalb eines engen Kerns von Straftatbeständen auch nicht fest, was hier und jetzt als strafwürdiges Unrecht gelten kann. Sowohl das Gemeinwohl als auch sein Gegenteil – ein gemeinwohlschädliches strafbares Verhalten – müsse vielmehr in einem (demokratischen) Verfahren festgelegt werden. Auch und gerade Strafgesetzgebung ist daher ein genuin politischer Akt. Ob die Einführung eines Straftatbestandes ein ultimativ notwendiges Mittel darstellt, steht mithin nicht fest (und ist für die Strafrechtswissenschaft auch nicht feststellbar), sondern das Ergebnis eines kriminalpolitischen Diskurses und einer Entscheidung des Gesetzgebers⁸⁸. Auch dem Verfassungsrecht lässt sich kein klarer Maßstab entnehmen. Das BVerfG hat zwar in einem Nebensatz erwähnt, auf „bloßes Verwaltungsunrecht“ dürfe nicht mit Strafe reagiert werden⁸⁹. Operationalisierbar ist diese

⁸³ Jescheck, JZ 1959, 457, 461.

⁸⁴ Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969, 972f.

⁸⁵ Burchard, in: Tiedemann et al. (Anm. 16), S. 27, 45; Gärditz, JZ 2016, 641, 644.

⁸⁶ Steinbeis, Verfassungsblog v. 3. 11. 2016, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/rindfleisch-in-karlsruhe-was-er-kriminalisieren-will-muss-uns-der-staat-schon-sagen> (Stand: 1. 8. 2017).

⁸⁷ Vgl. Stolleis, Die Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 4, 2012, S. 352, 377f., 392f.

⁸⁸ Vgl. auch Vogel (Anm. 64), S. 114.

⁸⁹ BVerfGE 90, 125, 184.

Aussage freilich nicht⁹⁰. Es bleibt daher nichts anders übrig, als darauf zu vertrauen, dass das BVerfG in den Fällen, in denen eine Kriminalisierung offensichtlich nicht erforderlich ist, ein „Evidenzerlebnis“ hat und den Straftatbestand verwirft⁹¹. Dabei dürfte es sich aber um ein äußerst seltenes und wissenschaftlich-seriös nicht voraussagbares Ereignis handeln.

3. Entbehrlichkeit durch strafrechtliches „Triggern“ von Selbstregulierung

Unabhängig von der Diskussion um den ultima-ratio-Grundsatz zeichnet sich eine kriminalpolitische Strategie ab, die eine Regulierung der Wirtschaft mit Hilfe von Straftatbeständen jedenfalls teilweise entbehrlich macht. Gemeint ist die Strategie, Straftatbestände vornehmlich als Impulsgeber für die Auslösung von Selbstheilungskräften bzw. Compliance-Maßnahmen einzusetzen. Die Einführung solcher Straftatbestände hat eine „katalytische Funktion“, da sie eine Regel-konkretisierung, ja Regelsetzung durch Verbände und Private aktiviert und damit eine Selbstregulierung „triggert“⁹². Gerade wer sich gegen eine Wirtschaftslenkung qua Wirtschaftsstrafrecht ausspricht⁹³ und letzterem die Aufgabe der Sicherung der Grenzen wirtschaftlichen Handelns zuweist⁹⁴, sollte diese kriminalpolitische Strategie goutieren. Ein Beispiel für diese Strategie bildet § 54a KWG, der die Implementierung eines hinreichenden Risikomanagementsystems in Kreditinstituten gewährleisten soll, aber – mit Recht⁹⁵ – keine exakten Vorgaben macht, wie ein solches System aussieht. Ein anderes Beispiel stellen die kürzlich in Kraft getretenen §§ 299a, 299b StGB dar, die nicht nur auf das Gesundheitsrecht Bezug nehmen, sondern auch – über das Merkmal „unlauter“ – auf die Regeln der Berufsverbände und Kammern. Damit steigt der Druck auf diese in jeder Hinsicht sachnahen Institutionen, sich um die Abgrenzung von zulässigen und unzulässi-

90 Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 365.

91 So Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969, 978 ff.

92 Treffend Pieth, Festschrift für Lüderssen, 2002, S. 317, 325. Am Beispiel der (strafrechtlichen) Regulierung der Pharma industrie Kuhlen, Festschrift für Hassemer, 2010, S. 875 ff., insbes. S. 888. S. ferner Theile, Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren, 2009, S. 312 ff.

93 Hassemer (Anm. 25), S. 41.

94 Hassemer (Anm. 25), S. 34 f.: Wirtschaftsstrafrecht als „Linienrichter“, nicht als Schiedsrichter.

95 Als „lernende Systeme“ sollen sich Compliance- und Risikomanagementsysteme den ändernden Herausforderungen anpassen, was sich nicht mit einer strafrechtlichen Kodifizierung ihres Inhalts verträgt. Zu § 54a KWG demnächst monographisch die vom Verf. betreute Dissertation von Gehlen, Die Strafbarkeit von Geschäftsleitern nach § 54a KWG, 2017.

gen Kooperationen zu bemühen⁹⁶. Soweit sie dies tun, können die § 299a, 299b StGB auf stärkere inhaltliche Vorgaben verzichten. Hier wie auch im Fall des § 54a KWG sind „dichter“ formulierte oder weitergehende Straftatbestände entbehrlich.

V. Überkriminalisierung im Wirtschaftsstrafrecht?

Thomas Weigend hat jüngst vor der Gefahr einer in den USA zu beobachtenden *overcriminalization* gewarnt⁹⁷. In manchen Bereichen des Strafrechts – etwa dem modernen Sittlichkeits- bzw. Sexualstrafrecht⁹⁸ – könnte dieser Punkt bereits erreicht sein. Im Wirtschaftsstrafrecht besteht diese Gefahr nach meiner Überzeugung noch nicht. Im Gegenteil: Die Gesetzesinitiativen der letzten drei Jahre haben vor allem im Bereich der Korruptionsdelikte bestehende Strafbarkeitslücken geschlossen, d. h. einer *undercriminalization* abgeholfen. Dies war auch aus gesamtgesellschaftlichen Gründen notwendig. Denn die Finanzkrise hat eindrücklich gezeigt, in welchem Ausmaß die Gesellschaft auf die Durchsetzung einer Regelordnung angewiesen ist. Die Stabilität des wirtschaftlichen Regelrahmens darf auch das Strafrecht sichern. Diese alte ordoliberalen Einsicht scheint die dem Wirtschaftsstrafrecht besonders skeptisch gegenüberstehende Strafrechtswissenschaft in den letzten Jahrzehnten vergessen zu haben. Dabei steht nicht weniger auf dem Spiel als die Akzeptanz unserer marktwirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ordnung. Denn eine Gesellschaft, die seit den 1990er Jahren den von der Globalisierung ausgehenden Wettbewerbs- und Leistungsdruck spürt und mit einer Ökonomisierung fast aller Lebensbereiche aufzufangen versucht, fragt sich zu Recht, ob Verhaltensregeln auch gegen die „Eliten“ und „Leistungsträger“ durchgesetzt werden, die in besonderem Maße von unserer Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung profitieren. Unbestritten ermaßen haben sich in Deutschland während des letzten Vierteljahrhunderts die Wettbewerbs-, Arbeits- und Lebensbedingungen für die Mehrheit der Bevölkerung erheblich verschärft. Für diese Mehrheit ist das jedoch nur dann akzeptabel, wenn konsequent gegen alle „Trittbrettfahrer“ vorgegangen wird, die sich mit Hilfe von Regelumgehungen das Leben, die Arbeit oder den Wettbewerb leichter machen wollen. Ein effizientes Wirtschafts- und Unternehmensstrafrecht, das für einen gleichen Handlungsrahmen – modern: „level playing field“ – sorgt, ist auch aus diesem gesamtgesellschaftlichen Grund nach meiner Auffassung schlicht unentbehrlich.

⁹⁶ Kubiciel, Wij 2016, 1, 9f.

⁹⁷ Weigend, StV 10/2016, S. I (Editorial).

⁹⁸ Dazu Hoven/Weigend, JZ 2017 182 ff.