

Sanktion und Verantwortung

Von Prof. Dr. Heiner Alwart, Jena*

Zur Einführung: Die Suche nach den Wurzeln moralischer und rechtlicher Verantwortung führt zu einem Primat der Sanktion gegenüber der Norm. Damit erreicht die Strafrechtstheorie einen gleichermaßen sicheren wie fruchtbaren Ort, von dem aus sie das Programm einer Integration von Wirtschaft, Ethik und Strafrecht durchführen und einer „Fehlleitung von Zuschreibung“¹ entgegenwirken kann. Fernziel ist die Entwicklung einer hochkomplexen Haftungsmatrix, die mit dem Problem der Einheit und Differenz von Verantwortung sachgerecht umzugehen vermag, indem sie den vor allem im Bereich der Mesokriminalität notwendigen Abstimmungsprozessen individueller und kollektiver Zurechnung konsequent Rechnung trägt. Dabei wird es in Zukunft darauf ankommen, der besonders strukturierten Pluralität der im ökonomischen Kontext für eine Sanktion in Betracht kommenden Akteure von Grund auf gerecht zu werden. Das wiederum bedeutet, die Verantwortung eines Wirtschaftsunternehmens als Organisation und Gemeinschaft einerseits von der Verantwortung einzelner Täter als Individuen innerhalb des großen Ganzen andererseits möglichst genau abzuschichten (und umgekehrt). Das Zusammenspiel dieser Akteure, die so konstruiert sind, dass sich das konkrete deliktische Geschehen auf jeweils unterschiedlichem Abstraktionsniveau niederschlägt, sowie gleichsam interne Interessenkollisionen sind in allen Facetten auszudifferenzieren und aufzulösen. Die neue Kategorie des „Unternehmens-Verhaltensdelikts“ deutet das Ziel an, auf das sich eine Strafrechtswissenschaft, die auf die Herausforderungen der Gegenwart mit einer zeitgemäß mehrschichtigen „Personifizierung des Bösen“ (unter Berücksichtigung ökonomisch relevanter Verhaltensregeln) reagieren will, zubewegen muss. Diesem hermeneutisch fundierten Primat der Sanktion gegenüber der Norm steht der strikt objektivistische Ansatz gegenüber, wonach es sich bei den Strukturen der Moral, der Verantwortung, der Zurechnung, dem Wesen von Unrecht, Schuld und Strafe um vorgegebene Realitäten außerhalb der wandelbaren Erfahrungswelt handeln soll, die als solche unverfügbar und im Hier und Heute nur zur Geltung zu bringen sind. Der traditionelle begriffliche Bestand der deutschen Strafrechtsdogmatik erscheint vielen von daher als unantastbar oder wird zumindest – aus welchen Gründen auch immer – als sakrosankt hingestellt. Zwar hat der ontologische Handlungsbegriff inzwischen mehr oder weniger ausgedient, das heißt er hat einen gewissen Legitimationsverlust erlitten, z.B. für Verabsolutierungen der kompromisslos individualistisch ausgelegten Rechtsguts- und Täterdoktrin trifft das jedoch nicht zu. Sie steht nach wie vor qua Schulterchluss verschiedener akademischer Schulen vor jedem Erneuerungsdiskurs. Das Durchhaltevermögen dieser seltsamen Gestalt von Konservativismus dürfte hauptsächlich wohl aus der deutschen

* Der Autor ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

¹ Daniel Schilling, Frankfurt a.M., in einem Diskussionsbeitrag während der Tagung.

Geschichte der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts heraus zu erklären sein.

I. Methodologische Prämissen einer Weiterentwicklung des Strafrechtsdenkens und einer Überwindung evolutionsfeindlicher Hemmnisse

Der vorliegende Text trägt eher provisorischen als definitiven Charakter. Wie kommt das? Was macht die besondere Schwierigkeit des nach „Sanktion und Verantwortung“ fragenden Themas aus?

Dafür gibt es mehrere Ursachen. Zunächst ist daran zu erinnern, dass wir alle uns, jedenfalls bei Rückblicken in die Vergangenheit, daran gewöhnt haben, die geistigen Emanationen eines Zeitalters nicht nur aus sich selbst heraus, also immanent, zu betrachten, sondern sie von Grund auf zu hinterfragen, also sie gleichsam aus einer Beobachterperspektive zu relativieren. Das geht manchmal so weit, dass von ihnen dann nichts mehr übrig bleibt. Eine Perspektive, die auf solche Ergebnisse zielt und an sich als gehaltvoll intendierte Entwürfe letztlich auf die vortheoretischen Prämissen ihrer Urheber und die Wirkungskraft des jeweiligen historischen Kontextes reduziert, kann man Dekonstruktivismus nennen. Wer aber ist schon bereit, und das ist dann der entscheidende Punkt, dekonstruktivistische Tendenzen auf die eigene Gegenwart, geschweige denn auf sich selbst in dieser Gegenwart zu beziehen? Wer ist bereit, sich selbst zu dekonstruieren, um sich neu zu orientieren und noch einmal, so weit das überhaupt geht, auf einer gesunderen Basis von vorne anzufangen? Die meisten sind durchaus damit einverstanden, Irrtümer und Missverständnisse zu prolongieren, wenn sie nur den Eindruck haben, auf diese Weise theoretisch und praktisch irgendwie klar kommen zu können. Besser gesagt: Man vermeidet es natürlich, sich solche Fehler überhaupt erst bewusst zu machen.

Für die deutsche Strafrechtslehre zumindest gilt, dass sie zum einen ihr in der Epoche nach 1945 eingeübtes juristisches Vokabular und zum anderen ihre politische Emphase weiterpflegt, ja zum Teil sogar jetzt erst auf die Spitze treibt. Man klammert sich an inzwischen veraltete Konzepte und bequeme Illusionen. Vor allem kommt man von der nationalsozialistischen Vergangenheit nicht los, die weiterhin abgebußt werden muss. Von daher dürfen die akademischen Kinder und Enkel nicht zu selbstständigem Denken gebracht werden, sondern sie müssen in erster Linie zu einer politischen Gesinnung erzogen werden, die sie scheinbar unverführbar macht und die sie eine Fülle von Denkverboten respektieren lässt. Das aber ist ein Programm, das Dinge vermengt, die nichts miteinander zu tun haben.

Nach aller Erfahrung ist freilich völlig klar, dass man eine auf die Sache gerichtete Neujustierung der Theoriebildung auf Dauer nicht verhindern können. Man muss kein Dekonstruktivist sein, um zu akzeptieren, dass sich vortheoretische Prämissen immer wieder in undurchschaubarer Weise neu formieren und dass der veränderte historische Kontext zudem ein rätselhaftes Übriges bewirkt. Einem kreativen, von

Authentizität und Gültigkeit geprägten Entwurf tut das jedenfalls keinen Abbruch. Eine Weile kann man das im Grunde schon abgehängte Alte durch künstliche Beatmung und autoritäre Lenkung des Diskurses noch am Leben erhalten. Das gelingt jedoch keineswegs für immer. Plötzlich ist das Neue da und kann nicht mehr verleugnet werden.

Das Strafrecht als solches, nämlich auch wegen der unaufhaltsam ablaufenden Gesetzgebungs-, Europäisierungs- und Globalisierungsprozesse, befindet sich gleichwohl, trotz der massiven intellektuellen Hemmnisse, unübersehbar im Übergang. Die Strafrechtswissenschaftler sollten daher davon Abstand nehmen, ihre Konzepte auf den Gemütszustand der alten Nachkriegs-Bundesrepublik einfrieren zu wollen, und Anschluss an die reale Entwicklung suchen, um Fortschritte zu gewährleisten. Die methodologischen Möglichkeiten für eine Öffnung und eine Generierung weiterführenden kritischen Potentials gibt es. Man muss sie nur ergreifen und sich geduldig auf den Weg einer „Revision der Grundsätze und Grundbegriffe“ (*Feuerbach*) des Strafrechts machen. Teilmaterien wie Wirtschafts- und Unternehmensstrafrecht, Korruptionsstrafrecht oder auch die völkerstrafrechtliche Zurechnungslehre laufen bisher aber nur lose und zudem untereinander isoliert neben dem überkommenen Bestand her. Wer demnach in der skizzierten Situation auf einen Übergang zu etwas Neuem reflektieren und das heißt hier: Grundbegriffe wie „Verantwortung“ und „Freiheit“ hinterfragen, sie aus gewissen herkunftsbedingten Verengungen befreien und auf aktuelle gesellschaftliche Fragestellungen sowie notwendige Gesetzgebungsvorhaben hin ausrichten will, der muss sich schwer tun, umso mehr natürlich, weil er damit rechnen muss, von zahlreichen leidenschaftlichen Befürwortern des Status quo angefeindet zu werden. Diese Umstände dürften die besondere Schwierigkeit des vorliegenden Themas ausmachen, auf die eingangs des Abschnitts hingewiesen worden ist.

II. Zur Reihenfolge der Begriffe „Sanktion“ und „Verantwortung“ in der Themenstellung

Es muss demnach klein angefangen werden, wenn man sich nunmehr, das heißt im Anschluss an die vorangegangenen programmatischen Vorbemerkungen, einer Erläuterung der gemeinten Sachfrage ein Stück weit nähern will. Zunächst fällt an der Überschrift auf, dass das Wort „Verantwortung“ nicht links, sondern rechts und dass das Wort „Sanktion“ nicht rechts, sondern links vom „und“ steht. Das Thema lautet also nicht: „Verantwortung und Sanktion“. Es lautet ganz bewusst: „Sanktion und Verantwortung“ – und das Thema oder genauer gesagt die Leitidee der Ausführungen erschöpft sich im Grunde in der Betonung dieser Reihenfolge.

Jeder Logiker freilich wird hiergegen sofort einwenden, dass das völlig unwichtig sei: Es mache eben gerade keinen Unterschied, ob etwas links oder rechts vom „und“ stehe. Links und rechts dürfe man hier getrost verwechseln. Ob ich drei und fünf zusammenzähle oder fünf und drei laufe ja auch exakt auf dasselbe hinaus.

Die These aber, wie bereits erwähnt, ist die, dass es für das richtige Verständnis auf die gewählte Reihenfolge der Begriffe „Sanktion“ und „Verantwortung“ ganz entscheidend

ankommt. Gewiss besteht zwischen Sanktion und Verantwortung, Verantwortung und Sanktion ein austauschbarer logischer Zusammenhang dergestalt, dass sie gleichsam als zwei Seiten ein- und derselben Medaille untrennbar miteinander verbunden sind. Der Begriff des Verbrechens verweist auf den Begriff der Strafe und umgekehrt.² Man kann einmal die eine Seite der Medaille nach oben legen, das andere Mal die andere. Die damit gemeinte begriffslogische Implikation zeigt sich überaus deutlich im Vergeltungsgedanken, nämlich im Phänomen der Vergeltung, die als Belohnung oder als Bestrafung eine jeweils zu verantwortende gute (mit Beifall bedachte) oder böse (missbilligte) Tat voraussetzt, eine Tat, die, umgekehrt betrachtet, mit der besonderen Natur der aus ihr erst noch zu ziehenden Konsequenzen von vornherein untrennbar verbunden ist. Aber das braucht nicht weiter erläutert zu werden, weil es trivial ist. Nicht trivial hingegen ist die These, dass erst Sanktionen „Verantwortung“ hervorbringen und dass moralisches Sollen, an dem „Verantwortung“ gemessen wird, unabhängig von Sanktionen nicht einmal gedacht werden kann.

III. Der Primat der Sanktion gegenüber der Norm

Die Leitidee des hier behandelten Themas besteht demnach darin, dass die besagten Phänomene Verbrechen und Strafe – trotz der logischen Verknüpfung in der Struktur unseres Denkens und Handelns – eben gerade nicht gleichursprünglich sind. Die Kernfrage zielt jedoch nicht, wie noch bei *Kant*, auf die Verantwortungsseite. Sie lautet also nicht: Was soll ich tun? Oder: Was darf ich nicht tun? Es kann also keine Rede sein vom apriorischen Vernunftgesetz der Moral in mir. Die Kernfrage oder die strafjuristische Grundfrage zielt vielmehr auf die aposteriorische Sanktionsseite. Sie lautet: Wie soll die immer schon als solche vorgefundene gesellschaftliche Kontrolle, namentlich die Sanktionierungspraxis der Behörden und Gerichte, die jedermann als unleugbare Realität und die sich im Reflexionsprozess ja selbst so erlebt, im Einzelnen ausgestaltet sein? Wann oder worauf darf mit Missbilligung, Empörung, Abscheu oder nachhaltiger gezielter Übelzufügung reagiert werden? Wann oder worauf nicht? Das Entscheidende dabei nun ist (und darauf wird sogleich zurückzukommen sein), dass das Aufwerfen und Beantworten solcher Fragen dem genuin moralischen Sollen, im Unterschied etwa zu Postulaten der Klugheit, der spezifischen Form nach sowie als Fluchtpunkt einer allgemeinen Rechtsordnung überhaupt erst hermeneutisches Leben einhaucht. Zugleich drückt sich in der Beantwortung solcher Fragen zwangsläufig ein bestimmtes, ein grundlegendes Verständnis der Einheit von Freiheit und Bindung aus. Dieses Verständnis konstituiert praktische Vernunft. Das wiederum heißt: Vernunft kann nicht einfach als solche vorausgesetzt werden.

Da soeben der Name *Kant* fiel, müssen die methodologischen Vorbemerkungen von eben noch ein wenig ergänzt und

² *Schmidhäuser*, Der Begriff der Strafe in der deutschen Strafrechtswissenschaft der Gegenwart, 1987 (Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – „Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia“ – 1984).

es muss daran erinnert werden, dass die Tagung „Einheit und Differenz von Verantwortung“ vom Forschungszentrum Laboratorium Aufklärung mitveranstaltet wird. Dieses Forschungszentrum hat sich zum Ziel gesetzt, die hermeneutischen Bildungs- und Problemverluste des 21. Jahrhunderts durch Wiederbelebung der Aufbruch-Situation des 18. Jahrhunderts zu kompensieren oder gar, etwas überspitzt formuliert, zu heilen.³ Der Schritt vom kantischen „Was soll ich tun?“, eine Frage, die strukturell immer noch himmelwärts gerichtet ist, zum spätmodernen Eine-Welt-Pathos des „Wie wollen wir leben?“ oder „Wie wollen wir uns als Menschen verstehen?“ oder „Wie wollen wir die Gesellschaft gestalten?“ und spezieller: „Wie wollen wir die Gesellschaft mit ethischen und rechtlichen Mitteln lenken?“ bleibt insofern einerseits in der Spur der Aufklärung, als die im 18. Jahrhundert gewonnene Perspektive der Autonomie nicht verleugnet wird. Dieser Anfangsschritt verzichtet aber andererseits darauf, die bereits damals entleerte Vernunft durch Hypostasierungen wieder aufzufüllen oder zumindest als Instanz einzubetonieren. Demnach braucht das Forschungszentrum Laboratorium Aufklärung Kant, um sich ideengeschichtlich verständlich zu machen. Es braucht ihn m.E. nicht als Gewährsmann für höhere Wahrheiten, die ohnehin ein für allemal zumindest verloren scheinen.

Leitet man den moralischen Standpunkt mit seinen diversen Ge- und Verboten also nicht aus sich selbst heraus oder aus einer Vernunftfiktion ab, sondern aus faktischen Sanktionierungen innerhalb von Vergesellschaftungsprozessen, wie z.B. Liebesentzug oder einen ehrenrührigen Eintrag in das Klassenbuch, um zunächst nur überaus harmlose Beispiele zu nennen, dann bedeutet das selbstverständlich nicht, dass etwa die Todesstrafe deshalb legitim wäre, weil sie verhängt wird, und dass das Verhalten, für das sie verhängt wird, deshalb, also weil deswegen gestraft wird, moralisch falsch wäre. So konkret und unvermittelt, so zirkelhaft, kann das nicht funktionieren. Vielmehr geht es, wie bereits ausgeführt, um das richtige Verständnis für die kategoriale Herleitung dessen, was Moral ihrer Form nach ausmacht, das heißt etwa im Unterschied zur Klugheit. Und da betrachten wir in erster Linie komplexe soziale Praxen und folgen nicht einer vermeintlichen praktischen Vernunft, die uns Gott gleichsam als Moralkompass mit auf die Erde gegeben hätte. Die Grammatik unseres Denkens und Handelns, die unseres Fühlens bleibt hier außen vor, braucht eine andere Fundierung als die, die uns die philosophische Schultradition anbietet und mit der Juristen, etwa über Bekenntnisse zu einem vermeintlichen Natur- oder Vernunftrecht, die ureigene Verantwortung manchmal zu verschleiern pflegen.

Um Missverständnisse zu vermeiden, soll im Folgenden ein weiteres Beispiel dafür gegeben werden, wie die These vom Primat der Sanktion gegenüber der Norm eher *nicht* gemeint ist: Den Mannesmann-Prozess hatte der Bundesge-

richtshof dazu benutzt, auf dem Weg über den Untreuetatbestand des Strafgesetzbuches eine Vergütungsmoral für Spitzenmanager zu etablieren oder dies wenigstens zu versuchen.⁴ Anders als etwa das Verbot von geheimen Wettbewerbsabsprachen besaß aber eine solche Forderung bis dahin weder soziale noch juristische Akzeptanz und Geltung. Vielmehr stellen Vergütungsregeln in der freien Marktwirtschaft nach wie vor gerade einen Fremdkörper dar. Den schlechthin gerechten Preis oder Lohn gibt es nun einmal nicht. Man kann, dann aus fürsorglichen oder sozialstaatlichen Gründen, sicherlich besser über den Mindest- als über einen Höchstlohn debattieren. Die Diskussion über Boni usw. ist im Übrigen auch bekanntlich erst jetzt voll entbrannt. Man wird sehen, was dabei gesetzgebungspolitisch letzten Endes herauskommt. Unstreitig jedenfalls sollte sein, dass man nicht einen einzelnen Strafprozess zulasten der Angeklagten dazu benutzen darf, das ökonomische System zu verändern oder umzustürzen oder, bescheidener ausgedrückt, in mehr oder weniger demagogischer Manier Maßlosigkeit und vermeintliche oder wirkliche Gier anzuprangern.⁵ Dass die Angeklagten dann letztlich doch nicht bestraft worden sind, steht auf einem ganz anderen Blatt, ist juristisch einigermaßen kompliziert und soll an dieser Stelle nicht weiter erläutert werden.⁶

Der betreffende Senat des Bundesgerichtshofs hat sich demnach – bei allem moralischen Verständnis für sein Vorgehen – letztlich kritikwürdig verhalten. Es wäre ja beispielsweise auch niemand auf die Idee gekommen, ein Rauchverbot dadurch zu statuieren, dass rücksichtslose Raucher plötzlich wegen Körperverletzung zum Nachteil von Nichtraucherern bestraft werden. Das Strafrecht kann sich nur auf gesellschaftlich bereits sanktionierte, vielleicht darüber hinaus zivil- oder öffentlich-rechtlich abgesicherte Regeln beziehen. Anders herum geht es nicht. Eine solche Verdrehung ist mit der These vom Primat der Sanktion keinesfalls gemeint. Oder aber – das wäre freilich ein ganz anderer Typus von Rechtssetzung – Verordnungs- bzw. Gesetzgeber usw. müssen, etwa im Kontext des Wertpapierhandels, unfaire und als solche nicht mehr tolerierbare Handlungsweisen für einen bestimmten Adressatenkreis von Personen, die etwa von Berufs wegen an der Börse tätig sind, mehr oder weniger unmissverständlich definieren und vertatbestandlichen, ehe es zu entsprechenden Delikten und einschlägigen Strafverfolgungsmaßnahmen kommen kann.

Die Tatsache darf nicht verschwiegen werden, dass der strafrechtsdogmatische Hase üblicherweise genau anders herum läuft: Die Strafrechtstheorie pflegt in der Regel gerade

⁴ Zu dieser Interpretation s. näher Alwart, JZ 2006, 546.

⁵ So wurde der damalige Vorsitzende des zuständigen Strafsenats beim BGH, Tolksdorf, im Anschluss an die Urteilsverkündung im Mannesmann-Prozess in allen Medien mit der wunderbar anschaulichen Formulierung zitiert, dass die Angeklagten nur Gutsverwalter und keine Gutsherren seien und daher durch die Geldgeschenke ihre Pflichten verletzt hätten.

⁶ Zur Prozessgeschichte: Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2010, Rn. 121, und andeutungsweise Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2010, § 6 Rn. 23, § 20 Rn. 45, 49.

nicht, für einen Primat der Sanktion einzutreten. Sie nähert sich den Strukturen der Moral, der Verantwortung, der Zurechnung, dem Wesen von Unrecht und Schuld vielmehr so, als handle es sich dabei um objektiv bereits vorgegebene Realitäten außerhalb der Erfahrungswelt, Realitäten, die es nur richtig zu erkennen und zuverlässig umzusetzen gelte. Erst in zweiter Linie – also im Umsetzungsprozess – mag sich dann die Frage nach der Sanktion stellen. (Sie stellt sich naturgemäß unausweichlich dann, wenn es in einem konkreten Fall, also weit unterhalb der hier interessanten kategorialen Ebene, darum geht, eine nach Art und Umfang zu Tat und Täter passende Sanktion zu bestimmen.)

Einem solchen objektivistischen Denkansatz in Bezug auf die Verantwortungsseite spielt im Übrigen auch die derzeitige Strafrechtsausbildung an der Universität in die Hände. Sie beginnt und endet ja inzwischen mit dem so genannten Lösen von Fällen. Man wagt eigentlich nicht mehr, sich mit einem theoretischen Klimmzug jenseits von Aufbauschemata aufzuhalten, und verzichtet auf eine zeitgemäße, sich schrittweise vortastende Konstituierung von Vokabular und Begrifflichkeiten. Das Strafgesetz wird bekanntlich anhand von kleinen, oftmals erfundenen Geschichten schlicht danach befragt, ob nach den tatbestandlichen und dogmatischen Vorgaben ein Delikt vorliegt oder nicht. Ergänzend werden Kommentare und vor allem Werke, die den bereits vorgefundenen Stoff nach systematischen Gesichtspunkten ordnen (Lern- oder Lehrbücher), dazu bemüht, in Zweifelsfragen eine Antwort zu finden. Eine Infragestellung der dort zumeist nur stillschweigend in Bezug genommenen, letztlich aber maßgebenden Kriterien hingegen würde den vordergründig positivistischen Ansatz des Fällelösens überschreiten. Von daher lautet die *Communis Opinio*: Man darf sich, was die Klärung von Verantwortung betrifft, mit Vereinfachungen begnügen. Die Herkunft der einschlägigen Begriffe noch aus zumeist metaphysischen Ableitungen fällt also schlicht unter den Tisch. Lieber lässt man das Gespräch verflachen, als zu versuchen, über vermeintlich im Kern unveränderbare und ewige Strukturen objektiver und subjektiver Zurechnung, die dem Menschen qua Vernunft zugänglich seien, Rechenschaft abzulegen. Dem Problemverlust korrespondiert zugegebenermaßen keinerlei Leidensdruck.

IV. Grenzen individualistischer Strafrechtstheorie

Die unkritische Einfrierung des Moral- und damit des Verbrechensbegriffs – vom parallelen Verflachungssymptom sei im Folgenden abgesehen – wird entscheidend verstärkt durch den Freiheits-Individualismus der Moderne. Diese an sich zwangsläufige Tendenz macht sich in der deutschen Strafrechtsdogmatik geradezu staatsphilosophisch geltend: Der besagte Individualismus ist nämlich vermeintlicher emotionaler und politischer Garant gegen eine Wiederkehr der menschenverachtenden Nazi-Zeit und führt sogar noch in den abstrakten Gefilden der Strafrechtstheorie zu überholten Tabuisierungen bestimmter Lehrmeinungen. Die historischen Befangenheiten sind eingangs bereits angedeutet worden. So erscheint dem gewöhnlichen „Nachkriegs-Strafrechtler“ der Prototyp des Delikts als ein durch und durch individualistisch geprägtes Phänomen, nämlich als ein brutaler Akt des einen

Grundrechts- und Würdeträgers gegen den anderen Grundrechts- und Würdeträger. Ein solcher schädigender Akt aber kann selbstverständlich nur Entrüstung und eben Strafe im technischen Sinne auslösen. Während das eine Individuum, das heißt der Täter, gleichsam schuldbeladen nach der Sanktion lechzt, leckt das andere Individuum, das heißt das Opfer, die Wunden seiner Rechtsgüter. Der eine hat seine Willensfreiheit auf Kosten des anderen bössartig missbraucht. Nur dann sei der Automatismus von Verbrechen und Strafe legitim – wenn denn gezielte Übelzufügung überhaupt legitim sein kann (und die Begehung des Verbrechens nicht der Gesamtgesellschaft zugerechnet werden muss).

Wer demgegenüber behauptet, dass ein materieller Verbrechenkern auch oder, wenn man so will, bereits darin gefunden werden kann, dass bestimmte Verhaltensregeln, die in identitäts- und stabilitätsverbürgenden sozialen Praxen ihr Fundament haben, im Umgang mit anderen nicht eingehalten werden, freilich ohne dass dadurch bei irgendwem ein deutlich erkennbarer Opferstatus, ein echter Schaden, entstanden wäre, der muss sich fast schon oder immer noch als „Neonazi“ beschimpfen lassen: Es sei illiberal, das staatliche Strafen auf so genannte bloße Ordnungsverstöße anstatt auf die handfeste Verletzung individueller Rechtsgüter zu stützen. Wer in einer solchen Situation versucht, sowohl die Bestrafung von Wirtschaftsunternehmen, also von Kollektivpersonen, als auch die von abstrakten Regelverletzungen in das auf Prävention und Repression ausgerichtete Gedankengebäude des Strafrechts zu integrieren, läuft Gefahr einer Doppelkollision mit dem Zeitgeist: Er erweckt zum einen den Eindruck, als wolle er durch Strafe einen Beitrag zur Lösung der Probleme moderner Gesellschaften leisten und kollidiert dadurch mit einem verbreiteten latenten Abolitionismus. Zum anderen erweckt er den Eindruck, dass er aus der Geschichte nichts gelernt habe und das Strafrecht für Ordnungspolitik missbrauchen wolle. Wer in dieser Weise mit dem Zeitgeist kollidiert, muss feststellen, dass es mit Toleranz und Liberalität entgegen allen Lippenbekenntnissen immer noch nicht weit her ist. So schreckt Wissenschaft vor ihrer eigenen Haustür manchmal nicht davor zurück, Dinge zu vermengen, die nichts miteinander zu tun haben, und dem dissentierenden Gesprächspartner *moralische* Vorhaltungen wegen an sich *rational begründeter* Konzepte zu machen.

V. Grundlinien einer neuen Kriminalpolitik

Auf ein verkapptes Totschlags-Argument wie „Verdacht auf nationalsozialistisches Gedankengut im weiteren Sinne“ sollte demnach verzichtet werden. Ethik und Strafrechtslehre müssen mancherlei *ad acta* legen, wenn sie den aktuellen Herausforderungen gerecht werden wollen. Also nicht: Was soll ich tun? Welche moralisch-rechtlichen Ge- und Verbote sind vorgegeben? Was sagt uns Vernunft im *kantischen* Sinne? Wie vermeide ich politische Verführung? Diese letzte Frage läuft offensichtlich auf eine inakzeptable und sowieso nutzlose Metabasis hinaus: auf ein willkürliches Hin- und Herspringen zwischen Wissenschaft und Politik. Sondern: Wie wollen wir unsere moralisch-rechtliche Gemeinschaft gestalten und ausrichten? Auf welche Verhaltensweisen und von wem begangen sollten wir die Aufmerksamkeit der staat-

lichen Strafinstitution lenken? Ließe sich der Etablierung eines kollektiven, echten Unternehmensstrafrechts ein tragfähiges ethisches Fundament verleihen? Ich lasse den Blick nunmehr zur weiteren Verdeutlichung unserer Freiheit und Verantwortung in eine etwas andere Richtung schweifen und frage: Wie steht es mit der „Würde“ der Tiere im Verhältnis zu der des Menschen? Welche ökonomischen und ökologischen Chancen geben wir zukünftigen Generationen auf dieser Erde? Welchen Standpunkt wollen wir gegenüber Phänomenen der Korruption vertreten? Wollen wir als Unterdrücker leben oder dem Egalitarismus eine Chance bieten? Sind wir tatsächlich bereit, das globale Nord-Süd-Gefälle weiterhin zu akzeptieren, oder kommt es vielmehr darauf an, neue Tabus zu definieren? Und welche Rolle dürfte das Strafrecht dabei spielen? Die zuallerletzt (oder zuallererst) entscheidende, anthropologisch unterfütterte Grundfrage der Kriminalpolitik lautet demnach: Was wollen wir überhaupt sanktionieren? Sie lautet nicht: Was dürfen wir sanktionieren?

Selbstverständlich werden Antworten auf solche Fragen niemals unmittelbar in Strafrechtsnormen münden. So wenig es eine Strafrechtsnorm gibt, die jedwede absichtliche Schädigung eines Opferindividuums unter Strafe stellt, so wenig gibt es eine Strafrechtsnorm gegen jede Form von ökonomischer o.ä. Ausbeutung. Es hat sich längst herausgestellt, dass etwa der Untreuetatbestand des StGB da nur ein Stück weit helfen kann oder vielleicht sogar dazu missbraucht wird, eine Art wirtschaftsstrafrechtliche Ausfallbürgschaft zu übernehmen. Es darf aber nicht so sein, dass das Stellen der soeben aufgezählten Fragen von der Strafrechtswissenschaft vergessen wird. Vielmehr gilt es, den auf den Rechtsgutsgedanken fokussierten materiellen Verbrechensbegriff sinnvoll zu erweitern, z.B. mit dem Ziel, zentrale Fairnessanforderungen der Marktwirtschaft konsequent durchzusetzen. Ein eigentliches Marktwirtschaftsstrafrecht, vom Unternehmensstrafrecht ganz zu schweigen, gibt es in Deutschland bisher nur in der Gesetzgebung und in der Praxis der Gerichte, nicht aber in der Theorie.⁷ Darunter leidet die Qualität der Strafjustiz insgesamt. Man muss anfangen, Phantasie zu entwickeln, und mit verschiedenen Ideen ohne schlechtes Gewissen und Schuldgefühle experimentieren. Man sollte sich dabei dessen bewusst sein, dass es darum geht, Sanktionen zu verantworten, und nicht darum, sich hinter objektivistisch verstandenen Zuschreibungen von Verantwortung zu verstecken.

Wie nun könnte eine für das Wirtschafts- und Unternehmensstrafrecht notwendige Modifikation des materiellen Verbrechensbegriffs ansetzen? Gewisse Anregungen lassen sich einer Schrift *Tugendhats* entnehmen. Im Folgenden werden zur Verdeutlichung einige Passagen aus seinen Überlegungen zitiert, ohne dass dabei Rücksicht auf den genauen

Textzusammenhang genommen wird. Obwohl durch dieses Vorgehen manches unvermeidlich aus dem Kontext gerissen wird, sollen *Tugendhats* Intentionen gewahrt bleiben. Jedenfalls ist das hier das Ziel.⁸

Tugendhat unterscheidet zwei Arten unmoralischer Handlungen, erstens die Handlungen, in denen einer einen anderen schädigt (oder ihm nicht hilft), zweitens Handlungsweisen, die wir als unkooperative bezeichnen können, deren Durchführung niemanden geradezu schädigt, die aber zu einem Ergebnis führt, das für alle schädlich ist. *Tugendhat* unterscheidet also, unter Einbeziehung von Korruptionsphänomenen, die zwischenmenschlich schädigenden von den unkooperativen Handlungen. Dem Strafrechtler fallen hierfür sofort einfache Beispiele ein. Ein Beispiel für eine zwischenmenschlich *schädigende* Handlung aus dem StGB ist die Körperverletzung. Ein Beispiel für eine *unkooperative* Handlung aus dem StGB sind die wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen, ist also der so genannte Submissionsbetrug, der im Kern dadurch definiert wird, dass ein Akteur in einer bestimmten Situation nur so tut, als würde er der sozialen Praxis des Wettbewerbs weiterhin die Treue halten, während er in Wahrheit im untechnischen Sinne betrügt.

Damit tut sich für zukünftige Untersuchungen auch des protojuristischen Verbrechensbegriffs zumindest ansatzweise ein weites Feld auf.

VI. Über das Unternehmens-Verhaltensdelikt

Zum Abschluss sollen die vorstehenden, höchst vorläufigen Überlegungen zusammengefasst oder, besser gesagt, auf die Spitze getrieben werden. Das soll in Gestalt einer knappen These geschehen: Das Unternehmens-Verhaltensdelikt ist das Desiderat einer modernen Strafrechtslehre.

Strafwürdigkeit kann nicht im Wesentlichen nur in solchen Handlungen gefunden werden, die sich in Subjekt-Prädikat-Objekt-Sätzen beschreiben oder interpretieren lassen – nach dem grobschlächtigen Muster: der Täter T schlägt/schädigt das Opfer O. Man muss vielmehr auf der einen Seite zulasten des nunmehr beschuldigten Wirtschaftsunternehmens ein Stück weit den Individualtäter zum Verschwinden bringen und auf der anderen Seite zugunsten eines moralisch-rechtlichen Gemeinschafts- oder Fairnessgedankens die Schädigung eines Opferindividuums in ihrer Bedeutung für die Zuschreibung von Verantwortlichkeit für einen Regelbruch relativieren. Die Erfüllung dieser gleichermaßen wichtigen wie reizvollen Aufgaben wird durch einen Ansatz erleichtert, der praktisch wirksamen Rechtsinstitutionen ausbuchstabierte Vorschläge unterbreitet und der sich nicht mittels traditioneller philosophischer Phantasmagorien oder ideologischer Vorfixierungen von der Realität und dem Gemeinwohl abkoppelt. Die doppelte Provokation, die in der These vom Unternehmens-Verhaltens-Delikt steckt, ist oben (IV.) hinreichend verdeutlicht worden. Ohne Provokation sind Paradigmenwechsel nun einmal nicht möglich.⁹

⁸ *Tugendhat*, Dialog in Leticia, 2. Aufl. 2008, S. 133 ff.

⁹ Die Kategorie des „Unternehmens-Verhaltens-Delikts“ entstand während der Diskussion als pointierte Zusammen-

⁷ *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2008, Rn. 13, betont, dass sich die Dogmatik des Wirtschaftsstrafrechts erst seit relativ kurzer Zeit zu entwickeln beginne und dass die positive Durchdringung und Systematisierung der einzelnen Gebiete und Tatbestände gegenüber einer grundsätzlichen, zumindest partiellen Ablehnung dieser bedeutsamen Materie deutlich in den Hintergrund geraten sei.

Das Thema „Sanktion und Verantwortung“ kann hier und heute nicht noch weiter ausdifferenziert werden. Ziel war, es sozusagen aus der Erstarrung zu befreien und die moderne Diskussion für das „Unternehmens-Verhaltensdelikt“ zu sensibilisieren. Die Entwicklung einer neuen protostrafrechtlichen Haftungsmatrix steckt zugegebenermaßen noch in den Kinderschuhen. An dieser Stelle soll noch einem möglichen Missverständnis vorgebeugt werden: Es geht nicht darum, vor dem Hintergrund irrationaler gesellschaftlicher Strafbefürfnisse das bewährte Strafrechtssystem zu verabschieden und nunmehr einer Zurechnungswillkür das Wort zu reden. Das Gegenteil ist der Fall. Es gilt, blinde Fehlleitungen von Zuschreibungen zu vermeiden und Freiheit und Bindung neu zu definieren. Zu diesem Zweck aber muss das überkommene Strafrechtssystem auf den Prüfstand gestellt werden. Vor allem kommt es darauf an, das Problem von Einheit und Differenz von Verantwortung in der Organisation und Gemeinschaft eines Wirtschaftsunternehmens aus dem Blickwinkel einer zukunftsichernden Sanktionierungspraxis richtig einzuordnen. Dieses Problem rührt daher, dass beispielsweise eine Aktiengesellschaft nicht in der Summe der ihrem Betrieb angehörenden Individuen aufgeht und dass umgekehrt ein Individuum nicht auf den Faktor Wirtschaftsunternehmen reduziert werden kann und sollte. Wie löst man das

fassung der Thesen, die ich auf Einladung von *Cornelius Prittwitz* im Juni 2008 in Frankfurt am Main im Kreis der dortigen Strafrechtslehrer und Mitarbeiter vortrug. Das Thema meines Referates damals lautete: „Unrecht als adverbiale Bestimmung – über das Verschwinden von Täter und Opfer im Unternehmens- und Wirtschaftsstrafrecht“. Um eine „systematische Klärung des Verhältnisses zwischen individueller und kollektiver Verantwortung im Strafrecht“ bemühen sich neuerdings *Günther/Prittwitz*, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010, 2010, S. 331 (S. 333). Die dafür gewählte Methode der „generalisierenden Unterstellungen“ (vgl. *Günther/Prittwitz*, a.a.O., S. 333) führt aber nicht weit genug. Zwar wird ein „Zurechnungsdreieck zwischen personaler Verantwortung des Individuums, kollektiver Verantwortung der Gesellschaft und Zuschreibung von Natur“ skizziert (*Günther/Prittwitz*, a.a.O., S. 339) und innerhalb eines solchen „Dreiecks“ nach Ent- und Belastungseffekten differenziert (*Günther/Prittwitz*, a.a.O., S. 339). Die kriminalpolitischen und schulischen Vorbehalte z.B. gegenüber einem Unternehmensstrafrecht wiegen offenbar jedoch stärker als die Kritik am „Strafrecht des Neo-Individualismus“ (*Günther/Prittwitz*, a.a.O., S. 333). Von daher bleiben die Ausführungen in einer Einbahnstraße befangen: *Günther* und *Prittwitz* plädieren lediglich dafür, zurechenbare kollektive Verantwortlichkeit aus Gerechtigkeitsgründen zum Anlass zu nehmen, individuelle Verantwortung zu mindern (vgl. *Günther/Prittwitz*, a.a.O., S. 352). Die zum Unternehmensstrafrecht führende, Kollektiv-Verantwortung dingfest machende Gegenrichtung existiert danach also nicht. Das aber erscheint völlig willkürlich. Für Ansätze eines schlüssigen Gesamtkonzepts vgl. bereits mein Referat auf der Baseler Strafrechtslehrrtagung 1993: *Alwart*, ZStW 105 (1993), 752.

Zurechnungsproblem, wenn der eine Täter, also das Täterunternehmen, dem anderen Täter, also dem einzelnen Unternehmensangehörigen, gleichgültig welcher Hierarchiestufe, übergeordnet ist? Und außerdem: Was heißt hier „übergeordnet“?

Kathleen Mittelsdorf bringt den Begriff der Mesokriminalität und vor allem den des Mesostrafrechts auf breiter Front in das Gespräch von Kriminologie und Strafrechtsdogmatik ein.¹⁰ Dieser Begriff bezieht sich auf die besonderen Verhältnisse im Wirtschaftsunternehmen und die eben angedeuteten ambivalenten Zurechnungsstrukturen innerhalb einer solchen Organisation. Abweichendes Verhalten als Teil einer bestehenden Gesellschaft, also die alltägliche Mikrokriminalität, sowie die Makrokriminalität skrupelloser Machthaber, die eine kriminelle Ordnung allererst errichten, fügen sich demgegenüber nicht nur nahtlos in das individualistische Zurechnungsparadigma ein, Untersuchungen zur Makrokriminalität eignen sich darüber hinaus dazu, die Abkehr vom Nationalsozialismus als eigentliche Herausforderung unserer Zeit und moralische Botschaft der Deutschen an die Welt ad infinitum zu prolongieren. Die Etablierung des Internationalen Strafgerichtshofs der Vereinten Nationen in Den Haag, ein spätes Kind der Nürnberger Prozesse nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs, tut ihr Übriges: Die Dogmatiker des Völkerstrafrechts bilden gemeinsam mit denen des Allgemeinen Strafrechts weiterhin und scheinbar unangefochten die altbekanntesten Sätze nach dem Subjekt-Prädikat-Objekt-Schema: T schlachtet O ab. Eine solche Tat ist grauhaft, gewiss. Das durch dieses Denkschema transportierte Bild kann aber das, wie oben gezeigt worden ist, vielschichtige Thema von Sanktion und Verantwortung nicht erschöpfen.

Was *Hassemer* durchaus exemplarische Aussagen in einem Aufsatz jüngeren Datums speziell zu einer, wie er sie nennt, „Basis des Wirtschaftsstrafrechts“ betrifft, so dringt er, entgegen der Überschrift „Basis“ auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts keineswegs zu einer zentralen Thematik vor. Vielmehr versucht er, im Gegenteil, das Problem einer adäquaten Regulierung der Marktwirtschaft gleichsam durch gesellschaftliche Zerstückelung zu lösen: „Die Wirtschaft“, so *Hassemer* wörtlich, habe ihre „eigene Vernunft“. Deshalb müsse sich „das Strafrecht der Wirtschaft [...] mit Respekt [...] nähern“. Die Vernunft des Strafrechts bestehe demgegenüber in dessen „Konzentration [...] auf handfeste Rechtsgutsverletzungen“.¹¹ Läuft diese undifferenzierte Abseignung des Status quo nicht auf das genaue Gegenteil von Aufklärung und Kritik hinaus? Das Waschen von Geld übrigens, wenn es denn gelingen soll, hätte sicherlich auch seine „eigene Vernunft“.

¹⁰ *Mittelsdorf*, Unternehmensstrafrecht im Kontext, 2007, passim. Der spezifische Ansatz der Untersuchung von *Mittelsdorf* tritt in der von *Pelz* verfassten Buchrezension klar hervor; s. *Pelz*, ZIS 2009, 327.

¹¹ *Hassemer*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, 2009, S. 29 (S. 43).

Die Überlegungen würden damit, trotz des von vornherein eingeräumten Provisoriums, etwas zu abrupt enden. So soll noch eine abschließende, aber auch notwendige Ergänzung angefügt werden: Dass das Strafrecht mit dem Handeln seiner Funktionsträger den Gedanken einer in faktischen Sanktionsinstanzen fundierten moralischen Verantwortung voraussetzt und in Anspruch nimmt – diese Erkenntnis stammt nicht vom *Autor*. Sie ist abgeleitet aus „Ernst Tugendhats Ethik“. Zum Beleg sei lediglich noch ein einziges Zitat angeführt. *Tugendhat* schreibt: „Versteht man die Rede von einer Sanktion ganz weit, muss man sogar sagen: es gibt überhaupt kein praktisches Müssen irgendeiner Art ohne Sanktionsbezug [...], und die Vorstellung, dass es dies doch geben könne, ist bei den meisten die Folge von Gedankenlosigkeit, hingegen bei Kant die Folge seines sinnwidrigen Sollensbegriffes.“¹² Selbstverständlich untermauert *Tugendhat* seine *Kant*-Interpretation mit Argumenten. Es würde zu weit führen, darauf an dieser Stelle einzugehen. Auf die prinzipielle Wandelbarkeit der Grundstrukturen und die Konvergenz von historischer und systematischer Perspektive kommt es an.

Das Fazit lautet: Moderne Strafrechtstheorie befasst sich heute mit der Entwicklung einer für die gegenwärtigen Verhältnisse hinreichend komplexen Haftungsmatrix, einem faszinierenden Gewebe aus Freiheit und Bindung, von dem das 18. Jahrhundert nur sehr wenig hat ahnen können. Stünden aber die Meister von damals in der heutigen diffusen Realität, so würden sie sich einer solchen Modifizierung des gemeinsamen Projekts gewiss nicht verschließen. Im Gegenteil. Sie würden es sozusagen aus Klarstellungsgründen entschlossen voranbringen, die Verbindung zur gesellschaftlichen Entwicklung in alle Richtungen aufrechterhalten oder herstellen und, wo notwendig, dazu ermuntern, eingefahrene Gleise ohne falsche Sentimentalität zu verlassen.

¹² *Tugendhat*, in: Scarano/Suárez (Hrsg.), Ernst Tugendhats Ethik, Einwände und Er widerungen, 2006, S. 273 (S. 302 f.). Vgl. die psychoanalytische Sicht *Freuds*, Das Unbehagen in der Kultur, 1930, Kap. VII.