

Der ökonomische Täterbegriff

Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik

Von Prof. Dr. **Thomas Rotsch**, Universität Augsburg*

I. Einführung

Wirtschaftsstrafrecht ist „modernes“ Strafrecht. Seine Dogmatik ist in besonderer Weise akzessorisch zur immer rasanteren Veränderung gesellschaftlicher, moralischer, politischer und technologischer Zustände. In den letzten beiden Jahrzehnten hat sich in der Strafrechtswissenschaft eine weitgreifende literarische Diskussion entwickelt, die Phänomen, Struktur und Auswirkungen dieses „modernen“ Strafrechts zum Teil äußerst kritisch analysiert hat.¹ Im Gegensatz hierzu haben Gesetzgebung und Rechtsprechung in durchaus nachvollziehbarem Pragmatismus mittlerweile ihr eigenes „modernes“ Strafrecht geschaffen. Im Wirtschaftsstrafrecht ist dieses Phänomen besonders stark ausgeprägt. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich daher anhand aktueller Entwicklungen im Wirtschaftsstrafrecht mit Grund und Grenzen dieser *Auflösung der Strafrechtsdogmatik*, die auf eine Art und Weise vonstatten geht, die hier in Anlehnung an den Sprachgebrauch in der Ökonomie *Differenzierung, Diversifizierung* und *Divisionalisierung* genannt wird.

Ich möchte zunächst drei Thesen formulieren, deren Aussagen im folgenden verifiziert werden sollen:

1. *These*: Der BGH hat – noch weithin unbemerkt – eine neue Beteiligungsform im Wirtschaftsstrafrecht entwickelt.

2. *These*: Die Art und Weise, mit der diese neue Rechtsfigur begründet worden ist, ist kein Einzelfall. Die durch Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung einhergehende *Diffusion der Strafrechtsdogmatik* lässt sich in unterschiedlichsten Ausprägungen als generelle Entwicklung nachweisen.

3. *These*: Diese generelle Entwicklung hat gefährliche Folgen: Modernes Strafrecht mutiert vom deduktiv rechtsstaatlich-liberalen Tatstrafrecht zum induktiv-intuitiven Richterrecht. Die so entstehende Kluft zwischen Praxis und Wissenschaft hat ihren Grund nicht zuletzt in einer Überfeinerung² der Dogmatik, die nur zum Teil aus der bereits genannten Akzessorietät des Rechts folgt. Vor dieser Tendenz ist eindringlich zu warnen.

* Der *Autor* ist Inhaber der Professur für Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Völkerstrafrecht an der Universität Augsburg.

¹ Vgl. insbesondere *Hassemer*, ZRP 1992, 378; *ders.*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995; *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen, 1996; *Rotsch*, Individuelle Haftung in Großunternehmen – Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts, 1998; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979.

² *Schünemann*, in: *ders.* (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1 (2). Vgl. auch *Vogel*, (ebd.), S. 115 („law in the books“).

Zur Bestätigung der genannten Thesen ist zunächst die durch die Rechtsprechung des BGH begründete neue Beteiligungsform vorzustellen und zu analysieren (II.). Dabei wird zuerst auf ihren literarischen Ursprung und die jüngst erfolgte Modifikation durch ihren Schöpfer eingegangen – selbst ein prägnantes Beispiel für die Diffusion der Dogmatik (1.). Erst im Anschluss kann die Eigenständigkeit des judikativen Ansatzes aufgezeigt und bewertet werden (2.). Im nächsten Abschnitt erfolgen dann die weitere Exemplifizierung und hieraus folgend die Verallgemeinerung der Erkenntnisse zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Dogmatik (III.). Zum Abschluss soll das Ergebnis der Betrachtungen zusammengefasst und ein kurzer Ausblick gewagt werden (IV.).

II. Neues im Wirtschaftsstrafrecht – der Herr der Organisation in der Rechtsprechung des BGH

In mehreren aktuellen Entscheidungen hat der BGH eine neue Form mittelbarer Täterschaft entwickelt. Diese „Täterschaft durch Schaffung und Ausnutzung von Rahmenbedingungen zur Auslösung regelhafter Abläufe“ hat jedenfalls ihren Ursprung in der von *Roxin* entwickelten und seit gut einer Dekade äußerst kontrovers diskutierten mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft.

1. Die erste Stufe der Diffusion: Roxins Organisationsherrschaft

Roxins Schöpfung einer neben Irrtums- und Nötigungsherrschaft dritten Form mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft ist in aller Munde und muss daher an dieser Stelle in ihrem Grundansatz nicht weiter analysiert und kritisiert werden.³ Nur soviel: Bekanntlich hat *Roxin* sie bereits 1963 für das Handeln in organisatorischen Machtapparaten entwickelt,⁴ wobei er drei Voraussetzungen für konstitutiv hielt: a) Der Apparat muss aus einer Vielzahl von Mitgliedern bestehen, b) er muss hierarchisch vertikal gegliedert sein und c) er muss als ganzer außerhalb des Rechts stehen. Tatherrschafts- und damit täterschaftsbegründend sei die sog. „Fungibilität“ der Vorderleute, also die Austauschbarkeit der Tatmittler.⁵ Der Streit um die Rechtsfigur spielt sich auf zwei Ebenen ab: Zum einen wird von Teilen der Literatur ganz grundsätzlich die dogmatische Tragfähigkeit der Konstruktion bezweifelt,⁶ zum anderen von der ganz überwiegenden

³ Hierzu ausführlich zunächst nur *Rotsch*, NSTZ 1998, 491; *ders.*, ZStW 112 (2000), 517; *ders.*, NSTZ 2005, 13.

⁴ *Roxin*, GA 1963, 193; *ders.*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 242-252, 677 ff.

⁵ *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 523. Formal differenzierend, in der Sache aber ebenso *Radtke*, GA 2006, 350 (354).

⁶ *Herzberg*, in: *Amelung* (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen

Ansicht – selbst von *Roxin* – die vom BGH proklamierte Anwendung im Unternehmensstrafrecht – also in einem grundsätzlich nicht *rechtsgelösten*, sondern *rechtskonformen* Bereich – abgelehnt.⁷ An dieser Stelle soll uns zunächst – vor dem Hintergrund der hier behaupteten Diffusion der Strafrechtsdogmatik – nur die jüngste Reaktion *Roxins* auf die gegen seine Konstruktion erhobenen Einwände interessieren.

In der Festschrift für *Friedrich-Christian Schroeder*, selbst Protagonist der Beteiligungslehre, hat *Roxin* jüngst die Anforderungen an die von ihm kreierte mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft modifiziert.⁸ Diese Modifikation stellt fast schon eine wissenschaftliche Sensation dar. Sie zeigt uns zwar erneut, wie begnadet *Roxin* auf der strafrechtsdogmatischen Klaviatur zu spielen weiß. Sie entzieht seiner Rechtsfigur jedoch den von ihm ursprünglich für maßgeblich gehaltenen organisationswissenschaftlichen Ansatz.

Seit der Entscheidung des BGH zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates für die Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze⁹ war unklar, ob der *Senat* tatsächlich allein auf *Roxins* Konstruktion abgestellt, sie mit dem völlig anderen Ansatz *Schroeders* verknüpft oder nicht doch eine ganz eigene Vorstellung von der mittelbaren Verantwortlichkeit der „Schreibtischtäter“ hatte.¹⁰ Wie dem auch sei – wir kommen darauf zurück –, jedenfalls hat *Roxin* die in der Literatur geäußerte Kritik trotz des von ihm immer wieder als ganz herrschend und überzeugend bezeichneten Ansatzes¹¹ offensichtlich so beeindruckt, dass er nunmehr den von ihm schon immer für konstitutiv gehaltenen Voraussetzungen eine weitere hinzugefügt hat, weil „die Fungibilität bei deliktischen Organisationen in unterschiedlichem Maße ausgebildet sein kann, so dass es ratsam ist, die mittelbare Täterschaft nicht ausschließlich auf dieses Kriterium zu stützen.“¹² Und: „Doch scheinen mir – anders, als ich ursprünglich gemeint hatte – mit den beiden Kriterien der ‚Fungibilität‘ und der ‚Rechtsgelöstheit‘ die

Umstände, auf denen die Tatherrschaft der Hintermänner beruht, noch nicht erschöpfend gekennzeichnet.“¹³

Roxin behauptet nun, das von *Schroeder* schon seit jeher für entscheidend gehaltene Merkmal der „Ausnutzung unbedingter Tatbereitschaft“¹⁴, sei weiteres konstitutives Merkmal der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. Derjenige, der in einem rechtsgelösten organisatorischen Machtapparat den letzten tatbestandserfüllenden Akt vollziehe, sei zahlreichen organisationsspezifischen Einflüssen unterworfen, die zwar seine Verantwortlichkeit keineswegs ausschließen, die ihn aber doch „tatbereiter“ machten als andere potentielle Delinquenten und die insgesamt gesehen die Erfolgswahrscheinlichkeit einer Anweisung erhöhten und zur Tatherrschaft der Hintermänner beitragen.¹⁵

Nun ist es sicher richtig, dass organisationssoziologisch bedingte Neutralisationsmechanismen die Bereitschaft zur Begehung einer Straftat erhöhen.¹⁶ Es liegt aber auf der Hand, dass die Tatentschlossenheit des Vordermannes sich auch aus ganz anderen, nicht auf der Wirkweise einer rechtsgelösten Machtorganisation beruhenden Umständen ergeben kann.¹⁷ Der von *Schroeder*¹⁸ für seine Auffassung zitierte berühmte „Dohna“-Fall¹⁹ stammt denn auch gerade nicht aus dem Dunstkreis kollektiver Makrocriminalität, sondern hat als ein klassisches Beispiel professoraler Lehrbuchdidaktik mikrokriminelles Verhalten zum Gegenstand. *Roxin* hat seiner Rechtsfigur daher nicht den *Schroederschen* Ansatz unbedingter Tatentschlossenheit, sondern vielmehr (allein) denjenigen der „organisationstypischen Tatgeneigtheit“ seines Schülers *Manfred Heinrich*²⁰ implementiert.²¹

2. Die zweite Stufe der Diffusion: Die Rechtsprechung des BGH zur mittelbaren Täterschaft im Wirtschaftsstrafrecht

Bereits in der Ausgangsentscheidung BGHSt 40, 218 („Nationaler Verteidigungsrat“) hatten die Richter die vier Sätze formuliert, die schon heute zum klassischen Kanon höchstrichterlicher Strafrechtsprechung gehören und dennoch lange nicht als das erkannt wurden, was sie tatsächlich sind – die Geburtsstunde einer neuen Täterschaftsform: „Es gibt aber Fallgruppen, bei denen trotz eines uneingeschränkt verantwortlich handelnden Tatmittlers der Beitrag des Hintermannes nahezu automatisch zu der von diesem Hintermann

Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 33 ff., 47 ff.; *Murmann*, GA 1996, 269; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518; *ders.*, NSTz 2005, 13. Überzeugend jetzt auch *Zaczyk*, GA 2006, 411 (414).

⁷ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 129 ff.; *ders.*, JZ 1995, 49 (51); *Rotsch*, NSTz 1998, 491; *Ambos*, GA 1998, 226 (239); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2005, § 20 Rn. 73b; *Schünemann*, in: *Roxin* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 629 ff. Wie der BGH aber *Ransiek* (Fn. 1), S. 46 ff.

⁸ *Roxin*, in: *Hoyer u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 387. Ebenfalls veröffentlicht in (und im folgenden zitiert nach) ZIS 2006, 293. Ebenso jetzt auch *ders.*, ZStrR 125 (2007), 1 (15 ff.).

⁹ BGHSt 40, 218.

¹⁰ Vgl. die Angaben unten in Fn. 22.

¹¹ Zuletzt in ZIS 2006, 294; *ders.*, ZStrR 125 (2007), 1.

¹² *Roxin*, ZIS 2006, 297.

¹³ *Roxin*, ZIS 2006, 298.

¹⁴ *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 222; *ders.*, JR 1995, 179. Vgl. noch *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 524 in Fn. 32.

¹⁵ *Roxin*, ZIS 2006, 298.

¹⁶ *Rotsch* (Fn. 1), S. 71 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

¹⁷ *Rotsch*, NSTz 2005, 14.

¹⁸ *Schroeder* (Fn. 14), S. 152.

¹⁹ *Dohna*, Übungen im Strafrecht und Strafprozessrecht, 3. Aufl. 1929, Fall Nr. 36; vgl. *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 523 f. in Fn. 31.

²⁰ *Manfred Heinrich*, Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002, S. 271 ff. (273).

²¹ *Roxin* selbst bezieht sich ausdrücklich auf beide Ansätze, vgl. *ders.*, ZIS 2006, 298.

erstrebten Tatbestandsverwirklichung führt. Solches kann vorliegen, wenn der Hintermann durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Derartige Rahmenbedingungen mit regelhaften Abläufen kommen insbesondere bei staatlichen, unternehmerischen oder geschäftsähnlichen Organisationsstrukturen und bei Befehlshierarchien in Betracht. Handelt in einem solchen Fall der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er insbesondere auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will der Hintermann den Erfolg als Ergebnis seines eigenen Handelns, ist er Täter in der Form mittelbarer Täterschaft.“

Nachdem lange Jahre Uneinigkeit darüber herrschte, ob der *Senat* mit seinen Ausführungen *Roxins* Rechtsfigur oder die Konstruktion von *Schroeder* übernehmen wollte,²² haben einige in der Folgezeit insbesondere zur Wirtschaftskriminalität ergangene Entscheidungen deutlich gemacht, dass der BGH von Beginn an einen ganz eigenen Weg gehen wollte und diesen trotz aller Kritik aus der Literatur auch geht. So hat er in der sog. „Tierarztpraxis“-Entscheidung²³ erneut allein auf die „Schaffung und Ausnutzung“ von durch Organisationsstrukturen geschaffenen „Rahmenbedingungen“ rekurriert, die in Wahrheit die Tatherrschaft (!) des Täters begründen sollen.²⁴ Dieselbe Argumentation verwendet der BGH z.B. in einem Fall betrügerischer Einwerbung von Kapitaleinlagen,²⁵ im „Bremer Vulkan“-Fall²⁶ oder der „Anwaltskanzlei“-Entscheidung²⁷.

²² *Roxin*, JZ 1995, 50 einerseits; *Schroeder*, JR 1995, 177 andererseits. Zur Auseinandersetzung *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 537; differenzierend *ders.*, NStZ 2005, 16 ff.

²³ BGH JR 2004, 245 mit Anm. *Rotsch*, 248.

²⁴ Zur Kritik bereits *Rotsch*, NStZ 2005, 16 ff.

²⁵ BGHSt 48, 331 (342): „In Betracht kommt bei dieser Fallgestaltung nur eine mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. Eine solche mittelbare Täterschaft liegt vor, wenn die Tat durch einen Hintermann gelenkt wird. Dieser Hintermann besitzt Tatherrschaft, wenn er mit den durch die Organisationsstruktur geschaffenen Rahmenbedingungen das deliktische Geschehen maßgeblich beeinflussen kann (vgl. BGHSt 40, 218, 236 ff.; 45, 270, 296 ff.).“

²⁶ BGH NStZ 2004, 559 (561): „Sollte der neue Tatrichter unter den oben genannten Voraussetzungen zu dem Ergebnis gelangen, dass existenzgefährdende Eingriffe zu Lasten der Tochtergesellschaften erfolgt sind und den Angeklagten dies auch bewusst war, so liegt die Annahme einer mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft nahe (vgl. BGHSt 40, 218, 236 ff. = NJW 1994, 2703 = NStZ 1994, 537; BGHSt 45, 270, 296 ff. = NJW 2000, 443; BGH NJW 2004, 375, 378 = NStZ 2004, 218, zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen). Die Angeklagten haben nach den bisherigen Feststellungen auf Grund ihrer Leitungsmacht im Konzern sowohl die Festanlagen größerer Gelder als auch insbesondere das Cash-Management-System in den wesentlichen Grundsätzen installiert, wobei die maßgeblichen Entscheidungen im Vorstand getroffen und dort jedenfalls zustimmend zur Kenntnis genommen wurden. Dies würde eine gemeinsame

Damit handelt es sich bei der Organisationsherrschaft des BGH um einen völlig eigenständigen Begründungsansatz, der mit keiner in der Literatur propagierten Lösung übereinstimmt: Tatsächlich hat der BGH mittlerweile eine völlig neue Form mittelbarer Täterschaft geschaffen.²⁸ Interessanterweise geht der BGH dabei mittlerweile in zwei Schritten vor: Zunächst erfolgt die aus der *Lederspray*-Entscheidung bekannte Gleichstellung gesellschaftsrechtlicher mit strafrechtlicher Verantwortung, anschließend und darüber hinaus aber erfolgt dann noch die Absicherung über die mittelbare Täterschaft in Form der Organisationsherrschaft.²⁹ Der Organisator ist der Täter.

Armin Nack, an der im 40. Band veröffentlichten BGH-Entscheidung zur Verantwortlichkeit der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates beteiligt, hat in dem Festschriftenband des GA zum 75. Geburtstag *Roxins* in einem seltenen Statement zur Rechtfertigung einer höchstrichterlichen Entscheidung³⁰ diese Auffassung – freilich ohne direkt auf sie

(mittäterschaftliche) strafrechtliche Verantwortlichkeit der Angeklagten als Mitglieder des Organs der Konzernmutter begründen (vgl. BGHSt 37, 106, 123 ff. = NJW 1990, 2560 = NStZ 1990, 588; BGHSt 48, 77, 89 ff. = NJW 2003, 522 = NStZ 2003, 141).“

²⁷ BGH, Urt. v. 22.6.2000 – 5 StR 268/99, UA S. 16 (insoweit in BGH NStZ 2000, 596 nicht abgedruckt): „Damit hätte sich das Landgericht in den Fällen, in denen eine unmittelbare Veranlassung durch den Angeklagten R nicht gegeben war, jedenfalls mit der nahe liegenden Möglichkeit einer Bestechung in mittelbarer Täterschaft (§ 25 Abs. 1, 2. Alt. StGB) befassen müssen. Die Angeklagten R und S hatten eine allgemeine Absprache über entsprechende Anschriftenermittlungen gegen Entgelt getroffen. Innerhalb seines Kanzleibetriebes hatte der Angeklagte R aufgrund einer generellen Anordnung die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass durch sein Personal der Angeklagte S dann auch beauftragt wurde. Dabei kam es ihm – zumal solche Adressenermittlungen typischerweise durch das Personal und nicht den Inhaber einer Anwaltskanzlei durchgeführt werden – maßgeblich auch darauf an, den Bereich der Adressenermittlung kostensparend und effektiv möglichst ohne Befassung der eigenen Person geregelt zu wissen. Der Angeklagte R setzte damit – durch einen einzigen Organisationsakt (vgl. BGHR StGB § 52 – Handlung, dieselbe 29) – die Rahmenbedingungen für die Aktivitäten seines Kanzleipersonals und hatte mithin auch eine vom Täterwillen getragene Tatherrschaft, weshalb es offen bleiben könnte, ob sein Kanzleipersonal seinerzeit in Kenntnis der Amtsträgereigenschaft des Angeklagten S diesem Aufträge erteilt hatte (vgl. BGHSt 43, 219, 232; 40, 218, 235 f.).“

²⁸ Siehe bereits *Rotsch*, NStZ 2005, 16 ff. Zurückhaltender *Radtke*, ZStW 119 (2007), 69 (81 f., 91 f.).

²⁹ Vgl. Fn. 26.

³⁰ Die berühmteste und eindringlichste dieser Art stellt die Erläuterung der „Badewannen“-Entscheidung durch *Hartung* dar, vgl. *ders.*, JZ 1954, 430.

Bezug zu nehmen – in dankenswerter Klarheit bestätigt.³¹ Er schreibt: „Der 5. Strafsenat des BGH hat den Fall aber zum Anlass genommen, die mittelbare Täterschaft weitergehend als die dritte Fallgruppe von *Roxin* (‘Machtapparat’ mit Fungibilität des unmittelbaren Täters) zu definieren. [...] Wir waren uns [...] einig, dass eine – die praktisch bedeutsamste – Fallgruppe mit einbezogen werden musste: die vom Chef eines Unternehmens veranlasste Straftat, insbesondere der Betrug, bei der die Mitarbeiter des Unternehmens ‘weisungsgemäß’ handeln. Namentlich beim Lieferantenbetrug hatte die Rechtsprechung seit Jahren ohne weiteres [...] den Chef als mittelbaren Täter verurteilt. Der Unternehmer, der während einer Krise noch betrügerische Rechnungen aufgibt, wurde ganz selbstverständlich als mittelbarer Täter verurteilt. Aber es sind seine Angestellten, die mit den Lieferanten verhandelt haben; zumeist haben sie den konkreten Auftrag erteilt. Die Angestellten sind manchmal gutgläubig. Vielfach aber wissen sie schon um die schlechte Zahlungsmoral des Unternehmens; sie müssen schließlich die misstrauischen Lieferanten immer wieder vertrösten. Auch ohne konkrete Einzelanweisungen verlässt sich der Chef darauf, dass sein gewöhnlicher Geschäftsbetrieb – wie von ihm organisiert – weiterläuft. Seine Art der Beteiligung davon abhängig zu machen, ob der jeweilige Angestellte bei der konkreten Bestellung bös- oder gutgläubig war, erscheint nicht angemessen. Es wäre auch nicht aufzuklären. Plastisch formuliert: Der Chef war der Betrüger. Wir suchten deshalb nach einer Definition, die auch diese Fallgestaltung erfasst. Das Kriterium der Fungibilität des Tatmittlers passte dafür nicht. Gerade bei den für diese Kriminalitätsform typischen kleinen und mittleren Unternehmen braucht der Chef eben diejenigen Mitarbeiter, die ‘den Laden kennen’. Er kann sie nicht beliebig austauschen, noch viel weniger darauf vertrauen, dass andere Angestellte in seinem Sinn handeln.“³² Vor diesem Hintergrund entstanden die oben³³ zitierten, mittlerweile berühmten vier Sätze des BGH.³⁴

Dieser so propagierte neue Täterbegriff ist im doppelten Sinne ein *ökonomischer* Täterbegriff. Zunächst ist er *unternehmensbezogen*, weil mit ihm eine neue Form des Unternehmenstäters begründet wird. Und er ist in hohem Maße *effizient*, weil er die Gerichte von spezifisch wirtschaftsstrafrechtlichen Begründungsnotwendigkeiten entlastet, die aus der Kollision von Phänomenen modernen Strafrechts mit traditionellen dogmatischen Begründungskategorien resultieren. Dabei ist insbesondere unerheblich, ob die Vorderleute ihrerseits strafrechtlich relevant handeln oder nicht.³⁵ Dass dieser Ansatz jedenfalls die Praxis revolutionieren wird, liegt auf der Hand.

³¹ *Nack*, GA 2006, 342. Vgl. auch bereits *Otto*, Jura 2001, 753 (756).

³² *Nack*, GA 2006, 343 f.

³³ Siehe oben unter 2. zu Beginn.

³⁴ *Nack*, GA 2006, 344.

³⁵ Besonders deutlich formuliert vom BGH in BGH NStZ 1998, 568: „Bei der gegebenen Sachlage hängt eine Strafbarkeit wegen Betruges nicht davon ab, ob die in Bezug auf die Bestellungen unmittelbar Handelnden – was das angefochtene Urteil nicht mitteilt – dabei gutgläubig waren oder ob sie

III. Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik

Die bislang nur beispielhaft angedeuteten Tendenzen zur Diffusion der Strafrechtsdogmatik sollen im folgenden weiter exemplifiziert, generalisiert und analysiert werden. Dabei bediene ich mich bei der Zuordnung einzelner Phänomene weithin konsentierter Begrifflichkeiten der Ökonomie und das hat zwei Gründe: Zum einen lassen sich mit ihnen recht treffend durchaus voneinander zu unterscheidende Tendenzen ausmachen, die mir typisch zu sein scheinen für moderne Entwicklungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zum anderen ist schon in der Ökonomie – bei allem Streit über Einzelheiten – anerkannt, dass die grundsätzlich im Rahmen der Schaffung synergetischer Effekte zur Mehrung des Unternehmensgewinns unabdingbaren Instrumente der Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung auch Risiken mit sich bringen. Vor diesen Risiken, die sich auch in der Entwicklung der Strafrechtsdogmatik ausmachen lassen, ist zu warnen.

1. Differenzierung der Strafrechtsdogmatik – Tendenzen zur kompensatorischen Hyperplasie I

In der Ökonomie stehen die Begriffe der Differenzierung und Diversifizierung für Strategien der Leistungsausweitung. Während die beiden Strategien damit durchaus miteinander verwandt sind, unterscheiden sie sich aber darin, dass die Diversifizierung³⁶ als konstitutive Bedingung den Eintritt des Unternehmens in einen neuen Leistungsbereich voraussetzt.³⁷ Die Differenzierung hingegen bezieht sich als Produktdifferenzierung stets auf eine vom Unternehmen bereits angebotene Produktgruppe; die Veränderung beschränkt sich auf einen bestimmten Produkttyp innerhalb des bestehenden Angebotsprogramms.³⁸ Ziel der Produktdifferenzierung ist es insbesondere, Spezial- und Sonderwünschen der Verbraucher besser gerecht werden zu können, um dadurch die Absatzleistung zu erhöhen und somit letztlich die Gesamtleistung des Unternehmens zu verbessern.³⁹ Mittels der Produktdifferenzierung werden also neue Varianten eines Produktes entwi-

die Bestellungen in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Firma I-GmbH vornahmen. Nach den in der Rechtsprechung zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Hintermannes entwickelten Grundsätzen kommt als Täter kraft Tatherrschaft auch derjenige in Betracht, der durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, die regelhafte Abläufe auslösen, die ihrerseits zu der vom Hintermann erstrebten Tatbestandsverwirklichung führen (BGHSt 40, 218, 236, 237 f.). Dies hat der BGH auch für unternehmerische Betätigungen bejaht. Ebenso liegt es hier.“

³⁶ In der Ökonomie werden die Begriffe Diversifizierung und Diversifikation weithin synonym gebraucht.

³⁷ *Gebert*, Diversifikation und Organisation, 1983, S. 6 (10); *Ansoff*, HBR, Vol. 35, Nr. 5, 9/10 1957, S. 113.

³⁸ *Kruse*, Die Produktdifferenzierung in Theorie und Praxis, 1960; *Böckem*, Theorie der horizontalen Produktdifferenzierung, 1992, S. 7 ff.

³⁹ *Bidlingmaier*, Marketing, Bd. I und II, 1973, S. 230.

ckelt, während bei der Diversifizierung sich die Zahl der Produktgruppen erhöht.⁴⁰

Ein prägnantes Beispiel einer solchen Differenzierung ist die oben dargestellte Entwicklung der Organisationsherrschaft durch *Roxin*. Natürlich spricht zunächst einmal überhaupt nichts gegen die im Laufe der Zeit vorgenommene Verfeinerung einer Theorie. Im Gegenteil hat die deutsche Strafrechtswissenschaft – jedenfalls in früherer Zeit – ihre in der Welt führende Rolle durch die wohl in der Tat einmalige Systematisierungskompetenz ihrer führenden Strafrechtler erst einnehmen können. Es soll hier natürlich nicht darum gehen, einer *Entfeinerung* der Strafrechtsdogmatik das Wort zu reden. Allein: Aus den unterschiedlichsten Gründen mutiert in den letzten Jahrzehnten die *Verfeinerung* zur *Überfeinerung* der Strafrechtsdogmatik, die das Verhältnis zwischen Wissenschaft und Praxis zunehmend zu belasten scheint.⁴¹

So zeigt gerade das Beispiel der Organisationsherrschaft im *Roxin*-schen Sinne, dass ihre Grundidee für die Rechtspraxis so faszinierend war, dass sie von der Rechtsprechung bei Bedarf freudig rezipiert worden ist. Dass das in der Sache so spannende wissenschaftliche Streitgespräch zwischen *Roxin* und seinen Kritikern die – wie wir jetzt wissen, schon im Grundansatz divergente – Lösung des BGH und dessen Rechtsprechungspraxis nicht mehr erreicht, ist freilich sicher. Und im Hinblick auf die oben aufgezeigte, von *Roxin* durch seine vermeintlich an *Schroeder* angelehnte Modifikation bewirkte *Diffusion durch Differenzierung* ist die pragmatische Haltung des BGH sogar verständlich.

2. Diversifizierung der Strafrechtsdogmatik – Tendenzen zur kompensatorischen Hyperplasie 2

Die in der Ökonomie neben der Diversifizierung im wesentlichen relevanten unternehmenspolitischen Konzeptionen der Leistungsausweitung sind die Marktdurchdringung, die Marktentwicklung und – das wurde bereits angedeutet – die Produktentwicklung. Die Marktdurchdringung betrifft nach dem Produkt/Marktschema von *Ansoff*⁴² ein altes Produkt am alten Markt, die Marktentwicklung ein altes Produkt an einem neuen Markt und die Produktentwicklung ein neues Produkt am alten Markt. Die Diversifizierung hingegen verlangt die Entwicklung eines neuen Produktes an einem neuen Markt. In der Ökonomie besteht heutzutage weithin Einigkeit über drei Arten der Diversifizierung; die Unterscheidung erfolgt im Hinblick auf die Richtung der Leistungsausweitung:⁴³ Unter einer *horizontalen* Diversifizierung ist die Ausweitung des Angebotsprogramms eines Unternehmens durch die Aufnahme neuer Leistungen zu verstehen, die auf derselben gesamtwirtschaftlichen Stufe stehen wie die bisherige Leistungssubstanz des Unternehmens.⁴⁴ Die *vertikale*

Diversifizierung zeichnet sich durch die Erweiterung des Angebotes durch solche Produkte aus, die einer den bisherigen Leistungen vor- oder nachgelagerten Produktionsstufe entstammen.⁴⁵ Die *laterale* Diversifizierung ist dadurch gekennzeichnet, dass vollständig neue, weder vor- noch nachgelagerte Leistungsbereiche, die in keinem Zusammenhang zur bisherigen Leistungssubstanz stehen, in das Angebotsprogramm übernommen werden.⁴⁶ Selbstverständlich sind Mischformen nicht selten.⁴⁷

Ein Beispiel für eine *horizontale Diversifizierung in der deutschen Strafrechtsdogmatik* mag die Diskussion um die Strafflosigkeit der „neutralen“ Beihilfe sein. Das gilt wohl schon für die bislang nahezu ausschließlich problematisierte Frage nach der Neutralität der Handlung eines potentiellen *Gehilfen*. Obwohl man sich darüber einig ist, dass „an sich“ sämtliche Strafbarkeitsvoraussetzung der Beihilfe gem. § 27 StGB vorliegen, macht die ganz herrschende Meinung für „neutrale“ Handlungen eine Ausnahme von der Strafbarkeit – ohne freilich bis heute Einigkeit über den Begriff der „Neutralität“ der Handlung erlangt zu haben.

Das Problem hat aber eine weitere Dimension: Wer aus kriminalpolitisch nachvollziehbaren Gründen für die Strafflosigkeit neutraler Beihilfe plädiert, wird recht schnell erkennen müssen, dass sich die dort – auf welcher Prüfebene auch immer – bemühte Argumentation kaum auf den Bereich der Beihilfe beschränken lässt. Das Phänomen der kompensatorischen Hyperplasie ist hier sogar ein zweifaches. Zunächst ließ sich schon die im Ursprung auf eine Korrektur spezifisch wirtschaftsrelevanter Verhaltensweisen („Beihilfe“ zur Steuerrückziehung) gerichtete Diskussion – wie immer in solchen Fällen – nicht auf diesen Ausschnitt begrenzen. Darüber hinaus ist aber schnell einzusehen, dass sich auch von „neutraler“ *Anstiftung* sprechen lässt. Und führt man sich die mittlerweile auch im Strafrecht angekommenen Erkenntnisse der Organisationssoziologie und deren immense Bedeutung für das Unternehmensstrafrecht vor Augen,⁴⁸ so verwundert, dass bislang noch niemand über die Möglichkeit strafloser „neutraler“ *Täterschaft* nachgedacht hat. Dass dies nicht mehr lange dauern wird, ist absehbar. Die Diffusion der Strafrechtsdogmatik setzt sich fort.

Ein Beispiel für eine *vertikale Diversifizierung* haben wir bereits kennengelernt: Mit der oben dargestellten Rechtsprechung des BGH zur mittelbaren *Täterschaft* im Unterneh-

⁴⁰ *Gebert* (Fn. 37), S. 11.

⁴¹ Ähnlich bereits z.B. *Schünemann* (Fn. 2), S. 2 ff., der freilich unter „Überfeinerung der Rechtsdogmatik“ andere Tendenzen zusammenfasst.

⁴² *Ansoff* (Fn. 37), S. 113.

⁴³ Hierzu und zum folgenden *Gebert* (Fn. 37), S. 25 ff.

⁴⁴ Bsp.: Eine Brauerei stellt neben Bier nunmehr weitere Getränke („Becks Orange“) her.

⁴⁵ Bsp.: Ein Hersteller elektronischer Datenverarbeitungsanlagen geht dazu über, die elektronischen Bauelemente, die er bisher von Zulieferfirmen bezogen hatte, selbst zu produzieren (sog. Vorstufendiversifikation, vgl. *Gebert* [Fn. 37], S. 28).

⁴⁶ Bsp.: Das Spektrum eines Unternehmens reicht von der Lieferung von Kraftwerken, Komponenten für Stromerzeugung, elektrischen Anlagen für Schienenfahrzeuge und Schiffe über Antennenanlagen, Kälte- und Klimatechnik bis zur Herstellung von Schichtpressstoffplatten, Kunststoff-Formteilen und Spezialprofilen aus Stahl, vgl. *Gebert* (Fn. 37), S. 31.

⁴⁷ *Gebert* (Fn. 37), S. 16.

⁴⁸ Vgl. *Heine*, *Schünemann* und *Rotsch* (jeweils Fn.1).

mensstrafrecht hat die höchstrichterliche Judikatur ein völlig neues Produkt durch Ausdehnung der Leistungstiefe an einem neuen Markt plazierte. Das Problem liegt auf der Hand: Die Rechtsfigur tritt in Konkurrenz zu dem literarischen Original (bzw. seiner differenzierten Modifikation) und findet dort ebenso wenig Akzeptanz wie umgekehrt das wissenschaftliche Modell in der Rechtsprechung. Die Kluft zwischen Wissenschaft und Rechtsprechung scheint unüberbrückbar. Die Diffusion schreitet voran.

Aber auch für die – eher seltene, weil besonders risikobehaftete⁴⁹ – *laterale Diversifizierung* lässt sich recht leicht ein Beispiel finden, das einen engen Bezug zu unserem Thema aufweist. In BGHSt 44, 204⁵⁰ hat der BGH *seine* zur Begründung (mittelbar) täterschaftlicher Strafbarkeit bemühten Grundsätze zur Tatherrschaft des Herrn der Organisation in eine Rechtsfigur des Rücktritts in gleichsam mittelbarer Täterschaft *hineindiversifiziert*. In dem grundsätzlich begrüßenswerten Streben nach gerechter Entscheidung des Einzelfalles hat der BGH dabei offenbar unter einer durch die auch politische Brisanz der Konstellation bedingten Blickverengung – erneut ging es um die Ahndung tödlicher Schüsse an der innerdeutschen Grenze – gegen seine ausdrücklich geäußerte Absicht die Anforderungen an den Rücktritt des Versuchstäters über die gesetzlich normierten Voraussetzungen hinaus *verschärft*. Damit hat er einen *Rücktritt kraft Organisationsherrschaft* geschaffen und so ohne Not ein neues „Produkt“ der Beteiligungsdogmatik auf dem ganz anderen, neuen „Markt“ der Rücktrittslehre zu etablieren versucht.⁵¹ Die Diffusion wird perfekt.

3. Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik – Tendenzen zur kompensatorischen Hyperplasie 3

Ein weiterer, mit den bislang bezeichneten Tendenzen zusammenhängender Effekt lässt sich beobachten. Es ist die ebenfalls aus der Ökonomie als Folge der Diversifizierung bekannte *Divisionalisierung*,⁵² also die Neuschaffung voneinander getrennter Unternehmensbereiche im Wege der objektorientierten Umstrukturierung. Eine solche Diffusion lässt sich auch im modernen Strafrecht beobachten; ein aktuelles und äußerst kontrovers diskutiertes Beispiel ist die von *Jakobs* mindestens begrifflich vorgenommene Trennung in ein Bürger- und ein Feindstrafrecht.⁵³

Aber auch in unserem Themenkomplex lässt sich diese evolutionäre Divisionalisierung nachweisen. Längst hat sich das „moderne“ Strafrecht von den systematischen Strukturen

und Kategorien klassischer Strafrechtslehre gelöst. Und es scheinen insbesondere auch die Anforderungen an eine effektive und angemessene Reaktion auf moderne Wirtschaftskriminalität zu sein, die die Diffusion der Strafrechtsdogmatik begünstigen.

IV. Ergebnis und Ausblick

Die beschriebenen Phänomene sind Phänomene moderner Strafrechtstheorie und -praxis. Sie sind Ausfluss und Konsequenz einer schon immer fein ausdifferenzierten, geschliffenen und komplexen, manchmal und in neuerer Zeit hyperkomplexen und überkomplizierten deutschen Strafrechtsdogmatik, die freilich in weiten Bereichen – insbesondere auch im Wirtschaftsstrafrecht – keine systematische, prinzipiengeleitete Kategorienbildung mehr betreibt, sondern sich schon längst bewegt hin zu einem überdifferenzierten, ausdiversifizierten und intrasystematisch hochproblematisch divisionalisierten Rechtssystem, das nahezu jede Ansicht, jede Norm und jede Entscheidung zulässt. Der ökonomische Täterbegriff ist hierfür ein prominentes Beispiel. Viele weitere ließen sich anführen.⁵⁴

Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik erfolgen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung ebenso wie durch die wissenschaftliche Literatur. Die Diffusion der Strafrechtsdogmatik ist uns allen anzulasten; wir alle sind aufgerufen, ihr entgegenzuwirken.

⁴⁹ *Gebert* (Fn. 37), S. 31 ff.

⁵⁰ Hierzu ausführlich *Rotsch*, GA 2002, 165.

⁵¹ Vgl. hierzu auch *Jäger*, ZStW 112 (2000), 783.

⁵² Zum Prozess der Divisionalisierung vgl. etwa *May-er/Gabele*, Der Prozeß der Divisionalisierung, 1975.

⁵³ Die Diskussion hierzu ist kaum noch zu überblicken. Für einen ersten Zugang vgl. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (783); *ders.*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 47 ff. (51); *ders.*, HRRS 2004, 88 (92); *ders.*, HRRS 2006, 289; *Bung*, HRRS 2006, 63; *Demetrio Crespo*, ZIS 2006, 413 (dt.); 428 (span.); *Sinn*, ZIS 2006, 107.

⁵⁴ Vgl. etwa jüngst den Versuch des BGH, im Fall *Kanther* über Modifikationen der Vorsatzvoraussetzungen die Reichweite der Untreuestrafbarkeit einzuschränken, BGH wistra 2007, 136 (141 f.). S.a. *Schlösser*, GA 2007, 160, der zu Recht darauf hinweist, dass aufgrund der fortschreitenden Normativierung der Täterlehre die Kategorien von objektiver Zurechnung und Beteiligungsdogmatik verschwimmen, a.a.O., 170 in Fn. 50. Generell zur „Wechselbezüglichkeit“ von Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung neuestens *Radtke*, ZStW 119 (2007), 69.