

## Hans Theile zu

**Marco Mansdörfer: Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts,**  
C.F. Müller, 2011, 533 S.

Innerhalb der Strafrechtswissenschaft sind interdisziplinäre Ansätze nach wie vor eine Ausnahme, obwohl sie wertvolle Impulse für die Analyse strafrechtlicher Problemstellungen liefern können. Dies gilt auch für die wirtschaftsstrafrechtliche Diskussion, in der Modellannahmen der Wirtschaftswissenschaften allenfalls vereinzelt zur Kenntnis genommen werden. Dass es sich insoweit um ein Fundamentalproblem handelt, belegt die Kritik F.A. von Hayeks zum allgemeinen Zustand der Geisteswissenschaften: „Nirgends ist die schädliche Wirkung der Teilung in Spezialfächer deutlicher als in den beiden ältesten dieser Disziplinen, der Ökonomie und dem Recht“.<sup>1</sup> Angesichts dieses Manko ist auf die von *Marco Mansdörfer* vorgelegte Freiburger Habilitationsschrift „Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts“ zu verweisen, die eine von *Mark Deiters*, *Thomas Rotsch* und *Mark Zöller* herausgegebene Schriftenreihe zum Wirtschaftsstrafrecht eröffnet.

*Mansdörfers* Anliegen ist keineswegs die Entwicklung eines neuartigen Strafrechtssystems, sondern die Darlegung einer Grundkonzeption, die es ermöglichen soll, aktuelle dogmatische und kriminalpolitische Fragen einer konsistenten Lösung zuzuführen. Hierfür greift er auf die Neue Institutionenökonomik zurück, die innerhalb der Wirtschaftswissenschaften einen enormen Bedeutungszuwachs erlangt, im Strafrecht bislang jedoch kaum Resonanz gefunden hat.<sup>2</sup> Sie betont die für den Wirtschaftsprozess besondere Bedeutung von Institutionen, die als Regeln für wirtschaftliches Handeln verstanden werden. Diese seien dem Menschen keineswegs exogen vorgegeben, sondern endogen und variabel; ihre Struktur hänge im Wesentlichen von Transaktionskosten ab, die als Kosten für die Eingehung und Kontrolle der Durchführung von Vereinbarungen zwischen verschiedenen Wirtschaftsteilnehmern zu verstehen sind. Da Institutionen überhaupt erst die Voraussetzung für individuelles Wirtschaften bilden, fügt sich die Neue Institutionenökonomik in den innerhalb der Wirtschaftswissenschaften dominanten methodologischen Individualismus ein und greift auf die klassische Metapher des Homo oeconomicus zurück, die allerdings dort mittlerweile deutliche Relativierungen erfahren hat.<sup>3</sup> Aufgrund des methodologischen Individualismus ergibt sich für *Mansdörfer* ein Berührungspunkt mit dem Strafrecht, so dass strafrechtliche und ökonomische Steuerungsmechanismen konvergieren; ein Unterschied bestehe lediglich darin, dass bezogen auf den individuellen Steuerungsadressaten strafrechtliche Steuerungsmechanismen von außen und ökonomische Steuerungsmechanismen wie das ökonomische Prinzip (*Mansdörfer* spricht hier von „Ergiebigkeitsprinzip“) – das wirtschaftsimmante Streben nach einer optimalen Nutzung knapper Ressourcen zur Erreichung wirtschaftlicher Ziele – aus sich heraus wirken.

Nach *Mansdörfer* ist Ziel der von ihm dargelegten Konzeption die Gewährleistung individueller wirtschaftlicher Entfaltungsfreiheit, die auf einen konkreten sozialen Wirtschaftsraum bezogen ist, der aus verfassungsrechtlichen Vorgaben, Parlamentsgesetzen, supranationalen, zunehmend aber auch privaten Normen besteht. Das Wirtschaftsstrafrecht als individuelles Entscheidungshandeln prägende Institution wird als Summe derjenigen Strafnormen verstanden, die positiv die zur Präferenzverfolgung erforderlichen Handlungsvoraussetzungen sicherten und negativ Restriktionen des Handelns zum Schutz von Rechtsgütern beziehungsweise Interessen Dritter setzten. Es handele sich somit um ein Instrument zur Absenkung von

Transaktionskosten, indem die Kosten individueller Freiheitsverwirklichung durch das Strafrecht möglichst gering gehalten werden. Mit seinem Ansatz grenzt sich *Mansdörfer* von tradierten überindividuellen oder kollektivistischen Ansätzen zur begrifflichen Bestimmung des Wirtschaftsstrafrechts ab, die hierdurch obsolet werden sollen.

Im Fortgang veranschaulicht *Mansdörfer* seine Überlegungen mit Blick auf missbilligte unmittelbare Gefahrschaffungen und benennt Institutionen, die für die Verwirklichung individueller Präferenzverfolgung unabdingbar seien. Im Mittelpunkt stehen der Schutz von Eigentum und Vermögen, wobei die Ausführungen zur Untreue einen Schwerpunkt bilden, da der Tatbestand die äußersten Grenzen von Prinzipal-Agenten-Verhältnissen beschreibe und der Absicherung unvollständiger Verträge im Sinne solcher Verträge diene, bei denen die Marktteilnehmer nicht alle Eventualitäten ex ante vertraglich festgelegt haben beziehungsweise festlegen können. Ferner werden der Schutz von Informationen sowie der (wirtschaftlichen) Entscheidungsfreiheit hervorgehoben. Auch wenn man sich keineswegs jeder These anschließen möchte – Bedenken hätte ich insoweit vor allem mit Blick auf die Ausführungen zu § 240 StGB -, wird man dem Autor zugute halten müssen, seine theoretische Grundkonzeption an zahlreichen Einzelfragen des Wirtschaftsstrafrechts veranschaulicht zu haben und nicht auf einer Ebene bloßer Abstraktion stehen geblieben zu sein.

Trotz seines dezidiert individualistischen Ansatzes konkretisiert *Mansdörfer* seine Überlegungen für Risikoschaffungen in komplexen wirtschaftlichen Funktionszusammenhängen, womit das Handeln im Unternehmenskontext in das Zentrum rückt. Aus der Perspektive der Neuen Institutionenökonomik sind Unternehmen Zusammenschlüsse von Individuen zur Verfolgung gemeinsamer Interessen, indem Strukturen der Verhaltenskoordination geschaffen werden, die die beteiligten Individuen besser als bei rein marktmäßiger Koordination stellen. In Auseinandersetzung namentlich mit der in der Rechtsprechung feststellbaren Zurechnungskategorie des Unternehmenshandels und der Funktionalisierung des § 130 OWiG als Auffangtatbestand plädiert der Autor für eine Zerlegung komplexer sozialer Strukturen in ihre Einzelbeziehungen. Alles in allem laufe dies auf eine Konkordanz zwischen der individuellen Funktion innerhalb eines komplexen Prozesses und der daraus resultierenden Verantwortlichkeit hinaus. *Mansdörfer* spricht insoweit von einer Fortentwicklung gewachsener Verhaltensnormprogramme zu funktional prozessorientierten Verantwortungsstrukturen, die in der Praxis jedoch auf eine nicht unerhebliche Ausdehnung der Strafbarkeit hinauslaufen dürfte.

Bei einer Gesamtwürdigung der Arbeit ist zu berücksichtigen, dass jede theoretische Perspektive ihren jeweils eigenen blinden Fleck aufweist. *Mansdörfer* konzediert, durch seinen Ansatz seien keineswegs überindividualistische oder kollektivistische Erklärungsmodelle widerlegt, auch wenn er sie für weniger aussagekräftig hält. Dass individualistische Modelle eher mit dem Strafrecht korrespondieren, dürfte diese Einschätzung aber kaum tragen, da ein solcher Theorieansatz überindividuelle oder kollektivistische Faktoren wirtschaftlicher Tätigkeit ausblenden muss. Auf der Basis einer individualistischen Konzeption lassen sich zweifellos wirtschaftsstrafrechtliche Problemstellungen gemessen an der klassischen Dogmatik einigermaßen bruchlos bewältigen. Die entscheidende Frage lautet jedoch, ob eine individualistische und damit strafrechtliche Ausrichtung angemessene Lösungen für ein möglicherweise in erster Linie strukturelles Problem bietet. Die Tauglichkeit jedes theoretischen Ansatzes

kann insofern nur danach beurteilt werden, ob und inwieweit er eine analytische Durchdringung der im Grenzfeld zwischen Strafrecht und Wirtschaft auftretenden konkreten Probleme gestattet und so dann Ansatzpunkte für innerstrafrechtliche Problemlösungen bietet. Hierbei ist es unwahrscheinlich, dass dies auf eine eindeutige Überlegenheit des einen oder anderen Erklärungsmodells hinausläuft, auch wenn ein solcher ambivalenter Befund enttäuschen mag.

Das der Arbeit zugrunde liegende Steuerungsanliegen erweist sich gleichfalls als problematisch. Angesichts der vornehmlich theoretischen Stoßrichtung der Arbeit gilt dies weniger mit Blick auf die letztlich eher behauptete als empirisch belegte Aussage einer Steuerungswirkung des Strafrechts bei Wirtschaftsstraftätern. Allerdings tendiert ein solcher Impetus dazu, die Rückwirkungen strafrechtlicher Steuerungsambitionen auf das Strafrecht selbst sowie auf die Wirtschaft im Ganzen aus dem Blick zu verlieren. Bedenken bestehen weniger mit Blick auf die Akzeptanz des Strafrechts als prinzipiell legitimes staatliches Instrument zur Sicherung wesentlicher Institutionen und dessen Einsatz zur Herstellung größtmöglicher individueller Freiheit. Problematisch ist jedoch die Verabschiedung der Prinzipien von *ultima ratio*, Subsidiarität oder Fragmentarität. Wenn man die angesprochenen Prinzipien von dem konkreten Konflikt löst und mit *Mansdörfer* allgemein fragt, was per saldo auch für die nicht am Konflikt Beteiligten die weniger eingriffsintensive Lösung ist, läuft dies im Zweifel stets auf eine strafrechtliche Konfliktlösung hinaus. Abgesehen davon können – obwohl sie traditionell sicher dem Schutz der individueller Freiheit des konkreten Sanktionsadressaten dienen – die aufgerufenen Grundsätze durchaus in dem Sinne interpretiert werden, die individuelle Freiheit Dritter vor strafrechtlichen Begrenzungen zu schützen, um in einer Gesellschaft auch anhand unterschiedlicher Rechtsmaterien adäquate Freiheitsphären herzustellen. Falsch eingesetztes Strafrecht kann eben stets auch die Transaktionskosten erhöhen, was als Perspektive insgesamt etwas zu kurz kommt.

Dennoch handelt es sich um eine äußerst anregende Monographie, die sicher nachhaltig die wirtschaftsstrafrechtliche Debatte beeinflussen wird. Dass man über Grund- und Einzelfragen streiten kann, ist nur ein Beleg für die Qualität der Arbeit von *Marco Mansdörfer*.

*Prof. Dr. Hans Theile, LL.M.*

## Fußnoten

- 1 Vgl. Hayek, *Gesetzgebung und Freiheit*, Bd. I, 1. Aufl., 1980, S. 17 (zit. nach *Mansdörfer*, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, 2011, Rn. 2).
- 2 Vgl. aber Techmeier, *Neue Kriminalpolitik* 2006, S. 82 (82 ff.).
- 3 Vgl. nur Selter, *Journal of Institutional Theoretical Economics* 146 (1990), S. 649. Vgl. aber *Mansdörfer*, Rn. 33 ff.

## Monika Frommel zu

**Dirk Fabricius, Kriminalwissenschaften, Grundlagen und Grundfragen I: Darwins angetretenes Erbe. Evolutionsbiologie auch für Nicht-Biologen, LIT 2011, 350 Seiten, Euro 34,90.**

Vom 27.- 29.05.2008 fand im ZiF Bielefeld eine Tagung zu „gefährlichen Menschenbilder – Bio-Wissenschaften, Gesellschaft und Kriminalität“ statt, mittlerweile als Band 47 der Interdisziplinären Studien zu Recht und Staat 2010 erschienen. In diesem Band votiert Dirk Fabricius für einen Anschluss der Kriminalwissenschaftler an die Bio-Wissenschaften. Zwar könne es sein, dass man sich dann von einem Menschenbild verabschieden müssen, das bislang prägend gewesen war, aber wenn es der kritischen Prüfung nicht stand

halte, dann sie dies kein Argument dafür, sich fremden Disziplinen zu verschließen. Er sei für eine Öffnung ohne jede normative Vorbehalt (S.121). Hätte er diese in dem zu besprechenden Buch näher ausgeführte Haltung lediglich damit erklärt, dass es mittlerweile auch kulturwissenschaftliche Ansätze gebe, welche eine distanzierte, beobachtende Sicht bevorzugten, man hätte dies akzeptiert, da es zu seinen wissenschaftlichen Vorbildern Freud und Bourdieu gut passen würde, und eine solche Vorbemerkung hätte auch erklärt, wieso er sich Darwins „gefährlichem“ Erbe widmet. Aber so argumentiert er nicht. Fabricius sucht nicht nach einem interdisziplinären Zugang zu Problemen der Kriminalwissenschaft. Er sucht nach eindeutigen wissenschaftlichen Ergebnissen und meint damit nicht nur empirische Belege, sondern er will menschliche und tierische Gesellschaften, Kulturen und Einzelwesen nach einer, der biologischen Theorie untersuchen. Teil 1 seines Buches beginnt mit einer Erkenntnistheorie, welche in Teil 2 fortgesetzt wird mit einem monistischen Programm einer Soziobiologie allen Lebens. Das Schlusskapitel zu Kultur, Gesellschaft, Recht und Staat relativiert diesen Ansatz nicht, fügt ihm aber auch keine Differenzierung mehr hinzu. Er erörtert auch nicht das Problem, dass es in den Kultur und insb. in dern Kriminalwissenschaften unmittelbar um Zuschreibungen geht. Diese Enthaltsamkeit ist ein Problem. Niemand hätte etwas dagegen einzuwenden, wenn er schreiben würde, er wolle Zuschreibungen empirisch untersuchen. Aber auch das will er nicht. Seine Annahmen sind also sehr begründungsbedürftig. Wenn ich es richtig sehr, dann erschwert der Zugang zu diesem ersten Band, der ein Lebenswerk ankündigt, eine kriminalwissenschaftliche Theorie, welche es ernst meint mit der Annahme, dass menschliches Verhalten zunächst einmal auf biowissenschaftlicher Grundlage erklärt werden müsse. Auch Kultur versteht er als vielfältige evolutionäre Anpassungsleistungen an wechselnde Umgebungen der Menschheit. Die Evolutionsbiologie soll also am Ende auch das Verbrechen und die Reaktionen auf das, was jeweils so genannt wird, erklären. Wissenschaftstheoretische Fragen sind im ersten Band zwar Thema, werden aber nicht als Problem angesprochen. Das Kapitel „Zuschreibung“ kommt möglicherweise in einem späteren Band. Aber wie er diese Kurve noch bewerkstelligen will, das bleibt mir dunkel. Mit rechtstheoretischen Fragen setzt er sich allenfalls im Stil eines Geisterfahrers auseinander. Zwar erwähnt er, dass es Rechtstheoretiker gebe, die Sein und Sollen kategorial trennen und einen naturalistischen Fehlschluss geißeln. Aber er nennt Pferd und Reiter nicht und kennt diese Debatten offenbar nicht aus erster Hand. Fast scheint es so, als interessiere es ihn nicht im geringsten, was Autoren, welche diese Fragen bereits zu Beginn des 20.Jahrhunderts erörtert haben, Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Max Weber und H.U. Kantorowicz, gemeint haben. Sie werden mit Idealisten (was immer er damit meint) gleichgesetzt. Vielleicht kennt er sie vom Hörensagen, aber wie er das gehörte kolportiert, das klingt eher schief. Irgendwie meint er, man könne mühelos von empirischen zu normativen Aussagen wechseln und Brücken schlagen. Das tun wir ja auch im Alltag und manche Juristen verlängern ihren Alltag auch in ihre Arbeitswelt, aber aus dieser trivialen Tatsache, dass dies tagtäglich geschieht, kann man doch nicht schließen, dass auch die spezialisierten Wissenschaften irgendwann ein Amalgam bilden werden oder zumindest könnten, in dem normative Setzung und empirische Beobachtung ineinander übergehen. So naiv kann man wissenschaftstheoretisch doch nicht mehr sein. Bleibt also der Eindruck, dass Fabricius entweder den Stein der Weisen gefunden hat und diesen in Band 2 präsentieren wird oder aber des Kaisers neue Kleider bewundert. Zu diesem Muster passt auch folgender Eindruck. Das hinterlässt beim Lesen einen sonderbar altmodischen Eindruck. Fabricius erscheint als umgedrehter Hegelianer. Umge-