

Frankfurter
kriminalwissenschaftliche
Studien 133

Cornelius Trendelenburg

Ultima ratio?

Subsidiaritätswissenschaftliche
Antworten am Beispiel
der Strafbarkeit von Insiderhandel
und Firmenbestattungen

PETER LANG

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XX
Erster Abschnitt: Das Ultima-ratio-Prinzip und das Wirtschaftsstrafrecht – der Status quo	1
§ 1: Einleitung	3
A. Ausgangspunkt	3
B. Die Debatte um das Wirtschaftsstrafrecht	4
I. Allgemeine Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts	4
II. Entwicklungen in der Rechtswissenschaft	5
C. Rekonstruktion der Debatte über das Ultima-ratio-Prinzip und Kennzeichnung offengebliebener Fragen	11
I. Ausgangspunkt: Das Ultima-ratio-Prinzip als sakrosankter Maßstab und als Vexierbild	11
II. Erste potentielle Kränkung: <i>Tiedemanns</i> sog. „Makrobetrachtung“ und <i>Lüderssens</i> Freiheitsdilemma	12
III. Zweite potentielle Kränkung: Verfassungsrechtliche Skepsis (<i>Lagodny, Appel</i> und andere)	13
IV. Dritte potentielle Kränkung oder erste potentielle Rettung? – Inkomparabilität und Alternativlosigkeit (<i>Wohlers, Seher, Appel</i> und andere sowie die Gegner eines präventiven Strafrechts)	14
V. Blick über die Grenzen	15
VI. Aktuelle Diagnose – ein Prinzip mit „Lotuseffekt“	16
D. Eingrenzung des Themenbereichs	18
E. Überblick über die Untersuchung	21
§ 2: Einführung in die klassischen Konzepte der Strafrechtsbegrenzung	25
A. Überblick	25
B. Konzepte, Grundsätze, Regeln, Prinzipien, Postulate – Begriffliches	25
§ 3: Analyse des Ultima-ratio-Prinzips	27
A. Strafrecht als ultima ratio	27
I. Äußerungen aus der Strafrechtsliteratur	27
II. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	29
B. An der Grenze zum Exkurs: Begriffliche, literarische und historische Aspekte	31
I. Sprachliche Analyse	31

II. Historisch-literarische Analyse	32
C. Heutiger Gebrauch in verwandten Kontexten	34
I. Gerechter Krieg	34
II. Kündigung und Arbeitskampf als ultima ratio	36
III. Verwendung in anderen rechtlichen Kontexten	38
D. Grundlegende Probleme des strafrechtlichen Ultima-ratio-Prinzips	40
E. Verhältnis zu verwandten Konzepten	42
I. Materieller Verbrechensbegriff	43
II. Rechtsgutslehre und Schutz von Rechten	44
1. Varianten	45
2. Rechtsgutsbegriff und Zusammenhang zum Ultima-ratio-Prinzip	46
III. Fragmentarischer Charakter des Strafrechts	47
1. Verwendung in der Literatur	47
2. Verwendung in der Rechtsprechung	48
3. Stellungnahme	50
IV. In dubio pro libertate	52
V. Akzessorietätsgrundsatz	53
VI. Subsidiaritätsprinzip	55
VII. Strafwürdigkeit und/oder Strafbedürftigkeit	57
VIII. Verhältnismäßigkeit	59
1. Deutschland	59
a) Ebene	60
b) Legitimer Zweck	60
c) Geeignetheit	61
d) Erforderlichkeit	61
e) Angemessenheit	64
f) Fazit	65
2. Europäische Ebene	67
F. Zusammenhänge zwischen den Prinzipien und Interpretationsmöglichkeiten als Schlussfolgerungen	68
I. Überblick über die bisherigen Ergebnisse	68
II. Abgrenzung von Ultima-ratio-Prinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	70

Zweiter Abschnitt: Grundlagen der Strafrechtsbegrenzung	76
§ 4: Vorfragen	76
A. Strafrechtsbegrenzung als Chiffre.....	76
B. Bezugspunkte der Strafrechtsbegrenzung (in dieser Untersuchung)	76
I. Grundlagen.....	76
II. Verhaltens- und Sanktionsnorm	80
C. Die vier Ebenen der Begrenzungsdiskussion	84
D. Rechtfertigung des zu begrenzenden Strafrechts	85
I. Begriffliches.....	86
II. Rekonstruktion der widerstreitenden Auffassungen	91
III. Liberales vs. autoritäres Strafrecht?.....	95
IV. Zwecke innerhalb und außerhalb des Normensystems.....	99
E. Zusammenfassung	107
§ 5: Möglichkeit und Unmöglichkeit der Strafrechtsbegrenzung – tatsächliche und vermeintliche Spezifika des Strafrechts.....	108
A. Sollen und können Grenzen verbindlich sein? – oder: Was will die Subsidiaritätswissenschaft?.....	108
I. Verfassungsrechtliche und naturrechtliche Grenzen des Strafrechts	108
II. Materieller Verbrechensbegriff ins Grundgesetz? Der Vorschlag von <i>Wrage</i>	114
III. Strafrechtsbegrenzung jenseits von Verbindlichkeit – die Aufgabe der Subsidiaritätswissenschaft	119
1. Wege zwischen strenger Deduktion und Dezisionismus.....	119
2. Von der Kriminalpolitik zur Subsidiaritätswissenschaft	124
3. Schlüsse und Fehlschlüsse von der verfassungsorientierten auf die kriminalpolitisch orientierte Diskussion und umgekehrt.....	131
4. Ein gestuftes Forschungsprogramm als Fazit	132
B. Soll man Nachweise für die Wirkung der Mittel verlangen?.....	133
I. Grundsätzliches.....	134
II. Prinzipiengeleiteter Umgang mit dieser Unsicherheit als Lösung?	135
C. Soll man bei der Strafrechtsbegrenzung in Alternativen denken?	137
I. Problemstellung und Überblick	137
II. Klärung von Begrifflichkeiten und Erinnerung an die Bezugspunkte... ..	138
III. Unvergleichbarkeit I: Strafrecht als aliud	140

1. Singuläre Aufgabe des Strafrechts?	142
2. Singuläre Institution „Strafe“?	143
3. Singuläre Wirkungen des Strafrechts?	145
IV. Unvergleichbarkeit 2: Unüberwindbare Abwägungsprobleme	146
1. Inkommensurabilität und Inkomparabilität im engeren Sinne	146
a) Die Argumentation <i>Appels</i>	146
b) Einordnung dieser These in einen größeren Zusammenhang	146
c) Die allgemeine Diskussion über Inkommensurabilität und Inkomparabilität	149
2. Die Diskussion über interpersonelle Nutzenvergleiche	152
3. Übertragung der Erkenntnisse auf die Subsidiaritätswissenschaft und auf die Argumentation <i>Appels</i>	153
V. Weitere Kritik am Alternativendenken	156
1. Normentheoretische Sinnlosigkeit der Alternativendebatte (<i>Seher</i>)	156
2. Generalkritik am Alternativendenken	157
a) Getrennte Rechtfertigung präventiver und repressiver Normen (<i>Wohlers</i>)	158
b) Gebotenheit statt Erforderlichkeit von Strafe (<i>Seher</i>)	160
c) Strafrecht und technische Prävention als Äpfel und Birnen (<i>Hefendehl</i>)	166
d) Unverzichtbarkeit des Strafrechts und Unverzichtbarkeit anderer Regelungsformen – „sowohl-als-auch“ statt „entweder-oder“	167
D. Zwischenfazit: Begrenzungspotential und Begrenzungsgrenzen	170
Dritter Abschnitt: Parameter der Subsidiaritätswissenschaft	172
§ 6: Ausgangspunkt: <i>Tiedemanns</i> Überlegungen zum Vorrang des Wirtschaftsstrafrechts	172
A. Grundsätzliches und Begriffliches	173
B. Die Ansicht von <i>Tiedemann</i>	174
I. Kern der Überlegung	174
II. Entwicklungen und Widersprüche	175
III. Bezugnahme auf Vorgänger	178
C. Zustimmung und Modifikation durch Literatur und Praxis	179
I. Uneingeschränkte und knapp gefasste Zustimmung	180
II. Nicht eindeutige Äußerungen	180

1. <i>Roxin</i>	181
2. <i>Kühl</i>	182
3. <i>Lüderssen</i>	182
4. Sammlung weiterer Stimmen.....	183
III. Die EG-Kommission	185
IV. <i>Lagodny</i>	190
V. <i>Otto</i>	190
VI. <i>Haffke</i>	191
VII. <i>Jakobs</i>	194
VIII. Sonstige Ergänzungen	194
D. Kritik aus der Literatur	196
I. Sozialisierung des Subsidiaritätsprinzips	196
II. Argumentum ad absurdum	197
III. Adressatengleichheit	198
IV. Kriminelle vs. rechtschaffene Bürger als zweifelhafter Vergleich.....	198
V. Relativierung der Bedeutung von Anzahl und Status der Betroffenen.....	199
E. Reaktion auf Kritik	199
F. Zusammenfassung.....	200
§ 7: Abstraktionsversuch und Sammlung der Parameter der Strafrechtsbegrenzung.....	201
A. Vorstellung des eigenen Konzepts	201
B. Abgrenzung von vergleichbaren Konzepten	205
I. Kriminalisierungsprinzipien – <i>Jareborg</i>	205
II. Über Kriminalisierung – <i>Schonsheck</i>	206
III. Prinzipien und Probleme der Kriminalisierung – <i>Lernestedt</i>	207
IV. Schranken der Kriminalisierung – <i>Husak</i>	208
V. Ansätze zu einer Synthese – <i>Persak</i>	210
VI. Richtlinienfunktion der Grundrechte – <i>Lagodny</i>	211
VII. Weitere Stellungnahmen zur Strafrechtsbegrenzung als kriminalpolitischer Aufgabe und übertragbare Überlegungen zur verfassungskonformen Auslegung von Strafnormen.....	212
C. Zusammenfassung	214
§ 8: Gemeinsame Vorfragen	215

A. Der Eingriff in die Lebensqualität als zentraler Bezugspunkt verschiedenster Vergleiche	215
B. Strafrecht als Summe von Einzelnormen und als Gesamtsystem	218
C. Kriminalisierung und Entkriminalisierung.....	220
D. Bedeutung der Grundrechtsdogmatik für die Subsidiaritätswissenschaft.....	221
E. Zusammenfassung	230
§ 9: Ermittlung und Bewertung der relevanten Interessen.....	231
A. Strafrechtsspezifische Beschränkungen auf Zweckebene.....	231
I. Rechtsgutslehre	231
II. Weitere Konzepte ohne den Versuch einer engen verfassungsrechtlichen Anbindung	241
III. Zweckbegrenzung unter Berufung auf das Grundgesetz.....	242
B. Wege und Regeln der Interessenermittlung	246
I. Wertvolle Hilfe von Seiten der Rechtsgutslehre	246
II. Angriffswege und Deliktstypen.....	248
III. Rolle von Diskrepanzen zwischen tatsächlichen, angeblichen und festgeschriebenen Zwecken; Mehrheit von Zwecken.....	258
C. Bewertung von Interessen	260
D. Zusammenfassung.....	261
§ 10: Effektivität (zugleich ein Überblick über die Alternativen).....	263
A. Strafrecht	264
I. Resozialisierung und Sicherung	265
II. Abschreckung	265
III. Stärkung des Normvertrauens.....	268
IV. Weitere Effekte	269
V. Strafrecht als Freiheitsgarant einer Gesellschaft.....	269
VI. Relativierung der Effekte durch Hypertrophie	269
B. Ordnungswidrigkeitenrecht	270
C. Soft law, Ethik-Richtlinien etc.	270
D. Deliktsrecht	272
E. Kontrollen	273
F. Technische Prävention.....	274

G. Sanktionenähnliche Rechtsfolgen und verwaltungsrechtliche Sanktionen	276
H. Strukturelle Änderungen im Recht.....	277
I. Interventionsrecht	277
J. Zusammenfassung	281
§ 11: Eingriffsintensität	283
A. Grundlagen	283
B. Maßstab (unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts).....	283
I. Empirische vs. normative Betrachtung.....	284
II. Individuum vs. Gesellschaft – zugleich eine Antwort auf die „Makroperspektive“	286
III. <i>Lagodnys</i> neue Interpretation der Makroperspektive	294
IV. Bezugspunkt und Reichweite von Aussagen über die Eingriffsintensität der Strafe	300
C. Begründung der Eingriffsintensität des Strafrechts im Spiegel der Alternativen.....	302
I. Adressaten.....	302
II. Beeinträchtigte Interessen	304
1. Strafnorm.....	304
2. Strafverfahren.....	304
3. Verurteilung, Strafvollstreckung und Folgewirkungen	305
III. Intensität der Beeinträchtigung	305
1. Allgemeine Ebene	305
2. Strafnorm.....	305
3. Strafverfahren.....	307
4. Verurteilung, Strafvollstreckung und Folgewirkungen	310
IV. Bedeutung für die Subsidiaritätswissenschaft	311
V. Vergleich mit den Alternativen	311
1. Ordnungswidrigkeitenrecht.....	311
2. Soft law, Ethik-Richtlinien etc.....	312
3. Deliktsrecht	313
4. Kontrollen.....	314
5. Technische Prävention	315

6. Sanktionenähnliche Rechtsfolgen und verwaltungsrechtliche Sanktionen.....	315
7. Strukturelle Änderungen im Recht	316
D. Relativierung der Eingriffsintensität des Strafrechts im Spiegel seiner Alternativen	317
I. Rechtsstaatlichkeit	317
1. Überblick.....	317
2. Strafrecht	317
3. Vergleich mit den Alternativen.....	318
a) Ordnungswidrigkeitenrecht.....	318
b) Soft law, Ethik-Richtlinien etc.....	319
c) Deliktsrecht	319
d) Kontrolle	319
e) Technische Prävention	319
f) Sanktionenähnliche Rechtsfolgen und verwaltungsrechtliche Sanktionen.....	320
g) Strukturelle Änderungen im Recht	320
4. Schlussfolgerungen und Vergleiche.....	320
II. Freiheitlichkeit im engeren Sinne.....	323
1. Überblick.....	325
2. Strafrecht	326
a) Feindstrafrecht.....	326
b) Hirnforschungsdebatte	327
c) Zwischenfazit	327
3. Vergleich mit den Alternativen.....	328
a) Ordnungswidrigkeitenrecht.....	328
b) Soft law, Ethik-Richtlinien etc.....	328
c) Deliktsrecht	328
d) Kontrolle	328
e) Technische Prävention	329
f) Sanktionenähnliche Rechtsfolgen und verwaltungsrechtliche Sanktionen.....	330
g) Strukturelle Änderungen im Recht	330
4. Schlussfolgerungen und Vergleiche.....	330

E. Zusammenfassung	331
§ 12: Grad der Verantwortlichkeit	333
A. Begriffliches	334
I. Unrecht und Schuld.....	334
II. Zuständigkeit	334
III. Zumutbarkeit	335
IV. Verantwortung und Verantwortlichkeit	335
B. Typen von Verantwortlichkeit im Recht	338
C. Gradierungen und Vergleiche.....	342
D. Zusammenfassung	352
§ 13: Weitere Folgen und Folgenbewertungen	354
A. Nebenwirkungen und Kosten	354
I. Irrelevante Nebenwirkungen.....	354
II. Kosten als prinzipiell relevante Nebenwirkungen	355
B. Der parallele Einsatz verschiedener Mittel als Regel.....	355
I. Überblick.....	355
II. Kumulationseffekte	356
III. Gegenseitige Abschwächung und Verstärkung der jeweiligen Effekte und weitere Bezüge zwischen dem Strafrecht und seinen Alternativen	357
1. Außerstrafrechtliche Konkretisierungen von Strafnormen.....	357
2. Faktische Zurückdrängung des Strafrechts bei unverändertem strafrechtlichen Normenbestand	360
3. Ordnungswidrigkeitenrecht als notwendige Folge verwaltungsrechtlicher Verbote; Straftatbestände als Back-up- Normen	361
4. Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung I: Beweisverwertung.....	364
5. Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung II: Kontrollkriminalität.....	365
a) Aufsicht als notwendige Vorbedingung der Aufdeckung von Kriminalität	365
b) Strafrecht als Vorwand?.....	365
6. Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung III: Wer kontrolliert die Kontrolleure?.....	366
C. Zusammenfassung	367

Vierter Abschnitt: Die Subsidiaritätswissenschaft in Aktion	368
§ 14: Das Wirtschaftsstrafrecht der Grauzone im Fokus der Subsidiaritätswissenschaft.....	368
A. (Re-)Konstruktion einer Nicht-Debatte.....	369
I. Grenzmoral	369
II. Grauzone.....	374
B. Subsidiaritätswissenschaftlicher Blick auf die Grauzone – zugleich eine Zusammenfassung des allgemeinen Teils der Untersuchung und eine Rückkehr zu den Ausgangspunkten der Arbeit.....	378
§ 15: Der Insiderhandel im Fokus der Subsidiaritätswissenschaft	385
A. Rechtliche Bestandsaufnahme.....	386
I. Strafrechtliche Regelungen.....	386
II. Außerstrafrechtliche Regelungen.....	388
1. Kontrollen.....	388
2. Erlaubnispflichten	388
3. Auskunfts- und Meldepflichten	389
a) § 9 WpHG	389
b) § 10 WpHG	389
c) § 15 WpHG	390
d) Directors‘ Dealings gemäß § 15a WpHG.....	391
e) Insiderverzeichnisse gemäß § 15b WpHG.....	392
4. Maßnahmen und Auskunftersuchen (insbesondere § 4 Abs. 1 S. 3 bzw. Abs. 3 S. 1 WpHG)	392
5. Sanktionen eigener Art und sanktionenähnliche Rechtsfolgen	393
a) Durch den Sanktionsausschuss verhängte Rechtsfolgen	393
b) Öffentliche Bekanntmachung von Maßnahmen gemäß § 40b S. 1 WpHG	394
6. Zivilrecht.....	395
7. Ordnungswidrigkeitenrecht.....	397
B. Faktische Bestandsaufnahme: Ermittlung und Durchsetzung.....	397
C. Ein kurzer Blick über die Grenzen – die USA als Beispiel	400
D. Subsidiaritätswissenschaftliche und rechtspolitische Fragen	401
I. Ermittlung der geschützten Interessen – das Rechtsgut im klassischen Sinne	401

1. Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts	402
2. Chancengleichheit	403
3. Vertrauen in die vorgenannten Güter	404
4. Vermögen	405
a) Schaden	406
b) Kausalität und objektive Zurechnung	408
5. Anlegerschutz	411
6. Fazit zum Zweck des § 38 WpHG	413
II. Bewertung der geschützten Interessen	413
1. Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts	414
2. Chancengleichheit	414
3. Vertrauen	417
4. Zwischenfazit	417
III. Effektivität und Überblick über die Alternativen	417
1. Strafrecht	418
2. Zivilrechtliche Haftung	418
3. Strukturelle Änderungen	420
4. Sanktionen und sanktionenähnliche Regelungen	420
IV. Eingriffsintensität	420
V. Grad der Verantwortlichkeit	422
VI. Wechselwirkungen	428
VII. Gesamtschau	430
§ 16: Die Firmenbestattung im Fokus der Subsidiaritätswissenschaft	432
A. Faktische Bestandsaufnahme	433
I. Ablauf	433
II. Entstehung und Ursachen	447
B. Rechtliche Bestandsaufnahme	447
I. Zivilrechtliche Beurteilung	447
1. Nichtigkeit der Firmenbestattungsmaßnahmen	448
2. Umgang mit Verweisungsanträgen	449
3. Haftung	452
4. Weitere gesellschaftsrechtliche Änderungen durch das MoMiG	453
II. Strafrechtliche Würdigung	453

1. Altgeschäftsführer	453
a) Insolvenzverschleppung	453
b) Bankrott und („bankrottähnliche“) Untreue	455
c) Buchführungsdelikte	457
d) Weitere Delikte	458
2. Neugeschäftsführer	458
3. Strafbarkeit der Gesellschafter	462
a) Grundüberlegungen	462
b) Insolvenzantragspflicht bei Führungslosigkeit	462
4. Strafbarkeit der Aufkäufer/Firmenbestatter	464
a) Strafbarkeit als Täter der Sonderdelikte	465
b) Betrug	465
c) Strafbarkeit als Teilnehmer der Sonderdelikte	466
d) Strafbarkeit nach § 283d StGB	467
e) Strafbarkeit nach § 129 StGB	468
5. Strafbarkeit des Notars	469
III. Inhabilität	469
1. Vorschläge im RefE und im RegE	469
2. Stellungnahme	471
3. Beschränkung auf Taten als Gesellschafter/Geschäftsführer	474
4. Offene Fragen	475
C. Subsidiaritätswissenschaftliche und rechtspolitische Fragen	475
I. Grundlegende Bewertungen	476
1. Ermittlung und Bewertung des geschützten Rechtsguts	476
2. Effektivität und Eingriffsintensität des geltenden Strafrechts	477
3. Effektivität und Eingriffsintensität des gesamten Status quo	477
4. Grad der Verantwortlichkeit	479
II. Rechtspolitische Forderungen – ihre Eingriffsintensität und Effektivität im Vergleich	482
1. Grundlegende Neuregelung der Tätigkeitsverbote des § 6 Abs. 2 GmbHG	483
2. Ruf nach dem Strafrecht	488
D. Gesamtschau	492

Fünfter Abschnitt: Abschließende Thesen	494
Literaturverzeichnis	497