

Entscheidungen, in denen sich verschiedene Senate des BGH zum Thema positioniert haben, sondern verdeutlichte in ebenso glaubhafter wie überzeugender Weise, dass das höchste deutsche Strafgericht das Erfordernis des Vorliegens auch des subjektiven Tatbestands gerade im Grenzbereich zwischen *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit wirklich ernst nähme und sich der Tatsache sehr bewusst sei, damit häufig über Strafe oder Straflosigkeit zu befinden. Das gelte für sämtliche Kriminalitätsfelder. Die Entscheidung im Einzelfall hänge aber doch auch von Spezifika des in Rede stehenden Delikts ab. Das Ausmaß typisierender Elemente bestimme den Umfang der vorgegebenen Aspekte, anhand derer die Klärung stattzufinden habe. Es liege z.B. bei Kapitaldelikten relativ hoch. Die dort üblicherweise herangezogenen Indikatoren (etwa situative Erregung, Alkoholisierung, Gefährlichkeit der Handlung) ließen sich schon deshalb nicht unverändert auf das Wirtschaftsstrafrecht übertragen. Für dieses konstatierte Frau Dr. *Bartel*, dass die Umstände des Einzelfalls eine deutlich größere Rolle einnehmen, unvermeidlich spielen müssten.

Dass die von der Judikatur gerade für die *white-collar-Kriminalität* gefundenen Ergebnisse von den Beteiligten unterschiedlich beurteilt werden, ist danach nicht verwunderlich und liegt nicht nur an den unterschiedlichen Rollen der (nicht nur Verfahrens-)Beteiligten, sondern unbeschadet persönlicher Interessen eben auch daran, dass die Abgrenzung nie mit mathematischer Sicherheit erfolgen kann, sondern immer Ergebnis einer wertenden Betrachtung der für das Gericht sichtbar gewordenen konkreten Gesamtumstände ist. Da bei den Beteiligten unvermeidlich ein mehr oder weniger unterschiedlicher Kenntnisstand (zumindest in Details, manchmal aber eben auch zum Kerngeschehen) herrscht und sich ein gewisser subjektiver Einfluss auf Wertungen nicht umgehen lässt, fällt die uneinheitliche Rezeption des forensischen Geschehens nicht als Vorwurf auf die Justiz zurück: sie ist prinzipiell zwingend, nur in ihrem Grad beeinflussbar. Hinzunehmen ist dies dann, wenn sich die Richter auf „den Fall“ einlassen und erkennbar um dessen sachgerechte Beurteilung ringen. Dass dies in Karlsruhe tatsächlich tagein tagaus geschieht, zeigte Frau Dr. *Bartel* fraglos auf: Herzlichen Dank für dieses Beispiel an Wahrhaftigkeit.

Wie die lebhaften Diskussionen auch in den Pausen zeigten, bot die Tagung zahlreiche Anregungen. Ihr Inhalt, insbesondere der auf die Praxis zielende Vorstoß Prof. Dr. *Mansdörfers*, bietet auch über den Tag in Saarbrücken hinaus Anlaß zu weiteren sachlichen und fruchtbaren Auseinandersetzungen. So will, so soll WisteV sein!

Rechtsanwalt Dr. Christian Wagemann LL.M. (Illinois), Frankfurt a.M.

Überlegungen zum bedingten Vorsatz im Lichte von Risikopsychologie und Entscheidungsregeln*

Wir wollen uns heute einem bekannten, aber eventuell in der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis unterschätzten Thema – dem bedingten Vorsatz im Strafrecht – unter einem alternativen Vorzeichen widmen. Es sollen Erkenntnisse aus der Risikopsychologie und aus Verhaltensgrundsätzen anderer Berufsfelder in den Dienst der Rechtserkenntnis gestellt werden, aber auch umgekehrt wollen wir versuchen, die Risikopsychologie und andere Berufsfelder mit Strukturen des Strafrechts vertraut zu machen, soweit dieses – hier in Gestalt des Vorsatzbegriffs – menschliches Entscheidungsverhalten bewertet – und damit auch zu leiten beabsichtigt. Möglicherweise ergeben sich aus diesem Gegensatz normativer und empirischer Ansätze wertvolle Ergänzungen und Zusätze, möglicherweise aber werden auch Konflikte sichtbar. Worum könnte es sich dabei handeln? Nach einem Zitat von Gigerenzer, einem der gegenwärtig bekanntesten Vertreter der Risikoforschung in Deutschland, kann „auch Halbwissen zum Erfolg führen“ (Berliner Zeitung v. 27.9.2005). Dies klingt ermutigend in einer Welt, die gewohnt ist, auf Expertenwissen zu vertrauen. Der Strafrechtler dagegen wird zögern und skeptisch fragen, wie das Halbwissen zu beurteilen ist, wenn es nicht zum Erfolg führt. Ist es z. B. als Übernahmeverschulden, als fahrlässig, leichtfertig oder bereits als bedingt vorsätzlich zu bewerten, oder würde es bei einem Vorstand einer Aktiengesellschaft

* Der Beitrag entspricht weitgehend dem Vortrag, den der Verfasser am 24.2.2017 auf der WIE-WisteV-Tagung an der Universität des Saarlandes gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

zum Überschreiten des Geschäftsleitungsermessens (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG; „Business Judgment Rule“) führen? Aus Sicht der Risikopsychologie ist diese Skepsis aber möglicherweise eine Voreingenommenheit des Strafrechts, gewissermaßen eine berufsmäßige Risikoaversion, die womöglich daher rührt, dass das Strafrecht im Bereich der eigenen Zuständigkeit überproportional vielen gescheiterten Entscheidungen begegnet.

Eventuell haben wir es aber auch lediglich mit einer Ambivalenz zu tun, die sich immer zeigt, wenn wir auf Risiko und Entscheidungen schauen:

„Wer wagt, gewinnt.“

„Wer die Wahl hat, hat die Qual.“

„Nachher ist man immer klüger.“

Aber auch umgekehrt heißt es:

„Übermut tut selten gut.“

„Vorsicht ist besser als Nachsicht.“

Diese gängigen Redensarten belegen, dass ein Handlungsspielraum auch vom Volksmund keineswegs einheitlich bewertet wird: Mal will er uns zu einem Gewinn ermutigen, mal uns mit einer Last versöhnen, mal uns das Dilemma vor Augen führen, wenn auf ungewisser Tatsachengrundlage zu entscheiden ist. Bemerkenswert ist, dass die ersten drei Redensarten im Ausgangspunkt eine grundsätzliche Risikotoleranz erkennen lassen. Diese Risikotoleranz ist eventuell auch tiefer kulturell verankert, wobei diese Frage hier nur gestreift werden kann. Man denke nur an die Überlieferung, wonach Sokrates einem jungen Mann, der fragte, ob er heiraten solle, antwortete: „Was Du auch tust, Du wirst es bereuen“. Enthält diese Wahrnehmung der Situation als ein Dilemma nicht die stillschweigende Aufforderung, sich mit bestimmten Nachteilen abzufinden oder sich ihnen gegenüber gleichgültig zu verhalten? Wäre der sokratisch gesinnte Täter, der trotz der ihm bekannten Unberechenbarkeit Fortunas in das Geschehen eintritt, im deutschen Strafrecht wegen seiner Mischung aus Skepsis und Tatkraft eventuell benachteiligt, weil die Tatkraft als „typische Gefährdungshandlung“ missverstanden wird? Man vergleiche dies mit einem anderen Kulturelement, nämlich dem biblischen Gleichnis vom anvertrauten Zentner, das eine Aufforderung enthält, in das Gelingen zu vertrauen, auch und gerade weil sich darin ein Vertrauen in den Segen Gottes spiegelt (Mt. 25, 14-30). Der, der sein Pfund vergräbt, weil es nicht verlieren möchte, wird als „böser und fauler Knecht“ angesehen und „hinausgeworfen in die Finsternis“, wo „wird sein Heulen und Zähneklappern“ (Mt. 25, 30). Wird hierin sichtbar, dass es eine sanktionsbewehrte Pflicht zum Vertrauen in das Gelingen gibt? Wird ein Mangel an einem solchen Vertrauen nicht auch im Bereich des bedingten Vorsatzes sanktioniert, wo das sog. voluntative Element der Billigung und des Sich-Abfindens vorzuliegen hat? Das Vertrauen darf aber offenbar auch nicht überstrapaziert werden. An anderer Stelle heißt es nämlich, „Du sollst den Herrn, deinen Gott, nicht versuchen.“ (Mt. 4, 7). Es ist die Warnung vor Übermut und Leichtsinne, die ihren dichterischen Niederschlag gefunden hat in Schillers bekannter Ballade „Der Ring des Polykrates“, wo der Gast auf Samos die Flucht ergreift, weil er überzeugt ist, dass dem, der sich glücklich schätzt, also sich frei von Risiken wähnt, Unglück widerfährt. Hierzu passt, dass auch bei uns bis heute Leichtigkeit nicht selten ein negatives Konnotat hat: Leichtlebigkeit, Leichtsinnigkeit, Leichtfertigkeit – und eine Anstrengung zum Guten Anerkennung findet wie z. B. im Strafrecht beim ernstlichen Bemühen und der tätigen Reue. Berühmt ist der Satz aus dem „Lied von der Glocke“: „Von der Stirne heiß rinnen muss der Schweiß, soll das Werk den Meister loben, aber der Segen kommt von oben.“ Wo nun, wird man sich fragen, verläuft theoretisch und praktisch die Grenze zwischen gebotener Risikotoleranz und angemessener Risikovermeidung? Wie kann man vertrauen, ohne leichtsinnig zu sein? Es ist die Frage nach dem richtigen Entscheiden.

Für viele Berufsträger – Ärzte, Juristen, Soldaten, Feuerwehrleute, Piloten, nicht zuletzt aber auch Kaufleute – ist das Entscheiden eine tägliche Anforderung. So sehr, dass es inzwischen eine Vielzahl von Techniken, Handlungsleitfäden und Ratgebern gibt, die sich mit dem Entscheiden befassen. Für Ärzte stellt sich die Entscheidung sinnfällig in Gestalt der *Diagnose*, dem griechischen Wort für Unterscheidung und Entscheidung. Nach einer gängigen Definition ist die Entscheidung das Urteil über mindestens zwei Lösungswege, wobei im Moment der Entscheidung unklar bleibt, ob das Urteil richtig oder falsch ist. Viele Berufsgruppen haben versucht, rationale Entscheidungsregeln zu schaffen, z. B. die Differentialdiagnose in der

Medizin oder das bei Piloten und Soldaten verbreitete Entscheidungsprogramm DODAR – Diagnosis, Options, Decision, Actions, Review. Ihnen ist zu eigen, dass es sich um technische Regeln handelt – oder auch: Klugheitsregeln -, die ein bestimmtes Handlungsprogramm vorgeben und von einem idealen (rationalen) Nutzer ausgehen. Sie sollen Entscheidungsmängeln vorbeugen, die beispielsweise zusammengefasst wurden als die überhastete Entscheidung, die vorgefasste Entscheidung, die einseitig erfahrungsgestützte Entscheidung, die aufgeschobene Entscheidung oder die allzu homogene Entscheidung. Insbesondere wenn man sich vergegenwärtigt, dass alle der genannten Berufsgruppen in ihrer Arbeit von den Geboten des Strafrechts unmittelbar betroffen sind, fragt sich, inwieweit die Beachtung solcher außerstrafrechtlichen Regeln innerhalb des Strafrechts entlastet, also eine Akzessorietät gegeben ist, die etwa den Verdacht des bedingt vorsätzlichen Handelns beseitigt. Eventuell aber auch zeigt sich bei näherem Hinsehen, dass der strafrechtliche Begriff des bedingten Vorsatzes selbst ein Entscheidungsprogramm vorgibt, mag auch der Begriff selten als (vorgelagertes) Verhaltensgebot wahrgenommen werden, sondern als Voraussetzung einer (nachgelagerten) staatlichen Sanktionsermächtigung. Auch diesem Punkt werden sich die heutigen Referate widmen.

Womit sich rationale Entscheidungsregeln in aller Regel nicht befassen – und auch nicht befassen können -, ist der „Faktor Mensch“, der in der Person des Entscheiders wirksam wird. Die wenigsten Entscheider erweisen sich durchweg als rational. Sie sind eingebettet in soziale Zusammenhänge, in Hierarchien, sie folgen persönlichen Bedürfnissen, sie zeigen Schwächen und mitunter spielt ihnen ihre Psyche „einen Streich“. Diesen Besonderheiten widmet sich unter anderem die Risikopsychologie. Gerade Gruppen und Hierarchien sind es, die rationale Risikoentscheidungen unerschwerlich beeinflussen können. Es kann beobachtet werden, dass ein Prinzipal-Agent-Verhältnis den Beauftragten zu defensivem Entscheiden verleitet – so wie im Gleichnis vom anvertrauten Zentner. Gruppenzugehörigkeit kann zu Konformismus oder übertriebenem Optimismus führen, das sog. Gruppendenken (Groupthink), bei dem Alternativen und Zweifel ausgeblendet oder unterdrückt werden. Darüber hinaus begegnet man der empirischen Erkenntnis, dass ein Mehr an Informationen nicht immer zu besseren Entscheidungen führt – das eingangs erwähnte „Halbwissen“ als Entscheidungsgrundlage. Einigermaßen bekannt ist auch das Milgram-Experiment, das die Menschen mit den Worten „Bitte fahren Sie fort“ zum Überschreiten stärkster innerer Hemmungen verleitete. Wie nun der „Faktor Mensch“ in Entscheidungssituationen sich auswirkt, werden wir heute einleitend im folgenden Referat hören.

Rezensionen

Sonstiges: ausgewählte Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts

RA Raoul Beth, Berlin

Rezension Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte

10. Auflage, Heidelberg u.a. 2012, 594 Seiten, 109,95 Euro.

Das Lehrbuch von *Maurach/Schroeder/Maiwald* (im Folgenden „MSM“) zum Besonderen Teil des StGB bedarf eigentlich keiner großen Einführung mehr; denn wer sich im Laufe seines akademischen Lebens – egal ob als Student oder Wissenschaftler¹ – etwas ausführlicher mit dem Strafrecht befasst hat, dürfte an diesem Werk kaum vorbeigekommen sein. Dabei ge-

¹ Zur besseren Lesbarkeit wird **nur die männliche Form** verwendet. Die weibliche Form ist selbstverständlich immer mit eingeschlossen.