ANDREA ELISABETH BUSCH

Rechtsauskunft und strafrechtlicher Verantwortungsausschluss

Studien und Beiträge zum Strafrecht

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 29

Andrea Elisabeth Busch

Rechtsauskunft und strafrechtlicher Verantwortungsausschluss

Zugleich ein intrasystematischer und jurisdiktionsübergreifender Rechtsvergleich

Mohr Siebeck

Andrea Elisabeth Busch, geboren 1987; 2006–2011 Studium der Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; 2011 Erste Prüfung; 2011–2013 Rechtsreferendariat am LG Wuppertal (u. a. mit Wahlstation an der Oxford University); 2013 Zweites Staatsexamen; seit 2013 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht an der Universität Osnabrück; 2018 Promotion; derzeit Akademische Rätin a. Z. an der Universität Osnabrück.
orcid.org/0000-0000-0000-0000

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-16-158270-7 / eISBN 978-3-16-158271-4
DOI 10.1628/978-3-16-158271-4

ISSN 2364-267X / eISSN 2568-7468 (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

„Daß zwischen dem Gebot der Gerechtigkeit und der Beachtlichkeit des Rechtsirrtums ein enger Zusammenhang besteht, vermag wohl einzuleuchten. Diesen Zusammenhang in der erforderlichen Deutlichkeit zu präzisieren, fällt jedoch schwer“.

(J. Mayer, Der Rechtsirrtum und seine Folgen im bürgerlichen Recht, S. 58)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 an der Universität Osnabrück als Dissertation angenommen. Die Disputation erfolgte im Oktober 2018. In der vorliegenden Version wurden Literatur und Rechtsprechung bis einschließlich Juli 2019 berücksichtigt. Zusätzlich hinweisen möchte ich noch auf den Aufsatz *Leite*, GA 2019, 554–572, der nach Abschluss der Aktualisierung erschienen ist.

Mein herzlichster Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Roland Schmitz, der diese Arbeit ausgezeichnet betreut hat. Seine vorausschauenden konstruktiven Hinweise sowie die optimalen Forschungsbedingungen an seinem Lehrstuhl haben maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Herrn Prof. Dr. Ralf Krack danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und die darin enthaltenen wertvollen Anmerkungen. Wesentliche Hinweise der Gutachten konnten in dieser Version der Arbeit noch umgesetzt werden.

Der Studienstiftung des deutschen Volkes möchte ich für die Gewährung eines (ideellen) Promotionsstipendiums danken. Die Unternehmungen mit der Gruppe meines Vertrauensdozenten Herrn Prof. Dr. Oliver Dörr, LL.M. (Lond.) waren stets vergnüglich und eine gelungene Abwechslung. Bei der juristischen Gesellschaft Osnabrück-Emsland möchte ich mich dafür bedanken, dass sie diese Arbeit (neben zwei weiteren) mit dem Wissenschaftspreis 2019 ausgezeichnet hat.

Mein besonderer Dank für die wertvolle Unterstützung während der Zeit der Entstehung dieser Arbeit gilt meinen Freundinnen und ehemaligen Kolleginnen Dr. Melanie Küster und Juniorprofessorin Dr. Maria Marquardsen. Für die seit vielen Jahren beständige Freundschaft und Unterstützung gilt mein herzlichster Dank auch meinen Freundinnen Rhea Schuster und Antje Kotzott. Ganz herzlich bedanken für den Rückhalt während der Vorbereitung der Drucklegung dieser Arbeit möchte ich mich auch bei Christian Klein.

Meine Eltern, Jutta und Ingolf Busch, haben mich stets darin bestärkt, meine Ziele zu verfolgen. Während meiner gesamten Ausbildung haben sie mich stets bestmöglich unterstützt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Andrea Busch, Osnabrück im Dezember 2019

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 1

1. Kapitel: Grundbegriffe und Untersuchungsbereich 9

I. Grundbegriffe und Arten der Präventionsberatung 9
II. Konturierung des rechtlichen Untersuchungsbereichs 11
1. Untersuchung im deutschen Strafrecht 11
a) Fälle der echten Fehlberatung 11
b) Fälle der Beratung über ein sog. Regelungsdefizit 15
2. Untersuchung intrasystematischer und jurisdiktionsübergreifender Parallelproblematiken 20
a) Fälle der echten Fehlberatung 21
aa) Ordnungswidrigkeitenrecht 21
bb) Zivilrecht 22
cc) Österreichisches Strafrecht 26
dd) Europäisches Kartellordnungswidrigkeitenrecht 27
b) Fälle des sog. Regelungsdefizits 29
aa) Ordnungswidrigkeitenrecht 29
bb) Zivilrecht 31
cc) Österreichisches Strafrecht 32
dd) Europäisches Kartellordnungswidrigkeitenrecht 33
c) Forschungsstand der übergreifenden Untersuchung und Forschungsdesiderata 33
III. Gang der Untersuchung 39

2. Kapitel: Grundlegung zur vergleichenden Untersuchung . . . 41

I. Methodik der Rechtsvergleichung 41
1. Einführung in die Differenzierung der Methoden der Strafrechtsvergleichung nach Sieber 41
2. Präzisierung der vergleichenden Methoden dieser Untersuchung 42

II. Bestandsaufnahme zu den gesetzlichen Anknüpfungspunkten und der interpretativen Entwicklung eines Verantwortungsausschlusses (zugleich funktional-systematische Rechtsvergleichung) 47
1. „Irrtum“ als Eingangsmerkmal 48
2. Relevanz der Irrtumsvermeidefähigkeit 50
a) Typ 1: Abhängigkeit des Schuld- beziehungsweise Verantwortungsausschlusses von der Vermeidbarkeit des Irrtums 50
b) Typ 2: Ausschluss der Vorsatz-Verantwortlichkeit durch den Irrtum und sekundäre Prüfung des (Rechts-)-Fahrlässigkeitstatbestands beziehungsweise der fahrlässigen Verschuldensform 51
3. Zwischenergebnis 53
III. Die Bedeutung von Auslegung und Rechtsfortbildung für den Verantwortungsausschluss 53
1. Die Voraussetzungen des Verantwortungsausschlusses als Ergebnis zulässiger Auslegung beziehungsweise Rechtsfortbildung 53
2. Rekonstruktionsbedarf der objektiv-teleologischen Auslegungskriterien hinter den Voraussetzungen des Verantwortungsausschlusses 56
IV. Die sog. Natur der Sache (zugleich Strukturvergleichung) 57
V. Konzepte und Reichweite von Verantwortlichkeit (zugleich Wertvergleichung und funktional-systematische Rechtsvergleichung) 63
1. Reichweite der Verantwortlichkeit für eigenes Handeln 64
a) Das Schuldprinzip im deutschen Strafrecht 64
b) Das Schuldprinzip im österreichischen Strafrecht 70
c) Das Schuldprinzip im Ordnungswidrigkeitenrecht 73
d) Das Schuldprinzip im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrecht 74
e) Das Verschuldensprinzip im Zivilrecht 75
f) Zwischenergebnis und Schlussfolgerungen für die weitere Untersuchung 77
2. Reichweite der Verantwortlichkeit für das Handeln des Ratgebers 78
a) Unzulässigkeit der persönlichen Verantwortungszurechnung im Geltungsbereich des Schuldprinzips 78
b) Zivilrechtliche Verschuldenszurechnung über § 278 BGB 78

c) Zurechnung des Handelns der für das Unternehmen tätigen Personen im europäischen Kartellrecht 80
d) Zurechnung des vom Ratgeber verursachten Unrechts über die Regeln der Beteiligung 80
e) Erweiterung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit über die Anspruchsgrundlage aus § 831 BGB? 83
f) Zwischenergebnis und Schlussfolgerungen für die weitere Untersuchung 85
VI. Weitere Rechtsprinzipien (zugleich Wertvergleichung) 86
1. Vertikaler und horizontaler Vertrauensschutz 86
2. Zumutbarkeit 90
3. Erhalt der Normgeltung 92
VII. Zwischenergebnis und Schlussfolgerungen für die weitere Untersuchung 96

3. Kapitel: Irrtümer durch echte Fehlberatung 99

I. Irrtumsklassifikation und -abgrenzung 99
1. Strafrechtliche Irrtumsklassifikation anhand der Bezugspunkte des Vorstellungsbildes 99
a) Irrtümer über die Reichweite und Existenz strafrechtlicher beziehungsweise unmittelbar anwendbarer außerstrafrechtlicher Normen 99
aa) Verbotsirrtümer 100
bb) Irrtümer über objektive Bedingungen der Strafbarkeit 101
cc) Irrtümer über Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe 101
dd) Irrtümer über Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe 104
b) Irrtümer über das „Vorfeld“ von Straftatbeständen 105
aa) Der Ausgangspunkt der Überlegungen: Die reichsgerichtliche Rechtsprechung 105
bb) Irrtümer über die Existenz und Reichweite von „Vorfeldnormen“ als Irrtümer über die Reichweite des Straftatbestandes? 107
(1) Meinungsstand 107
(a) Generelle Unabhängigkeit des Tatbestands von den Vorfeldnormen 108
(b) Determination der Extension des Tatbestands durch die Vorfeldnormen 108

(c) Differenzierte Beurteilung der Determination der Tatbestandsreichweite durch die Vorfeldnormen 110
(2) Stellungnahme 113
cc) Irrtümer über die Existenz/Reichweite von Vorfeldnormen als Tatumstandsirrtümer? 116
(1) Tatumstandsirrtümer durch Vorfeldirrtümer bei normativen Tatbestandsmerkmalen? 116
(a) Meinungsstand 116
(aa) Keine Tatumstandsirrtümer allein durch Fehlvorstellungen zur Entstehung einer rechtlichen Gegebenheit 117
(bb) Tatumstandsirrtümer durch ungeeignete Annahmen zur Entstehung einer rechtlichen Gegebenheit 120
(cc) Generelle Begrenzung der Tatumstandsirrtümer auf Tatsachenirrtümer 122
(b) Stellungnahme 125
(c) Die Bedeutung der fehlerhaften Subsumtion der normativen Tatbestandsmerkmale durch den Berater für die Tatumstandsirrtümer des Ratsuchenden 133
(2) Tatumstandsirrtümer aufgrund der Unkenntnis von der Existenz/Gültigkeit der Blankettnorm? 134
(a) Meinungsstand 134
(aa) Die Position der Rechtsprechung 134
(bb) Die Positionen im Schrifttum 135
(aaa) Grundsätzliche oder partielle Vorsatzrelevanz der Kenntnis von der Existenz/Gültigkeit der Blankettnorm 135
(bbb) Grundsätzliche Vorsatzirrelevanz der Kenntnis von der Existenz/Gültigkeit der Blankettnorm 136
(b) Stellungnahme 138
dd) Seitenblick in die Parallelproblematiken 143
ee) Zwischenergebnis 145
c) Irrtümer über tatsächliche Umstände 145
aa) Tatumstandsirrtümer 146
bb) Erlaubnistatumstandsirrtümer 146
cc) Entschuldigungstatumstandsirrtümer und Irrtümer über die tatsächlichen Voraussetzungen der Schuldfähigkeit 147

dd) Irrtümer über die tatsächlichen Voraussetzungen von Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründen . . . 148
d) Zwischenergebnis 150
2. Sonderproblem: Auswirkungen zusätzlicher richtiger rechtlicher Informationen auf die Irrtumsklassifikation 152
a) Auswirkungen der prinzipiellen Strafbarkeitskenntnis auf das Vorliegen eines Tatumstandsirrtums? 152
b) Auswirkungen der Kenntnis der außerstrafrechtlichen Rechtswidrigkeit des Vorhabens auf das Vorliegen eines Verbotsirrtums 153
aa) Meinungsstand 154
bb) Stellungnahme 157
cc) Seitenblick in die Parallelproblematiken 159
3. Zwischenergebnis 160
II. Präzisierung der als „Beratungsvertrauensirrtümer" einzustufenden Geisteszustände 160
1. Vollständige Überzeugung von der Richtigkeit der Auskunft 161
2. Sichere Kenntnis der Unrichtigkeit der Auskunft 163
3. Zweifel an der Richtigkeit der Auskunft 163
a) Präzisierung der für die Irrtumssubsumtion relevanten inneren Vorgänge 164
aa) Bedeutung des Risikobewusstseins 165
bb) Bedeutung des Willens 168
cc) Bedeutung des (Nicht-)Wissens 171
(1) Tatumstandsirrtümer 171
(a) Meinungsstand 171
(b) Stellungnahme 172
(c) Eigener Ansatz zur Grenzziehung in den Fällen der Präventionsberatung: Vertrauensentzugsfälle und Vertrauensherausforderungsfälle 173
(2) Verbotsirrtümer 175
(a) Meinungsstand 176
(b) Stellungnahme 177
(c) Übertragung des eigenen Ansatzes zur Grenzziehung 182
(3) Entschuldigungstatumstandsirrtümer 183
(a) Meinungsstand 183
(b) Stellungnahme 184
(c) Übertragung des eigenen Ansatzes zur Grenzziehung 185

b) Seitenblick in die Parallelproblematiken 185
4. Zwischenergebnis 187
III. Beweis des maßgeblichen Geisteszustands durch Indizien und materiell-rechtliche „Indizientheorie“ 188
IV. Unzumutbarkeit der Zweifelsbehebung als ergänzendes normatives Kriterium für die Annahme eines strafrechtlichen Irrtums? 192

4. Kapitel: Die Vermeidbarkeit von Irrtümern durch echte Fehlberatung 195

I. Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums gem. § 17 S. 1 StGB . . . 196
1. Auslegung der Vermeidbarkeit i. S. d. § 17 StGB 196
a) Begriff des „Vermeidens“ 196
b) Begriff des „Vermeidenkönnens“ (beziehungsweise der „Vermeidbarkeit“) 197
aa) Auslegung des BGH 198
bb) Auslegungsansätze der Literatur 199
(1) Auslegung anhand von Fahrlässigkeitsgesichtspunkten 200
(2) Auslegung anhand von präventiv-funktionalistischen Gesichtspunkten 201
cc) Stellungnahme 202
2. Facetten der Sorgfaltsanforderungen an den Ratsuchenden . . 206
3. Bedeutung der Anhaltspunkte fehlender Verlässlichkeit der Auskunftsperson und des Auskunftsgebers 207
4. Perspektive und potentieller Charakter der Vermeidbarkeit . . 208
a) Täterperspektive ex ante 208
b) Potenzielle Wahrnehmung der fehlenden Verlässlichkeit des Auskunftsgebers beziehungsweise der Auskunft 212
c) Zwischenergebnis 214
5. Maßstab der Vermeidbarkeit 214
a) Allgemeine Bestimmung des Maßstabs 215
aa) Maßstab im deutschen Strafrecht 215
(1) Meinungsstand in der deutschen Rechtsprechung und Literatur 215
(2) Stellungnahme 217
bb) Parallelen im österreichischen Strafrecht und im Ordnungswidrigkeitenrecht 218

b) Präzisierung der Maßstabskomponenten und ihres Verhältnisses zueinander 219
aa) Die (zweigeteilte) objektivierte Maßstabskomponente 219
(1) Vorbildfunktion der objektivierten zweigeteilten Maßstabskomponente in § 9 Abs. 2 öStGB? 219
(2) Seitenblick in weitere Parallelproblematiken 224
(3) Die (zweigeteilte) objektivierte Maßstabskomponente in § 17 S. 1 StGB 228
(a) Historische Anhaltspunkte 228
(b) Analyse des Meinungsstands zur (zweigeteilten) objektivierten Maßstabskomponente in der deutschen Rechtsprechung 229
(c) Analyse des Meinungsstands zur (zweigeteilten) objektivierten Maßstabskomponente im Schrifttum 232
(d) Zwischenergebnis 239
bb) Die subjektive Maßstabskomponente 239
(1) Subjektivierung „nach oben“ 240
(2) Subjektivierung „nach unten“ 241
(a) Umfang der Subjektivierung 241
(aa) Selektive Subjektivierung nach „unten“ im deutschen Strafrecht 241
(bb) Selektive Subjektivierung im österreichischen Strafrecht 242
(cc) Keine Subjektivierung „nach unten“ im Zivilrecht 243
(dd) Eingeschränkte (unternehmensbezogene) Subjektivierung „nach unten“ im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrecht . . 244
(b) Konkretisierung der berücksichtigungsfähigen Defizite im Strafrecht bei der selektiven Subjektivierung „nach unten“ 244
cc) Das Verhältnis von objektivierter und subjektiver Maßstabskomponente 247
c) Zwischenergebnis 250
6. Katalogisierung der Attribute und Anhaltspunkte (fehlender) Verlässlichkeit der Auskunftsperson und Auskunft 251
a) Die Auswahl der Auskunftsperson 251
aa) Sachkundekriterium 251
(1) Mindestanhaltspunkte der Sachkunde 252

(a) Berufliche Stellung der Auskunftsperson 254
(aa) Rechtsanwälte 254
(bb) Syndikusrechtsanwälte und sonstige Hausjuristen 258
(cc) Weitere Personen mit rechtlichem Tätigkeitsbezug 260
(dd) Angehörige der Justiz 262
(ee) Juristen in der Ausbildung 263
(ff) Personen ohne rechtsberatenden Tätigkeitsschwerpunkt 265
(gg) Mitarbeiter staatlicher Behörden 267
(hh) Mitarbeiter von Interessenverbänden . . . 268
(b) Positive Vorerfahrungen und guter Ruf 270
(2) Warnsignale fehlender Sachkunde 270
(a) Fehlberatungen in der Vergangenheit 271
(b) Überschreitung der gesetzlichen Beratungsbefugnisse 271
(c) Keine Realisierungsmöglichkeit der Qualifikation im Einzelfall 273
(3) Zwischenergebnis 274
bb) Objektivitätskriterium 275
(1) Mindestanhaltspunkte der Objektivität 276
(a) Berufsstellung der Auskunftsperson 276
(b) Strafbarkeitsrisiko der Auskunftsperson 278
(c) Zivilrechtliches Haftungsrisiko der Auskunftsperson 279
(2) Warnsignale fehlender Objektivität 280
(a) Wirtschaftliches Eigeninteresse der Auskunftsperson am jeweiligen Vorhaben . . . 280
(b) Abhängigkeit der Auskunftsperson vom Ratsuchenden 280
(aa) Syndikusrechtsanwälte und Hausjuristen . 280
(bb) Rechtsanwaltliche Beratung im Rahmen eines längerfristigen Mandatsverhältnisses 283
(cc) Mitarbeiter von Interessenverbänden . . . 284
(c) Vorbefassung der Auskunftsperson 285
(d) Sonstige Voreingenommenheit der Auskunftsperson 288
(e) Ruf als Gefälligkeitsgutachter und unseriöses Auftreten der Auskunftsperson 289

(3) Zwischenergebnis 289
b) Die Instruktion der Auskunftsperson 290
aa) Unzureichende Sachverhaltsschilderung 290
bb) Verlust der Aktualität der Sachverhaltsschilderung . . . 291
cc) Zwischenergebnis 292
c) Die Kontrolle beziehungsweise Absicherung der Sorgfalt der Auskunftsperson 292
aa) Negative Anhaltspunkte fehlender Rechtsprüfungssorgfalt der Auskunftsperson 292
(1) Spontanität der Auskunft 292
(2) Unzureichende Form der Auskunft 294
(3) Aktualitätsverlust der Auskunft 297
bb) Zwischenergebnis 297
d) Die inhaltliche Überprüfung der Auskunft 298
aa) Wechselwirkungen mit dem Verlässlichkeitsgrad der Auskunftsperson 298
bb) Anhaltspunkte der inhaltlichen Unrichtigkeit 300
(1) (Ausnahmsweise) Anhaltspunkte für die wahre Rechtslage 301
(a) Anhaltspunkte aufgrund einer eigenen rechtlichen Bewertung 301
(b) Anhaltspunkte aufgrund der Kenntnis anderer Rechtsmeinungen 302
(c) Anhaltspunkte aufgrund der Kenntnis der einschlägigen rechtlichen Bestimmungen 305
(d) Vorrechtliche Anhaltspunkte (Evidenzfälle) . . 306
(e) Sonderfall: Unmittelbare gesetzliche Anknüpfung an vorrechtliche Aspekte 309
(f) Zwischenergebnis 310
(2) Anhaltspunkte für die fehlende inhaltliche Verlässlichkeit der konkreten Auskunft („Plausibilitätsprüfung“) 311
(a) Bearbeitung eines unzutreffenden Sachverhalts 313
(b) Bearbeitung einer anderen Rechtsfrage 313
(c) Unzureichende oder einseitige Auseinandersetzung mit sonstigen Informationsquellen (insbesondere der Rechtsprechung) . . . 315
(d) „Tenor“ der Auskunft 316
(aa) Fehlende Bestimmtheit beziehungsweise Klarheit 316

(bb) Rat zur Gesetzesumgehung und zur gesetzlichen Lückenausnutzung 318
(e) Tendenziöse Argumentation 320
(3) Zwischenergebnis 321
e) Vertrauenswürdigkeit als Gesamteindruck von verschiedenen Eigenschaften 321
f) Zwischenergebnis 322
7. Zumutbarkeit der Einholung weiteren Rechtsrats 322
a) Abwägungsgegenstände 323
b) Abwägungsdeterminanten 323
c) Abgrenzung zur (Un-)Zumutbarkeit im Zivilrecht 325
d) Zwischenergebnis 326
II. Die Vermeidbarkeit des Entschuldigungstatumstandsirrtums gemäß § 35 Abs. 2 StGB 326
III. Die Rechtsfahrlässigkeit i. S. d. § 16 Abs. 1 S. 2 328
IV. Zwischenergebnis 332
V. Feststellung der tatsächlichen Voraussetzungen der Vermeidbarkeit im Prozess 334
VI. Überlegungen de lege ferenda zum strafrechtlichen Verantwortungsausschluss in den Fällen der Fehlberatung 336
1. Kodifikationsbedarf der Voraussetzungen der Vermeidbarkeit und des schutzwürdigen Vertrauens in Rechtsrat 336
2. Angleichung der Irrtumsfolgen 339

5. Kapitel: Beratung über „Regelungsdefizite“ und Verantwortungsausschluss 347

I. Die Bewertung der Schutzwürdigkeit des Ratsuchenden in den Fällen des sog. Regelungsdefizits 349
1. Die Problemursachen 349
a) Unklare Implikationen des höherrangigen Rechts 349
b) Faktische Grenzen und moderate verfassungsrechtliche Vorgaben der Bestimmtheit strafrechtlicher Normen 350
2. Einführung in das bisherige Meinungsspektrum 352
3. Die Bedeutung vorhandener Judikate, behördlicher Entscheidungen und Äußerungen in der Fachliteratur 356
a) Grundsätzlicher Vorrang der Rechtsprechungsauslegung . . 356
b) Gewichtung der Entscheidungen der Rechtsprechung anhand des Hierarchiekriteriums 358
c) Meinungsstand nach Fallgruppen 358

aa) Die höchstrichterlich bestätigte Rechtsprechung 359
bb) Die einheitliche Rechtsprechung 359
cc) Die vereinzelte Rechtsprechung 360
dd) Die uneinheitliche Rechtsprechung 360
ee) Die sich abzeichnende Änderung der Rechtsprechung 365
ff) Fehlende Rechtsprechung 366
d) Zwischenergebnis 367
4. Zusammenfassende Systematisierung der Fallgruppen 368
a) „Vertrauensfälle“ und „Risikofälle“ (im Anschluss an Gross) 368
b) Zentrale Argumentationslinien und Differenzierungskriterien in den „Risikofällen“ 370
5. Auseinandersetzung mit den bisherigen argumentativen Ansätzen und Differenzierungskriterien in den sog. Risikofällen 371
a) Zur Argumentation mit der fehlenden Präjudizienbindung 371
b) Zur Argumentation mit der „Autorität“ einzelner Entscheidungen 371
c) Seitenblick zum Maßstab der „Risikofälle“ in den Parallelproblematiken 372
aa) Abgrenzung zum Maßstab zivilrechtlicher Außenverhältnisse 373
bb) Abgrenzung zum Maßstab zivilrechtlicher Innenverhältnisse 377
cc) Zwischenergebnis 381
d) Zur Obliegenheit der Antizipation der Rechtsprechungsentwicklung 382
e) Relevanz der Hierarchie-, Quantitäts-, Zuständigkeits- und Chronologiekriterien im Falle professioneller Beratung . . 383
6. Systematisierungsansatz für die Fälle der Präventionsberatung: Prognosefälle und Fälle ergebnisoffener Beratung 386
a) Prognosefälle 388
b) Fälle ergebnisoffener Beratung 394
7. Zwischenergebnis 397
II. Dogmatische Verortung des Verantwortungsausschlusses 398
1. Präzisierung des Meinungsstands und Lösung der „Vertrauensfälle“ 399
a) Auffassungen zur Problemverortung in den Irrtumsvorschriften (sog. subjektiver Lösungsweg) 399
aa) Bezugsgegenstand des Irrtums 400
bb) Vermeidbarkeit des Irrtums 403

b) Auffassungen zur Problemverortung im Verfassungsrecht (sog. objektiver Lösungsweg) 404
c) Stellungnahme 406
d) Seitenblick in die Parallelproblematiken 407
e) Zwischenergebnis 409
2. Präzisierung des Meinungsstands und Lösung der „Risikofälle“ 409
a) Auffassungen zur Problemverortung in den Irrtumsvorschriften (sog. subjektiver Lösungsweg) 409
aa) Bezugsgegenstand des Irrtums 410
bb) Relevanz der Kenntnis verschiedener Rechtsauffassungen 412
cc) Vermeidbarkeit des Irrtums 414
b) Auffassungen zur Problemverortung im Verfassungsrecht (sog. objektiver Lösungsweg) 415
c) Stellungnahme 416
d) Seitenblick in die Parallelproblematiken 418
III. Zwischenergebnis 419
IV. Überlegungen de lege ferenda zum strafrechtlichen Verantwortungsausschluss in den Fällen des sog. Regelungsdefizits 420

6. Kapitel: Zusammenfassung und Ausblick 425

I. Zusammenfassung der Ergebnisse 425
II. Ausblick auf Anschlussfragestellungen 432

Literaturverzeichnis 435

Stichwortverzeichnis 453

Einleitung

Das Strafrecht soll ein Mittel des Staates sein, um mit dem Bürger[1] zu kommunizieren.[2] Dem Bürger soll mittels der Straftatbestände zur Kenntnis gebracht werden, welche Verhaltensweisen unerwünscht sind oder von ihm erwartet werden.[3] Durch diesen Kommunikationsinhalt soll der Bürger in die Lage versetzt werden, sein Verhalten nach den Vorstellungen des Gesetzgebers auszurichten.[4] Leider fallen hinsichtlich dieses Kommunikationsprozesses Anspruch und Wirklichkeit aber manchmal weit auseinander.[5] Der Bürger versteht oft nicht, welche Verhaltensweisen mit Strafe bedroht sind.[6]

Eine Ursache ist die schwer überschaubare Vielfalt der pönalisierten Verhaltensweisen. Vielfach ist die Rede von einer „Normenflut".[7] Die Schwierigkeiten des Bürgers, die strafbewehrten Ge- und Verbote zu erfassen, sind die Folge der „zunehmenden Entwicklung einer technisierten und verrechtlichten Zivilisation".[8] Dass der Gesetzgeber sich dann teilweise auch noch komplexer Verweisungstechniken bedient, die ein mühsames Zusammensuchen der relevanten Normbestandteile erforderlich machen, tut ein Übriges.[9]

Selbst wenn der Bürger die jeweils einschlägigen Normen auffindet, ist ihm nicht immer klar, welche Verhaltensweisen noch mitumfasst sind. Im Schrifttum heißt es schon, dass im Wirtschaftsstrafrecht verbleibende Unsicherheiten „mehr

---

[1] Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit auf die Differenzierung zwischen weiblichen und männlichen Personen verzichtet und stets die männliche Form verwendet.

[2] *Sinn*, in: FS Wolter, S. 503 (506).

[3] S. zu den in den Straftatbeständen enthaltenen Verhaltensnormen nur *Kindhäuser*, LPK-StGB Vor § 1 Rn. 11. Vgl. dazu auch schon *Busch*, Ad Legendum 2016, 134 (141).

[4] S.zur Verhaltenssteuerung durch das Strafrecht nur *Radtke*, in: MüKo-StGB Vor § 38 Rn. 2. Vgl. dazu auch schon *Busch*, Ad Legendum 2016, 134 (140 f.).

[5] *Loré*, S. 61.

[6] *Eidam*, ZStW 127 (2015), 120 f.

[7] S. nur *Heuchemer*, in: BeckOK-StGB § 17 Rn. 3.1; *Joecks*, in: MüKo-StGB § 17 Rn. 15; *Schaefer*, in: StStGB § 17 Rn. 12; aus dem österreichischen Schrifttum etwa *Schick*, ÖJZ 1980, 595 (596) m. w. N.

[8] *Tiedemann*, in: FS Geerds, S. 95 (97).

[9] Ausführlich zu verschiedenen Arten von Blanketttatbeständen und ihrer Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot *Schmitz*, in: MüKo-StGB § 1 Rn. 60 ff.

oder minder zur Tagesordnung gehören".[10] Das BVerfG zeigt sich bei der Kontrolle der Gesetzesbestimmtheit ausgesprochen großzügig gegenüber dem Gesetzgeber: Auch abstrakt gehaltene Tatbestandsmerkmale werden von ihm nicht per se als Verstoß gegen das verfassungsrechtlich verbürgte Bestimmtheitsgebot desavouiert.[11] Die Verwirrung des Bürgers kann schließlich noch dadurch gesteigert werden, dass der Staat gegen bestimmte Verhaltensweisen jahrelang nicht vorgeht. Man denke nur an die Aktiengeschäfte nach der Cum-Ex-Methode.[12]

Bei verbleibenden rechtlichen Unklarheiten wird in unserer Rechtsordnung der Ball dem Bürger zugespielt. Wer ein Vorhaben als rechtlich kritisch empfindet, soll nach Ansicht des BGH zuerst die Rechtslage ergründen.[13] Dazu stünden ihm prinzipiell zwei Möglichkeiten zur Verfügung: Eigene Rechtserforschung (durch Nachdenken, Nachlesen usw.) oder die Inanspruchnahme fremder Rechtserforschungsbemühungen, also die Konsultation eines Spezialisten.[14] Gerade bei komplexen Sachverhalten und Rechtsfragen dürfte für gewöhnlich nur die Inanspruchnahme professioneller Rechtsberatung die notwendige Sicherheit vermitteln.[15] Es verwundert daher wenig, dass die Präventionsberatung immer mehr Bedeutung erlangt hat.[16]

Die strafrechtliche Präventionsberatung erfolgt sowohl in Form der Privatberatung als auch als dienstliche Rechtsauskunft. In Deutschland findet keine flächendeckende strafrechtliche ausgerichtete staatliche Präventionsberatung statt.[17] Praktisch wenig relevant sind dienstliche Auskünfte von Richtern und Staatsanwälten, zumal die Auskunftserteilung auch gar nicht zu deren eigentlichen Aufgaben gehört.[18] Zu beachten ist auch, dass dem Kreis der möglichen

---

[10] *Eidam*, ZStW 127 (2015), 120 (134) m. w. N.; entsprechende Äußerungen finden sich auch mit Blick auf die zivilrechtliche Organhaftung von Geschäftsleitern, so z. B. bei *Verse*, ZGR 2017, 174 (175), demzufolge „rechtliche Zweifelsfragen für Geschäftsleiter […] mehr denn je an der Tagesordnung [sind]".

[11] S. nur BVerfG, NJW 2010, 3209 (3210); näher dazu *Schmitz*, in: MüKo-StGB § 1 Rn. 49 m. N.

[12] Dazu z. B. *Budras*, Der größte Steuerbluff aller Zeiten, abrufbar unter http://www.faz.net/aktuell/finanzen/cum-ex-geschaefte-der-groesste-steuerbluff-aller-zeiten-14281836.html (zuletzt abgerufen am 25.07.2019).

[13] St. Rspr. seit BGHSt 2, 194 (201).

[14] St. Rspr. seit BGHSt 2, 194 (201).

[15] So auch die Einschätzung von *Platzgummer*, in: StPdG 13 (1985), 1 (19 f.); für eine prinzipielle Erkundigungsobliegenheit von juristischen Laien BayObLG, MDR 1965, 502.

[16] *Eidam*, ZStW 127 (2015), 120 m. w. N.; *Fleischer*, EuZW 2013, 326 (328); *Gaede*, HRRS 2013, 449 (450); *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81; aus dem österreichischen Schrifttum *Platzgummer*, in: StPdG 13 (1985), 1 (20).

[17] *Gaede*, HRRS 2013, 449 (464); speziell zu den Erkundigungsmöglichkeiten bei der BaFin *Hippeli*, WM 2018, 253 (255).

[18] Dazu auch bereits *Rodenbeck*, S. 217 f.; *Stolzenberger*, S. 105; *Kudlich/Koch*, NJW 2017, 1490.

Rechtsberater bestimmte rechtliche Grenzen gesetzt sind, welche dezentral geregelt sind. So dürfen Richter gemäß § 41 Abs. 1 DRiG außerdienstlich beispielsweise grundsätzlich keine entgeltliche(n) Rechtsberatung beziehungsweise Rechtsauskünfte anbieten.[19] Zum Teil wird in der Literatur darauf verwiesen, dass sich der Bürger dadurch informieren könne, dass er sich mit Erkundigungsschreiben an die Behörden wendet.[20] In dienstlicher Funktion werden auch gelegentlich Auskünfte durch Behörden (etwa durch die Ordnungsbehörden[21] oder die Polizei[22]) erteilt. Eine generelle gesetzliche Auskunftspflicht von Behörden zur strafrechtlichen Beurteilung von Vorhaben gibt es allerdings nicht.[23] Die Behörden verweigern teilweise die Auskunftserteilung.[24] Je nach Rechtsmaterie und Zuständigkeitsbereich sind die Behörden nicht darauf ausgerichtet, präventiv-strafrechtliche Beratung anzubieten. Die Behörden übernehmen zudem durch das Erteilen von Auskünften einige Verantwortung. Wenn Mitarbeiter von Behörden Auskünfte erteilen, sind diese zur „erschöpfende[n] Auskunftserteilung" verpflichtet.[25] Der jeweils zuständige Mitarbeiter ist verpflichtet, sich „richtig, klar, unmissverständlich und vollständig" auszudrücken.[26] Er hat den Ratsuchenden ggf. auch darüber aufklären, dass noch weitere Fragen zu klären sind und ihn an die jeweils zuständige Stelle weiter zu verweisen.[27] Eine diesen Anforderungen nicht genügende Auskunft kann zu Amtshaftungsansprüchen sowie ggf. Folgenbeseitigungsansprüchen führen.[28] Um dies zu vermeiden, ist es „sicherer" freiwillige Auskünfte grundsätzlich zu verweigern.

Vor diesem Hintergrund überrascht es wenig, dass die Präventionsberatung vielfach durch Anwälte geleistet wird.[29] Daneben erbringen auch Juristen in anderen Berufen (z. B. Syndikusrechtsanwälte[30] oder Professoren der Rechtswissenschaften[31])

---

[19] Dazu bereits *Rodenbeck*, S. 217; ebenso *Stolzenberger*, S. 104.

[20] *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT § 18 Rn. 107.

[21] Vgl. z. B. BGH, NJW 2006, 2422.

[22] Vgl. z. B. BGH, NJW 1988, 272; die Polizei als Auskunftsstelle erwähnt auch *Rodenbeck*, S. 219.

[23] *Gaede*, HRRS 2013, 449 (464).

[24] *Gaede*, HRRS 2013, 449 (464).

[25] BayObLG, GA 1966, 182 (183).

[26] BayObLG, GA 1966, 182 (183).

[27] BayObLG, GA 1966, 182 (183).

[28] Dazu *Kallerhof*, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 25 VwVfG Rn. 19 m. N.

[29] *Dahs*, StV 2014, 14 (15); *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81 (83 f.); *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 (256); *Löw*, S. 102 f.; *Rodenbeck*, S. 212 f.; *Vogel*, in: LK § 17 StGB Rn. 82.

[30] *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81 (84); *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 (257); *Vogel*, in: LK § 17 StGB Rn. 82.

[31] *Dahs*, StV 2014, 14 (15); *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81 (84); *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 (256); *Rodenbeck*, S. 216 f.; *Vogel*, in: LK § 17 StGB Rn. 82 m. w. N.

sowie Nichtjuristen (z. B. Steuerberater,[32] Wirtschaftsprüfer[33] oder auch z. B. Ärzte[34]) strafrechtliche Vorfeldberatung.

Strafrechtliche Präventionsberatung wird prinzipiell sowohl von Entscheidungsträgern in Unternehmen als auch von Privatpersonen in Anspruch genommen.[35] Eingang in die Rechtsprechung fand die strafrechtliche Präventionsberatung bisher vor allem dann, wenn sie zur Absicherung bestimmter Geschäftspraktiken eingeholt wurde. Eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1999 drehte sich beispielsweise um die Strafbarkeit gem. § 131 Abs. 1 Nr. 1 StGB und § 184 Abs. 3 Nr. 1 StGB wegen des Verkaufs von Comic-Heften mit gewaltverherrlichendem und pornographischen Inhalt.[36] Im Jahre 2007 ging es in einem Verfahren vor dem BGH um die Strafbarkeit wegen des unerlaubten Veranstaltens von Glücksspiel durch die Vermittlung von Sportwetten.[37] Gegenstand von zwei BGH-Fällen aus den Jahren 2008 und 2012 war die Strafbarkeit wegen des Verbreitens von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen (in mittelbarer Täterschaft) beziehungsweise wegen Volksverhetzung durch den Vertrieb von CDs mit rechtsradikalen Texten.[38] Im Jahr 2012 beschäftigte den BGH ein Fall, in dem es um die Strafbarkeit gemäß den §§ 106 Abs. 1, 108a Abs. 1 UrhG durch den grenzüberschreitenden Verkauf von nachgebauten Möbeln im Bauhausstil ging.[39] In noch einem anderen Fall, der im Jahr 2016 vom BGH entschieden wurde,[40] ging es um die Strafbarkeit eines Abschleppunternehmens wegen Erpressung nach § 253 StGB und Nötigung nach § 240 StGB. Um Fahrzeugführer zur Zahlung (überhöhter) Abschleppkosten zu veranlassen, drohte der Abschleppunternehmer diesen damit, angebrachte Parkkrallen an deren Fahrzeugen zu belassen, eingeleitete Abschleppvorgänge fortzuführen oder den Standort eines schon entfernten Fahrzeugs für sich zu behalten.[41] In der nahen Zukunft sind auch steuerstrafrechtliche Entscheidungen zu den – teilweise an-

---

[32] S. nur *Joecks*, in: Joecks/Jäger/Randt § 378 AO Rn. 44; *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 (256).

[33] S. nur *Joecks*, in: Joecks/Jäger/Randt § 378 AO Rn. 44; *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 (256).

[34] BGHSt 40, 257 (263); *Neumann*, in: NK-StGB § 17 Rn. 75; *Löw*, S. 133; *Vogel*, in: LK § 17 StGB Rn. 82.

[35] *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81. Nach der Einschätzung von *Dahs* in: FS Strauda, S. 99 sind natürliche Personen als Auftraggeber allerdings seltener.

[36] BGH, NStZ 2000, 307.

[37] BGH, NJW 2007, 3078.

[38] BGH, BeckRS 2008, 06856; BGH, NStZ 2013, 461.

[39] BGH, NZWiSt 2013, 16.

[40] BGH, NStZ 2017, 284.

[41] BGH, NStZ 2017, 284 (285).

waltlich empfohlenen – Cum-Ex-Geschäften zu erwarten.[42] Mit den Cum-Ex-Geschäften wurde bezweckt, auf Kosten des Fiskus mehrfache Steuererstattungen von einmal gezahlter Kapitalertragssteuer zu erreichen.[43]

Die Triebfeder für die Entscheidung, einen rechtlichen Berater aufzusuchen, sind in der Regel Zweifel des Ratsuchenden an der Legalität einer bereits praktizierten oder für die Zukunft geplanten Tätigkeit.[44] Unterschiedlich ist aber, was dem Täter den Anstoß für seine Zweifel gibt. Bei bereits ausgeübten Tätigkeiten können Ermittlungsmaßnahmen der Strafverfolgungsbehörden, wie z. B. Durchsuchungsmaßnahmen, den Anlass zur Konsultation eines rechtlichen Experten geben.[45] Teilweise geht es auch um geschäftliche Tätigkeiten, die sich – um es in den Worten des BGH zu sagen – „am Rande der Legalität" abspielen wie z. B. den Vertrieb von CDs mit rechtsradikalen Texten.[46] In derartigen Fällen wollen sich Ratsuchende präventiv absichern, dass sie die Schwelle objektiven strafbaren Unrechts nicht überschreiten. Angestrebt werden dann sog. Unbedenklichkeitsbescheinigungen.[47]

Manche Ratsuchende legen es allerdings auch gar nicht wirklich darauf an, ihre Zweifel in objektiver Weise auszuräumen. Sie holen nur zum Schein rechtlichen Rat ein. Der vermeintlich „Ratsuchende" lässt sich dann von einem Experten die Rechtslage bescheinigen, die ihm gerade gelegen ist. Sollte es zu einer strafrechtlichen Verfolgung kommen, wird das Vertrauen in die unrechtsverneinende Rechtsberatung vorgetäuscht, was eine Bestrafung verhindern soll (sog. Feigenblattfunktion[48]). Es geht also darum, „den Beratenen gegen die Gefahr einer persönlichen Haftung zu immunisieren".[49]

---

[42] Man darf dabei insbesondere gespannt sein, wie es gewertet werden wird, dass sich sogar die Landesbanken dieser fragwürdigen Konstruktion bedient haben. Vgl. zum Ganzen *Szesny*, StV 2018, 1. Näher zur strafrechtlichen Seite der Cum-ex-Geschäfte auch unter Berücksichtigung der Inanspruchnahme präventiver rechtlicher Beratung *Knigge/Wittig*, ZWH 2019, 69 ff. sowie *Knauer/Schomburg*, NStZ 2019, 305 (310 ff.).

[43] Beschreibung der Vorgehensweise mit anschaulichem Schema bei *Budras*, Der größte Steuerbluff aller Zeiten, abrufbar unter http://www.faz.net/aktuell/finanzen/cum-ex-geschaefte-der-groesste-steuerbluff-aller-zeiten-14281836.html (zuletzt abgerufen am 25.07.2019); Beschreibung des Grundfalls und verschiedener Fallgestaltungen auch bei *Florstedt*, NZG 2017, 601 (603); Erklärung der Vorgehensweise ferner bei *Knauer/Schomburg*, NStZ 2019, 305 ff.

[44] Dazu *Kunz*, GA 1983, 457 (461). Im Zusammenhang mit der zivilrechtlichen Vorstandshaftung spricht *Diekmann*, S. 87 ff. von einem „Anfangsverdacht".

[45] So z. B. im „Sportwetten"-Fall BGH, NJW 2007, 3078.

[46] BGH, BeckRS 2008, 06856 Rn. 1.

[47] Dieser Begriff findet sich z. B. in BGH, BGHR StGB § 17 Vermeidbarkeit 4.

[48] Zu diesem Begriff *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Sch/Sch § 17 StGB Rn. 18; BGH, BGHR StGB § 17 Vermeidbarkeit 4; BGH, BeckRS 2008, 06865 Rn. 40; BGH, BGHR StGB § 17 Vermeidbarkeit 9 Rn. 74; BGH, NStZ 2000, 307 (309); BGH, NStZ 2013, 461.

[49] *M. Müller*, S. 131.

Derartige Auskünfte können auf zweierlei Weise[50] zustande kommen. Zum einen kann der Experte bewusst ein vom Auftraggeber gewünschtes Ergebnis vertreten.[51] Man könnte bei einer gezielten Verabredung zwischen Ratgeber und Ratsuchendem von „Kollusion" sprechen.[52] Möglicherweise konzipiert der Berater das Gutachten auch eigenständig so, wie es mutmaßlich den Wünschen des Ratsuchenden entspricht.[53] Die offenbar teilweise anzutreffende Bereitschaft – entgegen dem anwaltlichen Standesethos – geschönte Gutachten zu erstellen, ist ein besonders beklagenswerter Auswuchs eines knallharten Anwaltsmarktes, bei dem anscheinend zunehmend mit allen nur erdenklichen Mitteln[54] um Mandate gekämpft wird. Zum anderen gehen Auftraggeber teilweise auch so vor, dass sie der Auskunftsperson nur einen unvollständigen und verschleierten Sachverhalt zur Begutachtung präsentieren, was dann zu einer dem realen Sachverhalt inadäquaten Auskunftserteilung führt.[55]

Auch die „aufrichtige" Inanspruchnahme präventiven Rechtsrats vermag nicht immer zu gewährleisten, dass die Kommunikation mit dem Gesetzgeber gelingt. Dafür kommen verschiedene Erklärungen in Betracht. Auskunftspersonen sind zunächst vor Beratungsfehlern nicht gefeit. *Echte* Fehlberatung liegt in sämtlichen Konstellationen vor, in denen die Rechtslage von dem Vermittler objektiv nicht zutreffend kommuniziert wird. Der Auskunftsgeber kann beispielsweise fälschlicherweise behaupten, ein bestimmtes Verhalten sei nicht unter Strafe gestellt. Der Grund für den Beratungsfehler kann in einer nicht lege artis durchgeführten Rechtsprüfung liegen. Der haftungsrechtlich relevanten Recherche- und Aufklärungsverpflichtung des privaten Rechtsberaters sind auch von vornherein bestimmte Grenzen gesetzt: Selbst in Bezug auf die höchstrichterliche Rechtsprechung wird in der Regel nicht die Durchsicht sämtlicher Spezialzeitschriften verlangt.[56] Überdies werden auch gar nicht alle Entscheidungen der Rechtspre-

---

[50] Vgl. zu den beiden nachfolgend genannten Konstellationen bereits *Dahs*, in: FS Strauda, S. 99.

[51] *Dahs*, in: FS Strauda, S. 99; *Vogel*, in: LK § 17 StGB Rn. 87.

[52] *M. Müller*, S. 131.

[53] *M. Müller*, S. 132 f. Auch *Kreuz*, S. 81 geht wohl davon aus, dass es Gefälligkeitsgutachten gibt, die dem Ratsuchenden ohne klare Veranlassung angedient werden und die dieser dann ggf. im Rahmen seiner Plausibilitätskontrolle erst als solche „entlarven" muss.

[54] Vgl. als Beispiel für ein kürzlich gewähltes Modell der Mandatsakquise *Böhmer*, Unsittliches Angebot für Trigema Chef Grupp, abrufbar unter https://www.welt.de/wirtschaft/bilanz/article169009828/Unsittliches-Angebot-fuer-Trigema-Chef-Grupp.html (zuletzt abgerufen am 25.07.2019).

[55] *Dahs*, in: FS Strauda, S. 99.

[56] Dazu z. B. *Schnorbus*, DStR 1998, 1637 (1640); *Vollkommer/Greger/Heinemann*, Anwaltshaftungsrecht, § 11 Rn. 20 f.

chung überhaupt veröffentlicht.[57] Im Einzelfall kann es deshalb vorkommen, dass der Rechtsberater unbeabsichtigt die Rolle eines Informationsfilters (statt eines Informationsvermittlers) wahrnimmt und bestimmte bereits durch Gerichte vertretene Ansichten seinem Mandanten gar nicht mitteilt. Selbst wenn dem Berater keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann, ändert dies nichts daran, dass er beim Ratsuchenden u. U. einen unzutreffenden Eindruck erweckt hat. Fehlberatung lässt sich insgesamt als ein Problem umschreiben, welches der Berater produziert. Auf Seiten des Bürgers wird so, um es in den Worten *Neumanns* auszudrücken, ein „Informationsdefizit" perpetuiert.[58] Wird der Bürger trotz der Befolgung einer die rechtliche Unbedenklichkeit bescheinigenden Rechtsauskunft strafrechtlich verfolgt, stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Präventionsberatung zum Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit führt.

Auch der beste Ratgeber kann nur weitergeben, was der Gesetzgeber in den Gesetzen an Informationen zur Verfügung stellt. Was aber, wenn sich aus dem Gesetz auch unter Aufwendung der gesamten Expertise gar keine eindeutige Information entnehmen lässt, sondern dieses mehrere Interpretationsweisen zulässt? *Neumann* hat für derartige Konstellationen den Begriff des „Regelungsdefizits" geprägt.[59] Das Regelungsdefizit beschreibt ein prinzipielles Problem, welches auf „kollektiver Ebene"[60] besteht und von dem Berater vorgefunden wird.

Informiert der Ratgeber darüber, dass das Gesetz interpretationsoffen formuliert ist, will der Ratsuchende typischerweise erfahren, welche Interpretation denn nun die „richtige" ist. Anwaltliche Beratung hat sich grundsätzlich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung auszurichten.[61] Jedenfalls in bestimmten Fällen kann sich der Berater dementsprechend bei unklaren Gesetzen an einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung orientieren und dem Ratsuchenden auf dieser Grundlage die Rechtslage beschreiben. Nichtsdestotrotz kann es später zu einem für den Ratsuchenden nachteiligen Wandel der höchstrichterlichen Rechtsprechung kommen, sodass sich die Beratung jedenfalls im Nachhinein betrachtet als unzutreffend und damit als *unechte* Fehlberatung (Unterfallgruppe der Beratung über ein Regelungsdefizit) erweist. In diesen Fällen stellt sich dann die Frage, ob das Vertrauen des Ratsuchenden in den Fortbestand der Rechtsprechung zum Strafbarkeitsausschluss führt.

---

[57] *Henssler*, JZ 1994, 178 (180).

[58] *Neumann*, in: NK-StGB § 17 Rn. 51.

[59] *Neumann*, in: NK-StGB § 17 Rn. 51; im Zivilrecht hat *J. Mayer*, S. 50 den Begriff „Rechtsquellenproblem" vorgeschlagen.

[60] Zur Problemverortung auf „kollektiver Ebene" *J. Mayer*, S. 49.

[61] S. nur BGH, NJW 1993, 3323 (3324); *Krause*, NStZ 2006, 113 (115); *Schlecht*, S. 98; *Vollkommer/Greger/Heinemann*, Anwaltshaftungsrecht, § 11 Rn. 18 ff.

In eine weitere Unterfallgruppe der Beratung über ein Regelungsdefizit gehören Fälle, in denen es nicht einmal eine gefestigte Rechtsprechung gibt, welche dem Ratgeber als Orientierungshilfe dienen kann. Derartige Situationen sind in der Praxis „keineswegs selten".[62] Der Berater ist in diesen Fällen in der Regel angehalten, die Bandbreite an Lösungsmöglichkeiten gegenüber dem Ratsuchenden offen zu legen.[63] Der genaue Beratungsinhalt ist eine Frage des Einzelfalls. Für den Ratsuchenden stellt sich dann die Frage, ob die Unklarheit der Rechtslage zu seinen Gunsten geht oder ob er umgekehrt zur Vermeidung von Strafbarkeit von den eigenen Plänen Abstand nehmen muss.

Die strafrechtlichen Auswirkungen *der echten Fehlberatung* und der *Rechtsberatung* über ein sog. *Regelungsdefizit* auf die Strafbarkeit des Ratsuchenden sind die Schwerpunkte der vorliegenden Untersuchung. In der Arbeit wird analysiert werden, ob und unter welchen Voraussetzungen in diesen beiden Konstellationen ein strafrechtlicher Verantwortungsausschluss in Betracht kommt. Dazu werden die strafrechtliche Rechtsprechung und Literatur ausgewertet.

Bereits im Jahre 1956 wurde moniert, dass die Spezialisierung der Rechtswissenschaft zu einer isolierten Behandlung der Teilgebiete führe und „das Verbindende in den Hintergrund zu treten droh[e]".[64] In einem kürzlich erschienenen Beitrag konstatierte *Lindner*, dass auch die deutsche Rechtswissenschaft der Gegenwart mehr und mehr von der „Zentrifugalität" der einzelnen Bereiche gekennzeichnet sei.[65] Gerade die Thematik dieser Arbeit bietet sich aber für eine Abkehr von diesem Trend und einen rechtsvergleichenden Blick in intrasystematische wie jurisdiktionsübergreifende Parallelproblematiken an. Einen solch übergreifenden Forschungszuschnitt hat für die hiesige Thematik erst kürzlich *Eidam* empfohlen.[66] Der Prozess der rechtsgebiets- und jurisdiktionsübergreifenden Vergleichung hat für die Fälle der Inanspruchnahme rechtlichen Rates auch bereits eingesetzt[67] und soll in dieser Arbeit fortgeführt werden.

---

[62] *Rogall*, in: SK-StGB § 17 Rn. 67.

[63] Dafür spricht bereits der sog. Grundsatz des sichersten Weges, s. dazu nur *Krause*, NStZ 2000, 225 (228) m. w. N.

[64] *Baumann*, AcP 155 (1956), 495.

[65] *Lindner*, JZ 2016, 697.

[66] Zu diesem Forschungsansatz insbesondere *Eidam*, ZStW 127 (2015), 120 (123 ff.).

[67] Rechtsvergleichend im deutschen, französischen und europäischen Kartellrecht *Mazza*, passim. Bezüge zum angloamerikanischen Recht finden sich auch in der zivilrechtlich ausgelegten Arbeit von *B. Müller* passim. Grundlegende intrasystematisch-vergleichende Erkenntnisse, welche im Rahmen der hiesigen Untersuchung auch Bestätigung finden werden, beschreibt *Kaulich*, S. 146 ff. und S. 286. Näher zum bisherigen rechtsvergleichenden Forschungsstand und der bisherigen wechselseitigen Rezeption der Rechtsgebiete unten S. 20 ff.

1. Kapitel

Grundbegriffe und Untersuchungsbereich

I. Grundbegriffe und Arten der Präventionsberatung

In der Arbeit werden Konstellationen untersucht, in denen im Vorfeld eines bestimmten Vorhabens rechtliche Präventionsberatung[1] in Anspruch genommen wird. Die jeweilige rechtliche Information wird häufig als *(Rechts-)Auskunft* bezeichnet.[2] Für diesen Begriff hat *Piepenbrock* bereits die folgende allgemeine Definition vorgeschlagen:

„Rechtsauskunft ist eine Erklärung, die eine rechtliche Angelegenheit zum Gegenstand hat und nach einer rechtlichen Prüfung abgegeben wird".[3]

Für die Information zur Rechtslage sind ferner die Begriffe *(Rechts-)Beratung,*[4] *Rat*[5] und *Gutachten*[6] gebräuchlich. Die Bezeichnungen *Beratung* und *Rat* werden häufig synonym für die *Auskunft* verwendet.[7] Von einem *Gutachten* ist insbesondere dann die Rede, wenn die Ausführlichkeit der Begründung und die Schriftlichkeit betont werden soll.[8] In der Untersuchung wird aus Gründen der Einfachheit an diese bereits etablierte Terminologie angeknüpft.

---

[1] Begriffsverwendung z. B. durch *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 f.

[2] BGH, NStZ 2000, 307; BGH, NStZ 2013, 461; OLG Frankfurt a. M., NStZ-RR 2003, 263; *Eidam*, ZStW 127 (2015), 120 (121 ff.); *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81 ff.; *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 (255); *Kunz*, GA 1983, 457 (457); *Roxin*, AT I, § 21 Rn. 62 ff.; *Vogel*, in: LK § 17 StGB Rn. 76 f.

[3] *Piepenbrock*, S. 13.

[4] *Gaede*, HRRS 2013, 449 (457); *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 ff.

[5] BGH, NStZ 2000, 307 (309); BGH, GRUR Int 2013, 158 (162); BGH, NStZ 2013, 461; *Eidam*, ZStW 127 (2015), 120 (121 ff.); *Gaede*, HRRS 2013, 449 (450 f.); *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81 (83). Näher zu diesem Begriff *M. Müller*, S. 130.

[6] BGH, BeckRS 2008, 06865 Rn. 40; BGH, NStZ 2013, 461 (461); *Eidam*, ZStW 127 (2015), 120: „Expertengutachten"; *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81 f.; *Vogel*, in: LK § 17 StGB Rn. 87.

[7] Die Begriffe werden oft innerhalb einer Entscheidung der Rechtsprechung beziehungsweise einer Publikation nebeneinander verwendet, ohne dass kontextspezifische Bedeutungsunterschiede auszumachen sind. Korrespondierend diagnostiziert dies im Zivilrecht *Piepenbrock*, S. 13, die auch in Bezug auf den Begriff „Gutachten" von einem synonymen Begriffsgebrauch ausgeht.

[8] Vgl. die Verwendung des Begriffs „Gutachten" bei *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81

Wann rechtlicher Rat „falsch" ist, hat bislang nur wenig Beachtung gefunden.[9] Bei einer retrospektiven Sichtweise ist Rechtsrat dann „falsch", wenn das später zuständige Gericht die Rechtslage anders bewertet.[10]

In dieser Arbeit wird, wie schon erwähnt,[11] zwischen der *echten Fehlberatung* und der *Beratung über ein sog. Regelungsdefizit* unterschieden.

Echte Fehlberatung liegt vor bei einer Information, welche inhaltlich den eindeutigen rechtlichen Vorgaben nicht entspricht.[12] Ein Sonderfall der *echten* Fehlberatung, ist die – ebenfalls bereits erwähnte[13] – Konstellation bloßer *Scheinberatung.* Fertigt der konsultierte Experte ganz bewusst ein geschöntes Gutachten an, bezeichnet man das Produkt als *Gefälligkeitsgutachten*.[14]

In den Fällen der *Beratung über ein sog. Regelungsdefizit* sind wiederum zwei Unterkonstellationen zu unterscheiden: Bei der *unechten Fehlberatung* berät der Ratgeber im Vertrauen auf den Fortbestand einer bestimmten etablierten (höchstrichterlichen) Rechtsprechung, jedoch setzt sich die Rechtsprechungslinie im Nachhinein erwartungswidrig nicht fort.[15] Der Unterschied zur *echten Fehlberatung* besteht darin, dass der Ratgeber im Zeitpunkt der Auskunftserteilung zutreffend von der in der Rechtsprechung vorherrschenden Rechtsansicht ausgegangen ist. Er hat dann zwar keine haftungsrechtlich relevante Pflichtverletzung begangen, die Rechtslage aber anders als das später zuständige Gericht beurteilt, sodass seine Information jedenfalls retrospektiv „falsch" war.[16] In den Fällen des sog. Regelungsdefizits kann es auch zu einer *uneindeutigen Rechtsberatung*[17] kommen. Bei dieser legt der Ratgeber gegenüber dem Ratsuchenden offen, dass das Gesetz mehreren Interpretationen zugängig ist und sich das Entscheidungsverhalten des später zuständigen Gerichts entweder nur prognostizieren oder gar nicht absehen lässt.[18] Im weiteren Verlauf der Arbeit wird dann, wenn der Rat-

---

(85); BGH, BeckRS 2008, 06865 Rn. 40; BGH, NStZ 2013, 461. Zur Bedeutung der schriftlichen Begründung auch bereits *Piepenbrock*, S. 14 f.

[9] Darauf verweist auch *M. Müller*, S. 130 f.

[10] *M. Müller*, S. 134, der dies auf S. 135 als „absoluten Falschheitsbegriff" betitelt.

[11] Dazu oben S. 6 ff.

[12] Zu dieser Konstellation (ohne dies als echte Fehlberatung zu bezeichnen) auch *M. Müller*, S. 133.

[13] Dazu oben S. 5 f.

[14] Dieser Begriff wird sehr häufig verwendet; s. nur BGH, BeckRS 2008, 06865 Rn. 38 f.; BGH, NStZ 2013, 461; BGH, NStZ 2017, 284 (288); aus dem Schrifttum statt vieler *Gaede*, HRRS 2013, 449 (450); *Kaspar*, in: NK-WSS § 17 StGB Rn. 27.

[15] Dazu oben S. 7.

[16] Zu den möglichen Ansatzpunkten der „Falschheit" von Rechtsrat im Falle unklarer Rechtsfragen auch *M. Müller*, S. 133 f.

[17] Von „uneindeutige[m] Rechtsrat" spricht im Zivilrecht auch *Florstedt*, NZG 2017, 601 (610).

[18] Vgl. zu den verschiedenen Einschätzungen durch den Berater im Falle einer unklaren Rechtslage auch z. B. *M. Müller*, S. 134.

Stichwortverzeichnis

Amtsermittlung 335, 433
Analogieverbot 54 f., 101, 344
Anlass
– ~ zur Auskunftseinholung 5
– ~ zur Hinterfragung der Verlässlichkeit der Auskunft bzw. weiterer Erkundigung 177, 200–202, 207, 209, 212 f., 215 f., 225, 230, 240, 251–322, 329–332
Ansprechbarkeit, normative 66
Anstiftung 80–82
Appellfunktion 136, 141, 235
Argumentation, tendenziöse 320 f.
Auskunft 9, 292–321
– Aktualitätsverlust 297
– dienstliche 2, 267 f., 276 f., 305, 357 f., 432 f.
– fehlende Klarheit 316–318
– Form 294–297
– hypothetische 16, 20, 210
– Modalitäten 292–297
– Privatberatung 2, 254–262, 276–278, 305
– Schriftlichkeit 294–296
– Spontanität 292–294
– Tenor 316–319
Auskunftsperson 251–290
– Abhängigkeit vom Ratsuchenden 280–284
– Arzt 4, 265–267
– Behördenmitarbeiter 3, 267 f., 276 f., 305
– Fachanwalt 256 f., 433
– Gerichtspräsident 262
– Hochschullehrer 3, 16, 260, 271
– längerfristiges Mandatsverhältnis 283 f.
– Mitarbeiter von Interessenverband 268–270, 284 f., 304
– Notar 261
– Rechtsanwalt 3, 83–85, 254–258, 270, 277 f., 283 f.
– Rechtsberatungsstelle des AG 262 f.
– Rechtsreferendar 263 f.
– Richter 2 f., 262, 271–273
– Ruf 270, 289
– *siehe auch* Sachkunde
– *siehe auch* Objektivität
– Spezialisierung 88 f., 256–260, 294, 304
– Staatsanwalt 2, 262, 303, 366
– Steuerberater 4, 261 f.
– Steuerbevollmächtigter 261
– Strafbarkeitsrisiko der ~ 81–83, 278 f.
– Studierende 263
– Syndikusrechtsanwalt 3, 24, 84, 258 f., 278, 280–284
– Überlastung 274
– vereidigter Buchprüfer 261 f.
– Verweisungspflicht 433
– Volljurist 261
– Vorbefassung 285–288
– Wirtschaftliches Eigeninteresse 280
– Wirtschaftsprüfer 4, 261 f.
– Zivilrechtliches Haftungsrisiko 279 f.
Auslegung 45–47, 49–58, 63, 91, 94, 164 f., 196–206, 218, 305, 350, 356–358, 400–403, 410 f.
Auslegungsrisiko 370

Beihilfe 80–82
Beratung 9 *siehe auch* Auskunft
– eindeutige 352 f.
– Fälle ergebnisoffener ~ 10 f., 386 f., 394–397, 431
– *siehe auch* Prognosefälle
– uneindeutige 8, 10, 348
Beratungsbefugnisse, gesetzliche 2 f., 271–274
Beratungsvertrauensirrtum 160–187, 427
Bestimmtheitsgebot 2, 55, 350–352, 405, 409 f., 422
Bestrafungsnotwendigkeit, präventive 66

Beteiligung 80-83
– des Ratgebers 81 f., 278 f.
– des Ratsuchenden 82
Beweis 37, 188–192, 334–336
– Beweislast 37, 335, 433 *siehe auch* Darlegungs- und Beweislast
– Indizien 188 f., 191 f.
Blankettmerkmal 112–116, 134–144, 342
Blankettnorm 106, 113, 115 f., 134–144, 345, 426
Bringschuld 335
Business Judgement Rule 392 f.

Charakterschwäche 242, 245, 247, 331, 428
Chronologiekriterium 364, 370, 372 f., 383–386, 388
Cum-cum-Geschäfte 24
Cum-Ex-Geschäfte 2, 5, 24, 308, 319–321, 343

Darlegungs- und Beweislast 37, 335
Defizit, biologisches 64, 245–247, 331
delicta mala mere prohibita 141
delicta mala per se 237
Disclaimer 316 f.
dolus eventualis 49, 164–175, 185–187, 191 f., 343 f., 412
dolus malus 76

Einheitstäter 80 f.
Einsicht *siehe* Unrechtseinsicht
Entschuldigungsgrund 64, 91, 101–103, 147, 149
Entschuldigungstatumstandsirrtum 12, 47 f., 147 f., 151, 183–185, 191, 193, 326–328, 425–428
Erfahrungsmangel 61, 245 f., 270, 331
Erfüllungsgehilfe 23, 78-80
Erlaubnistatumstandsirrtum 48, 146 f., 151, 426
Evidenz 220–222, 224–229, 231 f., 234–239, 306–310, 312, 330 f., 388–390, 431
Extension 108 f., 117

Fahrlässigkeit
– bewusste 164, 166, 168 f., 171 f., 185–187, 191, 343
– Irrtumsfahrlässigkeit 346
– numerus clausus-System 15
– *siehe auch* Rechtsfahrlässigkeit
– *siehe auch* Tatfahrlässigkeit
– *siehe auch* Übernahmefahrlässigkeit
– Vertrauensfahrlässigkeit 175
Fehlberatung
– echte 6–8, 10, 11–15, 21–29, 68 f., 74, 86, 91 f., 99–346
– unechte 7, 10, 15 f., 348, 368 f., 429
Fehlvorstellung *siehe* Irrtum
Feigenblattfunktion 5, 13, 95, 163 *siehe auch* Gefälligkeitsauskunft
Formalqualifikation 252–254 *siehe auch* Auskunftsperson
Fragmentarischer Charakter des Strafrechts 15, 52, 109, 319
Fremdnützigkeit 377–379

Gefahr, unabgeschirmte 166–168
Gefahren- und Daseinsvorsorge 43
Gefälligkeitsauskunft 5 f., 81 f., 94–97, 163, 186, 188–191, 277, 289, 305, 318, 407, 433 *siehe auch* Gefälligkeitsgutachten
Gefälligkeitsgutachten 10, 13 f., 34, 81 f., 95 f., 164, 225 *siehe auch* Gefälligkeitsauskunft
Generalprävention 66, 201 f.
Gerechtigkeit 45, 69, 93, 130, 240 f.
Geschäftsherrenhaftung *siehe* Verrichtungsgehilfe
Gesetzeslücke, Ausnutzung der ~ 318 f.
Gesetzesumgehung 94, 318 f.
Gesetzlichkeitsprinzip 20, 30, 54, 109, 114, 345, 347, 352, 408, 415 f., 418 f. *siehe auch* Bestimmtheitsgebot, Analogie- bzw. Rückwirkungsverbot
Gewissensanspannung 21, 227, 231–234, 312
Gleichheitsgrundsatz 87, 249
Grundlagenirrtum 233
Gutachten 6, 9 f., 14, 16, 75, 81, 96, 189, 197, 224, 260, 264, 271–273, 275, 290, 295, 313 f., 316, 320, 342, 374 *siehe auch* Auskunft

Handlungsfreiheit, allgemeine 36, 182, 363, 370, 376, 382, 396, 430

Handlungslehre, finale 64
Hierarchiekriterium 19, 358, 361, 370, 372 f., 383, 386, 388, 431

in dubio contra libertate 96
in dubio pro reo 37, 163, 190 f., 335 f.
Independenz 321
Indizientheorie 191
Informationsdefizit 7, 415
Ingerenz, staatliche 375, 382, 392, 395
Instruktion 206, 214, 290–292, 433 *siehe auch* Sachverhaltsschilderung
Intension 117, 120
Interdependenz 298–300
Irrtum 47-50, 88, 99–193, 399–404, 409–415
– ~ im verfügbaren Bereich 233
– Angleichung der Rechtsfolgen 339–346
– außerstrafrechtlicher 105-107, 134
– *siehe auch* Beratungsvertrauensirrtum
– *siehe auch* Entschuldigungstatumstands-irrtum
– *siehe auch* Erlaubnistatumstandsirrtum
– *siehe auch* Grundlagenirrtum
– *siehe auch* Rechtsirrtum
– *siehe auch* Subsumtionsirrtum
– *siehe auch* Tatbildirrtum
– *siehe auch* Tatumstandsirrtum
– *siehe auch* Verbotsirrtum
– Strafrechtsirrtum 105-107, 134
– tatsächlicher 145–150
– Vertrauensirrtum 368, 399

Judikatur *siehe* Rechtsprechung

Kenntnisprinzip 340
Kernbereich 221 f., 232–238
Koinzidenz, zeitliche 68, 164
Kollusion 6, 95
Kompetenz, fachliche *siehe* Sachkunde
Konkordanz, praktische 349

Lebenserfahrung, allgemeine 59, 203, 205, 212, 274, 291, 299, 307, 314, 321, 329, 331
lex posterior derogat legi anteriori 385

Maßstab 34–39, 61–63, 199–201, 205 f., 214–251, 312, 328–332, 428
– objektiver 215, 226, 240, 243 f., 312
– gemischt objektiviert-subjektiver 215–251, 328–332, 428
– Maßstabsfigur 66, 71 f., 215–217, 220–222, 225 f., 230, 233, 331
– subjektiver 215, 217, 325 f.
Motiv, außertatbestandliches 192 f.

Natur der Sache 46, 57–63, 251
nemo tenetur se ipsum accusare 335
Normbefolgungsbereitschaft 201, 233
Normenflut 1, 418
Normgeltungserhalt / bzw. -stabilisierung 46, 66, 68, 92–96, 201, 203 *siehe auch* funktionaler Schuldbegriff
nulla poena sine lege *siehe* Schuldprinzip
nullum crimen sine lege stricta 54 *siehe auch* Analogieverbot

Objektive Bedingung der Strafbarkeit 101
Objektivität 59 f., 207, 275–289, 321
Opportunitätsprinzip 408
Ordnungsprinzip, rechtsstaatliches 358

pacta sunt servanda 92
Parallelwertung in der Laiensphäre 118 f., 123–125, 128, 131, 135, 144, 155, 159, 400
Parteiverrat 289, 302
Perspektive
Perspektive / ex ante 208–212, 304, 314, 329, 378, 380, 428
Perspektive / ex post 209 –212
Pflichtenkollision 363, 415, 418
Pflichtverletzungslehre 198
Plausibilitätsprüfung 23 f., 26, 211, 225, 296, 298–301, 311–321, 338, 429, 433
poena naturalis 340
Präjudizienbindung 364, 371
Präventionsberatung *siehe* Beratung
Präzisierungsgebot 55, 375, 402, 416, 422
Prognosefälle 10 f., 386–394, 431

Quantitätskriterium 363, 366, 370, 372 f., 383 f., 386, 388

Ranking 253 f.
Ratsuchender
– Entscheidungsträger im Unternehmen 4
– Privatperson 4
Rechtsauskunft *siehe* Auskunft
Rechtserforschung 2, 70, 92, 176, 192 f., 196–200, 212 f., 215, 235, 238, 249, 294, 297, 302 f., 305 f., 322–326, 327, 329, 331 f., 344, 414
Rechtsfahrlässigkeit 15, 64, 91, 191, 200 f, 203–207, 328–332, 342–345, 403 f., 407, 414 f., 417 f., 428 f.
Rechtsfahrlässigkeitstatbestand 345
Rechtsfortbildung 45–47, 49, 53–58, 63
– gesetzesimmanente 53
– gesetzesübersteigende 53
Rechtsgüterschutz 37 f., 43 f., 227, 379–382, 393, 395–397, 417
Rechtsirrtum
– im österreichischen Strafrecht 26 f., 32 f., 35, 43, 48–50, 62, 72 f., 93, 144, 159, 185 f., 204, 213, 218–224, 229–231, 239 f., 245–247, 250 f., 305, 337, 407, 418
– im Zivilrecht 22–26, 31 f., 49, 52, 59, 76 f., 93, 186 f., 204, 224 f., 373–381, 419
Rechtslage, unklare 8, 10, 31, 33, 69 f., 75, 348, 365, 370–381, 387, 392, 395, 414, 422
Rechtsmissbrauch 94 f., 318, 433
Rechtsprechung
– Antizipation der ~sentwicklung 382 f.
– Kenntnis der ~ als Anlass zur Hinterfragung der Auskunftsverlässlichkeit 303, 315
– Autorität der Entscheidungen 366, 370–372
– einheitliche 359 f., 368 f., 399
– fehlende 366 f.
– höchstrichterliche 6 f., 10, 15, 315, 359, 368 f., 377 f., 382, 388–390, 399, 402–407
– Letztentscheidungskompetenz 356
– Präjudizienbindung 364, 371
– uneinheitliche 19, 354, 360–365, 370, 385
– vereinzelte 360, 371 f., 385
– Wandel der ~ 7, 10, 15 f., 29 f., 31, 36, 359, 365 f., 368, 370, 382, 389 f., 399–409, 423 f., 429 f.
Rechtsprinzip 46, 53, 57, 63–97, 202 f., 429
Rechtsrat *siehe* Auskunft
Rechtsstaat 64, 87, 90, 358, 363, 367, 405, 408, 420
Rechtstreue 66, 67 f., 201 f.
Rechtsvergleichung 41–97
– intrasystematische 41
– jurisdiktionsübergreifende 41 f.
– *siehe auch* Strafrechtsvergleichung
Regelungsdefizit 7 f., 10 f., 15–20, 29–33, 35 f., 40, 47, 69 f., 72–74, 77, 86, 90, 96, 347–424, 432
– Dogmatische Verortung des Verantwortungsausschlusses 398–424
– objektiver Lösungsweg 404–408, 415–418
– Schuldausschließungsgrund (de lege ferenda) 422–424
– Schutzwürdigkeit des Ratsuchenden 349–397
– subjektiver Lösungsweg 399–404, 409–415
Regelungseffekt 117, 130, 133, 426
Regelungslücke, planwidrige 101 f., 147
Repräsentationshaftung 78 *siehe auch* Erfüllungsgehilfe
Richterrecht 56, 400–403, 410 f.
Risikofälle 368–398,409–419, 430
Risikogedanke 364, 381
Rückwirkungsverbot 404–408, 416, 423

Sachkunde 23, 34, 59 f., 207, 211, 251–274, 284, 293 f., 299, 304, 321, 337, 427
Sachverhaltsschilderung *siehe auch* Instruktion
– Aktualitätsverlust 291 f.
– unzureichende 290 f.
Sachverhaltssicht, teleologisch reduzierte 118 f.
Sammelbegriff 111 f.
Scheinberatung *siehe* Gefälligkeitsauskunft
Schuld
– Ansprechbarkeit, normative 66
– im formellen Sinne 65
– im materiellen Sinne 64, 67, 69
– *siehe auch* Schuldbegriff
– *siehe auch* Schuldprinzip
– *siehe auch* Vorwurf, persönlicher

Schuldausschließungsgrund 64, 249, 103 f., 422–424
Schuldbegriff
– charakterologischer 71
– diskursiver 67
– funktionaler 66, 68, 201–203, 242, 340
– idealisitischer 71
– juristischer 71
– normativer 65–67, 70, 73 f., 90 f., 217, 242
– psychologischer 64
– reduzierter 71
– sozialer 66, 71 f., 213
Schuldfähigkeit 64, 103 f., 147 f., 246
Schuldprinzip 46, 63–76, 78, 80, 93, 103, 158, 216 f., 248
Schuldtheorie 22, 76, 122 f., 137–142, 426
Schutzbehauptung 94, 190 f., 336
singularia non sunt extendenda 102
Sittenwidrigkeit 154, 309 f.
Sonderwissen 240 f., 259, 302–309, 331, 386, 391 f.
Sorgfaltsanforderungen 51, 54 f., 200, 203, 206 f.
– cura in eligendo 206, 251–290
– cura in instruendo 206, 290–292 *siehe auch* Instruktion
– Überprüfungspflicht 207, 300–321
– Überwachungspflicht 207, 292–297
Sozialisationsdefizit 240, 244–246
Spezialprävention 201 f.
Sportwetten 4, 17 f., 347–349, 353
Steuerungsmacht 126, 130, 185
Strafaufhebungsgrund 104, 148–150, 427
Strafausschließungsgrund 104, 145, 148–150, 427
Strafrechtsvergleichung, Methoden der ~ 41 f.
– begrenzte 41 f.
– computergestützte 42
– fallbasierte 42, 47, 251
– funktionale 41, 43–52, 63–85
– Strukturvergleichung 42, 57–63
– systematische 42, 43–52, 63–85
– universale 41 f.
– wertende 42
– wertvergleichende 42, 46, 63–96
Strafzweck *siehe* General- und Spezialprävention
Subjektivierung, ~ des Maßstabs 239–247 *siehe auch* Maßstab
– nach oben 240 f.
– nach unten 241–247
Substituierungsargument 109 f.
Substrat
– geeignetes 120 f., 131 f.
– ungeeigentes 121, 131 f.
Subsumtionsirrtum 99, 105–115, 143, 426
Subsumtionsirrtum, umgekehrter *siehe Wahndelikt*
Subsumtionsrisiko 365
System, bewegliches 299

Tatbestandsmerkmal, normatives 112–133, 135, 137, 143–145, 342 f., 425 f.
Tatbildirrtum (im österreichischen Strafrecht) 49, 52, 55, 144, 185
Tatfahrlässigkeit 199–201, 205 f., 249, 329 f., 342
Tatsachen, institutionelle 120, 167
Tatumstandsirrtum
– im deutschen Strafrecht 11 f., 14 f., 21, 47–49, 116–147, 152 f., 165–175, 328–332, 339–344, 399–415, 425–429
– im Ordnungswidrigkeitenrecht 21 f., 29–31, 48, 52, 144, 186, 408
tertium comparationis 45
Textbaustein 13 f., 17, 22, 35, 56, 59, 61, 163, 195, 197, 277, 337
Theorie des Informationsvertrauens 35
Treu und Glauben 87, 91, 309

Übernahmefahrlässigkeit 324, 332
ultra posse nemo obligatur 69
Umkehrschluss 49, 55, 68, 102, 104, 124, 128 f., 138, 140, 158, 172, 257
Unabhängigkeit *siehe* Objektivität
Unbedenklichkeitsbescheinigung 5, 81, 153, 230
Universalisierungsgrundsatz, ethischer 306 f.
Unrecht 65, 80, 128, 153 f., 157
Unrechtsbewusstsein, bedingtes 164 f., 169–171, 175–183, 185 f., 412–414
Unrechtseinsicht 153–160 *siehe auch* Unrechtsbewusstsein, bedingtes
Unschuldsvermutung 70, 74

Unvoreingenommheit *siehe* Objektivität
Unwerturteil, sozialethisches 65, 73, 75
siehe auch Vorwurf, persönlicher

Verantwortungsprinzip 340
Verbotsirrtum
– direkter 100
– im deutschen Strafrecht 11–20, 47 f., 100 f., 107, 134–143, 153–160, 169–171, 175–183, 195–326, 336–344, 399–404, 406 f., 409–415, 417 f., 425–429
– im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrecht 27–29, 33, 49–51, 55, 75, 88–90, 204, 225 f., 244, 277, 301, 314–316, 365, 391
– im Ordnungswidrigkeitenrecht 21 f., 29–31, 48, 50, 55, 73 f., 93, 144, 157, 159 f., 186, 204 f., 218 f., 226 f., 250, 408, 418 f.
– indirekter 100
– *siehe auch* Subsumtionsirrtum
Verdrängung 176, 181 f. *siehe auch* Zweifel
Verhaltensnorm 113–115, 138, 140, 157 f., 249
Verhaltenssteuerung 1, 43 f., 114, 381, 396
Verhältnismäßigkeit 90, 320
Verlässlichkeit
– ~ als Gesamteindruck 321
– ~ der Auskunft 197, 230, 292–321
– ~ der Auskunftsperson 197, 230, 251–290
Vermeidbarkeit 13 f., 50–56, 88, 125, 142, 191, 195–346, 403 f., 406 f., 414 f., 417 f., 428 f.
– ~ als Zuständigkeit 201, 233
– Kodifikationsbedarf 336–339
– Kriterien des schutzwürdigen Vertrauens in Rechtsrat 251–321, 328 f., 428 f.
– Pflichtverletzungslehre 198
– *siehe auch* Maßstab
Vermeidewille 168 f.
Verrichtungsgehilfe 83-86
Verschulden, formal organisatorisches 75, 80, 244
Verschuldensprinzip 46, 63, 75–77, 96 f., 429
Versuch, untauglicher 107, 109, 114, 121 f., 129
Vertrauen
– natürliche Mechanismen der ~sbildung 58 f., 202, 321
– Vertrauensentzugsfälle 173–175, 182 f., 185, 188 f., 427
– Vertrauensfälle 368 f., 399–409, 429
– Vertrauensgrundsatz 54, 87, 200, 203, 328
– Vertrauensherausforderungsfälle 173–175, 182 f., 185, 188 f., 427
Vertrauensschutz 46, 48, 86–90, 203, 243, 359 f., 368 f., 375
– Vertrauensbetätigung 87
– Vertrauensgrundlage 87
– Vertrauensschutz, horizontaler 86–90
– Vertrauensschutz, vertikaler 86–90, 375
Vertretenmüssen 78
Verweisungsbegriff 108
Vorfeldnorm 105–145
– definitorische 112
– sachverhaltsfeststellende 112
– merkmalausfüllende 111
– merkmalbegrenzende 111
– merkmalumschreibende 111
– normbereichsneutrale 111
Vorsatz
– kognitive Komponente 165, 171–175, 185–187
– Risikobewusstsein 165–168
– *siehe auch* dolus eventualis
– *siehe auch* Indizientheorie
– voluntative Komponente 165, 168–171, 185–187
Vorsatzgefahr 167
Vorsatztheorie 23, 52, 76, 135, 137, 139 f., 342, 345
Vorwerfbarkeit
– im deutschen Strafrecht 65, 193, 223, 414, 417 *siehe auch* Schuld
– im Ordnungswidrigkeitenrecht 21, 50, 73, 78, 204 f.
– im österreichischen Strafrecht 27, 50, 55, 62, 72, 204, 219–224, 246, 418
Vorwurf, persönlicher 64–75, 90, 103, 156, 158, 182, 243 f., 249, 250

Wahndelikt 107–113, 120–122, 124, 129, 131
Wechselwirkungsverhältnis *siehe* Interdependenz
WGVT-Formel 118 f., 136
Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung 25, 34

Zumutbarkeit
– als Rechtsprinzip 46, 90–92, 96 f., 203
– ~ bei der Irrtumssubsumtion 192 f. 413 f., 417
– ~ des Abwartens auf Klärung 31, 362 f., 373, 376 f., 397, 414 f.
– ~ (weiterer) Rechtserforschung 176–179, 198, 200, 322–326
Zuständigkeitskriterium 363 f., 370, 372 f., 384, 386, 388
Zweifel 5, 12, 161, 163–187, 192 f., 212, 287, 323 f., 362, 412 f., 427
– dilatorischer Charakter 177, 179
– Rechtfertigungszweifel 175
– Tatbestandszweifel 175
– Unrechtszweifel 161, 175–183