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.

geber eine Prognose der weiteren Rechtsentwicklung abgibt, von den *Prognosefällen* und dann, wenn er die Rechtslage als offen beschreibt, von einer *ergebnisoffenen Beratung* gesprochen werden.

II. Konturierung des rechtlichen Untersuchungsbereichs

In rechtlicher Hinsicht wird der Schwerpunkt dieser Arbeit im deutschen Strafrecht liegen. Gewinnbringend für die Fragestellung könnte auch ein Blick in andere Rechtsgebiete und Jurisdiktionen sein. Die verschiedenen Facetten des rechtlichen Untersuchungsbereichs werden nachfolgend noch genauer beschrieben.

1. Untersuchung im deutschen Strafrecht

Von Interesse sind in dieser Arbeit nur diejenigen Fälle der Präventionsberatung, in denen die Umsetzung des jeweiligen Vorhabens aus Sicht des zuständigen Gerichts als objektiv tatbestandsmäßiges und rechtswidriges Verhalten zu klassifizieren ist. Allein in diesen Fällen stellt sich die Kernfrage, ob die Inanspruchnahme von Präventionsberatung Auswirkungen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Ratsuchenden haben kann. Je nachdem, ob die Rechtslage an sich im Zeitpunkt der Beratung schon objektiv klar war oder sich erst durch spätere Entscheidungen beziehungsweise im Verfahren gegen den Ratsuchenden klärte, wird in der Arbeit zwischen den Fällen der echten Fehlberatung und den Fällen des sog. Regelungsdefizits differenziert.[19] Hintergrund dieser separaten Untersuchung ist, dass sich jedenfalls teilweise spezifische Wertungsfragen stellen, die so deutlicher herausgearbeitet werden können.

a) Fälle der echten Fehlberatung

Vertraut der Ratsuchende auf eine objektiv unzutreffende Auskunft, kommt ein Verantwortungsausschluss über die strafrechtlichen Irrtumsvorschriften in Betracht. Die Art des in Betracht kommenden Irrtums hängt vom Bezugspunkt der jeweiligen Fehlvorstellung ab. In der Rechtsprechung wurden bislang Tatumstands- und vor allem Verbotsirrtümer erörtert.[20] Auch in der Literatur wurde die Problematik bislang im Kontext dieser beiden Irrtumsarten dargestellt.[21] Dane-

---

[19] Die Idee einer solchen getrennten Untersuchung des „Informationsdefizits“ und „Regelungsdefizits“ erwähnt auch *J. Mayer*, S. 50, setzt diese aber schlussendlich nicht um.

[20] Beide Irrtümer erwähnt etwa BGH, BeckRS 2008, 06865 Rn. 14 ff.; um den Verbotsirrtum ging es auch z. B. in BGH, NStZ 2013, 461 oder BGH, NStZ 2017, 284 (288).

[21] Beide Irrtumsformen erwähnen beispielsweise *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81 ff.; *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 ff. sowie *Stolzenberger*, S. 3 ff.

ben sind auch noch weitere Irrtümer (z. B. gem. § 35 Abs. 2 StGB) denkbar. In der Arbeit soll die Bandbreite der in Betracht kommenden Irrtumsformen dargestellt werden.

Zusätzlich wird dargestellt werden, dass bei bestimmten Fehlvorstellungen die Abgrenzung von Tatumstands- und Verbotsirrtümern umstritten ist. Dabei ist zu beachten, dass jeder Tatumstandsirrtum zugleich ein Verbotsirrtum ist.[22] Bei der sog. Abgrenzung der Irrtümer geht es im Kern um die Frage, welche Art von Fehlvorstellung bereits ein Tatumstandsirrtum ist.[23] Die Abgrenzung der verschiedenen Irrtumsarten ist deshalb relevant, weil diese teilweise unmittelbar zu einem Verantwortungsausschluss führen und teilweise nur unter bestimmten Voraussetzungen. So schließt das reine Vorliegen eines Tatumstandsirrtums nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB die strafrechtliche Verantwortlichkeit aus einer Vorsatztat aus, während der Verbotsirrtum nach § 17 S. 1 StGB nur dann zum Ausschluss der Verantwortlichkeit führt, wenn der Irrtum unvermeidbar war.[24]

Typischerweise sucht der Ratsuchende deshalb um Rechtsrat nach, weil er Zweifel an der Legalität seines Vorhabens hat.[25] Nach der Inanspruchnahme von rechtlicher Beratung kann der Ratsuchende unterschiedlich überzeugt von der ihm beschriebenen Rechtslage sein. Nicht immer können sämtliche Zweifel durch die Einholung von präventiver Rechtsberatung zerstreut werden, z. B., weil dem Ratsuchenden auch gegenteilige Informationen bekannt geworden sind. Auch können Zweifel an der Verlässlichkeit der Auskunftsperson beziehungsweise an der bei ihr eingeholten Rechtsauskunft aufkommen, die dann wiederum als mittelbare Zweifel an der Rechtslage zu klassifizieren sind. In bestimmten Fällen kann der Ratsuchende sogar positive Kenntnis von der Unrichtigkeit der ihm beschriebenen Rechtslage haben. Ist der Ratsuchende hinsichtlich der Rechtslage unschlüssig, stellt sich die Frage, ob überhaupt noch von einem „Irrtum“ gesprochen werden kann. In den Entscheidungen der Rechtsprechung zum Verantwortungsausschluss durch die Inanspruchnahme präventiven Rechtsrats findet dieses Problem auffällig wenig Beachtung. Allgemein ist der Umgang mit verbleibenden Zweifeln insbesondere bei den Verbotsirrtümern aber „heute mehr denn je fraglich und umstritten“.[26] In dieser Untersuchung soll jedoch präzisiert werden, ob ab einer gewissen Zweifelsintensität ein Irrtum des Ratsuchenden ausgeschlossen ist.

---

[22] Zu diesem Zusammenhang von Tatumstands- und Verbotsirrtum *Arthur Kaufmann*, in: FS Lackner, S. 185 (190).

[23] *Bachmann*, S. 35.

[24] Näher dazu unten S. 50 f.

[25] *Kunz*, GA 1983, 457 (461).

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

In den Entscheidungen der Rechtsprechung wird der Verbotsirrtum gem. § 17 S. 1 StGB oft unterstellt und der Schwerpunkt der Ausführungen auf die (Un-) Vermeidbarkeit gelegt.[27] Wird ein Verbotsirrtum bejaht, kommt es ausweislich § 17 S. 1 StGB entscheidend darauf an, ob der Täter diesen Irrtum hätte vermeiden können (entsprechendes gilt auch für § 35 Abs. 2 StGB). Hieran stellt die strafrechtliche Rechtsprechung hohe Anforderungen.[28] In der BGH-Rechtsprechung ist die Tendenz zu beobachten, bestimmte wiederkehrende Formulierungen zu verwenden, um die Voraussetzungen der Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums zu umreißen.[29] Der Textbaustein lautete in den letzten Entscheidungen des BGH folgendermaßen:

„Die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums setzt voraus, dass der Täter alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa aufkommende Zweifel durch Nachdenken oder erforderlichenfalls durch Einholung verlässlichen und sachkundigen Rechtsrats beseitigt hat (vgl. BGHSt 21, 18, 20). Dabei müssen sowohl die Auskunftsperson als auch die Auskunft aus der Sicht des Täters verlässlich sein; die Auskunft selbst muss zudem einen unrechtsverneinenden Inhalt haben. Eine Auskunft ist in diesem Sinne nur dann verlässlich, wenn sie objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilt worden ist (vgl. Vogel in LK 12. Aufl., § 17 Rdn. 78, 85). Bei der Auskunftsperson ist dies der Fall, wenn sie die Gewähr für eine diesen Anforderungen entsprechende Auskunftserteilung bietet (vgl. BGHSt 40, 257, 264). Hinzu kommt, dass der Täter nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunkts vertrauen und seine Augen nicht vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidungen verschließen darf. Maßgebend sind die jeweils konkreten Umstände, insbesondere seine Verhältnisse und Persönlichkeit; daher sind zum Beispiel sein Bildungsstand, seine Erfahrung und seine berufliche Stellung zu berücksichtigen (vgl. Fischer, aaO § 17 Rdn. 8). Das Vertrauen auf eingeholten rechtsanwaltlichen Rat vermag somit nicht in jedem Fall einen unvermeidbaren Verbotsirrtum des Täters zu begründen. Wendet sich dieser an einen auf dem betreffenden Rechtsgebiet versierten Anwalt, so hat er damit zwar vielfach das zunächst Gebotene getan (vgl. BGHR StGB § 17 Vermeidbarkeit 3). Jedoch ist weiter erforderlich, dass der Täter auf die Richtigkeit der Auskunft nach den für ihn erkennbaren Umständen vertrauen darf. Dies ist nicht der Fall, wenn die Unerlaubtheit des Tuns für ihn bei auch nur mäßiger Anspannung von Verstand und Gewissen leicht erkennbar ist oder er nicht mehr als eine Hoffnung haben kann, das ihm bekannte Strafgesetz greife hier noch nicht ein. Daher darf der Täter sich auf die Auffassung eines Rechtsanwalts etwa nicht allein deswegen verlassen, weil sie seinem Vorhaben günstig ist (vgl. BGH, Beschl. vom 12. Juni 1985 – 3 StR 82/85). Eher zur Absicherung als zur Klärung bestellte Gefälligkeitsgutachten scheiden als Grundlage unvermeidbarer Verbotsirrtümer aus (vgl. Fischer, aaO § 17 Rdn. 9 a). Auskünfte, die erkennbar vordergründig und mangelhaft sind oder nach dem Willen des Anfragenden lediglich eine ‚Feigenblattfunktion' (vgl. Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl., § 17 Rdn. 18) erfüllen sollen, können den Täter ebenfalls nicht entlasten (vgl. BGH NStZ 2000, 307, 309). Insbesondere bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwie-

---

[27] So auch der Rechtsprechungsbefund von *Kunz*, GA 1983, 457 (459 f.); auf den „Prüfungsschwerpunkt" auf der Vermeidbarkeit verweist auch *Eidam*, ZStW 127 (2015), 120 (126).

[28] So auch *Kudlich/Koch*, NJW 2017, 1490.

[29] Dies erwähnt auch *Gaede*, HRRS 2013, 449 (462).

rigen Rechtsfragen ist regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten erforderlich, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen (vgl. Kirch-Heim/Samson, aaO 81, 85)".[30]

Dieser „Textbaustein" liefert durchaus eine gewisse Orientierung. Allerdings sind die genannten Voraussetzungen teils noch zu abstrakt, um aus ihnen konkrete Schlussfolgerungen ziehen zu können. So lässt sich den Ausführungen des BGH beispielsweise nicht deutlich entnehmen, welche Berufsgruppen als verlässliche Auskunftspersonen in Betracht kommen. Rätselhaft bleibt auch, wann Auskünfte denn „erkennbar vordergründig und mangelhaft" sein sollen. In der Literatur wird ebenfalls auf die Unsicherheit, welche die Kriterien der BGH-Rechtsprechung zurück lassen, hingewiesen.[31] *Gaede* kommentiert, es bleibe „im Dunklen", wie der Ratsuchende anwaltliche Beratungsfehler mühelos erkennen können soll.[32] Der BGH sei die Präzisierung schuldig geblieben, wie der Ratsuchende den anwaltlichen Rat prüfen solle.[33] *Gaede* mahnt sogar an, dass der unvermeidbare Verbotsirrtum durch die in der Rechtsprechung bemühten „Figuren des Gefälligkeitsgutachtens und des unsubstantiierten Ratschlages" zu einer „Chimäre", also „einem Fabelwesen" verkommen sein könnte.[34]

Für einzelne Vertrauenswürdigkeitskriterien liefern Einzelentscheidungen der Rechtsprechung genauere Anhaltspunkte. In der Literatur wurden die verstreuten Einzelentscheidungen bereits zu umfangreichen Katalogen der Kriterien des schutzwürdigen Vertrauens in rechtlichen Rat zusammen getragen.[35] In der Arbeit wird an den bisherigen Forschungsstand angeknüpft. Jedoch sind längst noch nicht alle Einzelheiten geklärt.[36] Unklar ist nach wie vor, inwieweit dem Ratsuchenden eine inhaltliche Überprüfung der erhaltenen Auskunft abverlangt wird beziehungsweise überhaupt abverlangt werden kann. Das Ziel der Untersuchung ist daher eine Vervollständigung der Kriterien des schutzwürdigen Vertrauens in Rechtsrat.

Wie schon erwähnt,[37] kann unzutreffender Rechtsrat auch zu einem Tatumstandsirrtum führen. Liegt ein solcher vor, handelt der Ratsuchende bei der Um-

---

[30] BGH, BeckRS 2008, 06865 Rn. 38 ff.; BGH, NStZ 2013, 461; BGH, NStZ 2017, 284 (288).

[31] *Kudlich/Koch*, NJW 2017, 1490.

[32] *Gaede*, HRRS 2013, 449 (463).

[33] *Gaede*, HRRS 2013, 449 (463).

[34] *Gaede*, HRRS 2013, 449 (450).

[35] Aus dem Strafrecht seien insbesondere folgende Schlüsselpublikationen genannt: *Eidam*, ZStW 127 (2015), 120; *Gaede*, HRRS 2013, 449 (456 f.); *Kaspar*, in: NK-WSS § 17 Rn. 15 ff.; *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81 (83 f.); *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 (256 ff.); *Neumann*, in: NK-StGB § 17 Rn. 74 ff.; *Löw*, S. 100 ff.; *Rodenbeck*, S. 206 ff.; *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, S. 241 ff.; *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 (256 ff.); *Roxin*, AT I, § 21 Rn. 62 ff.; *Stolzenberger*, S. 90 ff.; *Stam*, GA 2019, 338 (347 ff.); *Vogel*, in: LK § 17 StGB Rn. 76 ff.

[36] *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 (259).

[37] Dazu oben S. 11.

setzung seines Vorhabens gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ohne Vorsatz. Gewissermaßen sekundär kommt allerdings noch die Verwirklichung eines Fahrlässigkeitstatbestands in Betracht (vgl. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB).[38] Gemäß § 15 StGB ist fahrlässiges Handeln allerdings nur dann strafbar, wenn das Gesetz einen entsprechenden Fahrlässigkeitsstraftatbestand vorsieht. In Deutschland herrscht ein „*numerus clausus*-System für Fahrlässigkeitsdelikte".[39] Die Fahrlässigkeit setzt eine Sorgfaltspflichtverletzung voraus. Durch die Formulierungsweise des § 16 Abs. 1 S. 2 („bleibt unberührt") und den systematischen Zusammenhang von § 16 Abs. 1 S. 1 und S. 2 wird deutlich, dass es um eine Sorgfaltspflichtverletzung in Bezug auf die Entstehung des Tatumstandsirrtums geht.[40] Im Kern geht es in den Fällen der Beratung dann wiederum um die Frage, ob die Einschaltung des Auskunftgebers und das Vertrauen in seine Auskunft sorgfaltswidrig waren.[41] Hier ist von besonderem Erkenntnisinteresse, ob und inwieweit die Kriterien und der Maßstab mit denjenigen bei der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums korrespondieren.[42]

b) Fälle der Beratung über ein sog. Regelungsdefizit

Bei einem sog. Regelungsdefizit lässt sich den Gesetzen nicht eindeutig entnehmen, ob ein bestimmtes Verhalten verboten ist oder nicht. Das Problem kann zum Zeitpunkt der Beratung schon in unterschiedlichem Umfang Eingang in die Rechtsprechung gefunden haben: Es kann bereits eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung geben, nur instanzgerichtliche Entscheidungen oder auch noch gar keine gerichtlichen Entscheidungen. Gerade bei nur instanzgerichtlichen Entscheidungen kommt es auch vor, dass die Judikatur uneinheitlich ist. Handelt es sich um eine Rechtsfrage, die in mehreren Rechtsbereichen von Bedeutung ist, können sogar Gerichte verschiedener Gerichtszweige die Auslegungsfrage verschieden beurteilen. Die Konstellation des sog. Regelungsdefizits ist mithin ausgesprochen heterogen.

In den Fällen des Rechtsprechungswandels hält die Rechtsprechung dem Täter einen (Erlaubnis-)Tatumstandsirrtum beziehungsweise einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu Gute.[43] Repräsentativ erwähnt sei hier ein Verfahren vor dem

---

[38] Dazu bereits *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81 (87); *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 (255); *Stolzenberger*, S. 78 ff.

[39] *Fakhouri Gómez*, GA 2010, 259 (261) – Hervorh. dort.

[40] Vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, S. 310.

[41] *Kirch-Heim/Samson*, wistra 2008, 81 (87 f.); auch *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 (255) halten es für maßgeblich „in welchem Umfang sich der Täter bei seinem Verhalten auf den eingeholten Rechtsrat verlassen durfte".

[42] Näher dazu unten S. 195 ff. und 328 ff.

[43] KG, NJW 1990, 782; BGH, NJW 2010, 2595 (2597).

KG aus dem Jahre 1990, in dem es um die Frage ging, ob die eigenmächtige Obduktion eines Leichnams im Auftrag der behandelnden Ärzte eines Krankenhauses ohne Zustimmung der Angehörigen den Tatbestand des § 168 Abs. 1 StGB erfüllt.[44] Das KG bejahte – entgegen der bisherigen Rechtsprechung und der überwiegenden Auffassung der Literatur – einen Gewahrsamsbruch.[45] Das KG teilte die Ansicht anderer OLG, dass die Leichname verstorbener Patienten bis zur Übergabe an die Totensorgeberechtigten im Alleingewahrsam der Krankenhausleitung stünden, nicht.[46] Es nahm jedoch zugunsten der Angeklagten einen unvermeidbaren Verbotsirrtum gem. § 17 S. 1 StGB an.[47] Unabhängig von der tatsächlichen Einholung rechtlichen Rats, wurde der unvermeidbare Verbotsirrtum bereits deshalb bejaht, weil auch die *hypothetische* Erkundigung bei einer rechtskundigen Stelle nur zu einem Hinweis auf die vormalige Rechtsprechungslinie geführt hätte.[48] Sofern die vormalige Rechtsprechung dem Ratsuchenden auch tatsächlich durch die Konsultation eines Experten zur Kenntnis gebracht würde (unechte Fehlberatung), läge unter folgerichtiger Berücksichtigung dieser Auffassung ebenfalls ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vor.

Auch zu sonstigen Fällen des Regelungsdefizits, in denen sich noch keine eindeutige Rechtsprechungslinie herausgebildet hat, gibt es einschlägige Entscheidungen. Im Abschlepp-Fall war ein Abschleppunternehmer bei seiner Tätigkeit nacheinander von drei Rechtsanwälten zivilrechtlich und strafrechtlich beraten worden.[49] Zusätzlich konnte er sich auf ein unrechtsverneinendes Gutachten eines Hochschullehrers stützen. Im Rahmen dieser Beratung waren verschiedene – ursprünglich noch ungeklärte beziehungsweise unterschiedlich entschiedene – Rechtsfragen in Bezug auf das Geschäftsmodell des Abschleppunternehmens erörtert worden (z. B. die Zulässigkeit des Einsatzes der Parkkrallen und die Höhe der berechtigterweise zu verlangenden Kosten). Dabei waren auch dem Ratsuchenden ungünstige bisherige Entscheidungen der Rechtsprechung zur Sprache gekommen. Die Rechtsberater vertraten im Ergebnis übereinstimmend die Meinung, dass die Handlungen des Abschleppunternehmers rechtlich nicht zu beanstanden seien. Der BGH hob zu dieser Konstellation hervor, dass der Vorinstanz darin zuzustimmen sei, dass der Ratsuchende auf die rechtlichen Auskünfte, welche die Unbedenklichkeit der jeweiligen Vorhaben zum Inhalt gehabt hätten, vertraut hätte. Das LG habe berechtigterweise angenommen, „der Angekl.

---

[44] KG, NJW 1990, 782.

[45] KG, NJW 1990, 782 f.

[46] KG, NJW 1990, 782.

[47] KG, NJW 1990, 782 (783).

[48] KG, NJW 1990, 782 (783).

[49] Dazu und zum gesamten Absatz mit den wörtlichen Zitaten BGH, NStZ 2017, 284 (286 ff.).

sei trotz Kenntnis einiger abweichender Urteile insgesamt davon ausgegangen, er handele hinsichtlich seines Geschäftsmodells – einschließlich des Einsatzes von Parkkrallen – in vollem Umfang rechtmäßig". Dass das Unternehmen im maßgeblichen Zeitraum teilweise zivilrechtlich unterlag, rechtfertige kein anderes Ergebnis, denn dies sei teilweise prozessualen Gründen geschuldet gewesen und teilweise dem Ratsuchenden durch seine Berater als „Fehlbeurteilung der damals höchstrichterlich weitgehend ungeklärten Rechtslage" vermittelt worden. In der Entscheidung lehnte der BGH eine Strafbarkeit wegen Erpressung gem. § 253 StGB beziehungsweise versuchter Erpressung gem. § 253 Abs. 3 StGB in den überwiegenden Fällen ab. Er sah in der Annahme der Vorinstanz, dass dem Abschleppunternehmer Ansprüche in der geltend gemachten Höhe zustünden, grundsätzlich keinen Rechtsfehler. Zudem sei zutreffend von einem Tatumstandsirrtum in Bezug auf die geltend gemachten Ansprüche ausgegangen worden. Eine Strafbarkeit wegen Nötigung gem. §§ 240 Abs. 1, Abs. 2 StGB beziehungsweise versuchter Nötigung gem. § 240 Abs. 3 StGB lehnte der BGH ebenfalls ab. Ob der Angeklagte „verwerflich" i. S. d. § 240 Abs. 2 StGB gehandelt hat, ließ der BGH ausdrücklich offen. Er nahm jedenfalls einen unvermeidbaren Verbotsirrtum gem. § 17 S. 1 StGB an. Auch insoweit rekurrierte er auf die Voraussetzungen des bereits erwähnten „Textbausteins", die er im vorliegenden Fall für erfüllt erachtete.

Strafverfahren wegen der Strafbarkeit nach § 284 StGB im Zusammenhang mit der Sportwettenvermittlung ohne behördliche Genehmigung haben verschiedene Gerichte zu Ausführungen zum unvermeidbaren Verbotsirrtum veranlasst.[50] Der BGH bejahte in seinem Sportwetten-Fall hinsichtlich der Strafbarkeit aus § 284 StGB einen unvermeidbaren Verbotsirrtum gemäß § 17 S. 1 StGB.[51] Er führte dazu aus, „dass das Risiko einer extrem unklaren Rechtslage, wie sie hier durch die Verwaltung und die Rechtsprechung geschaffen worden ist, nicht einseitig dem Normadressaten aufgebürdet werden darf".[52] Im Hintergrund stand die während des Tatzeitraums (bis zur Entscheidung des BVerfG vom 28.3.2006[53] bestehende) Unsicherheit zur Verfassungsmäßigkeit des staatlichen Wettmonopols und den damit verbundenen Auswirkungen auf die Reichweite der Strafbarkeit nach § 284 StGB. Für den Tatzeitraum vor einer ersten Durchsuchungsmaßnahme in den Geschäftsräumen des Angeklagten wurde zusätzlich auf eine für den Täter

---

[50] OLG Stuttgart, NJW 2006, 2422; KG, BeckRS 2012, 11907; AG Berlin-Tiergarten, BeckRS 2008, 23090; AG Berlin-Tiergarten, BeckRS 2011, 26183; den Verbotsirrtum offen lassend OLG Bamberg, BeckRS 18198.

[51] BGH, NJW 2007, 3078 (3079).

[52] BGH, NJW 2007, 3078 (3079); so zuvor auch bereits OLG Stuttgart, NJW 2006, 2422 (2424).

[53] BVerfG, NJW 2006, 1261 ff.

missverständliche behördliche Eintragung bei der Gewerbeanmeldung (Zusatz: „kein Wettbüro“) hingewiesen.[54] Für den Teilzeitraum nach der Durchsuchungsmaßnahme konnte sich der Angeklagte auf die Inanspruchnahme anwaltlichen Rates berufen.[55] Der BGH hielt es dem Angeklagten zu Gute, dass der konsultierte Ratgeber ihm eine Weiterführung des Betriebes empfohlen hatte.[56] Dass der Angeklagte über die bei ihm durchgeführten Durchsuchungsmaßnahmen Bescheid wusste (welche auf eine andere Rechtsansicht schließen lassen), stehe einem unvermeidbaren Verbotsirrtum nicht entgegen.[57]

Bedenkt man, dass die Täter in den beiden beschriebenen BGH-Fällen „an sich“ um bestehende rechtliche Unklarheit wussten, tritt deutlich zu Tage, dass den „beruhigenden“ subjektiven Einschätzungen der eingeschalteten Ratgeber offenbar (mit-)entscheidende Bedeutung zugemessen wurde.

In einer anderen Entscheidung aus dem Jahr 2012[58] sprach der BGH hingegen einer anwaltlichen Äußerung aus verschiedenen Gründen die Vertrauenswürdigkeit ab. Dabei stellte er u. a. darauf ab, dass die Auskunft „keinen hinreichend unrechtsverneinenden Inhalt“ gehabt habe.[59] Der Anwalt habe „dem Angeklagten ungefragt lediglich seine – ohne Wissen um die genauen Umstände des praktizierten Geschäftsmodells ersichtlich wenig substantiierte – Auffassung bei Kenntnis um den kontroversen Meinungsstand bekundet“.[60] Die Vagheit der Auskunft war damit offenbar ein wichtiger Aspekt, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum abzulehnen. Der BGH führt in derselben Entscheidung dann noch weiter aus, eine zusätzliche (hypothetische) Auskunftseinholung hätte den Täter über ein mögliches Strafbarkeitsrisiko in Kenntnis gesetzt, was auch einem unvermeidbaren Verbotsirrtum entgegenstehe.[61] Diese Bemerkung geht tendenziell noch weiter. Sie läuft nämlich darauf hinaus, dass bereits das (mögliche) Wissen um die Rechtsunklarheit als solche einen unvermeidbaren Verbotsirrtum ausschließt.

Auch in anderen gerichtlichen Entscheidungen wurde zum Nachteil des Bürgers berücksichtigt, dass diesem die Unklarheit beziehungsweise Umstrittenheit der Rechtslage als solche bekannt gewesen war beziehungsweise hätte bekannt sein können.[62] In einer Entscheidung des OLG Köln aus den Jahre 1960 heißt es beispielsweise wörtlich:

---

[54] BGH, NJW 2007, 3078 (3079).
[55] BGH, NJW 2007, 3078 (3079).
[56] BGH, NJW 2007, 3078 (3079).
[57] BGH, NJW 2007, 3078 (3079).
[58] BGH, NZWiSt 2013, 16.
[59] BGH, NZWiSt 2013, 16 (18).
[60] BGH, NZWiSt 2013, 16 (18).
[61] BGH, NZWiSt 2013, 16 (18).
[62] OLG Köln, GA 1960, 318 (319); für offen formulierte Auskünfte auch BayObLG, JZ 1989, 599 (600).

„Wer bei ihm bekannter Umstrittenheit einer im Bereich staatlicher Ordnungsvorschriften gelegenen, auch durch nähere Nachforschung nicht endgültig zu klärenden Rechtsfrage sich einen bestimmten ihm genehmen Rechtsstandpunkt zu eigen macht, nimmt damit in aller Regel das Risiko auf sich, gegen das Gesetz zu verstoßen".[63]

Diese Formulierung legt nahe, dass es für die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums prinzipiell problematisch ist, bei einer umstrittenen Rechtsfrage darauf zu hoffen, dass sich die günstigere Rechtsauffassung durchsetzen wird.

Noch eine etwas andere Linie verfolgte das OLG Bremen in einer Entscheidung.[64] Es differenzierte beim unvermeidbaren Verbotsirrtum bei einer kontroversen Judikatur danach, ob der Bürger sich an derjenigen Ansicht orientiert hat, die auch das im Instanzenzug jeweils höhere Gericht favorisiert hat.[65] Es sei zu berücksichtigen, „dass aus der Sicht des Laien i. d. R. die von der höheren Stelle vertretene Rechtsansicht als die allein richtige erscheint".[66] Für den Fall, dass dem Täter nur differierende Entscheidungen von Gerichten gleicher Rangordnung bekannt sind, wurde die für den Laien in beide Richtungen offene Lage berücksichtigt.[67] Maßgeblich sei dann, ob dem Täter in Anbetracht der rechtlichen Unklarheit eine Einstellung der Tätigkeit zumutbar sei.[68] Dass dem Täter die Kenntnis vorteilhafter Entscheidungen der Rechtsprechung von seinem Anwalt verschafft worden war, wurde offenbar keine eigenständige Bedeutung für die rechtliche Beurteilung zugemessen.

In der Zusammenschau lässt sich sagen, dass die Bedeutung des Wissens um eine rechtliche Unklarheit und die Darlegung und Bewertung der Rechtslage durch einen Berater für die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums in der Rechtsprechung nuancierend beurteilt wurde. Diese Unterschiede können entweder Folge einer in sich nicht ganz widerspruchsfreien Judikatur oder Folge unterschiedlicher Beratungsumstände beziehungsweise -inhalte sein. In der Arbeit wird die Bedeutung präventiv eingeholter Einschätzungen eines „Regelungsdefizits" genauer in den Blick genommen werden.

In einschlägigen Entscheidungen der Rechtsprechung wurde der Verbotsirrtum teilweise einfach unterstellt und nur die Vermeidbarkeit ausgiebiger erörtert.[69] Bei der hiesigen Ausarbeitung werden die Voraussetzungen des Verbotsirrtums einerseits und dessen Vermeidbarkeit andererseits hingegen gesondert

---

[63] OLG Köln, GA 1960, 318 (319),

[64] OLG Bremen, NJW 1960, 163.

[65] OLG Bremen, NJW 1960, 163 (164).

[66] OLG Bremen, NJW 1960, 163 (164).

[67] OLG Bremen, NJW 1960, 163 (164).

[68] OLG Bremen, NJW 1960, 163 (164).

[69] Zur Unterstellung eines Verbotsirrtums durch die Rechtsprechung bereits *Warda*, FS *Welzel*, S. 499 512 ff.; *Roxin*, AT I § 21 Rn. 34 Fn. 54; darauf Bezug nehmend auch *Leite*, GA 2012, 688 (691).

analysiert werden. Auch auf alternative Begründungsansätze eines Verantwortungsausschlusses in den Fällen des Regelungsdefizits, welche in der Literatur vertreten werden, wird eingegangen werden: Im Schrifttum wird die Problematik beispielsweise verschiedentlich unmittelbar mit dem Gesetzlichkeitsprinzip in Art. 103 Abs. 2 GG in Verbindung gebracht.[70]

Die Problematik des „Regelungsdefizits" hat schließlich auch im Zusammenhang mit der „selbstständigen" Fahrlässigkeitsstrafbarkeit Eingang in die Rechtsprechung gefunden. In einer BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1990 ging es um die Frage, ob ein Verleger durch den Vertrieb eines Buches („Opus Pistorum") mit erotischen Inhalten fahrlässig gegen die Vertriebsbeschränkungen des Jugendschutzgesetzes verstoßen hatte.[71] Der BGH führte in Bezug auf die Sorgfaltspflichtverletzung aus, es bestünde für Verleger hinsichtlich der Inhalte ihrer Produkte grundsätzlich „eine eigene Prüfungspflicht, die die Verpflichtung einschließt, erforderlichenfalls sachkundigen Rat einzuholen".[72] Im Ergebnis verneinte er eine Tatbestandsmäßigkeit, da zum Zeitpunkt der Tat von der herrschenden Meinung ein Verstoß gegen die Vertriebsbeschränkungen des Jugendschutzgesetzes verneint worden wäre und demnach auch eine *hypothetische* Auskunftseinholung vor der Tat nicht zur Einsicht in die Strafbarkeit des Vorhabens geführt hätte.[73] Im Hintergrund der verschiedenen Rechtsansichten zur Reichweite der Strafbarkeit standen unterschiedliche Verständnisse zur Reichweite der Kunstfreiheit.[74] Im Rahmen der Sorgfaltspflichtverletzung bei den Fahrlässigkeitstatbeständen stellen sich in den Fällen des „Regelungsdefizits" mithin vergleichbare Fragen wie im Rahmen der Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums. Auch diese Parallele soll im Rahmen der Untersuchung mit in den Blick genommen werden.

2. Untersuchung intrasystematischer und jurisdiktionsübergreifender Parallelproblematiken

Nachfolgend werden die in Betracht kommenden Parallelproblematiken für die Konstellationen der echten Fehlberatung und des Regelungsdefizits im Überblick vorgestellt. Dabei wird wiederum zwischen den Fällen der echten Fehlberatung und der Beratung über ein sog. Regelungsdefizit differenziert. Ergänzend wird auch dargestellt, inwieweit eine wechselseitige Rezeption der Parallelproblematiken beziehungsweise eine vergleichende Untersuchung bereits stattgefunden hat.

---

[70] Näher dazu m. N. unten S. 404 ff. und 415 f.
[71] BGH, NJW 1990, 3026 (3028).
[72] BGH, NJW 1990, 3026 (3029).
[73] BGH, NJW 1990, 3026 (3029).
[74] BGH, NJW 1990, 3026 (3029).

a) Fälle der echten Fehlberatung

aa) Ordnungswidrigkeitenrecht

Innerhalb der deutschen Rechtsordnung stellt sich die Frage nach der Behandlung der Fälle der Fehlberatung außer im Strafrecht auch im Ordnungswidrigkeitenrecht in den Irrtumsvorschriften in § 11 Abs. 1 OWiG (Tatumstandsirrtum) und § 11 Abs. 2 OWiG (Verbotsirrtum). Da bei bloßen Ordnungsvorschriften die Gewissensanspannung zur Erschließung der Rechtslage regelmäßig wenig hilfreich ist, kommt der rechtlichen Erkundigung für die Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums gem. § 11 Abs. 2 OWiG wesentliche Bedeutung zu.[75]

Auch im Ordnungswidrigkeitenrecht hat das Vertrauen auf präventiv eingeholte Rechtsauskünfte vor allem dann Eingang in die Rechtsprechung gefunden, wenn die Absicherung bestimmter geschäftlicher Tätigkeiten bezweckt wurde: In einem vom OLG Bremen im Jahre 1981 entschiedenen Fall ging es beispielsweise um die Bebußung wegen der Nichtvorlage angeforderter Unterlagen in einem Preisprüfungsverfahren anlässlich eines öffentlichen Bauauftrags.[76] Der anwaltliche Berater hatte in diesem Verfahren die Ansicht vertreten, dass der Preisbehörde nach Erteilung des Zuschlags kein Preisprüfungsrecht mehr zustünde.[77] Das KG befasste sich 1982 auch mit einem Fall, in dem es um den unzulässigen Verkauf von unverpacktem Speiseeis von einem mobilen Verkaufsstand aus ging (Ordnungswidrigkeit gem. § 19 Nr. 12 Berliner Lebensmittelhygiene-VO i. V. m. § 53 Abs. 2 Nr. 1 lit. a LMBG).[78] In noch einem anderen Verfahren vor dem OLG Koblenz im Jahre 1992 ging es um die Ordnungswidrigkeit gem. § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. b, § 23, § 52 Abs. 1 Nr. 10, § 53 LMBG durch die Verwendung der Bezeichnung „rolled in tobacco“ für Zigarillos, bei denen Deck- und Umblatt aus Tabakfolie bestanden.[79]

In der Literatur zum Ordnungswidrigkeitenrecht wurden auf Grundlage vieler Einzelentscheidungen auch bereits Kataloge der Anforderungen an das schutzwürdige Vertrauen in präventiven Rechtsrat entwickelt.[80] Hinsichtlich der Irrtumsvorschriften in § 11 OWiG erfolgt bereits eine sehr umfangreiche wechselseitige Rezeption mit dem Strafrecht.[81] Die Parallelität der straf- und ordnungs-

---

[75] S. nur *Valerius*, in: BeckOK-OWiG § 11 Rn. 37.

[76] OLG Bremen, NStZ 1981, 265.

[77] OLG Bremen, NStZ 1981, 265 f.

[78] KG, LRE 13, 363 ff.

[79] OLG Koblenz, LRE 27, 252 ff.

[80] S. nur *Mazza*, S. 160 ff; *Rebmann/Roth/Herrmann*, § 11 OWiG Rn. 39c ff.; *Rengier*, in: KK-OWiG § 11 Rn. 68 ff.; *Valerius*, in: BeckOK-OWiG § 11 Rn. 45 ff.

[81] S. nur die Nachw. bei *Rebmann/Roth/Herrmann*, § 11 OWiG Rn. 39 ff. und *Rengier*, in: KK-OWiG § 11 Rn. 76 ff.

widrigkeitenrechtlichen Irrtumsvorschriften im Hinblick auf die Fälle der unzutreffenden präventiven Beratung wurde bereits herausgearbeitet.[82] Es wurde auch schon auf Gemeinsamkeiten mit dem in- und ausländischen zivilrechtlichen Organhaftungsrecht aufmerksam gemacht.[83]

bb) Zivilrecht

Im Zivilrecht spielt die Frage des Vertrauens in anwaltlichen Rat ebenfalls eine Rolle. Die fehlende Kenntnis, rechtswidrig zu handeln, wird auch im Zivilrecht als *Rechtsirrtum*[84] oder *Verbotsirrtum*[85] bezeichnet. Eine direkte Übertragung der strafrechtlichen Kriterien der Verlässlichkeit anwaltlichen Rats fand bereits in zwei BGH-Entscheidungen zu Schadensersatzansprüchen aus § 823 Abs. 2 BGB (i. V. m. § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG als Schutzgesetz) statt.[86] Die Anwendung des § 17 S. 1 StGB (inklusive des bereits erwähnten „Textbausteins" zur Vermeidbarkeit im Falle der Einholung rechtlichen Rats) war hier auch im Zivilrecht ausnahmsweise möglich, da im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB die sog. Schuldtheorie gilt.[87]

Auch jenseits des Deliktsrechts spielt das Vertrauen auf anwaltliche Fehlberatung eine Rolle: In den letzten Jahren hat die Thematik vor allem im Bereich der Innenhaftung der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften Eingang in die Rechtsprechung gefunden. Gegenstand derartiger Fälle sind stets Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre eigenen Geschäftsleiter für bestimmte Entscheidungen beziehungsweise Maßnahmen. Viel Beachtung gefunden hat das ISION-Urteil.[88] In diesem Verfahren machte ein Insolvenzverwalter im Namen einer Aktiengesellschaft (ISION) gegen zwei Vorstandsmitglieder einen Anspruch aus § 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG und gegen ein stellvertretendes Aufsichtsratsmitglied einen Anspruch aus § 116 S. 1 i. V. m. § 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG geltend.[89]

Nach Auffassung der Rechtsprechung und Teilen der Literatur ist die Problematik des Rechtsirrtums infolge unzutreffenden Rechtsrats im Rahmen des Verschuldens gem. § 276 BGB zu berücksichtigen.[90] Haben die Geschäftsleiter im

---

82 *Kudlich/Wittig*, ZWH 2013, 253 ff.; ebenso *Mazza*, S. 160; *Stolzenberger*, S. 7 f.

83 *Mazza*, S. 240 Fn. 101.

84 S. nur *Grüneberg*, in: Palandt § 276 BGB Rn. 22.

85 S. nur *Grundmann*, in: MüKo-BGB § 276 Rn. 158 ff.

86 BGH, NJW-RR 2017, 1004 (1005); BGH, NJW 2017, 2463.

87 BGH, NJW 2017, 2463; BGH, NJW-RR 2017, 1004 (1005); anders aber *Kempelmann/Scholz*, JZ 2018, 390 (393 f.); näher zur Vorsatz- und Schuldtheorie unten S. 76.

88 BGH, NJW-RR 2011, 1670.

89 BGH, NJW-RR 2011, 1670.

90 S. nur BGH, NJW-RR 2011, 1670 (1671 f.); aus dem Schrifttum z. B. *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525 (529). Teilweise wurde aber auch für eine Einordnung auf Ebene der Pflichtverlet-

Namen der Gesellschaft im Vorfeld rechtlichen Rat eingeholt, ist nach Ansicht des BGH § 278 BGB ausnahmsweise nicht anwendbar, da der Anwalt der Erfüllungsgehilfe der Gesellschaft, nicht aber des Geschäftsleiters sei.[91] Die Folge ist, dass die Geschäftsleiter nicht für das Verschulden des Beraters, sondern nur für das eigene Verschulden einstehen müssen.[92] Das fehlende Bewusstsein um die Rechtswidrigkeit einer bestimmten Maßnahme führt dann zum Ausschluss des Vorsatzes (sog. Vorsatztheorie).[93] Es verbleibt aber ggf. eine Fahrlässigkeitshaftung, es sei denn, der Rechtsirrtum war unverschuldet.[94] Letzteres soll der Fall sein, wenn der Einzelne den Irrtum nicht hätte vermeiden können.[95]

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass an einen unverschuldeten Rechtsirrtum „strenge Maßstäbe anzulegen" seien.[96] Die Kriterien des schutzwürdigen Vertrauens in präventiven Rechtsrat wurden in verschiedenen höchstrichterlichen Entscheidungen ausentwickelt,[97] wobei dies im Grundsatz unabhängig von der strafrechtlichen Parallelproblematik erfolgte. Der BGH verlangte für eine vertrauenswürdige und die Verantwortlichkeit ausschließende Auskunft in diesem Zusammenhang,

> „dass sich das Vertretungsorgan, das selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht".[98]

---

zung plädiert, so z. B. *Fleischer*, in: FS Hüffer, S. 187 (201). Ausführlich zur „Einordnungsproblematik" z. B. *Boll*, Rechtsrat und Haftung, S. 57 ff. und *Kreuz*, S. 37 ff. Mittlerweile geht *Steber*, DStR 2015, 2391 (2392) davon aus, dass die Einordnung auf Verschuldensebene für die Praxis geklärt ist.

[91] BGH, NJW-RR 2011, 1670 (1672 Rn. 17). Näher zur (Un-)Anwendbarkeit des § 278 BGB für den Fall, dass die Beratung sich inhaltlich ausschließlich auf den Pflichtenkreis von Vorstandsmitgliedern bezieht, *Hieronymi*, S. 170 ff.

[92] BGH, NJW-RR 2011, 1670 (1672 Rn. 17).

[93] S. nur *Schulze*, in: HK-BGB § 276 Rn. 7; *Lorenz*, in: BeckOK-BGB § 276 Rn. 13; zur Vorsatz- und Schuldtheorie unten S. 76.

[94] S. nur *Lorenz*, in: BeckOK-BGB § 276 Rn. 14; *Schulze*, in: HK-BGB § 276 Rn. 7; *Stadler*, in: Jauernig § 276 BGB Rn. 21; dazu auch bereits *Strohn*, CCZ 2013, 177 (179 f.) sowie *Boll*, Rechtsrat und Haftung, S. 94.

[95] S. nur *Lorenz*, in: BeckOK-BGB § 276 Rn. 14; *Schulze*, in: HK-BGB § 276 Rn. 7; *Stadler*, in: Jauernig § 276 BGB Rn. 21.

[96] St. Rspr. so z. B. BGH, NJW 2011, 3114 (3115) oder BGH, NJW-RR 2011, 1670 (1671) jeweils m. w. N.

[97] Insbesondere BGH, NJW-RR 2011, 1670 ff.; BGH, NZG 2012, 672 ff.; BGH, NJW-RR 2015, 988 ff.

[98] BGH, NJW-RR 2011, 1670; teilweise wortgleich auch schon in BGH, NJW 2007, 2118 (2120).

Durch diese BGH-Rechtsprechung sind für die Praxis „Leitplanken“[99] im Umgang mit den Fällen der Inanspruchnahme rechtlichen Rates vorgegeben worden.

Im Schrifttum hat die Thematik im Innenhaftungsrecht der Kapitalgesellschaften in den letzten Jahren große Beachtung gefunden. Hervorzuheben sind die grundlegenden Beiträge von *Fleischer*[100] und *Binder*.[101] Mittlerweile gibt es eine sehr große Anzahl an Veröffentlichungen zu der Thematik, durch welche die Kriterien des schutzwürdigen Vertrauens bis ins Detail ausgearbeitet wurden.[102] Auch zu speziellen Teilaspekten – wie z. B. der Frage, inwieweit auf den Rat von unternehmenseigenen Syndikusrechtsanwälten vertraut werden darf – sind inzwischen Publikationen zu verzeichnen.[103] Selbiges gilt auch z. B. für die sog. Plausibilitätsprüfung des Rechtsrats durch den Ratsuchenden.[104] Auch zu speziellen Beratungsgegenständen gibt es schon Vorarbeiten: So hat sich z. B. *Florstedt* in einem Beitrag ausschließlich mit der Enthaftung von Geschäftsleitern durch die Inanspruchnahme von Rechtsrat über verschiedene Formen der Cum-Ex-Geschäfte auseinandergesetzt.[105] In einem anderen Beitrag hat sich *Florstedt* auch mit Rechtsrat zu Cum-cum-Geschäften befasst.[106]

In der Literatur findet auch eine Rezeption der strafrechtlichen Parallelproblematik statt: So wird teilweise explizit auf die Parallelität der Problematik im deutschen Straf- und Zivilrecht hingewiesen und die strafrechtliche Judikatur zur Entwicklung beziehungsweise Komplementierung der eigenen Strukturen herangezogen.[107] Ausdrücklich schreibt etwa *Binder:*

---

[99] Vgl. zu diesem Begriff in Bezug auf die von der zivilrechtlichen Rechtsprechung entwickelten Kriterien *Binder*, WuB II C. § 64 GmbHG 2.12, S. 616; darauf Bezug nehmend auch *Fleischer*, in: Spindler/Stilz § 93 AktG Rn. 35a.

[100] *Fleischer*, in: FS Hüffer, S. 187 und *ders.*, ZIP 2009, 1397 (1403) jeweils passim.

[101] *Binder*, AG 2008, 274 passim.

[102] Aus der ausufernden Aufsatzliteratur z. B. *Decker*, GmbHR 2014, 72; *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243; *H.-F. Müller*, DB 2014, 1301; *Peters*, AG 2010, 811; *Sander/S. Schneider*, ZGR 2013, 725; *Selter*, AG 2012, 11; *Strohn*, CCZ 2013, 177; monographisch zum gesamten Thema *Berger*; *Boll*, Rechtsrat und Haftung; *Diekmann*, *Hieronymi*, *Kreuz* sowie *Piepenbrock* jeweils passim; mit Bezügen zum angloamerikanischen Recht auch *B. Müller* passim; einschlägige Abschnitte zur Thematik finden sich auch bei *Arden*, S. 110 ff., *Kaulich*, S. 230 ff., *Harnos*, S. 298 ff. und *Weusthoff*, S. 102 ff.

[103] *Junker/Biederbick*, AG 2012, 898 passim sowie monographisch *M. Müller* passim.

[104] Dazu *Buck-Heeb*, BB 2016, 1347 passim.

[105] *Florstedt*, NZG 2017, 601 passim.

[106] *Florstedt*, NZG 2018, 485 (487 ff.).

[107] Weitreichende Bezüge zum Strafrecht stellen z. B. *Fleischer*, in: FS Hüffer, S. 187 (188 ff.) und *Hanau*, in: MüKo-BGB (3. Aufl., 1994) § 276 Rn. 117 ff. her. *Junker/Biederbick*, AG 2012, 898 (904) verweisen auch z. B. auf die Ähnlichkeit der Strukturen in Bezug auf die Beurteilung der Rolle der eigenen Rechtsabteilung eines Unternehmens; für eine „Verallgemeinerbarkeit [bestimmter Kriterien] über das Aktienrecht hinaus“ *Berger*, S. 269; für eine „Parallelbetrachtung“ auch *M. Müller*, S. 45. *Kreuz*, S. 93 bezieht auch in seine Überlegungen zum Maßstab die

„Die damit festgestellten Parallelen zwischen der strafrechtlichen und der zivilrechtlichen Behandlung der Sachprobleme begründen zugleich, dass und weshalb nicht nur die bislang entschiedenen zivilrechtlichen Sachverhaltskonstellationen, sondern auch strafrechtliche Judikate Anhaltspunkte über grundsätzliche Wertungen und einzelne Konfliktfälle vermitteln können".[108]

Auch *M. Müller* hält eine parallele Untersuchung des Zivil- und Strafrechts für „vielversprechend" und „zur Herstellung von Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung notwendig".[109]

Im strafrechtlichen Schrifttum hat *Vogel* für den Verbotsirrtum gemäß § 17 S. 1 StGB eine intensivere Auseinandersetzung mit dem zivilrechtlichen Rechtsirrtum angeregt.[110] *Eidam* hat eine intrasystematische Untersuchung auch speziell für den Fall des Vertrauens auf den Inhalt von Präventionsberatung empfohlen.[111] Demgegenüber fehlt es aber auch nicht an Stimmen, welche sich aus einem intrasystematischen Rechtsvergleich mit dem Zivilrecht keine oder nur begrenzte neue Erkenntnisse versprechen: *Löw* und *Stolzenberger* gingen in ihren (schwerpunktmäßig auf das Strafrecht bezogenen) Dissertationen auch jeweils kurz auf die zivilrechtliche Parallelproblematik ein.[112] *Löw* formulierte als Ergebnis des Seitenblicks, „daß ein intra-systematischer Rechtsvergleich mit dem Zivilrecht der Auslegung des strafrechtlichen Vermeidbarkeitsbegriffs keine neuen Impulse gibt".[113] In Bezug auf die Arbeit von *Löw* ist allerdings anzumerken, dass diese im Jahr 2002 veröffentlicht wurde und zentrale zivilrechtliche Gerichtsentscheidungen[114] erst später ergangen sind beziehungsweise erste richtungsweisende Publikationen zum Thema des Haftungsausschlusses durch das Vertrauen in präventiven Rechtsrat[115] erst später veröffentlicht wurden und daher nicht berücksichtigt werden konnten. Die Ansicht von *Löw* wird aber prinzipiell auch von *Stolzenberger* in seiner erst kürzlich erschienen Dissertation geteilt.[116]

---

strafrechtliche Sichtweise mit ein. *Boll*, Rechtsrat und Haftung, S. 92 betont allgemein die „Parallele zum strafrechtlichen Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB [sei] offensichtlich"; auf parallele Kriterien, jedoch unterschiedliche Maßstäbe im Straf- und Zivilrecht verweist auch *Kaulich*, S. 268; für eine Vergleichbarkeit der Anforderungen im Straf- und Zivilrecht ferner *Weusthoff*, S. 57.

108 *Binder*, AG 2008, 274 (275).

109 *M. Müller*, S. 45.

110 *Vogel*, in: LK § 17 StGB Rn. 120.

111 *Eidam*, ZStW 127 (2015), 120 (122 ff.).

112 *Löw*, S. 245–247 sowie *Stolzenberger*, S. 132–134.

113 *Löw*, S. 247.

114 BGH, NJW 2007, 2118; BGH, NJW-RR 2011, 1670; BGH, NZG 2012, 672; BGH, DStR 2015, 1635.

115 S. nur *Fleischer*, in: FS Hüffer, S. 187 (188 ff.); *Binder*, AG 2008, 274 (275).

116 *Stolzenberger*, S. 134.

Stolzenberger räumt aber zumindest ein, dass eine punktuelle Bereicherung der Fälle der Präventionsberatung möglich sei.[117]

Harnos und *Mazza* haben – ohne dies expressis verbis herauszustellen – für die Plausibilitätsprüfung rechtlicher Auskünfte auch mit Blick auf das Kartellordnungswidrigkeitenrecht Bezüge zu den Kriterien der Plausibilitätsprüfung des Organhaftungsrechts hergestellt.[118] Dies lässt erwarten, dass die Kriterien des Organhaftungsrechts zur Plausibilitätsprüfung erhaltener Auskünfte auch für das Strafrecht Wegweiser sind. Dafür gilt es dann auch noch eine geeignete Begründung zu finden.

cc) Österreichisches Strafrecht

Die Fehlberatung ist auch jenseits der deutschen Rechtsordnung relevant. Im Rahmen dieser Arbeit wird insbesondere auf die Rechtslage im österreichischen Strafrecht eingegangen werden. Das österreichische Strafrecht wurde vor allem deshalb ausgewählt, weil es dem deutschen Strafrecht nahe steht[119] und es dort eine gegenüber § 17 StGB umfangreichere Kodifikation des Rechtsirrtums in § 9 öStGB gibt, deren Untersuchung die deutsche Dogmatik bereichern könnte.[120]

In § 9 öStGB wird der rechtsbezogene Irrtum in der gesetzlichen Überschrift als „Rechtsirrtum“ bezeichnet. Dieser terminologische Unterschied zur amtlichen Überschrift „Verbotsirrtum“ in § 17 StGB hat allerdings wohl keine inhaltliche Bedeutung. In Deutschland wurde in einem Vorentwurf zum Strafgesetzbuch ebenfalls in der amtlichen Überschrift vom „Rechtsirrtum“ gesprochen.[121] In Österreich werden die Bezeichnungen „Rechtsirrtum“ und „Verbotsirrtum“ auch synonym verwendet.[122]

In Österreich hat die Problematik des Vertrauens auf Rechtsrat auch bereits Eingang in die höchstrichterliche Rechtsprechung gefunden.[123] Im österreichischen Schrifttum wurden ebenfalls bereits Kataloge der Vertrauenswürdigkeitsanforderungen erstellt.[124] Im österreichischen Strafrecht wird zur Ergänzung der

---

[117] *Stolzenberger*, S. 134.

[118] Vgl. *Harnos*, S. 304 f. und *Mazza*, S. 182 f. und die dortigen Nachw.

[119] Vgl. nur *Jescheck*, JBl 1998, 609 (619), demzufolge „Deutschland und Österreich im Strafrecht der gleichen Grundauffassung von Recht und Gerechtigkeit“ folgen.

[120] Näher dazu m. N. unten S. 218 ff.

[121] So in § 20 StGB des Entwurfs 1927, abgedruckt bei: W. Schubert u. a., Quellen, Abt. 1, Bd. 1, S. 439.

[122] S. nur *Kienapfel*, ÖJZ 1976, 113.

[123] OGH, ÖJZ-LSK 1995/106; die Konstellation präventiver Rechtsberatung fand auch (knappe) Erwähnung in OGH, JBl 1989, 329 f.; OGH, EvBl 1977/199 = 1977, 441 (443); OGH, EvBl 1986/130 = 1986, 449 (501).

[124] S. nur *Kienapfel*, ÖJZ 1976, 113 (118 f.); *Schick*, ÖJZ 1980, 595 passim; *Steininger*, in: SbgK § 9 öStGB Rn. 69 ff.

eigenen Dogmatik sowohl auf deutsche Urteile als auch auf Beiträge der deutschen Literatur Bezug genommen.[125] *Schick* hat die Behandlung der Inanspruchnahme von Präventionsberatung in Deutschland und Österreich bereits rechtsvergleichend gegenüber gestellt.[126] Er diagnostiziert zumindest „weitreichende Parallelen".[127] Kürzlich hat auch bereits *Stolzenberger* für die hiesige Thematik Bezüge zum österreichischen Rechtsirrtum in § 9 öStGB hergestellt.[128] Er stimmt *Schick* zu und verweist auf „vergleichbare Anforderungen" in Bezug auf die Feststellung der Irrtumsvermeidbarkeit beziehungsweise Irrtumsvorwerfbarkeit.[129]

dd) Europäisches Kartellordnungswidrigkeitenrecht

Die Voraussetzungen eines etwaigen verantwortungsausschließenden Verbotsirrtums infolge präventiver Beratung wurden auch schon im Kontext des europäischen Kartellrechts erörtert. Viel Beachtung gefunden hat die Entscheidung eines Vorlageverfahren an den EuGH aus dem Jahr 2013,[130] die unter der Bezeichnung „Schenker" bekannt geworden ist. In diesem Verfahren ging es um Preisabsprachen zwischen mehreren österreichischen Speditionen, darunter die Schenker & Co KG, die sich in der „Sammelladungs-Konferenz" zusammengeschlossen hatten. Das österreichische Kartellgericht stufte in einem Beschluss im Jahre 1996 den Zusammenschluss als ein Bagatellkartell i. S. d. § 16 öKartG ein, was bedeutete, dass der Zusammenschluss dem nationalen Kartellverbot nicht unterfiel. Die Bevollmächtigten der Sammelladungs-Konferenz beauftragten zusätzlich eine spezialisierte Anwaltskanzlei, welche die Einordnung als Bagatellkartell nach dem nationalen Kartellrecht bestätigte. Zu der Vereinbarkeit mit dem europäischen Kartellrecht wurden hingegen keine Angaben gemacht. Im Jahre 2010 stellte die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde beim OLG Wien einen Antrag auf Feststellung, dass die beteiligten Speditionen u. a. Art. 101 AEUV verletzt hatten. Das OLG Wien entsprach diesem Antrag jedoch nicht, da es davon ausging, dass der Beschluss des Kartellgerichts aus dem Jahre 1996 auch die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht impliziere und daher kein Verschuldensvorwurf erhoben werden könne. Gegen diesen Beschluss versuchte die Bundeswettbewerbsbehörde durch Rekurs beim OGH vorzugehen. Der OGH legte daraufhin dem EuGH mehrere Vorlagefragen vor. An den EuGH wurde u. a. herangetragen, über die Relevanz eines Irrtums über die Rechtmäßigkeit des Vorgehens bezie-

---

125 S. nur *Steininger*, in: SbgK § 9 öStGB Rn. 69 ff.; *Kienapfel*, ÖJZ 1976, 113 (118 f.).
126 *Schick*, ÖJZ 1980, 595 passim.
127 *Schick*, ÖJZ 1980, 595 (596).
128 *Stolzenberger*, S. 47 f.
129 *Stolzenberger*, S. 48.
130 Dazu und zum gesamten folgenden Absatz EuGH, NJW 2013, 3083 ff.