

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 Auskunftsgewäbers	207
4. Perspektive und potentieller Charakter der Vermeidbarkeit	208
a) Täterperspektive ex ante	208
b) Potenzielle Wahrnehmung der fehlenden Verlässlichkeit des Auskunftsgewäbers 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 europäi- schen 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 Rechtsprüfungs- sorgfalt 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 Informations- quellen (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 Entschuldigungsstadiumsirrturns 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