

Professor Dr. Jan C. Schuhr\*

# Die Nachfahren der culpa im Wirtschaftsstrafrecht

<https://doi.org/10.1515/zstw-2019-0034>

Im folgenden Vortrag geht es – kurz gesagt – um Fahrlässigkeit im Wirtschaftsstrafrecht. Der etwas sperrigere und kryptischere Titel wird sogleich erklärt werden. Vor allem – im Hauptteil – werden Überlegungen zu Aspekten des Deliktsaufbaus und der Klassifikation von Deliktstypen vorgetragen. Solche Überlegungen sollten immer einen funktionalen Bezug besitzen; dieser wird im abschließenden Ausblick skizziert. Er behandelt zunächst zwei Probleme von Fahrlässigkeitsdelikten, die eng miteinander verbunden sind und letztlich einen einheitlichen Gegenstand bilden; Stichworte hierzu sind das Verbot, Unmögliches zu verlangen, und Toleranz. Die Überlegungen schließen mit einigen Bemerkungen zur Digitalisierung.

## I. Überlegungen zum Deliktsaufbau und zu Deliktstypen

### 1. Gegenstand und Titel

„Fahrlässigkeit im Wirtschaftsstrafrecht“ kombiniert zwei Konzepte. Das erste ist eine Deliktskategorie, deren Anforderungen in den allgemeinen Lehren der Straftat zu bestimmen sind. Positivistisch könnte sich der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs mit ihr befassen. Dort wird sie auch genau viermal erwähnt (§ 11 Abs. 2, § 15, § 16 Abs. 1 S. 2, § 18 StGB). Inhaltliche Bestimmungen dieser Deliktskategorie trifft das Gesetz dabei aber nicht. Das zweite Konzept ist ein Teilgebiet des Strafrechts. Wesentliche Teile von ihm liegen außerhalb des Kernstrafrechts und außerhalb des StGB. Es umfasst auch wichtige Vorschriften im StGB. Wenn man den Betrug dazu zählt, gehört sogar ein Teil des engsten Kernstrafrechts in diese Kategorie; dieser Teil hat aber wenig mit Fahrlässigkeit zu tun.

---

\***Kontaktperson:** Jan C. Schuhr, Direktor des Instituts für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Heidelberg sowie des Instituts für deutsches, europäisches und internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim.

Das Thema „Fahrlässigkeit im Wirtschaftsstrafrecht“ ließe sich natürlich so verstehen und behandeln, dass man in verschiedenen Feldern des Wirtschaftsstrafrechts einzelne Vorschriften, die eine fahrlässige Begehung unter Strafe stellen, herausucht, möglichst solche mit besonderen Problemen, und diese Probleme dann diskutiert. Das ergäbe einen wirtschaftsstrafrechtlichen Vortrag zu Einzelproblemen. Das Interesse würde der Lösung spezieller Probleme gelten, die über die allgemeine Kategorie des fahrlässigen Delikts und seine allgemeine Struktur sowie den wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext der Fälle oder der Deliktstatbestände, bei denen diese Probleme auftreten, bestimmt sind. Die Überlegungen würden, wenn sie einigermaßen gelängen, zum Wirtschaftsstrafrecht gehören. Auf die beteiligten Gruppen von Normen bezogen ergäbe sich eine bestimmte Richtung des Gedankengangs, der nämlich von den allgemeinen strafrechtlichen Vorgaben zu Fahrlässigkeitsdelikten auszugehen hätte. Sie wären grundsätzlich im besonderen Zusammenhang umzusetzen. Dort, wo sie im speziellen Kontext einmal nicht recht passen, d. h. zu Problemen führen, wäre die Frage zu klären, ob Besonderheiten der Tatbestände die allgemeinen Strukturen überlagern, ob beim Wirtschaftsstrafrecht gar von einem Sonderstrafrecht auszugehen ist, das von allgemeinen Grundsätzen abweichen darf und muss, oder ob problematische Ergebnisse um einer Einheit des Strafrechts willen hinzunehmen sind. Gerade diese Frage ist zwar – zumal für eine allgemeine strafrechtliche Tagung – sehr interessant, aber letztlich auch so allgemein und voraussetzungsreich, dass ihre Behandlung praktisch unausweichlich metaphysisch geraten würde und letztlich weder ein spezifischer Bezug zum Wirtschaftsstrafrecht, noch ein solcher zur Fahrlässigkeit übrig bliebe.

Im Folgenden soll daher versucht werden, die gedankliche Richtung umzukehren. Zunächst werden einige Besonderheiten von Regelungen im Wirtschaftsstrafrecht und einige Schwierigkeiten mit ihnen skizziert. Dann wird in allgemeinerer, nicht nur auf das Wirtschaftsstrafrecht bezogener Weise der Frage nachgegangen, was Fahrlässigkeitsdelikte eigentlich abbilden sollen und was – jenseits von Einzelheiten des Prüfungsaufbaus – für sie charakteristisch ist. Die Ergebnisse sollen schließlich in einen Zusammenhang zu den Befunden im Wirtschaftsstrafrecht gestellt werden. Ziel ist dabei nicht die Diskussion einzelner Anforderungen, sondern ein Nachdenken über die bisherige und künftig sinnvolle Entwicklung von Delikten.

Dabei gehe ich davon aus, dass allgemeine Strukturen der Straftat in dem Sinne allgemein sind, dass sie grundsätzlich für das ganze Strafrecht Richtigkeit bzw. Geltung beanspruchen<sup>1</sup>. Das bedeutet zugleich, dass sie auch im ganzen

---

<sup>1</sup> Näher dazu *Schuhr*, Festschrift für Streng 2017, S. 151, 159 ff.; zu den Kerngedanken der allgemeinen Verbrechenslehre s. z. B. *Jescheck/Weigend*, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 21 (S. 194 ff.);

Strafrecht passen müssen. Sie können von vornherein Varianten vorsehen, und einzelne Delikte können dann jeweils auf Basis einer solchen Variante modelliert werden. Sie können jedoch nicht sinnvoll eine Struktur als notwendig unterstellen, die dann in Teilgebieten des Strafrechts nicht passt. Hier liegt ein guter Grund dafür, dass Forschungsinteressen sich im deutschen Strafrecht heute oft eher auf Nebengebiete und Teilbereiche denn auf Fragen des Allgemeinen Teils bzw. allgemeine Lehren der Straftat konzentrieren: Die allgemeinen Strukturen mögen noch nicht perfekt sein, aber sie sind bereits weit ausgearbeitet, wie insbesondere das internationale Interesse an ihnen belegt. Sie müssen sich aber eben im ganzen Strafrecht bewähren, und das gilt es im Detail zu untersuchen. Wichtig ist dabei freilich, dass die Überlegungen und Befunde von dort wieder zu den allgemeinen Strukturen zurückgeführt werden, und dazu soll in diesem Vortrag versucht werden, einen Beitrag zu leisten.

Mit der Annahme einer noch weitergehenden, nur metaphysisch postulierbaren Allgemeinheit, wonach die allgemeinen Strukturen schon immer ein für alle Mal vorgegeben wären und nur richtig erkannt werden müssten, sind die hier angestellten Überlegungen hingegen nicht verbunden. Ihnen liegt vielmehr die Vorstellung zu Grunde, dass die allgemeinen Strukturen zu konstruieren sind, dass mit ihnen jeweils etwas (namentlich die Straftat) modelliert wird. Die Modelle erfassen jeweils einen Gegenstand (z. B. die Handlung), bzw. bilden ihn ab, und liefern ein Vokabular, mit dem Tatbestände sich auf ihn zu beziehen vermögen<sup>2</sup>. Modelle können nicht mit Wahrheitsanspruch auftreten, aber man kann sie nach ihrer Leistungsfähigkeit dafür beurteilen<sup>3</sup>, tatsächlich bestehende Zusammenhänge zu erfassen bzw. gesollte (und mögliche) Zustände zu beschreiben. Leistungsfähigkeit zeigt sich hingegen nie darin, etwas Unmögliches zu beschreiben, denn das kann weder bestehen noch sinnvoll als gesollt vorgestellt werden. Auch dass sich eine gewünschte Beurteilung ergibt, ist als solches kein Zeichen von Leistungsfähigkeit, denn die Modelle sollen gerade gute Begründungen von Beurteilungen ermöglichen; dass sich eine erhoffte Beurteilung ergibt, zeigt aber nichts über die Qualität ihrer Begründung. Namentlich in dieser Kategorie der Leistungsfähigkeit, ferner in den Kategorien der Einfachheit und Plausibilität, lässt sich über die allgemeinen Strukturen der Straftat diskutieren, und oft lassen sich unterschiedliche, konkurrierende Modelle konstruieren. Neu konstruierte

---

Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1, 4. Aufl. 2006, insb. §§ 2 und 7 (S. 8 ff., 190 ff.); Hruschka, JZ 1985, 1, 8 ff.; zu ihrer historischen Verbindung mit der Imputationenlehre Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, 1930 (Nachdruck 1973), passim.

<sup>2</sup> Näher zum hier vorausgesetzten Verständnis von Modellen und ihrem Verhältnis zu Theorien Schuhr, Rechtsdogmatik als Wissenschaft, 2006, S. 108 ff., 117 ff.

<sup>3</sup> Ausführlicher dazu Schuhr, Rechtsdogmatik (Anm. 2), S. 191 ff. m. w. N.

Modelle sind hier fast nie schlicht neu, sondern lassen sich meist am besten als Änderungsvorschläge zu etablierten Modellen darstellen.

Im Titel des Vortrags wurde das Wort „Fahrlässigkeit“ gemieden, weil gerade keine starre Bindung an das ausgedrückt werden soll, was momentan Fahrlässigkeit genannt wird oder in irgendeinem Gesetz steht. Es sollen aber Zusammenhänge zu dem dargestellt werden, was als Fahrlässigkeitsdelikt entwickelt wurde, und es soll versucht werden, diese weiterzudenken. Dies soll „Nachfahren der culpa“ ausdrücken. Das ist nicht in einem engeren Sinne rechtsgeschichtlich gemeint, erinnert aber durchaus gewollt auch daran, dass solche Überlegungen immer einen geschichtlichen Ort haben und in historischen Zusammenhängen stehen.

Im Kern wird es bei den folgenden Überlegungen um Sorgfaltspflichten im Wirtschaftsstrafrecht gehen. Diese werden indes nicht allgemein, sondern gerade in bestimmten, auf Fahrlässigkeit bezogenen Aspekten betrachtet werden.

## 2. Wirtschaftsstrafrechtliche Aspekte

Zunächst seien nun einige Schlaglichter auf Wirtschaftsstrafrecht geworfen und dabei einige Aspekte zusammengetragen, die einen geeigneten Hintergrund für Überlegungen der gerade angekündigten Art bilden.

### a) Erfolgsdelikte

Das Wirtschaftsstrafrecht enthält natürlich ganz normale Fahrlässigkeitstatbestände, in denen zusätzlich zur Strafbarkeit einer vorsätzlichen Begehung auch eine fahrlässige Herbeiführung eines Erfolges unter Strafe gestellt wird. Schon diese haben aber eine gewisse Tendenz zu Besonderheiten: Für das Kernstrafrecht typische Rechtsgüter – wenngleich auch schon dort keineswegs alle – erfassen Zustände einer unabhängig vom Recht bestehenden Welt (etwa Leben und körperliche Unversehrtheit) oder institutionell ausgeformte Zuordnungen bzw. Status, wie etwa Vermögen, die sich aber doch meist auch auf vom Recht unabhängige Gegenstände beziehen (z. B. Sachen, an denen die Inhaber ein Interesse haben). Im Wirtschaftsstrafrecht hingegen sind viele Rechtsgüter abstrakter<sup>4</sup>,

---

<sup>4</sup> Vgl. dazu z. B. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2017, § 3 Rdn. 172ff.; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 2 Rdn. 27 ff.; *Dannecker/Bülte*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, 1. Kap., B Rdn. 10 und D Rdn. 106; *Walter*, in: *Leipziger Kommentar StGB*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rdn. 13.

überindividuell und abhängig von menschlichen Institutionen, etwa dort, wo Lauterkeit, Wettbewerb oder Markt geschützt wird. Und selbst wenn – wie im Lebensmittelstrafrecht – gute Gründe dafür sprechen, ganz klassische Rechtsgüter wie die Gesundheit und körperliche Unversehrtheit als geschützt anzusehen (möglicherweise neben anderen Rechtsgütern)<sup>5</sup>, so geht es doch um sehr spezifische Gefährdungsrichtungen<sup>6</sup>. Industrielle Herstellung, Überwachung und Vertrieb von Lebensmitteln ist nur in einer hochgradig verrechtlichten Gesellschaft vorstellbar<sup>7</sup>. Entsprechend geht es in den Tatbeständen nicht allgemein um Verletzungen des Rechtsguts als Erfolg, sondern gerade um bestimmte Verhaltensweisen. Damit aber fehlt schon hier ein wesentlicher Bezugspunkt für übliche Verständnisweisen der fahrlässigen Tat als (in bestimmter Weise) vorwerfbar unachtsame Herbeiführung eines Erfolges.

## b) „Sorgfaltsdelikte“

Im Wirtschaftsstrafrecht spielen relativ konkrete Verhaltensregeln, die sich meist gut als Sorgfaltspflichten<sup>8</sup> auffassen lassen, eine dominierende Rolle<sup>9</sup>. Sehr große Bereiche des Blankett-Strafrechts – nicht nur, aber gerade auch im Wirtschaftsstrafrecht – haben die gesetzliche Struktur, dass Fachgesetze in ihrem Hauptteil Institutionen und einzelne Pflichten regeln, deren Verletzung dann in Blankett-Straftatbeständen mit Sanktionen bedroht werden. Die Pflichten formen jeweils das institutionell richtige Verhalten aus. Sie dienen dem Schutz hinter dem Gesetz stehender Interessen, im Lebensmittelstrafrecht eben namentlich dem

---

5 Vgl. *Dannecker/Bülte*, in: *Achenbach/Ransiek/Rönnau*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 2. Teil, Kap. 2 Rdn. 26, 34, 186 ff., 268 ff., 308 ff.; *Sackreuther*, in: *Graf/Jäger/Wittig*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, Vor §§ 58–61 LFGB Rdn. 8 ff. Zum Lebensmittelstrafrecht demnächst monografisch auch *Honstetter*, Die Ausgestaltung des lebensmittel(straf)rechtlichen Gesundheitsschutzes unter dem Einfluss europarechtlicher Vorgaben.

6 *Dannecker/Bülte*, in: *Achenbach/Ransiek/Rönnau* (Anm. 5), Rdn. 31 ff., 56, 59; *Sackreuther*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Anm. 5), Vor §§ 58–61 LFGB Rdn. 27 f.; *Hecker*, in: *Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 29 Rdn. 11, 15 f.

7 Zur geschichtlichen Entwicklung etwa *Müller-Gugenberger*, in: *ders.*, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 1 Rdn. 30 ff.

8 Näher zu diesem Konzept, seinen Mehrdeutigkeiten und der Konkretisierung von Inhalt und Umfang *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930 (Neudruck 1995), §§ 19 ff. (S. 266 ff.), und *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 334 ff. (und bereits S. 302 ff.).

9 Vgl. dazu auch *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht (Anm. 4), § 3 Rdn. 179, 184 f. Zur Häufigkeit der Strafbarkeit sogar von Leichtfertigkeit *Kudlich/Oğlakcıoğlu* Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2014, Rdn. 43 ff.

Schutz der Gesundheit. Dieses Bezugs wegen werden die Pflichten hier als Sorgfaltspflichten betrachtet, auch wenn sie nur eine Detailpflicht aus einem größeren Programm, das dem Schutz des betreffenden Rechtsguts dient, enthalten. Es ist ohne weiteres möglich, dass sie unmittelbar nur dem Schutz von Institutionen oder Kontrollmöglichkeiten und nur indirekt einem Rechtsgüterschutz dienen; dann sind sie Sorgfaltspflichten in einem weiteren Sinne. Wenn man die sprachlogische Beziehung solcher Pflichten zu anderen und letztlich zum Schutzgut näher nachvollzieht, mag man Meta-Sorgfaltspflichten in ihnen sehen, das ändert an der Grundstruktur aber nichts.

Der Verstoß gegen diese Sorgfaltspflichten wird typischerweise zunächst als Vorsatzdelikt ausgeformt. Gemeint ist damit, dass der Täter alle Umstände kennen muss, die nach dem vom Blankett-Tatbestand in Bezug genommenen Pflichttatbestand relevant sind; sie bilden zusammen mit dem Verhalten des Täters die Tat. Das allein ist aber kein struktureller Unterschied zu einer fahrlässigen Tat. Auch dort muss der Täter die Umstände gekannt haben, die die Pflicht zu dem spezifisch sorgfältigen Verhalten ausgelöst haben<sup>10</sup>. Die dogmatischen Vorstellungen zur Frage, ob dies der Inhalt der Prüfung einer Erkennbarkeit ist, oder ob Tatbestandsmerkmale der Erkennbarkeit beim fahrlässigen Delikt sich auf den Erfolgseintritt beziehen müssen, variieren stark<sup>11</sup>, aber an irgendeiner Stelle im Deliktsaufbau muss dafür Sorge getragen werden, dass aus der Verletzung einer Sorgfaltspflicht, zu deren Einhaltung für die Täterin kein Anlass bestand, weil sie nicht einmal die dafür erforderlichen Umstände erkannte, keine Strafbarkeit hergeleitet wird<sup>12</sup>. Zwar mag das Verkennen dieser Umstände seinerseits fahrlässig

---

**10** Statt vieler *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB (Anm. 4), § 15 Rdn. 164; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 62 ff.; BGH NStZ 2005, 446 (Rdn. 7) m. Anm. *Walther* und (leider ablehnender) *Bespr. Herzberg*, S. 602. Schon *Engisch*, Festschrift für Kohlrausch 1944, S. 141, 145, wies darauf hin, dass man nicht von *einem* Handlungsbegriff ausgehen, aber *alternative* (einander ausschließende) Verbrechenmerkmale des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit (sowie der Handlung und der Unterlassung) annehmen kann, soweit diese „dem Handlungsbegriff“ zugeordnet werden. Siehe auch – jeweils unter besonderem Fokus auf die Erkennbarkeit und Erfüllbarkeit *ex ante* und daher hier von besonderem Interesse – *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 191, und *Rudolph*, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht, 2006, S. 86 ff.

**11** Vgl. etwa *Duttge*, in: Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 15 Rdn. 107 ff., 204 f.; *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB (Anm. 4), § 15 Rdn. 165 ff.; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 175; *Jescheck/Weigend* (Anm. 1), S. 578 f.; *Arm. Kaufmann*, ZfRv 1964, 41, 52; *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, S. 21 ff.; *Zielinski* (Anm. 10), S. 279 ff. Selbst die Unterscheidung von Unrecht und Schuld wird dabei infrage gestellt, so *Schmoller*, ZStW 129 (2017), S. 1063 ff. Mit guten Gründen gegen solche Vorschläge bereits *Greco*, GA 2009, 636.

**12** Klassisch dazu *Exner*, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S. 137 f. Eingehend auch *Engisch* (Anm. 8), § 29 (S. 410 ff.); *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 83 ff. Aus dem angegebenen Grund ist es problematisch, die Erkennbarkeit bzw. Vorhersehbarkeit als Wahr-

sein, das aber muss sich dann am Maßstab einer anderen Sorgfaltspflicht ergeben, und dann ist eben auf jene abzustellen.

Auf die Unterscheidung dieser Sorgfaltspflichten wird später<sup>13</sup> zurückzukommen sein. An dieser Stelle genügt es festzuhalten, dass auch solche – im Wirtschaftsstrafrecht ubiquitären – Vorsatzdelikte deutlich größere Ähnlichkeiten zu Fahrlässigkeitsdelikten besitzen, als man sich das auf das Kernstrafrecht bezogen üblicherweise vorstellt. Diese Ähnlichkeiten betreffen sowohl die strafrechtlich sanktionsbewehrte Verhaltensregel als auch die Strukturen der subjektiven Zurechnung. In diesem Sinne sind sie sowohl inhaltlicher als auch struktureller Natur.

Nicht selten wird zu solchen vorsätzlichen Sorgfaltsdelikten auch noch die Strafbarkeit fahrlässiger Begehung angeordnet. In dieser Variante ist das Sorgfaltsdelikt dann Fahrlässigkeitsdelikt im technischen Sinne. Freilich ergibt sich dabei eine besondere, problematisch komplexe und auch vom Gesetzgeber nicht unbedingt überblickte Struktur: Die die Fahrlässigkeit begründende Sorgfaltspflichtverletzung muss beim Täter zu einer Unkenntnis bzw. einem Unvermögen geführt haben, dessen Folge die Verletzung der (anderen) Sorgfaltspflicht (des Vorsatzdelikts) war (nicht notwendig ein Erfolgseintritt, denn den setzt der Tatbestand u. U. gar nicht mehr voraus).

### c) Rechtsfahrlässigkeit

Schließlich gibt es im Wirtschaftsstrafrecht Fahrlässigkeitstatbestände wie § 54 Abs. 2 KWG (Kreditwesengesetz). In Abs. 1, 1a und 1b stellt die Vorschrift das Betreiben von Bankgeschäften und weitere Verhaltensweisen als Vorsatzdelikt unter Strafe, soweit diese nach bestimmten, im Gesetz zuvor stehenden Vorschriften verboten sind oder es an einer erforderlichen Erlaubnis bzw. Zulassung fehlt. Der Fahrlässigkeitstatbestand des Abs. 2 bezieht sich auf diese Delikte. Nun kann es zwar Fälle geben, in denen jemand wirklich über die tatsächlichen Voraussetzungen irrt, und es kann solche geben, in denen dieser Irrtum auf Sorgfaltswidrigkeit beruht. Unter anderen *Tiedemann* hat aber zu Recht nachdrücklich darauf hingewiesen, dass dies nicht die Konstellation war, die der Gesetzgeber vor Augen hatte, und dass solche eigenartigen Fälle auch nicht nachträglich sinnvoll als de-

---

scheinlichkeitsurteil darzustellen (so *Pérez-Barberá*, GA 2013, 454 ff.) – der Erfolgseintritt ist immer (auch beim Vorsatzdelikt) nur mehr oder minder wahrscheinlich, die Erkennbarkeit bzw. Vorhersehbarkeit hingegen muss gesichert sein, und zwar durch tatsächliches Vorhandensein des dazu nötigen Wissens.

13 Unten 5.

liktsbildend angesehen werden können<sup>14</sup>. Gemeint war und sinnvoll bleibt der Tatbestand vielmehr für die Erfassung von Rechtsfahrlässigkeit. Gemeint sind damit Konstellationen, in denen der Täter das Bestehen der strafbewehrten Pflichten verkannte und ihm insoweit ein Vorwurf sorgfaltswidrigen Verhaltens zu machen ist. Solche Fälle und Regelungszusammenhänge bedürfen hier einer etwas näheren Betrachtung.

Ein Deliktstatbestand der Rechtsfahrlässigkeit<sup>15</sup> steht in einem problematischen Verhältnis zur Unterscheidung zwischen Irrtümern über Umstände der Tat (§ 16 StGB), die in missverständlicher Weise noch immer oft Tatbestandsirrtümer genannt werden, und Irrtümern über die rechtliche Bewertung der Tat (§ 17 StGB)<sup>16</sup>. Fragen der Fahrlässigkeit werden üblicherweise mit vorsatzausschließenden Fehlvorstellungen über Tatumstände in Verbindung gebracht. Diese Verbindung stellt namentlich das Gesetz selbst her, nämlich in § 16 Abs. 1 S. 2 StGB, der freilich, wie der ganze § 16 StGB, keine abschließende Regelung trifft. Bei Rechtsfahrlässigkeit geht es hingegen um Rechtsirrtümer. Von Rechtsirrtümern handelt § 17, und Aspekte mangelnder Sorgfalt werden dort nicht als Fahrlässigkeit, sondern als Frage nach der Vermeidbarkeit des Bewertungsirrtums angesprochen.

Mit diesen zunächst einfachen Unterscheidungen gibt es im Wesentlichen zwei Gruppen von Schwierigkeiten: Erstens lassen sich tatsächliche Umstände und rechtliche Wertungen nicht immer scharf trennen. Zweitens handelt § 17 StGB von der dem Schuldurteil zugrundeliegenden Gesamtbewertung des Tatverhaltens als rechtswidrig, nicht von allen involvierten Rechtsfragen. Rechtliche Vorfragen werden in § 16 und § 17 StGB nicht selbständig zugeordnet. Eine wesentliche und besonders plastische Gruppe solcher Vorfragen bilden Genehmigungserfordernisse.

### aa) Sog. normative Tatbestandsmerkmale

Tatsachen und Recht sind kategoriell verschieden, können aber eng miteinander verwoben und ähnlich sozial verfestigt sein. Betrachten wir die Aussage: „Angela

<sup>14</sup> Dazu *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 345ff., 385ff.; *ders.*, Wirtschaftsstrafrecht (Anm. 4), Rdn. 405.

<sup>15</sup> Näher zur Entwicklung des Begriffs nach *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 191 (§ 19 III.b) s. *Engisch* (Anm. 8), § 17 (S. 242ff.). Siehe ferner *Duttge*, in: MüKo-StGB (Anm. 11), § 15 Rdn. 23 ff (insb. Fn. 83).

<sup>16</sup> Zur „Schuldtheorie“ als Kerngedanke der Abgrenzung zwischen Tatumstands- und Verbotsirrtum s. *Welzel* (Anm. 11), S. 164 ff.; *Pawlik* (Anm. 8), S. 312 ff. Näher zur Rechtsfahrlässigkeit im Wirtschaftsstrafrecht bereits *Lange*, JZ 1956, 73 ff., 519 ff.; *Tiedemann* (Anm. 14), a.a.O.; *Welzel*, JZ 1956, 238 ff.



Merkel ist Bundeskanzlerin.“ Man mag dabei an alles Mögliche denken, aber es bräuchte eine besondere Liebe zum Staatsorganisationsrecht, wenn man immer, wenn man diesen Satz hört, rekapitulieren wollte, dass gerade die an Art. 63 GG zu prüfende Rechtslage ausgesprochen wurde. Wir gehen mit dem ausgesprochenen Status vielmehr um, wie mit einem tatsächlichen Zustand. Ähnlich ist das mit Aussagen wie „Dies ist mein Stift, mein Ball, mein Haus usw.“ In der analytischen Philosophie werden solche in der sozialen Wirklichkeit verfestigten Wertungen „institutionelle Tatsachen“ genannt<sup>17</sup>. Dieses Phänomen belegt, dass auch tatbestandlich relevante Umstände stark rechtlich geprägt sein können, denn im Streitfall wären die Aussagen keineswegs durch Beweisaufnahme, sondern durch Subsumtion zu prüfen.

Irrtümer über institutionelle Tatsachen können ihren Grund in Fehlvorstellungen über Anknüpfungstatsachen, in Rechtsirrtümern oder in einer Kombination aus beiderlei Irrtümern haben. Daneben gibt es schlicht apokryphe Fehlvorstellungen über institutionelle Tatsachen, die sich nicht eindeutig in diesen Kategorien analysieren lassen. Auch das ist eine Folge davon, dass die Wertung sich verfestigt hat und man typischerweise gar nicht mehr näher über sie nachdenkt.

Im Strafrecht verwenden wir hier die Figur der „normativen Tatbestandsmerkmale“<sup>18</sup>. Eine solche Figur ist notwendig, denn institutionelle Tatsachen ließen sich sonst nicht adäquat erfassen. Ihre Bezeichnung ist wieder missverständlich. Dass Tatbestandsmerkmale normativ sind, ist nichts Besonderes. Diese Tatbestandsmerkmale sind aber insofern besonders, als sie nicht nur im normativen Zusammenhang zu verstehen sind, sondern auch das durch sie Bezeichnete kein schlichter Umstand, keine schlichte Tatsache ist. Vielmehr sind schon zur Konstitution des Bezeichneten normative Aspekte von besonderer Bedeutung. Bei echten institutionellen Tatsachen sind diese normativen Aspekte einerseits ein irreduzibler Bestandteil – die Tatsache gehört zur sozialen Wirklichkeit, und zwar so, dass das zu ihr gehörende menschliche Verhalten notwendig auf den betref-

---

<sup>17</sup> Dazu Searle, *Making the Social World*, 2010, S. 90 ff. (Chapt. 5 und 6), grundlegend *ders.*, *The Philosophical Review* Vol. 73 (1964), S. 43, 55 ff.; s. auch *Kindhäuser*, *Strafrecht AT*, 8. Aufl. 2017, § 9 Rdn. 13. Searles Annahmen zur Erschließbarkeit eines Sollens aus einem Sein sind sicherlich übertrieben (zu Recht *Brandom*, *Making It Explicit*, 1994, 9.II.3. ff. und III., S. 628 ff.), die hier angestellten Überlegungen haben damit aber nichts zu tun. Zur Kategorie der Tatbestände, die außerstrafrechtliche Institutionen schützen sollen, vgl. auch *Tiedemann*, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, S. 40.

<sup>18</sup> Statt vieler *Roxin*, *AT I* (Anm. 1), § 12 Rdn. 103 f.; *Schuster*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius*, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, 2019, § 4 Rdn. 56 ff.; *Dannecker/Schuhr*, in: *LK-StGB* (Anm. 4), § 1 Rdn. 149. Näher zur Abgrenzung zu deskriptiven Merkmalen *Cornelius*, *Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen*, 2016, S. 268 ff.; *Papathanasiou*, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, 2014, S. 38 ff., jeweils m. w. N.

fenden Wertungen beruht –, andererseits sind sie so selbstverständlich geworden, dass die rechtlichen Aspekte unter normalen Umständen gar nicht mehr reflektiert werden. Für sie ist daher auch die Rede von der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ schief: Es geht nicht darum, dass der Laie etwas Ähnliches macht wie das, was ein Jurist machen würde, wenn er streitig zu entscheiden hätte, sondern es geht um Wertungen, die sich so sehr verfestigt haben, dass man ihre Eigenschaft als Wertung nicht mehr wahrnimmt, solange man nicht über sie streitet, und zwar typischerweise auch als Jurist nicht.

Verwendet wird die Figur der normativen Tatbestandsmerkmale freilich weit über echte institutionelle Tatsachen hinaus als Mittel, um rechtsbezogene Irrtümer wie Tatsachenirrtümer erscheinen zu lassen. Das geschieht keineswegs nur im Wirtschaftsstrafrecht, dort gibt es dafür aber oft besonderen Bedarf. Zwei Fallgruppen seien dazu exemplarisch hervorgehoben:

Erstens nehmen einige Tatbestände in sehr pauschaler Weise Bezug auf eine große Gruppe von Normen, die eine Gesamtwertung begründen. So ist das im Wirtschaftsstrafrecht etwa bei der Steuerhinterziehung bzgl. der steuerlichen Erheblichkeit von Tatsachen, der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit von Angaben und vor allem bzgl. der Pflichtwidrigkeit der Unterlassung, bestimmte Angaben zu machen oder bestimmte Zeichen zu verwenden<sup>19</sup>. So ist das auch bei der Vermögensbetreuungspflicht bzw. der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens bei der Untreue. In beiden Straftatbeständen wird weder auf eine echte institutionelle Tatsache Bezug genommen, denn so sehr verfestigt ist die Wertung nicht, und ihr rechtlicher Zusammenhang ist durchaus präsent. Noch wird nach Art eines typischen Blanketts auf bestimmte, einzelne Verhaltensvorschriften verwiesen. Verwiesen wird vielmehr auf eine Gesamtwertung aus einem ganzen Rechtsgebiet (Steuerrecht) bzw. sogar aus Regelungen, die diversen Rechtsgebieten zugehören (so bei der Vermögensbetreuungspflicht). Beide Grundkategorien – und im Irrtumsfall damit auch die typischen Irrtumsformen – passen nicht wirklich. Daher fehlen die Mittel zu einer dogmatisch sauberen Lösung von Irrtumsproblemen, und der Streit um die Einordnung als normative Tatbestands- oder Blankettmerkmale bleibt chronisch. In der Sache geht es um beides nicht, sondern um die tatbestandliche Inbezugnahme einer rechtlichen Einordnung, die der Täter erkannt und reflektiert haben muss, um überhaupt Anlass zu haben, seine Pflichten zu erfüllen. Fehlt dem Täter diese Vorstellung, müsste eigentlich nach Rechtsfahrlässigkeit gefragt werden. Das sieht das Gesetz aber so nicht vor. Unter diesen

---

<sup>19</sup> Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht (Anm. 4), Rdn. 410 f.; a. A. BVerfGE 37, 201, 208; BGH, NSTZ 1984, 510; Schmitz, in: MüKo-StGB (Anm. 11), § 1 Rdn. 60 ff. Vgl. auch Díaz/Conledo, GA 2018, 529 ff.

Umständen die Vorschriften so zu behandeln, als lägen normative Tatbestandsmerkmale vor, verhindert immerhin unsachgemäße Verurteilungen<sup>20</sup>.

### **bb) Rechtliche Vorfragen, namentlich Genehmigungserfordernisse**

Zweitens beziehen sich etliche Vorschriften des Wirtschaftsstrafrechts auf einen besonderen Status oder besondere Grundwertungen, und knüpfen daran dann weitere Pflichten. Ein häufiges Beispiel dafür sind Genehmigungserfordernisse. Beispielhaft genannt sei dazu das Umweltstrafrecht, das hierdurch vielfach verwaltungsaktsakzessorisch wird. Wiederum findet sich diese Figur keineswegs nur im Wirtschaftsstrafrecht; wichtige Rechtsprechung, die auf das Wirtschaftsstrafrecht ausstrahlt, ist insbesondere zum WaffnG ergangen.

In diese zweite Fallgruppe gehört auch wieder § 54 KWG, der auf bankrechtliche Erlaubnisse und Zulassungen abstellt<sup>21</sup>. Wenn ein entsprechender Bescheid erging, manifestiert sich das sogar in äußeren Tatsachen; ob ein Verhalten erlaubt bzw. von einer Zulassung gedeckt war, bleibt freilich Rechtsfrage. Irrtümer betreffen hier typischerweise auch gar nicht die Genehmigung als solche, sondern beziehen sich auf das Genehmigungserfordernis und die rechtlichen Folgen des Fehlens einer Genehmigung, also eindeutig auf rechtliche Wertungen. Man kann hier aber eine andere Grenze ziehen als diejenige zwischen Rechts- und Tat(sachen-)fragen, und das Reichsgericht hat das getan. Es hat zwischen genuin strafrechtlichen (Rechts-)Irrtümern und anderen Irrtümern, nämlich solchen über außerstrafrechtliche Normen oder über Tatsachen unterschieden<sup>22</sup>. Auf dieser Grundlage konnte es § 54 Abs. 2 KWG als Tatbestand für (außerstrafrechtliche) Rechtsfahrlässigkeit verstehen. Im modernen, hochgradig akzessorischen Wirtschaftsstrafrecht wäre die dabei gezogene Trennlinie freilich ihrerseits problematisch.

Die Rechtsprechung versucht heute, Bezüge auf Genehmigungen nach ihrer Bedeutung für das Unrecht der Tat zu klassifizieren. Auch dabei werden zum Teil Fälle der Rechtsfahrlässigkeit als Fahrlässigkeit erfasst. So hat z.B. das OLG Frankfurt<sup>23</sup> im Besitz einfacher Waffen ein im Grundsatz sozial-adäquates Verhalten und kein intrinsisches Unrecht gesehen. Erst die Vereitelung staatlicher Kontrollansprüche bzw. ein Ungehorsam, der im Unterlassen der Beantragung einer

---

<sup>20</sup> Dazu *Dannecker/Schuh*, in: LK-StGB (Anm. 4), § 1 Rdn. 149.

<sup>21</sup> *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht (Anm. 5), Rdn. 961; *Trüg*, in: *Achenbach/Ransiek/Rönnau* (Anm. 5), Teil 10 Kap. 3 Rdn. 95; *Bock*, in: *Graff/Jäger/Wittig* (Anm. 5), § 54 KWG Rdn. 82.

<sup>22</sup> RGSt. 34, 418 f.; 42, 26 f. Zur systematischen Einordnung *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 404 f.

<sup>23</sup> OLG Frankfurt NSTZ-RR 2006, 353.

Genehmigung oder einem Verstoß gegen ihre Nebenbestimmungen liegt, wirke unrechtsbegründend. Im Verkennen des Erlaubniserfordernisses bei solchen präventiven Verboten mit Erlaubnisvorbehalt (im Fall ging es um § 52 Abs. 3 Nr. 2 WaffG) sieht es einen Tatbestandsirrtum, keinen Verbotsirrtum. Bei der Rückverweisung gab es dem erkennenden Gericht auf, eine fahrlässige Tat nach § 52 Abs. 4 WaffG in Betracht zu ziehen, und das wäre Rechtsfahrlässigkeit. Dieser Fallgruppe stehen solche Vorschriften gegenüber, in denen die Genehmigungen (etc.) die Rolle einer Befreiung von einem repressiven Verbot spielen. So hat der BGH im Außenwirtschaftsstrafrecht die nach § 22a Abs. 1 Nr. 4 KrWaffKontrG strafbare Einfuhr, Durchfuhr etc. von Kriegswaffen als vom Fehlen der Genehmigung unabhängiges Unrecht angesehen und auf die Genehmigung bezogene Rechtsirrtümer nur § 17 StGB unterstellt<sup>24</sup>. Ob das überzeugt, oder nicht eher die Kritik durchgreift, die sich z. B. darauf stützt, dass der Begriff der Kriegswaffe erst über ein System der Gesetzesanlagen konstruiert wird, und diese Eigenschaft sich z. B. bei alten, veränderten Flugzeugmotoren keineswegs unmittelbar aufdrängt<sup>25</sup>, mag hier dahingestellt bleiben. Hier geht es nur um die Klassifikation der Genehmigungserfordernisse als solcher.

In seiner Entscheidung zum Hawala-Banking in einem Embargogebiet als Verstoß gegen den damaligen § 34 Abs. 4 AWG [Außenwirtschaftsgesetz] i. V. m. dem Genehmigungserfordernis aus dem damaligen § 69e Abs. 2e AWW [Außenwirtschaftsverordnung] führte der BGH aus<sup>26</sup>, „dass in Fällen des Irrtums über das Genehmigungserfordernis differenzierend nach dem jeweils in Betracht kommenden Tatbestand zu entscheiden“ sei. Es komme darauf an, ob „die Genehmigung nur der Kontrolle eines im allgemeinen sozialadäquaten Verhaltens dienen soll und die Tat ihren Unwert erst aus dem Fehlen der Genehmigung herleitet – Tatbestandsirrtum – oder ob es sich um ein grundsätzlich wertwidriges Verhalten handelt, das im Einzelfall auf Grund der Genehmigung erlaubt ist – Verbotsirrtum“.

Formuliert wird vom BGH also eine Einordnung von Irrtümern anhand von Merkmalen des Tatbestands. Für die Anwendung seiner Grundsätze fehlten dem BGH im Fall noch Feststellungen, er gab aber zu zwei möglichen Varianten „Segelhinweise“: Wenn die subjektive Zwecksetzung des Angeklagten so war, dass nur humanitäre Zwecke verfolgt wurden, und deshalb kein Embargoverstoß vorlag, sondern die Auszahlungen genehmigungsfähig waren, erschöpfe sich der Unrechtsgehalt im Handeln ohne die erforderliche Genehmigung. Wenn der Angeklagte hingegen lediglich annahm, die Schutzzonen im Nordirak, in denen er

<sup>24</sup> BGH NJW 1994, 61 = NStZ 1993, 594.

<sup>25</sup> Hierzu und zu weiteren Gegenargumenten namentlich *Puppe*, NStZ 1993, 594, 595 ff.

<sup>26</sup> BGH NStZ-RR 2003, 55. Die folgenden Zitate stehen auf S. 56, die Hervorhebungen wurden hinzugefügt.

handelte, wären vom Embargo nicht erfasst gewesen, und die Zahlungen seien Auszahlungen dort bereits vorhandenen Guthabens, möchte der BGH darin einen nach § 17 StGB zu behandelnden Subsumtionsirrtum sehen. Diese „Segelhinweise“ passen allerdings nicht zu den zuvor formulierten Kriterien, denn sie stellen überhaupt nicht auf Merkmale der betroffenen Tatbestände ab, sondern auf Vorstellungen des Angeklagten. Die Anwendung der Kriterien in der Rechtsprechung ist also ihrerseits durchaus zweifelhaft. Gleichwohl sei sie noch etwas näher beleuchtet, denn die Rechtsprechung bezieht sich immer wieder auf sie.

Zunächst wird gefragt, ob für den Täter schon unabhängig von Aspekten des Genehmigungserfordernisses Anlass bestanden hätte, von seinem Verhalten Abstand zu nehmen. Dies ist nicht die in § 17 gestellte Frage, ob der Täter das Unrecht der Tat tatsächlich verkannte, sondern eine Frage nach der Erkennbarkeit des Unrechts (unabhängig von seiner Ausgestaltung im konkreten Regelungssystem der Verbote, Genehmigungsmöglichkeiten und weiterer Pflichten). So wird letztlich ein Aspekt der Fahrlässigkeit, nämlich der Erkennbarkeit für sorgfältige Akteure, zur Grundlage für die Klassifikation von Deliktsmerkmalen und den Prüfungsaufbau.

Die vom BGH angeführten Kriterien sind zudem in bemerkenswerter Weise naturrechtlich angehaucht: Entscheidend ist für ihn, ob das Unrecht der Tat im Grundsatz unabhängig vom positiven Recht erkannt werden kann. Diese Vorstellung von mit der Vernunft (oder der Synderesis) erkennbarem Unrecht passt in ein naturrechtliches bzw. vernunftrechtliches Strafrecht. Soweit Verhaltensnormen aber als positiv und erst durch das Gesetz angeordnet vorgestellt werden, hängt die Erkennbarkeit des Verbots (oder Gebots) immer auch von der Kenntnis der Tatsache ab, dass der (äußere) Akt vorgenommen wurde, der dieser Norm die Geltung vermittelt hat<sup>27</sup>. Für ein Strafrecht mit Gesetzlichkeitsprinzip und Schriftlichkeitsanfordernis (Art. 103 Abs. 2 GG) ist die Vorstellung dieser Erkennbarkeit daher ebenso schief wie die vom BGH zur Vermeidbarkeit bei § 17 StGB verwendete Formel von der gehörigen Anspannung des Gewissens<sup>28</sup>. Dieser Befund zieht freilich grundsätzlich in Zweifel, ob Rechtsirrtümer anders als Tatsachenirrtümer wirklich erst auf Schuldebene relevant werden, oder ob nicht vielmehr auch rechtliche Kenntnisse grundsätzlich von der Tatbestandsmäßigkeit vorausgesetzt werden müssen. Wer die Norm nicht kennt, kann sie nämlich auch nicht zielgerichtet befolgen. Bestrafen kann man eine solche Person ohne Verstoß gegen den Grundsatz *nemo obligatur ultra posse* wohl nur dafür, sich nicht die nötige Rechtskenntnis ver-

---

27 Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, § 5 (S. 6f.), § 28 (S. 63ff.), ferner §§ 27–31 (S. 62ff.), §§ 43–45 (S. 107ff.).

28 BGHSt. 2, 194, 201f.; aus jüngerer Zeit BGH NJW 2018, 3467 Rdn. 11.

schaftt zu haben. Diese Frage zeigt, dass das Konzept der Rechtsfahrlässigkeit eine viel größere Bedeutung hat, als ihm heute meist beigemessen wird. Diese Frage hier weiter zu vertiefen, würde aber den Rahmen des Vortrags sprengen.

Die Kriterien des BGH haben noch einen etwas anderen, von ihm selbst nicht ausgesprochenen, wesentlichen Kern. Er hängt mit der Unterscheidung zwischen der Anwendung einer Norm im Fall und Informationen über das Bestehen dieser Norm zusammen. Eine Genehmigung kann ein Verhalten erlauben und damit seine Vornahme rechtfertigen. Dies ist der unmittelbare Sinn einer Genehmigung als solcher. Strafrechtlich fungiert sie dabei selbst als Rechtfertigungsgrund. Wenn hingegen ein Tatbestandsmerkmal an eine Genehmigung anknüpft, dann geht es nicht im selben Sinne um die Genehmigung als solche, als anzuwendende Norm, sondern um das Bestehen, um das Erteiltsein etc., der Genehmigung. Es geht also namentlich um den Tatsachenanteil der Genehmigung als Teil des positiven Rechts. Ob die Bezugnahme in einem Merkmal eines Deliktstatbestands oder einem Merkmal eines Rechtfertigungstatbestands erfolgt, ist so lange für das Ergebnis unerheblich, wie man keine Vorsatztheorie (d. h. auch nicht die sog. „strenge Schuldtheorie“) zugrunde legt. Die Genehmigung nur als Rechtfertigungsgrund zu behandeln, ist strafrechtlich nur dort sinnvoll, wo es ein vom Bestehen oder Nichtbestehen der Genehmigung unabhängiges Delikt gibt, für das sie als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt. In diesem Sinne muss es dann ein von Fragen der Genehmigung unabhängiges Unrecht geben (das sich im Strafrecht freilich aus positivem Recht zu ergeben hat und letztlich nicht ohne dieses erkannt werden kann)<sup>29</sup>.

Auf den ersten Blick mag es aussehen, als würden die zitierten Kriterien des BGH genau hiervon sprechen, die Genehmigung also als Norm betrachten. Der BGH spricht aber ausdrücklich von einem Irrtum über ein Genehmigungserfordernis. Wenn es um die Genehmigung als Norm geht, also nicht als Tatbestandsmerkmal, dann kommt es auf diesen Irrtum aber – nach bislang ganz herrschender Auffassung – weder auf Deliktstatbestandsebene noch auf Rechtfertigungsebene an. Auf Schuldebene käme es im Rahmen von § 17 StGB darauf an, ob der Täter irrig davon ausging, dass sein Verhalten gerechtfertigt war, aber Irrtümer über die Erforderlichkeit einer Genehmigung würden wieder keine Rolle spielen. Auf diese Irrtümer käme es also schlicht gar nicht an. Auch Fragen der Rechtsfahrlässigkeit würden sich nur stellen, wenn der Täter irrig annahm, dass sein Verhalten gerechtfertigt war, und dann auch nur als Frage der Vermeidbarkeit. Eine Erklärung für die Kriterien des BGH ergibt sich auf diesem Weg also ebenfalls nicht.

---

<sup>29</sup> Vgl. dazu auch *Rengier*, ZStW 101 (1989), S. 874, 884; ferner *Roxin*, AT I (Anm. 1), § 17 Rdn 46; *Winkelbauer*, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, 1985, S. 18f.; *Brauer*, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1988, S. 118f.

Der dargestellte Zusammenhang trägt schließlich auch nicht die eindeutige Klassifikation, die der BGH möchte. Es besteht nämlich nur der folgende Zusammenhang: Nur dann, wenn es ein vom Genehmigungserfordernis unabhängiges Delikt gibt, können Irrtümer über das Genehmigungserfordernis ausschließlich nach § 17 StGB relevant werden. Diese bloß notwendige Bedingung ist aber nicht ausreichend, um zu entscheiden, ob eine im Text einer Vorschrift angesprochene Genehmigung als Merkmal des Tatbestandes in Bezug genommen wird oder lediglich als Hinweis auf die Möglichkeit einer Rechtfertigung durch Genehmigung zu verstehen ist. Die Antwort auf diese Frage wird in dem Zusammenhang ja gerade vorausgesetzt. Für die Auslegung des Tatbestands und damit auch für die Einordnung eines Irrtums nützlich ist allein der umgekehrte Befund: Wenn sich ohne das Genehmigungserfordernis kein tatbestandlich vertypbares Unrecht ergibt, muss die Bezugnahme nicht nur der Genehmigung, sondern bereits dem Genehmigungserfordernis und seiner Verletzung gelten, und entsprechende Irrtümer müssen nach § 16 StGB behandelt werden. Dann stellen sich ggf. auch Fragen der Rechtsfahrlässigkeit. In allen anderen Fällen ist für die Auslegung nichts zu gewinnen, denn der Gesetzgeber ist und bleibt frei darin, den Tatbestand mit oder ohne Genehmigungsbezug zu fassen, und alle formalen Überlegungen hierzu wären logisch zirkulär. Man muss den Tatbestand dann schlicht auslegen, und davon hängt es ab, ob sich Fragen der Rechtsfahrlässigkeit stellen.

Diese Skizze muss hier genügen, auch wenn sie unausweichlich unvollständig bleibt. Die geworfenen Schlaglichter zeigen Problembereiche, die mit einem auf Tatsachen und die vermeidbare Unkenntnis von Tatsachen fokussierenden Bild von Fahrlässigkeit nicht befriedigend zu lösen sind, und auch nicht anderenorts bereits befriedigend gelöst werden. Gleichwohl haben sie wirklich etwas mit Fahrlässigkeit zu tun – zumindest dann, wenn man dem Ausdruck einen weiten Sinn gibt. Das sei nun mit einigen strukturellen Überlegungen näher erläutert.

### 3. Zurechnungsmodell der Fahrlässigkeit

Im Folgenden werden zwei unterschiedliche Grundkonzepte von Fahrlässigkeit gegenübergestellt. Das sind natürlich nicht die einzig möglichen, aber um das zu zeigen, was hier gezeigt werden soll, genügen diese beiden. Begonnen wird (hier unter 3.) mit dem Modell der Zurechnungslehre, das *Hruschka* auf der Basis derjenigen von *Pufendorf* und *Daries* beschrieben hat<sup>30</sup>. Ihm wird danach ein Modell

---

<sup>30</sup> *Hruschka*, in: *Schröder*, Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert, 1998, S. 163, 165 ff.; zusammenfassend *ders.*, JRE 2 (1994),

ohne außerordentliche Zurechnung (als echtes „Pflichtenmodell“) gegenübergestellt werden. *Hruschkas* Modell zeigt gedankliche Abhängigkeiten, auf denen auch das StGB aufbaut. Deshalb werden so zugleich historische Kontinuitäten veranschaulicht. Aber es bildet nicht geltendes Recht zu einem bestimmten Zeitpunkt ab; es ist nicht im eigentlichen Sinne rechtshistorisch. Insbesondere nimmt es eine Perspektive nach *Welzel* ein.

Das Modell umfasst zwei Zurechnungsstufen (zwei nacheinander zu fällende Zurechnungsurteile) und eine zwischen ihnen liegende Ebene der rechtlichen Bewertung der Tat als rechtmäßig oder rechtswidrig. Modelliert wird zunächst eine Zurechnung von Vorgängen und Umständen – namentlich eigener Körperbewegungen – als Tat<sup>31</sup>. Für die Fälle, in denen diese Tat als rechtswidrig zu bewerten ist, wird dann eine Zurechnung dieser rechtswidrigen Tat zur Schuld modelliert. Die Zurechnung erster Stufe heißt Zurechnung als Tat oder *imputatio facti*. Die Zurechnung zweiter Stufe heißt Zurechnung zur Schuld oder *imputatio iuris*, eigentlich rechtliche Zurechnung. Die rechtliche Bewertung der Tat – heute anhand von Deliktstatbeständen und Rechtfertigungsgründen – heißt *applicatio legis ad factum*. Weil erst deren Regeln bestimmen, welche Aspekte der Tat relevant sind, stehen die Zurechnung erster Stufe und die rechtliche Bewertung in gegenseitiger Abhängigkeit; das Modell enthält also letztlich nur zwei Stufen.

Zur Vereinfachung sei die Betrachtung auf Fälle der unmittelbaren Alleintäterschaft sowie positives Tun beschränkt. Unter diesen Voraussetzungen gilt auf beiden Zurechnungsebenen eine Art Zurechnungsvermutung: Eigene Körperbewegungen und deren weitere Umstände und Folgen werden dem Täter als Tat zugerechnet. Rechtswidrige Taten werden zur Schuld zugerechnet. Es gibt aber jeweils zwei Ausschlussgründe, die der Zurechnung entgegenstehen können. Einer von ihnen besteht jeweils darin, dass der Täter unter bestimmtem Zwang stand. Der andere liegt in einer bestimmten Art Irrtum. Die Ausschlussgründe sind jeweils nicht abschließend, sondern lassen noch Gegengründe zu. Die Zurechnung hat daher auf beiden Stufen folgende Unterstruktur: Die Ausschlussgründe schließen die sog. ordentliche Zurechnung aus. Im Falle des Eingreifens der Gegengründe erfolgt aber eine außerordentliche Zurechnung. Findet eine ordentliche Zurechnung statt, wird von einer *actio libera in se* gesprochen; findet nur eine außerordentliche Zurechnung statt, spricht man von einer *actio libera in causa*.

---

S. 177 ff., und *ders.*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, S. 313 f., 337 ff., 341 ff. Zuvor (aber im Detail noch anders) *ders.*, Strukturen der Zurechnung, 1976; *ders.*, ZStW 96 (1984), S. 661 ff.; speziell zur Unterscheidung von Zurechnungs- und Verhaltensregeln *ders.*, Rechtstheorie 22 (1991), S. 449 ff.

31 Dazu ergänzend *Koriath*, Kausalität und objektive Zurechnung, 2007, S. 117 ff.



Auf der ersten Stufe ist eine ordentliche Zurechnung ausgeschlossen, wenn der Täter bei der Tat unter unwiderstehlichem Zwang, *vis absoluta*, stand. Ebenso ist eine ordentliche Zurechnung erster Stufe ausgeschlossen, wenn der Täter bei der Tat über einen für die rechtliche Bewertung relevanten Umstand irrte, was als *ignorantia facti* bezeichnet wird. Ausschlussgründe für die Zurechnung zweiter Stufe sind der nötige Zwang, *vis compulsiva*, sowie ein Irrtum über die rechtliche Bewertung der Tat, *ignorantia iuris*. All diese Kriterien sind im heutigen Strafrecht abgebildet. In den Fällen der *vis absoluta* fehlt die Handlungsqualität, bei einer *ignorantia facti* fehlt der Vorsatz. Die *vis compulsiva* und *ignorantia iuris* werden in diversen Entschuldigungsgründen abgebildet, die *ignorantia iuris* namentlich in § 17 StGB.

Eine außerordentliche Zurechnung findet jeweils dann statt, wenn der Täter die Gründe, die zum Ausschluss der ordentlichen Zurechnung führen, selbst in vorwerfbarer Weise herbeigeführt hat. Meist trifft das Gesetz dazu heute eigene Regelungen. Wo keine eigenen Regelungen getroffen werden, hat sich die Terminologie dieses Modells bis heute erhalten, nämlich bei der *omissio libera in causa* sowie bei § 20 StGB, wo weiterhin von einer *actio libera in causa* die Rede ist – früher war der Begriff aber eben viel weiter<sup>32</sup>.

Fahrlässigkeit hat, soweit sie auf tatsächliche Kenntnisse oder Fähigkeiten bezogen ist, in diesem Modell einen ganz bestimmten Ort. Sie ist die außerordentliche Zurechnung erster Stufe nach einem Irrtum über Umstände der Tat<sup>33</sup>.

Rechtsfahrlässigkeit hat hier hingegen keinen eigenen Ort. Wenn der Irrtum die Gesamtbewertung der Tat betrifft, ist sie auf zweiter Stufe die außerordentliche Zurechnung trotz Rechtsirrtum. Ansonsten können die Rechtsregeln selbst an Irrtümer zu rechtlichen Vorfragen und Rechtsfahrlässigkeit anknüpfen, ohne dass dieses Modell dazu Vorgaben machen würde. Rechtliche Wertung können sich aber auch bereits zu einem *factum* verselbstständigt haben. Dann ist der Irrtum eine *ignorantia facti* und die Rechtsfahrlässigkeit ein Spezialfall der Fahrlässigkeit. Alle eben zum Wirtschaftsstrafrecht behandelten Beispiele finden sich hier also schematisch wieder.

Das Modell gibt allerdings wenig Aufschluss über die Anforderungen an Fahrlässigkeit. Die außerordentliche Zurechnung setzt nur voraus, dass das Eingreifen des Ausschlussgrundes selbst verschuldet wurde. Weil Schuld nach diesem Modell immer ein regelwidriges Verhalten voraussetzt, muss das auch hier so sein. Und die *ignorantia facti* muss die Folge dieser Regelverletzung gewesen sein.

---

32 Hruschka, ZStW 96 (1984), S. 661, u. a. S. 666 ff., 683 f., 690 ff.; Hruschka, Strafrecht (Anm. 30), S. 381 ff. Siehe auch Schild, in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl. 2017, § 20 Rdn. 104, 110 ff., m. w. N.

33 Hruschka, Strafrecht (Anm. 30), S. 325 ff.

Näher werden diese Zusammenhänge und ihr Zusammenspiel mit der *lex* aber nicht modelliert. Um Missverständnisse und Irritationen zu vermeiden sei klar gestellt: Der Streit um die Frage, ob die hier einschlägigen Regeln Sorgfaltspflichten oder bloße Obliegenheiten sind, und was das bedeutet<sup>34</sup>, ist für die hier und im Folgenden angestellten Überlegungen unerheblich. Soweit die Modelle hier behandelt werden, sind sie mit beiden Regeltypen kompatibel.

Zu vermerken ist hier aber das folgende konzeptionelle Problem der außerordentlichen Zurechnung. Die ordentliche Zurechnung erster Stufe ist genau dann ausgeschlossen, wenn das Verhalten alternativlos war oder der Handlungsentchluss wegen des Irrtums eine andere Situation betraf, also keine gezielte Ausrichtung des tatsächlichen Verhaltens leisten konnte. Das sind Fälle, in denen die Annahme einer Pflichtverletzung widersinnig wäre, weil der Täter gar nicht zielgerichtet pflichtgemäß handeln konnte<sup>35</sup>. Wo die Welt nicht an Sollens-Sätzen ausgerichtet werden kann, sind Sollens-Sätze aber sinnlos. Es ist nicht einmal eine rechtliche Entscheidung, ob solche Fälle in den Anwendungsbereich der Normen zählen, sondern aus Gründen, die im *Konzept* von Normen überhaupt liegen und damit dem Recht vorgelagert sind, *kann* das Recht solche Fälle nicht erfassen. Diese Einsicht formuliert der Satz *nemo obligatur ultra posse*. Durch eine außerordentliche Zurechnung wird aber gerade die Anwendung von Normen auf solche Fälle verlangt. Die Gründe für eine außerordentliche Zurechnung haben nämlich nichts damit zu tun, dass dem Täter in seiner Situation die Befolgung des Rechts irgendwie doch möglich wäre. Es wird vielmehr *ignoriert*, dass er die rechtlichen Vorgaben im Moment der Handlung nicht befolgen konnte. Auf der zweiten Stufe ist das bei der *ignorantia iuris* entsprechend.

#### 4. Pflichtenmodell der Fahrlässigkeit

Dem dargestellten Modell lässt sich ein anderes gegenüberstellen, das dieses Problem vermeidet. Das geht aber nur, indem nicht mehr auf dasselbe Verhalten abgestellt wird. Die Tat kann nur in einem früheren Zeitpunkt liegen, zu dem der Täter sein späteres Unvermögen noch vermeiden konnte. Und sie muss in einer Pflichtverletzung zu diesem Zeitpunkt bestehen. Diese Pflicht wird hier Sorgfaltspflicht genannt. Dabei darf nicht aus dem Erfolgseintritt und dessen Vermeidbar-

<sup>34</sup> Dazu insbesondere *Hruschka*, Strafrecht (Anm. 30), S. 331 f., 415 ff.; *Neumann*, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, S. 260 ff.; *Kindhäuser* (Anm. 10), S. 65; *Pawlik* (Anm. 8), S. 334 (und bereits S. 302 ff.); *Montiel*, ZStW 129 (2014), S. 592, 608 ff.

<sup>35</sup> Vgl. dazu unter dem Gesichtspunkt des Prüfungsaufbaus der fahrlässigen Tat prägnant *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2018, Kap. 12 Rdn. 5 ff. m. w. N.

keit auf eine Sorgfaltspflichtverletzung geschlossen werden, denn das wäre nicht mehr als eine außerordentliche Zurechnung. Vielmehr muss der Urteiler dem Verurteilten erklären können, welche Pflicht für ihn schon zur Tatzeit bestand und auf Basis seiner damaligen Fähigkeiten und tatsächlich vorhandenen Kenntnisse der Umstände zielgerichtet hätte erfüllt werden können. Kurz: Das pflichtwidrige Verhalten muss sich im Zurechnungsmodell als ordentlich zurechenbar darstellen. Nur dann ist es wirklich eine Sorgfaltspflichtverletzung. Dieses Pflichtenmodell ist also nicht etwa dazu da, auf Zurechnung zu verzichten. Ganz im Gegenteil ist es dazu da, auf Zurechenbarkeit zu insistieren. Eine Folge davon ist, dass die Verletzung einer Verhaltensregel (bzw. Norm) als Voraussetzung für Sanktionsnormen<sup>36</sup> nie genügen kann. Vielmehr muss sich aus ihr in der konkreten Situation des Straftäters bei der Tat eine für ihn tatsächlich erfüllbare Pflicht ergeben und er diese verletzt haben.

Das Modell und damit auch die weiteren Anforderungen an Fahrlässigkeitsdelikte müssen hier nicht weiter ausgearbeitet werden. Insbesondere sagt das Modell in seiner ganz allgemeinen Form nichts darüber, ob ein Erfolg eingetreten und als Folge der Pflichtverletzung objektiv zurechenbar sein muss. Für das Modell der außerordentlichen Zurechnung wird dies gemeinhin stillschweigend unterstellt. Streng genommen hängt das aber auch dort von der *lex* ab, die angewendet wird, und ist nicht denknotwendig.

Das Zurechnungs- und das Pflichtenmodell stehen nicht in einem kontradiktorischen Gegensatz. Wenn man im Zurechnungsmodell geeignete zusätzliche Anforderungen an die außerordentliche Zurechnung stellt, lassen sich in ihm gleiche Resultate erzielen, nur dass die gegenständliche Tat eine andere bleibt. Der zentrale Vorzug des Pflichtenmodells besteht aber darin, dass es zeigt, wie die richtigen Anforderungen zu stellen sind<sup>37</sup>. Es garantiert die Einhaltung von *nemo obligatur ultra posse*<sup>38</sup> und leistet damit eine deutlich bessere Sicherung gegen widersinniges Strafrecht.

Im Pflichtenmodell lässt sich die Vorstellung von Fahrlässigkeit zudem von ihrer Fixierung auf vorsatzausschließende Irrtümer lösen. Sorgfaltspflichten wie diejenige, eine Geschwindigkeitsbegrenzung im Straßenverkehr einzuhalten,

---

**36** Zu diesen Konzepten (mit Varianten in der Bezeichnung) z. B. *Jakobs* (Anm. 12), S. 9 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 77 ff.; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, § 26; *Schneider*, Die Verhaltensnorm im Internationalen Strafrecht, 2011, S. 35 ff. m.N.

**37** Welcher Maßstab dann an die gesetzliche Bestimmung der Pflichten anzulegen ist, ist noch eine andere Frage. In puncto Bestimmtheit gewinnt man aber nichts, wenn man die Annahme selbständiger Pflichten als Verstoß gegen das Analogieverbot ansieht und daher das Modell der außerordentlichen Zurechnung vorzieht (so Neumann [Anm. 34], S. 197 ff.).

**38** Zu diesem Erfordernis auch *Pawlik* (Anm. 8), S. 259 ff., 311 ff.

Pflichten zu einem Liquiditätsmanagement oder zur Produktbeobachtung zielen keineswegs nur auf die Verschaffung relevanter Kenntnisse, sondern maßgeblich auch auf die Erhaltung oder sogar Schaffung von Verhaltensalternativen, mit denen einer Rechtsguttschädigung tatsächlich ausgewichen werden kann. Es geht in ihnen nicht nur um die Vermeidung einer *ignorantia facti*, sondern ebenso um die Vermeidung einer *vis absoluta*. Dass beide eine ordentliche Zurechnung ausschließen, ist eine wesentliche Einsicht, die das Zurechnungsmodell in seinen Ausschlussgründen sinnvoll aufgreift. Das bedeutet aber nicht, dass Pflichten und Delikte sich nur auf je einen dieser Aspekte beschränken sollten. Eine Kombination von beiderlei Aspekten kann ohne weiteres sinnvoll sein. Daher ist es vorzugswürdig, die Gruppe der Fahrlässigkeitsdelikte nicht von vornherein auf Fälle der Unkenntnis zu fokussieren. Im Pflichtenmodell ist dies unproblematisch möglich, denn Sorgfaltspflichten können beiderlei Inhalt haben.

Im Pflichtenmodell zeigt sich schließlich auch, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit einander nicht einfach ausschließen<sup>39</sup>. Der Täter muss nämlich Kenntnis von allen für die Sorgfaltspflicht relevanten Umständen haben. Die Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit hat mit einer ganz bestimmten Relation zu tun, nämlich mit Intentionalität<sup>40</sup>. Wenn eine handelnde Person ihr Verhalten auf etwas ausrichtet, d. h. einen auf dieses Ziel gerichteten Entschluss fasst, dann kann dieses Verhalten um seiner Ausrichtung willen als vorsätzlich bezeichnet werden. Vorsätzliches Verhalten kann daher nach seiner Ausrichtung beurteilt werden, unvorsätzliches nicht. Jedes Verhalten kann aber unabhängig von seiner Ausrichtung beurteilt werden, und das geschieht beim Fahrlässigkeitsdelikt<sup>41</sup>. Der Unterschied zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten liegt also in den Kriterien, die an die Handlung angelegt werden. Fahrlässigkeitsdelikte bilden – solange man ihr Modell nicht durch zusätzliche Anforderungen erweitert – eine allgemeinere, weniger voraussetzungsreiche Deliktskategorie als Vorsatzdelikte<sup>42</sup>. Entsprechendes gilt für die Handlungskategorien.

<sup>39</sup> Vgl. *Rudolph*, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht, 2006, S. 20 ff.

<sup>40</sup> Grundlegend zu diesem Konzept und seinen sprachphilosophischen Zusammenhängen, dabei allerdings auf tatbestandliche Zusammenhänge und Kausalität fokussierend, *Kindhäuser*, Intentionale Handlung, 1980. Von diesem Fokus gelöst *Stoppenbrink*, Verantwortung für unabsichtliches Handeln, 2016, S. 230 ff. Vgl., insbesondere zum Pflichtbezug, auch *Vogel*, Norm und Pflicht bei unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 67 ff.

<sup>41</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 ff., ist insoweit zuzustimmen, als die Kategorie des bedingten Vorsatzes zu weit ausgedehnt wurde, nämlich über ein in bestimmter Weise ausgerichtetes Verhalten und über eine Anknüpfung an diese Ausrichtung hinaus. Hier sind Korrekturen nötig.

<sup>42</sup> Ähnlich, aber unter etwas anderen Voraussetzungen, *Rostalski*, GA 2016, 73 ff., m. w. N. Dazu, dass Beteiligungsformen nicht notwendig die besonderen Bezüge der Vorsatzdelikte voraussetzen, *Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 141 ff.

## 5. Pflichtenmodell und Wirtschaftsstrafrecht

Es sei nun noch einmal auf die eingangs aus dem Wirtschaftsstrafrecht hervorgehobenen Aspekte zurückgekommen.

a) Über das Pflichtenmodell rechtfertigt es sich zunächst, Sorgfaltspflichten und damit ebenso auch Fahrlässigkeit auf den Erhalt von abstrakten Rechtsgütern zu beziehen. Im Pflichtenmodell ist ein Erfolgsbezug nicht konstruktiv notwendig. Ob bzw. wann es sich empfiehlt, auf ihn zu verzichten, ist damit nicht gesagt. Der Bezug auf konkrete Rechtsgüter und konkrete Erfolge sowie die Beschränkung auf bestimmte Gefahren und Angriffsrichtungen tragen sehr zur Klarheit und Bestimmtheit von Regeln bei. Aber was konstruktiv möglich und was unter Aspekten des Gesetzlichkeitsprinzips gute Gesetzgebung ist, sind zwei verschiedene Fragen. Und die Antwort auf letztere kann durchaus vom Professionalisierungsgrad der Adressaten und dem weiteren rechtlichen Kontext abhängen.

b) Über das Pflichtenmodell rechtfertigt sich zudem ein weiter Fahrlässigkeitsbegriff, der nicht auf das Fehlen einer nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB erforderlichen Kenntnis beschränkt bleibt. Erstens können die Sorgfaltspflichten auch auf die Herstellung oder den Erhalt von Handlungsmöglichkeiten zielen. Zweitens setzen sie Kenntnis der für die Pflicht relevanten Umstände voraus. So rechtfertigt es sich, die Sorgfaltsdelikte als Fahrlässigkeitsdelikte im weiteren Sinne zu betrachten, obwohl sie bzgl. der Pflichtverletzung Vorsatz voraussetzen, aber keinen Erfolgseintritt und dazu auch keinen Vorsatz.

So wird es möglich, einen Entwicklungsablauf zu beschreiben: Stellt das Gesetz die fahrlässige Begehung eines Delikts unter Strafe, so formuliert es mehr oder minder im Duktus einer außerordentlichen Zurechnung. Die maßgeblichen Sorgfaltspflichten gibt es nicht explizit an. Der Gesetzgeber kennzeichnet sie nur indirekt durch das, was durch hinreichende Sorgfalt vermieden werden soll. Inwieweit das dem Gesetzlichkeitsprinzip genügt, ist hier nicht mein Thema<sup>43</sup>. Jedenfalls ist ein solcher Fahrlässigkeitstatbestand regelmäßig erst Anlass dafür, passende Sorgfaltspflichten zu explizieren. Wo dies gelungen ist, können sie die Grundlage für Sorgfaltsdelikte bilden. Formal sind sie dann Vorsatzdelikte. Gleichwohl sind sie eine höhere, ausdifferenziertere Entwicklungsstufe des ursprünglichen Fahrlässigkeitsdelikts.

---

<sup>43</sup> Dazu *Dannecker/Schuh*, in: LK-StGB (Anm. 4), § 1 Rdn. 220; *Tiedemann*, Verfassungsrecht u. S. (Anm. 17), S. 42; *Freund/Rostalski*, GA 2018, 264 ff. Eingehend (und sehr kritisch) *Duttge*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 135 ff., 202 ff., sowie *Schmitz*, Festschrift für Samson, 2010, S. 181, 183 f., 190 ff.; sehr „großzügig“ demgegenüber etwa *Bohnert*, ZStW 94 (1982), S. 68 ff., und *Herzberg*, ZIS 2011, 444 ff.

c) In das Pflichtenmodell fügt sich schließlich auch das Konzept der Rechtsfahrlässigkeit nahtlos ein. Alle Pflichten, die dem Erhalt oder der Herstellung der Möglichkeit voll zurechenbaren Verhaltens dienen, kommen grundsätzlich als Sorgfaltspflichten in Betracht. Es gibt keinen Grund, Sorgfaltsdelikte auf die Anforderungen der Zurechnung erster Stufe zu beschränken.

Wenn ein Ausgangstatbestand bestimmte Rechtskenntnisse voraussetzt (oder die Abwesenheit bestimmter Nötigungen), lassen sich unter Bezugnahme darauf auch Sorgfaltspflichten indirekt formulieren, die auf die Erlangung der Rechtskenntnisse (oder die Meidung von Nötigungssituationen) zielen. Schon in diesem Sinne lässt sich § 54 Abs. 2 KWG als Tatbestand der Rechtsfahrlässigkeit verstehen. Das bedeutet nicht, dass nun jeder Fahrlässigkeitstatbestand als auf alle Typen von Sorgfaltspflichten gleichermaßen zielend verstanden werden sollte. Vielmehr ist es bei indirekten Formulierungen Auslegungsfrage, welche Typen von Sorgfaltspflichten gemeint sind. Aber eine mögliche und im Kontext von § 54 Abs. 2 KWG durchaus naheliegende Möglichkeit ist es eben, auch Rechtsfahrlässigkeit zu erfassen.

## II. Ausblicke

Ich möchte mit zwei kurzen Ausblicken schließen.

### 1. Unmöglichkeit und Toleranz

Gerade im professionellen Kontext ergeben sich oft wiederholende Verhaltensweisen. Für den an sie zu stellenden Sorgfaltsmaßstab ergibt sich daraus die Frage, ob er sich auf das in der konkreten Situation Mögliche bezieht, selbst wenn ein normaler Profi diesen Anforderungen nicht sein ganzes Berufsleben über immer wird erfüllen können. Ohne über die Frage streiten zu wollen, ob Arztstrafrecht als Berufsstrafrecht auch Wirtschaftsstrafrecht ist, sei das Beispiel einer Chirurgin gegeben, der eine Unachtsamkeit unterläuft. Diese wäre zwar für sie vermeidbar gewesen. Doch praktisch keinem Chirurgen gelingt es, solche Fehler immer zu vermeiden<sup>44</sup>. Der Grundsatz, dass nichts Unmögliches verlangt werden darf, wird auch durch auf lange Sicht unerfüllbare Anforderungen verletzt. Der Maßstab für

---

<sup>44</sup> Das Problem wird durch besondere temporäre – außerhalb des Einflussbereichs der Ärztin oder des Arztes stehende – Einflussfaktoren wie überlange Operationen, besondere Arbeitsbelastung und sonstigen Stress noch gesteigert, dazu z. B. AG Köln FD-StrafR 2012, 340829 (*Jünemann*) und jurisPR-StrafR 2/2013 Anm. 2 (*Groß*).

die strafrechtliche Haftung sollte sich hier nicht an den Belangen zivilrechtlichen Schadensausgleichs orientieren, sondern selbstständig und enger gefasst werden<sup>45</sup>.

Im gleichen Zusammenhang stellt sich noch ein zweites Problem: Wird grundsätzlich jedes die Sorgfaltsanforderungen unterschreitende Verhalten, das zum einschlägigen Erfolg führt, bestraft, so hindert dies eine offene und ehrliche Diskussion über Fehler<sup>46</sup>. Solche Fahrlässigkeitsdelikte gehen davon aus, dass ein hinreichendes Sorgfaltsniveau bereits erreicht oder von jedem Einzelnen für sich zu erreichen ist. Gerade im professionellen Kontext ist durch Qualitätsmanagement aber oft mehr zu erreichen als durch Strafdrohungen, nämlich sogar eine Erhöhung der bislang an den Tag gelegten Sorgfalt bzw. ein Erkennen und Vermeiden gefährlichen Verhaltens. Wie der Streit um wissenschaftliche Wahrheit und politische Mehrheitsbildung erfordert auch ein ernsthaftes Streben nach Qualitätsverbesserung Toleranz<sup>47</sup>.

Beiderlei Desiderata – ein dauerhaft erfüllbarer Maßstab und eine gewisse Fehlertoleranz – lassen sich im Pflichtenmodell besser abbilden als mit rein klassischen Fahrlässigkeitstatbeständen. Es ermöglicht nämlich auch eine Konstruktion von Vorrang- und Ausnahmeverhältnissen. So könnte z. B. für Fälle einer regelmäßigen Beteiligung an Fehleranalysen und an der Fortschreibung von Sorgfaltsstandards die strafrechtliche Haftung für leichte Sorgfaltsfehler verdrängt werden.

## 2. Digitalisierung

Schließlich kommen Fahrlässigkeitsdelikte im Pflichtenmodell den Interessen der Digitalisierung und Automatisierung eher entgegen. Die Befolgung bloß indirekt spezifizierter Pflichten lässt sich kaum durch explizite Programmierung sicherstellen, denn das würde ja gerade voraussetzen, dass die Pflichten zumindest für die vorgesehenen Umgebungen der Maschine durch ihr Steuerungsprogramm ex-

---

<sup>45</sup> Dazu, dass aber u. U. auch für Rahmenbedingungen verantwortliche Entscheidungsträger strafrechtlich erfasst werden sollten, *Kudlich/Schulte-Sasse*, NSTZ 2011, 241 ff.; *Neelmeier*, Organisationsverschulden patientenferner Entscheider und einrichtungsbezogene Aufklärung, 2014, passim; *Schuhr*, Festschrift für Kindhäuser, 2019, S. 457 ff.

<sup>46</sup> Zu den derzeit insoweit bestehenden Strafbarkeitsrisiken prägnant *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2015, Rdn. 1227.

<sup>47</sup> Zum wissenschaftlichen, wissenschaftstheoretischen und politischen Hintergrund *Popper*, Duldsamkeit und intellektuelle Verantwortlichkeit, Dankesrede für die Verleihung des Dr.-Leopold-Lucas-Preises 1981, Gesammelte Werke in deutscher Sprache, Bd. 14, 2016, S. 206 ff.

pliziert werden. Soweit Menschen in entsprechendem Kontext in der Lage sind, die Sorgfaltsstandards regelmäßig einzuhalten, kann versucht werden, einer expliziten Programmierung durch Methoden maschinellen Lernens auszuweichen. Das bedeutet dann aber, dass das System bei Änderungen der normativen Vorgaben, und d. h. nicht nur bei Gesetzesänderungen, sondern auch bei neuen oder höheren Sorgfaltsanforderungen neu zu trainieren ist. Zudem sind nach heutigen Modellen maschinellen Lernens die Berechnungsprozesse selbst noch nicht für menschliches Verständnis hinreichend übersichtlich darstellbar und prüfbar. Wird hingegen über explizite Sorgfaltspflichten reguliert, so sind die Vorgaben – je nach Konkretheitsgrad und Verfügbarkeit passender Ausgangsdaten – tendenziell eher algorithmisch abzubilden. Zugleich motivieren explizite Sorgfaltspflichten eine Programmierung, die sich um eine nachvollziehbare Erfüllung der Sorgfaltsanforderungen bemüht<sup>48</sup>.

---

**48** Zu hier entstehenden strafrechtlichen Fahrlässigkeitsfragen vgl. insbes. *Gless/Weigend*, ZStW 126 (2014), S. 561, 580 ff.; *Yuan*, Rechtswissenschaft 9 (2018), S. 477 ff.