

Als Ausprägung des grundgesetzlich verankerten Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) fordert das sog. Gebot der Normenklarheit, dass Strafnormen derart präzise formuliert sind, dass potentiell Betroffene voraussehen können, unter welchen Bedingungen sie mit Strafe zu rechnen haben. In den mitunter hochkomplexen Teilbereichen des Wirtschafts- bzw. Nebenstrafrechts relativiert das BVerfG diese verfassungsrechtliche Anforderung mithilfe der Leitgesichtspunkte des typischerweise betroffenen Normadressaten sowie der typischerweise erfassten Handlungssituation. Die Rechtsprechung des BGH wiederum verschärft diese Ausgangslage noch durch eine strenge Handhabung der strafrechtlichen Irrtumsregeln im Kontext der Wirtschaftskriminalität. Der Beitrag untersucht die theoretischen und praktischen Konsequenzen dieser Rechtsprechung für eine präventiv ausgerichtete Criminal Compliance und stellt heraus, dass ihr Augenmerk – auch – auf der Unterbrechung der „subjektiven Zurechnung“ liegen muss.

## I. Einführung

„Der Behauptung, das Gesetz wende sich an das Volk, steht die unbestreitbare Tatsache entgegen, dass das Volk die Rechtssätze nicht kennt. [...] Dunkle Ehrenmänner sind es, die mit den Geheimnissen des Wechsel- und Handelsrechtes, mit Bestimmungen über Viehhandel und unlauteren Wettbewerb intim vertraut sind; der Kaufmann ohne Furcht und Tadel weiss von dem Recht, das ihn angeht, nur soviel als er aus seinem Beruf, aus dem allgemeinen Verkehr und aus Ereignissen des Geschäftslebens kennen gelernt hat.“<sup>1</sup>

So beschrieb Max Ernst Mayer die (mangelnde) Rechtskenntnis des Normadressaten bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Jene „dunklen Ehrenmänner“ richten heute für und anstelle der eigentlichen Normadressaten Compliance-Abteilungen in deren Unternehmen ein, entwickeln Compliance-Management-Systeme (CMS) und bemühen sich – kostenintensiv – um die Anleitung zur Vermeidung betriebsbezogener Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten bzw. um deren – nicht weniger kostenintensive – Aufarbeitung, häufig in enger Kooperation mit den Strafverfolgungsorganen.<sup>2</sup> Im hypertroph

\* Erstveröffentlichung in Rotsch (Hrsg.), *Criminal Compliance – Status quo und Status futurus*, 2021, S. 321–349 (Buchbesprechung von Ambos/Rackow, JZ 2023, 186). Die Verfasser danken dem Nomos Verlag, namentlich Frau Anke Maria Troeltzsch, für die Zustimmung zur Zweitpublikation.

\*\* Prof. Dr. Thomas Rotsch ist Inhaber der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Er ist Begründer, geschäftsführender Herausgeber und Schriftleiter der ZfIStW. Dennis Klein ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter ebda.

<sup>1</sup> M.E. Mayer, *Rechtsnormen und Kultur*, 1903 (Nachdruck 1965), S. 6 f.

<sup>2</sup> Zu dem dualistischen Charakter der Criminal Compliance – Prävention und Repression – siehe bereits Rotsch, in: Rotsch (Hrsg.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*,

durchregulierten globalen Wirtschaftsverkehr ist auch der ehrbare Kaufmann ohne Furcht und Tadel heute mehr denn je vor die Herausforderung gestellt, die (straf-)sanktionenrechtlichen Implikationen seines Verhaltens zu antizipieren.<sup>3</sup>

Ob der Normadressat sich für seine rechtlichen Verpflichtungen nur interessiert und sie anerkennt – und sei es nur aus ökonomischem Kalkül<sup>4</sup> – oder ob er sie tatsächlich versteht, ist freilich nicht dasselbe. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung erachtet aber die Voraussehbarkeit von Strafe – und damit also das Verständnis der Strafgesetze – als eines der Garantieverprechen des Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB.<sup>5</sup> Allerdings findet sich auch noch in jüngeren Entscheidungen des BVerfG die Aussage, in „Grenzfällen“ genüge es, wenn der Normadressat anhand des Straftatbestands wenigstens das „Risiko“ einer Strafbarkeit erkennen könne.<sup>6</sup> Dass es im „Wirtschaftsstrafrecht“<sup>7</sup> und bei „Criminal Compliance“ häufig um solche Grenzfälle gehen wird, liegt auf der Hand.<sup>8</sup> Damit mutiert die eigentliche Verpflichtung zur allgemeinverständlichen Illustration drohender Strafbarkeit im hier interessierenden Kontext schnell zur bloßen Allusion (strafrechts-)risikoaffinen Verhaltens. Dabei gesteht selbst das BVerfG ein, dass „das Risiko der Bestrafung“ mit der zunehmenden Vagheit der Formulierung des Straftatbestands wächst.<sup>9</sup> Dass diese Gefahr durch die Art und Weise moderner Gesetzgebung verringert wird, wird man kaum behaupten können. Mit dem Rekurs auf das bloße Risiko der Bestrafung wird das Strafrecht selbst zum Risiko.<sup>10</sup>

Damit ist die Brücke geschlagen zu einer der wesentlichen Entstehungsbedingungen von Criminal Compliance, scil. der Undurchschaubarkeit der rechtlichen Pflichtenlage des Entscheidungsträgers.<sup>11</sup> Der Normadressat wie der Compli-

2013, S. 3 (8 ff.); vgl. jüngst z.B. Prittwitz/Zink, in: Rotsch (Hrsg.), *Criminal Compliance – Status quo und Status futurus*, 2021, S. 251 (258).

<sup>3</sup> Siehe bereits Rotsch, ZIS 2010, 615 f.; ders., in: Rotsch (Hrsg.) *Criminal Compliance*, Handbuch, 2015, § 1 Rn. 14. Jüngst ders., in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1: Grundlagen des Strafrechts, 2019, § 26 Rn. 6.

<sup>4</sup> Prittwitz/Zink (Fn. 2), S. 270.

<sup>5</sup> BVerfGE 71, 108 (114); 73, 206 (234 f.); siehe auch Nolte/Aust, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 140 m.w.N.

<sup>6</sup> BVerfG NJW 2008, 3627.

<sup>7</sup> Zur Problematik der Begriffsbestimmung siehe Rotsch, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1 ff. Monographisch jetzt Dobrosz, *Wirtschaftsstrafrecht und Divisionalisierung*, Ein Beitrag zu Begriff und Systematisierung des Wirtschaftsstrafrechts, 2020.

<sup>8</sup> Rotsch, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Aufl. 2019, 1. Teil, 4. Kap. Rn. 7 ff.

<sup>9</sup> BVerfG NJW 1995, 1141 (1143).

<sup>10</sup> Vgl. Rotsch, ZStW 125 (2013), 481 (495).

<sup>11</sup> Rotsch (Fn. 3 – Hdb. d. StrR), § 26 Rn. 4 m.w.N.; ders., ZStW 125 (2013), 481 (489); siehe jetzt auch Saavedra, in:

ance-Berater sehen sich insbesondere im wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext mit uneindeutigen Verhaltensappellen konfrontiert, wobei die Wurzeln jener Unklarheiten in der unübersichtlichen tatsächlichen Entscheidungssituation sowie – alternativ oder kumulativ – in den nur wenig bestimmten normativen Grundlagen liegen können.<sup>12</sup> Die Aufgabe der Criminal Compliance besteht nun darin, angesichts dieser Situation apriorisch konkrete rechtliche Pflichten des Normadressaten zu eruieren und damit diesem möglichst konkrete Handlungsvorschläge zu machen, deren Befolgung strafrechtliche Verantwortlichkeit vermeiden soll. Es geht also – jedenfalls im ersten Zugriff – um eine Minimierung des Strafbarkeitsrisikos durch Aufhellung der rechtlichen Verhaltensnormen, deren Verletzung der Gesetzgeber mit Strafe bewehrt hat.

Dass hierin ein Arbeitsbereich der Criminal Compliance liegen soll, müsste vor dem Hintergrund des in Art. 103 Abs. 2 GG niedergelegten Gesetzlichkeitsprinzips eigentlich erstauen, beauftragt die Verfassungsnorm doch zunächst nur *den Gesetzgeber* mit der möglichst präzisen Formulierung der Strafvorschrift. Eine wirklich disziplinierende Wirkung dürfte von Art. 103 Abs. 2 GG mittlerweile insoweit aber kaum mehr zu erwarten sein.<sup>13</sup> Der vorliegende Beitrag will daher die verfassungsrechtlichen Implikationen der Criminal Compliance ausleuchten. Dabei wird sich zeigen, dass die verfassungsrechtliche Auslegungsarbeit eine der schwierigsten Aufgaben kriminalitätsbezogener Compliance darstellt.

## II. Normenklarheit als Garantieverprechen des Gesetzlichkeitsprinzips

Das im deutschen Recht geltende Gesetzlichkeitsprinzip ist verfassungsrechtlich in Art. 103 Abs. 2 GG niedergelegt. Einfachrechtlich findet es sich normiert in § 1 StGB, § 3 OWiG sowie Art. 7 EMRK.<sup>14</sup> Es verlangt im Einzelnen, dass das Strafgesetz *certa* (bestimmt), *stricta* (streng), *praevia* (vorherig) sowie *scripta* (geschrieben) zu sein hat.<sup>15</sup> Diese vier Regelungsgehalte sind eng miteinander verzahnt und überschneiden sich an zahlreichen Punkten, sodass sie erst in

ihrer Gesamtheit ein rechtsstaatliches Strafrecht garantieren.<sup>16</sup> Nichtsdestotrotz lassen die Einzelbestandteile sich durchaus isoliert voneinander analysieren; im Folgenden soll der Inhalt des Satzes „*nullum crimen sine lege certa*“ näher beleuchtet werden.

### 1. Elemente des Bestimmtheitsgebots

Die Art. 103 Abs. 2 GG entnommene Forderung nach hinreichender Bestimmtheit verfolgt nach ganz h.M. einen doppelten Zweck:<sup>17</sup>

Zum einen soll die Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Strafe im „Wesentlichen“ dem für die Strafgesetzgebung zuständigen Gesetzgeber überantwortet sein.<sup>18</sup> Der verfassungsrechtliche Hintergrund dieses Zwecks wird gemeinhin im Demokratieprinzip sowie im Grundsatz der Gewaltenteilung gesehen.<sup>19</sup> Die „wesentlichen“ normativen Entscheidungen – zu denen die Kriminalisierung eines Verhaltens gehört – sind in einem förmlichen Gesetz zu regeln.<sup>20</sup> Die Strafnorm muss dabei so konkret gefasst sein, dass es die vom Souverän des Volkes durch Wahlen konstituierte Legislative bleibt, die über die Bedingungen von Strafbarkeit und Strafe (vor-)entscheidet.<sup>21</sup> Dieser Aspekt der Bestimmtheit wird als Forderung nach einer gewissen „Regelungsdichte“ bezeichnet.<sup>22</sup>

Von dieser objektiv-rechtlichen – kompetenzwahrenden<sup>23</sup> – Garantie ist zum anderen das freiheitsgewährleistende „Gebot der Normenklarheit“ zu unterscheiden.<sup>24</sup> An Normen, die staatlichen Institutionen als Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe dienen, ist die rechtsstaatliche Grundanforderung zu stellen, dass sie derart klar formuliert sind, dass der potentiell Betroffene voraussehen kann, unter welchen Bedingungen er mit einem Eingriff zu rechnen hat. Bestimmtheitsanforderungen bestehen freilich nicht nur in Bezug auf die Strafgesetzgebung: Der aus dem Rechtsstaatsprinzip

Rotsch (Fn. 2 – Status quo und Status futurus), S. 367 (372): „Die Bestimmung der ‚Verhaltensanweisung‘ ist die zweite der typischen Schwierigkeiten von Compliance.“

<sup>12</sup> Rotsch (Fn. 3 – Hdb. d. StR), § 26 Rn. 6; ebenso Niemz, Komplexitätsbewältigung in Großverfahren des Wirtschaftsstrafrechts, 2020, S. 67.

<sup>13</sup> Siehe bereits Rotsch, ZJS 2008, 132.

<sup>14</sup> Zur Verankerung des Gesetzlichkeitsprinzips im internationalen Recht vgl. ferner Kargl, Strafrecht, Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit, 2019, Rn. 1 ff.

<sup>15</sup> Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 3 Rn. 7; Radtke, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1.12.2019, GG Art. 103 Rn. 18; Hassemer/Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 13.

<sup>16</sup> Kirsch, Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, 2014, S. 27; Hassemer/Kargl (Fn. 15), § 1 Rn. 13.

<sup>17</sup> Siehe BVerfG NJW 2019, 2837 (2838); BVerfGE 105, 135 (153); Nolte/Aust (Fn. 5), Art. 103 Rn. 140; Schulz, in: Schümann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 305 (308).

<sup>18</sup> BVerfG NJW 2019, 2837 (2838).

<sup>19</sup> Erne, Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht am Beispiel des Straftatbestands der Verfolgung, 2016, S. 28; siehe auch Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983, Rn. 124; Grünwald, ZStW 76 (1964), 1.

<sup>20</sup> BVerfGE 14, 245 (251); vgl. zum Wesentlichkeitsgrundsatz jüngst ausführlich BVerfGE 150, 1 (96 ff.).

<sup>21</sup> BVerfGE 130, 1 (43); siehe auch Erne (Fn. 19), S. 27 f. m.w.N.

<sup>22</sup> Ausdrücklich BVerfGE 150, 1 (97 f.); Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 88. Lfg., Stand: August 2019, Art. 103 Rn. 87, 92 ff.

<sup>23</sup> Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 240.

<sup>24</sup> Jüngst BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 70 ff., 73; Remmert (Fn. 22), Art. 103 Rn. 88, 101 ff.

(Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitete allgemeine Bestimmtheitsgrundsatz gilt für sämtliche Rechtsnormen, die mit dem Anspruch auftreten, menschliches Verhalten zu bestimmen.<sup>25</sup> Lautet die Rechtsfolge aber auf Strafe,<sup>26</sup> soll Art. 103 Abs. 2 GG nach allgemeiner Ansicht die Bestimmtheitsanforderungen im Vergleich zum allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot verschärfen.<sup>27</sup>

Die Voraussehbarkeit staatlichen Handelns hat insoweit eine individualrechtliche, freiheitssichernde Funktion, als sie Rückwirkungen auf das aktuelle Verhalten des Rechtsunterworfenen zeitigt: Wem aufgrund einer unklaren Rechtslage nicht erkennbar ist, welches Verhalten Strafe nach sich zieht, der wird sich in seiner Handlungsfreiheit aus Furcht vor staatlichen Sanktionen übermäßig eingeschränkt sehen.<sup>28</sup>

Die Bereiche der Bestimmtheit i.S.d. Regelungsdichte einerseits und der Normenklarheit andererseits lassen sich dabei durchaus voneinander trennen: Für den Normadressaten kann es unter dem Gesichtspunkt der Normenklarheit unproblematisch sein, wenn die „wesentlichen“ Bedingungen der Strafbarkeit sich bspw. aus einer Rechtsverordnung ergeben, auf die ein Blankettstrafgesetz verweist, sofern diese nachvollziehbar formuliert ist und sich leicht auffinden lässt.<sup>29</sup> Dass dies aber mit der Bestimmtheit i.S.d. Regelungsdichte – als Spezifizierung des Wesentlichkeitsgrundsatzes<sup>30</sup> – nicht vereinbar ist, liegt auf der Hand.<sup>31</sup> Aus diesem Grund stellt das BVerfG in seinen Entscheidungen Regelungsdichte und Normenklarheit stets als nebeneinander gleichberechtigte und eigenständige Grundsätze dar.<sup>32</sup>

Bei der weiteren Betrachtung soll der Teilaspekt der Normenklarheit in den Fokus gerückt werden.

## 2. Adressat des Gebotes der Normenklarheit

Da nur der Normgeber mit der Formulierung von Strafgesetzen befasst ist, richtet das Gebot der Normenklarheit sich primär an ihn. Art. 103 Abs. 2 GG hat aber auch die Judikative als Adressaten:<sup>33</sup> Während das Gebot der Regelungsdichte sich in der Rechtsanwendung als Analogieverbot fortsetzt,<sup>34</sup> soll das Gebot der Normenklarheit sich nach Auffassung des BVerfG gleichzeitig zu einem „Verwässerungsverbot“<sup>35</sup> sowie zu einem „Präziserungsgebot“ konkretisieren.<sup>36</sup> Die Rechtsprechung darf also eine ohnehin schon wenig klare Strafnorm im Wege der Auslegung nicht noch mit weiteren Unsicherheiten belasten, sondern muss sich um eine Präzisierung ihrer tatbestandlichen Anforderungen bemühen.

Bezüglich des Gebotes der Normenklarheit lässt sich ein für Gesetzgebung und Rechtsprechung gemeinsamer Fluchtpunkt in der juristischen Methodenlehre ausmachen: Während der Normgeber sich um die Schaffung eines Straftatbestandes zu bemühen hat, der mithilfe methodengerechter Auslegung hinreichend präzise konturiert werden kann, ist der Normanwender dazu verpflichtet, ebenjene Auslegungsleistung zu vollbringen. Die Methodenlehre ist damit – im besten Fall – Handwerkszeug der rechtssetzenden und rechtsprechenden Gewalt zugleich.<sup>37</sup> Normsetzung, Normauslegung und Normprüfung (durch das BVerfG) stehen also in einem engen Wechselspiel zueinander. Eine Auslegungsregel, die zu einer inhaltlichen Präzisierung des Straftatbestands führt, ist damit immer zugleich ein legitimer Faktor bei der Beantwortung der Frage, ob der Straftatbestand hinreichend bestimmt ist.<sup>38</sup> Neben die verfassungsrechtlich geforderte

<sup>25</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, GG Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 128.

<sup>26</sup> Zu diesem formalen Strafrechtsverständnis vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 1 Rn. 1 ff.

<sup>27</sup> Siehe insbesondere BVerfGE 49, 168 (181); BVerfG NJW 2016, 3648 (3649); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, GG Art. 103 Abs. 2 Rn. 39; *Remmert* (Fn. 22), 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 103 Rn. 77 f. m.w.N.

<sup>28</sup> *Kargl* (Fn. 14), Rn. 43, 335, 345 m.w.N.; *Erne* (Fn. 19), S. 41; *Krey* (Fn. 19), Rn. 133.

<sup>29</sup> *Remmert* (Fn. 22), Art. 103 Rn. 90: „Für die Bestimmtheit im Sinne von Normenklarheit ist es nicht von Interesse, wer Urheber der Norm ist bzw. welchen Rang die Norm hat.“

<sup>30</sup> Vgl. hierzu *Erne* (Fn. 19), S. 28 f. m.w.N.

<sup>31</sup> Vgl. auch zu den Überschneidungen zwischen den Anforderungen an die Regelungsdichte und Normenklarheit näher *Remmert* (Fn. 22), Art. 103 Rn. 101 ff.

<sup>32</sup> Siehe bspw. BVerfG NJW 2016, 1781 (1783).

<sup>33</sup> *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 5 ff.

<sup>34</sup> *Hassemer/Kargl* (Fn. 15), § 1 Rn. 70, bezeichnen das Analogieverbot als eine „Verlängerung des Bestimmtheitsgebots in die Praxis der Gesetzesanwendung“; siehe auch BVerfGE 143, 38 (53). Dieses Verbot ist durch § 339 StGB abgesichert, *Schmitz* (Fn. 33), § 1 Rn. 7.

<sup>35</sup> Auf *Saliger*, ZIS 2011, 902 (904), geht der (etwas unhandliche) Begriff „Rechtsunsicherheitserhöhungsverbot“ zurück; siehe auch *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 1 Rn. 21.

<sup>36</sup> Grundlegend hierzu BVerfGE 126, 170 (198); BVerfG NJW 1995, 1141 (1143); siehe auch *Kargl* (Fn. 14), Rn. 381 ff.; *Kirsch* (Fn. 16), S. 154 ff.

<sup>37</sup> *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 715, 717: „Die Juristische Methodenlehre [...] dirigiert das arbeitsteilige Zusammenwirken aller an der Rechtsverwirklichung Beteiligten. [...] Das sollte nicht nur die Pianisten interessieren [...], sondern am Ende auch die Komponisten.“ *Greco*, ZIS 2018, 475, macht von dieser Parallelität Gebrauch, wenn er das „Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genomener teleologischer Reduktionen“ verstanden wissen will.

<sup>38</sup> *Nolte/Aust* (Fn. 5), Art. 103 Rn. 146, meinen hingegen, dass es möglich sei, eine Methode ausschließlich als Regel zur Auslegung von Straftatbeständen zu behandeln, ohne dass dies zugleich Einfluss auf die Grenzen der nach Art. 103 Abs. 2 GG erforderlichen Bestimmtheit habe.

Konkretisierbarkeit des Strafgesetzes mithilfe der juristischen Methoden tritt freilich noch die Nachvollziehbarkeit ebendieser Auslegung für den Normadressaten (sogleich unter III.).

### 3. Adressat der Strafgesetze

In rechtstheoretischer Hinsicht ist der Adressat des Strafgesetzes allein der Rechtsanwender, denn nur an ihn richtet sich die Ermächtigungsgrundlage für den Ausspruch von Strafe.<sup>39</sup> Der Rechtsunterworfenen ist allenfalls der Adressat der dem Strafgesetz zugrundeliegenden Verhaltensnormen.<sup>40</sup> Im Rahmen des Art. 103 Abs. 2 GG ist diese rechtstheoretische Differenzierung bisher nur sehr vereinzelt aufgegriffen worden.<sup>41</sup> Die ganz h.M. zieht aus ihr keine Konsequenzen,<sup>42</sup> was letztlich dadurch zum Ausdruck kommt, dass im Rahmen der Blanketttatbestände auch die Ausfüllungsnorm nach Maßgabe des Art. 103 Abs. 2 GG hinreichend bestimmt zu sein hat,<sup>43</sup> obwohl es sich hierbei in der Regel um eine Verhaltensnorm und gerade nicht um ein Strafgesetz i.S.d. Sanktionsnorm handelt.<sup>44</sup> Das verfassungsrechtliche Gebot der Normenklarheit bezieht sich demnach auf sämtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen, und zwar ganz gleich, auf welcher Normebene diese verortet werden.<sup>45</sup>

In einer aktuellen Entscheidung vollzieht das BVerfG die Differenzierung zwischen Strafgesetz und Verhaltensnorm jedenfalls in terminologischer Hinsicht nach, wenn es vom Bürger als Adressat einer strafbewehrten *Verbot*snorm spricht.<sup>46</sup> Dies ist auch das hier zugrunde gelegte Begriffsverständnis des „Normadressaten“.

## III. Normenklarheit für „den“ Normadressaten

### 1. Verständlichkeit und Rechtssprache

Wenngleich kein Weg daran vorbeiführt, dass das Strafgesetz mithilfe juristischer Methoden auszulegen ist, betont das

BVerfG gleichwohl, dass der Auslegungsvorgang und dessen Ergebnis für „den Bürger“ anhand des Wortlauts nachvollziehbar sein muss.<sup>47</sup> Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber darf sich zwar auf die methodengerechte richterliche Auslegung und Präzisierung des Strafgesetzes verlassen, dabei aber nicht die Verständlichkeit für den Normadressaten vernachlässigen.<sup>48</sup> Die Zentrierung auf die Methodenlehre darf im Bereich des Strafrechts nicht zu einer „juristischen Geheimsprache“ führen.<sup>49</sup> Es herrscht freilich Einigkeit darüber, dass das „Postulat absoluter Berechenbarkeit des Rechts illusorisch“<sup>50</sup> ist.<sup>51</sup> Das hat seine Gründe bereits in der prinzipiellen Mehrdeutigkeit der Sprache sowie der Kontextabhängigkeit eines jeden Rechtsbegriffs.<sup>52</sup> Wenngleich es sicherlich sinnvoll ist, den Normadressaten zum Ausgangspunkt der Bestimmtheitsbeurteilung zu erklären, wäre es verfehlt, Art. 103 Abs. 2 GG mit leeren Versprechen zu beladen. Anderenfalls verkommt das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot immer mehr zu einem reinen Programmsatz ohne rechtlich wirksamen Gehalt.<sup>53</sup> Eines dieser leeren Versprechen des BVerfG lautet: „Jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.“<sup>54</sup> Da der Gesetzgeber mit einer solchen Leitlinie völlig überfordert wäre,<sup>55</sup> muss ein solcher Grundsatz notwendigerweise bis zur Unkenntlichkeit von unzähligen Einschränkungen und Ausnahmen durchzogen sein.

### 2. Das unbestimmte Bestimmtheitsgebot

Aufgrund des kargen Wortlauts des Art. 103 Abs. 2 GG ist der Regelungsgehalt des Bestimmtheitsgebots nur schwer fassbar. Bildlich gesprochen sitzt die Verfassungsnorm im Glashauss und wirft mit Steinen, denn sie ist selbst in hohem Maße unbestimmt.<sup>56</sup> Eine Konkretisierung des Bestimmtheitsmaßstabs ist dementsprechend allenfalls durch Angabe allgemeiner „Leitgesichtspunkte“ möglich.<sup>57</sup> Das BVerfG bemerkt insoweit zutreffend, dass der geforderte Grad der Normenklarheit je nach Strafgesetz unterschiedlich und damit

<sup>39</sup> Freund, Erfolgsdelikte und Unterlassen, 1992, S. 113.

<sup>40</sup> Grundlegend Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 121 ff.; siehe auch bspw. Rudolph, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht, 2006, S. 30 f.

<sup>41</sup> Jüngst Rostalski, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019, S. 86 ff.; dies., RphZ 2018, 157; siehe noch Birkenstock, Die Bestimmtheit von Straftatbeständen mit unbestimmten Gesetzesbegriffen, 2004, S. 68 ff.; hierzu Kirsch (Fn. 16), S. 144 f.

<sup>42</sup> Vgl. Lemmel, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege, 1970, S. 174 f.

<sup>43</sup> BVerfGE 143, 38 (57); Dannecker/Schuh, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 1 Rn. 257; Jäger, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 1 Rn. 7; Rotsch (Fn. 7), § 2 Rn. 17.

<sup>44</sup> Vgl. hierzu Kuhli, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafgerichtlichen Rechtsanwendung, 2018, S. 176 ff., 414.

<sup>45</sup> Insgesamt abweichend Rostalski (Fn. 41), S. 95 ff.; dies., RphZ 2018, 157.

<sup>46</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 97.

<sup>47</sup> BVerfGE 73, 206 (237); 32, 346 (362); 53, 96 (99); 71, 108 (115).

<sup>48</sup> Krey (Fn. 19), Rn. 133; Erne (Fn. 19), S. 34 f.

<sup>49</sup> Vgl. Lemmel (Fn. 42), S. 178; Erne (Fn. 19), S. 34.

<sup>50</sup> Siehe erneut Krey (Fn. 19), Rn. 133.

<sup>51</sup> Kuhlen, in: Murmann (Hrsg.), Recht ohne Regeln? Die Entformalisierung des Strafrechts, 2011, S. 19 (22); Satzger (Fn. 23), S. 241 f.

<sup>52</sup> Siehe hierzu ausführlich Kuntz, AcP 215 (2015), 387.

<sup>53</sup> Vgl. (sehr) kritisch bereits Rotsch, ZJS 2008, 132 (134 ff.).

<sup>54</sup> BVerfGE 143, 38 (53); ebenso 73, 206 (234 f., Hervorhebung durch die Verf.); aktuell wieder BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 73.

<sup>55</sup> Kirsch (Fn. 16), S. 22 m.w.N.

<sup>56</sup> Siehe bereits Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 187 f.; Schünemann, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 29; Rotsch, ZJS 2008, 132 (134); Kuhlen (Fn. 51), S. 22.

<sup>57</sup> Vgl. Nolte/Aust (Fn. 5), Art. 103 Rn. 144 ff. Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 103 Rn. 30, zieht offenbar selbst das in Zweifel.

abhängig von den „Besonderheiten des jeweiligen Tatbestandes“ ist.<sup>58</sup> Diese Flexibilität ist letztlich auch der Grund dafür, dass das Bestimmtheitsgebot sich jenseits der Fälle unbestimmter Blankettstrafgesetze in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung als nicht sonderlich relevanter Nichtigkeitsgrund erwiesen hat.<sup>59</sup>

Grundlegend gilt zunächst (auch) für den Gesetzgeber der Satz „*ultra posse nemo obligatur*“: Er hat Normen so zu formulieren, „wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist“.<sup>60</sup> Ob hierin eine Relativierung („*nur* so bestimmt wie möglich“) oder Aufwertung („so bestimmt wie *nur* möglich“) des Bestimmtheitsgebots zu sehen ist, kann nicht sinnvoll beantwortet werden, weil schon nicht festgestellt werden kann, was „möglich“ in diesem Kontext überhaupt bedeutet: „Genügt jede Möglichkeit, handelt es sich um eine besondere Form der Erforderlichkeitsprüfung oder am Ende allein um eine Frage der Zweckmäßigkeit?“<sup>61</sup> Die Spannweite ist denkbar weit.

Wesentlich hilfreicher, präziser und deshalb auch in praktischer Hinsicht relevanter ist vielmehr die Frage, in welchen Situationen und an welchen Adressatenkreis die strafbewehrte Verhaltensnorm sich richtet. Eine wertende Abstraktion ist dabei unumgänglich: Da über die Verfassungsmäßigkeit einer abstrakt-generellen Strafnorm zu urteilen ist, müssen auch der Adressatenkreis und die Handlungssituation einer gewissen *abstrahierenden Typisierung* zugeführt werden.<sup>62</sup>

### 3. Der typisierte Normadressat

Im Schrifttum ist die Konkretisierung des Bestimmtheitsmaßstabs anhand des angesprochenen Normadressatenkreises weitestgehend anerkannt.<sup>63</sup> Richtet die strafbewehrte Verhaltensnorm sich von vornherein an einen speziellen Adressatenkreis, so wird das damit avisierte „Expertenstrafrecht“ als

Grund für eine Relativierung der Normklarheit ausgemacht.<sup>64</sup> Es geht dabei wohlgerne nicht um den Personenkreis als solchen, sondern vielmehr um das besondere Fachwissen, das diesem aufgrund seiner sozialen, wirtschaftlichen und beruflichen Stellung als regelmäßig vorhanden *zugeschrieben* wird. Betrifft die Strafnorm einen ganz bestimmten Lebensbereich, ist der dort regelmäßig vorzufindende Erkenntnisstand bei der Auslegung in Rechnung zu stellen, was zu einer Relativierung der Anforderungen an die Normenklarheit in concreto führt.<sup>65</sup> Dass der *konkrete* Täter in der *konkreten* Tatsituation seine Rechtspflichten ggf. nicht nachvollziehen konnte, kann im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Beurteilung des abstrakt-generellen Strafgesetzes nicht berücksichtigt werden. Insoweit muss auf die strafrechtlichen Irrtumsregeln zurückgegriffen werden, die jedoch – wie noch zu zeigen sein wird – in der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH in einem engen Zusammenhang mit der Gesetzesbestimmtheit stehen (siehe dazu später unter IV.).

Mit der strafrechtsdogmatischen Deliktskategorie der Sonderdelikte – die im Wirtschaftsstrafrecht besonders gehäuft auftaucht<sup>66</sup> – hat das nur im weitesten Sinne etwas zu tun. Das Sonderdelikt, das nur von solchen Personen in strafbarer Weise täterschaftlich verwirklicht werden kann, die die im Tatbestand bezeichnete besondere Eigenschaft aufweisen,<sup>67</sup> kann durchaus ein herausgehobener Fall des besonderen (von vornherein beschränkten) Adressatenkreises sein. Es ist aber bei Weitem nicht der einzige. So wird bspw. der Straftatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG i.V.m. § 5 Abs. 1 AMG<sup>68</sup> in aller Regel nur von solchen Personen verwirklicht, die professionell mit dem Inverkehrbringen von Arzneimitteln befasst sind. Dem Wortlaut der Normen lässt sich ein Sonderdeliktscharakter freilich nicht entnehmen. Die Eigenschaft als Jedermann delikt ändert aber nichts daran, dass der Adressatenkreis aus verfassungsrechtlicher Sicht als ein besonders herausgehobener gelten darf.<sup>69</sup>

<sup>58</sup> BVerfGE 143, 38 (55); zustimmend *Kunig* (Fn. 57), Art. 103 Rn. 30; siehe auch BGH NJW 2014, 3459 (3460): „wertende[] Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung möglicher Regelungsalternativen“.

<sup>59</sup> Vgl. *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 64; *Schmitz* (Fn. 33), § 1 Rn. 56, mit Nachw. zur Rspr.

<sup>60</sup> BVerfGE 49, 168 (181); 93, 213 (238); siehe auch BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 74.

<sup>61</sup> *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (41).

<sup>62</sup> *Erne* (Fn. 19), S. 33; *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (42).

<sup>63</sup> *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 1 Rn. 21; *Nolte/Aust* (Fn. 5), Art. 103 Rn. 146; *Radtke* (Fn. 15), GG Art. 103 Rn. 25; *Schulze-Fielitz* (Fn. 27), Art. 103 Abs. 2 Rn. 40; *Wolff*, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), Nomos Kommentar, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 15; krit. dagegen *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29 (49); *Krahl*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG), 1986, S. 155 f., 343 f. Zur Rspr. siehe die Nachw. unten 4.

<sup>64</sup> Zurückhaltend *Satzger* (Fn. 23), S. 242 ff.; *ders.*, JuS 2004, 943 (944); *ders.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, § 9 Rn. 67; *ders./Langheld*, HRRS 2011, 460 (464); zustimmend *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 11 Rn. 65; *Jäger* (Fn. 43), § 1 Rn. 9. Für das Gebiet des Arbeitsstrafrechts etwa *F. Meyer/M. Meyer*, in: Momsen/Grützner (Fn. 7), § 35 Rn. 10. Erste Ansätze dieses Gedankens finden sich bei *Tiedemann* (Fn. 56), S. 205. Für das Völkerstrafrecht ablehnend *Schmid*, ZIS 2020, 349 (359 f.).

<sup>65</sup> Zur Parallelität von Auslegung und Gesetzesbestimmtheit s.o. II. 2.

<sup>66</sup> Siehe näher *Rotsch* (Fn. 7), § 2 Rn. 10.

<sup>67</sup> Vgl. jüngst *Rotsch*, in: Dünkel/Fahl/Hardtke/Harrendorf/Regge/Sowada (Hrsg.), Strafrecht – Wirtschaftsstrafrecht – Steuerrecht, Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks, 2018, S. 149.

<sup>68</sup> Hiernach wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer ein Arzneimittel in den Verkehr bringt oder bei anderen anwendet, das i.S.d. § 5 Abs. 2 AMG als „bedenklich“ einzustufen ist.

<sup>69</sup> Siehe hierzu BVerfG, Beschl. v. 26.4.2000 – 2 BvR 1881/99 u.a. = NJW 2000, 3417.

#### 4. Der Ursprung des typisierten Normadressaten in der Rechtsprechung des BVerfG

Seinen Ausgangspunkt nahm der Leitgesichtspunkt des „typisierten Normadressaten“ allerdings in der Rechtsprechung des BVerfG, wobei insoweit ein typischer dogmengeschichtlicher Verlauf zu beobachten ist: Das „Besondere“ wird im Laufe der Zeit zum „Allgemeinen“ erhoben, die Ausnahme wird zur Regel, indem das dahinterstehende Prinzip als solches erkannt und auf ein festes dogmatisches Fundament gestellt wird. Dies führt wiederum zu einem erweiterten Anwendungsbereich des nur vermeintlich besonderen Prinzips.<sup>70</sup>

Erstmals erwähnt wurde der Leitgedanke in einer Entscheidung zum Disziplinarrecht, für das Art. 103 Abs. 2 GG ebenfalls gilt, soweit eine „missbilligende hoheitliche Reaktion auf schuldhaftes Verhalten“ erfolgt.<sup>71</sup> Die Verwendung von Generalklauseln in einer disziplinarrechtlichen Sanktionsvorschrift wurde durch das BVerfG damit gerechtfertigt, dass eine vollständige Aufzählung der mit einem Beruf verbundenen Pflichten einerseits nicht möglich, andererseits aber auch nicht nötig sei, weil – „anders als im allgemeinen Strafrecht“ (BVerfG) – die Strafnormen sich nur an einen Kreis von Berufsangehörigen richten, deren Aufgaben für sie „im allgemeinen leicht erkennbar“ seien.<sup>72</sup> Die hier noch durchscheinende Zurückhaltung hat das BVerfG in den darauffolgenden Entscheidungen immer weiter aufgegeben. In der oft zitierten Entscheidung BVerfGE 48, 48, wird die Frage, an welchen Kreis von Adressaten sich die Vorschrift wendet, in Zusammenhang mit einer „echten“ Strafvorschrift (§ 240 Abs. 1 Nr. 4 KO a.F.) gebracht:

„Richtet sie sich ausschließlich an Personen, bei denen auf Grund ihrer Ausbildung oder praktischen Erfahrung bestimmte Fachkenntnisse regelmäßig vorauszusetzen sind, und regelt sie Tatbestände, auf die sich solche Kenntnisse zu beziehen pflegen, so begegnet die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe unter dem Gesichtspunkt des Art. 103 Abs. 2 GG keinen Bedenken, wenn allgemein davon ausgegangen werden kann, daß der Adressat auf Grund seines Fachwissens imstande ist, den Regelungsinhalt solcher Begriffe zu verstehen und ihnen konkrete Verhaltensanweisungen zu entnehmen.“<sup>73</sup>

<sup>70</sup> So wirken häufig auch die dogmatischen Lösungen, die für wirtschaftsstrafrechtliche Sachverhalte als vermeintliche Sonderkonstellationen entwickelt wurden, auf die Dogmatik des Kernstrafrechts zurück und etablieren sich auf diesem Wege zu allgemeinen Grundsätzen, vgl. hierzu *Rotsch* (Fn. 7), § 2 Rn. 33.

<sup>71</sup> BVerfGE 26, 186 (204); zum Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG siehe bspw. *Degenhart* (Fn. 59), Art. 103 Rn. 57.

<sup>72</sup> BVerfGE 26, 186 (204).

<sup>73</sup> BVerfGE 48, 48 (57) = NJW 1978, 1423; erneute Erwähnung findet der Gesichtspunkt bspw. in BVerfGE 128, 282 (318). BVerfG, Beschl. v. 29.4.2010 – 2 BvR 414/08 = BeckRS 2010, 49249 Rn. 55, bezeichnet dies als ständige Rechtsprechung.

Selbst diese Zeilen klingen noch etwas reserviert, weil das BVerfG verlangt, dass die fraglichen Strafnormen sich „ausschließlich“ an einen bestimmten Personenkreis wenden und nur dann eine hinreichende Bestimmtheit anzunehmen ist, wenn „allgemein davon ausgegangen werden kann“, dass dieser Personenkreis eine gewisse Expertise aufweist. Später wurde auch diese letzte Einschränkung insofern aufgehoben, als dem betreffenden Normadressaten – zumindest in der Sache – Rechtserkundigungspflichten auferlegt wurden.<sup>74</sup> Die Berücksichtigung des Adressatenkreises entfaltete dann auch etwa in Entscheidungen zum Umweltstrafrecht<sup>75</sup> und dem Arzneimittelstrafrecht<sup>76</sup> Relevanz. Der zunächst nur für das Disziplinarrecht entwickelte Leitgesichtspunkt des typischen Normadressaten hat sich damit allmählich zu einem allgemeinen Auslegungsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG gewandelt.

Einige wenige Zweifel streute der *Zweite Senat* des BVerfG im Jahr 2016 noch in seinem Beschluss zum Rindfleischetikettierungsgesetz, als er die Berücksichtigungsfähigkeit des Adressatenkreises erstaunlicherweise offen ließ.<sup>77</sup> In Anbetracht der weiteren Entwicklung dürfte diese Unsicherheit allerdings wieder bereinigt worden sein, denn derselbe *Senat* entschied im Jahr 2018, dass „der Kreis der Anwender und Betroffenen der Norm“ bei der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit berücksichtigt werden darf, wenn gleich die Ausführungen im Zusammenhang mit dem *allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatz* (Art. 20 Abs. 3 GG)<sup>78</sup> getroffen wurden.<sup>79</sup>

Dass der *Zweite Senat* die bisher geltenden Grundsätze wohl nie in Zweifel gezogen hatte, zeigt sich dann anhand einer aktuellen Entscheidung zur Frage der Bestimmtheit der §§ 58 Abs. 3 Nr. 2, 62 Abs. 1 Nr. 1 LFGB aus dem Jahr 2020.<sup>80</sup> Hier erwähnt er auch im Rahmen des Art. 103 Abs. 2 GG wieder ganz selbstverständlich, dass „[a]uch der Kreis der Normadressaten [...] von Bedeutung“ ist.<sup>81</sup> Im weiteren Verlauf der Entscheidung wird der Leitgesichtspunkt des Adressatenkreises in seiner vollen Bedeutung zum Einsatz gebracht: Zunächst stellt das Gericht fest, dass zur Präzisierung der Anforderungen an die Normenklarheit das „normative Leitbild eines sach- und fachkundigen Normadressaten“

<sup>74</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 97; BGH NStZ 2020, 160 (161); vgl. auch *Dannecker/Schuhr* (Fn. 43), § 1 Rn. 211 m.w.N., sowie unten IV. 3.

<sup>75</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.5.1987 – 2 BvL 11/85 = BVerfGE 75, 329 (345) = NStZ 1987, 450.

<sup>76</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.4.2000 – 2 BvR 1881/99 u.a. = NJW 2000, 3417.

<sup>77</sup> BVerfGE 143, 38 (59) = NJW 2016, 3648 (3651 Rn. 52). Bemerkt hat dies *Remmert* (Fn. 22), 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 103 Rn. 93.

<sup>78</sup> Dieser ist von Art. 103 Abs. 2 GG zu unterscheiden, s.o. II. 1.

<sup>79</sup> BVerfGE 150, 1 (98).

<sup>80</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17 = HRRS 2020, Nr. 549; vgl. auch *Rotsch*, ZJS 2008, 132 (133 f.).

<sup>81</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 77.

maßgeblich ist.<sup>82</sup> Der Gesetzgeber darf bei Normsetzung besondere Sach- und Fachkenntnis „erwarten“; wer die Tätigkeit in einem speziellen Lebensbereich aufnimmt, „ist gehalten, sich – unter Umständen durch fachkundige Beratung – darüber Kenntnis zu verschaffen“, welche Rechtsregeln gelten.<sup>83</sup> Über die Rechtskenntnis hinaus darf der Gesetzgeber auch von einer Kenntnis über die tatsächlichen Gefahren für Rechtsgüter ausgehen, die mit der reglementierten Tätigkeit verbunden sind.<sup>84</sup> Das ist beachtlich, denn herkömmlich wurde ein solcher Standpunkt nur im Rahmen des allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatzes explizit vertreten.<sup>85</sup>

Zuletzt soll noch auf zwei weitere Aufweichungen des Bestimmtheitsgrundsatzes hingewiesen werden: Das BVerfG unterscheidet offenkundig nicht zwischen Unklarheiten, die aus der Verwendung außerrechtlicher Fachausdrücke und solchen, die aus der Struktur und Systematik des Gesetzes resultieren.<sup>86</sup> Zudem kann die Berücksichtigung des Adressatenkreises richtigerweise nicht davon abhängen, ob die strafbewehrte Verhaltensnorm sich „ausschließlich“ an einen besonderen Personenkreis wendet.<sup>87</sup> Sofern es sich bei dem jeweiligen Strafgesetz nicht um ein Sonderdelikt handelt, worauf es aber – wie gesagt – nicht ankommen kann, lässt diese Begrenzung sich letztlich nicht durchhalten, da niemals ausgeschlossen ist, dass nicht doch ein anderer Typus als der „typisierte Normadressat“ in den Anwendungsbereich der strafbewehrten Verhaltensnorm gerät.<sup>88</sup> Die aufgrund des Schuldprinzips gebotene Abhilfe müssen und können in einem solchen Fall nur die strafrechtlichen Irrtumsregeln leisten (dazu sogleich IV. 3. ff.).

#### IV. Criminal Compliance als verfassungsrechtliche Auslegungsgarantie

Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist der Wesensgehalt gerade kriminalitätsbezogener Compliance – bei der es (in Abgrenzung zur Compliance im Übrigen) um die Vermeidung gerade strafrechtlicher Sanktionen geht.<sup>89</sup> Die compliance-spezifische Problematik spielt sich dabei in doppelter Hinsicht auf zwei Ebenen ab, nämlich als präventiv wie auch repressiv ausgerichteter Versuch, strafrechtliche Sanktionierung zu verhindern,<sup>90</sup> und zwar auf der Ebene des objektiven und des subjektiven Tatbestands.

##### 1. Die Bestimmung der objektiven Verhaltensanforderung als verfassungsrechtliche Auslegungsgarantie

Im Kontext präventiv wie repressiv ausgerichteter Criminal Compliance sind es zunächst die objektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen, die besondere Schwierigkeiten bei der Ermittlung der jeweils geltenden Verhaltensanforderungen hervorrufen. Ein Schwerpunkt der „verfassungsrechtlichen Auslegungsgarantie“ des Normadressaten liegt daher im objektiven Straftatbestand. Die Probleme im Wirtschaftsstrafrecht sind zahllos und unter dem spezifischen Blickwinkel von Criminal Compliance auch nicht im Ansatz erforscht. An dieser Stelle mögen einige wenige Hinweise, beschränkt auf den Untreuetatbestand des § 266 StGB, genügen. Wer bspw. vor der Frage steht, ob er ein riskantes Rechtsgeschäft mit vermögensrelevanter Rechtswirkung für einen Dritten abschließen darf, wird sich vor dem Hintergrund des § 266 Abs. 1 StGB damit auseinandersetzen müssen, ob er vermögensbetreuungspflichtig i.S.d. Untreuetatbestands ist,<sup>91</sup> ob die Vornahme des von ihm beabsichtigten Rechtsgeschäfts die ihn ggf. treffenden Pflichten verletzt<sup>92</sup> und sein Verhalten einen Vermögensnachteil<sup>93</sup> begründet. Zu diesen fast schon klassisch zu nennenden Auslegungsfragen ist jüngst noch die unter verfassungsrechtlicher Ägide besonders problematische Frage nach der Gravität<sup>94</sup> der Pflichtverletzung hinzugekommen.<sup>95</sup>

<sup>82</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 97; *Satzger* bezeichnet diesen funktional zu bestimmenden Normadressaten als „verständigen“ Bürger, wobei der Verständigkeitsmaßstab je nach Rechts- und Sachgebiet ansteigen könne (*Satzger* [Fn. 64 – Int. u. Europ. StR], § 9 Rn. 67).

<sup>83</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 97.

<sup>84</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 98.

<sup>85</sup> BVerfGE 131, 88 (123): „Der Bestimmtheitsgrundsatz fordert aber nicht, dass der Inhalt gesetzlicher Vorschriften dem Bürger grundsätzlich ohne Zuhilfenahme juristischer Fachkunde erkennbar sein muss [...]“

<sup>86</sup> Auf eine Differenzierung pocht aber bspw. *Satzger* (Fn. 23), S. 243 f.

<sup>87</sup> So aber das BVerfG, siehe die Nachw. in Fn. 73, sowie auch *Satzger* (Fn. 23), S. 243 m.w.N.

<sup>88</sup> Kritisch zum Kriterium des Normadressatenkreises für das Gebiet des Außenwirtschaftsstrafrechts deshalb *F. Meyer/Hüttemann*, in: *Momsen/Grützner* (Fn. 7), § 37 Rn. 11.

<sup>89</sup> Zur (theoretischen) Abgrenzung von „Compliance“ und „Criminal Compliance“ und dem spezifischen Regelungsgegenstand letzterer vgl. *Rotsch* (Fn. 3 – Hdb. CC), § 1 Rn. 11; *ders.* (Fn. 3 – Hdb. d. StrR), § 26 Rn. 4 f.

<sup>90</sup> Vgl. *Rotsch* (Fn. 3 – Hdb. d. StrR), § 26 Rn. 16.

<sup>91</sup> Zu den vielfältigen Unsicherheiten bei der inhaltlichen Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht vgl. nur *Wittig*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Aufl. 2020, § 20 Rn. 106 ff.

<sup>92</sup> Auch hier sind die Probleme vielgestaltig (Stichworte: negative und asymmetrische Akzessorität der Pflichtwidrigkeit; Gebot restriktiver Auslegung; vermögensschützender Charakter der Pflicht).

<sup>93</sup> Vgl. auch insoweit *Wittig* (Fn. 91), § 20 Rn. 153 ff.

<sup>94</sup> Die Frage ist weiterhin nicht geklärt; hierzu jüngst ausführlich und kritisch *M. Wagner*, *ZStW* 131 (2019), 319.

<sup>95</sup> Vgl. auch noch unten V.

## 2. Die Bestimmung der Voraussetzungen subjektiver Zurechnung als verfassungsrechtliche Auslegungsarbeit

Bezüglich der subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen verhält es sich freilich nicht weniger kompliziert: Ob der Normadressat nur fahrlässig oder ohne Unrechtsbewusstsein handelt, steht nicht zu seiner Disposition – er kann sich nicht bewusst gegen sein Unrechtsbewusstsein oder bewusst für eine fahrlässige Begehung entscheiden. Soweit also subjektive Strafbarkeitsvoraussetzungen den Regeln über die „subjektive Zurechnung“ eines Verstoßes gegen die objektivrechtliche Verhaltensordnung zuzuordnen sind – wozu die §§ 15, 16, 17 StGB zählen –, können sie nicht selbst Teil der Verhaltensnormen sein.<sup>96</sup> An ihnen kann der Normadressat sich ex ante in der Situation der Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Verhalten nicht orientieren, weil sie inhaltlich nichts zum Verhaltensappell beitragen.<sup>97</sup>

Die Grenzen des Beschäftigungsfelds von Criminal Compliance sind aufgrund des soeben Gesagten jedoch noch nicht gezogen. Zwar gelingt die Vermeidung von Strafbarkeit im besten Fall bereits durch ein objektiv normgemäßes Verhalten, sodass die Frage der subjektiven Zurechenbarkeit – bzw. ihrer Unterbrechung – sich erst gar nicht stellt. Wird der Normadressat allerdings mit „unklaren“ strafbewehrten Verhaltensnormen konfrontiert, erweist die Erfüllung dieser Aufgabe sich als schwierig.

Nicht selten findet der Normadressat sich in der Situation, dass die ex ante vorgenommene Auslegung des „unklaren“ Strafgesetzes sich in den Augen des nachträglichen Rechtsanwenders als fehlerhaft erweist. Unter diesen Umständen muss es ihm daran gelegen sein, überzeugende Gründe dafür vorweisen zu können, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für den eingetretenen Verstoß gegen objektive Rechtsregeln gleichwohl auszuschließen.

Wer glaubt, dass hiermit ausschließlich Fragen der (Un-)Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums gem. § 17 StGB angesprochen sind, irrt: Insbesondere im mit normativen Tatbestandsmerkmalen und Blankettstrafgesetzen durchsetzten „Wirtschaftsstrafrecht“ taucht nicht selten die Schwierigkeit auf, den Verbotsirrtum vom Tatumstandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB abzugrenzen (siehe dazu beispielhaft unten 4.). Im Folgenden soll deshalb – freilich nur skizzenhaft – der Zusammenhang zwischen der „Unklarheit“ eines Strafgesetzes und der Irrtumsdogmatik unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechungsentwicklung in den Blick genommen werden (3., 4.). Hieraus lassen sich sodann Schlussfolgerungen für die subjektive Zurechnung als Gegenstand der Criminal Compliance ziehen (5.). Schließlich werden die Relativierungen des Gebots der Normenklarheit als Folge der Blankettregelungstechnik in den Blick genommen (6.).

<sup>96</sup> Vgl. Kindhäuser, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafen*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 345 (348 ff.).

<sup>97</sup> Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, 1989, S. 39 f.; *Ast*, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, S. 14 f.

## 3. Strafrechtliche Irrtumsregeln als Argument gegen die „Unklarheit“ eines Strafgesetzes

Wie bereits gezeigt, unterstellt das BVerfG in abstrakter Hinsicht, dass die Normadressaten über das sie betreffende Recht im Bilde sind. Anders wäre eine tatsächliche Geltung der Rechtsnormen auch nicht zu verwirklichen und letztlich lässt sich jene „Unterstellung“ auch auf Art. 82 Abs. 2 GG stützen: Mit der Verkündung einer Rechtsverordnung oder eines Gesetzes im Bundesgesetzblatt geht die Verfassung davon aus, dass die Rechtsnormen den Rechtsunterworfenen automatisch bekannt sind.<sup>98</sup> Eine solche Fiktion mag bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Strafgesetzes durchaus möglich sein. Für eine strafrechtliche Verurteilung müssen aber die subsumtionsrelevanten Tatumstände genauso wie die rechtlichen Verhaltensanforderungen für den Betroffenen im Tatzeitpunkt (§ 8 StGB) wenigstens *individuell erkennbar* sein. „Objektives Unrecht“ – soweit es solches überhaupt gibt – reicht zur Strafbarkeit nicht hin.<sup>99</sup>

Hierin liegt eine dem Strafrecht immanente Abmilderung der Normkenntnisfiktion, die sich auch das BVerfG bei der verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsbeurteilung zunutze macht, wenn es schreibt: „In Grenzfällen wird die strafrechtliche Irrtumsregelung angemessene Lösungen ermöglichen.“<sup>100</sup> Gerade bezüglich normativer Tatbestandsmerkmale kommt nach Ansicht des BVerfG der Irrtumsregel des § 16 StGB eine besondere Bedeutung zu: Hat der Täter die im Einzelfall geltende Wertung nicht nachvollzogen, handelt er ohne Vorsatz,<sup>101</sup> womit das Gericht auf der Rechtsprechungslinie des BGH liegt (siehe sogleich 4.). Auf diese Weise wird „unklaren“ Strafgesetzen jedenfalls in der Anwendung auf den konkreten Einzelfall ihre Spitze genommen, was auch in die Bestimmtheitsbeurteilung des BVerfG Eingang findet. Diese pragmatische Tendenz im Umgang mit unklaren Strafgesetzen findet sich auch in der Rechtsprechung des BGH wieder:

## 4. Aktuelle Entwicklung in der Rechtsprechung des BGH zur Irrtumsproblematik

Eine jüngere Entscheidung des *1. Strafsenats* des BGH<sup>102</sup> wird in der Literatur bereits als der Startpunkt eines größeren Richtungswechsels bezüglich der Irrtumsdogmatik gehandelt.<sup>103</sup> Zu beurteilen war insoweit eine Strafbarkeit wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gem. § 266a StGB. Während der *1. Strafsenat* bisher davon ausging, dass der Vorsatz sich nur auf die tatsächlichen Umstände beziehen muss, die die vom Straftatbestand vorausgesetzte Arbeitgeberstellung begründen, verlangt er – nach Ankündigung in einem obiter dictum von 2018<sup>104</sup> – nun außerdem<sup>105</sup>,

<sup>98</sup> Latzel, *Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie*, 2020, S. 172.

<sup>99</sup> Siehe nur Roxin/Greco (Fn. 26), § 10 Rn. 88 ff.

<sup>100</sup> BVerfGE 76, 329 (343).

<sup>101</sup> BVerfGE 78, 205 (213 f.).

<sup>102</sup> BGH NJW 2019, 3532.

<sup>103</sup> Siehe etwa Brand, NJW 2019, 3535 (3636); Eisele, JuS 2020, 365 (366).

<sup>104</sup> BGH NStZ 2019, 146 m. Anm. v. Galen/Dawidowicz.

dass der Täter über die „maßgeblichen tatsächlichen Umstände hinaus auch die außerstrafrechtlichen Wertungen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts – zumindest als Parallelwertung in der Laiensphäre – nachvollzogen hat“.<sup>106</sup> Damit beabsichtigt der BGH die Vereinheitlichung der Vorsatzbeurteilung in § 266a StGB und § 370 AO, zumal beide Strafvorschriften praktisch oftmals denselben Sachverhalt erfassen.<sup>107</sup> Was bisher ein „in der Regel vermeidbare[r]“ Verbotsirrtum gem. § 17 StGB war, ist nunmehr ein vorsatzausschließender Irrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Zwei Aspekte dieser Entscheidung sind im hier besprochenen Zusammenhang von besonderer Bedeutung:

a) *Unklare Normen und Irrtumsdogmatik*

Aufschlussreich sind zunächst die Ausführungen des BGH zum Arbeitgeberbegriff:

„Der Beurteilung [ob die Arbeitgeberberei­genschaft vor­liegt], die aufgrund einer Vielzahl von Kriterien zu erfolgen hat [...], kann eine komplexe Wertung zugrunde liegen, wobei sich die Ergebnisse, da die Kriterien im Einzelfall unterschiedliches Gewicht haben können, nicht immer sicher vorhersehen lassen [...]“.<sup>108</sup>

Es ist also gerade die „geringe“ Normenklarheit und die daraus folgende fehlende Voraussehbarkeit der nachträglichen Beurteilung durch die Gerichte, die unmittelbare Folgen für die Vorsatz- bzw. Irrtumsdogmatik hat: Je unklarer die Tatbestandsmerkmale sind, desto größer ist der Anwendungsbe­reich der Irrtumsregeln,<sup>109</sup> dies gilt zunächst ganz unabhängig davon, ob es sich um „normative“, „deskriptive“ oder um „Blankettmerkmale“ handelt.<sup>110</sup> Mit Sicherheit sind vor allem solche Tatbestandsmerkmale von diesem Phänomen betroffen, die erst durch eine Vielzahl von Einzelregelungen – gleich einer „Rechtsanalogie“ – in ihrem Bedeutungsgehalt erfassbar sind, denn die Methode zur Inhaltsbestimmung des Merkmals erweitert ganz natürlich das Feld für Irrtümer des Normadressaten. Wenn die das Merkmal ausfüllenden Einzelkriterien – wie etwa bezüglich des Arbeitgeberbegriffs – nicht in einem bestimmten hierarchischen Verhältnis zueinander stehen, sondern erst im Wege einer wenig durchsichtigen Gesamt-

wertung des nachträglich urteilenden Gerichts zusammengeführt werden, erweitert sich das Feld der möglichen Irrtümer.

b) *Verschiebung der Anwendungsbereiche der §§ 16, 17 StGB*

Die Ausweitung des Begriffs der Umstände des gesetzlichen Tatbestands i.S.d. § 16 StGB dürfte im Gros der denkbaren Fälle eine mildere Rechtsfolge zeitigen. Tatumstandsirrtümer führen allenfalls zu einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, und das auch nur dann, wenn eine solche im Gesetz überhaupt vorgesehen ist. Der vermeidbare Verbotsirrtum hat dagegen gem. § 17 S. 2 StGB bekanntlich nur eine fakultative Strafmilderung zur Folge.

Ob Vorsatz im Einzelfall gegeben ist, muss freilich anhand der im Einzelfall festgestellten Tatumstände geklärt werden. Die Methode der Vorsatzfeststellung, die der BGH wählt, unterbindet aber jede Euphorie: Im Rahmen des § 370 AO soll nach Auffassung des BGH Vorsatz dann naheliegen, wenn der professionell wirtschaftlich tätige Normadressat sich entgegen der in seinem „Gewerbe bestehenden Erkundigungspflichten“<sup>111</sup> nicht über seine steuerrechtlichen Verpflichtungen informiert. Holt er keinen „zuverlässigen“ Rechtsrat ein, soll eine „Gleichgültigkeit“ bezüglich der Erfüllung seiner Pflichten festzustellen sein, die für die Annahme eines wenigstens bedingten Vorsatzes spricht.<sup>112</sup> Dieses Kriterium der Vorsatzfeststellung wiederholt der BGH nun unter Verweis auf diese Rechtsprechung auch in seiner Entscheidung zu § 266a StGB.<sup>113</sup> Über den Umweg des strafprozessualen Vorsatznachweises wird der Irrtumsregel des § 16 StGB in der Sache eine Vermeidbarkeitsklausel angefügt, wie sie dem Gesetzeswortlaut zufolge nur der Verbotsirrtum (§ 17 StGB) kennt. Das Kriterium der *Vermeidbarkeit* im Zusammenhang mit der Feststellung des *Vorsatzes* wirft einige grundsätzliche Fragen auf.<sup>114</sup> Denn ob ein (tatsächlich bestehender) Irrtum vermeidbar war, ist nach herkömmlicher Strafrechtsdogmatik eine Frage, die nur dann gestellt wird, wenn eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Raum steht.<sup>115</sup>

Es scheint aber noch ein weiterer Risikobereich auf: Sollte das Vermeidbarkeitskriterium, das der *I. Strafsenat* des BGH nun auch im Rahmen des Vorsatznachweises aufstellt, genauso streng gehandhabt werden, wie dies bisher beim Verbotsirrtum gem. § 17 StGB erfolgte, dürfte dies eine erhebliche Ausweitung des Bereichs der Vorsatzstrafbarkeit zur Folge haben. Holt der professionell wirtschaftlich tätige Normadressat Rechtsrat ein, ist zu beachten, dass „[n]ur die Auskunft einer verlässlichen Person [...] die Vermeidbarkeit des Irrtums ausschließen“<sup>116</sup> kann. „Verlässlich ist eine zuständige, sachkundige, unvoreingenommene Person, die mit der Erteilung der Auskunft kein Eigeninteresse verfolgt und die

<sup>105</sup> Die Kenntnis der Tatumstände kann durch nichts ersetzt, sondern allenfalls durch zusätzliche Voraussetzungen ergänzt werden, siehe *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 33), § 16 Rn. 72.

<sup>106</sup> BGH NJW 2019, 3532 (3533), Rn. 20. Siehe hierzu jetzt auch *Joecks/Kulhanek*, in: *Erb/Schäfer* (Fn. 33), § 16 Rn. 74 m.w.N.

<sup>107</sup> Siehe etwa die Anm. von *Eisele*, JuS 2020, 365; *Brand*, NJW 2019, 3535.

<sup>108</sup> BGH NJW 2019, 3532 (3533), Rn. 24.

<sup>109</sup> *Eidam*, ZStW 127 (2015), 120 (133) m.w.N.

<sup>110</sup> *Brand*, NJW 2019, 3535 (3636), stellt insoweit die berechnete Prognose auf, dass der Richtungswechsel in der Rechtsprechung auch Konsequenzen für die Irrtumsdogmatik im Bereich der Blankettstrafgesetze haben kann.

<sup>111</sup> BGH NStZ 2020, 160 (161).

<sup>112</sup> BGH NStZ 2020, 160 (161 f.).

<sup>113</sup> BGH NJW 2019, 3532 (3534 Rn. 26).

<sup>114</sup> Kritisch hierzu *Salditt*, in: *Jahn/Kempff/Lüderssen/Prittowitz/Schmidt/Volk* (Hrsg.), *Unbestimmtes Wirtschaftsstrafrecht und gesamtwirtschaftliche Perspektiven*, 2017, S. 202 (203).

<sup>115</sup> Vgl. auch *Rotsch* (Fn. 7), § 2 Rn. 70.

<sup>116</sup> *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 63), § 17 Rn. 18.

Gewähr für eine objektive, sorgfältige, pflichtgemäße und verantwortungsbewusste Auskunftserteilung bietet.“<sup>117</sup> Diese hohen Anforderungen belasten den Normadressaten mit weiteren Unsicherheiten.<sup>118</sup> Wenngleich diese „rigoristische Härte“<sup>119</sup> der Rechtsprechung im Umgang mit dem Verbotsirrtum durchaus kritikwürdig ist,<sup>120</sup> muss sie in der Rechtsberatungspraxis berücksichtigt werden.

##### 5. Nochmals: Unterbrechung der „subjektiven Zurechnung“ als Aufgabe von Criminal Compliance

Wird der Normadressat mit unklaren Strafgesetzen konfrontiert, muss aus Sicht der strafrechtlichen Compliance in diesem Fall ein besonderes Augenmerk darauf liegen, seine „Normbefolgungsbereitschaft“<sup>121</sup> deutlich zum Ausdruck zu bringen. Dass die Bemühungen, sich objektiv korrekt zu verhalten, sich als unzureichend herausstellen, muss also in die compliance-rechtliche Überlegung einbezogen werden,<sup>122</sup> das – richtigerweise weit verstandene – Ziel der Criminal Compliance ist es nämlich, strafrechtliche Sanktionierung im weitesten Sinn zu vermeiden.<sup>123</sup> Im Bereich unklar formulierter Strafnormen kommt Criminal Compliance also auch die Aufgabe zu, die materiellen Voraussetzungen des subjektiven Tatbestands und der Schuld – bzw. deren prozessuale *Nachweisbarkeit* – zuverlässig auszuschließen, mithin die subjektive Zurechnung im weiteren Sinne zu unterbrechen. Die Qualität von und die besondere Herausforderung für Criminal Compliance besteht nicht allein darin, dass sie ex ante die tatsächliche Befolgung von (strafbewehrten) Verhaltensnormen gewährleistet, sondern auch darin, dass sie ex post – bei festgestelltem objektivem Verstoß – eine strafrechtliche Verantwortlichkeit gleichwohl auszuschließen vermag.

In praktischer Hinsicht bedeutet dies für den professionell wirtschaftlich tätigen Normadressaten, dass das Einholen eines Rechtsrats bereits bei leisesten Zweifeln an der Rechtmäßigkeit eines betriebsbezogenen Verhaltens unverzichtbar ist.<sup>124</sup> Der Vorwurf vorsätzlichen (oder schuldhaften) Verhal-

tens lässt sich hierdurch ggf. ausschließen. Mit einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ hat das dann freilich nichts mehr zu tun. Vor allem im „Expertenstrafrecht“ wird es nicht mehr um die Sicht eines juristischen Laien gehen, denn dort wird eine Rechtsberatung – so in der Sache das BVerfG<sup>125</sup> – von Gesetzes wegen vorausgesetzt. Zudem ist zu bedenken, dass Strafgerichte einem vermeintlichen „Schutzschild“ der Rechtsberatung kritisch gegenüberstehen, denn eine übermäßige Anwendung der Irrtumsregeln mit der Folge der Strafflosigkeit beeinträchtigt in der Tendenz die allgemeine Geltung der abstrakt-generellen strafbewehrten Verhaltensnormen.<sup>126</sup> Systemfunktional gesprochen lautet die Frage also, wann ein Irrtum „kein so schlechtes Beispiel [ist], daß aus generalpräventiven Gründen eine Sanktion erforderlich wäre“.<sup>127</sup>

Dabei gilt auch für den rechtserkundigungspflichtigen Normadressaten der Grundsatz „ultra posse nemo obligatur“, sodass er „nur“ dazu verpflichtet ist, das individuell Mögliche zu tun, um eine rechtswidrige Verwirklichung des objektiven Tatbestands zu vermeiden. Mehr, als einen zuverlässigen und vertrauenswürdigen Rechtsrat einzuholen, wird vom Normadressaten kaum verlangt werden können. Die Aufgabe von Criminal Compliance ist es also, jene Zuverlässigkeit sicherzustellen. Es ist angezeigt, den Vorwurf einer „Feigenblattfunktion“<sup>128</sup> der Compliance-Maßnahmen so weit wie möglich zu vermeiden. Insbesondere unternehmensinterne Gutachten über die Frage der strafrechtlichen Relevanz eines beabsichtigten Verhaltens sollten bei „unklarer“ Rechtslage durch externe Rechtsberatung abgesichert werden.<sup>129</sup> Es muss somit bereits der Anschein vermieden werden, es handle sich um ein „Gefälligkeitsgutachten“.<sup>130</sup> Der Eindruck einer unabhängigen und „ehrlichen“ Rechtsmeinung ist insofern unersetzbar.<sup>131</sup> Die für die Zukunft der Criminal Compliance insoweit relevante Frage lautet deshalb, wie – neben inhaltlichen Aspekten – die organisatorischen und personellen Bedingungen der Entstehung eines Rechtsrats zu gestalten sind, um eine subjektive Zurechnung auszuschließen.

<sup>117</sup> Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 116), § 17 Rn. 18 mit zahlr. Nachw. zur Rspr.

<sup>118</sup> Eine umfangliche Übersicht zu der Frage, wann auch die Einholung eines Rechtsrats nicht zur Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums genügt, gibt Gaede, HRRS 2013, 449 (456 f.); kritisch hierzu auch Eidam, ZStW 127 (2015), 120; siehe auch Kirch-Heim/Samson, wistra 2008, 81.

<sup>119</sup> Roxin, in: Roxin/Bruns/Jäger (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974, S. 171 (188).

<sup>120</sup> Siehe ausführlich nun Roxin/Greco (Fn. 26), § 21 Rn. 62e ff. m.w.N. Jüngst auch Saliger, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 425 (438).

<sup>121</sup> Begriff bei Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 40.

<sup>122</sup> S.o. 1. a).

<sup>123</sup> Rotsch (Fn. 8), Kap. 4 Rn. 7 m.w.N.

<sup>124</sup> Die h.A. verlangt im Rahmen des § 17 StGB nicht einmal die (potentielle) Einsicht, einen strafbewehrten Ver- oder

Gebotsverstoß zu begehen (siehe bspw. BGHSt 11, 263 [266]; BGH NJW 2008, 1827 [1830]; BGH NStZ 1996, 236 [237]; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 21 Rn. 13; Allgayer, in: Graf/Jäger/Wittig [Hrsg.], Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, StGB § 17 Rn. 4). Deshalb sollte der Rechtsunterworfenen nicht erst dann Rechtsrat einholen, wenn er meint, er könnte straftatbestandsmäßig handeln, denn § 17 StGB setzt noch früher an, nämlich am Ver- oder Gebotensein nach Maßgabe der gesamten Rechtsordnung.

<sup>125</sup> Siehe BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 97.

<sup>126</sup> Vgl. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, Abschn. 19 Rn. 33; siehe auch Eidam, ZStW 127 (2015), 120 (128). Sehr kritisch hierzu nunmehr Roxin/Greco (Fn. 26), § 21 Rn. 62a ff.

<sup>127</sup> Roxin (Fn. 119), S. 188.

<sup>128</sup> BGH NStZ 2000, 307 (309).

<sup>129</sup> Kritisch hierzu Saliger (Fn. 120), S. 438: infiniter Gutachterregress.

<sup>130</sup> Siehe etwa BGH StV 2014, 13 (14) mit Anm. Dabs.

<sup>131</sup> Vgl. Eidam, ZStW 127 (2015), 120 (140 f.).

6. Normenunklarheit als Folge der Blankettregelungstechnik

a) Blankettregelungstechnik als Verständnishindernis

Ein guter Teil der Verständnisschwierigkeiten des Normadressaten resultiert zudem aus den nicht selten tiefgestaffelten Verweisungen der Blankettstrafgesetze.<sup>132</sup> Hierbei handelt es sich um Gesetze, bei denen die Strafbarkeit sich erst durch ein „Zusammenlesen“ mit der oder den Ausfüllungsnorm(en) ergibt, auf die das Gesetz verweist.<sup>133</sup> Für die auf diesem Wege geschaffene Gesamtnorm gilt der Grundsatz der Normenklarheit uneingeschränkt, denn die Verweisungsnorm nimmt an der Rechtsnatur der Sanktionsnorm als „Gesetz“ i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG teil.<sup>134</sup> Dennoch kennt das geltende Recht Bereiche, in denen diese Regelungstechnik zum „Rätselraten“ aufruft<sup>135</sup> und gar dafür sorgt, dass der Rechtssuchende sich in Verweisungsabyrinthen verirrt.<sup>136</sup> Für die meisten Teile des Kernstrafrechts dürfte eine solche Gesetzeslage nicht hinnehmbar sein. Für das sog. „Expertenstrafrecht“ gilt aber etwas anderes, wie das BVerfG in seiner aktuellen Entscheidung zum LFBG<sup>137</sup> bewiesen hat: Das „schier undurchdringliche ‚Verweisungsgestrüpp‘“<sup>138</sup> ist verfassungskonform!

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Blankettstrafgesetze unter Berücksichtigung der spezifischen Handlungssituation

Dass ein Teil der Literatur im Vorfeld der Entscheidung des BVerfG für die Verfassungswidrigkeit der Strafvorschriften des LFBG plädierte,<sup>139</sup> hat seinen Grund u.a. wohl auch darin, dass ein Leitgesichtspunkt bislang nicht hinreichend Beachtung gefunden hat, der mit dem jeweils angesprochenen (typisierten) Adressatenkreis unmittelbar zusammenhängt: die spezifische Handlungssituation, in der der typisierte Normadressat sich befindet. Bei dieser Situation handelt es sich regelmäßig gerade nicht um eine ad hoc-Entscheidungssituation, sondern um einen längeren Abwägungsprozess, dem häufig eine Rechtsberatung vorausgeht<sup>140</sup> (oder jedenfalls vorausgehen sollte, s.o.). Hieraus ergibt sich eine weitere Relativierung des Gebots der Normenklarheit.

So hatte das BVerfG bspw. die „kaskadenartige“<sup>141</sup> Verweisungstechnik des AWG gerügt, weil sie „ein hohes

Fehlerrisiko in der Rechtsanwendung“ in sich trage:<sup>142</sup> „Der Prüfvorgang wird dadurch fehleranfällig. Gerade in Eilfällen besteht eine gesteigerte Gefahr von Fehlentscheidungen der Verwaltung und der eingeschalteten Gerichte.“<sup>143</sup> Wenn gleich sich diese Äußerung auf die Entscheidungssituation der Normanwender bezieht, lässt der Grundgedanke sich auch auf die Situation des Normunterworfenen übertragen; e contrario muss der Strafgesetzgeber auf tiefgestaffelte Verweisungen nicht verzichten, wenn die typischerweise erfasste Handlungssituation gerade nicht den Charakter eines „Eilfalles“ hat und der Normadressat die Verweisungskette regelmäßig in der gebotenen Sorgfalt nachvollziehen kann. In den Worten des BVerfG (bezüglich der §§ 58 Abs. 3 Nr. 1, 62 Abs. 1 Nr. 1 LFGB):

„Der Aufwand bei der Normlektüre und der gedanklichen Umsetzung der – vom Wortlaut her klaren – Verweisungen ist damit zwar deutlich erhöht, führt vorliegend aber noch nicht dazu, dass der gesetzliche Regelungsgehalt nicht mehr erkennbar wäre.“<sup>144</sup>

Tiefgestaffelte Verweisungen gestalten die Rechtsfindung unkomfortabel, machen aber die Strafnorm nicht per se unklar.<sup>145</sup> Insbesondere ist es in Zeiten des Internets nicht unzumutbar, die maßgebliche Ausfüllungsnorm auf den offiziellen Internetauftritt eines Bundeslandes, des Bundes oder der EU zu recherchieren.<sup>146</sup> Wirklich problematisch wird es, wenn ein deutsches Blankettstrafgesetz auf europäisches Recht verweist, dessen Sprachfassungen allesamt verbindlich sind.<sup>147</sup> Hier bestehen systemimmanente Unklarheiten, die sich allerdings nicht aus der Verweisungstechnik als solcher, sondern aus dem Verweisungsgegenstand bzw. den Verweisungsgegenständen ergeben.

c) Strafrechtliche Irrtumsregeln und Blankettstrafgesetze

Wie die strafrechtlichen Irrtumsregeln bezüglich Blankettstrafgesetzen zu handhaben sind, ist in vielerlei Hinsicht umstritten. So ist es bislang weder der Rechtsprechung noch der Rechtswissenschaft gelungen, eine scharfe Linie zwischen Straftatbeständen mit normativen Tatbestandsmerkmalen einerseits und Blanketttatbeständen andererseits zu zie-

<sup>132</sup> Siehe etwa BVerfGE 110, 33 (64).

<sup>133</sup> Enderle, Blankettstrafgesetze, 2000, S. 11; *Bülte*, JuS 2015, 769 (770 f.). Auf die Unterscheidung zwischen „unechtem“ und „echtem“ Blankettstrafgesetz kommt es im vorliegenden Kontext nicht an.

<sup>134</sup> Vgl. Dannecker/Schuh (Fn. 43), § 1 Rn. 257; siehe auch BVerfGE 143, 38 (57).

<sup>135</sup> Kretschmer, ZIS 2016, 763.

<sup>136</sup> Hammen, ZIS 2014, 303.

<sup>137</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17.

<sup>138</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 101.

<sup>139</sup> Dannecker/Schuh (Fn. 43), § 1 Rn. 166; Hecker (Fn. 138), Kap. 7 Rn. 101; Enderle (Fn. 133), S. 268 f., jeweils m.w.N.

<sup>140</sup> Siehe hierzu Rotsch (Fn. 7), § 2 Rn. 37.

<sup>141</sup> BVerfGE 110, 33.

<sup>142</sup> BVerfGE 110, 33 (61 f.).

<sup>143</sup> BVerfGE 110, 33 (63 f., *Hervorhebung* nur hier).

<sup>144</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 96.

<sup>145</sup> Vgl. *Towfigh*, *Der Staat* 48 (2009), 29 (30).

<sup>146</sup> Exemplarisch für Hessen:

<https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/search> (31.3.2023); für die EU:

<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html> (31.3.2023);

für Bundesrecht die offizielle Internetseite des BMJV:

<https://www.gesetze-im-internet.de> (31.3.2023).

Zur Zugänglichkeit des Rechtsakts als Bestimmtheitskriterium Satzger (Fn. 23), S. 246.

<sup>147</sup> Hierzu ausführlich Langheld, *Vielsprachige Normenverbindlichkeit im Europäischen Strafrecht*, 2016, passim; Satzger/Langheld, HRRS 2011, 460 (464).

hen.<sup>148</sup> Nun soll aber nach hoch umstrittener, aber wohl noch immer überwiegender Ansicht im Grundsatz hiervon die Anwendung des § 16 StGB oder des § 17 StGB abhängen: Wenn der Täter die Existenz oder Wirksamkeit der Ausführungsnorm nicht kannte, befand er sich in einem Irrtum i.S.d. § 17 StGB.<sup>149</sup> Aber auch in der Rechtsprechung werden von diesem Grundsatz zahlreiche Ausnahmen gemacht, sodass nach heutigem Stand nicht mehr als eine unübersichtliche Kasuistik festgestellt werden kann.<sup>150</sup>

Auf Details kommt es hier aber nicht an, denn für den „besonderen“ („typisierten“) Normadressaten, dem unterstellt bzw. von dem erwartet wird, dass er sich rechtlich beraten lässt, ergeben sich hieraus keine praktischen Konsequenzen. Mit der Behauptung, er habe die das Blankett ausfüllende Norm nicht gekannt, wird er wohl in aller Regel nicht gehört werden. Denn er hatte die Zeit und das nötige Know-how an seiner Seite, um die Existenz und Wirksamkeit einer entsprechenden Ausführungsnorm – sowie ihren Regelungsgehalt – in Erfahrung zu bringen. Nimmt man die Methode des BGH zur Vorsatzfeststellung ernst, dass das Nicht-Einholen von Rechtsrat als Gleichgültigkeit und damit als ein Indiz für bedingten Vorsatz zu werten ist, gilt das sowohl für § 16 StGB wie auch für § 17 StGB.

#### V. Exkurs: Criminal Compliance und das verfassungsrechtliche Präzisierungsgebot

Wenn es dem Gesetzgeber gestattet ist, bereits im Rahmen der Normsetzung zu unterstellen, dass die Adressaten der strafbewehrten Verhaltensnorm juristisch beraten sind, ist damit aber auch die Gefahr einer teilweisen Delegation der Normsetzung auf Private verbunden, sobald Straftatbestände unklar formuliert werden. Die Aufgabe, die strafbewehrte Verhaltensnorm zu präzisieren, übernimmt dann nämlich insbesondere bei neu eingeführten Strafvorschriften zunächst der Normadressat. Das gilt in zweierlei Hinsicht: Zum einen trifft ihn – jedenfalls in der Sache – die Pflicht, eine schwer durchschaubare Rechtslage unter Befragung spezialisierter Juristen (mit mehr oder weniger großem Erfolg und häufig erheblichen Kosten) zu präzisieren. Zum anderen entsteht eine Schattenkultur privater Normsetzung, die nicht selten interessegeleitet ist. Zu Recht hat *Kuhlen* bereits zu Beginn der Compliance-Diskussion im Strafrecht darauf hingewiesen, dass dadurch ein gewisses „Konkretisierungsvakuum“ entstehe, in das „mehr oder weniger private Normsetzungen und -durchsetzungen ein[dringen], die derzeit vor allem unter dem Stichwort ‚Compliance‘ Konjunktur haben“.<sup>151</sup>

<sup>148</sup> *M. Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016, Rn. 365; siehe auch *Kuhli* (Fn. 44), S. 414; *Rotsch* (Fn. 7), § 2 Rn. 17; *Eisele*, JuS 2020, 365 (366).

<sup>149</sup> Der Klassiker ist insoweit BGH NJW 1981, 354 (hierzu *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 402 ff.; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 361 ff.); siehe auch BGH wistra 2013, 153; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 116), § 15 Rn. 99 m.w.N.

<sup>150</sup> Beispiele bei *Walter* (Fn. 149), S. 363 ff.

<sup>151</sup> *Kuhlen* (Fn. 51), S. 31.

Die Abwärtsspirale der Normenklarheit setzt sich darin fort, dass der BGH dazu übergeht, jene privat gesetzten Normen zum Anhaltspunkt der Präzisierung staatlicher Normen zu erklären. Dies erfolgt dadurch, dass zur Klärung konkreter Verhaltenspflichten auf unternehmensinterne Richtlinien des in einem Unternehmen eingerichteten Compliance-Systems zurückgegriffen wird. Ein solches Vorgehen war bspw. im Fall „Siemens“ zu beobachten, als es um die Frage ging, ob die Aufrechterhaltung einer „schwarzen Kasse“, die für Bestechungsgelder reserviert wurde, einen Verstoß gegen die Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Unternehmen i.S.d. § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB darstellt.<sup>152</sup> Im Rahmen der Strafbarkeit der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 StGB finden sich vergleichbare, gesetzlich angeordnete Mechanismen: So liest man jetzt in § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB n.F. die Wendung „und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze“. Über die Einführung dieses sog. Geschäftsherrenmodells konturiert die private Normsetzung durch Criminal Compliance den Inhalt des Straftatbestands und wirkt insofern strafbarkeitsbegründend.

Verfassungsrechtliche Bedenken an diesem Vorgehen ergeben sich, wenn man die Rechtsprechung des BVerfG zum Präzisierungsgebot in die Betrachtung einbezieht. Der erste Ansatz eines wechselseitigen „Herunterschaukelns“ bezüglich der Bestimmtheitsanforderungen ist bereits in einer frühen Entscheidung des BVerfG zu sehen, in der das Gericht sogar noch offen ließ, ob eine Strafnorm wegen Unbestimmtheit verfassungswidrig sein kann.<sup>153</sup> In BVerfGE 4, 352 (358), heißt es, dass die Rechtsprechung des BGH der Aufgabe, den Inhalt des Begriffs „im politischen Leben des Volkes stehend“ zu klären und abzugrenzen, „durchaus gerecht geworden“ ist.<sup>154</sup> Es war also erst der BGH – und nicht der Gesetzgeber –, der dem Strafgesetz zu hinreichender Bestimmtheit verholfen hat.

Das ist bereits an sich höchst problematisch und wurde in der Literatur schon zur Genüge kritisiert.<sup>155</sup> Bereits in methodischer Hinsicht lassen sich gegen das Präzisierungsgebot<sup>156</sup> als Mittel zur „Heilung“ unbestimmter Strafgesetze erhebliche Einwände erheben, die an dieser Stelle nicht wiederholt werden müssen.<sup>157</sup> Betrachtet man das Vorgehen der (fachge-

<sup>152</sup> BGHSt 52, 323 (335 f.) = CCZ 2009, 38; Vorinstanz LG Darmstadt, Urt. v. 14.5.2007 – 712 JS 5213/04 KLS = BeckRS 2007, 28; siehe hierzu *Rotsch* (Fn. 3 – Hdb. d. StR), § 26 Rn. 30; *ders.* (Fn. 8), Kap. 4 Rn. 56 m.w.N.; hierzu ferner ausführlich *I. Roxin*, in: *Rotsch* (Fn. 2 – Status quo und Status futurus), S. 351 (353 ff.). Monographisch jetzt *Falk*, Die Untreuerrelevanz von Verstößen gegen Compliance-Regelungen, 2020.

<sup>153</sup> Siehe auch *Kunig* (Fn. 57), Art. 103 Rn. 27.

<sup>154</sup> ... weshalb der verfahrensgegenständliche § 187a StGB a.F. nicht verfassungswidrig war.

<sup>155</sup> Siehe bspw. *Schmitz* (Fn. 33), § 1 Rn. 58 f. m.w.N.; *Roxin* (Fn. 124), § 5 Rn. 70; ambivalent nunmehr *Roxin/Greco* (Fn. 26), § 5 Rn. 70, 79a.

<sup>156</sup> S.o. II. 2.

<sup>157</sup> Siehe nur *Satzger* (Fn. 35), § 1 Rn. 23 m.w.N.

richtlichen) Rechtsprechung, des Gesetzgebers und des BVerfG in einer Gesamtschau, zeigt sich die gesamte Schärfe des Problems: Greift die fachgerichtliche Rechtsprechung zur Normkonkretisierung auf unternehmensinterne Richtlinien zurück und interpretiert das BVerfG dieses Auslegungsergebnis wiederum als einen Beleg für die hinreichende Gesetzesbestimmtheit der Strafvorschrift, führt dies auf mittelbarem Wege zu einer Reduktion der Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG. Zu bedenken ist nämlich, dass das BVerfG durchaus Vergleiche zwischen den verschiedenen Straftatbeständen anstellt.<sup>158</sup>

„Doch sind die hier sich ergebenden Unschärfen nicht größer als diejenigen einzelner Merkmale in anderen Straftatbeständen, die im übrigen hinreichend bestimmt sind.“<sup>159</sup>

Dass eine solche Argumentation die Gefahr eines „Dammbruchs“ provoziert, ist offenkundig, denn was hier zulässig ist, kann auch dort nicht unzulässig sein usw. Das Gesamtniveau der verfassungsrechtlich geforderten Bestimmtheit nimmt hierdurch tendenziell ab und räumt dem Gesetzgeber damit weitergehende Möglichkeiten ein, seine Strafgesetze (noch) unbestimmter zu fassen.

## VI. Ergebnis

Die Rechtsprechung des BVerfG geht dahin, den „typisierten Normadressaten“ und die „spezifische Handlungssituation“ in die Festlegung des Bestimmtheitsmaßstabs einzubeziehen. Das führt zu einer erheblichen Relativierung des Gebotes der Normenklarheit im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts. Bestandteil von Criminal Compliance muss es daher sein, den Eindruck einer „ehrlichen“ und unbedingten „Normbefolgungsbereitschaft“ zu erwecken, um etwaige Defizite bei der Auslegung des objektiven Tatbestands „unklarer“ Strafgesetze vor Tatbegehung bereits ex ante auszugleichen. Die Anforderungen der Rechtsprechung sind insoweit jedoch relativ streng, wobei zu bemerken ist, dass ihr Umgang mit den Irrtumsregeln der §§ 16, 17 StGB sich noch immer im Fluss befindet. Besonders intrikat sind schließlich die Konsequenzen des vom BVerfG postulierten Konkretisierungsgebots: Zum einen erfolgt eine Überbürdung der mit dem Garantieverprechen des Gesetzlichkeitsprinzips nicht eingelösten Konkretisierungsanforderungen auf den Normunterworfenen – und zwar bezüglich der objektiven und der subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen. Zum anderen droht ein Dammbruch zugunsten der Schaffung noch deutlich unbestimmterer Strafgesetze. Es ist an der Zeit, diese Entwicklung im Rahmen der Compliance-Diskussion im Strafrecht kritisch zu begleiten.

---

<sup>158</sup> Kritisch *Kunig* (Fn. 57), Art. 103 Rn. 29.

<sup>159</sup> BVerfGE 47, 109 (122).