Professor Dr. Carsten Momsen*

Standardisierung im Fahrlässigkeitsrecht und im Verfahrensrecht – Von der generellen Norm zum individuellen Standard bei der Verfolgung von Wirtschaftsstraftaten

<https://doi.org/10.1515/zstw-2019-0035>

I. Einleitung

Ich möchte dem Vortrag eine These voranstellen¹: Wir erleben seit einiger Zeit sowohl im Verfahrensrecht wie auch im materiellen Recht einen Rückgang der normativen Verbindlichkeit. Durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber geschaffene Normen werden zunehmend ersetzt, ergänzt oder ausgefüllt durch Verhaltensregeln, welche von anderen Institutionen gesetzt oder ausgehandelt werden und keine vergleichbare allgemeine Verbindlichkeit aufweisen – sog. Standards im methodischen Sinne. Im Wirtschaftsstrafrecht sind zwischen der Entwicklung im materiellen und im prozessualen Recht Wechselwirkungen zu beobachten. Sie treten auf in Form von Interferenzen, also Überlagerungen, und Interreaktionen, also echten Wechselwirkungen oder gegenseitigen Verstärkungen.

1. Wechselwirkungen (Begriff)

Der Begriff „Wechselwirkungen“ wurde bewusst gewählt. Denn das in beiden Rechtsgebieten erkennbare Phänomen hat überwiegend voneinander unabhängige Gründe. Gleichwohl sind die verfolgten Intentionen vielfach kohärent, ohne dass man von einer Reformbewegung im eigentlichen Sinn sprechen könnte. Treffen diese Standardisierungstendenzen im materiellen und im Verfahrensrecht

¹ Dem Text liegt ein Vortrag zugrunde, den der Verfasser auf der 38. Strafrechtslehrertagung 2019 in Hannover gehalten hat. *Marco Willumat* gebührt Dank für die Unterstützung bei Erstellung und Überarbeitung des Textes.

***Kontaktperson: Carsten Momsen**, Leiter des Arbeitsbereichs für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin.

aufeinander, sind die Auswirkungen besonders ausgeprägt. So im Wirtschaftsstrafrecht. Dieses ist einerseits von einer hohen und weiter steigenden Quote von Verhandlungen zwischen den Beteiligten über das Verfahrensergebnis, aber auch den Verfahrensstoff und die Verfahrensregeln geprägt – und andererseits durch eine besondere Bedeutung der Fahrlässigkeit.

Im materiellen Recht sind die Entwicklungen am deutlichsten im Bereich der Fahrlässigkeit zu beobachten, denn § 15 lässt erheblichen Raum für die Ausfüllung der Sorgfaltspflicht. Zugleich erlangen durch den Aufstieg der „Compliance“ – als Organisations- und Aufsichtspflichten gekennzeichnete – lediglich individuell akzeptierte Sorgfaltspflichten eine überragende Bedeutung. Es entsteht eine Vielzahl individuell selbst gegebener oder mit Dritten ausgehandelter Maßstäbe. Dies öffnet die Tür zu einer ungleichen Rechtsanwendung und -durchsetzung bei ansonsten vergleichbaren Fällen.

2. Norm und Standard

Der Verlust an Formen und an Verbindlichkeit von Normen lässt sich in verschiedener Weise beschreiben: Als Flexibilisierung, als Individualisierung, gelegentlich als „Amerikanisierung“ und methodisch als Standardisierung.

In Abgrenzung zu Standards sind Normen Regeln, Leitlinien oder Merkmale, welche durch eine anerkannte Organisation und deren Normengremien bindend für alle Mitglieder festgelegt werden. Sie sollen auf die Förderung optimaler Vorteile für die Gesamtheit abzielen. Sie werden im Konsens erstellt und von einem vertretungsberechtigten Gremium angenommen². Dies gilt für formelle Gesetze. Aus dem englischen Sprachgebrauch kommt der Begriff De-jure-Standard, der sich mit dem deutschen Begriff „Norm“ deckt. Von De-facto- oder Quasi-Standards spricht man, wenn sich Methoden oder Regeln lediglich in der Praxis durchsetzen, jedoch nicht formell gesetzt sind und keine generelle Bindung entfalten.

Standardisierung ist ein wertungsoffener Begriff. Die Herausbildung von Standards kann zu größerer Verbindlichkeit und Vorhersehbarkeit von Abläufen und Anwendungssicherheit führen, – aus der Perspektive eines unregelmäßigen Zustands³. Sie kann aber auch den Verlust bzw. Rückgang dieser Eigenschaften bedeuten, wenn Standards an die Stelle von Normen treten.

² So etwa das Selbstverständnis des Europäischen Komitees für Normung (CEN) in: EN 45020:2007–03 *Normung und damit zusammenhängende Tätigkeiten – Allgemeine Begriffe* (ISO/IEC Guide 2:2004).

³ Ein aus der politischen Philosophie des Gesellschaftsvertrags vertrautes Bild, näher *Momsen*, Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten, 2006, S. 170 ff.

3. Wechselwirkungen (Beispiel)

In Wirtschaftsstrafverfahren lässt sich dies aus verfahrensrechtlicher Perspektive etwa an Hand der Tatsache exemplifizieren, dass verschiedenste Formen der Absprachen seit Jahren massiv zunehmen⁴. Sektorale erreicht die Quote der Verfahren, die nicht zur Hauptverhandlung gelangen, scheinbar amerikanische Werte, also an die 90%. Unter solchen Voraussetzungen werden beispielsweise die Normen des Beweisantragsrechts, die für die Hauptverhandlung gelten und wesentliche Sicherungs- und Beteiligungsrechte des Beschuldigten enthalten, in ihrer Bedeutung als zwingendes und die Verfahrensposition prägendes Recht weitgehend relativiert. Zugleich gewinnen damit allerdings das Ermittlungsverfahren selbst und die dort durch Ermittlungsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft und vor allem der Polizei gewonnenen Ergebnisse eine Bedeutung, die zusehends über jene der Hauptverhandlung hinausgeht⁵. Freilich korreliert diese Entwicklung nicht mit an sich konsequenterweise notwendigen Erweiterungen der Befugnisse des Beschuldigten und seines Verteidigers im Sinne eines partizipatorischen Ermittlungsverfahrens⁶. § 257c StPO als verbindlich für Verständigungen geltende Norm entfaltet daher vielfach in der Gesamtheit der Absprachenpraxis eine nur

4 Dazu zählt zum einen die Möglichkeit der mit dem Verständigungsgesetz v. 29.07.2009 (BGBl. I S. 2353) geschaffenen formellen Verfahrensabsprache gem. § 257c StPO. Zum anderen verbleibt in der Verfahrenswirklichkeit Raum für weitere informelle Vereinbarungen aber auch Kronzeugenregelungen, bei denen konsensuale Dispositionsakte Wahrheitsfindung und Verfahrensausgang wesentlich beeinflussen. Vor allem gilt dies in den prozessökonomisch (aber eingedenk der Verfahrensdauer auch aus der Perspektive der Wahrheitsfindung und nicht zuletzt der Rechtsstellung des Beschuldigten, vgl. *Momsen/Willumat*, NStZ 2018, 369, 370) herausforderungsvollen Umfangsverfahren des Wirtschaftsstrafrechts. Vgl. zur rechtsstaatlichen Bedenklichkeit insb. von informellen Absprachen: BVerfGE 133, 168, 232f.; *Hettinger*, JZ 2011, 292ff.; *Eschelbach*, in: Beck-OK StPO, 34. Edition, 2019, § 257c Rdn. 1; *König*, NJW 2012, 1915; *Ordner*, wistra 2017, 50, 51; *Schmitt*, Festschrift für Tolksdorf, 2014, S. 399, 401; konsequent dann auch der Alternativ-Entwurf Abgekürzte Verfahren im Rechtsstaat (AE-ASR), GA 2019, 1, 49 ff.

5 Man wird insoweit auch von einer bloßen Nachvollziehung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens in der Hauptverhandlung sprechen können: *Eisenberg*, Beweisrecht, 10. Aufl., 2017, Rdn. 502f.; *Kölbl*, in: Münchener Kommentar StPO, Bd. 2, 2016, § 160 Rdn. 6; *Richter II*, StV 1985, 381, 386; *Satzger*, Gutachten zum 65. DJT, 2004, C. S. 34 ff.; wobei darüber hinaus fraglich bleiben kann, ob diese Nachvollziehung tatsächlich eine effektive Überprüfung der Erkenntnisgewinnung im Ermittlungsverfahren leistet: vgl. an Hand § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO: *Conen*, Festschrift für Eisenberg, 2019, S. 377; *Momsen/Washington*, Festschrift für Eisenberg, S. 453, zu den damit für die Wahrheitsermittlung verbundenen Gefahren.

6 Jedenfalls implizit: BGH NStZ 2010, 53, 54; *Augustin*, Recht des Beschuldigten auf effektive Verteidigung, 2013, S. 218 ff.; *Jahn*, in: *Barton/Kölbl/Lindemann* (Hrsg.), Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens, 2015, S. 49; *Kölbl*, in: MüKo-StPO (Anm. 5), § 160 Rdn. 67 m. w. N.

randständige Bedeutung⁷, man könnte fast geneigt sein, von einem Feigenblatt an Verbindlichkeit zu sprechen. Das alles hat allerdings mit dem materiellen Recht der Fahrlässigkeit relativ wenig zu tun.

Dennoch erweist sich gerade die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ebenfalls als Einfallstor für Relativierungen im vorgenannten Sinne. Während der Beschuldigte bei Absprachen im formellen und informellen Sinne in prozessualer Hinsicht entgegen des Leitbilds des Legalitätsprinzips über den staatlichen Strafanspruch disponiert, wird bei der Fahrlässigkeit das herkömmliche Bild der Begründung und Begrenzung von Strafbarkeit durch den staatlichen Normsetzer jedenfalls im Wirtschaftsstrafrecht zusehends abgelöst. Es handelt sich augenscheinlich um zwei voneinander unabhängige Mechanismen, die jedoch – wie zu zeigen ist – Wechselwirkungen entfalten können.

Denn im materiellen Wirtschaftsstrafrecht bewirkt der ebenfalls maßgeblich durch Compliance verursachte massive Anstieg der Bedeutung von Organisations- und Kontrollpflichten eine deutliche Erweiterung des Anwendungsbereichs der Fahrlässigkeit, bis weit in die eigentlich nur vorsätzlich begehbbare Untreue hinein. Es wird näher auszuführen sein, inwieweit in diesem Kontext gerade die Begründung von Strafbarkeit wegen der Verletzung von Organisations- und Kontrollpflichten diese Ablösung von staatlichen Normsetzungsakten ermöglichen. Da im Bereich der Fahrlässigkeit die Beteiligungsformen keine entscheidende Rolle spielen, ergibt sich für die Strafverfolgungsbehörden praktisch keine gesetzlich ableitbare Hierarchie, welche Beschuldigten im Zentrum der Ermittlungen stehen bzw. welche Personen primär zum Adressaten eingriffsintensiverer Maßnahmen werden. Man kann bei jedem der klassischerweise als Nebentäter eingeordneten mutmaßlichen Erfolgs(mit)verursacher ansetzen. So gibt hier – und das Verfahren gegen den ehemaligen VW-Zentralvorstand⁸ ist ein nahezu idealtypisches Beispiel – die Möglichkeit der Beweiserlangung bzw. die Möglichkeit Druck zur Kooperation auszuüben, immer häufiger die Reihenfolge der Ermittlungen vor. Dieses Phänomen findet zwar seine Ursache nicht im Verfahrensrecht – Treffen jedoch beide Phänomene zusammen, werden die Absprachen weiter zunehmen. Denn für den, der einerseits als Randfigur keine hohe Strafe zu erwarten hat, sich aber andererseits belastenden Ermittlungsmaßnahmen ausgesetzt sieht, ist eine schnelle Beendigung des Verfahrens im Gegenzug für eine weiter gemilderte Sanktion eine attraktive Option. Hier entsteht eine Wechselwirkung in Form der Interreaktion.

⁷ Vgl. dazu auch die Nachweise in Anm. 4.

⁸ FD-StrafR 2019, 415699; *Grützner/Boerger/Momsen*, CCZ 2018, 50; *Isfen*, JA 2016, 1; sowie aus zivilrechtlicher Perspektive mit parallelen Schlussfolgerungen *Heese*, NZV 2019, 273.

4. Soft Law und Hard Law

Zwar mag man in der Transformation von Soft-Law in Hard-Law, der ich mich nur kurz widme, eine gegenläufige Tendenz zur Verbindlichkeit erblicken. Bei näherer Analyse ergibt sich jedoch klar ein anderes Bild. Nur ein Bruchteil des Soft-Law erstarkt in dieser Weise. In den meisten Fällen verbleibt es in seiner normativen Kategorie und führt insoweit zu teilweise sehr unterschiedlichen nationalen und internationalen Standards, welche unter Umständen parallel anwendbar sind.

5. Risiken einer „Amerikanisierung“ des Strafrechts

Dieser mit „Amerikanisierung“ nicht unzutreffend aber unvollkommen umschriebene Flexibilisierungsprozess birgt primär zwei Risiken: Erstens der Verlust der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung, wie gerade ausgeführt. Zweitens eine u. U. massive Ausdehnung des Bereichs strafbarer Verhaltensweisen, – hin zu einer strafbaren allgemeinen Sorgfaltspflichtverletzung – ein Stadium, das jedenfalls im Wirtschaftsstrafrecht teilweise verwirklicht ist.

Daneben eröffnen sich im Verfahrensrecht parallel zu differenzierten Verfahrensstandards für ein inquisitorisches System untypische Ermessensspielräume. Diese entstehen beispielsweise im Hinblick auf die Auswahl des Beschuldigten oder die Beweisanforderungen⁹ für die Feststellung von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Dieselben Spielräume ermöglichen Entscheidungen über die Anwendung bestimmter Normen bis hin zu Absprachen über Art und Intensität von Sanktionen. Für diese Ermessensentscheidungen fehlen bislang geeignete Kontrollinstrumente¹⁰. Auch insoweit entstehen Rahmenbedingungen einer ungleichen Anwen-

⁹ Aus der pragmatischen Perspektive der forensischen Handhabbarkeit ist diese Entwicklung in ihrer Motivation nicht unverständlich. Sie relativiert jedoch die Verankerung des Vorsatzes in der Menschenwürde als Basis des Prinzips der individuellen Schuld (BVerfGE 57, 250, 275; 80, 367, 378; 90, 145, 173). Damit einher geht eine bedenkliche materiellrechtliche Normativierung des Vorsatzbegriffs: vgl. etwa nur: *Jakobs*, AT, 2. Aufl., 8. Abschn. Rdn. 23; *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 376 ff.; *Puppe*, ZStW 103 (1991), S. 1; *dies.*, in: *Nomos* Kommentar StGB, 5. Aufl., 2017, § 15 Rdn. 14 ff.; *dies.*, JR 2018, 323; kritisch zu diesen Tendenzen: *Momsen*, KriPoZ 2018, 76, 94 ff. Häufig offenbart sich bei diesen Autoren dabei allerdings z. T. ausdrücklich (vgl. *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts – Ihre Aufgaben, ihre Methoden, 2013, S. 122; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 59 ff.) ein Freiheitsverständnis, das Freiheitsräume in Zusammenhang mit bürgerlichen Mitwirkungspflichten stellt; eingehend *Bruckmann*, KriPoZ 2019, 105, 115.

¹⁰ Insbesondere gilt das für das Rechtsmittelgefüge des Strafprozesses, vor allem mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung des Revisionsverfahrens; vgl. *Momsen*, KriPoZ 2018, 339.

derung des Rechts. Die Analyse dieses Prozesses einer Destabilisierung von Normen des materiellen und formellen Rechts steht im Zentrum der Untersuchung.

Der Beitrag endet damit in vielen Bereichen dort, wo die Diskussion um die Gesetzentwürfe zur Einführung eines Unternehmens-Sanktionenrechts und der Regelung unternehmensinterner Untersuchungen beginnt.

Möglichkeiten, einem Verlust an Verbindlichkeit sowie einer Dominanz informeller Verfahrensgestaltung und individueller Rechtsanwendung entgegenzuwirken, werde ich zum Schluss in Stichworten nennen.

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen

„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit“¹¹ – wir alle kennen dieses im Ursprung Jhering zuzuschreibende und vielfach rezipierte Zitat.

Jhering sagt: „(...) scheinbar sich widersprechend – denn der höchsten Freiheit des materiellen Wollens, welche der eine gewährt, setzt der andere die äußerste Gebundenheit in formeller Beziehung entgegen – scheinbar sich widersprechend verraten sie durch den Parallelismus ihrer Entwicklungslinien, dass sie sich gegenseitig bedingen und durch eine geheime Wechselbeziehung aufs engste aneinander gekettet sind. Die Blütezeit der Freiheit ist zugleich die Periode der peinlichsten Strenge in der Form.“ (...) Die Formen, sagt er, seien das „Palladium (der) Freiheit“¹².

Diese Worte beziehen sich zwar primär auf das Zivilrecht und nicht auf das Strafrecht, aber zum einen geht es *Jhering* um das Wesen des Römischen Rechts in seiner Gesamtheit und zum anderen ist es gerade dieser Umstand der Annäherung an aus heutiger Sicht eher zivilrechtliche Strukturen, der im Folgenden eine gewisse Rolle spielen wird. Der (Rechts-) Historiker Theodor *Mommsen* hat im Übrigen die Bedeutung der Form¹³ auch für das römische Strafrecht, namentlich das Beweisverfahren, herausgearbeitet¹⁴.

11 v. *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 2, Bd. 2. Leipzig, 1858, S. 32; vgl. dazu *Jungfer*, Berliner Anwaltsblatt 2002, 485.

12 v. *Jhering* (Anm. 11), S. 32.

13 „Form“ als „Normativität“ in dem weiteren Sinn, den ihm bspw. der Duden beigibt: „Verbindlichkeit; bindende Kraft, Endgültigkeit, Geltung, Gesetzeskraft, Gewähr, [Rechts]gültigkeit, und Wirksamkeit; (in der Amtssprache) [verpflichtende] Wirkung; (in der Rechtssprache) Rechtskraft, Rechtswirksamkeit; (und in der Wirtschaft) Obligo.“ – <https://www.duden.de/rechtschreibung/Normativitaet> (zuletzt abgerufen am 14.11.2019).

14 *Mommsen*, Römisches Strafrecht, Berlin, 1899, S. 412.

1. Bestimmtheit und Gesetzesvorbehalt im materiellen Strafrecht

Normativität in diesem Sinne ist schützende Form. In einer freien Gesellschaft der faktisch Ungleichen, schafft sie rechtliche Gleichheit. Der Schutz durch diese Form ist also der Schutz des Schwächeren vor dem Stärkeren, ohne sie könnte sich letzterer beliebig durchsetzen. Das ist nicht zuletzt die Grundidee des Gesellschaftsvertrags¹⁵, es ist die Idee der rechtlich-distributiven Gleichheit¹⁶, es ist auch ein Pfeiler des sich demokratisch permanent legitimierenden Rechtsstaats¹⁷. Letztlich bedingen sich Stimmengleichheit in der demokratischen Wahl und Rechtsgleichheit im demokratischen Rechtsstaat¹⁸. Der Staat selbst, von beiden Seiten legitimiert, ist nach jedem dieser Konzepte aufgerufen, die Freiheit verbürgende Gleichheit des Individuums durch formale Regelungen abzusichern und durchzusetzen¹⁹. Prinzipiell gibt es hier wenig Raum, um die Verbindlichkeit der solcherart als Normativität verstandenen Form durch einseitige Machtausübung oder Sondervereinbarungen mit einzelnen Normunterworfenen zu relativieren.

So verlangen denn auch Art. 103 GG und § 1 StGB, das Strafrecht ausschließlich durch Gesetze zu kodifizieren²⁰.

Dem Prinzip der Gewaltenteilung folgend kann diese Grundentscheidung über die abstrakte und konkrete Strafbarkeit nicht durch den Verweis auf eine „vorhandene und gefestigte Rechtsprechung“²¹ der Strafgerichte ersetzt werden²².

¹⁵ *Momsen*, Zumutbarkeit, 2006, S. 186.

¹⁶ *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1971, S. 28; sehr deutlich: *ders.*, Gerechtigkeit als Fairness, 1977, S. 38 ff.; zur Verknüpfung mit dem Vertragstheorem als strafrechtlichen Begründungstos: *Momsen*, Zumutbarkeit, 2006, S. 184 ff.

¹⁷ World Justice Project, Rule of Law Index 2019, Washington D.C. 2019, online abrufbar unter: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2019-Single%20Page%20View-Reduced_0.pdf (zuletzt abgerufen am: 14.11.2019).

¹⁸ *Washington*, Felony Disenfranchisement und restriktive Wahlgesetze als Form struktureller Diskriminierung schwarzer US-Bürger_innen, Grund- und Menschenrechtsblog, Humboldt Law Clinic, 06.11.2016, zeigt, wie die Relativierung des Wahlrechts binnen kurzem zur (weiteren) Schwächung der Rechte in (bspw.) Strafverfahren führt. Vgl. auch *Alexander*, The New Jim Crow, 2010; *Bateman*, Democratic Exclusion: The Right to Vote in the United States, United Kingdom, and France, University of Pennsylvania, 2013.

¹⁹ *Momsen*, Zumutbarkeit, 2006, S. 187.

²⁰ Zu vom Rat der EU erlassenen Akten *Tiedemann*, Festschrift für Roxin I, 2001, S. 1401; generell zu Unionsrechtsakten *Schmitz*, in: Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 3. Auflage, 2017, § 1 Rdn. 23.

²¹ *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Auflage, 2018, § 1 Rdn. 2.

²² Ebenso: *Kühl*, Festschrift für Seebode, 2008, S. 61, 65; *ders.*, Festschrift für Kerner, 2013, S. 621; *ders.*, in: *Lackner/Kühl* (Anm. 21), § 1 Rdn. 2; anders indes: BVerfGE 45, 363, 371; 48, 45, 56; 86, 288, 311; BVerfG NJW 2003, 1030.

Möglich bleibt hingegen die Verwendung von Begriffen, die in besonders hohem Maße der Deutung durch den Richter bedürfen²³. Hieraus ergibt sich die Frage, wie vage ein Gesetz gefasst sein darf – und damit zusammenhängend, wie groß der Interpretationsspielraum für den Rechtsanwender sein darf.

Diese unvermeidbare innere Spannung, so stellt etwa *Kühl* fest, bewirke, dass über die verfassungsrechtliche Bedeutung der Garantie und ihre Auswirkungen auf die Grenzen zulässiger Auslegung zwar im Ausgangspunkt zunehmend Einigkeit bestehe. Demgegenüber sei ihre Tragweite im Einzelfall, namentlich ihre mehr oder weniger strikte Durchsetzung, noch wenig geklärt²⁴.

2. Gesetzesbindung und Schutzstandards im Verfahrensrecht

Zur Durchsetzung des Strafrechts muss sich der Blick aber auch auf das Strafverfahren richten.

Nach überwiegender Ansicht soll der strenge strafrechtliche Gesetzesvorbehalt des Art. 103 Abs. 2 GG für das Verfahrensrecht nicht gelten²⁵. Gleichwohl lässt der Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 es zu, den Begriff der „Strafbarkeit“ auch auf das Verfahren als notwendigen Baustein einer Verhängung strafrechtlicher Sanktionen auszudehnen²⁶. Die Einziehung entsprechender (strenger) Leitplanken im Lichte einer gebotenen weiten Auslegung grundrechtlicher bzw. grundrechtsgleicher Schutzbereiche ist auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive bedenkenswert²⁷. Ob dieses Argument tatsächlich zwingend ist oder eher als verfassungspolitischer

²³ BGHSt. 48, 373, 383; 59, 150, 156; *Paeffgen*, StraFo 2007, 442, 443; *Gropp*, in: *Jaeckel/Zabel/Zimmermann* (Hrsg.), Grundrechtspolitik und Rechtswissenschaft, 2015, S. 112; *Kühl*, Festschrift für Seebode, S. 61, 64; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl* (Anm. 21), § 1 Rdn. 2.

²⁴ *Kühl*, in: *Lackner/Kühl* (Anm. 21), § 1 Rdn. 2, unter Verweis auf BVerfGE 73, 206, 234; 92, 1, 12; 126, 170, 196; BGHSt. 28, 72; weiterführend *Herzberg*, in: *Hefendehl* (Hrsg.), Schünemann-Symposium, 2005, S. 31; *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege, 1970; *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 29.

²⁵ BVerfGE 25, 269, 286 f.; BVerfG NJW 1995, 1145; BGHSt. 40, 113, 118; *Schmitz*, MüKo-StGB (Anm. 20), § 1 Rdn. 19; abw. *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, 1993, S. 316 ff.; *Rudolphi/Jäger*, in: Systematischer Kommentar StPO, Bd. 1, 5. Auflage 2016, § 1 Rdn. 10 ff., m. w. N. zur Gegenansicht.

²⁶ *Arndt*, NJW 1961, 14, 15; *Lüderssen*, JZ 1979, 449, 450.

²⁷ Allgemein zu diesem Argumentationstopos in der st. Rspr. des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 6, 55, 72; 43, 154, 167, auf den etwa auch *Kudlich*, in: Münchener Kommentar StPO, Bd. 1, 2014, Einleitung Rdn. 96, verweist.

Hinweis an den Strafgesetzgeber erscheint, ist in unserem Kontext von nachgeordneter Bedeutung.

Ebenfalls nicht im Sinne zwingender sondern lediglich möglicher Auslegung weist *Kudlich* im Ergebnis wie ich meine überzeugend hin, dass schon der nachfolgende Grundsatz des *ne bis in idem* (Art. 103 Abs. 3 GG) die Begriffe „Strafgesetz“ und „Bestrafen“ nur in einem Zusammenhang mit dem den im materiellen Recht angedrohten Sanktionen verwenden kann²⁸. Dies würde bedeuten, dass eine engere Bindung der Auslegung des Verfahrensrechts an das Gesetzlichkeitsprinzip zumindest dort besteht, wo (verfassungsrechtlich) ein unauflöslicher Zusammenhang beider Bereiche vorliegt. Vieles spricht aber dafür, dass es weniger um den Wortlaut einzelner Artikel des Grundgesetzes geht, als um einen systematischen Zusammenhang. Dann aber müsste überall dort, wo Verfahrensnormen für Schuld- und Straffrage relevant werden, eine enge verfassungsrechtliche Bindung im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG angenommen werden. Dies wäre eine anders geartete Form der „Amerikanisierung“ des Rechts, vergleichbar eher der unmittelbar das Verfahren gestaltenden Wirkung der Verfassungszusätze (Amendments) zur amerikanischen Verfassung.

Auf dieser Argumentationslinie liegt es, eine Verfassungsvorgaben relativierende Auslegung durch Parallelen zu anderen einfachgesetzlichen Regelungsbereichen kritisch zu sehen. „Analogien im Sinne des aber auch zum Zivilrecht“ lassen sich dementsprechend nicht dafür nutzen, um Beschuldigtenrechte durch Flexibilisierung zu verkürzen²⁹. Denn – und erneut sei auf *Jhering* Bezug genommen – im System der Strafverfolgung ist der Beschuldigte typischerweise der „schwächere“ Bürger, der durch die Formen geschützt werden muss³⁰.

28 *Kudlich*, in: MüKo-StPO (Anm. 27), Einleitung Rdn. 96.

29 Ähnlich *Kudlich*, in: MüKo-StPO (Anm. 27), Einleitung Rdn. 98, unter Verweis auf die Argumentation von *Papier*, Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, 1973, S. 172. Wobei *Kudlich* im Ergebnis die Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG ablehnt und auf den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes bei Handlungen der Eingriffsverwaltung abstellt. Dies hat vor allem bzgl. des insoweit nur eingeschränkt geltenden Rückwirkungsverbots und Bestimmtheitsgebots Konsequenzen.

30 Mit Blick auf den Grundsatz der Unschuldsvermutung ließe sich allenfalls umgekehrt der analoge Verzicht auf Eingriffe in die Rechte der Beschuldigten verfassungsrechtlich begründen. Auch hier stellen sich entsprechende Fragen, ob die Opfer sich nicht ihrerseits auf den Schutz formaler Regelungen berufen können. Allerdings sollen diese rein prozessualen Fragen hier nicht im Vordergrund stehen.

III. Flexibilisierung der Verbindlichkeit: Von der Norm zum Standard

1. Verfahrensstandards

Im hier entwickelten Kontext liefert ein Standard Kriterien für die Anwendung einer Norm. „Prozessuale de-facto Standards“ beschreiben die Überlagerung formal bindender Verfahrensregelungen durch flexible Wertungsentscheidungen, – in der Regel mit dem Ziel der effektiveren oder sogar gerechteren Behandlung des Einzelfalls. Allerdings gilt zu bedenken, dass nach der Idee des reformierten Strafprozesses formale Regelungen auch und gerade im Ermittlungsverfahren den Zugriff der Staatsgewalt auf die Rechte der Bürger beschränken. Flexibilisierung bedeutet daher regelmäßig neben einem Zugewinn an Handlungsoptionen auch einen Verlust an Schutz. Denn wer eine Option nicht wahrnimmt, trägt hierfür in der Regel selbst die Verantwortung und hat mit den Konsequenzen zu leben³¹.

Blickt man auf die Anfänge unserer StPO und die verfassungsrechtliche Legitimation zurück, so müssten an sich alle Verfahrensregelungen als bindende Normen unmittelbar anwendbar sein. Ob und inwieweit jede Verfahrensnorm diesem Anspruch genügen muss, ist in den letzten knapp 50 Jahren gleichwohl immer wieder diskutiert worden. So wurden unterhalb der Ebene des Gesetzgebers Subkategorien von Normen mit geringerem Verbindlichkeitsstandard konstruiert. Aus der staatlichen Perspektive geschah das unter dem Stichwort der „Soll- und Ordnungsvorschriften“, aus einer dem Beschuldigten zugeschriebenen Perspektive unter Stichworten wie „Verzichtbarkeit“ und „Verwirkbarkeit“ oder „Rechtsmissbrauch“. Die revisionsgerichtliche Perspektive entwickelte differenzierte Verbindlichkeitsstandards wie die „Rechtskreistheorie“³², „Schutzzwecklehre“³³, „Fehlerfolgenlehre“ oder auch „Abwägungslehre“³⁴. Allen diesen Ansätzen ist ein Ziel gemeinsam: Die Verbindlichkeit der Normgeltung soll, jedenfalls für einen unterschiedlich großen Teil der Verfahrensnormen, reduziert werden. Abhängig soll dies teils von objektiven Kriterien sein, so bei den sog. „Soll- und Ordnungsvorschriften“. In den meisten Fällen aber soll die Herabsetzung des Standards durch ein zurechenbares Verhalten der Verfahrensbeteiligten legitimiert wer-

31 Hierzu und zum Folgenden eingehend: *Momsen*, Verfahrensfehler und Rügeberechtigung im Strafprozeß, 1997, S. 39 ff.; 83 f., sowie v. *Jehring* (Anm. 11), S. 32.

32 Vgl. schon BGH NJW 1952, 151, 152.

33 BGHSt. 24, 125 – Medizinalassistentenfall; zum Zusammenhang zur Rechtskreistheorie vgl. nur *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage, 2017, § 24 Rdn. 25.

34 Vgl. etwa BGHSt. 51, 285; maßgeblich entwickelt durch *Rogall*, ZStW 91 (1979), S. 1, 31 ff.

den³⁵. Zur Verdeutlichung: Folge derartiger Flexibilisierung ist keine unmittelbare Beschränkung der Geltung der betreffenden Norm. Vielmehr wird ihre Anwendung von Verhaltensweisen der Beteiligten abhängig gemacht. Dies bewirkt eine mittelbare Relativierung sowie die Entstehung von gesetzlich nicht vorgesehenen Entscheidungs- bzw. Ermessensspielräumen (unten IV).

Dort, wo Verfahrensnormen explizit Rechte der Beschuldigten³⁶ verbürgen, wird ihre Flexibilisierung mit einem etwas anderen Begründungsparadigma legitimiert: Der Beschuldigte entscheide durch sein prozessuales und ggf. auch außerprozessuales Verhalten letztlich selbst darüber, die Verbindlichkeit der Rechtsgewährleistung zu relativieren. Damit wird dem Beschuldigten eine zusätzliche Option in Form einer Dispositionsbefugnis eingeräumt. Allerdings geht es dabei in den seltensten Fällen um eine bewusste und freiwillige Disposition, eigentlich nur bei dem mit der Verzichtbarkeit argumentierendem Ansatz. Im Übrigen aber stellt sich die reduzierte Verbindlichkeit der Rechtseinräumung als eine verfahrensrechtliche Sanktion *sui generis* dar. Sanktioniert wird aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden inadäquates Verhalten des Beschuldigten mit Rechtsverlust oder -beschränkung. Besonders deutlich wird das bei den richterrechtlichen Beschränkungen der Angeklagten-Revision durch die neu gebildete Kategorie der „Obliegenheiten“⁴³⁷ oder etwa dem Erfordernis, negative und rügevernechtende Tatsachen³⁸ vorzutragen.

35 Heinrich, ZStW 113 (2000), S. 398; Momsen, Verfahrensfehler, 1996, S. 84 ff.; zusammenfassend: ders., in: KMR-Kommentar zur StPO, 55. Ergänzungslieferung, 2009, § 337 Rdn. 230 ff.; § 344 Rdn. 31 ff.; ähnliche Erwägungen finden sich bzgl. der sog. *Harmless Error Rule* im US-amerikanischen Strafverfahrensrecht, vgl. Federal Rules of Evidence Rule 103(a); Federal Rule of Civil Procedure 52(a), vgl. aus der Rspr. United States v. Lane, 474 U. S. 438, 106 S. Ct. 725, 88 L. Ed. 2d 814 (1986); United States v. Mechanik, 475 U. S. 66, 106 S.Ct. 938, 89 L. Ed. 2d 50 (1986); zusammenfassend und m. w. N. LaFave/Israel/King/Kerr, Criminal Procedure, 6. Auflage, § 27 Abschn. 6.

36 Der Begriff „Beschuldigter“ wird hier als Oberbegriff verwendet, wenn die betreffenden Erwägungen im Prinzip nicht an ein bestimmtes Verfahrensstadium geknüpft sind. Treffen die Argumente nur in einzelnen Stadien zu, so wird vom „Beschuldigten“, „Angeschuldigten“, „Angeklagten“ oder „Verurteilten“ gesprochen.

37 Stellvertretend dafür zur sog. „Widerspruchslösung“ bei unterbliebener Belehrung gem. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO: BGHSt. 38, 214; mit unterschiedlichen Positionen: Basdorf, StV 1997, 488, 490; Beulke, NSTz 1996, 257, 262; Bohlander, NSTz 1992, 504; Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993, S. 149 f.; Hamm, NJW 1996, 2185, 2187; Maatz, NSTz 1992, 513, 518; Momsen, Verfahrensfehler, 1996, S. 162 ff.; ders., in: KMR-StPO (Anm. 35), § 337 Rdn. 230a ff; 236; ders., in: SSW-StPO, 3. Auflage 2018, § 337 Rdn. 96.

38 Vgl. etwa BGHSt. 37, 245, 248; BGH NSTz 2000, 49, 50; 2001, 425; 2015, 98; zusammenfassend: Knauer/Kudlich, in Münchener Kommentar StPO, Bd. 3/1, 2019, § 344 Rdn. 122; kritisch dazu Momen, in: SSW-StPO (Anm. 37), § 337 Rdn. 96 ff.

Dem Beschuldigten wird eine bestimmte Form der Rechtswahrnehmung vorgegeben, die sich in den meisten Fällen nicht aus der Verfahrensordnung oder -struktur ergibt. Damit wird zugleich – in einer, in der Idealform des reformierten inquisitorischen Strafprozesses nicht vorgesehenen Weise – eine Disposition über einzelne Verfahrenshandlungen ermöglicht. Dies ist kritisch zu sehen.

Denn das Verfahrensrecht wird nicht mehr gleichmäßig auf tatsächlich und rechtlich vergleichbare Fälle angewendet. Hinzu kommt: Kann der Beschuldigte durch sein Verhalten die Strafverfolgungsbehörden dazu veranlassen, ihm bestimmte Rechte einzuräumen oder davon abzusehen, werden aus Verfahrensbeteiligten mehr und mehr Verfahrensparteien.

Der ursprünglich einheitliche Standard der Anwendung von Verfahrensvorschriften wird so im Ergebnis zugunsten individuell verhandelbarer Normgeltung aufgegeben. Natürlich ist das alles nichts anderes als die Transformation des ursprünglich inquisitorischen in ein adversatorisches Verfahren. Der damit verbundene Verlust an Verbindlichkeit begründet für die Strafverfolgungsbehörden die Chance, Verfahren ressourcenschonend durchzuführen und für potente Beschuldigte diverse Möglichkeiten, auf die Wahrheitsermittlung und Sanktionsbestimmung Einfluss zu nehmen. Für alle anderen aber begründet diese Flexibilisierung und Individualisierung einen Abbau generell-abstrakt schützender Formen und damit Gefahren, nicht zuletzt Diskriminierungsgefahren.

Zugleich ist zu erkennen, dass hier zumindest eine Zwischenform zur Absprache eingeführt worden ist. Noch nicht voll ausgeprägt als Verhandlung unter gleichen Parteien – sondern autoritär oktroyiert. Indem die stärkere Partei, hier noch eindeutig der Staat, Rechte, die der anderen Partei abstrakt zugewiesen waren, unter Vorbehalt stellt, ermöglicht sie aber doch dieser schwächeren Partei über deren Anwendung mitzuentcheiden. Da die jeweilige Norm keinen Anwendungsvorbehalt kennt, wird dieser in Form eines durch die Praxis entwickelten und revisionsrechtlich verfestigten Standards eingeführt. Damit ist nicht nur die Tür zu echten Abspracheformen innerhalb und außerhalb der Hauptverhandlung weit geöffnet. Es zeigt sich auch, wie weit der Standardisierungsprozess im Verfahrensrecht vorangeschritten ist. Auf die Implementationen einseitig initiiert und echter zweiseitig ausgehandelter Flexibilisierungen ist im Zusammenhang mit *Hayek* zurückzukommen. Beide Varianten sind stilprägend im amerikanischen Strafverfahren³⁹.

39 Ausführlich hierzu: *Momsen*, William Blackstone's Commentaries on the Law of England, Band 4, Ein Grundlagentext des amerikanischen Straftatsystems?, in *Rostalski* (Hrsg.), Grundlagen und Konzepte des Strafrechts – Zur Leistungsfähigkeit von Straftatsystemen, Erscheinen für 2020 angekündigt.

Wie sich gerade mit Blick auf das amerikanische Strafrecht zeigt, entfalten derartige Relativierungen oder freundlicher ausgedrückt Individualisierungen dort ihre größte Wirkung, wo sie im materiellen Recht mit vergleichbar flexiblen Normen korrespondieren. So ermöglicht es erst ein relativ weitgefaster materieller Tatbestand, die prozessualen Dispositionsmöglichkeiten voll auszuschöpfen. Kann man beispielsweise den Kreis der Verantwortlichen relativ weit fassen, so kann die Anklagebehörde unter Umständen ein weites Ermessen ausüben und denjenigen Beschuldigten zuerst intensiv verfolgen, der von seinem Schweigerecht am wenigsten sinnvoll Gebrauch machen kann, bspw. weil er – und sei es als Belohnung für eine Kooperation – eine vergleichsweise geringe Sanktion zu erwarten hat. Voraussetzung ist eine Standardisierung im Bereich des Legalitätsprinzips.

Genügt bereits ein marginaler Tatbeitrag oder eine Handlung weit im Vorfeld, um als Täter in vollem Umfang zu haften, so verliert die Ausübung des Schweigerechts an Sinn. Reicht für die Täterschaft jeder ursächliche Tatbeitrag aus, so wäre derjenige, dem zwar nur – aber aufgrund eines Kreditkartenbelegs auch relativ sicher – nachgewiesen werden kann, dass er die Leiter, die zum Einbruch verwendet wurde, gekauft hat, dazu gezwungen, von seinem Schweigerecht abzurücken und zu kooperieren, – um darlegen zu können, dass die anderen Beteiligten, die in die Wohnung eingestiegen sind, wesentlich höheres Unrecht verwirklicht haben⁴⁰.

2. Fahrlässigkeitsstandards

Eine gesetzliche Definition fahrlässigen Verhaltens sucht man im StGB vergebens. § 15 StGB vollzieht im Grunde genommen nur den Schluss, dass es strafbares fahrlässiges Verhalten gibt⁴¹. Davon ausgehend, dass man nicht intentional planen kann, im Wege unsorgfältigen Verhaltens konkrete Rechtsgüter zu verletzen, ohne vorsätzlich zu handeln, ergeben sich für das Zusammenwirken mehrerer Personen spezifische Regeln. So ist es offensichtlich trotzdem möglich, abgestimmt unsorgfältig zu handeln – auch ohne einen Verletzungsvorsatz zu entwickeln. Damit verflachen, ohne dies hier näher ausführen zu können, die Beteiligungsstrukturen im Bereich der Fahrlässigkeit. Kann man für die Sorgfaltswidrigkeit ein Zusammenwirken erkennen, nicht aber im Hinblick auf die Herbeiführung kon-

⁴⁰ Auf diesem Modell basiert die „Conspiracy“ des US-amerikanischen Rechts, vgl. hierzu: *Momsen/Washington*, ZIS 2019, 182, 195; *dies.*, ZIS 2019, 243, 245f.; *dies.*, Festschrift für Kindhäuser, 2019, S. 923, 931 ff. – ähnliches gilt für Kronzeugenregelungen.

⁴¹ *Puppe*, in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 1, 5. Auflage 2017, § 15 Rdn. 11–13.

kreter Erfolge, so sind Teilnehmungsformen eher konturarme Schemen. Ein Erfolg wäre beispielsweise ohne ein abgestimmt unsorgfältiges Verhalten weitaus weniger wahrscheinlich. Aber die Bewertung des spezifischen Zusammenwirkens lässt sich mit dem Raster der limitierten Akzessorietät nicht adäquat erfassen. Folglich betrachtet man in Ermangelung eines stärker ausdifferenzierten Systems alle, die durch unsorgfältiges Verhalten an der Herbeiführung eines Erfolges mit- oder zusammenwirken, als (Neben-) Täter. Gleichwohl versucht man richtigerweise für die Zurechnung zumindest an die Muster der §§ 25 ff. StGB anzuknüpfen⁴².

In der Sache überzeugend führt etwa *Schild* aus: „Zu beachten ist, dass der (nationale, sicherlich bald übernationale) Strafgesetzgeber es in der Hand hat, durch die Ausgestaltung der Straftatbestände den möglichen Anwendungsbereich des § 25 StGB auszuhöhlen, indem er z. B. Pflichtdelikte vorsieht oder auf Fahrlässigkeitsdelikte ausweicht“⁴³.

Vergleichbares könne der Strafrechtslehre gelingen, wenn sie theoretische Konzepte der Straftat vorlegt, die das Pflichtmoment in den Vordergrund stellen. Ebenso bei Entwicklung einer bloß normativen Zurechnungslehre, die auf eine strafrechtliche „Haftung“ für einen Schaden abstellt.

*Rotsch*⁴⁴ verdeutlicht dies in seiner Analyse „differenzierungsfeindlicher“ Tatbestände des StGB, in denen auf Vorbereitungs- und Versuchshandlungen, einfache Mitwirkungsakte und bloße Verursachungstätigkeiten abgestellt werde. Diese, analysiert er zutreffend, erlauben eine Abgrenzung von Tätern und Teilnehmern von vornherein nicht. *Rotsch* zeigt die „schleichende Abschaffung der Differenzierung in Teilnehmungsformen im Wirtschafts- und Unternehmensstrafrecht“⁴⁵ auf. Zu Recht, wie wir sehen werden, misst er der „Organisationsherrschaft“ entscheidende Bedeutung zu⁴⁶.

⁴² Zutreffend *Schild*, in: NK-StGB (Anm. 41), Vorbemerkungen zu § 25 Rdn. 6, der den Bezugspunkt der §§ 25 ff. StGB beim Fahrlässigkeitsdelikt in der Schaffung der rechtlich relevanten Gefahr und damit bei der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung sieht, insbesondere auch unter Verweis auf *Schünemanns* Täterschaftslehre vom Täter als Herrn über den Grund der Tat (*Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 236 ff.; *ders.*, in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 1, 12. Auflage 2018, § 25 Rdn. 16, 40.) sowie Ansatzpunkte der Rechtsprechung, die eine Übertragung des Herrschaftsgedankens als die Täterschaft konstituierendes Element belegen, vgl. dazu BGH NJW 2003, 2327 – „Gefährdungsherrschaft“ im Kontext eines Zurechnungsausschlusses bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung durch den Suizidenten in Fällen aktiver Sterbehilfe.

⁴³ *Schild*, in: NK-StGB (Anm. 41), Vorbemerkungen zu § 25 Rdn. 7.

⁴⁴ *Rotsch*, Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft, 2009, S. 211 ff.

⁴⁵ *Rotsch*, Einheitstäterschaft, 2009, S. 313 ff.

⁴⁶ *Rotsch*, Einheitstäterschaft, 2009, S. 322 ff.; freilich mit der Annahme, dass die Organisationsherrschaft allerdings nicht – etwa mit *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl. 1963, S. 242 ff. –

a) Entstehung von Sorgfaltspflichten

Die Individualisierung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit findet an zwei Flanken statt:

aa) Der Einzelfall als Maßstab der Sorgfaltspflicht

Zunächst wird der Maßstab der Sorgfaltspflicht vermehrt aus konkreten Fällen heraus definiert. Auf diese Weise ergibt sich aus einer Vielzahl von Fällen ein sehr dynamischer Standard. Bildhaft beschrieben ergibt sich aus verschiedenen Fällen ein dynamisches Muster von Sorgfaltspflichten. Der konkrete Fall prägt die Pflicht, – wesentlich weniger häufig entscheidet die Subsumierbarkeit eines Falles unter eine vorgefundene generell-verbindliche Pflicht über die Strafverfolgung. Die Pflicht konkretisiert sich gleichsam erst aus dem konkreten Fall. Grund dafür ist häufig ein komplexes Zusammenwirken vieler Akteure an der Herbeiführung eines Deliktserfolgs. Die meisten von ihnen handeln lediglich unvorsätzlich. Dies führt zu Überlagerungen in der Beteiligungsstruktur. Neben vielfältigen Zurechnungsproblemen wird die Sorgfaltspflicht häufig erst unter Berücksichtigung des Verhaltens anderer sichtbar und gewinnt ihre Konturen.

Auch das tradierte Muster des Vertrauensgrundsatzes versagt dort, wo bereits die Erkennbarkeit des Erfolgs von komplexen Interaktionen diverser konkreter Beteiligten mit individuellen Aufgabenkreisen abhängt. Entscheidende Bedeutung kommt auf diese Weise fast unvermeidlich der konkreten Organisationsstruktur eines Unternehmens zu:

Wer die Organisation zu verantworten hat, erlangt so die Definitionsmacht über strafrechtliche Zurechenbarkeit.

Letztlich zeigt sich damit insgesamt eine Annäherung des Wirtschaftsstrafrechts an das traditionelle amerikanische Case-Law⁴⁷. Zugleich harmonisiert das

als Form der Tatherrschaft mit dem Täter als „Zentralgestalt des Geschehens“ einzuordnen sei, sondern isoliert auf das Prinzip der Sicherheit des Erfolgeintritts abzustellen sei.

47 Wobei sich die Rolle des Case Law im angloamerikanischen Rechtskreis in Teilen auch durchaus im Rückzug befindet, was allerdings den Stellenwert der Prägung richterlicher Entscheidungsfindung durch das common law als Rechtstradition nicht zwingend mit sich zieht, vgl. *Glenn*, *Legal Traditions of the World*, 2010, S. 264 ff.; diese Annahme des Common bzw. Civil Law gar als vorrechtliche Prägung findet sich etwa auch in den Diskussionen um Grund und Grenzen sog. „Legal Transplants“ wieder, vgl. *Legrand*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4 (1997), S. 111, 114 f.; *Watson*, *Ius commune Lectures on European Private Law* 2, 2000; zur Übernahme von Versatzstücken der US-amerikanischen Verfahrenspraxis in das deutsche Ermittlungsverfahren als „Legal Transplants“ näher *Momsen*, *Pragmatische Reform oder Verflüssigung von Verfahrens-*

materielle Recht so mit dem Verfahrensrecht, welches stark im oben beschriebenen Sinne durch adversatorische Elemente geprägt ist.

bb) Verhandelte Standards als Maßstab der Sorgfaltspflicht

Ein weiterer Bereich der Flexibilisierung des materiellen Strafrechts bildet sich exemplarisch heraus bei der Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen, – welche im Unternehmenskontext, insbesondere in deren Wertschöpfungskette, beziehungsweise ihrer Supply-Chain begangen werden.

Eine spezifische Ursache liegt häufig in der Genese solcher Normen. Vielfach entstehen sie aus Soft-Law, also weder aus demokratisch legitimierten noch allgemein verbindlichen Regelungen, sondern aus freiwillig akzeptierten Verhaltensmaßregeln. Diese werden zu einem entscheidenden Anteil durch internationale Organisationen gesetzt (z. B. die UN-Guiding-Principles on Business and Human Rights). Alternativ werden diese Regelungen lediglich bilateral vereinbart, etwa zwischen einem Verband und seinen Mitgliedern oder zwischen mehreren Unternehmen.

Dies führt zur Ausweitung der Fahrlässigkeitshaftung. Der Grund liegt in der mittelbaren Gesetzwerdung: Die Prinzipien des Soft-Law fließen lediglich in das Anknüpfungs- oder Bezugsobjekt der staatlichen Strafnorm ein, führen aber nicht zu einer expliziten Änderung der Schutzrichtung.⁴⁸ Statt einer Änderung der Richtung kommt es zur Erweiterung des Schutzbereichs. So geht es im Bereich der Menschenrechtsverletzungen um Verletzungen höchstpersönlicher Rechtsgüter als Nebenfolge gewinnorientierten unternehmerischen Handelns. Da Menschenrechtsverletzungen häufig von der Unternehmensleitung nicht intendiert sind oder ein entsprechendes Wissen in Bezug auf die konkreten Umstände in der Zentrale fehlt, kommt nur fahrlässiges Handeln in Betracht. Es kommt zu einer modifizierten, spezifischen Ausformung der konkreten Sorgfaltspflicht:

Die Einhaltung von Menschenrechtsstandards ist richtigerweise als Teil der Produkt- oder Dienstleistungsqualität zu begreifen, wenn man sie im Kontext des Wirtschaftsstrafrechts erfassen will. Sie wird Bestandteil einer spezifischen Form von Compliance.

Die Achtung von Menschenrechten, der faire Handel, die Korruptionsfreiheit sind qualitätsrelevante Faktoren eines Produkts und einer Dienstleistung, die

standards, in: Bild und Selbstbild der Strafverteidigung, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Band 40, 2017, S. 83, 94 ff.

48 Vgl. zu Transformationsprozessen in den USA und dem Vereinigten Königreich betreffend den Anwendungsbereich des FCPA und UKBA: Rose, International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems, 2015.

auch auf deren Preis bzw. Wert durchschlagen können. Die Einführung der bilanzrechtlichen Verpflichtung zur Abgabe einer nicht-finanziellen Erklärung gem. § 289b HGB als Erweiterung des Lageberichts, die sich unter anderem auf Angaben zur Achtung der Menschenrechte und zur Korruptionsprävention (§ 289d Abs. 2 Nr. 4, 5 HGB) bezieht, verdeutlicht diesen wertbildenden Ansatz. Diese mit dem CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz⁴⁹ in Umsetzung der Richtlinie 2014/95/EU geschaffenen Verpflichtungen werden zugleich durch die Bußgeld- und Straftatbestände des HGB flankiert⁵⁰.

Die in aller Regel ohne Beteiligung des Gesetzgebers national oder international verhandelten CSR-Standards werden somit zu integralen Bestandteilen der modifizierten Sorgfaltspflichten. Darüber hinaus nehmen diese Maßstäbe allerdings auch Einfluss auf solche Straftatbestände, die durch die Tathandlung der Täuschung geprägt sind⁵¹.

cc) Anwendungs- und Durchsetzungsermessen

Sowohl Produkthaftung als auch Compliance sind Bereiche, in welchen die eigentlich strafrechtlichen Regelungen mit im weiteren Sinne zivilrechtlichen Regelungen sowie solchen des internationalen Privatrechts, des Schiedsrechts und ggf. des Völkerrechts eng verwoben sind und häufig nicht einmal den wesentlichen Teil eines Compliance-Management Systems ausmachen. Dementsprechend liegt es viel näher, sie als grundsätzlich verhandelbar anzusehen, gleichsam als Teil der Vertragsfreiheit. Blickt man auf den Bereich internationaler Regelwerke, so ist zudem zu berücksichtigen, dass hier vielfach eine anglo-amerikanische Rechtskultur vorherrscht, welcher die Aushandlung von Regelungen auch im strafrechtlichen Bereich nicht wesensfremd ist.

Eine solche Entwicklung von Sorgfaltspflichten als dem Rückgrat der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit führt zu de-facto Standards, die deutlich geringere Verbindlichkeit und Bestimmtheit erzeugen, als Normen formeller Gesetze. Zugleich ist zu erkennen, wie sich ein unter Umständen ganz erheblicher Ermessensspielraum öffnet, den Standard insgesamt oder in einzelnen Punkten anzuwenden und zu akzeptieren.

⁴⁹ Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz) v. 11. April 2017, BGBl. I. S. 802.

⁵⁰ Vertiefend *Momsen/Laudien*, in: *Momsen/Grützner* (Hrsg.), Hdb. Wirtschaftsstrafrecht, 2. Auflage 2019, Kap. 6 C Rdn. 55 (im Erscheinen).

⁵¹ *Grützner/Boerger/Momsen*, CCZ 2018, 50, 54, zur generell wachsenden Bedeutung dieser Straftatbestände für die strafrechtliche Produktverantwortlichkeit.

b) „Widening the Net“: Von der Rechtsgutsverletzung zur fehlerhaften Prävention

Ein weiterer Faktor tritt hinzu: Durch die Einbettung in Organisationsverschulden und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit verlagert sich der Anknüpfungspunkt des Vorwurfs von der konkreten Rechtsgutsverletzung (Vergiftung des Grundwassers um eine Abwanderung der ortsansässigen Bevölkerung des Abbaugebiets zu erzwingen) dahin, diese nicht verhindert und vorhergesehen zu haben, wenn sie durch Mitarbeiter, Vertragspartner oder anderweitig zurechenbare Dritte erfolgt⁵².

Daraus ergibt sich ein ganz erheblicher „Net-Widening Effekt“. Denn in der Regel indiziert die Begehung vorsätzlicher Straftaten im weiteren Verantwortungsbereich eines Unternehmens zugleich, dass Organisations- oder Überwachungsdefizite vorlagen⁵³. Der Compliance-Ansatz verstärkt diese Wertung massiv. Auf diese Weise können die meisten nur vorsätzlich begehbaren Wirtschaftsstraftaten zum Anknüpfungspunkt einer Fahrlässigkeitshaftung für die organisations- und überwachungsverantwortlichen Hierarchieebenen werden. Sieht man bspw. in der Manipulation von Abgaswerten einen nur vorsätzlich begehbaren Betrug, so kann nach diesem Schema ohne weiteres parallel eine Fahrlässigkeitshaftung des organisationsverantwortlichen Vorstands bspw. für Gesundheitsschäden nach den einschlägigen Straftatbeständen des Kernstrafrechts und in sehr viel weiterem Umfang etwa nach § 130 OWiG konstruiert werden.

Zusammengefasst: Im Bereich der Fahrlässigkeit beobachten wir eine vermehrte Beeinflussung der Sorgfaltspflichten durch im Ursprung freiwillig eingegangene Selbstverpflichtungen oder nicht allgemein bindende Normen des Soft Law. Dies führt zu einer kaum kontrollierbaren Ausweitung der Fahrlässigkeit, die sich tendenziell in Richtung einer allgemeinen Pflicht entwickelt, durch sorgfältiges Handeln jedwede Straftaten im zurechenbaren Organisationsbereich zu verhindern.

52 Vgl. zu dieser „unternehmensbezogenen Sichtweise“ speziell beim Fahrlässigkeitsdelikt in (vertikal) arbeitsteiligen Prozessen: BGHSt. 37, 106, 113; dazu und zu den Wurzeln dieser Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des französischen *Cour de Cassation Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, Bd. I, 2. Auflage 1988, Rdn. 1146 ff.; *ders.*, NJW 1988, 1937, 1940; ferner eingehend *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 372f.; *Kuhlen*, Festschrift BGH, Bd. IV, 2000, S. 647, 662f.; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, 30. Auflage 2019, § 15 Rdn. 217.

53 Auch wenn daraus nicht der Schluss gezogen werden kann, dass wegen der Einzeltat zwingend die Organisationsverantwortlichkeit oder m. a. W. ein Versagen des Compliance-Management-Systems anzunehmen wäre, vgl. nur *Rogall*, in: *Karlsruher Kommentar OWiG*, 5. Auflage 2018, § 130 Rdn. 39 ff.

c) Herausbildung multipler und individueller Sorgfaltspflichten

Aufgrund der individuellen und häufig nur bilateral geltenden Grundlage entsteht zugleich eine unübersehbare Vielfalt von verschiedenen Sorgfaltsmaßstäben.

Wie an anderer Stelle⁵⁴ näher dargelegt, führen diese Prozesse dazu, dass Taten, die in vergleichbar organisierten Unternehmen begangen werden, in einem Fall als fahrlässige Pflichtverletzung der Leitungsperson angesehen werden können, im anderen Fall hingegen nicht. Der Grund der Differenzierung kann allein in unterschiedlichen Compliance-Regelungen beider Unternehmen liegen oder darin, dass ein Unternehmen die vom einschlägigen Verband erlassenen Compliance Empfehlungen umgesetzt hat, das andere hingegen nicht.

So wäre es denkbar, dass eine Tat in der Supply-Chain als Sorgfaltspflichtverletzung einzuordnen wäre, weil sie kontextual begründet als Menschenrechtsverletzung⁵⁵ erscheint, dieselbe Tat aber dann keine entsprechenden Sorgfaltspflichten berührt, wenn dieser Kontext fehlt⁵⁶ (als Bsp: Ein Mitarbeiter des Sicherheitsdienstes eines Subunternehmens vergewaltigt eine Frau, die ihr Haus nicht räumen will, um andere Bewohner einzuschüchtern und aus ihren Häusern zu vertreiben⁵⁷). Im Fall einer „kontextlosen“ Vergewaltigung, also einer Tat ohne Menschenrechtsbezug, läge ein vorsätzlicher aber betriebsfremder Übergriff eines Angestellten eines Subunternehmens vor. Spezielle Sorgfaltsmaßstäbe bei der Auswahl des Personals existieren insoweit nicht.

Zur Klarstellung: Jeder einzelne der vorgenannten Fälle mag in Anwendung rationaler Compliance- oder Due-Diligence-Standards im Hinblick auf eine Organisations- oder Aufsichtspflichtverletzung richtig oder doch vertretbar entschieden werden. Jedoch verlagert sich der Anknüpfungspunkt der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit auf eine Ebene unterhalb der Gesetzesnorm. Da hier die Standards

54 *Momsen/Schwarze*, Criminal Law Forum Special Edition: Human Rights Compliance and Corporate Criminal Liability, 2018, S. 567 ff.

55 Näher zu untersuchen sind die Kriterien, welche eine „einfache“ Rechtsgutsverletzung zur Menschenrechtsverletzung werden lassen. Ein Ansatzpunkt ist die systematische Verletzung einer Vielzahl von Betroffenen durch gezieltes staatliches Handeln. Einiges spricht dafür, einen ähnlichen Zusammenhang im Falle gezielten unternehmerischen Handelns anzunehmen. Erste Überlegungen bei *Ambos/Momsen*, Criminal Law Forum Special Edition: Human Rights Compliance and Corporate Criminal Liability, 2018, S. 495 f.; vgl. auch *Ambos*, ebd., S. 499 ff.

56 *Momsen/Schwarze*, Criminal Law Forum Special Edition: Human Rights Compliance and Corporate Criminal Liability, 2018, S. 567, 589.

57 Angelehnt an den Fall „Danzer“, https://www.ecchr.eu/fall/kein-verfahren-gegen-leitenden-mitarbeiter-der-danzer-group-wegen-menschenrechtsverletzungen-in-der/#case_case, (Stand: 29.07.2019).

nicht für alle Betroffenen gleichermaßen gelten, sondern nur zwischen einigen von ihnen vereinbart werden, wird die Fahrlässigkeitshaftung gleichsam mit vereinbart. Das Gleiche gilt für ihre Beschränkung (zumindest bis zu einem gewissen Grad, siehe dazu noch unten). Ein paralleles Phänomen tritt auf, wenn nationales oder internationales Soft Law, wie im Bereich des Menschenrechtsschutzes, inkorporiert wird. Dieses enthält in den meisten Fällen Handlungsempfehlungen im Sinne einer „Best Practice“ ohne die Verbindlichkeit der Gesetzesnorm und ist ebenfalls im Vereinbarungswege anwendbar. Diese Individualisierung und Flexibilisierung führt zu einem Rückgang der Verbindlichkeit – und einem erheblichen Potential von Rechtsanwendungsungleichheit.

d) Verflachung der Beteiligungsstruktur – Einheitstäterschaft und Verfolgungsermessen

Wie bereits angedeutet führt die fahrlässigkeitsrechtliche Überwölbung auch im Bereich der wirtschaftsstrafrechtlichen Vorsatzdelikte zu einer deutlichen Verflachung der Beteiligungsstrukturen. Das Modell der Einheitstäterschaft ermöglicht eine sehr viel weiterreichende Zurechnung als die normierten Formen von Täterschaft und Teilnahme. Zur Illustration sei wieder auf die Abgasmanipulationen zurückgegriffen: Sowohl im Fall des § 25 StGB als auch für eine limitiert akzessorische Teilnahme müsste bspw. den Vorstandsmitgliedern nachgewiesen werden, dass sie zumindest Kenntnis von den Manipulationen hatten. Das ist vielfach kaum möglich. Anders sieht es jedoch aus, wenn nach vorwerfbarer Nichtkenntnis gefragt wird.

Der Umstand, dass es zu derartigen Manipulationen auf nachgeordneten Ebenen kommen kann, deutet nämlich fast unwiderleglich auf ein Organisationsdefizit hin. Ob dies zur Sorgfaltspflicht des Vorstands gehört, ergibt sich vielfach erst aus Sorgfaltsstandards unterhalb des Gesetzes. Damit kann abhängig vom Compliance Management System des Unternehmens der Vorstand als Täter eines Fahrlässigkeitsdelikts haften, obwohl eine Zurechnung nach den §§ 25–27 StGB fast sicher scheitern würde.

Diese Argumentation evoziert selbstverständlich einige Einwände, zuvorderst den, dass häufig ein entsprechendes Fahrlässigkeitsdelikt fehlt – etwa im Fall des Betrugs. Hier aber setzt nun die Wirkung der auch als „Transmissionsriemen“⁵⁸ bezeichneten §§ 30, 130 OWiG ein.

⁵⁸ Vgl. zum Begriff *Grützner/Leisch*, DB 2012, 787, 788; *Helmrich*, wistra 2010, 331, 332; *Többens*, NSTZ 1999, 1, 8.

Nach derzeitiger Gesetzeslage würde in den Konstellationen, in welchen eine spezifische Sorgfaltspflichtverletzung vorläge, in der Regel auch eine Geldbuße gegen das Unternehmen in Betracht kommen. Der damit für das Unternehmen eintretende Vermögensverlust könnte im Einzelfall sogar eine Strafbarkeit wegen Untreue nach § 266 StGB oder eine zivilrechtliche Haftung etwa nach § 93 Abs. 2 AktG auslösen, wenn bspw. auf der Leitungsebene bekannt war, dass „Best-Practice“ Regeln nicht eingehalten oder umgesetzt wurden und ein Sanktionsrisiko bestand, das sich sodann in einem Vermögensschaden auf Seiten der Gesellschaft oder der Gesellschafter⁵⁹ realisiert hat. Zudem sind bereits jetzt Inhaber und (bspw. Compliance-) Beauftragte nach § 130 Abs. 1 und 3, § 9 Abs. 2 OWiG einem erheblichen persönlichen Sanktionsrisiko ausgesetzt.

Wiederum mag man einwenden, das seien konstruierte Sachverhalte oder zumindest Einzelfälle. Das wird sich spätestens dann ändern, wenn es zur Einführung eines Unternehmens-Sanktionenrechts in Deutschland kommt. Auf jeden Fall, soweit dieses eine parallel zu §§ 30, 130 OWiG strukturierte Regelung in das StGB inkorporiert. § 14 StGB ist entsprechend § 9 OWiG ausgestaltet, womit die „echte“ materielle Fahrlässigkeitsstrafbarkeit deutlich ausgeweitet würde.

IV. Ermessensspielraum und Freiheit

Betrachten wir, bevor ich zum Abschluss komme, noch einen Gedanken von *F.A. Hayek*:

„Auch die Demokratie kann zur Willkürherrschaft werden, wenn sie eine Regierung oder ein Regierungssystem hervorbringt beziehungsweise zulässt, das sich nicht an feste Rechtsnormen hält. (...). Der Rechtsstaat ist gekennzeichnet durch gewisse Normen, die ein für allemal festgelegt sind und die kundtun, wie der Staat in bestimmten typischen Situationen handeln wird beziehungsweise was für ein Verhalten er seinen Bürgern vorschreibt. Innerhalb dieser Normen, die weder Willkür noch Absolutismus, noch "freies Ermessen der Regierungen“, zulassen, kann das Individuum seine Interessen und Wünsche verfolgen. Diese Normen sind nicht zugeschnitten auf das Interesse bestimmter Menschen oder Gruppen, sondern sind "Spielregeln“, die niemandem speziellen Nutzen oder Vorteile bringen. (...) Mit zunehmender Veränderung der Demokratie zur Willkürherrschaft (...) muss man von dem System der formalen Norm des liberalen Rechts-

⁵⁹ Krit. zu dieser Aufspaltung des strafrechtlichen Vermögensschutzes zwischen Kapital- und Personengesellschaften in der st. Rspr. (vgl. etwa BGHSt. 34 221, 223): Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 11. Auflage 2019, § 45 Rdn. 44.

staates übergehen zu der materiellen Norm des totalitären Regimes, das dem Ermessen des Richters einen immer größeren Platz einräumt.“ (...)»⁶⁰.

F.A. Hayek steht nicht im Verdacht, ein kommunistischer Utopist zu sein. Er sieht die beschriebenen Gefahren als weitaus weniger freiheitsbeschränkend an, wenn die Ungleichheit im Rahmen der Gesetze auf unterschiedlichen wirtschaftlichen Mitteln beruht.

Deshalb sei „das Privateigentum eine wichtige Garantie der Freiheit. Wenn die Herrschaft über die Produktionsmittel sich auf viele unabhängig voneinander handelnde Menschen verteilt, sind wir demnach freier, als wenn sämtliche Produktionsmittel in einer Hand – sei es in der der Gesellschaft oder der eines Diktators – liegen“.

„Wer würde nicht einsehen, dass ein Multimillionär, der mein Nachbar und vielleicht mein Arbeitgeber ist, weit weniger Macht über mich hat als der kleinste Funktionär, der die Zwangsgewalt des Staates ausübt und von dessen Belieben es abhängt, ob und unter welchen Bedingungen man mir zu arbeiten und zu leben erlaubt! Und wer wird leugnen wollen, dass die Welt, in der die Reichen mächtig sind, immer noch besser ist als eine, in der allein die bereits Mächtigen zum Reichtum gelangen können.“⁶¹

In seinem 1945 in deutscher Übersetzung unter dem Titel „Der Weg zur Knechtschaft“ herausgekommenen Werk „The Road to Serfdom“ versucht sich Hayek hier in teilweise bemerkenswerter Nähe zu Kant an einer Begründung der Überlegenheit des US-amerikanischen demokratischen Kapitalismus über die totalitären und sozialistischen Systeme. Dementsprechend ist es aus dieser Position heraus wesentlich weniger schädlich, wenn die Rechtsnormen so gestaltet sind, dass sie den Bürgern Raum für das „freie Spiel der Kräfte“ geben. Eine Prämisse, die im amerikanischen Mythos tief verhaftet ist. Auch wenn die Realitätsferne des Mythos wie auch die Gefahren unbestimmter gesetzlicher Regelungen gerade in den letzten Jahren überzeugend dargelegt wurden⁶², so zeigt sich hier doch eine symptomatische Parallele weiter Ermessensspielräume auf dem Boden vereinfacht gesagt autoritärer Systeme und einem „Laissez – Faire“ Modell amerikanischer Prägung. Allerdings besteht ein entscheidender Unterschied: Im ersten Fall räumen sich die staatlichen Organe das Ermessen selbst ein; im zweiten überlässt es der Staat den Akteuren. Hieraus kann ein unterschiedlich ausgeprägtes

60 The Collected Works of F. A. v. Hayek, Volume II, The Road to Serfdom, Text and Documents, The Definitive Edition, edited by Bruce Caldwell, 2008, S. 112 ff. (117 ff.), 134 ff. (136). Dazu mit guter Übersetzung und Zusammenfassung, Die Zeit vom 10.10.1946, F.A. Hayek: „Der Weg zur Knechtschaft“, <https://www.zeit.de/1946/34/f-a-hayek-der-weg-zur-knechtschaft> (Stand: 15.11.2019).

61 v. Hayek (Anm. 60).

62 Vgl. etwa Remnick (Hrsg.), The New Gilded Age, 2000.

Diskriminierungspotential entstehen. Im zweiten Fall allerdings wäre dieses grundsätzlich einer staatlichen Kontrolle zugänglich, welche im ersten Fall logisch ausgeschlossen ist. Wir erleben meines Erachtens derzeit eine Mischform mit Schwerpunkt auf dem Laissez-Faire Modell.

V. Schlussbetrachtung

1. Fahrlässigkeitsstrafrecht als prädestiniertes Einfallstor für Standardisierungen

Liest man das Zitat von *Hayek*, „das System der formalen Norm des liberalen Rechtsstaates“ werde „übergehen zu der materiellen Norm des totalitären Regimes, das dem Ermessen des Richters einen immer größeren Platz einräumt,“⁶³ so wird deutlich, dass er ganz offensichtlich auch das materielle Recht vor Augen hat. Dies ist, wie oben bereits angesprochen, auch richtig. Denn auch materielle Normen können dem Rechtsanwender ganz erhebliche Ermessensspielräume für ihre Anwendung eröffnen. Zwar unterliegen sie der vollen Bindung an das Bestimmtheitsgebot – aber mit systematisch bedingten Differenzierungen. Für eine relativ weite Fassung sind bei uns in erster Linie die Normen des Allgemeinen Teils geeignet. Denn diese müssen systematisch ohnehin für eine Vielzahl unterschiedlicher Fälle anwendbar sein, was eine präzise Umschreibung der erfassten Verhaltensweisen nahezu ausschließt. Sie erweisen sich damit per se als flexibel und relativ veränderungsfest, da ihr Wortlaut von vornherein auf verschiedene und damit in der Regel auch auf neu inkriminierte Verhaltensweisen bezogen werden kann, – wohingegen die Normen des Besonderen Teils gerade von dem Bild einer bestimmten Verhaltensweise geprägt sind.⁶⁴ Die Normen des Allgemeinen Teils unterliegen gleichwohl nicht grundsätzlich verfassungsrechtlichen Bedenken⁶⁵, da sie ja systematisch mit einer den engeren Bestimmtheitsanforderungen unterliegenden Norm des Besonderen Teils zusammengelesen werden müssen, um vollständig die Voraussetzungen der Strafbarkeit zu be-

⁶³ v. *Hayek* (Anm. 60).

⁶⁴ Die (seltenen) Entscheidungen, die sich mit einer potentiellen Verletzung des Bestimmtheitsgebots auseinandersetzen, betreffen dann auch hauptsächlich die Bestimmtheit der Straftatbestände des Besonderen Teils; vgl. etwa BVerfGE 26, 41 – § 360 Abs. 1 Nr. 11 StGB a. F., § 118 OWiG; BVerfGE 87, 209, 222 ff. – § 131 Abs. 1 StGB; BGHSt. 22, 365 – § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB.

⁶⁵ Vgl. aber etwa auf der einen Seite BVerfGE 105, 135, 152 f. – Vermögensstrafe (§ 43a StGB a. F.); dagegen etwa BVerfG NJW 2003, 1030 – § 13 StGB.

schreiben⁶⁶. Anders stellt sich die Lage für die Strafbarkeit fahrlässigen Verhaltens dar. Bei genauerer Betrachtung liegt die Funktion des § 15 StGB selbst ohne notwendigen Bezug zum BT meines Erachtens geradezu darin, eine weite Interpretation im Sinne einer allgemeinen Sorgfaltspflicht auszuschließen und dem formalen Gesetzgeber das grundsätzliche Regelungsmonopol vorzubehalten.

§ 15 StGB erweist sich allerdings als extrem porös. Nicht so sehr, weil die Reichweite der Strafbarkeit sich über die jeweilige Ausgestaltung des BT erschließt und somit vielfältigen Veränderungen unterworfen ist. Sondern weil die Norm keine materiellen Tatbestandsmerkmale aufweist und in ihrer Wirkung bei Lichte betrachtet deklaratorisch ist. Anders als andere Vorschriften des Allgemeinen Teils, welche die Grenzen des strafbaren Verhaltens zumindest mitbestimmen⁶⁷.

Auch das wäre noch kein ausreichender Grund, um die Fahrlässigkeit als das Einfallstor des Allgemeinen Teils für den Verlust von Verbindlichkeit anzusehen. Aber infolge der aufgezeigten Regelungsmechanik wird der Bereich der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bereits bei jeder entsprechenden Interpretation eines Tatbestands im Besonderen Teil unmittelbar verändert. Hinzu kommt – Stärke und Schwäche der klassisch-knapen AT-Normen zugleich – eine weit reichende Interpretationsoffenheit⁶⁸ des Begriffs „Fahrlässigkeit“ selbst⁶⁹. Denn auf dieser Ebene ist der Begriffsgehalt beschränkt auf „Nicht-Vorsätzlichkeit“. Er wird durch das seinerseits einer Auslegung zugängliche Verständnis des Vorsatzes negativ definiert. Somit wird die Geltung des Verbots nicht nur durch Normen des Besonderen Teils und deren Auslegung, sondern auch durch die Auslegung des Vorsatzbegriffs mit beeinflusst. Diese erfolgt zum einen zunehmend sektor- und tat-

66 Gewisse Einschränkungen sind hier bzgl. § 30 Abs. 2 StGB zu machen, der nur eine vage umschriebene Bezugstat aus dem Besonderen Teil benötigt, im Übrigen aber selbst den Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit beschreibt (vgl. zu dieser Auslegung auch BGHSt. 9, 131, 134; Joecks, in: MüKo-StGB [Anm. 20], § 30 Rdn. 11.). Hier liegen Parallelen zur *Conspiracy* im US-amerikanischen Recht. Ausf. Momsen/Washington, ZIS 2019, 182; 190; dies., ZIS 2019, 243, 249.

67 Wie z. B.: § 19 StGB (Schuldunfähigkeit unter 14 Jahren), §§ 22, 23 StGB, §§ 25–27 StGB, die eigene Tatbestandsmerkmale aufweisen.

68 Entgegen des Vorschlags des E 1962 und des AE 1966 hat der Gesetzgeber des 1. StrRG v. 25.06.1969 von einer diese Interpretationsoffenheit beseitigenden Regelung *expressis verbis* abgesehen und Rspr. und Lehre überlassen, vgl. BT-Drs. V/4095, S. 8 f.

69 Was letztlich auch Ausgangspunkt der unterschiedlichen Konzepte der Unrechtskonturierung des Fahrlässigkeitstatbestands ist; vgl. etwa das zweistufige Konzept der h. M.: Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 565; Kühn, in: Lackner/Kühn (Anm. 21), § 15 Rdn. 38; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Auflage 2006, § 24 Rdn. 3 ff.; Schüнемann, JA 1975, 512; dagegen einstufige Fahrlässigkeitskonzeptionen, die die Verletzung eines individualisierten Sorgfaltsmaßstabs schon auf Tatbestandsebene berücksichtigen wollen: etwa Duttge, in: MüKo-StGB (Anm. 20), § 15 Rdn. 113; Momsen, in: SSW-StGB, 4. Auflage 2019, § 25 Rdn. 65 f.

bestandsspezifisch und zum anderen zunehmend prognostisch – beides Faktoren einer Ermessensausweitung.

Nach alledem ist die gesetzliche Regelung der Strafbarkeit fahrlässigen Verhaltens tatsächlich ein Einfallstor für Flexibilisierungen. Denn an kaum einem anderen Punkt des materiellen Strafrechts kann das Bestimmtheitsgebot strukturell so leicht umgangen werden.

2. Ausweitung der Strafbarkeit durch Verlagerung des Bezugspunkts der Sorgfaltspflicht

Dennoch: Fehlt es an einem Fahrlässigkeitstatbestand, bedeutet das im Wirtschaftsstrafrecht in der Regel: Strafflosigkeit⁷⁰.

Für die Untreue (§ 266 StGB) könnte man sich zwar durchaus eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit vorstellen, da hier eine spezifische Pflichtenstellung vorausgesetzt wird, so dass auch der Anspruch besonderer Aufmerksamkeit begründet werden kann. Allerdings verlagert sich das Problem im Ergebnis lediglich, da die Ausprägung der Pflicht durch den Tatbestand kaum konkretisiert wird. Es entstünde ein allgemeines Vermögensschädigungsverbot in einem qualifizierten Verhältnis zum potentiell Geschädigten.

Jedoch gewinnen Organisationspflichten bspw. in der Praxis der Untreue eine immer größere Bedeutung und lassen sich vielfach bereits als Essenz der Vermögensbetreuungspflicht bezeichnen. Dies allein würde zwar nach dem oben in Bezug auf komplexe Sachverhalte Gesagten ein Anhaltspunkt für eine Standardisierung sein, nicht jedoch mit Bezug zur Fahrlässigkeit. § 266 StGB bleibt ein Vorsatzdelikt.

An dieser Stelle wäre eigentlich ein Exkurs zu den „Raser-Fällen“, genauer gesagt zur zunehmend objektiv-prognostischen Interpretation des Vorsatzes, angezeigt⁷¹.

Denn wenn einerseits die Vermögensbetreuungspflicht durch defizitäre Aufsicht und Überwachung von Mitarbeiterinnen eigener oder verbundener Unternehmen verletzt werden kann und andererseits Vorsatz in zentralen Punkten umgedeutet wird zu einer als objektive Wahrscheinlichkeit beschriebenen Vorhersehbarkeit unter definierten Umständen – dann verschiebt sich die Grenze des Vorsatzes ein weites Stück hinein in das Gebiet, das traditionell der Fahrlässigkeit

⁷⁰ Letztlich ist das gerade die wohl zentralste Aussage, die § 15 StGB ausdrücklich trifft, vgl. *Puppe*, in: NK-StGB (Anm. 41), § 15 Rdn. 11.

⁷¹ Vgl. dazu die Nachweise in Anm. 10.

vorbehalten war. Wird also ein vermögensbetreuungspflichtiger Geschäftsführer wegen Untreue verurteilt, weil er einen Vertriebsmitarbeiter nicht ausreichend überwacht hat und dieser deshalb vorsätzlich eine Bestechung im geschäftlichen Verkehr begehen konnte, wodurch das Unternehmen unmittelbar (Zahlung des Bestechungsgelds) und mittelbar (Unternehmensgeldbuße sowie Vermögensabschöpfungsmaßnahmen) geschädigt wird, liegt an sich ein Fahrlässigkeitsdelikt vor; wenn der Geschäftsführer dies nicht in Kauf genommen hat. Das ist aber in einem gerade vor Kurzem entschiedenen Fall nicht so⁷². Es soll ausreichen, dass der Angeklagte die tatsächliche Grundlage der als defizitär bewerteten Organisation kannte und ihre beschränkte Effektivität nicht behob – also billigend in Kauf nahm. Damit wäre zwar sehr rudimentär eine Art von Vorsatz begründet, allerdings nicht der für § 266 StGB erforderliche. Um diesen zu begründen, werden Wahrscheinlichkeitsaussagen herangezogen. Für einen durchschnittlichen Geschäftsführer wird es bei der wahrscheinlichen Kenntnis von Geschäftsfeld und Mitarbeitern ebenso hinreichend wahrscheinlich, dass eine Vermögensschädigung durch doloses Verhalten von Mitarbeitern (auch insoweit muss die Organisation ja mangelhaft sein, wie der Fall beweist) eintreten kann. Wenn auch noch das voluntative Element so umgedeutet wird, dass ein (meistens nicht näher definierter) vernünftiger Geschäftsführer den Betrieb des Geschäfts bei dergestalt mangelhafter Organisation unterlassen hätte, so ist auch das billigende Inkaufnehmen des Vermögensnachteils begründet – liest man.

Lassen wir beiseite, dass es sich vermutlich um ein Unterlassungsdelikt handelt, so fällt ins Auge, dass hier eine Risikoschaffung als solche bestraft wird, sofern sich ein vorsätzlich herbeigeführter Erfolg zurechenbar darauf zurückführen lässt. Ebenso deutlich ist, dass eine Untreuestrafbarkeit sich nur begründen lässt, wenn kognitives und voluntatives Vorsatzelement nicht mehr als subjektive Tatsachen, sondern objektive Wahrscheinlichkeiten bzw. Zuschreibungen auf deren Basis verstanden werden. Ursächlich hierfür ist die Standardisierung im Rahmen der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Wenn die Entwicklung den derzeit eingeschlagenen Weg weitergeht und Wahrscheinlichkeitsprognosen zu einem zentralen Element des Vorsatzes macht, entstehen weitere Ermessensspielräume. Denn diese Prognosen können nie mit konkreten Prozentzahlen ausgefüllt werden, sondern qua Natur rechtlicher Entscheidungen nur durch subjektive Wertungen.

Damit wird auch die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit deutlich weniger verbindlich als bislang. Möglich ist dies aufgrund der Struktur des § 15

72 Bei Abgabe des Manuskripts nicht rechtskräftiges und unveröffentlichtes Urteil, liegt dem Verfasser vor.

StGB einerseits und des als solchen verständlichen Wunsches, die subjektive Tatseite leichter nachweisen zu können. So erhält eine Fülle von Subwertungen und Subkategorien Eingang in die gesetzliche Wertung: Eine weitere Spielart der Standardisierung.

VI. Ausblick und Diskussion:

Zusammengefasst begründet die aufgezeigte Entwicklung Gefahren für

- die Rechtsanwendungsgleichheit
- die Rechtsdurchsetzungsgleichheit
- die demokratische Legitimation der Strafverfolgung
- die Kontrolle des Ermessens der Strafverfolgungsorgane.

Wie ist diesen Diskriminierungsgefahren und Legitimationsdefiziten zu begegnen? Kann und muss der Entwicklung überhaupt Einhalt geboten werden? Als mögliche Optionen kommen nur bspw. und ohne sie hier zu bewerten in Betracht:

- Schaffung von einzelnen Fahrlässigkeitstatbeständen im Wirtschaftsstrafrecht.
- Schaffung eines (gegebenenfalls sektorspezifischen) allgemeinen Fahrlässigkeitstatbestands bspw. für Vermögensschädigungen oder Wettbewerbsbeeinträchtigungen
- Schaffung eines Allgemeinen Sorgfaltspflichtengesetzes zum Schutz bestimmter Rechtsgüter, bspw. bezogen auf Verletzungen infolge unternehmerischen Handelns.
- Schaffung von Richtlinien für die Sanktionszumessung außerhalb der Hauptverhandlung i. S. sektoraler Sentencing Guidelines.
- Erweiterung der Ermessenskontrolle für Verfahrensbeendigungen außerhalb der Hauptverhandlung durch Schaffung eines Rechtsbehelfs gegen entsprechende staatsanwaltschaftliche Entscheidungen.