

Göttinger Studien
zu den Kriminalwissenschaften

Harald Feiler

Subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht



Universitätsverlag Göttingen

Harald Feiler

Subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht

erschienen als Band 19 in der Reihe „Göttinger Studien zu den
Kriminalwissenschaften“ im Universitätsverlag Göttingen 2011

Harald Feiler

Subjektive Zurechnung
im Markenstrafrecht

Göttinger Studien zu den
Kriminalwissenschaften

Band 19



Universitätsverlag Göttingen
2011

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe

Institut für Kriminalwissenschaften

Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Drs. Kai Ambos, Gunnar Duttge, Jörg-Martin Jehle, Uwe Murmann

Autorenkontakt

Harald Feiler

e-mail: h.feiler@gmx.net

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Satz und Layout: Harald Feiler

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp

© 2011 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-009-5

ISSN: 1864-2136

Meiner Familie

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen hat die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2010/2011 als Dissertation angenommen.

An erster Stelle danke ich ganz besonders meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Gunnar Duttge, der diese Arbeit intensiv betreut hat und von dem ich seit meiner damaligen Tätigkeit als studentische Hilfskraft am Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik der Ludwig-Maximilians-Universität München bis heute stets mit wertvollen Anregungen begleitet worden bin.

Sehr dankbar bin ich auch Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Ludwig Schreiber für die Anfertigung des Zweitgutachtens.

Für die Aufnahme der Arbeit in die unter dem Namen „Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften“ erscheinende Schriftenreihe des Instituts für Kriminalwissenschaften der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen möchte ich den Herausgebern, Herrn Prof. Dr. Kai Ambos, Herrn Prof. Dr. Gunnar Duttge, Herrn Prof. Dr. Jörg-Martin Jehle und Herrn Prof. Dr. Uwe Murmann, meinen besten Dank sagen.

Nicht zuletzt danke ich herzlich meiner Familie für ihre mannigfaltige Unterstützung.

Mainz, im Sommer 2011

Harald Feiler

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	I
Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	XI
Einleitung: Anwendungsschwierigkeiten des subjektiven Tatbestands bei § 143 MarkenG	1
1. Teil: Überblick zur Rechtswirklichkeit und deren Einfluss auf die Entwicklung des Markenschutzes	1
2. Teil: Beschreibung des Spezialproblems des markenstrafrechtlichen subjektiven Tatbestands	7
3. Teil: Gang der Darstellung	10
Hauptteil: Der markenstrafrechtliche subjektive Tatbestand	13
1. Teil: Allgemeine Grundlagen	13
2. Teil: Markenstrafrecht in der Rechtswirklichkeit	36
3. Teil: Begriff und Konzeption der subjektiven Zurechnung	53

4. Teil: Strafrechtlicher Markenrechtsschutz	96
5. Teil: Weitere relevante Gesichtspunkte für die markenstrafrechtliche subjektive Zurechnung	110
6. Teil: Abgrenzung des bedingten Vorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit im Markenstrafrecht	124
7. Teil: Spezifisch markenstrafrechtliche vorsatzausschließende Fehlvorstellungen	161
8. Teil: Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht?	192
Schluss: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	207
Literaturverzeichnis	XIX

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	I
Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	XI
Einleitung: Anwendungsschwierigkeiten des subjektiven Tatbestands bei § 143 MarkenG	1
1. Teil: Überblick zur Rechtswirklichkeit und deren Einfluss auf die Entwicklung des Markenschutzes	1
2. Teil: Beschreibung des Spezialproblems des markenstrafrechtlichen subjektiven Tatbestands	7
3. Teil: Gang der Darstellung	10
Hauptteil: Der markenstrafrechtliche subjektive Tatbestand	13
1. Teil: Allgemeine Grundlagen	13
1. Abschnitt: Wissenschaftstheoretische Vorbemerkungen	13
2. Abschnitt: Begriffe aus dem Umfeld des Markenstrafrechts	16
A. Arten von Kennzeichen	16

I. Oberbegriff: Kennzeichen	16
II. Marke	16
III. Sonstige Kennzeichen	18
1. Geschäftliche Bezeichnung	18
2. Geographische Herkunftsangabe	18
3. Gemeinschaftsmarke	19
B. Produktpiraterie	19
C. Markenpiraterie	22
3. Abschnitt: Außerstrafrechtlicher Markenrechtsschutz in der Rechtswirklichkeit	23
A. (Soziale) Bedeutung des Markenschutzes	23
I. Wirtschaftlicher Wert von Marken	23
II. Allgemeine rechtliche Folgerungen aus der Bedeutung von Marken	23
B. Historische Entwicklung des deutschen Markenrechts bis zur Mehrgleisigkeit des geltenden Markenschutzes	23
4. Abschnitt: Bestehen des Markenschutzes nach geltendem Recht	26
A. Entstehung des Markenrechts	26
B. Schranken des Markenschutzes (§§ 20 ff. MarkenG)	26
C. Übertragung und Verwertung (§§ 27, 29 f. MarkenG)	26
D. Auslaufen der Schutzdauer (§ 47 Abs. 6 MarkenG)	27
E. Verzicht, Verfall und Nichtigkeit (§§ 48, 49 und 50 f. MarkenG)	27
5. Abschnitt: Zivilrechtlicher Markenrechtsschutz	28
A. Bedeutende zivilrechtliche Ansprüche aufgrund von Markenrechtsverletzungen	28
I. Unterlassungsanspruch (§ 14 Abs. 5 MarkenG)	28
II. Schadensersatzanspruch (§ 14 Abs. 6 MarkenG)	31
III. Vernichtungs- bzw. Beseitigungsanspruch (§ 18 MarkenG)	33
IV. Auskunftsanspruch (§ 19 Abs. 1 MarkenG)	34
V. Bereicherungsanspruch	34
B. Einfluss des zivilrechtlichen auf den strafrechtlichen Markenrechtsschutz	34
2. Teil: Markenstrafrecht in der Rechtswirklichkeit	36
1. Abschnitt: Historische Entwicklung der Markenkollisionsdelikte	36
2. Abschnitt: Rechtssoziologisches Verhältnis des zivilrechtlichen zum strafrechtlichen Markenrechtsschutz	38
3. Abschnitt: Kriminologische Aspekte des strafrechtlichen Markenrechtsschutzes	39

A. Täter	39
B. Umstände der Tat	40
C. Strafrechtliche Sozialkontrolle	43
4. Abschnitt: Geschützte Rechtsgüter und Qualifizierung der Markendelikte	45
A. Schutz individueller Rechtsgüter	45
B. Schutz universeller Rechtsgüter	45
C. Qualifizierung der Markendelikte	50
5. Abschnitt: Zugehörigkeit zum Wirtschaftsstrafrecht	51
A. Relevanz der Kategorisierung	51
B. Kriterien für die Zuordnung	51
I. Formal-prozessuale Sicht	51
II. Kriminologische Sicht	52
III. Strafrechtsdogmatische Sicht	52
3. Teil: Begriff und Konzeption der subjektiven Zurechnung	53
1. Abschnitt: Von der subjektiven Zurechnung i.e.S zur subjektiven Zurechnung i.w.S.	53
A. Subjektive Zurechnung i.e.S. nach bisheriger begrifflicher Verwendung	53
B. Ergündung und Systematisierung der subjektiven Zurechnung i.e.S.	55
I. Subjektive Zurechnung i.e.S. beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt	55
1. Konstituierender Aspekt und Gegenstand der subjektiven Zurechnung i.e.S.	55
2. Strafrechtssystematische Eigenständigkeit der subjektiven Zurechnung i.e.S.	57
a) Konkreter Kausalverlauf als Gegenstand des Vorsatzes	57
b) Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf als Gegenstand der objektiven Zurechnung	61
c) Ergebnis	63
3. Maßstab der subjektiven Zurechnung i.e.S.	64
a) Individualisierender versus generalisierender Maßstab	64
b) Ausprägungen des Maßstabes (Zurechnungskriterien der subjektiven Zurechnung i.e.S.)	66
II. Subjektive Zurechnung i.e.S. beim vorsätzlichen Tätigkeitsdelikt	70
III. Subjektive Zurechnung i.e.S. beim Fahrlässigkeitsdelikt	71
C. Ansatzpunkte für eine Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung i.w.S.	75

2. Abschnitt: Einflussgrößen auf die Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung i.w.S.	82
A. Abhängigkeit vom Verständnis der objektiven Zurechnung	82
B. Abhängigkeit vom Verständnis des Vorsatzes und des vorsatzausschließenden Irrtums	84
C. Abhängigkeit vom Verständnis der Fahrlässigkeit	85
I. Relevante Faktoren für die subjektive Zurechnung bei der Fahrlässigkeit	85
II. Strafrechtssystematischer Ort und Maßstab der Fahrlässigkeit	85
1. Fahrlässigkeit allein auf strafrechtssystematischer Ebene der Schuld	85
a) Reine Schuldlösung	85
b) Stellungnahme	85
2. Systematische Verortung der Fahrlässigkeit auf Ebene der Schuld und des Unrechts	87
a) „komplexer Fahrlässigkeitsbegriff“	87
b) Stellungnahme	88
3. Fahrlässigkeit einzig als Frage des strafrechtlichen Unrechts	94
III. Ergebnis	95
3. Abschnitt: Zusammenfassung	95
4. Teil: Strafrechtlicher Markenrechtsschutz	96
1. Abschnitt: Markenkollisionsdelikte	96
A. Systematik der markenstrafrechtlichen Inkriminierung	96
B. Der markenstrafrechtliche Grundtatbestand des § 143 Abs. 1 MarkenG	96
I. Allgemeine markenstrafrechtliche Tatbestandsmerkmale	96
1. Markenmäßige Benutzung	96
2. Begehung durch einen „Dritten“	97
3. „im geschäftlichen Verkehr“	97
4. Markenstrafrechtliche Widerrechtlichkeit	98
II. Tatbestandsvarianten des § 143 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 MarkenG (unmittelbare Markenverletzungen)	99
1. §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG (Identitätsverletzung)	99
2. §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG (Kennzeichnungskraftverletzung)	99
3. §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG (Bekanntheitsverletzung)	100

III. Tatbestandsvarianten des § 143 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG (mittelbare Markenverletzungen)	101
1. Gemeinsame Voraussetzungen	101
2. §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 1. Alt, 14 Abs. 4 Nr. 1 MarkenG (mittelbare Markenverletzung durch Zeichenanbringung)	102
3. §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 2. Alt, 14 Abs. 4 Nr. 2 oder 3 MarkenG (mittelbare Markenverletzung durch Zeichenhandhabung)	103
C. Qualifikation, § 143 Abs. 2 MarkenG	103
D. Versuchsstrafbarkeit, § 143 Abs. 3 MarkenG	103
2. Abschnitt: Einschlägigkeit von Strafnormen außerhalb des MarkenG bei Markenkollisionen	105
A. Straftatbestände aus dem Kernstrafrecht	105
I. § 263 StGB (Betrug)	105
II. § 267 StGB (Urkundenfälschung)	106
III. Sonstige Straftatbestände aus dem Kernstrafrecht	107
B. Straftatbestände aus dem Abgabenrecht	109
C. Straftatbestände aus dem (sonstigen) Nebenstrafrecht	109
5. Teil: Weitere relevante Gesichtspunkte für die markenstrafrechtliche subjektive Zurechnung	110
1. Abschnitt: Bedeutung der markenstrafrechtlichen Vorsatzgrenze	110
A. Wertungsabstufung des StGB zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit	110
B. Auswirkung des markenstrafrechtlichen Vorsatzes auf die Bestrafung	113
2. Abschnitt: Strukturelemente des Vorsatzes	114
3. Abschnitt: Verhältnis des Vorsatzes zur Fahrlässigkeit im Allgemeinen	116
A. Bedeutung des Verhältnisses zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit	116
B. Qualifizierung des Verhältnisses von Vorsatz und Fahrlässigkeit	117
I. Gehalt der Fahrlässigkeit auf der subjektiven Tatseite	117
II. Eigenständigkeit des Gehalts der Fahrlässigkeit auf der subjektiven Tatseite	118
1. Denkbare Varianten	118
2. Abgemildertes Plus-Minus-Verhältnis	119
3. Aliud-Verhältnis	120
III. Ergebnis	122
C. Konsequenz	122

6. Teil: Abgrenzung des bedingten Vorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit im Markenstrafrecht	124
1. Abschnitt: Bedeutung und Grundkonzeption der Abgrenzung	124
2. Abschnitt: Meinungsstand in der allgemeinen Strafrechtslehre	125
A. Abgrenzung anhand des kognitiven (intellektuellen) Elements	125
B. Abgrenzungsschwerpunkt auf dem voluntativen Element	127
C. Vereinigungs- oder Kombinationstheorien und weitere Meta-Ansätze	129
D. Stellungnahme zum Meinungsstand in der allgemeinen Strafrechtslehre	130
3. Abschnitt: Übertragung des Meinungsstandes auf das Markenstrafrecht	132
A. Status quo des Eventualvorsatzes im Markenstrafrecht	132
I. Identifikation abgrenzungsrelevanter markenstrafrechtlicher Konstellationen	132
II. Handhabung der Abgrenzung durch Rechtsprechung und Literatur bei den zivilrechtlichen Markenrechtansprüchen	133
III. Handhabung der Abgrenzung durch Rechtsprechung und Literatur im Markenstrafrecht	134
B. Lösung der markenstrafrechtlichen Abgrenzungsprobleme anhand der allgemeinen Strafrechtslehre	137
I. Entwicklung eines Indikatorensystems für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht	137
1. Aufgabenstellung	137
2. Entwicklung des Indikatorenkatalogs	140
a) Für alle markenstrafrechtlichen Tatbestandsvarianten geltende Indikatoren	140
b) Für einzelne markenstrafrechtliche Tatbestandsvarianten zusätzlich geltende Indikatoren	145
c) Indikatoren für die in einzelnen markenstrafrechtlichen Tatbestandsvarianten geforderten besonderen Absichten	146
aa) Markenstrafrechtliche Tatbestandsvarianten mit besonderen Absichten	146
bb) Qualität dieser markenstrafrechtlichen Absichten	148
cc) Indikatoren für diese markenstrafrechtlichen Absichten	152
3. Systematisierung des Indikatorenkatalogs	155
II. Anwendung des Indikatorensystems zur Abgrenzung des markenstrafrechtlichen Eventualvorsatzes	156

1. Eventualvorsatz beim Markenhersteller	156
2. Eventualvorsatz beim Transporteur	158
3. Eventualvorsatz beim gewerblichen Einkäufer	159
III. Ergebnis	160
7. Teil: Spezifisch markenstrafrechtliche vorsatzausschließende Fehlvorstellungen	161
1. Abschnitt: Ausgangspunkt: Abgrenzung zwischen Tatumstandsirrtrum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) und Verbotsirrtrum (§ 17 S. 1 StGB)	161
A. Bedeutung der Abgrenzung	161
I. Unterschied in strafrechtssystematischer Hinsicht	161
II. Unterschied im jeweiligen Handlungsunwert	162
III. Rechtsfolgenunterschied (Unterschied in der normativen Bewertung)	163
B. Allgemeiner strafrechtswissenschaftlicher Stand zur Abgrenzung	163
C. Spezielle Problemkategorien bei der Abgrenzung	164
I. Irrtümer und Blanketttatbestände	164
II. Irrtümer und normative Tatbestandsmerkmale	166
1. Problemexposition	166
2. Normative und deskriptive Tatumstände	168
3. Zuordnung von Tatumständen zum Tatbestand im Sinne des § 16 Abs. 1 StGB	169
III. Abgrenzung von Blankettgesetz und normativem Straftatbestandsmerkmal	173
2. Abschnitt: Übertragung der allgemeinen Strafrechtslehren zur Lösung markenstrafrechtlicher Irrtumsprobleme	174
A. Verwertung der schon erarbeiteten Ergebnisse	174
B. Strafrechtssystematische Verortung der markenstrafrechtlichen Widerrechtlichkeit	175
C. Zugehörigkeit marken(straf)rechtlicher Wertungen zum Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB	179
I. Identifikation markenstrafrechtlicher Tatbestandsmerkmale mit originärer und erörterungsrelevanter normativer Prägung	179
II. Den normativen Elementen zugrunde liegende marken(straf)rechtliche Wertungen	182
III. Zuordnung von marken(straf)rechtlichen Wertungsinhalten zum Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB	185

3. Abschnitt: Nutzung des Indikatorensystems für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht für die markenstrafrechtliche Irrtumslehre	190
8. Teil: Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht?	192
1. Abschnitt: Ausgangspunkt	192
2. Abschnitt: Erörterung der Einführung einer markenrechtlichen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit	193
A. Fahrlässigkeitsstrafbarkeit als normative Ausnahme	193
B. Allgemeine Kompatibilität von Fahrlässigkeitsstrafbarkeit und Wirtschaftsstrafrecht	194
C. Rechtfertigung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht	196
I. Eingriff in den Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG	196
II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs (Grundrechtsschranke)	197
1. Legitimer Zweck und allgemeine Eignung des Mittels	197
2. Erforderlichkeit des Mittels	198
a) Komparative Anhaltspunkte für eine Erforderlichkeit	198
b) Probleme der subjektiven Zurechnung im geltenden Recht	200
c) Ergebnis	201
3. Angemessenheit des Mittels: Verhältnismäßigkeit i.e.S.	202
a) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer markenrechtlichen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit	202
b) Verfassungsrechtliche Ausgewogenheit	202
c) Schwierigkeiten einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht	203
III. Ergebnis	204
3. Abschnitt: Fazit	205
Schluss: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	207
Literaturverzeichnis	XIX
1. Monographien, Lehr- und Handbücher, Sammelwerke und Kommentare	XIX
2. Unselbständige Abhandlungen	XXVII

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABLEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
a.E.	am Ende
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung(en)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landgericht
BB	Betriebs-Berater. Zeitschrift für Recht und Wirtschaft
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
Bespr.	Besprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.08.1996 (RGBl. 1896, 195) i.d.F. der Bekanntmachung

	vom 2. Januar 2002 (BGBl. I 2002, 42, 2909; BGBl. I 2003, 738)
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung – Strafsachen, hrsg. von den Richtern des Bundesgerichtshofs
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (zit. nach Band und Seite)
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (zit. nach Band und Seite)
Bl. f. PMZ	Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz) vom 28. Juli 1981 (BGBl. I 1981, 681, 1187) i.d.F. der Bekanntmachung vom 1. März 1994 (BGBl. I 1994, 358)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zit. nach Band und Seite)
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
DIN	Deutsches Institut für Normung e.V.
Diss.	Dissertation
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
e.c.	e contrario (im Gegen- oder Umkehrschluss)
EG	Einführungsgesetz, Gesetz zur Einführung; Europäische Gemeinschaften
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende Seite/Randnummer
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Festschr.	Festschrift

ff.	folgende Seiten/Randnummern
Fn.	Fußnote
GA	Goltdammer's (sic!) Archiv für Strafrecht
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz vom 5. Mai 1936 (RGBl. II 1936, 130) i.d.F. der Bekanntmachung vom 28. August 1986 (BGBl. I 1986, 1455)
Gedächtnisschr.	Gedächtnisschrift
gem.	gemäß
GeschmMG	Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (Geschmacksmustergesetz) vom 12. März 2004 (BGBl. 2004, 390)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. 1949, 1)
ggf.	gegebenenfalls
GMV	Verordnung Nr. 40/94/EG vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (Gemeinschaftsmarkenverordnung) (ABl.EG L 11/1)
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GS	Großer Strafsenat; Der Gerichtssaal: Zeitschrift für Zivil- und Militärstrafrecht und Strafprozessrecht sowie die ergänzenden Disziplinen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 26. August 1998 (BGBl. I 1998, 2521) i.d.F. der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I 2005, 2114)
Habil.	Habilitationsschrift
HalbleiterSchG	Gesetz über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen vom 22. Oktober 1987 (BGBl. I 1987, 2294)
Hpttl.	Hauptteil
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
ICC	International Chamber of Commerce (internationale Handelskammer)
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne

insb.	insbesondere
i.R.d.	im Rahmen des (der)
i.S.d.	im Sinne des (der)
i.S.e.	im Sinne eines (einer)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JahrbRuE	Jahrbuch für Recht und Ethik. Annual Review of Law and Ethics
Jg.	Jahrgang
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KOM	Kommissionsdokument(e) (Europäische Kommission: Legislativvorschläge und sonstige KOM-Dokumente)
krit.	kritisch
LG	Landgericht
lit.	litera
m.	mit
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz) vom 25. Oktober 1994 (BGBl. I 1994, 3082), mit Berichtigung vom 27. Januar 1995 (BGBl. I 1995, 156)
MarkenG 1874	Gesetz über Markenschutz vom 30. November 1874 (RGBl. 1874, 143)
MarkenR	Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Markenrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
Mitt.	Mitteilungen des Verbandes deutscher Patentanwälte
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
MuW	Markenschutz und Wettbewerb. Monatsschrift für Marken-, Patent- und Wettbewerbsrecht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

Nr., Nrn.	Nummer, Nummern
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht
o.	oben
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift-handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15.7.1992 (BGBl. I 1992, 1302)
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24. Mai 1968 (BGBl. I 1968, 481) i.d.F. der Bekanntmachung vom 19. Februar 1987 (BGBl. I 1987, 602)
PatentG	Patentgesetz vom 5. Mai 1936 (RGBl. II 1936, 117) i.d.F. der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980 (BGBl. I 1981, 1)
PrPG	Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie vom 7. März 1990 (Produktpirateriegesetz) (BGBl. I 1990, 422)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zit. nach Band und Seite)
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit. nach Band und Seite)
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz, Seite
s.	siehe
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt(e, er, es)
SortenSchG	Sortenschutzgesetz vom 11. Dezember 1985 (BGBl. I 1985, 2170) i.d.F. der Bekanntmachung vom 19. Dezember 1997 (BGBl. I 1997, 3164)

StGB	Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (RGBl. 1871, 127) i.d.F. der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I 1998, 3322)
StPO	Strafprozessordnung vom 12. September 1950 (BGBl. 1950, 455, 512, 629) i.d.F. der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I 1987, 1074, 1319)
Tl.	Teil
u.	und, unten
u.a.	und andere(r, s); unter anderem (-n)
u.ä.	und ähnliche(m, s)
UrheberG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965 (BGBl. I 1965, 1273)
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (BGBl. I 2004, 1414)
v.	von, vom
v.a.	vor allem
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
Vor, Vorb., Vorbem.	Vorbemerkung
WarenzeichenG 1894	Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen (sic) vom 12. Mai 1894 (RGBl. 1894, 441)
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WStG	Wehrstrafgesetz vom 30. März 1957 (BGBl. I 1957, 298) i.d.F. der Bekanntmachung vom 24. Mai 1974 (BGBl. I 1974, 1213)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb. Zeitschrift für deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung
WZG	Warenzeichengesetz
WZG 1936/1968	Warenzeichengesetz vom 5. Mai 1936 (RGBl. II 1936, S. 134); Fassung vom 2. Januar 1968 (BGBl. I 1968, S. 29)
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
zit.	zitiert

ZPO	Zivilprozessordnung vom 12. September 1950 (BGBl. 1950, 455, 512, 533) i.d.F. der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I 2005, 3202; BGBl. I 2006, 431)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht – Rechtsprechungsdienst
zust.	zustimmend

Im Übrigen vergleiche *Kirchner/Butz*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache.

Einleitung: Anwendungsschwierigkeiten des subjektiven Tatbestands bei § 143 MarkenG

1. Teil: Überblick zur Rechtswirklichkeit und deren Einfluss auf die Entwicklung des Markenschutzes

Das Phänomen Marke hat mehrerlei tatsächliche Dimensionen. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf deren wirtschaftlichen Vorteilen. So sind diese „nothing more nor less than the fundament of most market-place competition“¹. Mit der Verstärkung des weltweiten Wettbewerbs gewinnen somit auch Marken weiterhin an Bedeutung.² Ursache hierfür sind ihre vielseitigen Funktionen. An erster Stelle steht die klassische Herkunfts- und Unterscheidungsfunktion, die sich unmittelbar aus § 3 Abs. 1 MarkenG ergibt und den Sinn der Marke darin sieht, Waren oder Dienstleistungen des Markeninhabers zu individualisieren, von denen anderer Anbieter zu unterscheiden und damit beim Publikum einen Wiedererkennungseff-

¹ *Cornish*, Intellectual Property, S. 393, zit. in den Schlussanträgen des Generalanwalts F.G. Jacobs vom 13.3.1990 in der Rechtssache „HAG II“ vor dem EuGH, GRUR Int., 1990, 962, 965.

² Siehe auch *Röer*, in: F.A.Z. v. 27.4.2005. Vgl. auch *Nordemann/Nordemann/Nordemann*, Wettbewerbsrecht. Markenrecht, Rn. 2002, die in dem Schutz der geschäftlichen Kennzeichen sogar ein Ordnungsprinzip sehen, ohne das der freie Leistungswettbewerb nicht funktionstüchtig wäre.

fekt zu erreichen.³ Daneben treten die Garantie-, die Qualitäts- und die Werbe- bzw. Kommunikationsfunktion.⁴

Marken ermöglichen es Produzenten und Händlern, mit Verbrauchern dauerhaft in Bezug auf ein Produkt in Verbindung zu treten und ihnen gegenüber hinsichtlich dessen Qualität nach und nach Transparenz herzustellen.⁵ Das sich daraus potentiell entwickelnde Vertrauensverhältnis ist für die anbietende wie auch für die nachfragende Seite von Vorteil. Für den Verbraucher ist das qualitative Risiko seiner Kaufentscheidung minimiert und er kann sich die weitere Suche und Bewertung alternativer Produkte sparen. Folglich machen es ihm Marken möglich, sich schneller zu orientieren und damit insbesondere seine alltäglichen Einkäufe beschleunigt und mit höherer Qualitätssicherheit abzuwickeln als in einem gedachten Markt mit ausschließlich anonymen Produkten. Marken dienen somit als Orientierungspunkte auf unübersichtlichen Märkten. Zur Verdeutlichung stelle man sich einen Einkauf in einem Supermarkt mit ausschließlich fremden Marken vor, etwa im Zuge eines Auslandsaufenthalts. Daneben bestehende, mit der Marke verbundene emotionale Werte wie etwa dem Genuss an einem möglicherweise durch deren Gebrauch gesteigerten Prestige des Verbrauchers⁶ sind ebenfalls im Einzelfall für diesen wichtige Aspekte. Auf der Anbieterseite ist die durch Marken erreichbare Kundenbindung und damit langfristige Sicherung des Absatzes von überragender Bedeutung. Marken dienen vielfach der Imageförderung und drücken oftmals innovative Kompetenz⁷ aus. Folglich setzen Markenrechtsinhaber ihre Marken als „eines von mehreren strategischen Mitteln“⁸ ein.

Auf Makroebene bewirken Marken aufgrund des mit ihnen verbundenen Qualitätsversprechens ein gesteigertes Niveau im Qualitätswettbewerb und reizen somit nachhaltig zu im Saldo wohlstandssteigernden Innovationen an.⁹ Demnach sind mit Marken Effizienzgewinne sowohl für die unmittelbar agierenden Marktteilnehmer als auch für die Volkswirtschaft insgesamt verbunden. Es verwundert folglich nicht, dass schutzfähige Marken längst als verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum i.S.v. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG anerkannt sind¹⁰ und das Markenrecht einen bedeutenden Teil¹¹ des Systems gewerblichen Rechtsschutzes darstellt.

³ *Busse*, Warenzeichengesetz, Einf. 1; *v. Schultz*, in: v. Schultz, Markenrecht, A., Rn. 1.

⁴ *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Einl., Rn. 66; *v. Schultz*, in: v. Schultz, Markenrecht, A., Rn. 1.

⁵ *Güldenberger*, GRUR 1999, 843, 843.

⁶ *Lührs*, GRUR 1994, 264, 264; *Pickrahn*, GRUR 1996, 383, 383.

⁷ *Güldenberger*, GRUR 1999, 843, 843 f.

⁸ *Klaka*, GRUR 1994, 321, 326.

⁹ *Güldenberger*, GRUR 1999, 843, 844. Vgl. auch *Ensthaler*, GRUR 1992, 273, 274; *Patnaik*, GRUR 2004, 191, 198 hinsichtlich des Innovationsansporns auf Mikroebene.

¹⁰ BVerfG GRUR 1979, 773, 778 – „Weinbergssrolle“; BVerfG GRUR 1988, 610 – „Esslinger Neckarhalde II“; *Feszer*, GRUR 2003, 457, 460.

¹¹ Dies zeigt insbesondere auch die stetig steigende Zahl von Markenmeldungen beim Deutschen Patent- und Markenamt. Dadurch erweiterte sich der Bestand an eingetragenen nationalen Marken von 499.600 im Jahr 1998 auf 776.628 im Jahr 2008; s. statistische Angaben auf der Website des Amtes unter www.dpma.de/service/veroeffentlichungen/jahresberichte/index.html.

Mit den Vorteilen von Marken eng verbunden sind allerdings auch die Schattenseiten dieses Phänomens. Von Interesse ist dabei vor allem die von Plagiaten ausgehende Gefahrenlage.¹² Ohne selbst in vergleichbarer Höhe in Forschung und Entwicklung zu investieren, hängen sich Plagiatoren an den Erfolg der Marke einfach an¹³ und nutzen die teils erheblichen Kostenunterschiede zwischen Originalware und etwa in einem produktionskostengünstigen Schwellenland hergestellter Kopie. Dies führt in wirtschaftlicher Hinsicht nicht nur zu unmittelbaren Umsatzeinbußen der ausgebeuteten Markenrechtsinhaber¹⁴, sondern kann wegen Qualitätsunterschieden zwischen Original und Imitation auch immense Reputationsschädigungen für die Originalhersteller nach sich ziehen¹⁵. Die Folgen sind auf Ebene der Markenrechtsinhaber ein reduzierter Unternehmenswert sowie in fälschungsintensiven Teilbereichen mangels Rentabilität geringere Innovationsanstrengungen¹⁶, also geringere Ausgaben für Forschung, Entwicklung und Marketing, woraus meist auch ein Stellenabbau resultiert. Durch diese innovationshemmende Wirkung können auf volkswirtschaftlicher Ebene von Markenfälschungen neben den Auswirkungen auf dem Arbeitsmarkt¹⁷, insgesamt sinkender Investitionen, Handelsverlagerungen, Wettbewerbsverzerrungen und einem Vertrauensverlust bei den Marktteilnehmern¹⁸ ein reduzierter Qualitätswettbewerb¹⁹ und damit insgesamt ein Wohlstandsverlust ausgehen. Das Ergebnis ist also ein erheblicher Wertverlust auf Mikro- wie auch auf Makroebene.

Neben diesen wirtschaftlichen sind aber noch weitere Aspekte besorgniserregend. So werden mittlerweile vermehrt auch technische Produkte wie etwa Ersatzteile der Automobil- und Flugzeugindustrie sowie Lebensmittel und Medikamente gefälscht.²⁰ Damit treten neben die bereits aufgeführten negativen wirtschaftlichen

¹² Vgl. zu den von der Produktpiraterie ausgehenden allgemeinen Gefahren: *Müller/Wabnitz/Janovsky*, Wirtschaftskriminalität, 8. Kapitel, Rn. 19 f.

¹³ *Meister*, WRP 1995, 366, 367.

¹⁴ Der Umsatzverlust für Markenhersteller aufgrund von Markenpiraterie wurde im Jahr 1999 auf weltweit 250 bis 275 Mrd. Euro, für Deutschland 30 Mrd. Euro, geschätzt. Vgl. *Maul/Maul*, GRUR 1999, 1059, 1059; *Schivek*, Markenpiraterie, S. 28 f. mit weiteren Quellenangaben. Vgl. auch *Ensthaler*, GRUR 1992, 273, 274.

¹⁵ Vgl. auch *Ensthaler*, GRUR 1992, 273, 274.

¹⁶ Vgl. auch *Ensthaler*, GRUR 1992, 273, 274; *Patnaik*, GRUR 2004, 191, 198.

¹⁷ Schätzungen zufolge kumuliert sich der Arbeitsplatzverlust durch Markenpiraterie, saldiert mit den durch Markenpiraterie entstehenden Arbeitsplätzen, auf europaweit bis zu 500.000 Stellen. Auf Deutschland bezogen sollen es in etwa 50.000 bis 70.000 Stellen sein. Vgl. *Maul/Maul*, GRUR 1999, 1059, 1059; *Schivek*, Markenpiraterie, S. 29 mit weiteren Quellenangaben.

¹⁸ Grünbuch der Europäischen Kommission zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt, KOM (98) 569 endg. vom 15.10.1998, S. 2.

¹⁹ Das ökonomische Ziel der Gewährung von Immaterialgüterrechten ist die Umlenkung des reinen Preiswettbewerbs in einen dynamischen Qualitätswettbewerb; vgl. *Ganea*, GRUR Int. 2005, 102, 103.

²⁰ Vgl. *Ensthaler*, GRUR 1992, 273, 274; Markenpiraterie durch Prävention wirksamer bekämpfen, in: F.A.Z. v. 5.10.1998; *Güldenberger*, GRUR 1999, 843, 844; *Maul/Maul*, GRUR 1999, 1059 ff.; *Meister*, Leistungsschutz und Produktpiraterie, S. 22; *Müller-Gugenberger/Bieneck/Grubl*, WiStrR,

Folgen von Markenfälschungen auch Auswirkungen auf die technische Sicherheit, insbesondere die Verkehrssicherheit, und die Gesundheit. All dies erfordert insgesamt einen wirkungsvollen Schutz des gewerblichen Schutzrechts „Marke“ als geistigem Eigentum.

Nachdem im 19. Jahrhundert Verletzungen gewerblicher Schutzrechte vornehmlich als Straftaten geahndet wurden,²¹ war das Strafrecht zwischenzeitlich beim Schutz geistigen Eigentums und somit auch beim Schutz von Marken zur Nebensache geworden²². Die Ursachen hierfür waren vielseitig. So sind die meisten auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes tätigen Rechtsanwälte auf das Zivilrecht fokussiert und scheuen sich, Strafverfahren zu initiieren.²³ Zudem müssen Schutzrechtsinhaber ein strafrechtliches Vorgehen gegen Markenrechtsverletzer genau abwägen und insbesondere auf ihre Marktposition mitsamt ihren teils sensiblen Produzenten-, Lieferanten-, Händler- und Verbraucher-Beziehungen Rücksicht nehmen.²⁴ Auch die vielfach beklagte chronisch karge personelle Ausstattung der Strafverfolgungsbehörden und deren nicht selten unzureichende Kenntnisse im gewerblichen Rechtsschutz mögen ihren negativen Beitrag dazu leisten. Gewiss hat aber auch die weit verbreitete Einschätzung, Markenrechtsverletzungen seien Kavaliersdelikte²⁵, ihren Teil zum zwischenzeitlichen Schattendasein des Markenstrafrechts beigetragen. Möglicherweise beruht diese Bewertung auf den ehemals geringen Strafandrohungen²⁶ und der fortwährenden Ausgestaltung einfacher Markenverletzungen als Privatklagedelikte (§ 374 Abs. 1 Nr. 8 StPO)²⁷.

Das Aufkeimen des Markenstrafrechts in neuerer Zeit ist das Ergebnis mehrerer Einflussfaktoren. Die Schutzrechtsinhaber selbst gehen zumindest in Fällen offensichtlicher Produkt- und Markenpiraterie vermehrt auch strafrechtlich vor. Der Grund dafür ist zum einen die abschreckende Wirkung, die von Strafverfahren ausgeht. Indem er gegen Verletzer seiner Marke Strafverfahren initiiert, positi-

§ 55, Rn. 12; *Schivek*, Markenpiraterie, S. 26 f.; s. auch Rhein-Main-Zeitung v. 8.12.2004 zum Verkauf von angeblich gefälschten Rauchmeldern durch Aldi Süd.

²¹ v. *Gravenreuth*, GRUR 1983, 349, 349.

²² *Winter*, GRUR 1981, 782, 784.

²³ *Cremer*, Mitt. 1992, 153, 159.

²⁴ Siehe auch Zweiter Produktpirateriebericht der Bundesregierung (10. November 1999), BT-Drucksache 14/2111, S. 10.

²⁵ Siehe auch *Cremer*, Mitt. 1992, 153, 159; Markenpiraterie durch Prävention wirksamer bekämpfen, in: F.A.Z. v. 5.10.1998; *Winter*, GRUR 1981, 782, 783.

²⁶ Bis zum 30.6.1990 war der Strafrahmen für eine Kennzeichenverletzung beim markenstrafrechtlichen Grunddelikt begrenzt auf Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen.

²⁷ Die Erhebung der öffentlichen Klage gem. § 376 StPO bedingt ein öffentliches Interesse, dessen Bejahung sich gem. Nr. 86 Abs. 2, Nr. 261 RiStBV insbesondere nach dem Ausmaß der Schutzverletzung, der Gefährlichkeit der Tat, dem eingetretenen oder drohenden wirtschaftlichen Schaden und der erstrebten Bereicherung richtet und bei einfachen Markenrechtsvergehen angesichts der Praxis der markenstrafrechtlichen Strafverfolgung nicht immer bejaht wird.

orientiert sich der Schutzrechtsinhaber gegenüber den einschlägigen Fälscherkreisen als wehrhaft und begegnet somit weiteren Schutzrechtsverletzungen zumindest mit eindämmender Wirkung präventiv.²⁸ Zum anderen sind die strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen oftmals effektiver als zivilgerichtliche Maßnahmen bei der Verfolgung von Ansprüchen nach §§ 14, 15, 18, 19 MarkenG. Weiterhin sind die Öffentlichkeit und die Strafverfolgungsbehörden in höherem Maße sensibilisiert.²⁹ Außerdem trägt auch der Gesetzgeber dem gestiegenen Bedürfnis nach Strafverfolgung in diesem Bereich stärker Rechnung, wobei insbesondere das Produktpirateriegesetz vom 7. März 1990³⁰ (bereits in diesem Zusammenhang) Erwähnung verdient. Ursächlich hierfür ist die rasante, überproportionale Ausbreitung von Markenrechtsverletzungen³¹ als eine der negativen Folgen der zunehmenden Verflechtung internationalen Handels³². Auch Markenrechtsverletzern ist es immer einfacher möglich, die für sie jeweils günstigsten Rahmenbedingungen unterschiedlicher Rechts- und Wirtschaftsräume zu kombinieren und rechtliche als auch tatsächliche Lücken in der internationalen Kooperation bei der Strafverfolgung für sich auszunutzen.

Ganz im Gegensatz dazu stehen die immer noch geringe Anzahl von Ermittlungsverfahren und die wenigen Verurteilungen im Bereich des Markenstrafrechts. So soll die Dunkelziffer strafbarer Markenrechtsverletzungen hoch sein und wird zudem ein Großteil der Verfahren eingestellt oder endet mit Freisprüchen.³³ Noch

²⁸ Vgl. *Lübrig*, GRUR Int. 1999, 929, 935.

²⁹ Siehe auch Zweiter Produktpirateriebericht der Bundesregierung (10. November 1999), BT-Drucksache 14/2111, S. 12.

³⁰ Das sog. Produktpirateriegesetz ist am 1.7.1990 als „Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (PrPG)“ (BGBl. I 1990, 422 ff.) in Kraft getreten und sollte durch die Vereinheitlichung und Verschärfung materiellrechtlicher Vorschriften sowie der Einführung neuer Verfahrensregeln die Verfolgungs- und Ahndungsmöglichkeiten bei Schutzrechtsverletzungen verbessern. Anlass für das Gesetz waren wachsende Schäden durch Produktpiraterie, vgl. Amtliche Begründung zum Produktpirateriegesetz, abgedruckt im Bl. f. PMZ 1990, 173, 174.

³¹ Schätzungen zufolge stieg der Anteil „gefälschter“ Produkte am Welthandel von 2 bis 4% in den achtziger Jahren auf 5 bis 7% Ende der neunziger Jahre, vgl. *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm*, Markenpiraterie, § 1, Rn. 10. S. auch Zweiter Produktpirateriebericht der Bundesregierung (10. November 1999), BT-Drucksache 14/2111, S. 12, der die Schätzung der internationalen Handelskammer (ICC) zitiert, die von 5 bis 8 % ausgeht. Zu dieser quantitativen Dimension tritt auch noch eine qualitative hinzu, nämlich nicht nur die Perfektion der Fälschungen, sondern auch den Organisationsgrad des Fälscherunwesens angehend. Vgl. *Ensthaler*, GRUR 1992, 273, 274; *Meister*, Leistungsschutz und Produktpiraterie, S. 32. Bereits hier sei angemerkt, dass derartige Schätzungen nicht nur starke Erhebungs- und Bewertungsprobleme mit sich bringen, sondern auch – jedenfalls teilweise – durch sachfremde Interessen fehlgeleitet sein können. Mehr dazu später i.R.d. Abhandlung der kriminologischen Aspekte des strafrechtlichen Markenrechtsschutzes (Hpttl., 2. Tl., 3. Abschn., B.).

³² Vgl. *Levin*, GRUR Int. 1987, 18, 20; Müller-Gugenberger/Bieneck/*Grubl*, WiStrR, § 55, Rn. 12.

³³ Siehe *Cremers*, Mitt. 1992, 153, 159; Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für den gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. zum Grünbuch der Europäischen Kommission zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt,

gravierender ist die dürftige Beleuchtung des Markenstrafrechts in der Wissenschaft. Während in letzter Zeit mehrere allgemein gehaltene Zusammenfassungen und Abhandlungen zum Markenstrafrecht erschienen sind³⁴, mancherorts das Markenstrafrecht in anderem Zusammenhang miterörtert wird³⁵ und auch bereits rechtsvergleichende und die internationale Rechtslage beurteilende Untersuchungen vorliegen³⁶, liegen bisher keine spezielleren Abhandlungen vor. Dabei bereiten reichliche markenstrafrechtliche Spezialprobleme Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung. Angesichts der immensen praktischen Bedeutung auch strafrechtlichen Markenrechtsschutzes ist die wissenschaftliche Aufbereitung markenstrafrechtlicher Spezialprobleme angebracht, um die Rechtssicherheit bezüglich der Grenzen des Markenstrafrechts zu verbessern und damit der Effizienz der Strafverfolgung zu dienen. Einige dieser markenstrafrechtlichen Spezialprobleme stellen sich als hinreichend ergiebig für eigenständige Abhandlungen dar.

KOM (98) 569 endg., in: GRUR 1999, 479, 481; Erster Produktpirateriebericht der Bundesregierung (25. Februar 1993), BT-Drucksache 12/4427, S. 13 ff.; *Ingerl/Robnke*, MarkenG, § 143, Rn. 10; *Schivek*, Markenpiraterie, S. 30 ff.; *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 29 und 42; Strafrechtliche Verfolgung von Schutzrechtsverletzungen, GRUR 1994, 706 ff.; Zweiter Produktpirateriebericht der Bundesregierung (10. November 1999), BT-Drucksache 14/2111, S. 11 f.

³⁴ Z.B. *Abrens/Würtz*, MarkenR 2009, 97, 98 ff.; *Blumenthal*, Der strafrechtliche Schutz der Marke (allerdings zum schweizerischen Recht); *Göpfert*, Strafbarkeit von Markenverletzungen; *Holler*, in: *Harte-Bavendamm*, Markenpiraterie, § 5, Rn. 139–197; *HWSt-Konker*, Kapitel XI, Abschnitt 3; *Schivek*, Markenpiraterie; *Schulz*, Markenstrafrecht.

³⁵ Z.B. *Braun*, Produktpiraterie; *Schubmacher*, Marken(artikel)piraterie; *Gaul*, Durchsetzung markenrechtlicher Ansprüche; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rn. 593 ff.; *Wölfel*, Markenverletzungen. Eklatantes jüngeres Beispiel für eine nur sehr kurze Abhandlung des Markenstrafrechts, welche nur eine von 3629 Randnummern umfasst: *Lange*, Marken- und Kennzeichenrecht, Rn. 3412.

³⁶ Z.B. *Käbisch*, Markenschutz; *Maske*, Markenpiraterie und Strafrecht; *Schmid*, Produktpiraterie; *Selzer*, Markenpiraterie.

2. Teil: Beschreibung des Spezialproblems des markenstrafrechtlichen subjektiven Tatbestands

Eines dieser markenstrafrechtlichen Spezialprobleme tritt beim subjektiven Tatbestand des § 143 MarkenG auf. Beim näheren Hinsehen stellt sich dieses Spezialproblem als durchaus vielseitig und überaus komplex dar.

Im Gegensatz zu einigen anderen Bereichen des Wirtschaftsstrafrechts³⁷ wie z.B. bei einem Teil der Insolvenzstraftaten (§§ 283 Abs. 4, 5, 283b Abs. 2 StGB), in denen die normative Ausnahme einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit – wohl wegen Schwierigkeiten beim Vorsatznachweis – rechtspraktisch zur Regel gemacht wurde, ist eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht nicht explizit angeordnet. Somit wird nach allgemeinen Regeln (§ 15 StGB)³⁸ nur die vorsätzliche Markenrechtsverletzung mit Strafe bedroht (§ 143 MarkenG). Folglich muss der Täter zumindest mit *dolus eventualis* handeln. Die fehlende Strafbarkeit lediglich fahrlässiger Markenrechtsverletzungen stellt den Ausgangspunkt für einige rechtspraktische Schwierigkeiten dar. In Anbetracht hochgradig arbeitsteiligen Vorgehens im Markenpiraterieumfeld ist selbst ein nur bedingter Vorsatz in vielen Fällen nicht nachweisbar.³⁹ Dies ist etwa der Fall, wenn von den mutmaßlichen Markenverletzern personenverschiedene Transportdienstleister⁴⁰ und sozial-ökonomisch schwache Endhändler⁴¹ eingesetzt werden. Dieses Defizit beim Vorsatznachweis resultiert regelmäßig nicht nur in Freisprüchen, sondern führt bereits zu Einstellungen nach § 170 Abs. 2 StPO, welche sich mit den Einstellungen wegen Geringfügigkeit (§ 153 Abs. 1 StPO) oder bei Erfüllung von Auflagen und Weisungen (§ 153a Abs. 1 StPO) zu den bereits erwähnten zahlreichen Strafverfahrenseinstellungen in Markenstrafverfahren summieren.⁴²

³⁷ Müller-Gugenberger/Bieneck/Niemeyer, WiStrR, § 17, Rn. 37 ff.; Otto, ZStW 96 (1984), 339, 367 f.; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 61 f.; Wabnitz/Janovsky/Dannecker, 1. Kapitel, Rn. 124.

³⁸ Gem. Art. 1 Abs. 1 EGStGB gelten die Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches auch für das bundesrechtliche Nebenstrafrecht.

³⁹ Vgl. Lübrig, GRUR Int. 1999, 929, 930. Vgl. auch Weigend, Triffterer-Festschrift, 695, 702, wonach der Vorsatznachweis ganz allgemein gerade in den komplexen, arbeitsteiligen Bereichen des Wirtschaftslebens häufig auf besondere Schwierigkeiten stößt.

⁴⁰ So werden häufig von den Herstellern oder Händlern der Piraterieware fremde Speditionen und Postdienstleister mit dem Transport betraut, die sich – freilich unabhängig von ihren tatsächlichen Vorstellungen zur Tatzeit – regelmäßig dahingehend einlassen, ihnen sei jedwede Markenrechtsverletzung unbekannt, vgl. Schiwiek, Markenpiraterie, S. 124.

⁴¹ Vgl. Cremer, Mitt. 1992, 153, 159, der von den Kleinen in der Untergrundwirtschaft, also den sogenannten „Ameisen“ schreibt, die sich zudem häufig aus Sozialhilfeempfängern, Arbeitslosen und Jugendlichen rekrutieren.

⁴² Zweiter Produktpirateriebericht der Bundesregierung (10. November 1999), BT-Drucksache 14/2111, S. 11 f. Danach liegt die Einstellungsquote insgesamt zwischen 75 und 95%, allerdings mit erheblichen Abweichungen nach unten in einigen wenigen Gerichtsbezirken.

Zudem wirft gegenwärtig nicht nur der normative, sondern auch der rechtspraktische Umgang mit dem *dolus eventualis* im Markenstrafrecht erhebliche Fragen auf. Mit Blick auf die bisherigen markenstrafrechtlichen Veröffentlichungen, auf welche bereits verwiesen wurde, ist bislang offenbar die Grenze zwischen *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit im Markenstrafrecht nur unzulänglich beleuchtet. Insbesondere die erfolgende Anlehnung an das zivilrechtliche Verständnis dieser Problematik erscheint höchst bedenklich. So wird beispielsweise bereits bei Verletzung der in der Chanel N° 5 - Entscheidung des BGH⁴³ aufgestellten umfassenden Prüfungspflichten des Handels für den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch gem. § 14 Abs. 6 MarkenG allzu leicht ein bedingter Vorsatz für die strafrechtliche Beurteilung im Rahmen des § 143 MarkenG als nahe liegend angenommen.⁴⁴ Angesichts der Ergebnisgleichheit von fahrlässigem und vorsätzlichem Handeln im Rahmen des Schadensersatzanspruchs nach § 14 Abs. 6 MarkenG besteht zivilrechtlich keine praktische Notwendigkeit einer Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz. Eine solche Abgrenzung erfolgt i.d.R. auch nicht.⁴⁵ Zudem sind die Anforderungen an die Fahrlässigkeit wegen der strengen Sorgfaltspflichten im gewerblichen Rechtsschutz nicht allzu hoch.⁴⁶ Die Verschuldensfrage kann sogar in den meisten Fällen zivilrechtlich ganz dahingestellt bleiben, da gewöhnlich die Schadensersatzberechnung nach Lizenzanalogie, also fiktivem Lizenzerlös, geltend gemacht wird und somit der Schadensersatzanspruch dieselbe Höhe aufweist wie der verschuldensunabhängige Bereicherungsanspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB.⁴⁷ Der zivilrechtliche Umgang mit der Verschuldensfrage insgesamt ist also unbefriedigend und kann daher – wenn überhaupt – allenfalls begrenzt für den strafrechtlichen Markenschutz gem. § 143 MarkenG fruchtbar gemacht werden. Da die Grenze zwischen *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit aber im Rahmen des § 143 MarkenG für die Strafbarkeit *de lege lata* entscheidend ist, gewinnt sie in diesem Zusammenhang eine hohe Bedeutung.

Darüber hinaus verbergen sich im Markenstrafrecht vielfältige und komplexe Irrtumsprobleme, die bislang weitgehend unerforscht sind.⁴⁸ Als Beispiele seien an dieser Stelle nur die in Bezug auf die benutzte Marke häufigen Irrtümer über den Bestand ihres Schutzes, ihre Verwechslungsfähigkeit (§§ 143 Abs. 1 Nr. 1, § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG), die Widerrechtlichkeit ihrer Benutzung, darüber hinaus

⁴³ BGH GRUR 1987, 520, 522 – „Chanel N° 5 (I)“.

⁴⁴ *Holler*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 152 f.

⁴⁵ So ist schon in RG MuW 1923/1924, 222, 224 – „Ulema/Ulwenä“ von „zum mindesten grob fahrlässig, wenn nicht wissentlich, d.h. vorsätzlich oder doch mit [...] dem sog. Eventualdolus“ die Rede. Auch z.B. in OLG München GRUR 1985, 548, 549 – „Vier-Streifen-Schuh“ wird vielmehr nur festgestellt, die Beklagte habe zumindest fahrlässig gehandelt.

⁴⁶ *Fezer*, MarkenR, § 14, Rn. 514; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 219.

⁴⁷ *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 219 u. 288 ff.

⁴⁸ Siehe auch *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 143, Rn. 6 m.w.N.; aber Beiträge hierzu in: *Schwek*, Markenpiraterie, S. 186 ff.; *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 103 ff.

Irrtümer über das Vorliegen geschäftlichen Verkehrs und über die Durchfuhr als Benutzungshandlung genannt.⁴⁹ Die Lösung markenstrafrechtlicher Irrtumsprobleme bedarf der Einordnung der Irrtümer in einerseits gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB den Vorsatz ausschließende Tatumstandsirrtümer und andererseits gem. § 17 S. 1 StGB allenfalls die Schuld betreffende Verbotsirrtümer. Diese Abgrenzung ist in vielen markenstrafrechtlichen Irrtumskonstellationen schwierig.⁵⁰ Ursache dafür ist zum einen die Ausgestaltung der Markenstrafnormen als sog. Blankettgesetze⁵¹. So stellen die Tatbestandsvarianten des § 143 MarkenG nur zusammen mit den jeweiligen Ausführungsnormen der §§ 14, 15 MarkenG konkrete Verhaltensverbote auf. Zum anderen sind die zahlreichen normativen Tatbestandsmerkmale der vielen Tatbestandskombinationen der §§ 143, 14, 15 MarkenG ursächlich für schwere Abgrenzungsprobleme in zahlreichen Irrtumskonstellationen. Wegen der fehlenden Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht ist es erforderlich, die den Vorsatz berührenden Tatumstandsirrtümer genau einzugrenzen, da dies entscheidend für die Strafbarkeit ist.

Angesichts dieser Problemkomplexe ist die subjektive Zurechnung einer der dringendsten Untersuchungsgegenstände des Markenstrafrechts, für die es bislang keine Spezialliteratur gibt. Daher ist es Ziel der vorliegenden Arbeit, die subjektive Zurechnung im deutschen Markenstrafrecht umfassend zu erörtern und damit den theoretischen wie auch praktischen Umgang mit dieser zukünftig zu erleichtern sowie eine Antwort auf die Frage nach einer eventuellen Ausweitung der Strafbarkeit zu geben.

⁴⁹ Vgl. *Schimek*, Markenpiraterie, S. 186 ff.; *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 103 ff.

⁵⁰ Siehe auch *Fezer*, MarkenR, § 143 MarkenG, Rn. 23; *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, § 143, Rn. 20 ff.

⁵¹ Im Gegensatz zu sog. Außenverweisungen, bei denen eine andere Instanz als der Strafgesetzgeber zu einer anderen Zeit selbständig für die Ausfüllung des Blanketts sorgt, handelt es sich hier lediglich um eine einfache Binnenverweisung und damit lediglich um ein Blankettgesetz im weiteren Sinne; vgl. BGHSt 6, 30, 40 f.; Schönke/Schröder/*Eser/Hecker*, Vorbem. § 1, Rn. 3 m.w.N.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 99 m.w.N.

3. Teil: Gang der Darstellung

Im ersten Teil des Hauptteils der vorliegenden Arbeit werden – im Sinne eines Vor-die-Klammer-Ziehens – zunächst einige allgemeine Fragen geklärt, welche für die weiteren Teile der Abhandlung an verschiedenen Stellen grundlegend relevant sind oder zumindest flankierend deren Verständnis steigern sollen. Dem gleichen Zweck dient der zweite Teil, in dem das Markenstrafrecht in der Rechtswirklichkeit untersucht wird. Der dritte Teil befasst sich eingehend und grundlegend mit dem allgemeinen Begriff und der Konzeption der subjektiven Zurechnung. Im vierten Teil folgt sodann die Auseinandersetzung mit dem Gegenstand subjektiver Zurechnung im Markenstrafrecht, nämlich dem strafrechtlichen Markenrechtsschutz. Daraufhin werden im fünften Teil noch weitere Aspekte behandelt, die für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht bedeutend sind.

Vom sechsten bis zum achten Teil wird das zuvor entwickelte Konzept der subjektiven Zurechnung auf das deutsche Markenstrafrecht angewendet und somit die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht umfassend dargestellt. Dazu wird zunächst die Vorsatzgrenze im Markenstrafrecht untersucht und festgelegt. Dies erfolgt in zwei Schwerpunkten. Zum einen wird im sechsten Teil für die notwendige Abgrenzung des *dolus eventualis* von der bewussten Fahrlässigkeit im Gegensatz zur bisherigen Handhabung auf rein strafrechtliche Kategorien rekurriert und diese für das Markenstrafrecht fruchtbar gemacht. Zum anderen werden im siebten Teil, wiederum anhand von den allgemeinen Strafrechtslehren, die spezifisch markenstrafrechtlichen irrtumsbedingten Vorsatzausschlüsse untersucht. Sodann kann konsequent im letzten Komplex der vorliegenden Abhandlung (achter Teil des Hauptteils der vorliegenden Arbeit) die Lösung vieler anders nicht lösbaren Probleme der subjektiven Zurechnung im Markenstrafrecht erörtert werden: Die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht. Dadurch könnten, wie in anderen Bereichen des Wirtschaftsstrafrechts auch⁵², Strafbarkeitslücken aufgefangen werden. Dabei könnte – unter strikter Beachtung des Prinzips einer Strafbarkeit nur als *ultima ratio* (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG) – auch differenzierend vorgegangen werden und eventuell lediglich leichtfertige Markenkollisionen unter Strafe gestellt werden oder etwa nur für einen Ausschnitt des Vorsatzdeliktes eine Strafbarkeit auch fahrlässiger Verwirklichung eingeführt werden. Eine solche rechtspolitische Erörterung muss zunächst auf die Ergebnisse der vorangegangenen Untersuchungen aufbauen, also sich insbesondere an den Problemen der geltenden Regelung orientieren. Überdies ist aber zu untersuchen,

⁵² Müller-Gugenberger/Bieneck/*Niemeyer*, WiStrR, § 17, Rn. 37 ff.; *Otto*, ZStW 96 (1984), 339, 367 f.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 61 f.; *Wabnitz/Janovsky/Dannecker*, 1. Kapitel, Rn. 124. Hinsichtlich des Bankrotts (§ 283 StGB) besteht sogar eine lange internationale Tradition der Fahrlässigkeitsinkriminierung. Vgl. BGHSt 15, 103, 104 f.

ob und in welcher Weise eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht angezeigt ist.

Hauptteil: Der markenstrafrechtliche subjektive Tatbestand

1. Teil: Allgemeine Grundlagen

1. Abschnitt: Wissenschaftstheoretische Vorbemerkungen

Als rechtswissenschaftlichem Werk liegt dem Vorgehen in der vorliegenden Arbeit die Einordnung des Begriffs der Wissenschaft durch das BVerfG zu Grunde, welches Wissenschaft als einen ernsthaften, planmäßigen, methodisch geordneten, systematisierten, kritisch reflektierenden und nachprüfbaren „Versuch zur Ermittlung der Wahrheit“⁵³ betrachtet. Freilich kann es im Kontext von wertbezogenen und juristischen Regelungsfragen keine Wahrheit im Sinne von „richtig“ oder „falsch“ geben.⁵⁴ *Rüthers* versteht unter Wissenschaft daher ein methodisch-rationales Bemühen um Erkenntnisfortschritt.⁵⁵ Der minimale Kern wissenschaftlicher Arbeit ist es, die Begründungspflicht ernst zu nehmen und die Aussagen

⁵³ BVerfGE 35, 79, 113.

⁵⁴ Vgl. *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, Rn. 289 f. und 316.

⁵⁵ Siehe *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, Rn. 284.

überprüfbar zu halten.⁵⁶ Mit objektiver Überprüfung der wissenschaftlich erlangten Erkenntnis gewinnt diese sodann an Zuverlässigkeit.⁵⁷

Der Art der rechtswissenschaftlichen Arbeit nach ist die vorliegende überwiegend eine rechtsdogmatische, da sie auf die Erkenntnis des geltenden Rechts gerichtet ist.⁵⁸ Soweit sie im Rahmen der Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung – losgelöst von der konkreten Rechtsordnung – einige wenige allgemeingültige Aussagen über die Formalstrukturen des Rechts zu finden versucht, kann sie aber auch in Ansätzen als eine rechtstheoretische Arbeit bezeichnet werden.⁵⁹ Soweit sie die Zusammenhänge zwischen dem Markenstrafrecht und der sozialen Wirklichkeit untersucht, ist sie auch als eine empirische Arbeit zu qualifizieren, dient also im Speziellen auch der Rechtssoziologie respektive der Kriminologie.⁶⁰ Zuletzt beinhaltet sie hinsichtlich der Erörterung einer Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht auch einen rechtspolitischen Teil.⁶¹

Soweit die in den nachfolgenden Erörterungen jeweils angewandte Methode nicht von selbst offen zu Tage tritt, eine Klarheit darüber aber erforderlich ist, wird das jeweilige methodische Vorgehen an der betreffenden Stelle erklärt. Allgemein vorausgeschickt sei nur die tendenzielle Präferenz für ein deduktives Vorgehen.⁶² Dieses zeigt sich insbesondere im rechtsdogmatischen Teil der Arbeit, in dessen Rahmen allgemeine Strafrechtsregeln für die speziellen Belange des Markenstrafrechts fruchtbar gemacht werden sollen. Dabei wird in rechtswissenschaftlicher Hinsicht stets angestrebt, jedenfalls die begrifflichen, historischen, systematischen und teleologischen Methodenansätze systematisch kombiniert und aufeinander abgestimmt anzuwenden.⁶³ Angesichts der daraus resultierenden, nicht immer überschaubaren Komplexität muss allerdings auf eine Geschlossenheit dieses deduktiven Systems verzichtet werden.⁶⁴ Vielmehr wird die jeweils

⁵⁶ Vgl. *Kaiser*, Kriminologie, § 5, Rn. 1.

⁵⁷ Vgl. *Chalmers*, Wissenschaftstheorie, S. 7.

⁵⁸ Vgl. *Kerschmer*, Wissenschaftliche Arbeitsmethodik, S. 58; *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, Rn. 309 ff.

⁵⁹ Vgl. *Kerschmer*, Wissenschaftliche Arbeitsmethodik, S. 59; *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, Rn. 5 ff. Zur Begriffs- und Systembildung in der Jurisprudenz vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 263 ff.

⁶⁰ Vgl. *Kerschmer*, Wissenschaftliche Arbeitsmethodik, S. 59 f. Zu den Unterschieden zwischen der Rechtswissenschaft als einer normativen Disziplin und den empirischen Sozialwissenschaften vgl. *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, Rn. 303 ff.

⁶¹ Vgl. *Kerschmer*, Wissenschaftliche Arbeitsmethodik, S. 60.

⁶² Allgemein zur – auf den Gesetzen der Logik beruhenden – wissenschaftstheoretischen Methode der Deduktion: *Chalmers*, Wissenschaftstheorie, S. 12 f.

⁶³ Allgemein zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 1 ff.; *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, Rn. 640 ff.; *Simon*, Gesetzesauslegung, S. 1 ff. Speziell zur Aufgabe und zum Standort der Methodenlehre der Jurisprudenz vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 63 ff. Speziell zum Methodensynkretismus (oder Methodenpluralismus) vgl. *Simon*, Gesetzesauslegung, S. 39 f.

⁶⁴ Vgl. *Roxin*, AT I, § 7, Rn. 87 m.w.N., der bereits ein nur begriffliches System („aus wenigen axiomatischen Oberbegriffen abgeleitetes, geschlossenes deduktives System, wie es die moderne

systematisch gewonnene Lösung zunächst einstweilig offen gehalten und anhand systemgelöster Topik, also unter Heranziehung aller weiteren möglichen rechtsdogmatischen und -politischen Aspekte („Topoi“) des konkreten Einzelproblems, auf ihre Billigkeit hin kontrolliert und nötigenfalls unter der Beachtung verfassungsrechtlicher Vorgaben, insbesondere der grammatischen Grenzen der Auslegung (Art. 103 Abs. 2 GG), modifiziert.⁶⁵

Wissenschaftstheorie für Mathematik und Logik als Ideal herausgearbeitet hat“) in der Jurisprudenz für nicht durchführbar hält.

⁶⁵ Vgl. *Roxin*, AT I, § 7, Rn. 55 m.w.N. Zur juristischen Topik und zu den Grenzen dieser rhetorischen Jurisprudenz vgl. auch *Rüthers/Fischer*, Rechtslehre, Rn. 611 ff.

2. Abschnitt: Begriffe aus dem Umfeld des Markenstrafrechts

A. Arten von Kennzeichen

I. Oberbegriff: Kennzeichen

Entgegen seiner geläufigen Kurzbezeichnung Markengesetz regelt das „Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen“ über den Teilbereich des Markenrechts hinaus das gesamte Kennzeichenrecht.⁶⁶ Wie sich nicht nur aus dem Titel des Gesetzes, sondern auch aus der amtlichen Überschrift zu § 1 MarkenG entnehmen lässt, ist das Kennzeichen als Oberbegriff für einerseits Marken und andererseits für sonstige Kennzeichen zu verstehen.⁶⁷

Kennzeichen dienen der Identifikation unternehmerischer Leistungen des Inhabers des Kennzeichenrechts⁶⁸, also dessen Waren oder Dienstleistungen. Dabei kann ein Zeichen gleichzeitig die Funktion verschiedener Kennzeichenarten erfüllen⁶⁹, also z.B. Marke und Herkunftsangabe zugleich sein.

II. Marke

Wie bereits die Kurzform der Gesetzesbezeichnung andeutet, nimmt der Markenschutz die wesentliche Rolle des Markengesetzes ein. Folglich stellt die Marke auch den wichtigsten Kennzeichenbegriff dar. Schon zu Zeiten des Warenzeichengesetzes⁷⁰ war unter dem Begriff der Marke einerseits das Warenzeichen für die Kennzeichnung von Waren und andererseits die rechtlich dem Warenzeichen gleichgestellte Dienstleistungsmarke (§ 1 Abs. 2 WZG) gefasst worden.⁷¹ Mit der Einführung des Markengesetzes wurde der Begriff des Warenzeichens aufgegeben, so dass sich damit die vormalig potentiell missverständliche Terminologie erledigt hat. Seither ist bei der Marke das Kennzeichnungsobjekt von vornherein eindeutig eine Ware oder eine Dienstleistung.⁷² Der Markenbegriff umfasst also Warenmarken und Dienstleistungsmarken. Daneben treten die in §§ 97-106 MarkenG näher geregelten Kollektivmarken⁷³, welche schutzfähige Zeichen eines rechtsfähigen Verbandes darstellen, die von mehreren Unternehmen, die Mitglieder des Inhabers der Kollektivmarke sind (Kollektiv als Markeninhaber), benutzt

⁶⁶ *Fezzer*, MarkenR, Einl., Rn. 14.

⁶⁷ *Fezzer*, MarkenR, Einl., Rn. 16; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Einl., Rn. 8.

⁶⁸ *Baumbach/Hefermehl*, Warenzeichenrecht, Einl. WZG, Rn. 1; *Fezzer*, MarkenR, Einl., Rn. 16.

⁶⁹ *Baumbach/Hefermehl*, Warenzeichenrecht, Einl. WZG, Rn. 2; *Bußmann*, Raape-Festschr., 131, 132.

⁷⁰ Das zuvor die gleiche Materie regelnde Warenzeichengesetz wurde durch das am 1. Januar 1995 in Kraft getretene Markengesetz vom 25. Oktober 1994 abgelöst.

⁷¹ *Dreiss/Klaka*, Das neue Markengesetz, S. 9

⁷² *Fezzer*, MarkenR, Einl., Rn. 16.

⁷³ Diese wurden früher als Verbandszeichen bezeichnet. Vgl. *Dreiss/Klaka*, Das neue Markengesetz, S. 13.

werden. Als Kollektivmarken kommen etwa Gütesiegel in Betracht. Herausragende Beispiele für Kollektivmarken stellen die Normierungsbezeichnungen nach DIN sowie der Name Solingen dar. Kollektivmarken gehen auf die mittelalterlichen Zunft- und Gildezeichen zurück.⁷⁴

Nach § 3 Abs. 1 MarkenG ist eine Marke ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Die Unterscheidungskraft ist also für den rechtlichen Begriff der Marke als immaterielles⁷⁵ gewerbliches Schutzrecht von entscheidender Bedeutung. Dies zeigt auch § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, der die fehlende Unterscheidungskraft einer Marke als absolutes Schutzhindernis qualifiziert, soweit nicht die Ausnahme der Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG einschlägig ist. Marken sind also produktidentifizierende geistige Unterscheidungszeichen, die von der Person des Unternehmers getrennt und im Verkehr verselbständigt sind.⁷⁶ Sie dienen als Instrumente der kommerziellen Kommunikation zwischen den Akteuren im Marktgeschehen.⁷⁷

§ 4 MarkenG unterscheidet sodann drei Kategorien von Marken(rechten) nach ihrer Entstehung: Registermarken bzw. Eintragungsmarken entstehen gem. § 4 Nr. 1 MarkenG durch Anmeldung und Eintragung eines Zeichens als Marke in das Register beim Deutschen Patent- und Markenamt. Benutzungsmarken bzw. Verkehrsgeltungsmarken entstehen gem. § 4 Nr. 2 MarkenG durch Benutzung eines Zeichens und Erwerb von Verkehrsgeltung als Marke. Notorisch bekannte Marken bzw. Notorietätsmarken entstehen gem. § 4 Nr. 3 MarkenG durch Erwerb notorischer Bekanntheit des als Marke verwendeten Zeichens.

Die Betrachtungen der vorliegenden Arbeit beschränken sich auf die im Mittelpunkt des MarkenG stehende und den breitesten Raum einnehmende⁷⁸ nationale Marke. So ist es, wie zuvor bereits ausgeführt, nicht etwa Ziel dieser Arbeit, das Markenstrafrecht umfassend zu erörtern. Vielmehr soll diese Arbeit einzig die markenstrafrechtsspezifischen Aspekte der subjektiven Zurechnung als ein Spezialproblem ergründen. Dies allein anhand des im Kern relevanten deutschen Markenrechtsschutzes zu unternehmen, erhält den nötigen Fokus und die erwünschte Tiefe. Der Transfer der in der vorliegenden Arbeit erzielten speziellen Ergebnisse auf die sonstigen Kennzeichen ist ohnehin einfach zu unternehmen, da diese jedenfalls insoweit synchron zur Marke ausgestaltet sind.

⁷⁴ *Fezer*, MarkenR, Vorb § 97, Rn. 1 u. 3, § 97, Rn. 1.

⁷⁵ *Hubmann/Götting*, § 5, Rn. 16.

⁷⁶ *Ekey/Klippel/Klippel/Eisfeld*, HK-MarkenR, § 1 MarkenG, Rn. 2; *Fezer*, MarkenR, § 1 MarkenG, Rn. 6. Für eine im Zusammenhang mit der Markenschutzfähigkeit stehende linguistische Untersuchung des Markenbegriffs vgl. *Albrecht*, GRUR 2000, 648 ff.

⁷⁷ *Fezer*, GRUR 2003, 457, 461.

⁷⁸ *Hubmann/Götting*, § 37, Rn. 6.

III. Sonstige Kennzeichen

1. Geschäftliche Bezeichnung

Um die wichtigsten sonstigen Kennzeichen von der Marke gedanklich abzugrenzen, sollen diese kurz erläutert werden. Geschäftliche Bezeichnungen als sonstige Kennzeichen gem. § 1 Nr. 2 MarkenG sind nach der Legaldefinition des § 5 Abs. 1 MarkenG Unternehmenskennzeichen und Werktitel. Diese Unterbegriffe werden wiederum in § 5 Abs. 2 und 3 MarkenG legaldefiniert. Bei Unternehmenskennzeichen ist das Kennzeichnungsobjekt das zu individualisierende Unternehmen selbst.⁷⁹ Werktitel individualisieren demgegenüber geistig geprägte Produkte in erster Linie nach ihrem von der betrieblichen Herkunft grundsätzlich unabhängigen Inhalt.⁸⁰ Geschäftliche Bezeichnungen sind durch § 143 Abs. 1 Nrn. 4, 5 i.V.m. § 15 Abs. 2, 3 MarkenG strafrechtlich geschützt. Es bestehen im Wesentlichen keine Abweichungen zum strafrechtlichen Markenschutz.

2. Geographische Herkunftsangabe

Geographische Herkunftsangaben (§§ 1 Nr. 3, 126-139 MarkenG) nehmen eine Sonderstellung ein. Zwar kennzeichnen sie wiederum eine Ware oder eine Dienstleistung, was sie im Hinblick auf das Kennzeichnungsobjekt mit den Marken vergleichbar macht.⁸¹ Es geht dabei aber nicht etwa um die betriebliche, sondern um die geographische Herkunft der gekennzeichneten Produkte. Die geographische Herkunft ließe sich im Gegensatz zu der betrieblichen allenfalls theoretisch beispielsweise dadurch monopolisieren, dass ein Weingutsinhaber sämtliche Weingüter seiner Region aufkauft, was ihm im Regelfall nicht möglich sein wird. Daher ist es sachlich zwingend, dass eine geographische Herkunftsangabe kein Individualrecht darstellen kann⁸², sondern vielmehr als eine Art kollektiver Goodwill allen Unternehmen gemeinsam zusteht, die in einem bestimmten Ort oder einer bestimmten Gegend ansässig und deshalb berechtigt zur Benutzung der betreffenden geographische Herkunftsangabe sind⁸³. Geographische Herkunftsangaben haben daher keinen „Inhaber“, der über sie verfügen könnte, und müssen deshalb klar von den Marken getrennt werden.⁸⁴ Am Beispiel der geographischen Herkunftsangaben wird somit auch am ehesten deutlich, dass der nationale Gesetzgeber die sonstigen Kennzeichen nur aus systematischen Gründen in das Markengesetz aufgenommen hat, das alle im geschäftlichen Verkehr benutzten Kennzeichenrechte zusammenfassend regeln sollte.⁸⁵ Geographische Herkunftsangaben

⁷⁹ *Feyer*, MarkenR, Einl., Rn. 16.

⁸⁰ *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 5, Rn. 8 u. 74.

⁸¹ *Feyer*, MarkenR, Einl., Rn. 16.

⁸² BGH GRUR 1999, 252, 254 – „Warsteiner II“.

⁸³ BGH GRUR 2001, 73, 77 – „Stich den Buben“.

⁸⁴ *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 126-139, Rn. 1.

⁸⁵ *Hubmann/Götting*, § 37, Rn. 6.

sind durch § 144 MarkenG strafrechtlich geschützt. Es bestehen im Wesentlichen keine Abweichungen zum strafrechtlichen Markenschutz.

3. Gemeinschaftsmarke

Weiterhin ist auch die Gemeinschaftsmarke ein wichtiges sonstiges Kennzeichen. Sie ist als übernationales Schutzrecht durch die Gemeinschaftsmarkenverordnung⁸⁶ kreiert worden. Dabei handelt es sich im Gegensatz zu der international nach dem Madrider Markenabkommen⁸⁷ registrierten Marke nicht um ein Bündel nationaler Rechte, sondern um ein einheitliches Schutzrecht aufgrund einheitlicher Anmeldung mit einheitlicher Wirkung für alle Mitgliedstaaten (Prinzip der Einheitlichkeit).⁸⁸ Durch die §§ 125a-125i MarkenG wird für die Anmeldung und Durchsetzung von Gemeinschaftsmarken die bisweilen erforderliche Mitwirkung deutscher Behörden und Gerichte geregelt. Gemeinschaftsmarken sind durch § 143a MarkenG strafrechtlich geschützt.

B. Produktpiraterie

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich zwar auf Verletzungen nationaler Marken(rechte), so dass es an sich nahe läge, sich auf den eindeutigen Begriff der Markenrechtsverletzung zu beschränken. Solche Markenrechtsverletzungen gehen allerdings häufig mit Verletzungen anderer gewerblicher Schutzrechte einher⁸⁹, so dass zumindest eine kurze Betrachtung der übergeordneten begrifflichen Ebene sinnvoll erscheint, um Markenrechtsverletzungen auch begrifflich im Gesamtzusammenhang verstehen zu können. Für das Gesamtphänomen haben sich die Begriffe „Produktpiraterie“ und „Markenpiraterie“ im deutschen Sprachraum sowie die Begriffe „piracy“ und „counterfeiting“ auf internationaler Ebene herausgebildet. Daneben stehen benachbarte, aber weniger bedeutende, zuweilen auch nur für einen Teil der verschiedenen Verletzungen gewerblicher Schutzrechte anwendbare und daher hier auch vernachlässigte Begriffe wie „Bootlegging“⁹⁰, „Reverse Engineering“, „Trade Mark Extortion“ und „Knock-offs“.⁹¹ Die zentralen internationalen Begriffe „piracy“ und „counterfeiting“ sind unklar und werden uneinheitlich, teils sogar widersprüchlich, verwendet. Zudem ist ihr Verhältnis zu den deutschen Begriffen nicht geklärt.⁹² Da sich die vorliegende Arbeit auf Verletzungen nationaler Marken beschränkt, kann sich die Kenntnis dieser Begriffe für

⁸⁶ Verordnung Nr. 40/94/EG vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. EG L 11/1).

⁸⁷ Madrider Abkommen vom 14. April 1891 über die internationale Registrierung von Fabrik- und Handelsmarken, mehrfach revidiert.

⁸⁸ Hubmann/Götting, § 60, Rn. 2; Ingerl/Rohnke, MarkenG, Einl., Rn. 27.

⁸⁹ Schiwiek, Markenpiraterie, S. 22.

⁹⁰ Zum Begriff des „bootlegs“ s. Braun, Schütztlücken-Piraterie, S. 15 f.

⁹¹ Siehe Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 1, Rn. 46 ff.

⁹² Vgl. Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 1, Rn. 38 ff.; Levin, GRUR Int. 1987, 18, 21 und 23; Meister, Leistungsschutz und Produktpiraterie, S. 34.

das Verständnis des internationalen Gesamtzusammenhangs auf ihre bloße Existenz beschränken. Die Begriffskenntnis darüber hinaus ist nicht von Bedeutung, so dass dahingestellt bleiben kann, welchen Inhalts diese sind und in welchem Verhältnis diese zu den deutschen Begriffen stehen.

Die Begriffe „Produktpiraterie“ und „Markenpiraterie“ werden von den Kodifikationen des gewerblichen Rechtsschutzes nicht verwendet. Selbst das Produktpirateriegesetz, das diese Kodifikationen weiterentwickelt, definiert den Begriff der Produktpiraterie nicht. Nach dessen amtlicher Begründung seien die Erscheinungsformen der mit der Bezeichnung Produktpiraterie gemeinten Formen der Verletzung von Schutzrechten des geistigen Eigentums so unterschiedlich und zudem in einem dauernden Wandel begriffen, dass sie einer erschöpfenden Definition nicht zugänglich seien.⁹³ Daher verzichtet auch die Gesetzesbegründung auf eine exakte Bestimmung der Produktpiraterie und zitiert nur die gebräuchlichen Umschreibungen dieses Begriffs⁹⁴, die wegen ihrer mangelnden Präzision nicht zu einer überzeugenden Kennzeichnung führen⁹⁵. Daraus folgert ein Teil der Literatur, dass eine genaue Definition dieser Begriffe nicht möglich oder jedenfalls für die Rechtsanwendung entbehrlich und ein Streit über diese Begriffe daher fruchtlos sei.⁹⁶ Demgegenüber ist jedoch zu bedenken, dass für das am 1.1.1995 in Kraft getretene Markengesetz zu erheblichen Anteilen europarechtliche Vorgaben⁹⁷ bestimmend waren. Das Markengesetz ist daher europarechtskonform auszulegen, soweit es Bestimmungen der Richtlinie umsetzt.⁹⁸ Bei den Normverweisen des § 143 Abs. 1 MarkenG auf § 14 MarkenG samt dessen auf die Richtlinie zurückgehenden Rechtsbegriffe ist dabei freilich die Grenze des Art. 103 Abs. 2 GG zu beachten.⁹⁹ Da die Auslegungskompetenz für die auf europäische Richtlinien zurückgehenden Rechtsbegriffe letztlich beim EuGH liegt¹⁰⁰ und es nahe liegt, dass

⁹³ Amtliche Begründung zum Produktpirateriegesetz, abgedruckt im Bl. f. PMZ 1990, 173, 175; ebenfalls abgedruckt in: *Meister*, Leistungsschutz und Produktpiraterie, S. 324 ff., 327.

⁹⁴ Amtliche Begründung zum Produktpirateriegesetz, abgedruckt im Bl. f. PMZ 1990, 173, 173 f.; ebenfalls abgedruckt in: *Meister*, Leistungsschutz und Produktpiraterie, S. 324 ff., 324.

⁹⁵ *Cremer*, Mitt. 1992, 153, 153.

⁹⁶ *Meister*, WRP 1991, 137, 138 f.; *Schiveke*, Markenpiraterie, S. 22 f. m.w.N.

⁹⁷ Erste Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken 89/104/EWG vom 21.12.1988.

⁹⁸ EuGH Slg. 1984, 1891, 1891 f. – „v. Colson“ = EuGH NJW 1984, 2021, 2022; *Everling*, ZGR 1992, 376, 376 ff.; *Lecheler*, Europarecht, S. 132; *Oppermann*, Europarecht, Rn. 560. Kritisch dazu: *Di Fabio*, NJW 1990, 947 ff. Der Grundsatz der gemeinschaftskonformen Auslegung findet seine Grenze in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die Teil des Gemeinschaftsrechts sind, EuGH Slg. 1987, 3969, 3986 – „Kolpinghuis Nijmegen BV“; *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung, S. 57, 277 f.

⁹⁹ Zur grundsätzlichen Frage, ob gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Strafrecht mittels richtlinienkonformer Auslegung überhaupt möglich sind, vgl. BGHSt 37, 168, 175; BGHSt 37, 333, 336; *Dannecker*, Jura 1998, 79, 84 f.; *Hugger*, NSStZ 1993, 421, 423 f.; *Tiedemann*, NJW 1993, 23, 24 f.; *Zuleeg*, JZ 1992, 761, 765.

¹⁰⁰ BGH GRUR 1996, 198, 199 – „Springende Raubkatze“; v. *Gamm*, GRUR 1994, 775, 776; *Ibhen*, Europarecht, S. 26; *Lenz/Borchardt-Borchardt*, Art. 234 EGV, Rn. 1.

dieser seinerseits seine Auslegungserkenntnisse insbesondere aus europäischen Quellen schöpft, ist neben einer Beschäftigung mit der allgemeinen Begriffsbildung insbesondere die aus dem Jahre 1998 stammende Begriffsbestimmung der Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Grünbuch der Europäischen Kommission zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt¹⁰¹ von einiger Relevanz.

Vor der Begriffsbestimmung im Grünbuch der Europäischen Kommission wurde der Begriff „Piraterie“ national wie auch international unklar und uneinheitlich verwendet.¹⁰² Das lag wohl auch daran, dass das Phänomen „Produktpiraterie“ weder betriebs- noch volkswirtschaftlich und auch nicht kriminologisch hinreichend erforscht war.¹⁰³ Auf nationaler Ebene war jedenfalls klar, dass die Produktpiraterie i.e.S. den allgemeinen und übergeordneten Begriff darstellt.¹⁰⁴ Die Produktpiraterie i.e.S. umschrieb nach dem damaligen nationalen Begriffsverständnis planmäßige, gezielte und massenhafte Schutzverletzungen¹⁰⁵, die sich durch einen besonders großen Unrechtsgehalt oder hohen Schaden auszeichnen¹⁰⁶. Dabei sollte die identische oder nahezu identische, jedenfalls aber mit einer Täuschungsgefahr verbundene Nachahmung von immaterialgüterrechtlich geschützten oder verkehrsbekanntem Leistungen Dritter begrifflich erfasst werden, welche in der Absicht vorgenommen wurde, den Verkehr über die betriebliche Herkunft der Leistung zu täuschen.¹⁰⁷

Nach der Begriffsbestimmung im Grünbuch der Europäischen Kommission bezieht sich der Begriff Produkt- und Dienstleistungspiraterie auf alle Erzeugnisse, Verfahren und Dienstleistungen, die Gegenstand oder Ergebnis einer Verletzung geistigen Eigentums sind.¹⁰⁸ Diese Begriffsfassung ist recht weit gefasst, so dass nicht nur die in betrügerischer Absicht kopierten Erzeugnisse, sondern auch originalgetreue Erzeugnisse erfasst werden, soweit diese ohne Zustimmung des Rechteinhabers hergestellt wurden¹⁰⁹, etwa weil Lizenzvolumina des Herstellers bereits erschöpft sind. Im Umkehrschluss zu dieser weiten Begriffsfassung ist wohl ein ebenso weiter Leistungsschutz erwünscht. Ob und inwieweit sich diese leistungsschutzorientierte Definition der Produktpiraterie im Rahmen einer euro-

¹⁰¹ Grünbuch der Europäischen Kommission zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt, KOM (98) 569 endg. vom 15.10.1998, S. 7.

¹⁰² S. *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm*, Markenpiraterie, § 1, Rn. 42; *Levin*, GRUR Int. 1987, 18, 21.

¹⁰³ *Cremer*, Mitt. 1992, 153, 153.

¹⁰⁴ *Cremer*, Mitt. 1992, 153, 153; *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm*, Markenpiraterie, § 1, Rn. 37; *Levin*, GRUR Int. 1987, 18, 27; Müller-Gugenberger/Bieneck/*Grubl*, WiStrR, § 55, Rn. 12.

¹⁰⁵ *Cremer*, Mitt. 1992, 153, 153; *Hubmann/Götting*, § 2, Rn. 35.

¹⁰⁶ *Cremer*, Mitt. 1992, 153, 153.

¹⁰⁷ *Levin*, GRUR Int. 1987, 18, 27; *Meister*, Leistungsschutz und Produktpiraterie, S. 32.

¹⁰⁸ Grünbuch der Europäischen Kommission, a.a.O., S. 7.

¹⁰⁹ Grünbuch der Europäischen Kommission, a.a.O., S. 7.

parechtskonformen Auslegung der im MarkenG verwendeten Begriffe auswirkt, wird im weiteren Verlauf dieser Arbeit noch zu untersuchen sein.

Neben der Produktpiraterie ist häufig auch von der Dienstleistungspiraterie die Rede. Um der Begriffsökonomie Genüge zu tun, sollen jedenfalls im Folgenden Dienstleistungen neben den Waren als Produkte verstanden werden, so dass sich der Begriff Dienstleistungspiraterie erübrigt und insgesamt einfach von Produktpiraterie gesprochen werden kann.

C. Markenpiraterie

Die Markenpiraterie stellt eine spezielle Teilmenge der Produktpiraterie dar und ist somit der engere Begriff.¹¹⁰ Sie stellt die bedeutendste Erscheinungsform internationaler Pirateriefälle dar, da sehr häufig Eingriffe in andere gewerbliche Schutzrechte mit dem Missbrauch fremder Marken und geschäftlicher Bezeichnungen einhergehen, auf den sich der Begriff der Markenpiraterie bezieht.¹¹¹ Von Markenpiraterie kann in Abgrenzung zu herkömmlichen markenrechtlichen Kollisionen nur dann gesprochen werden, wenn Produkte vorsätzlich und in Bereicherungsabsicht widerrechtlich mit geschützten Marken oder geschäftlichen Bezeichnungen gekennzeichnet werden, um eine andere betriebliche Herkunft vorzutäuschen oder eine solche Täuschung zu ermöglichen.¹¹²

Es geht also bei der Markenpiraterie zwar um die Ausnutzung fremder Leistungen, die zu einem Markenwert geführt haben. Allerdings steht dabei nicht wie bei der Produktpiraterie die Imitation des Produkts selbst im Vordergrund, sondern die Verletzung von Kennzeichenrechten, mittels derer eine fehlerhafte Zurechnung der Produkte zu deren vermeintlichen Hersteller bewirkt werden soll. Angesichts des thematischen Zuschnitts der vorliegenden Arbeit wird im Weiteren der Begriff der Markenpiraterie im Mittelpunkt stehen.

¹¹⁰ *Eisenberg*, Kriminologie, § 47, Rn. 12; *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm*, Markenpiraterie, § 1, Rn. 37; *Müller-Gugenberger/Bieneck/Grubl*, WiStrR, § 55, Rn. 12; *Schivek*, Markenpiraterie, S. 25.

¹¹¹ *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm*, Markenpiraterie, § 1, Rn. 51.

¹¹² *Schivek*, Markenpiraterie, S. 24.

3. Abschnitt: Außerstrafrechtlicher Markenrechtsschutz in der Rechtswirklichkeit

A. (Soziale) Bedeutung des Markenschutzes

I. Wirtschaftlicher Wert von Marken

Wie bereits einleitend dargelegt, hat die Marke als Unternehmensleistung¹¹³ einen wirtschaftlichen Wert nicht nur für das betreffende Unternehmen selbst, sondern unmittelbar auch für andere Akteure wie insbesondere den Verbrauchern und mittelbar für die Volkswirtschaft insgesamt. Marken stellen ein wesentliches Grundelement ein jeder marktwirtschaftlicher Wettbewerbsordnung dar.¹¹⁴ Ihre unmittelbare wirtschaftliche Bedeutung wird durch die vielseitigen, auf der grundlegenden Unterscheidungsfunktion aufbauenden Markenfunktionen beschrieben und erklärt.¹¹⁵

II. Allgemeine rechtliche Folgerungen aus der Bedeutung von Marken

Wegen der sozioökonomischen Bedeutung von Marken ist deren Schutz weitgehend dem sachenrechtlichen Eigentum angenähert.¹¹⁶ Zivilrechtlich ist die Marke als ausschließliches, subjektives Recht (§ 14 Abs. 1 MarkenG) ausgestaltet. Die Marke ist verfassungsrechtlich unter den Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG gestellt und hat somit innerhalb des Rechts des geistigen Eigentums den gleichen Rang wie die anderen Immaterialgüterrechte.¹¹⁷ Marken sind nicht nur – parallel zum deutschen Schutz – durch die Rechtsordnungen anderer Länder geschützt, sondern der Markenschutz ist sogar durch das Gemeinschaftsmarkenrecht¹¹⁸ und das internationale Markenprivatrecht¹¹⁹ als Teil des Immaterialgüterkollisionsrechts internationalisiert.

B. Historische Entwicklung des deutschen Markenrechts bis zur Mehrgleisigkeit des geltenden Markenschutzes

Zum besseren Verständnis des sozioökonomischen Rahmens, in welchem das Thema der vorliegenden Arbeit eingebettet ist und welcher die später erfolgende Entwicklung eines Indikatorensystems für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht beeinflusst, bedarf es kurzer Ausführungen zur Geschichte des Marken-

¹¹³ *Ann*, GRUR Int. 2004, 597, 598; *Fezer*, MarkenG, Einl. C, Rn. 14 f.

¹¹⁴ Für den engeren Blick auf die Marke als konstitutiven Teil einer marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung in der Europäischen Union vgl. *Fezer*, MarkenG, Einl. C, Rn. 11 ff.

¹¹⁵ Mehr dazu siehe *Buse*, Warenzeichengesetz, Einf. 1; *Fezer*, MarkenG, Einl. D, Rn. 1 ff.; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Einl., Rn. 72.

¹¹⁶ *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Einl., Rn. 1.

¹¹⁷ *Fezer*, MarkenG, Einl. C, Rn. 8 ff.; *Wieland*, in: Dreier, Art. 14 GG, Rn. 51 f.

¹¹⁸ Vgl. *Fezer*, MarkenG, Einl. F, Rn. 1 ff.

¹¹⁹ Vgl. *Fezer*, MarkenG, Einl. H, Rn. 1 ff.

rechts. Dabei ist zu beachten, dass das Markenrecht nur einen Teil des gewerblichen Rechtsschutzes darstellt. Die Geschichte des Markenrechts ist daher im vernetzten Gesamtzusammenhang mit der historischen Entwicklung des gewerblichen Rechtsschutzes einschließlich dessen Interdependenzen mit der Wirtschafts- und Sozialgeschichte zu sehen, wobei dabei insbesondere die historische Entwicklung des Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechts von Interesse ist.¹²⁰

Die Geschichte der Marken und der damit verbundenen Markenrechte reicht bis in die Antike.¹²¹ Im Mittelalter äußerte sich das Kennzeichnungswesen vor allem in den alten Stadt- und Zunftzeichen, aber auch z.B. in den Meisterzeichen.¹²² Bis zur Liberalisierung der Wirtschaft im 19. Jahrhundert diente das Markenwesen in Deutschland insbesondere der staatlichen Kontrolle der Qualität der gekennzeichneten Ware und zielte somit auf den Schutz von Gewerbe und Kunst ab.¹²³ Sein Zweck war also vorwiegend gewerbepolizeilicher Natur.¹²⁴ Mit der Einführung der Gewerbefreiheit ging auch ein Wandel des Markenwesens einher hin zu einer im Wesentlichen mit der heutigen übereinstimmenden Struktur.¹²⁵

Während im 19. Jahrhundert der Schwerpunkt des Markenschutzes durch das Strafrecht gewährleistet wurde¹²⁶, ist heute die praktische Bedeutung des Zivilrechts vorherrschend¹²⁷. Dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass daneben auch einerseits das Zollrecht, insbesondere das Grenzbeschlagnahmeverfahren gem. §§ 146 ff. MarkenG, und andererseits das Strafrecht für den Markenschutz bedeutend sind. Die einzelnen rechtlichen Instrumentarien können nämlich in geschickt aufeinander abgestimmter Kombination einen effektiven Schutz bieten. So ist z.B. ein zollrechtliches Vorgehen nicht nur unter dem Gesichtspunkt sinnvoll, wenigstens einen Teil der eingeführten Piraterieware aus dem Verkehr zu ziehen. Durch den Zoll gelangen Markenrechtsinhaber auch an wertvolle Teilmformationen über die logistische Organisation der Markenpiraten. Davon abgesehen ist der Zoll auch der Hauptinitiator von Strafverfahren.¹²⁸ Der rechtliche Teil

¹²⁰ Vgl. Ekey/Klippel/Klippel, HK-MarkenR, E 1, Rn. 1.

¹²¹ Vgl. dazu Fezer, GRUR 2003, 457 ff., der in seiner historischen Skizze des Zeichenwesens sogar zurück bis zu den Stempelsiegeln geht, deren frühester Beleg aus der Anatolischen Ausgrabungsstätte Catal Hüyük auf das Jahr 6000 v. Chr. datiert wird.

¹²² Busse, Warenzeichengesetz, Einf. 3; Fezer, GRUR 2003, 457, 459 f.

¹²³ Fezer, MarkenG Einl., Rn. 1; Fezer, GRUR 2003, 457, 460.

¹²⁴ Busse, Warenzeichengesetz, Einf. 3.

¹²⁵ Vgl. Fezer, MarkenG, Einl. A, Rn. 18 f.

¹²⁶ v. Gravenreuth, GRUR 1983, 349, 349.

¹²⁷ So wird überwiegend lediglich der Unterlassungsanspruch nach § 14 Abs. 5 MarkenG geltend gemacht. Vgl. Hubmann/Götting, § 47, Rn. 2 m.w.N.

¹²⁸ Zweiter Produktpirateriebericht der Bundesregierung (10. November 1999), BT-Drucksache 14/2111, S. 2 und 10. Dagegen schreiben Müller/Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftskriminalität, 8. Kapitel, Rn. 28 von einer Aufklärungsfeindlichkeit der von den Zollbehörden geübten Praxis und gehen somit wohl von einer noch weitergehend möglichen Kooperation dieser mit den Strafverfolgungsbehörden aus.

des Markenschutzes¹²⁹ wird also durch ein konzertiertes Vorgehen verschiedener Spezialisten aus unterschiedlichen Rechtsgebieten bewältigt.

¹²⁹ Daneben sind freilich markenschützende Gesichtspunkte beim Produktdesign, im Marketing, bei der Betriebsorganisation sowie nicht zuletzt auch bei den Entscheidungen bezüglich der Produktionsstandorte von Bedeutung.

4. Abschnitt: Bestehen des Markenschutzes nach geltendem Recht

A. Entstehung des Markenrechts

Ein förmliches Markenrecht entsteht durch Eintragung in das Markenregister nach § 4 Nr. 1 MarkenG. Der dadurch begründete Markenschutz setzt die vorherige Benutzung der Marke im geschäftlichen Verkehr nicht voraus.¹³⁰ Unabhängig von einer Eintragung der Marke in das Markenregister entsteht demgegenüber ein materielles Markenrecht durch Erwerb von Verkehrsgeltung der im geschäftlichen Verkehr benutzten Marke (§ 4 Nr. 2 MarkenG).¹³¹ Weiterhin kann ein Markenrecht auch – unabhängig von den anderen Entstehungsgründen¹³² – durch notorische Bekanntheit einer Marke entstehen (§ 4 Nr. 3 MarkenG). Die einzelnen Entstehungstatbestände stehen gleichberechtigt nebeneinander und unterscheiden sich nicht hinsichtlich ihrer nachfolgend dargestellten Rechtsfolgen.

B. Schranken des Markenschutzes (§§ 20 ff. MarkenG)

Die §§ 20 bis 26 MarkenG regeln die Schranken des Kennzeichenschutzes. Markenrechtliche Ansprüche aus §§ 14 bis 19 MarkenG unterliegen gem. § 20 S. 1 MarkenG der bürgerlichrechtlichen Verjährung nach §§ 194 ff. BGB. Sie können gem. § 21 MarkenG durch eine fünfjährige Duldung einer kollidierenden Benutzung verwirkt sein. Nach § 22 MarkenG können sie bei einer Bestandskraft der Eintragung einer Marke mit jüngerem Zeitrang ausgeschlossen sein. Weiterhin können sie sich gem. § 24 MarkenG erschöpfen, wenn die betreffende Ware unter dieser Marke durch den Markenrechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht wurde. Außerdem können sie bei mangelnder Benutzung innerhalb der letzten fünf Jahre gem. § 25 f. MarkenG ausgeschlossen sein. Von Bedeutung sind insbesondere der Benutzungszwang und die Erschöpfung¹³³.

C. Übertragung und Verwertung (§§ 27, 29 f. MarkenG)

Zu früheren Zeiten wurden Markenrechte als Persönlichkeitsrechte des Markenrechtsinhabers und somit als unverfügbar verstanden.¹³⁴ Obgleich sie auch weiterhin persönlichkeitsrechtliche Bezüge aufweisen können¹³⁵, kann deren jeweiliger

¹³⁰ RGZ 97, 90, 94 f. – „Pecho/Pecose“; BGHZ 10, 211, 213 – „Nordona/Norda“; BGH GRUR 1957, 224, 224 – „Odorex“; *Fezzer*, MarkenG, § 4, Rn. 9.

¹³¹ Freilich können die Entstehungsgründe der Eintragung und der Benutzung einer Marke kumulativ vorliegen, vgl. *Fezzer*, MarkenG, § 4, Rn. 10.

¹³² Dieser Entstehungsgrund kann jedoch ebenfalls zu den anderen kumulativ vorliegen, vgl. *Fezzer*, MarkenG, § 4, Rn. 11.

¹³³ Dazu *Pickrabm*, GRUR 1996, 383, 383 f.

¹³⁴ RGZ 69, 401, 403; 108, 8, 9 – „Saccharin“; 113, 413, 414.

¹³⁵ Siehe *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 14, Rn. 11.

Verfügungsbefugte nunmehr unbeschränkt über sie verfügen¹³⁶, indem er etwa nach § 30 Abs. 1 MarkenG Lizenzen für deren Benutzung vergibt, sie nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. MarkenG verpfändet oder sie nach § 27 Abs. 1 MarkenG überträgt. Markenrechte können dabei seit Inkrafttreten des Erstreckungsgesetzes am 1. Mai 1992 auch isoliert, also ohne Übergang auch des Geschäftsbetriebs, wirksam abgetreten werden (§ 27 Abs. 2 MarkenG e.c.).¹³⁷ Sie sind demnach nicht (mehr) akzessorisch.¹³⁸ Sie können ferner nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG Gegenstand von Maßnahmen der Zwangsvollstreckung sein.

D. Auslaufen der Schutzdauer (§ 47 Abs. 6 MarkenG)

Der Rechtsschutz einer eingetragenen Marke dauert 10 Jahre lang an, § 47 Abs. 1 MarkenG. Kommt es nicht auf Begehren des Markenrechtsinhabers zu einer Verlängerung dieser Schutzdauer (§ 47 Abs. 2, 3 MarkenG), wird die betreffende Marke nach Auslaufen des Schutzes gem. § 47 Abs. 6 MarkenG von Amts wegen gelöscht.

E. Verzicht, Verfall und Nichtigkeit (§§ 48, 49 und 50 f. MarkenG)

Eine Marke wird auch nach Verzicht des Markenrechtsinhabers gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt durch dieses gelöscht (§ 48 MarkenG). Weiterhin wird sie auf Antrag wegen Verfalls gelöscht (§ 49 MarkenG). Eine Marke verfällt, wenn sie innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren nicht gemäß § 26 MarkenG benutzt worden ist (§ 49 Abs. 1 MarkenG) oder wenn einer der Gründe des § 49 Abs. 2 MarkenG vorliegt, etwa wenn die Marke zur gebräuchlichen Bezeichnung für die durch sie betroffenen Produkte geworden ist (§ 49 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Außerdem wird eine Marke auf Antrag gelöscht, wenn sie nichtig ist wegen absoluter Schutzhindernisse (§ 50 MarkenG) oder wegen des Bestehens älterer Rechte (§ 51 MarkenG).

¹³⁶ Vgl. BVerfG GRUR 1979, 773, 778 – „Weinbergssrolle“; BGH GRUR 2000, 709, 713 – „Marlene Dietrich“.

¹³⁷ Vgl. *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 27, Rn. 11.

¹³⁸ Weiterführend zum Prinzip der Nichtakzessorietät der Marke, der Rechtsentwicklung von der ehemals akzessorischen zur heutigen nichtakzessorischen Marke, der Kritik an der Nichtakzessorietät der Marke und den die Nichtakzessorietät ausgleichenden Missbrauchstatbeständen vgl. *Fezzer*, MarkenG, § 3, Rn. 179 ff. Für eine historische Nachzeichnung vom Warenzeichen als einem unselbstständigen Unternehmensbestandteil zur Marke als einem immateriellen Wirtschaftsgut, welches in vielfältigen Formen verwertet werden kann, vgl. auch *Fezzer*, GRUR 2003, 457, 465. Vgl. ansonsten *Lutz*, GRUR 1999, 847, 847.

5. Abschnitt: Zivilrechtlicher Markenrechtsschutz

A. Bedeutende zivilrechtliche Ansprüche aufgrund von Markenrechtsverletzungen

I. Unterlassungsanspruch (§ 14 Abs. 5 MarkenG)

Das MarkenG regelt im Abschnitt 3 den Schutzzinhalt von Marken und die Rechtsfolgen von – auch als Markenkollisionen bezeichneten – Markenrechtsverletzungen. Der praktisch wichtigste zivilrechtliche Anspruch aufgrund von Markenrechtsverletzungen ist der Unterlassungsanspruch gem. § 14 Abs. 5 MarkenG.¹³⁹ Dieser wird wegen der damit verbundenen Schnelligkeit und Anspruchssicherung zumeist im einstweiligen Rechtsschutz geltend gemacht¹⁴⁰ und dient der Abwehr künftiger Markenrechtsverletzungen¹⁴¹.

Voraussetzung für den Anspruch ist die Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr¹⁴² durch einen Dritten unter Missachtung der in den Absätzen 2 bis 4 geregelten Verbotstatbestände, also insbesondere ohne Zustimmung des Inhabers der Marke¹⁴³. Auf ein Verschulden des Verletzers kommt es im Umkehrschluss zur Schadensersatznorm des § 14 Abs. 6 MarkenG nicht an. Der Anspruch ist demnach insbesondere unabhängig von der Kenntnis des Verletzers vom Markenrecht. Wie bei allen Unterlassungsansprüchen¹⁴⁴ muss demgegenüber als materielle Anspruchsvoraussetzung eine Gefahr vorliegen, dass entweder eine

¹³⁹ *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 4; *Hubmann/Götting*, § 47, Rn. 2.

¹⁴⁰ *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm*, Markenpiraterie, § 5, Rn. 49; *Hubmann/Götting*, § 47, Rn. 2. Zum vorläufigen Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung gem. §§ 935, 940 ZPO s. auch *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 189 ff. Zudem wird in vielen Fällen zunächst vorprozessual abgemahnt, indem der Rechtsverletzer aufgefordert wird, innerhalb einer angemessenen Frist eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben unter gleichzeitiger Androhung gerichtlichen Vorgehens für den Fall der unterbleibenden Abgabe der Unterlassungserklärung innerhalb der gesetzten Frist. Instruktiv dazu *Fezer*, MarkenG, § 14, Rn. 1072 ff.

¹⁴¹ *Fezer*, MarkenG, § 14, Rn. 990; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 76.

¹⁴² Dieses Tatbestandsmerkmal ist grundlegend für das gesamte Markenrecht und begrenzt dessen Regelungsbereich. Im privaten, also nicht-geschäftlichen Verkehr verbleibt daher lediglich ein etwaiger Schutz nach §§ 12, 823 Abs. 1, 826 BGB; vgl. BGH GRUR 1998, 696, 697 – „Rolex-Uhr mit Diamanten“; BGH GRUR, 2002, 622, 624 – „shell.de“. Zum Verhältnis des Markenrechts zum namensrechtlichen Schutz nach § 12 BGB vgl. auch *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Nach § 15, Rn. 1 ff.

¹⁴³ Durch dieses Tatbestandsmerkmal soll das Erfordernis der Widerrechtlichkeit ausgedrückt werden; vgl. BGH GRUR 2000, 879, 880 – „stüssy“. Die Zustimmung stellt eine Willenserklärung dar, durch die auf das teilweise sog. Verbotungsrecht verzichtet wird; vgl. RG GRUR 1936, 659, 663 – „Iduna“; BGH GRUR 1993, 574, 575 – „Decker“. Vgl. auch für die gleiche Rechtslage beim Firmenrecht BGH GRUR 1991, 780, 781 – „TRANSATLANTISCHE“.

¹⁴⁴ BGH NJW 2004, 3701, 3702; MünchKommBGB/*Baldus*, § 1004, Rn. 134; Palandt/*Bassenge*, § 1004, Rn. 32.

Verletzungshandlung erstmalig begangen oder eine bereits begangene wiederholt wird.¹⁴⁵

In Betracht kommen folgende drei Verletzungstatbestände: Nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist Dritten die Benutzung eines mit der geschützten Marke identischen Zeichens für identische Produkte¹⁴⁶ untersagt (Identitätsschutz). Weiterhin ist Dritten gem. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG die Benutzung eines Zeichens untersagt, bei dem angesichts dessen Identität oder Ähnlichkeit mit der geschützten Marke und angesichts dessen Verwendung für identische oder ähnliche Produkte eine Verwechslungsgefahr¹⁴⁷ für das Publikum besteht (Verwechslungsschutz). Ebenso ist Dritten gem. § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG die Benutzung eines mit der geschützten Marke identischen oder ähnlichen Zeichens für andersartige Produkte untersagt, soweit dabei die auf der Bekanntheit¹⁴⁸ der geschützten Marke beruhende Unterscheidungskraft oder Wertschätzung unlauter ausgenutzt oder beeinträchtigt wird (erweiterter Schutz bekannter Kennzeichen, d.h. Bekanntheitschutz).

Die in § 14 Abs. 3 MarkenG aufgelisteten verletzungstypischen Handlungsformen setzen die Verletzungstatbestände gem. § 14 Abs. 2 MarkenG voraus und konkretisieren diese nur exemplarisch.¹⁴⁹ Einzig in der Tatbestandsvariante des § 14 Abs. 3 Nr. 2 3. Var. MarkenG reicht es nicht aus, unter den Voraussetzungen

¹⁴⁵ OLG Stuttgart MarkenR 1999, 95, 97 – „Herbula“; *Fezer*, MarkenG, § 14, Rn. 990, 994 ff.; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 78; *Lange*, Marken- und Kennzeichenrecht, Rn. 3155 ff.; *Schweyer*, in: v. Schultz, Markenrecht, § 14 MarkenG, Rn. 243 ff. Vgl. auch für den Unterlassungsanspruch nach dem UWG: BGH GRUR 1973, 208, 209 – „Neues aus der Medizin“.

¹⁴⁶ Sog. Doppelidentität. Dazu *Fezer*, MarkenG, § 14, Rn. 183.

¹⁴⁷ Das Erfordernis der Verwechslungsgefahr gleicht im Interesse anderer Marktteilnehmer die in § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG erfolgende tatbestandliche Entfernung des Schutzbereichs von der Marke und der von dieser erfassten Produkte aus. Vgl. *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 52. Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr stellt eine Rechtsfrage dar; vgl. BGH GRUR 2000, 506, 509 – „ATTACHÉ/TISSERAND“; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 14, Rn. 405 f.; *Scherer*, GRUR 2000, 273, 279. Instruktiv zu den ersten Grundsätzen des EuGH zur markenrechtlichen Verwechslungsgefahr: *Fezer*, NJW 1998, 713.

¹⁴⁸ Die Bekanntheit der Marke stellt das eingrenzende tatbestandliche Korrektiv dar für die in § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG erfolgende, noch weiter gehende Entfernung des Schutzbereichs von der Marke und ihren Produkten. Vgl. *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 52.

¹⁴⁹ Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 26. 10. 1998, wistra 1999, 152, 153; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 14, Rn. 94. Typischerweise, aber wegen des „insbesondere“ im Wortlaut des § 14 Abs. 3 MarkenG keineswegs abschließend, stellen demnach kraft gesetzlicher Definition gem. § 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG das Anbringen des Zeichens auf Waren oder ihrer Aufmachung oder Verpackung, gem. § 14 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG das Anbieten, das Inverkehrbringen oder das zu den genannten Zwecken Besitzen von Waren unter dem Zeichen, gem. § 14 Abs. 3 Nr. 3 MarkenG das Anbieten oder Erbringen von Dienstleistungen unter dem Zeichen, gem. § 14 Abs. 3 Nr. 4 MarkenG das Ein- oder Ausführen von Waren unter dem Zeichen und gem. § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG das Benutzen des Zeichens in Geschäftspapieren oder in der Werbung als Unterfälle des Benutzens eines Markenzeichens Markenverletzungen dar. Vgl. dazu, dass die Tätigkeit des Einführens vom Wortsinn her ohnehin vom Begriff „Benutzen“ umfasst ist, auch LG Meiningen, Beschluss vom 11.9.2000, NSTZ 2003, 41, 41.

des § 14 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG eine markenrechtsverletzend markierte Ware bloß zu besitzen. Im Wesentlichen zum Schutz des Letztverbrauchers muss die markierte Ware für eine rechtserhebliche Markenverletzung vielmehr zum Zwecke des Anbietens oder des Inverkehrbringens besessen werden; es handelt sich demnach um einen qualifizierten Besitz.¹⁵⁰ Dabei stellt die Zweckgerichtetheit des Besitzes ein subjektives Tatbestandsmerkmal dar.¹⁵¹ Diese Klassifizierung hält auch einem Vergleich mit den Vorbereitungsdelikten der §§ 263a Abs. 3, 149 Abs. 1 und 275 Abs. 1 StGB stand. Denn jene Straftatbestände stellen auf den Zweck der jeweiligen Tatobjekte als Tatmittel zur Begehung der nachfolgenden Straftat ab. Somit ist nicht eindeutig, inwieweit über die bloße diesbezügliche Eignung des Tatobjektes hinaus auch eine dahingehende täterseitige Intention erforderlich ist.¹⁵² Anders als in den soeben angeführten Vorbereitungsdelikten bezieht sich die Zwecksetzung in § 14 Abs. 3 Nr. 2 3. Var. MarkenG nicht etwa auf das Tatobjekt, sondern vielmehr auf die Tathandlung des Besitzens. Da eine Handlung stets durch die Täterspsyche begleitet wird, kann die Zweckgerichtetheit des Besitzes in § 14 Abs. 3 Nr. 2 3. Var. MarkenG nicht nur die Eignung des Besitzens der markierten Ware zu deren nachfolgenden Anbieten oder Inverkehrbringen bedeuten, sondern muss vielmehr zumindest auch die tatsächliche Intention des Täters bei der Markenverletzungshandlung betreffen. Ob dabei eine Absicht im Sinne zielgerichteten Wollens eines nachfolgenden Anbietens oder Inverkehrbringens der besessenen markierten Ware erforderlich ist, kann an dieser Stelle dahinstehen. Außerdem bleibt die Besitzvariante gegenüber den anderen beiden Varianten des § 14 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG, nämlich des Anbietens oder des Inverkehrbringens, in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen zurück, weil sie jenen vorgelagert ist. Es bedarf daher zur Gleichbewertung mit jenen Varianten eines weiteren dieses tatbestandliche Defizit ausgleichenden Merkmals. Dieses liegt in der soeben ausgeführten Notwendigkeit eines für die Tatbestandserfüllung erforderlichen subjektiven Elements. Im Umkehrschluss bleibt also ein bloßes Besitzen der markierten Ware ohne die Zwecksetzung des Täters, diese anzubieten oder in den Verkehr zu bringen, rechtsfolgenlos. In Zusammenschau mit dem Merkmal „im geschäftlichen Verkehr“ kann diese zuletzt genannte Konstellation jedoch nur in extremen Ausnahmefällen Bedeutung erlangen. Wenn die betreffenden Sachen nämlich „im geschäftlichen Verkehr“ besessen werden, liegt es fern, dass diese für den eigenen Bedarf behalten werden sollen, womit der Rückschluss auf die geforderte Zweckgerichtetheit und damit das geforderte subjektive Tatbestandsmerkmal entsprechend nahe liegt. Mit dem Erfordernis dieser Zwecksetzung wird insoweit für alle zivilrechtlichen Ansprüche und damit auch bereits

¹⁵⁰ Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 26. 10. 1998, NStZ-RR 2000, 25, 26 (=wistra 1999, 152, 153 f.); vgl. Fezer, MarkenG, § 14, Rn. 856; Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14, Rn. 236.

¹⁵¹ So auch Hacker, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, § 14, Rn. 118; Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14, Rn. 236.

¹⁵² Vgl. Fischer, § 263a, Rn. 34; HK-GS/Duttge, § 263a, Rn. 35 m.w.N.

für den Unterlassungsanspruch gem. § 14 Abs. 5 MarkenG ein subjektives Tatbestandsmerkmal gefordert.

Zudem erweitert § 14 Abs. 4 MarkenG die Verletzungstatbestände um drei wesentliche Fallgruppen von Vorbereitungshandlungen, soweit eine Gefahr für Verwendungshandlungen nach § 14 Abs. 2 und 3 MarkenG besteht. Dabei ist zu beachten, dass wieder einzig bezüglich der Tatbestandsvariante des § 14 Abs. 4 Nr. 2 3. Var. MarkenG eine Zweckgerichtetheit des Besitzes der Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel und damit auch hier ein subjektives Tatbestandsmerkmal gefordert ist. In derselben Weise wie zuvor im Rahmen des § 14 Abs. 3 Nr. 2 3. Var. MarkenG gleicht dies aus, dass der Besitz gegenüber den anderen beiden Varianten des § 14 Abs. 4 Nr. 2 MarkenG, nämlich des Anbietens oder des Inverkehrbringens, (nochmals) vorgelagert ist und daher zur Gleichbewertung mit diesen ein weiteres Merkmal hinzutreten muss.

II. Schadensersatzanspruch (§ 14 Abs. 6 MarkenG)

Für den markenrechtlichen Schadensersatzanspruch gem. § 14 Abs. 6 MarkenG bedarf es der zusätzlichen Voraussetzung eines schuldhaften Verhaltens in Gestalt einer Vorsätzlichkeit¹⁵³ oder Fahrlässigkeit¹⁵⁴ der Markenrechtsverletzungshandlung. Ein Schadensersatzanspruch ist demnach nur bei einem bestimmten Ausschnitt von Markenkollisionen begründet. Da für den markenrechtlichen Schadensersatzanspruch gem. § 14 Abs. 6 MarkenG auf subjektiver Tatseite eine einfache Fahrlässigkeit genügt¹⁵⁵, konzentrieren sich die Bemühungen der markenzivilrechtlichen Rechtsprechung und Literatur auf die konkretisierende Interpretation eben dieser.¹⁵⁶ Aufgrund der hohen Sorgfaltsanforderungen, welche an den geschäftlichen Verkehrskreis im Umgang mit Marken gestellt werden, wird eine Fahrlässigkeit im Markenrecht regelmäßig eilig bejaht.¹⁵⁷ Bei den durch den BGH

¹⁵³ Nach *Feyer*, MarkenG, § 14, Rn. 1016 handelt der Verletzer vorsätzlich, wenn er das kollidierende Markenrecht kennt und weiß, dass die Benutzung seines Kennzeichens den Schutzzumfang des fremden Markenrechts verletzt.

¹⁵⁴ Nach *Feyer*, MarkenG, § 14, Rn. 1017 handelt der Verletzer fahrlässig, wenn er das fremde Markenrecht infolge Nichtbeachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) nicht kennt, und wenn er die Rechtswidrigkeit der Benutzung seines Kennzeichens im Falle der Kenntnis des kollidierenden Markenrechts hätte erkennen können.

¹⁵⁵ Nach § 14 Abs. 1 MarkenG 1874 bedurfte es demgegenüber für den Entschädigungsanspruch noch einer Wissentlichkeit. Nach § 14 Abs. 1 WaarenzeichenG 1894 war immerhin noch mindestens eine grobe Fahrlässigkeit nötig; vgl. auch *Hagens*, Warenzeichenrecht, § 14 WZG, Anm. 14. Erst seit § 24 Abs. 2 WZG 1936 reicht eine einfache Fahrlässigkeit; vgl. auch *Busse*, Warenzeichengesetz, § 24, Anm. 14.

¹⁵⁶ Statt vieler BGH GRUR 1961, 535, 538 – „arko“. Vgl. auch Hpttl., 6. Tl., 3. Abschn., A., II.

¹⁵⁷ RG MuW 1923/1924, 222, 224 – „Ulema/Ulwena“; RG GRUR 1941, 475, 480 – „Lindbergh/Lindberg“; BGH GRUR 1959, 599, 602 f. – „Teekanne“; BGH GRUR 1960, 186, 188 f. – „Arctos“; BGH GRUR 1970, 87, 89 – „Muschi-Blix“; *Feyer*, MarkenG, § 14, Rn. 1018 ff. m.w.N.; *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, § 14, Rn. 347 m.w.N.; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 220 m.w.N.; *Schweyer*, in: v. Schultz, Markenrecht, § 14 MarkenG, Rn. 257. Vgl. auch *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 86.

aufgestellten umfassenden Sorgfaltspflichten¹⁵⁸, die insbesondere im Gebot sorgfältiger Recherchen unter Nutzung aller zumutbaren Informationsquellen bestehen und alle mit der betreffenden Marke geschäftlich in Kontakt kommende Handelsstufen betreffen, kommt es nach dem BGH nicht auf die subjektiven Fähigkeiten der Person des Verletzers, sondern auf die nach objektiven Kriterien zu bestimmenden Sorgfaltsmaßstäbe des jeweiligen Gewerbebereichs an.¹⁵⁹ Wegen der unterschiedlichen Funktionen von Zivilrecht und Strafrecht ist jedoch mit dieser Festlegung des Maßstabes der zivilrechtlichen Fahrlässigkeit überhaupt nichts über den Maßstab der strafrechtlichen Fahrlässigkeit ausgesagt. Weiterhin ist bemerkenswert, dass BGH-Entscheidungen in zivilrechtlichen Markenrechtsachen oftmals den Vorsatz mit meist nur kurzer Begründung bejahen, obwohl für den in Frage stehenden Schadensersatzanspruch Fahrlässigkeit ausreichen würde, oder aber mangels Relevanz für den Schadensersatzanspruch gar nicht darauf eingehen, ob (bedingter) Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt.¹⁶⁰ Die schnelle Bejahung des Vorsatzes mag ein Hinweis auf eine etwaige Strafrechtsorientierung¹⁶¹ sein, dem an späterer Stelle nachgegangen werden wird.

Demnach ist der schuldhafte Verletzer dem Markenrechtsinhaber zum Schadensersatz verpflichtet. Wie in anderen Teilbereichen des gewerblichen Rechtsschutzes war auch im Markenrecht eine spezielle Schadensberechnung bereits vor deren Kodifizierung gewohnheitsrechtlich anerkannt.¹⁶² Um die Präventivfunktion des Schadensersatzes im Bereich der gewerblichen Schutzrechte zu stärken, hat der Schadensersatzanspruchsberechtigte ein Wahlrecht zwischen drei Arten der

¹⁵⁸ Bei dem geforderten Niveau an Sorgfalt liegt es im Übrigen nahe, zwischen den Tatbestandsvarianten der § 14 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 MarkenG zu unterscheiden, weil diese eine unterschiedliche tatbestandliche Nähe zur Marke und den durch sie geschützten Produkten aufweisen.

¹⁵⁹ Allgemein: BGHZ 24, 21, 28. Für Schadensersatzansprüche im Persönlichkeitsrecht: BGH GRUR 1965, 495, 496 – „Wie uns die Anderen sehen“. Speziell für das Markenrecht: BGH WRP 1997, 1189, 1191 – „Vernichtungsanspruch“; *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, § 14, Rn. 347; *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 86. Vgl. auch für das – das Markenrecht ursprünglich umfassende und insofern gleich gelagerte – Wettbewerbsrecht: Gloy/Loschelder-Melullis, WettbewerbsR, § 23, Rn. 39; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 9 UWG, Rn. 1.17.

¹⁶⁰ So wird z.B. in BGH WRP 1997, 1189, 1191 f. – „Vernichtungsanspruch“ für die Unverhältnismäßigkeitsprüfung i.R.d. Vernichtungsanspruchs gem. § 18 Abs. 1 MarkenG zwar der Grad der Schuld des Verletzers als eines der maßgeblichen Kriterien herangezogen, aber – wie in den Vorinstanzen – nur ein deutliches Hinausgehen über die (zivilrechtliche) einfache Fahrlässigkeit festgestellt und weiterhin eine etwaige Verwirklichung eines Eventualvorsatzes nur angedeutet, doch nicht weiter erörtert und im Ergebnis offen gelassen. Vgl. auch *Holler*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 152, Fn. 345.

¹⁶¹ Der strafrechtliche Markenrechtsschutz beschränkt sich – wie bereits erwähnt – auf die vorsätzliche Markenrechtsverletzung, wohingegen der lediglich fahrlässige Markenrechtsverletzer de lege lata straffrei bleibt.

¹⁶² v. *Falke*, GRUR 1973, 378, 378; *Feyer*, MarkenG, § 14, Rn. 1022; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 9 UWG, Rn. 1.36; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 229 ff.

Schadensberechnung¹⁶³: Ersatz des tatsächlichen konkreten Schadens samt des entgangenen Gewinns (§§ 14 Abs. 6 S. 1 MarkenG, 249 ff. BGB)¹⁶⁴, nach § 14 Abs. 6 S. 2 MarkenG Herausgabe des Verletzergewinns¹⁶⁵ oder gem. § 14 Abs. 6 S. 3 MarkenG Schadensersatz nach Lizenzanalogie¹⁶⁶. Der Grund für das damit befriedigte erhöhte Schutzbedürfnis von Markenrechtsinhabern ist, dass das Immaterialgut Marke leicht verletzbar ist und konkrete Schadensfolgen schwer nachweisbar sind.¹⁶⁷ Darüber hinaus kann der Markenrechtsinhaber zusätzlich den „Marktverwirrungsschaden“ geltend machen, der durch Zuordnungsverwirrung und Rufschädigung verursacht wurde¹⁶⁸, soweit dieser nicht bereits in der gewählten Schadensberechnung berücksichtigt wurde¹⁶⁹.

III. Vernichtungs- bzw. Beseitigungsanspruch (§ 18 MarkenG)

Nach § 18 MarkenG steht dem Markenrechtsinhaber gegen den Markenrechtsverletzer im Regelfall¹⁷⁰ kumulativ ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Vernichtung der betreffenden rechtswidrig gekennzeichneten Gegenstände (Abs. 1) sowie der dem Verletzer gehörenden Kennzeichnungsvorrichtungen (Abs. 2) zu. Dies soll nicht nur die Verletzungsgegenstände aus dem Verkehr ziehen, sondern

¹⁶³ BGH GRUR 1966, 375, 376 (=BGHZ 44, 372, 373 ff.) – „Meßmer-Tee II“; *Fezzer*, MarkenG, § 14, Rn. 1024; Hefermehl/*Köhler*/Bornkamm, § 9 UWG, Rn. 1.36.

¹⁶⁴ Vgl. *Fezzer*, MarkenG, § 14, Rn. 1026; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 235 f.

¹⁶⁵ Seit BGH GRUR 1961, 354, 355 – „Vitasulfal“ aufgrund §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB.

Beuthien/Wasmann, GRUR 1997, 255, 259 ff. schlagen demgegenüber – nach eingehender Kritik der Rechtsprechung – für das gleiche Anspruchsziel eine analoge Anwendung der §§ 97 Abs. 1 S. 2 UrheberG, 14a Abs. 1 S. 2 GeschmMG vor. A.A. *Fezzer*, MarkenG, § 14, Rn. 1024: Die Methode der dreifachen Schadensberechnung bedürfe keiner Analogie, sondern sei schlicht die Folge des Schutzzwecks der Immaterialgüterrechte. Vgl. auch *Fezzer*, MarkenG, § 14, Rn. 1033 ff.; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 237 ff.

¹⁶⁶ Seit BGH GRUR 1966, 375, 376 (=BGHZ 44, 372, 373 ff.) – „Meßmer-Tee II“; für Firmenrechte bestätigend: BGH GRUR 1973, 375, 377 – „Miss Petite“. Vgl. auch *Fezzer*, MarkenG, § 14, Rn. 1027 ff.; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 255 ff.

¹⁶⁷ *Fezzer*, MarkenG, § 14, Rn. 1023.

¹⁶⁸ Zusätzlich zum Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB: RG GRUR 1935, 175, 180; BGH GRUR 1954, 457, 459 – „Irus-Urus“; OLG München GRUR 1985, 548, 549 – „Vier-Streifen-Schuh“; vgl. auch *Fezzer*, MarkenG, § 14, Rn. 1026 (mit Definition des Begriffs Marktverwirrungsschaden). Zusätzlich zur Herausgabe des Verletzergewinns: BHG GRUR 1999, 587, 590 – „Cefalлоне“; vgl. auch *Fezzer*, MarkenG, § 14, Rn. 1026. Zusätzlich zum Schadensersatz nach Lizenzanalogie: BGH GRUR 1966, 375, 378 (=BGHZ 44, 372, 378) – „Meßmer-Tee II“; für Firmenrechte bestätigend: BGH GRUR 1973, 375, 378 – „Miss Petite“. Vgl. auch *Fezzer*, MarkenG, § 14, Rn. 1027 f. Vgl. zudem *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 274 und für das Wettbewerbsrecht Hefermehl/*Köhler*/Bornkamm, § 9 UWG, Rn. 1.30 ff.

¹⁶⁹ *Fezzer*, MarkenG, § 14, Rn. 1027 f.; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 274.

¹⁷⁰ Ausgenommen sind gem. § 18 Abs. 1 letzter Hs. MarkenG Fälle, in denen die Schranke des Vernichtungsanspruchs erreicht ist durch die doppelte Voraussetzung der anderweitigen Beseitigungsmöglichkeit und kumulativ der Unverhältnismäßigkeit im Einzelfall.

auch einen generalpräventiven Abschreckungseffekt und Sanktionscharakter mit dem Zweck der Bekämpfung der Produktpiraterie haben.¹⁷¹

IV. Auskunftsanspruch (§ 19 Abs. 1 MarkenG)

Nach § 19 Abs. 1 MarkenG kann der Markenrechtsinhaber vom Markenrechtsverletzer im Regelfall¹⁷² zudem Auskunft¹⁷³ über die Herkunft und den Vertriebsweg widerrechtlich gekennzeichnete Gegenstände verlangen. Dies soll dem Verletzten die Lieferanten- und Abnehmerstrukturen offen legen und somit die Rechtsverfolgung gegenüber mit dem Verletzer in Geschäftsverbindung stehenden weiteren Verletzern ermöglichen und so helfen, Quellen und Vertriebswege der markenschutzverletzenden Gegenstände schnell zu verschließen.¹⁷⁴

V. Bereicherungsanspruch

Der Markenrechtsinhaber hat gegen den Markenrechtsverletzer außerdem einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB (Eingriffskondiktion) auf Herausgabe des Erlangten aus dem Kennzeichengebrauch, welcher der Höhe nach auf die Zahlung einer angemessenen und üblichen Lizenzgebühr als Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB) begrenzt ist.¹⁷⁵ Dieser Anspruch hat gegenüber dem konkurrierenden Schadensersatzanspruch starke Bedeutung, da er verschuldensunabhängig ist. Er erübrigt allerdings den Schadensersatzanspruch nicht, insbesondere weil keine Herausgabe des Verletzergewinns verlangt werden kann¹⁷⁶, welcher im Einzelfall höher ausgefallen sein kann als die übliche Lizenzgebühr.

B. Einfluss des zivilrechtlichen auf den strafrechtlichen Markenrechtsschutz

Der zivilrechtliche Markenrechtsschutz hat für das Strafrecht einige Bedeutung. Materiellrechtlich resultiert diese Bedeutung zunächst aus der für wirtschaftsstrafrechtliche Nebengebiete typischen Akzessorietät der Strafnormen zu den zivilrechtlichen Normen.¹⁷⁷ Dabei verhindert die normative bzw. zivilistische Sicht-

¹⁷¹ Amtliche Begründung zum Produktpirateriegesetz, Bl. f. PMZ 1990, 173, 181 f. Vgl. auch BGH GRUR 1997, 1189, 1190 f. – „Vernichtungsanspruch“; *Kretschmer*, GRUR 1999, 318, 318.

¹⁷² Gem. § 19 Abs. 1 2. Hs. MarkenG ausgenommen ist der Fall der Unverhältnismäßigkeit im Einzelfall.

¹⁷³ Bewusst wahrheitswidrige Angaben können dabei gem. § 263 StGB strafbar sein; vgl. *Ingerl/Robnke*, MarkenG, § 19, Rn. 56; *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 164 ff. Mehr dazu später im strafrechtlichen Teil.

¹⁷⁴ Amtliche Begründung zum Produktpirateriegesetz, Bl. f. PMZ 1990, 173, 183 ff.; vgl. auch BGH GRUR 2002, 709, 712 – „Entfernung der Herstellungsnummer III“.

¹⁷⁵ Erstmals bei Markenrechtsverletzungen: BGH GRUR 1987, 520, 523 – „Chanel No. 5 (I)“.
Bestätigend: BGH GRUR 2001, 1156, 1158 – „Der grüne Punkt“.
Vgl. auch *Ingerl/Robnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 288.

¹⁷⁶ BGH GRUR 1987, 520, 523 f. – „Chanel No. 5 (I)“.
Vgl. *Feyer*, MarkenG, § 14, Rn. 1053 f.

¹⁷⁷ Vgl. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 2. Nach *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 4 stellen im Gegensatz dazu z.B. § 263 StGB und § 299 StGB autonome Verbote enthaltene Wirtschaftsstrafnormen dar. Dazu ist jedoch zu einem anzumerken, dass das StGB vordergründig

weise, welche eine strenge Akzessorietät verlangt, eine Divergenz von wirtschaftsrechtlicher und strafrechtlicher Auslegung (Normambivalenz oder Normspaltung) und wird somit – durch die Bindung an rechtliche Vorprägungen und die damit erhaltene Einheit der Rechtsordnung – der Rechtssicherheitsgarantie des Art. 103 Abs. 2 GG besser gerecht. Diese Sichtweise wird aber von wirtschaftlich-faktischen Sichtweisen bestritten, da die Regelungsabsicht des Gesetzgebers im Zivilrecht stets auch Bereiche außerhalb des Tatbestandes treffe, allerdings das Bestimmtheits- und Analogieverbot bei der Auslegung der betreffenden Strafvorschrift restriktiv sein müsse. Damit bleibt nur der Grundsatz, dass die strafrechtliche Auslegung nicht über den Anwendungsbereich der wirtschaftsrechtlichen Regelung hinausgehen darf.¹⁷⁸ Die Akzessorietät von Strafnormen zu deren jeweiligen korrespondierenden zivilrechtlichen Normen ist demnach nur sehr mild. § 143 MarkenG stellt eine Blankettnorm dar, welche auf die vorangehenden diversen zivilrechtlichen Verbote der §§ 14 Abs. 2 und 15 Abs. 2 und 3 MarkenG Bezug nimmt¹⁷⁹ und – wie erwähnt jedenfalls bis zu einem gewissen Grad – von diesen abhängig ist.

Ferner mögen zivilrechtliche Entscheidungen für einen im betreffenden Fall bestehenden Vorsatz die strafrechtliche Beurteilung tatsächlich beeinflussen.¹⁸⁰ Für den Strafprozess ist weiterhin das Beweisverwertungsverbot nach § 19 Abs. 8 MarkenG von Bedeutung, welches sich auf die Angaben bezieht, die aufgrund zivilrechtlicher Verpflichtung (§ 19 Abs. 1 MarkenG) gemacht wurden.¹⁸¹

keine Verbots-, sondern Sanktionsnormen enthält, welche allenfalls mittelbar als Verbotsnormen qualifizierbar sind. Ferner ist gerade § 263 StGB etwa im Bereich des ärztlichen Abrechnungsbetrugs nicht „autonom“ gegenüber außerstrafrechtlichen Verbotstatbeständen.

¹⁷⁸ Vgl. BGHSt 24, 54 ff.; *Holler*, in: *Harte-Bavendamm*, Markenpiraterie, § 5, Rn. 147; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 124 jeweils m.w.N.

¹⁷⁹ Die gesetzestechnische Bezugnahme auf andere Normen mittels Blankettsystematik ist für das Wirtschaftsstrafrecht ebenfalls typisch; vgl. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 99 ff. Wie bereits oben erwähnt (Einl., 2. Tl.), handelt es sich hier lediglich um eine einfache Binnenverweisung und damit um ein Blankettgesetz im weiteren Sinne; vgl. BGHSt 6, 30, 40 f.; *Schönke/Schröder/Eser/Hecker*, Vorbem. zu § 1, Rn. 3 m.w.N.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 99 m.w.N.

¹⁸⁰ S. dazu bereits oben bei der Erörterung des markenrechtlichen Schadensersatzanspruchs (Hpttl., 1. Tl., 5. Abschn., A., II.

¹⁸¹ S. dazu *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 19, Rn. 61. Vgl. auch *Cremer*, Mitt. 1992, 153, 157.

2. Teil: Markenstrafrecht in der Rechtswirklichkeit

1. Abschnitt: Historische Entwicklung der Markenkollisionsdelikte

Ein enger Ausschnitt der zivilrechtlich nach §§ 14 ff. MarkenG bedeutsamen Markenkollisionen steht auch unter Strafandrohung. Bereits im ersten deutschen Markengesetz aus dem 19. Jahrhundert¹⁸² gab es mit § 14 MarkenG 1874 eine Strafnorm, welche die widerrechtliche Kennzeichnung von Waren oder deren Verpackung sowie das Inverkehrbringen oder Feilhalten widerrechtlich gekennzeichneten Waren tatbestandlich erfasste. Auch die darauf folgende Kennzeichenkodifikation¹⁸³ enthielt § 14 WarenzeichenG (sic!), welcher das wissentliche und widerrechtliche Versehen von Waren etc. mit geschützten Warenzeichen bzw. das Inverkehrbringen oder Feilhalten solcher Waren unter Strafe stellte, sowie § 15 WarenzeichenG, welcher eine mildere Strafe für eine derartige Verletzung von Warenzeichen mit Verkehrsgeltung vorsah.

Das Warenzeichengesetz vom 5. Mai 1936¹⁸⁴ ergänzte den strafrechtlichen Schutz (gem. § 24 Abs. 3 WZG) durch § 25 Abs. 3 WZG, welcher auch die Ausstattung, also das gesamte Erscheinungsbild einer Ware einschließlich ihrer Verpackung, strafrechtlich schützte. Die danach erfolgenden Änderungen des WZG¹⁸⁵ wiesen in strafrechtlicher Hinsicht keine wesentlichen Auswirkungen auf.

Erst das Produktpirateriegesetz¹⁸⁶ brachte in Art. 1 wieder nennenswerte Änderungen des strafrechtlichen Markenschutzes. Eine Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten, insbesondere eine erhebliche Erhöhung des Strafrahmens (§ 25d Abs. 1 WZG) sowie die Einführung der Versuchsstrafbarkeit (§ 25d Abs. 3 WZG) und eines Qualifikationstatbestandes für gewerbsmäßiges Handeln (§ 25d Abs. 2 WZG), sollte einen schuldangemesseneren und besser generalpräventiv wirkenden Umgang mit dem Phänomen der Produktpiraterie bewirken.¹⁸⁷

¹⁸² Gesetz über Markenschutz vom 30. November 1874, RGBl. 1874, S. 143.

¹⁸³ Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen (sic!) vom 12. Mai 1894, RGBl. 1894, S. 441.

¹⁸⁴ RGBl. 1936 II, S. 134.

¹⁸⁵ Siehe dazu vergleichsweise das Warenzeichengesetz in der Fassung vom 2. Januar 1968, BGBl. I 1968, S. 29.

¹⁸⁶ Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie vom 7. März 1990, BGBl. I, 1990, S. 422. Besprechung dazu: *Jung*, JuS 1990, 856; *Tilmann*, BB 1990, 1565. Besprechung bereits des Entwurfs des Bundesjustizministeriums vom 12.2.1988: *v. Gravenreuth*, BB 1988, 1614.

¹⁸⁷ Begründung des Regierungsentwurfs zum PrPG, BT-Drucks. 11/4792 vom 15.06.1989, S. 15, 17. Zu den generalpräventiven Erwägungen s. auch *Gloy/Loschelder*, GRUR 1999, 479, 481.

Im aktuell geltenden MarkenG¹⁸⁸ erfolgte sodann eine mittelbare Änderung des nunmehr in § 143 MarkenG geregelten Markenstrafrechts durch die Anknüpfung des § 143 MarkenG an die zivilrechtlichen Kollisionsnormen der §§ 14, 15 MarkenG. Mit Einführung der Gemeinschaftsmarke¹⁸⁹ wurde der strafrechtliche Schutz in gleicher Weise auch auf diese erstreckt und später¹⁹⁰ die zunächst unübersichtliche Regelungstechnik¹⁹¹ durch eine eigenständige Strafnorm in § 143a MarkenG vereinfacht.

¹⁸⁸ Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen vom 25. Oktober 1994, BGBl. I 1994, 3082 (mit Berichtigung vom 27. Januar 1995, BGBl. I 1995, 156), welches als Markenrechtsreformgesetz die Erste Richtlinie 89/104/EG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken umsetzte.

¹⁸⁹ Die entsprechende Gesetzesänderung erfolgte aufgrund des Markenrechtsänderungsgesetzes vom 19. Juli 1996 (BGBl. I 1996, S. 1014), welches seinerseits durch die Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABLEG Nr. L 11 S. 1) angestoßen wurde.

¹⁹⁰ Durch das Gesetz zur Bereinigung von Kostenregelungen auf dem Gebiet des geistigen Eigentums vom 13. Dezember 2001 (BGBl. I 2001, S. 3656).

¹⁹¹ § 143 Abs. 1a MarkenG stellte die Gemeinschaftsmarkenverletzung mit der Verletzung einer nationalen Marke gleich und verwies auf eine Blankettermächtigung in § 143 Abs. 7 MarkenG, nach der eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums der Justiz die nach § 143 Abs. 1a MarkenG strafbaren Tatbestände bestimmen sollte.

2. Abschnitt: Rechtssoziologisches Verhältnis des zivilrechtlichen zum strafrechtlichen Markenrechtsschutz

Traditionell legen die Markenrechtsinhaber in Deutschland weit überwiegend den Schwerpunkt ihrer rechtlichen Maßnahmen gegen die Verletzer ihrer Marken auf die zivilrechtlichen Instrumentarien und veranlassen nur nachrangig mittels Strafanzeige den Einsatz markenschützenden Strafrechts.¹⁹² Die Ursachen dafür sind insbesondere die fokussiert zivilrechtliche Spezialisierung der die Markensachen betreuenden gewerblichen Rechtsschützer und ein unterstelltes Vollzugsdefizit, insbesondere mangelnde Kenntnisse und lange Verfahrensdauern, bei den Strafbehörden.¹⁹³

Infolge des gestiegenen Bewusstseins über die Schäden der immer mehr um sich greifenden Markenpiraterie¹⁹⁴ wurde inzwischen durch das Produktpirateriegesetz der strafrechtliche Markenrechtsschutz verschärft. Diese Verschärfung allein scheint jedoch in den ersten Jahren ihrer Geltung noch nicht den erforderlichen Bewertungswandel bei den (potentiellen) Tätern und in der Bevölkerung bewirkt zu haben, dass es sich bei Markenrechtsverletzungen nicht etwa um Kavaliersdelikte, sondern vielmehr um ernstzunehmende, meist internationale Wirtschaftskriminalität¹⁹⁵ mit enormen Schadenspotential¹⁹⁶ und hohem kriminellen Organisationsgrad¹⁹⁷ handelt. So soll es jedenfalls nicht bei den Tätern zu einer Schärfung des Unrechtsbewusstseins gekommen sein.¹⁹⁸ Angesichts der weiterhin bestehenden tatsächlichen Problematik einer verbreiteten Markenpiraterie ver-

¹⁹² Müller-Gugenberger/Bieneck/*Grubl*, WiStrR, § 55, Rn. 15.

¹⁹³ Vgl. *Cremet*, Mitt. 1992, 153, 159; v. *Gravenreuth*, GRUR 1983, 349, 349; *Kretschmer*, GRUR 1999, 318, 318.

¹⁹⁴ Amtliche Begründung zum Produktpirateriegesetz, abgedruckt im Bl. f. PMZ 1990, 173, 174.

¹⁹⁵ Zur Wirtschaftskriminalität sowie deren Ursachen und Bedeutung s. *Eisenberg*, Kriminologie, § 47, Rn. 1 ff.; *Göppinger*, Kriminologie, S. 541 ff.; *Kaiser*, Kriminologie, § 74, Rn. 1 ff.; Müller-Gugenberger/Bieneck/*Richter*, WiStrR, § 7, Rn. 1 ff.; *Schwind*, Kriminologie, § 21, Rn. 1 ff. Zur grenzüberschreitenden Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität s. Müller-Gugenberger/Bieneck/*Richter*, WiStrR, § 9, Rn. 1 ff. Zu den Problemen einer Definition der Wirtschaftskriminalität s. *Leibl*, Wirtschaftskriminalität, S. 2 f. Zu den internationalen Aspekten der Wirtschaftskriminalität s. *Scheffl*, „White-Collar-Crime“, S. 604 ff. Die Produktpiraterie insgesamt ist ein internationales Problem; vgl. *Kretschmer*, GRUR 1998, 545, 546.

¹⁹⁶ Siehe auch oben in der Einleitung. Zu den von der Produktpiraterie ausgehenden allgemeinen Gefahren vgl. zudem *Müller/Wabnitz/Janovsky*, Wirtschaftskriminalität, 8. Kapitel, Rn. 19 f.

¹⁹⁷ Zum Begriff der „Organisierte(n) Kriminalität“ s. *Eisenberg*, Kriminologie, § 57, Rn. 67 ff.; *Göppinger*, Kriminologie, S. 552 f.; *Kaiser*, Kriminologie, § 38, Rn. 15 f.; Müller-Gugenberger/Bieneck/*Nack*, WiStrR, § 8, Rn. 1 ff.; *Schwind*, Kriminologie, § 29, Rn. 2. Definition der „Organisierte(n) Kriminalität“ in der Begründung zum Entwurf des OrgKG durch den Bundesrat vom 25.07.1991: BT-Drucksache 12/989, S. 20 und 24.

¹⁹⁸ Vgl. dazu Zweiter Produktpirateriebericht der Bundesregierung (10. November 1999), BT-Drucksache 14/2111, S. 2.

spricht die weitere wissenschaftliche und rechtspraktische Entwicklung insofern interessant zu werden.

3. Abschnitt: Kriminologische Aspekte des strafrechtlichen Markenrechtsschutzes

A. Täter

Die Kriminologie erforscht als beschreibende Wissenschaft die Empirie der strafrechtlich missbilligten Tat.¹⁹⁹ Im Einzelnen sind für sie der Täter, die Umstände der Tat einschließlich der Opfer, der Schäden und des Dunkelfeldes sowie die strafrechtliche Sozialkontrolle von Interesse. Sie ist stets an den jeweiligen Schutzgütern der betreffenden Strafnormen orientiert. Somit richtet sich beispielsweise ihr gegenständlich den Teilbereich der Wirtschaftskriminalität betreffender Forschungszweig der Wirtschaftskriminologie vornehmlich an den unentbehrlichen Funktionsmechanismen unserer konkreten Wirtschaftsordnung aus.²⁰⁰ Im Folgenden interessieren nicht nur die allgemeinen kriminologischen Aspekte des strafrechtlichen Markenrechtsschutzes, sondern es werden sogleich auch die Markendelikte unter kriminologischen Gesichtspunkten²⁰¹ als ein Teil der Wirtschaftskriminalität qualifiziert.

In der herkömmlichen Kriminologie werden vor allem die Besonderheiten des Täters hervorgehoben (täterspezifischer Ansatz). Für die vorliegende Arbeit ist insbesondere die Täterstruktur von Bedeutung, da es für die später im Rahmen der Entwicklung des Indikatorensystems für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht erfolgende Bestimmung der Psyche des Markenstraf Täters relevant ist, um was für einen Täter es sich jeweils handelt. Wenn auch gemutmaßt wird, dass Markenpiraterie vornehmlich durch die Organisierte Kriminalität begangen wird, ist über die Täterstruktur auf dem Gebiet der Markenpiraterie noch wenig bekannt.²⁰² Für den täterspezifischen Ansatz können demnach nur theoretische Überlegungen fruchtbar gemacht werden. Dabei spielt für die Markendelikte eine entscheidende Rolle, dass eine Marke isoliert für keinen Täter interessant ist, sondern erst in Kombination mit einem damit zu kennzeichnenden Produkt. Um über ein solches Produkt verfügen zu können, bedarf es entweder eigenes Produktionswissen und eigene Produktionskapazitäten oder Lieferbeziehungen zu entsprechenden Herstellern. Darüber hinaus sind bei materiellen Produkten auch logistisches Wissen und logistische Kapazitäten erforderlich. Markendelikte können daher in der Regel nur von einer Mehrzahl arbeitsteilig zusammenwirkender

¹⁹⁹ Die Kriminologie steht als Wirklichkeitswissenschaft den Normwissenschaften des Strafrechts gegenüber; vgl. *Roxin*, AT I, § 1, Rn. 13.

²⁰⁰ Müller-Gugenberger/Bieneck/*Richter*, WiStrR, § 7, Rn. 10.

²⁰¹ Zur Einordnung unter weiteren Gesichtspunkten s. Hpttl., 2. Tl., 5. Abschn.

²⁰² *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 38 m.w.N. So weist z.B. auch eine tabellarische Übersicht bei *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rn. 22 als Täterkreis der markenrechtlichen Strafnormen schlicht „jedermann“ aus.

Täter begangen werden, von denen jedenfalls einige über nicht alltägliches Spezialwissen sowie bestimmte betriebliche Kapazitäten verfügen müssen. Es bedarf ferner hoher organisatorischer Kompetenzen²⁰³, um die komplexen Produktions-, Logistik- und Absatzabläufe zu planen und durchzuführen. Daraus folgt zwar nicht zwingend, dass jedenfalls einige der Täter Personen mit hohen Bildungsgraden respektive hoher beruflicher Kompetenz und möglicherweise hohem sozialen Ansehen sein müssen, welche Markendelikte unter Umständen sogar in Ausübung ihres Berufes – etwa als Ingenieure, Logistikunternehmer oder Händler – begehen. Eine solche Schlussfolgerung liegt aber nahe. Bereits unter diesem kriminologischen Gesichtspunkt könnten Markendelikte als ein Teil der Wirtschaftskriminalität qualifiziert werden.²⁰⁴ Angesichts der erwähnten regelmäßigen Erfordernisse eines arbeitsteiligen Vorgehens, der verschiedenartigen betrieblichen Kapazitäten und hoher organisatorischer Kompetenzen liegt es ferner auch nahe, dass die Organisierte Kriminalität in der Markenpirateriebranche eine Rolle spielt.²⁰⁵

B. Umstände der Tat

Die Tatsituation²⁰⁶ von Markendelikten, welche ebenfalls relevant ist für die spätere Bestimmung der Psyche der betreffenden Täter, ist insbesondere abhängig vom gewählten Vertriebskanal. In Betracht kommen einerseits der Schwarzmarkt in den Erscheinungsformen des klassischen Straßenverkaufs oder des – mittlerweile überwiegend über das Internet initiierten – Versandhandels und andererseits der legale Groß- und Einzelhandel.²⁰⁷ Da sich Markenrechtsverletzer eigene Entwicklungskosten weitestgehend und Markenbildungskosten gänzlich sparen, sind ihre

²⁰³ Zur Quantität und Organisationsgrad des Nachahmer-Unwesens vgl. *Meister*, Leistungsschutz und Produktpiraterie, S. 32.

²⁰⁴ Wirtschaftskriminelle werden nach der klassischen Definition des White-Collar-Criminals von *Sutherland* als Personen mit hohem sozialen Ansehen und „weißem Kragen“ qualifiziert, bei *Tiedemann* erweitert auf die Sichtweise der Tatbegehung in Ausübung eines Berufes (occupational crime). Vgl. *Sutherland*, White Collar Crime, S. 9; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 44 m.w.N. Zur klassischen Theorie der White-Collar-Criminals s. *Sutherland*, White Collar Crime, S. 234 ff. Zur Weiße-Kragen- und Berufskriminalität vgl. auch *Kaiser*, Kriminologie, § 72, Rn. 1 ff. Im Bereich der Wirtschaftskriminalität soll nicht ganz selten eine Einschränkung des Unrechtsbewusstseins vorliegen, und zwar tendenziell innerhalb der einschlägigen Berufsgruppen schlechthin, so dass es sich um einen Rahmen besonderer Gelegenheit handele; vgl. *Eisenberg*, Kriminologie, § 54, Rn. 22a. Dazu, dass im Bereich der Markendelikte wegen der regen Nachfrage der Konsumenten nach Fälsfikaten jedenfalls in einer relativ großen Subgruppe der Rechtsgemeinschaft keine Stigmatisierung der Markendelikttäter erfolgen soll, vgl. *Ekey/Klippel/Ekey*, HK-MarkenR, § 143 MarkenG, Rn. 4.

²⁰⁵ Zur „Organisierte(n) Kriminalität“ statt vieler s. nur *Eisenberg*, Kriminologie, § 57, Rn. 67 ff. m.w.N. Für eine Zuordnung der Weiße-Kragen-Kriminalität zur organisierten Kriminalität schlechthin: *Sutherland*, White Collar Crime, S. 217 ff.

²⁰⁶ Vgl. dazu *Eisenberg*, Kriminologie, § 54, Rn. 1.

²⁰⁷ Vgl. Grünbuch der Europäischen Kommission zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt, KOM (98) 569 endg. vom 15.10.1998, S. 10.

Gewinnmargen verhältnismäßig hoch, so dass Markendelikte wirtschaftlich sehr ergiebig sind. Auch dieser Umstand spricht für ein Engagement der Organisierten Kriminalität in der Markenpirateriebranche und für die Zuordnung der Markendelikte zur Wirtschaftskriminalität.

Die unmittelbaren Opfer²⁰⁸ von Markendelikten sind die Markenrechtsinhaber und die unwissenden privaten Verbraucher. Markenrechtsinhaber erleiden teilweise direkte Absatzverluste, nachhaltige Rufschädigungen durch die häufig qualitativ minderwertige Fälscherware und müssen ferner Aufwendungen für den juristischen, betriebswirtschaftlichen und technischen Markenschutz betreiben.²⁰⁹ Während der wissende Konsument mit seiner Nachfrage nach billigen Produktfälschungen das Phänomen der Produktpiraterie fördert²¹⁰, erleidet der unwissende private Verbraucher jedenfalls einen Vermögensschaden wegen der geringeren Produktqualität, dem Fehlen von Gewährleistungsrechten und dem Nichtbestehen von vermeintlichen Herstellergarantien sowie Ansprüchen aus Produkthaftung; in Einzelfällen erleidet er darüber hinaus sogar gesundheitliche Gefahren²¹¹.

Weiterhin ist mittelbar die Allgemeinheit Opfer. Diese verliert durch Markendelikte Steuer- und Zolleinnahmen; Handelsbeziehungen sowie Arbeitsplätze werden gefährdet und teils zerstört.²¹² Eventuelle Schäden am institutionalisierten Vertrauen der Verbraucher in die Qualität von Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen²¹³ führen zu Unsicherheit und damit zu durch Kaufzurückhaltung bedingter – für die Allgemeinheit negativ zu bewertender – Verminderung wirtschaftlicher Aktivität. Infolge der durch Markenpiraterie bewirkten Wettbewerbsverzerrungen wird ferner auch das institutionalisierte Vertrauen der Wirtschaftsindividuen in den – für eine am Markt ausgerichteten Wirtschaftsordnung essentiellen – Wettbewerb geschädigt. Die Schädigung überindividueller sozialer Rechtsgüter ist typisch für Wirtschaftsdelikte.²¹⁴

Zwischen dem Markenrechtsverletzer und dem Markenrechtsinhaber besteht in der Regel eine große persönliche wie auch räumliche Distanz, deren persönlicher Aspekt in vielen Fällen noch dadurch verstärkt wird, dass es sich bei dem Markenrechtsinhaber um anonyme Personenmehrheiten oder gar juristische Personen handelt.²¹⁵ Im Verhältnis zur Allgemeinheit schädigt der Täter die angeführ-

²⁰⁸ Allgemein zur Viktimologie: *Kaiser*, Kriminologie, § 47, Rn. 1 ff.

²⁰⁹ Vgl. *Eisenberg*, Kriminologie, § 7, Rn. 16, § 9, Rn. 9 m.w.N.; *Schöwek*, Markenpiraterie, S. 28 m.w.N.

²¹⁰ *Ekey/Klippel/Ekey*, HK-MarkenR, § 143 MarkenG, Rn. 4.

²¹¹ Vgl. *Schöwek*, Markenpiraterie, S. 26 m.w.N.

²¹² Vgl. *Schöwek*, Markenpiraterie, S. 29 m.w.N.

²¹³ Zu diesem vom individuellen Vertrauen der einzelnen Marktteilnehmer abzugrenzenden institutionalisierten Vertrauen vgl. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 43 m.w.N.

²¹⁴ *Eisenberg*, Kriminologie, § 61, Rn. 23.

²¹⁵ Im Übrigen besteht anscheinend an der Opfersituation von Angehörigen der Weiße-Kragen-Klasse, bei den Markendelikten also der Markenrechtsinhaber, viktimologisch kaum Interesse; vgl. *Kaiser*, Kriminologie, § 47, Rn. 20 f.

ten überindividuellen sozialen Rechtsgüter einer vollkommen anonymen Opfergemeinschaft. Auch diese Anonymität oder zumindest personale Distanz zwischen Täter und Opfer, durch welche die Tat dem Opfer häufig gar verborgen bleibt, dieses also seine Opfereigenschaft gar nicht bemerkt²¹⁶, kennzeichnet typischerweise Delikte der Wirtschaftskriminalität.²¹⁷

Bei den Markendelikten wird von einem hohen Dunkelfeld ausgegangen.²¹⁸ Die angegebenen Zahlen sind allerdings aus verschiedenen Gründen mit Vorsicht zu genießen. Allgemein scheint es in der Wirtschaftskriminalität nicht möglich zu sein, das Ausmaß der Verbrechenswirklichkeit verlässlich zu schätzen.²¹⁹ Nicht nur die Erhebung von relevanten Daten, sondern auch deren Bewertung für die Schätzung der Dunkelziffer bereitet beträchtliche Probleme. So ist z.B. das Anzeigeverhalten des Opfers einer der Anknüpfungspunkte für die Dunkelfeldforschung.²²⁰ Im Bereich der Markendelikte ist dieses allerdings reduziert, da sich die betroffenen Markenrechtsinhaber insbesondere aus Reputationsgründen teilweise wenig kooperativ zeigen²²¹ und die Opfereigenschaft sich häufig gänzlich verflüchtigt²²², insbesondere weil Markenverletzungen von den Opfern gar nicht erst bemerkt werden. Das tatsächliche Anzeigeverhalten schwankt ferner im Zeitablauf, da sich die dafür relevanten wirtschaftlichen wie auch kriminologischen Parameter parallel zur allgemeinen sozioökonomischen Entwicklung permanent ändern. Außerdem ist die Bewertung dieser dynamischen Datengrundlage, mit welchen Faktoren also die tatsächlichen Anzeigen hochgerechnet werden müssen, um zu einer Einschätzung der Dunkelziffer zu gelangen, ein höchst diffiziles und stets unsicheres Unterfangen. Darüber hinaus mag auch die markenrechtsverletzende Aktivität der Organisierten Kriminalität wegen deren spezifischer Abschottung nach außen sowie Isolierung der einzelnen Täter auf Operationsebene die Dunkelfeldforschung erschweren. Weiterhin besteht andererseits ein großes Interesse von Marken-Lobbyisten an Übertreibungen des Ausmaßes des Dunkelfeldes, um zu unterstreichen, dass weitere – freilich zu ihren Gunsten erfolgende – gesetzgeberische Maßnahmen zur Bekämpfung der Markenpiraterie notwendig sind.

²¹⁶ Eisenberg, Kriminologie, § 61, Rn. 24.

²¹⁷ Eisenberg, Kriminologie, § 47, Rn. 4.

²¹⁸ Allgemein zur Dunkelfeldforschung: Eisenberg, Kriminologie, § 16, Rn. 1 ff., § 44, Rn. 11 ff.; Göppinger, Kriminologie, S. 152 ff. (problematisches Verhältnis von registrierter Kriminalität und „Verbrechenswirklichkeit“). Zu den mutmaßlichen Dunkelziffern bei den Markendelikten: Zweiter Produktpirateriebericht der Bundesregierung (10. November 1999), BT-Drucksache 14/2111, S. 12; Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 1, Rn. 10; Schulz, Markenstrafrecht, S. 42 jeweils m.w.N.

²¹⁹ Fehérváry, Wirtschaftskriminalität, S. 97.

²²⁰ Kaiser, Kriminologie, § 47, Rn. 6.

²²¹ Allgemein zur Verhinderung eines Aufhellens des Dunkelfeldes im Bereich der Wirtschaftskriminalität wegen Abschottens der Wirtschaft: Schwind, Kriminologie, § 21, Rn. 3.

²²² Allgemein dazu und zur Bedeutung nur immaterieller Schäden für die Dunkelfeldforschung: Göppinger, Kriminologie, S. 543.

Wie die Zahlen des deutschen Zolls zeigen, werden wie überall in der Wirtschaftskriminalität auch Markendelikte auf internationaler Ebene begangen.²²³ Der Grund dafür sind die globalisierten Märkte, auf denen Markt- und Rechtsunterschiede in den verschiedenen Ländern mittels verbesserter internationaler Kommunikations-, Reise-, Zahlungsverkehrs- und Logistikmöglichkeiten ausgenutzt werden können. Wie die legale Wirtschaft machen sich freilich auch Wirtschaftskriminelle diese Umstände zunutze.²²⁴

C. Strafrechtliche Sozialkontrolle

Als Pendant zur tätereigenen Verhaltenskontrolle übt die Gesellschaft eine externe Verhaltenskontrolle aus. Diese Sozialkontrolle besteht in förmlichen und informellen Antworten auf abweichendes Verhalten und soll insbesondere durch Androhung und Vollstreckung von Sanktionen für abweichendes Verhalten sozial integrierende Verhaltenskonformität erreichen.²²⁵ Im Rahmen der förmlichen Reaktionen der Gesellschaft ist insbesondere die strafrechtliche Sozialkontrolle von Interesse. Darunter sind die Anstrengungen des Staates zur Sicherung von Verhaltenskonformität im strafrechtlich geschützten Normbereich zu verstehen²²⁶, also insbesondere die repressiv-polizeilichen und justiziellen Kontrollmechanismen.

Als staatliche Kontrollorgane zur Bekämpfung der Markenpiraterie sind zunächst die Polizei und der Zoll zu nennen. Gem. § 143 Abs. 4 GVG können für die Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen spezielle Schwerpunktstaatsanwaltschaften eingerichtet werden.²²⁷ Die nach § 74c GVG regelmäßig gebildeten Wirtschaftsstrafkammern sind gem. § 74c Abs. 1 Nr. 1 GVG unter anderen auch für Markenstrafsachen zuständig. Durch diese Spezialisierung entsteht ein qualitativer und quantitativer Effizienzgewinn.

In Markenpirateriefällen kommt es regelmäßig bereits bei den Ermittlungen zu teils erheblichen Problemen, den Täterkreis wie auch die Umstände und das Ausmaß der Tat aufzuklären.²²⁸ Dies hängt unter anderem mit der strategischen Rolle des Opfers zusammen, durch sein Anzeigeverhalten sowohl die Definition als auch die Selektion des Verbrechers steuern zu können und damit als Agent strafrechtlicher Sozialkontrolle zu fungieren.²²⁹ Viele Markenrechtsverletzungen führen

²²³ Mittelbarer Ansatzpunkt dafür ist z.B. die insbesondere seit 1995 stark gestiegene Anzahl von Grenzbeschlagnahmeanträgen; s. Zweiter Produktpirateriebericht der Bundesregierung (10. November 1999), BT-Drucksache 14/2111, S. 7. Vgl. auch *Kretschmer*, GRUR 1998, 545, 546.

²²⁴ Zu den internationalen Verflechtungen der schweren Wirtschaftskriminalität s. *Kaiser*, Kriminologie, § 74, Rn. 63. Zur grenzüberschreitenden Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität s. *Müller-Gugenberger/Bieneck/Richter*, WiStrR, § 9, Rn. 1 ff.

²²⁵ *Kaiser*, Kriminologie, § 28, Rn. 4 f.

²²⁶ *Kaiser*, Kriminologie, § 1, Rn. 3; § 20, Rn. 1; § 29, Rn. 1 u. 19.

²²⁷ *Kaiser*, Kriminologie, § 74, Rn. 8; s. auch *Liebl*, wistra 1987, 13 ff.

²²⁸ *Müller/Wabnitz/Janonsky*, Wirtschaftskriminalität, 8. Kapitel, Rn. 28 ff.

²²⁹ *Kaiser*, Kriminologie, § 47, Rn. 6.

schon deshalb nicht zu einer Anklage.²³⁰ In den Strafverfahren folgen dann erhebliche Beweisschwierigkeiten, insbesondere in Bezug auf den subjektiven Tatbestand.²³¹ Der überwiegende Anteil der Verfahren wird daher eingestellt oder endet mit Freisprüchen.²³²

²³⁰ Vgl. *Schweke*, Markenpiraterie, S. 34 m.w.N.

²³¹ Zweiter Produktpirateriebericht der Bundesregierung (10. November 1999), BT-Drucksache 14/2111, S. 2 u. 12.

²³² Im Zweiten Produktpirateriebericht der Bundesregierung (10. November 1999), BT-Drucksache 14/2111, S. 11 f. ist von Verfahrenseinstellungen in Höhe einer Bandbreite von 75% bis 95% die Rede. Siehe auch *Cremer*, Mitt. 1992, 153, 159; Erster Produktpirateriebericht der Bundesregierung (25. Februar 1993), BT-Drucksache 12/4427, S. 13 ff.; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 143, Rn. 10; *Schweke*, Markenpiraterie, S. 30 ff.; *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 29 und 42; Strafrechtliche Verfolgung von Schutzrechtsverletzungen, GRUR 1994, 706 ff.

4. Abschnitt: Geschützte Rechtsgüter und Qualifizierung der Markendelikte

A. Schutz individueller Rechtsgüter

Die wesentliche Funktion des Strafrechts ist es, als Mittel zur Wahrung des sozialen Friedens Rechtsgüter (vor Gefährdung oder Verletzung) zu schützen, und zwar als ultima ratio subsidiär zum Zivilrecht.²³³ Die Bestimmung der durch das Markenstrafrecht geschützten Rechtsgüter ist nicht nur für die Auslegung der markenstrafrechtlichen Normen, sondern mittelbar auch für die später erfolgende Festlegung der Vorsatzgrenze im Markenstrafrecht relevant. Im Markenstrafrecht wird als Rechtsgut im strafrechtlichen Sinne zuallererst die Marke selbst²³⁴ bzw. präziser das Recht eines Rechtssubjektes an einer Marke²³⁵ geschützt. Dies soll vorrangig dem zuständigen Rechtssubjekt selbst, also dem Markenrechtsinhaber dienen.²³⁶ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass das Markenrecht parallel zum Eigentum strukturiert ist und somit eine unter Art. 14 Abs. 1 GG fallende Rechtsposition darstellt.²³⁷ Der strafrechtliche Rechtsgüterschutz ergänzt den zivilrechtlichen und orientiert sich dabei gleichermaßen am Zweck²³⁸ des Markenrechts insgesamt. Das Markenstrafrecht schützt demnach schwerpunktmäßig die Marke, mithin ein individuelles Rechtsgut.

B. Schutz universeller Rechtsgüter

Fraglich ist, ob über den Individualrechtsgüterschutz hinaus durch das Markenstrafrecht auch universelle Rechtsgüter²³⁹ geschützt werden sollen. Teilweise wer-

²³³ Vgl. BVerfGE 39, 1, 44 ff.; Haas, Untreue, S. 19; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 5; NK-StGB-Hassemer/Neumann, Vor § 1, Rn. 108 ff.; Roxin, AT I, § 2, Rn. 1; § 3, Rn. 1; Schlichter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, S. 194; Schönke/Schröder/Stree/Kinzig, Vorbem. §§ 38 ff., Rn. 1; SK/StGB/Rudolphi, Vor § 1, Rn. 2.

²³⁴ Ekey/Klippel/Ekey, HK-MarkenR, § 143 MarkenG, Rn. 5. Demgegenüber weist die tabellarische Übersicht in Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rn. 22 im weiteren Sinne das Vermögen in Form gewerblichen Eigentums als durch das MarkenG strafrechtlich geschützt aus.

²³⁵ Schiveke, Markenpiraterie, S. 40.

²³⁶ BVerfGE 51, 193, 216 ff.

²³⁷ Dazu, dass die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG das sogenannte geistige Eigentum einschließlich der Marken einbezieht, s. Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 14, Rn. 150; Wieland, in: Dreier, Art. 14 GG, Rn. 51 f.

²³⁸ Dieser wird in der Literatur unter dem Stichwort „Funktionenlehre“ erörtert. Zu den vielseitigen, auf der grundlegenden Unterscheidungsfunktion aufbauenden Markenfunktionen vgl. Busse, Warenzeichengesetz, Einf. 1; Fezer, MarkenG, Einl. D, Rn. 1 ff.; Ingerl/Robnke, MarkenG, Einl., Rn. 72 f.; Nordemann/Nordemann/Nordemann, Wettbewerbsrecht. Markenrecht, Rn. 2001 f. und 2141 f. Vgl. zum vorrangigen Schutz des Gewerbetreibenden bereits RGSt 29, 312, 315.

²³⁹ Diese werden auch überindividuelle, kollektive, soziale, abstrakte oder Gemeinschafts-Rechtsgüter genannt. Vgl. Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 262 m.w.N.; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 45. Instruktiv zum strafrechtlichen Schutz kollektiver Rechtsgüter Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 1 ff.

den Kollektivrechtsgüter als „luftige“ oder „wolkige“, jedenfalls schwer greifbare, dafür aber um so leichter verletzbare Rechtsgüter bezeichnet²⁴⁰, anstelle derer besser auf die Gefährdung konkret definierbarer individueller Rechtsgüter abgestellt werden sollte²⁴¹. Dies impliziert einerseits den Zweck des Strafrechts, den Einzelnen vor Beeinträchtigungen seiner individuellen Grundrechtspositionen durch Dritte zu schützen²⁴², und andererseits die Grenzen des Strafrechts, durch die Inkriminierung bestimmter Verhaltensweisen nicht die allgemeine Handlungsfreiheit des Einzelnen nach Art. 2 Abs. 1 GG unverhältnismäßig einzuschränken. Durch die Einbeziehung überindividueller Rechtsgüter in den Schutzzweck von Strafnormen darf also nicht der Blick auf die dadurch mittelbar zu schützenden Individualrechte verstellt werden. Nicht etwa die Gemeinschaft, sondern vielmehr der einzelne Mensch hält die „Spitzenposition“ unserer heutigen Verfassung inne.²⁴³ Eine Strafbarkeit zum Schutz von nicht-individuellen Rechtsgütern ist daher nur dann gerechtfertigt, wenn sie mittelbar und in nahe liegender Weise dem Individuum dient. Eine solche Funktion kann nur abgeleitet werden, soweit entweder mit der Gefährdung des betreffenden Universalrechtsguts mittelbar zugleich Individualrechtsgüter gefährdet werden oder das betreffende Universalrechtsgut eine Grundvoraussetzung menschlichen Zusammenlebens darstellt und damit einen Teil des Rahmens schafft, welcher den Einzelnen überhaupt erst in die Lage versetzt, seine persönliche Freiheit auszuüben.²⁴⁴ Die Schwierigkeit liegt dabei darin, ein dem Einzelnen dienendes Allgemeinwohl überhaupt zu definieren und die herausgefilterten einzelnen Kollektivinteressen sodann – jedenfalls teilweise – zu dann anzuerkennenden Institutionen zu verdichten²⁴⁵. Erst anschließend stellt sich die Frage, wie diese Institutionen ideal geschützt werden können und ob dazu der Einsatz des Strafrechts geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist. Entscheidet sich der Gesetzgeber letztlich für einen strafrechtlichen Schutz überindividueller Rechtsgüter, begegnet ihm die Schwierigkeit einer zweckmäßigen strafatbestandlichen Ausformulierung, denn den Kollektivrechtsgütern entsprechen für gewöhnlich keine unmittelbaren Handlungsobjekte und keine greifbaren Opfer. Der Gesetzgeber behilft sich daher mit abstrakten Gefährdungsdelikten, bei welchen er solche Verhaltensweisen tatbestandlich formuliert, die letztlich das zu schützende

²⁴⁰ Hassemer, JuS 1990, 850, 850; Weigend, Triffterer-Festschrift, 695, 699.

²⁴¹ So nehmen z.B. Maurach/Schroeder/Mainwald, Strafrecht BT 2, § 68, Rn. 2 als vorrangig geschütztes Rechtsgut des § 298 StGB nicht wie allgemein hin (s. Lackner/Kühl, § 298 StGB, Rn. 1 m.w.N.) das Allgemeininteresse am freien Wettbewerb bei Ausschreibungen, sondern das Vermögen an und qualifizieren somit § 298 StGB als ein abstraktes Vermögensgefährdungsdelikt. Dies begründen sie damit, dass der freie Wettbewerb kein Selbstzweck sei, sondern eine Struktur, welche die Volkswirtschaft und die **einzelne Person** (Hervorhebung durch den Verfasser) vor Vermögensschäden bewahren will.

²⁴² Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 261.

²⁴³ Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 261 m.w.N.

²⁴⁴ Vgl. Heinrich, Amtsträgerbegriff, S. 263 f. m.w.N.

²⁴⁵ Vgl. Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 45.

Kollektivrechtsgut schädigen können. Er inkriminiert also bereits „auf Distanz“. Blickt man durch das betreffende Kollektivrechtsgut hindurch auf das dahinter stehende Individualrechtsgut, dessen Schutz eigentlich beabsichtigt ist, so wird diese Distanz nochmals verlängert. Im Ergebnis kann also in vielen Fällen zweifelhaft sein, ob einerseits das jeweilige Gefährdungsdelikt unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten hinreichend zum Schutz des Individualrechtsguts beiträgt und andererseits nicht sogar erwünschte Verhaltensweisen (unbeabsichtigt oder als unvermeidbare Nebenfolge) inkriminiert werden. Insgesamt bleibt aber allgemein festzuhalten, dass ein strafrechtlicher Schutz universeller Rechtsgüter unter den aufgeführten strengen Voraussetzungen grundsätzlich legitim ist.

Bislang ist indessen offen, ob das Markenstrafrecht im Speziellen auch Kollektivrechtsgüter schützt. Da die Markendelikte jedenfalls das Individualrechtsgut Marke als eine unter Art. 14 Abs. 1 GG fallende Rechtsposition und damit typischerweise wirtschaftliche Interessen schützen, liegt es nahe, insbesondere im Bereich der Wirtschaft nach denkbar durch die Markendelikte geschützten überindividuellen Rechtsgütern zu suchen. Zwar ist im weiteren Sinne natürlich die Volkswirtschaft insgesamt durch Markendelikte betroffen. Allerdings kann jedwede menschliche Handlung auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten betrachtet werden. Die Volkswirtschaft per se ist also zunächst ein schlicht wertneutraler Komplex, der selbst – mangels für das Individuum dienender Eigenschaft – kein zu schützendes Rechtsgut darstellen kann. Ist folglich als zu schützendem Kollektivrechtsgut von der Volkswirtschaft als Ganzes die Rede²⁴⁶, kann damit begrifflich nur die volkswirtschaftliche Wohlfahrt²⁴⁷ gemeint sein, die zweifelsohne – als die materielle Basis der Freiheit des Einzelnen – jedenfalls dazu geeignet ist, ein Kollektivrechtsgut darzustellen. Ein unmittelbarer strafrechtlicher Schutz der volkswirtschaftlichen Wohlfahrt im Ganzen ist allerdings unmöglich, da angesichts der Fülle denkbarer schädlicher Verhaltensweisen eine strafatbestandliche Ausformulierung höchst abstrakt sein müsste, was die Subsumtion vage und schlimmstenfalls uferlos werden ließe und damit insgesamt gegen das Gebot hinreichender gesetzlicher Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) verstieße.²⁴⁸

Ein strafrechtlicher Schutz der volkswirtschaftlichen Wohlfahrt kann hingegen mittelbar über den Schutz konkreter zu fassender, der volkswirtschaftlichen Wohlfahrt dienender Institutionen verwirklicht werden. Einen eigenständigen Schutzgutcharakter haben solche Institutionen allerdings nur, soweit sich ihre wohlstandsmehrende und damit individuellen Freiheitsraum schaffende Funktion nicht von der ebenfalls durch den betreffenden Straftatbestand geschützten Posi-

²⁴⁶ So z.B. *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 46 f.

²⁴⁷ Zum Begriff, der Wohlstandsökonomik im Allgemeinen und dem Wohlfahrtsoptimum s. *Woll*, Wirtschaftslexikon, S. 816 ff. m.w.N.

²⁴⁸ Aus vollkommen anderen Gründen lehnt *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 46 f. die Volkswirtschaft als Ganzes als weiteres durch vorsätzliche Markenverletzungen betroffenes überindividuelles Rechtsgut ab.

tion nach Art. 14 GG²⁴⁹ ableitet. So dient das Rechtsinstitut des Eigentums²⁵⁰ neben der privaten²⁵¹ auch der volkswirtschaftlichen Wohlfahrt²⁵², was die Basis für individuelle Freiheit abermals verstärkt. Umgekehrt kann ein hohes Ausmaß an eigentumsverletzenden Vermögensdelikten, wie z.B. auch Markenrechtsverletzungen, zu volkswirtschaftlichen Schäden führen respektive der Schädigung volkswirtschaftlicher Wohlfahrt.²⁵³ Solche Schäden²⁵⁴ werden für gewöhnlich als rechtsgutsunabhängige Reflexe betrachtet.²⁵⁵ Das bedeutet, dass neben der betreffenden individuellen Position nach Art. 14 GG insoweit kein Kollektivrechtsgut als Schutzgut anzuerkennen ist. Um letztlich der Wohlfahrt dienende Institutionen als überindividuelle Schutzgüter im strafrechtlichen Sinne qualifizieren zu können, bedarf es demnach über die erwähnten reflektorischen Funktionen hinausgehende

²⁴⁹ An dieser Stelle sei wiederholt, dass neben dem Eigentum auch das Markenrecht unter die nach Art. 14 GG geschützten Positionen fällt.

²⁵⁰ Das Rechtsinstitut des Eigentums wird in diesem Zusammenhang exemplarisch für alle (gleich oder weniger stark ausgeprägten) sog. Property Rights herangezogen. Zur mikroökonomischen Theorie der Property Rights, welche die Entstehung, die vorherrschende Struktur, die Wirkungen und die zweckmäßige Gestaltung der insbesondere rechtlichen Sicherung der Möglichkeiten eines bestimmten, andere Personen ausschließenden Ressourcenumgangs erforscht: s. *Hardes/Schmitz/Uhly*, Volkswirtschaftslehre, S. 53; *Kyrer*, Wirtschaftslexikon, S. 449; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 453-469; *Woll*, Wirtschaftslexikon, S. 726-729.

²⁵¹ Property Rights haben einen wesentlichen Einfluss auf die Anreizstruktur und das wirtschaftliche Verhalten der Individuen. Durch deren kapitalisierende und damit die Wohlfahrt verstetigende Funktion geht Wohlstand Hand in Hand mit der Schaffung von Property Rights. Vgl. *Woll*, Wirtschaftslexikon, S. 727 f. Unter juristischen Gesichtspunkten stellen sie die durch individuelle wirtschaftliche Wohlfahrt bedingte Basis für individuelle Freiheit dar; vgl. *Deppenbeuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 14, Rn. 1.

²⁵² Der Beitrag von Property Rights zur volkswirtschaftlichen Wohlfahrt ergibt sich aber nicht nur durch die Akkumulation der durch Property Rights bedingten individuellen Wohlfahrt. Über die Summe der (isolierten) Individualnutzen hinaus kommt den Property Rights auch eigenständige wohlfahrtsmehrende Funktion auf volkswirtschaftlicher Ebene zu. Für wirtschaftliche Prozesse in Marktsystemen werden Property Rights benötigt, ohne die Transaktionen zwischen den einzelnen Marktteilnehmern schwierig und im Extremfall prohibitiv teuer sein würden mit der Folge eines wohlstandsvernichtenden Marktversagens. Ihr immanenter Anreiz zu effizienten Handeln trägt zudem zur Ressourcenschonung bei. Vgl. *Hardes/Schmitz/Uhly*, Volkswirtschaftslehre, S. 53; *Kyrer*, Wirtschaftslexikon, S. 449; *Woll*, Wirtschaftslexikon, S. 726-729. Das Rechtsinstitut des Eigentums gewährleistet eine prinzipiell marktwirtschaftlich dezentral organisierte Wirtschaftsordnung und zählt damit zu den Voraussetzungen für neben individuellen auch kollektiven wirtschaftlichen Wohlstand, was zudem für die Stabilität des politischen Gemeinwesens insgesamt von Bedeutung ist. Vgl. *Deppenbeuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 14, Rn. 1 und 9. Wenn auch somit die Eigentumsgarantie wegen individueller als auch kollektiver Ursachen zur Freiheit des Individuums beiträgt, ist dennoch lediglich das Eigentum Schutzgut des jeweiligen Straftatbestandes. Dieses wirkt allerdings nicht nur unmittelbar individuell, sondern über das Kollektivinteresse daran auch mittelbar individuell.

²⁵³ Zu den volkswirtschaftlichen Schäden aufgrund von Markenverletzungen siehe oben. Erwähnt seien nur der Ausfall von Steuer- und Zolleinnahmen und der Verlust von Arbeitsplätzen.

²⁵⁴ Die Schäden umfassen wiederum die Summe der Individualschäden und die Schäden, die vom Vertrauensschwund am Rechtsinstitut des Eigentums herrühren.

²⁵⁵ *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 46 f. m.w.N.

eigenständige strukturelle Besonderheiten der betreffenden im Folgenden erörterten Institutionen.

Eine solche Institution könnte der durch Marken verstärkt veranlasste Innovations- und Qualitätswettbewerb²⁵⁶ sein. Dieser stimuliert über die klassische wohlstandssteigernde Kapitalfunktion des Eigentums hinaus den innovationsbasierten wirtschaftlichen Fortschritt und damit die – auch qualitativ fassbare – Wohlfahrt.²⁵⁷ Eine durch ein hohes Ausmaß an Markendelikten bedingte Gefährdung des Rechtsinstituts der Marke würde mittelbar auch diesen Stimulus gefährden. Daher ist der Innovations- und Qualitätswettbewerb als ein durch die Markendelikte zu schützendes Kollektivrechtsgut zu qualifizieren.

Außerdem könnte der Verbraucherschutz ein durch das Markenstrafrecht geschütztes Kollektivrechtsgut sein. Der Verbraucherschutz dient nicht nur der Wohlfahrt²⁵⁸, sondern darüber hinaus insbesondere auch der Gesundheit²⁵⁹, deren Schutz dem Staat nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG aufgegeben ist²⁶⁰. Nach Ansicht des BVerfG sollen Marken – nachrangig zum Schutz ihres Inhabers – auch dem Schutz der Allgemeinheit, insbesondere des Verbrauchers vor unzutreffenden Vorstellungen über die Herkunft und die Qualität der durch sie gekennzeichneten Produkte dienen.²⁶¹ Durch diese mit Marken verbundene Identifikationsfunktion soll das Publikum vor Verwechslungen und Irreführungen geschützt werden²⁶², welche zu quantifizierbaren materiellen, aber eben auch zu qualitativen immateriellen Schäden führen können. Marken dienen damit in quantitativer als auch qualitativer Hinsicht auch dem Verbraucherschutz. Dieser ist folglich als universelles Rechtsgut durch die Markendelikte mitgeschützt.²⁶³

²⁵⁶ Ein dynamischer Qualitätswettbewerb ist jedenfalls das ökonomische Ziel der Gewährung von Immaterialgüterrechten; vgl. *Ganea*, GRUR Int. 2005, 102, 103. Die Institution des freien Wettbewerbs ist angesichts des daran bestehenden – letztlich der Freiheit des Einzelnen dienenden – Kollektivinteresses auch bei anderen Delikten als geschütztes Rechtsgut anerkannt. Vgl. *Lackner/Kübl*, § 298 StGB, Rn. 1 m.w.N.; *Fischer*, Vor § 298 StGB, Rn. 6 m.w.N.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 41. A.A. *Maurach/Schroeder/Maimald*, Strafrecht BT 2, § 68, Rn. 2 (s.o.).

²⁵⁷ S.o. Vgl. auch *Kirchner*, GRUR Int. 2004, 603, 605. Vgl. zudem *Patnaik*, GRUR 2004, 191, 198, der für die Mikroebene des einzelnen Rechtsinhabers einen verloren gehenden Innovationsansporn sieht, solange dieser um den rechtmäßigen Lohn für seine Arbeit gebracht wird, indem Nachahmungen und Produktpiraterie nicht effektiv unterbunden werden. Zum Wegfall von Innovationsanreizen vgl. auch *Maul/Maul*, GRUR 1999, 1059, 1060.

²⁵⁸ Verbraucherschützende Bemühungen erreichen die Zielsetzung der Wohlfahrt nicht nur durch die Förderung des Wettbewerbs sowie die Verbesserung der Verbraucherinformation und damit einhergehender höherer Markttransparenz, sondern auch mittelbar durch ihre das System der **sozialen** Marktwirtschaft überhaupt stärkende Wirkung. Vgl. *Miletzki*, Verbraucherrecht, S. 1 f.

²⁵⁹ *Miletzki*, Verbraucherrecht, S. 2.

²⁶⁰ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 2, Rn. 190 f. und 229 ff.

²⁶¹ BVerfG NJW 1988, 2594, 2596.

²⁶² *Hubmann/Götting*, § 5, Rn. 15. RGSt 29, 312, 315 sieht die Sicherung des Publikums gegen Irreführungen allerdings lediglich als Nebenzweck an.

²⁶³ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 46.

Die ebenfalls mit der Wohlfahrt mittelbar zusammenhängenden Kollektivinteressen an einem hinreichenden Angebot an Arbeitsstellen, fiskalen Einnahmen und der Stabilität des politischen Gemeinwesens insgesamt werden zwar ebenfalls durch die Institution der Marke gestärkt. Eine über den Reflex aus Art. 14 GG hinausgehende eigenständige Bedeutung ist allerdings bei keinem dieser angeführten Kollektivinteressen ersichtlich. Insgesamt schützen die Markendelikte demnach neben dem Individualrechtsgut der Marke auch den Innovations- und Qualitätswettbewerb sowie außerdem den Verbraucherschutz.

C. Qualifizierung der Markendelikte

Die Markenstraftatbestände stellen hinsichtlich des tatbestandlich umschriebenen Angriffsobjekts „Marke“ Verletzungsdelikte dar. Die lediglich Vorbereitungshandlungen inkriminierenden Tatbestände des § 143 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG sind diesbezüglich konkrete Gefährdungsdelikte.²⁶⁴ Da die Tatbestände der Markendelikte nur die Bedingungen einer generellen Gefährlichkeit für die geschützten kollektiven Rechtsgüter umschreiben, sind sie insofern als abstrakte Gefährdungsdelikte zu qualifizieren.

²⁶⁴ BHWSSt-Konker, § 26 III, Rn. 43.

5. Abschnitt: Zugehörigkeit zum Wirtschaftsstrafrecht

A. Relevanz der Kategorisierung

Nachdem bereits kriminologisch die Zugehörigkeit der Markenkollisionsdelikte zum Wirtschaftsstrafrecht als nahe liegend festgestellt wurde²⁶⁵, soll nun diese Zuordnung auch unter anderen Gesichtspunkten erfolgen. Diese Frage ist in mehrfacher Hinsicht relevant:

Durch jedwede Einordnung einer Deliktgruppe in eine bestimmte Kategorie von Straftaten wird für kriminologische Zwecke klar, mit welchem empirischen Gegenstandsbereich im Zusammenhang mit dieser betreffenden Deliktgruppe, hier also den Markenkollisionsdelikten, zu rechnen ist. Dies erleichtert aber über die Belange der Kriminologie hinaus auch den strafrechtspraktischen Umgang mit diesen Delikten. So schärft der Rechtsanwender bei der Prüfung wirtschaftsstrafrechtlicher Delikte insbesondere seinen Blick für wirtschaftsstrafrechtliche Sonderprobleme wie z.B. zu Fragen im Zusammenhang mit komplex arbeitsteiligem Vorgehen, der gesetzlichen Verweisungstechnik, des § 14 StGB, des § 30 OWiG, der Einschlägigkeit von Sonderdelikten, internationaler Bezüge oder der vereinzelt etwa besonders gelagerten nach Art. 103 Abs. 2 GG erforderlichen Tatbestandsbestimmtheit spezifischer im Mittelpunkt stehender Begriffe. Die Aufmerksamkeit wird also auf Aspekte der Strafbarkeitsprüfung gelenkt, die typischerweise mit relativ höherer Wahrscheinlichkeit auftreten als im wirtschaftsfremden Strafrecht. Ein Vorteil der Einordnung liegt also jedenfalls in der effizienteren Rechtsanwendung.

B. Kriterien für die Zuordnung

I. Formal-prozessuale Sicht

Gem. § 74c Abs. 1 Nr. 1 GVG fallen Straftaten nach dem MarkenG unter die spezielle Zuständigkeitsordnung des § 74c Abs. 1 GVG. Im Katalog des § 74c Abs. 1 GVG sind Wirtschaftsdelikte aufgeführt, deren Verfolgung spezifische Schwierigkeiten verursacht. Somit ist es sinnvoll, nicht nur die Kriminalpolizei, sondern auch die Strafjustiz²⁶⁶ durch personelle, sächliche und organisatorische Maßnahmen zu verbessern. Hinsichtlich der Strafjustiz schafft § 74c GVG dafür die gesetzliche Grundlage. Damit besteht die Möglichkeit, dass spezialisierte Wirtschaftsstrafkammern über Anklagen entscheiden, die ihrerseits von Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Wirtschaftsstrafsachen erhoben werden. Die Qualifizierung der Markenkollisionsdelikte als Katalogstraftaten des § 74c Abs. 1 GVG

²⁶⁵ Siehe Hpttl., 2. Tl., 3. Abschn.

²⁶⁶ Vgl. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 40 m.w.N.

stellt deren eindeutige gesetzgeberische Zuordnung zum Wirtschaftsstrafrecht klar.

II. Kriminologische Sicht

Daneben kann eine Einordnung der Marken kollisionsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht auch kriminologisch begründet werden.²⁶⁷ Dies ist bereits oben erfolgt.²⁶⁸

III. Strafrechtsdogmatische Sicht

Ein weiterer Anhaltspunkt für die Zuordnung einer Deliktsgruppe zum Wirtschaftsstrafrecht ergibt sich zuweilen aus den Rechtsgütern, welche von den Straftatbeständen dieser Deliktsgruppe geschützt werden. Für eine Zuordnung zum Wirtschaftsstrafrecht spricht stets, wenn durch die betreffenden Delikte, ohne dass dadurch die im Mittelpunkt stehenden Individualrechtsgutsverletzungen ausgeklammert würden, auch soziale Rechtsgüter des Wirtschaftslebens geschützt werden. Dies ist z.B. beim Schutz vor Missbrauch von Einrichtungen und Instrumenten des Wirtschaftsverkehrs der Fall.²⁶⁹ Wie bereits dargelegt schützen die Markendelikte nicht nur das Individualrechtsgut der Marke, sondern auch den Innovations- und Qualitätswettbewerb sowie den Verbraucherschutz, mithin soziale Rechtsgüter des Wirtschaftslebens.²⁷⁰ Somit ist auch unter diesem Blickwinkel eine Zuordnung zum Wirtschaftsstrafrecht richtig. Die Marken kollisionsdelikte sind folglich unter mehreren Gesichtspunkten zum Wirtschaftsstrafrecht zu zählen.²⁷¹

²⁶⁷ Vgl. allgemein zur Wirtschaftskriminologie *Eisenberg*, Kriminologie, § 47, Rn. 4 f.; *Kaiser*, Kriminologie, § 74.

²⁶⁸ Siehe Hpttl., 2. Tl., 3. Abschn.

²⁶⁹ *Eisenberg*, Kriminologie, § 47, Rn. 2; *Otto*, BT, § 60, Rn. 2; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 45 f. m.w.N.

²⁷⁰ Siehe oben Hpttl., 2. Tl., 4. Abschn.

²⁷¹ Vgl. dazu auch *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rn. 22 (tabellarische Übersicht).

3. Teil: Begriff und Konzeption der subjektiven Zurechnung

1. Abschnitt: Von der subjektiven Zurechnung i.e.S zur subjektiven Zurechnung i.w.S.

A. Subjektive Zurechnung i.e.S. nach bisheriger begrifflicher Verwendung

Der Begriff der subjektiven Zurechnung – oder präziser ausgedrückt: die nach normativen Kriterien erfolgende Zurechnung des tatbestandlichen Erfolges bzw. des zum Erfolg führenden objektiven Geschehens zum subjektiven Tatbestand – wird bislang weder häufig noch strafrechtssystematisch einheitlich verwendet. Er tritt bei den Vorsatzdelikten in der Irrtumslehre in Erscheinung. So begegnet die subjektive Zurechnung beim Tatumstandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, dort vor allem bei der Erörterung von relevanten und irrelevanten Abweichungen des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf²⁷² (Kausalabweichungslehre). In diesem Zusammenhang wird sie insbesondere bei der Erörterung von Sonderkonstellationen genannt wie etwa den Kausalabweichungen mit äußerlicher Zielerreichung²⁷³, z.B. dem vorzeitigen²⁷⁴ oder verspäteten Erfolgseintritt bei zumeist zweiaktigen Geschehensverläufen (im Zusammenhang mit dem sog. *dolus generalis*)²⁷⁵, Verwechslungen in Bezug auf das Verletzungsobjekt (typischer Fall: *error in obiecto vel persona*)²⁷⁶, des *aberratio ictus*²⁷⁷ und des Tatobjektswechsels („Vorsatzwechsel“)²⁷⁸. Teilweise wird unter dem Begriff der subjektiven Zurechnung bei den Fahrlässigkeitsdelikten die Nichtvoraussehbarkeit gewisser Einzelheiten des Kausalverlaufs durch den Handelnden erörtert, wenn also der eingetretene tatbestandsmäßige Erfolg auf nicht nahe liegendem Weg eingetreten ist.²⁷⁹

Angelehnt an den Zweck der Zurechnungslehre insgesamt, eine Tat als ganze von einem rein zufälligen Geschehen abzugrenzen²⁸⁰, ist es die Zielsetzung der

²⁷² RGSt 70, 257, 258 („Zurechnung zum Vorsatz“); BGHSt 23, 133, 135 („Zurechnung zum Vorsatz“); *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. VIII, 507 f. u. 571; *Joeks*, StGB, § 15, Rn. 33 ff.; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT 1, § 23, Rn. 27; SK/StGB/*Rudolph*, § 16, Rn. 31.

²⁷³ *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, S. 3 f.

²⁷⁴ *Puppe*, AT 1, § 20, Rn. 1 ff.; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, S. 3 f.

²⁷⁵ *Puppe*, AT 1, § 20, Rn. 13 ff.; *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 174 ff.; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, S. 4.

²⁷⁶ *Puppe*, AT 1, § 20, Rn. 22 ff.; *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 193 ff.; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, S. 3.

²⁷⁷ *Puppe*, AT 1, § 20, Rn. 42 ff.; *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 160 ff.; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, S. 3.

²⁷⁸ *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 171 ff.

²⁷⁹ *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. VIII, 507 f., 631 et passim.

²⁸⁰ *Hardwig*, Zurechnung, S. 164 ff., 239 ff.; *Reyes*, ZStW 105 (1993), 108, 109.

subjektiven Zurechnung, die rechtliche Verbindung von Handlung und Erfolg bezogen auf das Innere des Täters einzuschränken. Es geht demnach insgesamt in der – objektiven wie auch subjektiven – Zurechnungslehre nicht positiv um zusätzliche Strafbarkeitsvoraussetzungen, sondern negativ um Nichtzurechnung und damit die Strafbarkeit verneinende Aspekte. Das heißt, dass grundsätzlich von einer Zurechnung ausgegangen wird²⁸¹, aber ausnahmsweise unter den Voraussetzungen der Zurechnungslehre nicht zugerechnet wird. Für diese Korrektur des grundsätzlichen Ergebnisses im Bereich des Unrechtstatbestandes wird, weitgehend übereinstimmend, ein normativer Maßstab herangezogen.²⁸²

Diese bisherige, am weitesten verbreitete Verwendung des Begriffs²⁸³ deutet auf einen sehr engen, ja sogar nur exemplarischen Anwendungsbereich der subjektiven Zurechnung hin. Dabei ist zusätzlich zu beachten, dass sich die so verstandene subjektive Zurechnung auch nur auf Erfolgsdelikte beziehen kann, da bei reinen Tätigkeitsdelikten – eng verstanden – keine Zurechnung eines Erfolges erfolgen kann, da es dort einen solchen überhaupt nicht gibt. Jedenfalls stellt aber dieses Begriffsverständnis den Ausgangspunkt für die folgenden begriffsbildenden Erörterungen dar. Die beschriebene subjektive Zurechnung nach dieser bisherig am weitesten verbreiteten Verwendung soll den Kern des im Folgenden als subjektive Zurechnung i.e.S. benannten Begriffs darstellen.

Da schon im Bereich der Vorsatzdelikte Probleme der Erfolgszurechnung zum Vorsatz teilweise nicht unter dem Begriff der subjektiven Zurechnung, sondern unter anderen Kennzeichnungen diskutiert werden²⁸⁴, ist wohl die bisherige Begriffsbildung (noch) nicht gefestigt. Dadurch entsteht ein gewisser Freiraum, der dazu genutzt werden kann, nicht nur einen im Folgenden als subjektive Zurechnung i.w.S. benannten, breiter angelegten Begriff zu fassen, sondern schon zuvor auch den Begriff der subjektiven Zurechnung i.e.S. in seinen strafrechtssystematischen Zusammenhängen genauer zu erfassen und definitorisch festzuhalten. Dabei soll es nicht darum gehen, gefestigte Erkenntnisse der die subjektive Tatseite betreffenden Lehren lediglich zu reformulieren. Der Begriffsökonomie willen ist eine solche Begriffsbildung vielmehr nur dann sinnvoll, wenn dadurch ein kla-

²⁸¹ Jescheck/Weigend, AT, § 28 I 2.

²⁸² Arzt, Schlüchter-Gedächtnisschr., 163, 163; Jescheck/Weigend, AT, § 28 I 2; Münch-KommStGB/Freund, Vor §§ 13 ff., Rn. 323.

²⁸³ Im Gegensatz dazu verwendet Kindhäuser den Begriff der subjektiven Zurechnung als Oberbegriff für Vorsatz und Fahrlässigkeit und damit in einem sehr viel weiteren Sinne, ohne freilich den Begriff selbst näher zu erläutern; s. Kindhäuser, LPK-StGB, § 15, Rn. 1-4. Auch Puppe schreibt von Vorsatz und Fahrlässigkeit „als mögliche(n) Formen der Zurechnung bzw. des subjektiven Unrechts“; NK-StGB-Puppe, § 15, Rn. 6. Implizit für einen weiteren Begriff der subjektiven Zurechnung auch MünchKommStGB/Duttge, § 15, Rn. 100 und 106. Vgl. auch unten (Hpttl., 3. Tl., 1. Abschn., C. m.w.N.).

²⁸⁴ Siehe Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 571. In Wolter, Roxin-Symposium, S. 14-21 ist von einer spezifisch objektiven Zurechnung der Abweichung die Rede.

reses Verständnis von der durch den Begriff in Bezug zu nehmenden Sachmaterie gewonnen werden kann.

Nachfolgend soll daher zunächst der Versuch unternommen werden, den Begriff der subjektiven Zurechnung i.e.S. zu ergründen und zu systematisieren und damit auf eine breitere Basis für eine fortan häufigere und strafrechtssystematisch einheitlichere Verwendung zu stellen. Darauf aufbauend wird sodann der umfassende Begriff der subjektiven Zurechnung i.w.S. entwickelt werden, der in der vorliegenden Arbeit schließlich als Schlüsselbegriff weiterverwendet wird.

B. Ergründung und Systematisierung der subjektiven Zurechnung i.e.S.

I. Subjektive Zurechnung i.e.S. beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt

1. Konstituierender Aspekt und Gegenstand der subjektiven Zurechnung i.e.S.

Im Rahmen von vorsätzlichen Erfolgsdelikten drängt sich die strafrechtssystematische Verortung der subjektiven Zurechnung im subjektiven Tatbestand geradezu auf, spiegelbildlich zu derjenigen der objektiven Zurechnung im objektiven Tatbestand. Im Zusammenhang mit vorsätzlichen Erfolgsdelikten wird die subjektive Zurechnung auch oftmals (objektive) Zurechnung (eines Erfolges) zum Vorsatz, subjektive Erfolgszurechnung oder Vorsatzzurechnung genannt.²⁸⁵ Während die objektive Zurechnung solche Erfolgsverursachungen von der Handlung entkoppelt, welche äußerlich nicht als Werk des Täters anzusehen sind, unterbricht die subjektive Zurechnung die Verbindung von Erfolg und Handelndem, sofern dessen Vorstellungen und Intentionen, also die subjektive Seite des tatbestandsmäßigen Verhaltens, nicht genügen, um ihn für den konkret eingetretenen Außenwelt-erfolg als seinem Werk verantwortlich zu machen.

Die subjektive Zurechnung setzt zuallererst eine Handlung im Strafrechtssinn voraus, derer der Handelnde sich bewusst (kognitives Handlungselement) und die von seinem Willen getragen sein muss (voluntatives Handlungselement). Dabei ist zu beachten, dass sich das kognitive und das voluntative Handlungselement lediglich auf die Handlung als solche beziehen und diese Elemente einzig den Zweck haben, die Handlung von Nicht-Handlungen abzugrenzen, die zwar Geschehensabläufe unter physischer Beteiligung eines Menschen darstellen, die allerdings ohne geistige Beteiligung des betreffenden Menschen verlaufen²⁸⁶ wie etwa Reflexbewegungen oder Körperbewegungen im Schlaf. Die Anforderungen an diese

²⁸⁵ RGSt 70, 257, 258; BGHSt 23, 133, 135; *Burkhardt*, Nishihara-Festschr., 15, 15; *Kühl*, AT, § 13, Rn. 44; *Oehler*, JZ 1970, 380, 381; *Puppe*, GA 1981, 1, 1; *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, S. 1 ff., 21 ff. et passim; *Roxin*, Würtenberger-Festschr., 109, 114, 119, 128; *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 151 ff.; *Wolter*, ZStW 89 (1977), 649, 649. Vgl. auch *Joecks*, StGB, § 15, Rn. 33; *LK¹¹/Schroeder*, § 16, Rn. 25 m.w.N.

²⁸⁶ *Kühl*, AT, § 2, Rn. 4; *Roxin*, AT I, § 8, Rn. 44; Schönke/Schröder/Lenkner/Eisele, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 37.

Elemente sind also sehr gering und zudem streng von der geistigen Auseinandersetzung des Handelnden mit einem (äußeren) Tatbestand zu unterscheiden. Sie betreffen sozusagen lediglich die bloße Existenz einer in diesem Prüfungsstadium noch wertungsmäßig neutralen²⁸⁷ Handlung und nicht deren rechtlich bewerteten Inhalt.

Diese Handlung muss sodann die Voraussetzungen an ein objektiv tatbestandsmäßiges Verhalten erfüllen, sich also mit dem (äußeren) Tatbestand einer Strafnorm decken. Mit der Aufnahme der Handlung in den Straftatbestand²⁸⁸ gewinnt diese eine Gestalt, die bis auf weiteres deren Bewertung als typisches objektives (Handlungs-)Unrecht rechtfertigt. Diese nunmehr objektiv tatbestandsmäßige Handlung hat mit dem ebenfalls vorliegenden tatbestandsmäßigen Erfolg in einem bestimmten rechtlichen Zusammenhang zu stehen. Dazu müssen neben der Kausalität im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel die Voraussetzungen der nach normativen Gesichtspunkten erfolgenden Zurechnung des tatbestandsmäßigen Erfolges zur objektiv tatbestandsmäßigen Handlung vorliegen. Anderenfalls wird die Zurechnung ausnahmsweise mittels normativer Korrektur²⁸⁹ ausgeschlossen, weil der Zusammenhang zwischen der vom Handelnden geschaffenen Gefahr und dem eingetretenen Erfolg für den Handelnden bloß zufällig ist.

Auf subjektiver Tatseite ist bei Vorsatzdelikten unstreitig²⁹⁰ ein Vorsatz des Handelnden jedenfalls bezüglich seines tatbestandsmäßigen Verhaltens, des dadurch verursachten tatbestandsmäßigen Erfolges und der (bloßen) Verursachung dieses Erfolges durch jene Handlung erforderlich, da diese Bezugspunkte Umstände darstellen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Die Frage, in welcher Qualität der Vorsatz des Handelnden und der tatbestandsmäßige Erfolg verknüpft sein müssen, ist sodann Gegenstand der Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz.²⁹¹ Da sich der Vorsatz jedenfalls, was bereits systematisch vorab geklärt wurde, auf die tatbestandsmäßige Handlung und den tatbestandsmäßigen Erfolg samt dessen Verursachung durch die Handlung bezieht, kann Gegenstand dieser Betrachtung nur sein, welche Vorstellungen der Handelnde über den Kausalverlauf zwischen tatbestandsmäßiger Handlung und tatbestandsmäßigem Erfolg hatte. Davon strikt zu trennen ist freilich die hier als solche nicht interessierende Frage, ob das Wissen um die Umstände, aus denen sich die objektive Zurechnung des tatbestandsmäßigen Erfolges zur objektiv tatbestandsmäßigen Handlung ergibt, zu den Kenntnisvoraussetzungen des Vorsatzes gehört.²⁹²

²⁸⁷ Roxin, AT I, § 8, Rn. 3.

²⁸⁸ Roxin, AT I, § 7, Rn. 61, 64.

²⁸⁹ BHWSt-Hellmann, § 2, Rn. 32; LK¹¹/Jescheck, Vor § 13, Rn. 64; MünchKommStGB/Freund, Vor § 13 ff., Rn. 322.

²⁹⁰ Jakobs, AT, 8. Abschn., Rn. 43 m.w.N. und 63; Kühl, AT, § 5, Rn. 13 und 15.

²⁹¹ Roxin, AT I, § 12, Rn. 151 ff.

²⁹² So Kühl, AT, § 5, Rn. 16; Roxin, AT I, § 12, Rn. 154; HK-GS/Duttge, § 15, Rn. 5; SK/StGB/Rudolph, § 16, Rn. 7. Kritisch zu den Elementen der objektiven Zurechnung als Vorsatzbezugspunkt Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 66 ff. Kritisch auch Wolter, Roxin-

Damit sind die Vorstellungen über den Kausalverlauf der konstituierende Aspekt und der Gegenstand der subjektiven Zurechnung i.e.S.

2. Strafrechtssystematische Eigenständigkeit der subjektiven Zurechnung i.e.S.

a) Konkreter Kausalverlauf als Gegenstand des Vorsatzes

Zunächst muss geklärt werden, ob die Vorstellungen des Handelnden über den Kausalverlauf nicht etwa systematisch bereits zum Vorsatz gehören und folglich für eine von diesem zu unterscheidende subjektive Zurechnung i.e.S. systematisch überhaupt gar kein Raum mehr besteht. Fraglich ist also, ob auch der zum tatbestandlichen Erfolg führende Kausalverlauf Gegenstand des Vorsatzes ist.

Dies könnte sich bereits unmittelbar aus der Irrtumsregel des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ergeben. Dazu müsste der Kausalverlauf ein Umstand sein, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Der Umstand, dass der Kausalverlauf das tatbestandsmäßige Verhalten mit dem tatbestandsmäßigen Erfolg koppelt, ist naturgemäß ein zwangsläufiger. Daher kann es sich bei dem hier interessierenden Betrachtungsgegenstand nicht um den abstrakten, sondern nur um den konkreten Kausalverlauf, wie er tatsächlich stattgefunden hat, handeln. Würden aber gesetzliche Tatbestände ausdrücklich bestimmte Kausalverläufe verlangen, so müssten sie angesichts einer komplexen Lebenswirklichkeit zwangsläufig eine nahezu unendliche Zahl von Tatbestandsvarianten auflisten, um so alle denkbaren Kausalverläufe abzudecken und damit im Ergebnis gleichermaßen sozialschädliche Verhaltensweisen auch gleichermaßen strafrechtlich zu erfassen. Ohne Not würde somit der Abstraktionsgrad von Strafnormen herabgesetzt, begleitet von der steten Gefahr unerwünschter Strafbarkeitslücken. Strafnormen verlangen daher jedenfalls explizit keinen bestimmten Kausalverlauf. Auch einzelne Strafnormen wie etwa § 315c StGB, welche ausdrücklich die Kausalität als Bestandteil des Tatbestandes ausweisen, bezeichnen nur den abstrakten, jedoch keinen bestimmten Kausalverlauf. Aus der Irrtumsregel des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ergibt sich daher nicht zwingend, dass der Kausalverlauf Gegenstand des Vorsatzes sein muss, da der konkrete Kausalverlauf eben kein Umstand ist, der von vornherein zum gesetzlichen Tatbestand gehört.²⁹³

Dennoch verlangen ein Teil der Literatur²⁹⁴ und in relativierter Fassung die Rechtsprechung²⁹⁵, dass der konkrete Kausalverlauf Gegenstand des Vorsatzes ist.

Symposium, S. 9, der den Vorsatz nur auf das risikoschaffende tatbestandsmäßige Verhalten des vollendeten Delikts, nicht aber auf die Verwirklichung dieses Risikos im Erfolg bezieht; ähnlich *Herzberg/Hardtung*, JuS 1999, 1073, 1076 mit Fall 12; s. auch *Struensee*, ZStW 102 (1990), 21, 43 m.w.N.

²⁹³ Vgl. auch *Schroeder*, GA 1979, 321, 328, der schlicht feststellt, dass der Kausalverlauf nicht zum Tatbestand i.S.d. § 16 StGB gehört.

²⁹⁴ *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 20, Rn. 23; *HK-GS/Duttge*, § 15, Rn. 5; *LK¹²/Vogel*, § 16, Rn. 71; *Kindhäuser*, LPK-StGB, § 16, Rn. 15; *Lackner/Kühl*, § 15, Rn. 10 f.; *MünchKommStGB/Joekes*, § 16, Rn. 49; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 54; *Fischer*, § 16, Rn. 7; *Tiedemann*, An-

Es wird jedoch zugegeben, dass ein Handelnder niemals alle wirksamen Faktoren einer Kausalkette kennen kann und somit nie einen genügenden Vorsatz haben könnte, wenn man den Kausalverlauf allumfassend zum Vorsatzgegenstand machen würde.²⁹⁶ Abgesehen von der ursprünglichen²⁹⁷, inzwischen aber aufgegebenen²⁹⁸ Ansicht *Herzbergs* wird daher das Vorsatzerfordernis hinsichtlich der Kausalität seit jeher erheblich reduziert und werden infolgedessen nicht alle Einzelheiten des Kausalverlaufs, sondern nur dessen wesentliche Züge als Vorsatzgegenstand angesehen.²⁹⁹ Unwesentliche Abweichungen sollen also irrelevant sein und somit den Vorsatz nicht in Frage stellen. Da sich nicht alle Einzelheiten eines Geschehensablaufs voraussehen lassen, sollen Abweichungen dann unwesentlich sein, wenn sie sich noch innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren halten (Adäquanzurteil) und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigen (normative Gleichwertigkeit des Kausalverlaufs).³⁰⁰ Diese Ansicht ist zwar bislang nicht revidiert worden, weil insbesondere ihre Ergebnisse für richtig gehalten und daher nicht angegriffen werden³⁰¹; jedoch lässt dies keinen Rückschluss darauf zu, dass die beiden von der Rechtsprechung aufgeführten Kriterien (Adäquanz und keine andere rechtliche Bewertung)³⁰², anhand derer die Wesentlichkeit der Abweichung des Kausalverlaufs festgestellt werden soll, dogmatisch richtig am strafrechtssystematischen Ort des Vorsatzes eingeordnet sind.³⁰³

fängerübung, S. 126; a.A.: *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 572, der die seiner Ansicht nach weit verbreitete These, dass sich der Vorsatz auf den Kausalverlauf erstrecken müsse, für alles andere als überzeugend hält.

²⁹⁵ RGSt 51, 305, 311; 70, 257, 258; BGH GA 1955, 123, 125; BGHSt 7, 325, 329; 14, 193, 193 f.; 23, 133, 135; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Einfuhr 13.

²⁹⁶ BGH GA 1955, 123, 125; BGHSt 23, 133, 135. Vgl. auch *Struensee*, ZStW 102 (1990), 21, 26.

²⁹⁷ *Herzberg*, ZStW 85 (1973), 867, 886 ff.

²⁹⁸ *Herzberg*, JA 1981, 369, 372 f. und explizit 374; *Herzberg*, JA 1981, 470, 470 f.

²⁹⁹ RGSt 51, 305, 311; 70, 257, 258; BGHSt 7, 325, 329; BGH NJW 89, 176; Baumann/*Weber/Mitsch*, AT, § 20, Rn. 24; HK-GS/*Duttge*, § 15, Rn. 5, § 16, Rn. 5; LK¹¹/*Jähnke*, § 212, Rn. 24; *Kindhäuser*, LPK-StGB, § 16, Rn. 15; *Roxin*, Württembergischer-Festschr., 109, 114 ff. S. auch Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 54; *Fischer*, § 16, Rn. 7; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 258.

³⁰⁰ BGH GA 1955, 123, 125; BGHSt 7, 325, 329; 23, 133, 135 mit – u.a. dies spezifisch erörternder – Anm. v. *Oebler*, JZ 1970, 380, 382; 38, 32, 34 mit – in dieser Frage nicht weiterführender – Anm. v. *Graul*, JR 1992, 114; NStZ 2001, 29, 30; Baumann/*Weber/Mitsch*, AT, § 20, Rn. 24; LK¹¹/*Jähnke*, § 212, Rn. 24; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT 1, § 23, Rn. 27 (zitieren allerdings lediglich das Adäquanzurteil und damit nur die erste Hälfte der Formel). S. auch *Joeks*, StGB, § 15, Rn. 34; *Kühl*, AT, § 13, Rn. 41; *Lackner/Kühl*, § 15, Rn. 11; LK¹¹/*Schroeder*, § 16, Rn. 17; *Prittwitz*, GA 1983, 110, 113; *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 151; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 55; *Schroth*, Vorsatz und Irrtum, S. 94; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 258.

³⁰¹ *Schroeder*, GA 1979, 321, 328 schreibt in diesem Zusammenhang von unbefriedigendem, reinem Pragmatismus und – hinsichtlich des Kriteriums „Rechtfertigung einer anderen Bewertung der Tat“ – von unerträglicher Schwammigkeit.

³⁰² Statt vieler BGHSt 7, 325, 329.

³⁰³ Vgl. dazu auch *Burkhardt*, Nishihara-Festschr., 15, 38 f.; *Driendl*, GA 1986, 252 ff., 273; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 572; *Graul*, JR 1992, 114; *Herzberg*, JA 1981, 470 ff.; *Jakobs*, AT, 8. Abschn., Rn. 63 ff. m.w.N.; *Joerden*, JahrbRuE, Bd. 2 (1994), 307, 308 ff.; *Lackner/Kühl*,

Ganz im Gegenteil spricht nämlich gegen den Kausalverlauf als Vorsatzgegenstand mehr als nur der obige einführende Gedanke, dass der konkrete Kausalverlauf zumindest kein expliziter zum gesetzlichen Tatbestand gehörender Umstand ist. So handelt es sich bei der nach der herkömmlichen Auffassung einzig entscheidenden Weichenstellung, ob nämlich die Kausalabweichung wesentlich oder unwesentlich ist, nicht etwa um einen Bewusstseinsvorgang im Kopf des Handelnden, also um eine für den Vorsatz typische handelndenpsychische Frage³⁰⁴. Vielmehr stellt die Entscheidung dieser Weichenstellung eine rein rechtliche Wertungsfrage dar.³⁰⁵ Dies zeigt sich gerade auch bei den unwesentlichen Kausalabweichungen. So soll bei einer solchen nach der herkömmlichen Auffassung der Vorsatz nicht ausgeschlossen sein, trotzdem sich der Handelnde den konkreten Kausalverlauf so nicht vorgestellt hat. Als Begründung dafür wird angeführt, dass sich die Abweichung noch innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorausschbaren hält. Dieses Kriterium (erstes Kriterium zur Feststellung der Wesentlichkeit der Kausalabweichung) ist aber doch ganz offensichtlich von der Psyche des Handelnden entkoppelt und stellt einzig eine Wertungsfrage dar. Als einzig normatives Kriterium ist es aber in der – typischerweise auf psychischen Kriterien beruhenden – Vorsatzlehre schlichtweg strafrechtssystematisch falsch verortet.³⁰⁶

Auch unter dem Gesichtspunkt, dass Tun und Erfolg über Regeln verknüpft werden³⁰⁷, sich strafrechtliche „Kausalität“ also über Regeln konstituiert, kann der Kausalverlauf nicht Vorsatzgegenstand sein, da auch ansonsten Regeln, die für die Anwendung von Strafrechtsnormen gelten, nicht zum Vorsatzgegenstand erklärt werden³⁰⁸; kurz: Für den Vorsatz ist es (regelmäßig) irrelevant, ob sich der Handelnde einer unrechtsbegründenden Regel bewusst ist (Umkehrschluss aus § 17 S. 1 StGB).

Zudem kann nur ex post bestimmt werden, ob eine Handlung als Antecedens-Bedingung eines Naturgesetzes für den Erfolg ursächlich war oder nicht. Wenn aber somit die genaue Kausalität erst im Nachhinein gewusst werden kann, zumindest die Möglichkeit einer Kenntnisnahme eines jeden Vorsatzgegenstandes

§ 15, Rn. 11; *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, S. 49; NK-StGB-*Puppe*, § 16, Rn. 75-79 u. 82; *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 152; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, S. 169 (im Umkehrschluss aus der fehlenden Aufführung des Kausalverlaufs als Vorsatzgegenstand), 174; *Schmoller*, ÖJZ 1982, 449, 487, 489 ff.; *Schroeder*, GA 1979, 321, 327 f.; *Schroth*, Vorsatz und Irrtum, S. 94 f.; *Wolter*, in: Schönemann, S. 113 f.; *Wolter*, ZStW 89 (1977), 649, 649 f.; *Wolter*, GA 1991, 531, 546 f.

³⁰⁴ *Jäger*, MSchrKrim 1978, 297 ff.; *Kühl*, AT, § 5, Rn. 1; *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, S. 74; *Struensee*, ZStW 102 (1990), 21, 23; *Warda*, Jura 1979, 71, 74 f.

³⁰⁵ *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 153 f.

³⁰⁶ *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 152 („Die Irrtumslehre ist daher für unvorhersehbare Kausalverläufe unzuständig.“).

³⁰⁷ *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 ff.

³⁰⁸ *Schroth*, Vorsatz und Irrtum, S. 96.

aber erforderlich ist³⁰⁹, kann die konkrete Kausalität nicht als Vorsatzgegenstand angesehen werden³¹⁰. Anderenfalls würde die Voraussetzung, dass der Vorsatz zum Zeitpunkt der Tatbestandsausführungshandlung vorliegen muss³¹¹, unterlaufen werden.

Würde man den konkreten Kausalverlauf als Vorsatzgegenstand ansehen, müssten außerdem zusätzlich zu den psychischen auch normative Aspekte Bedeutung für den Vorsatz erlangen oder auf diesen jedenfalls korrigierend einwirken. Denn bei „unwesentlichen“ Abweichungen vom vorgestellten Kausalverlauf, welche der Täter sich so nicht vorgestellt hat, würde es in einem ersten gedanklichen Schritt zunächst gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zu einem Vorsatzausschluss kommen. Zur „Heilung“ dieser – nach der herkömmlichen Auffassung nicht gewollten – Verneinung des Vorsatzes gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB müsste es in einem zweiten gedanklichen Schritt sodann darum gehen, eine Strafbarkeit zu begründen. Dies ist strafrechtssystematisch aber nicht nur zweifelhaft, sondern eine Strafbarkeitsbegründung *contra legem* (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB!) ist schlechterdings unmöglich (Art. 103 Abs. 2 GG). Der Gedanke zeigt aber, dass im Bereich des Vorsatzes auch nach der herkömmlichen Auffassung ohne wertende Gesichtspunkte nicht ausgekommen werden kann. Da demnach ohnehin eine normative Bewertung der Vorstellungen des Handelnden nicht erspart bleibt, sollte dies zugunsten der strafrechtsdogmatischen Klarheit und damit der einfacheren Rechtsanwendung auch in einer strafrechtssystematisch feineren Einordnung geschehen als bei einer Vertortung beim Vorsatz. Dies führt auch dazu, dass der Vorsatz nicht normativ verbogen werden muss, sondern seinem Wesen nach schwerpunktmäßig die handelndenpsychischen Gesichtspunkte zu ergründen hat.³¹²

Einfach ausgedrückt kommt es also für den Vorsatz nicht darauf an, ob der Handelnde sich den konkreten Kausalverlauf zwischen seinem tatbestandsmäßigen Verhalten und dem tatbestandsmäßigen Erfolg richtig vorstellt, sondern er muss sich den Kausalverlauf lediglich abstrakt zumindest als möglich vorstellen. Unter dieser Voraussetzung handelt er grundsätzlich vorsätzlich. Falls er sich jedoch einen konkreten Kausalverlauf vorstellt und der tatsächliche von diesem unter rechtlichen Wertungsgesichtspunkten wesentlich abweicht, wird ausnahmsweise normativ korrigiert, indem auf Ebene der subjektiven Zurechnung i.e.S. trotz zugrunde gelegten Vorsatzes eine Nichtzurechnung vorgenommen wird.

Der zum tatbestandlichen Erfolg führende konkrete Kausalverlauf ist folglich kein Gegenstand des Vorsatzes.

³⁰⁹ Im Umkehrschluss zum Mindesterfordernis der Möglichkeitsvorstellung für den (Eventual-) Vorsatz muss der Vorsatzgegenstand überhaupt kognitiv als möglich wahrgenommen werden können.

³¹⁰ *Schroth*, Vorsatz und Irrtum, S. 96.

³¹¹ *Kühl*, AT, § 5, Rn. 20; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, S. 21.

³¹² So schreibt z.B. auch *Kühl* vom Vorsatz als einem wertfreien psychologischen Sachverhalt; s. *Lackner/Kühl*, § 15 StGB, Rn. 31.

b) Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf als Gegenstand der objektiven Zurechnung

Ob eine Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf wesentlich oder unwesentlich ist, stellt sonach eine normative Beurteilung dar. Dies führt zu der Fragestellung, ob Kausalabweichungen bereits in der strafrechtssystematisch früher ansetzenden objektiven Zurechnung der tatbestandsmäßigen Handlung zum tatbestandsmäßigen Erfolg Bedeutung erlangen. So könnte bei einer Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf bereits auf Ebene des objektiven Tatbestands (trotz Vorliegens des Kausalzusammenhangs) eine normative Korrektur angebracht sein. Dies würde die Konsequenz haben, dass bereits die objektive Zurechnung verneint wird³¹³ und es somit gar nicht mehr auf die für die strafrechtssystematische Ebene des subjektiven Tatbestands maßgeblichen Vorstellungen des Handelnden ankommt.

Weiterführend ist dabei die vom BGH gewählte, bereits zuvor erwähnte Formulierung, Abweichungen des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf seien für die rechtliche Bewertung bedeutungslos, wenn sie sich innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorausschbaren halten und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigen.³¹⁴ Der BGH stellt also zwei Kriterien zur Beurteilung der Wesentlichkeit der Kausalabweichung auf: Vorhersehbarkeit und die andere (rechtliche) Bewertung. Gleichzeitig verweist der BGH zwar auf seine bisherige Rechtsprechung, die das Problem der Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf systematisch beim Vorsatz einordnet, lässt dann aber explizit dahinstehen, ob das Problem weiterhin systematisch beim Vorsatz oder bereits bei der objektiven Zurechnung einzuordnen ist.³¹⁵ Das ausdrückliche Offenlassen dieser Frage durch den BGH deutet darauf hin, dass dieser sich für künftige Entscheidungen die Möglichkeit eröffnen möchte, seine bisherige Jurisdiktion zu modifizieren. Dabei kommen logisch, neben der Einordnung beim Vorsatz, drei weitere Möglichkeiten in Betracht: eine Einordnung der Problematik bei der objektiven Zurechnung, wie dies ein Teil der Literatur vornimmt³¹⁶, jenseits von Vorsatz und objektiver Zurechnung³¹⁷ oder eine Aufsplitterung der Proble-

³¹³ LK¹¹/Jescheck, Vor § 13, Rn. 64.

³¹⁴ BGH GA 1955, 123, 125; BGHSt 38, 32, 34; BGH NStZ 2001, 29, 30; vgl. auch *Struensee*, ZStW 102 (1990), 21, 26 ff.

³¹⁵ BGHSt 38, 32, 34. Auf diese Entscheidung verweist der BGH zuletzt in BGH NStZ 2001, 29, 30 und bleibt weiterhin eine Entscheidung in der hier interessierenden Frage schuldig.

³¹⁶ *Krey*, AT II, Rn. 387; *Puppe*, GA 1981, 1, 15 f.; SK/StGB/*Rudolphi*, § 16, Rn. 31; *Wolter*, ZStW 89 (1977), 649, 663 ff. Für weitere Nachweise s. auch bei LK¹¹/*Schroeder*, § 16, Rn. 25 ff.; *Prittwitz*, GA 1983, 110, 113.

³¹⁷ Eine vollständige Behandlung der Problematik der Kausalabweichungen jenseits von objektiver Zurechnung wie auch zugleich jenseits des Vorsatzes wurde bis dato noch nicht unternommen.

matik und deren Abhandlung an zwei verschiedenen strafrechtssystematischen Orten³¹⁸.

Für die Konkretisierung des ersten Kriteriums, also der Voraussehbarkeit des Kausalverlaufs, werden nicht nur vom BGH³¹⁹, sondern insbesondere auch von der Literatur³²⁰ Voraussetzungen aufgestellt, die denen an ein Vorliegen der Gefahrverwirklichung i.R.d. objektiven Zurechnung der tatbestandsmäßigen Handlung zum tatbestandsmäßigen Erfolg entsprechen. So stellt die Formel „innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren“ inhaltlich nichts anderes dar als die aus Sicht eines objektiven Beobachters beurteilte Adäquanz der Schadensfolge zu der vom Handelnden geschaffenen rechtlich missbilligten Gefahr. Vertreter der Lehre von der objektiven Zurechnung nehmen demnach bei Vorliegen einer Kausalabweichung, die außerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren liegt, wenn also keine Kongruenz, sondern ein bloß zufälliger Zusammenhang zwischen der vom Handelnden geschaffenen Gefahr und dem eingetretenen Erfolg besteht³²¹, schon auf Ebene des objektiven Tatbestands eine normative Korrektur vor. Eine Erörterung strafrechtssystematisch nachgelagerter Punkte erübrigt sich dann. Das erste Kriterium der Rechtsprechung (Adäquanz) gehört somit schon zur objektiven Zurechnung.³²² Folglich kann es auf dieses Kriterium nach dessen Bejahung bereits im Rahmen des objektiven Tatbestandes am strafrechtssystematischen Ort des subjektiven Tatbestands nicht mehr ankommen. Es scheidet also als Teil einer strafrechtssystematisch eigenständigen Kategorie der subjektiven Zurechnung i.e.S. aus.

Demgegenüber befasst sich das zweite Kriterium der Rechtsprechung (Notwendigkeit einer anderen rechtlichen Bewertung) nicht, wie für die objektive Zurechnung typisch, mit einer normativen Bewertung des äußeren Geschehens. Vielmehr verbleibt für dieses Kriterium inhaltlich lediglich eine normative Bewertung der falschen Vorstellungen des Handelnden, welche jedenfalls nicht zum objektiven Tatbestand gehören. Das zweite Kriterium kann daher strafrechtssystematisch nicht bei der objektiven Zurechnung eingeordnet werden. Das Problem der Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf muss also aufgesplittet werden und an zwei verschiedenen strafrechtssystematischen Orten abgehandelt werden.

³¹⁸ So sieht LK¹¹/Schroeder, § 16, Rn. 25 m.w.N. infolge der Erweiterung der Lehre von der objektiven Zurechnung um die Zurechnung zum Vorsatz eine Aufspaltung des Problems der Abweichung des Kausalverlaufs in zwei Elemente der Strafbarkeit.

³¹⁹ Statt vieler BGHSt 7, 325, 329.

³²⁰ NK-StGB-Puppe, Vor § 13, Rn. 255; SK/StGB/Rudolphi, § 16, Rn. 31.

³²¹ Joecks, StGB, Vor § 13, Rn. 48.

³²² Roxin, AT I, § 12, Rn. 159. So i.E. auch Herzberg, JA 1981, 470, 471.

Die Frage der subjektiven Zurechnung i.e.S. vermischt sich demnach nicht mit der nach der objektiven Zurechnung³²³, sondern hat einen von jener abzugrenzenden Anwendungsbereich.

c) Ergebnis

Nachdem das erste der beiden Kriterien der Rechtsprechung zur Beurteilung der Wesentlichkeit der Kausalabweichung bereits i.R.d. objektiven Zurechnung abgehandelt wird, stand bislang die strafrechtssystematische Einordnung des zweiten Kriteriums noch aus. Dieses fragt nach der Notwendigkeit einer anderen rechtlichen Bewertung.³²⁴ Bewertungsgegenstand kann dabei allerdings nur noch die falsche Vorstellung des Handelnden sein. Da dieser Gegenstand rein psychischer Natur ist, stellt sich die strafrechtssystematische Einordnung dieses Kriteriums beim subjektiven Tatbestand als dem einheitlichen Ort für gegenständlich die Psyche des Täters betreffende Aspekte als richtig dar. Jedoch erweist sich, wie zuvor ausgeführt³²⁵, der zum tatbestandlichen Erfolg führende Kausalverlauf nicht als Gegenstand des Vorsatzes. Folglich können diesbezügliche Fehlvorstellungen des Handelnden den Vorsatz nicht berühren. Das zweite Kriterium der Rechtsprechung (Notwendigkeit einer anderen rechtlichen Bewertung) verbleibt dann aber, ohne dass eine Einordnung in die herkömmliche Strafrechtssystematik möglich wäre. Da es sich hierbei um eine normative Korrektur auf Ebene des subjektiven Tatbestands handelt, jedoch nicht um psychische Aspekte selbst, kann daher von einer strafrechtssystematisch eigenständigen Kategorie der subjektiven Zurechnung i.e.S. gesprochen werden. Relevant wird die Frage nach der subjektiven Zurechnung i.e.S. erst bei Vorliegen des objektiven wie auch des übrigen subjektiven Tatbestands, wenn also der Handelnde eine tatbestandsmäßige Verletzung des konkreten Rechtsgutobjekts in objektiv zurechenbarer Weise wissentlich oder willentlich herbeigeführt hat, der tatsächlich eingetretene tatbestandliche Erfolg aber auf andere, ebenso objektiv zurechenbare, wenschon vom Handelnden nicht erkannte, Weise eingetreten ist.³²⁶ Zu einer normativen Korrektur erst auf Ebene des subjektiven Tatbestands wird es aber nur dann kommen, wenn die Beeinträchtigung des Handlungsobjektes in einer ganz anderen Weise als vom Täter intendiert eintritt.³²⁷

Ein Teil der Literatur ignoriert schlichtweg die Möglichkeit einer strafrechtssystematisch eigenständigen normativen Korrektur der Zurechnung auf Ebene der subjektiven Tatseite.³²⁸ Dies hat jedenfalls teilweise seinen Grund in der Tatsache,

³²³ So aber *Joeks*, StGB, § 15, Rn. 33.

³²⁴ Statt vieler BGHSt 7, 325, 329.

³²⁵ S. o. Hpttl., 3. Tl., 1. Abschn., B., I., 2., a) unter der Überschrift „Konkreter Kausalverlauf als Gegenstand des Vorsatzes“.

³²⁶ SK/StGB/*Rudolphi*, § 16, Rn. 31. Vgl. auch *Puppe*, GA 1981, 1, 16.

³²⁷ *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 156 f.

³²⁸ *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 159.

dass die Problematik der Kausalabweichung komplett i.R.d. Vorsatzes behandelt wird.³²⁹

Ein weiterer Teil der Literatur lehnt eine solche normative Korrektur ab und belässt es bei derjenigen auf Ebene der objektiven Tatseite. Die vom Täter gewollte Erfolgsverursachung sei der von ihm nicht erkannten tatsächlichen Erfolgsverursachung tatbestandlich völlig gleichwertig, da jene gleichermaßen seinem äußeren Verhalten objektiv zurechenbar sei.³³⁰ Dem steht aber entgegen, dass der BGH im Zusammenhang mit Fehlvorstellungen über den Kausalverlauf die Möglichkeit einer anderen rechtlichen Bewertung eröffnet hat (Beurteilung der normativen Gleichwertigkeit von tatsächlichem und fehlerhaft vorgestelltem Kausalverlauf) und eine solche angesichts der zu lösenden Problematik eines unter normativen Gesichtspunkten unterschiedlichen Unrechtsgehalts der Tat je nach der Art und dem Ausmaß der Fehlvorstellungen des Täters über den Kausalverlauf auch angebracht ist.³³¹ Da die rechtliche Bewertung insoweit aber nicht strafrechtssystematisch bei der objektiven Zurechnung eingeordnet werden kann, da sie die Psyche und nicht etwa nur das äußere Geschehen betrifft, muss sie auf der subjektiven Tatseite als subjektive Zurechnung i.e.S. abgehandelt werden.

Zu beachten ist allerdings, dass im Grundsatz, wie allgemein in der Zurechnungslehre, bei Vorliegen der von den normativen abgesehenen Voraussetzungen von einer Zurechnung auszugehen ist³³² und es erst bei einer „anderen rechtlichen Bewertung“ zu einer normativen Korrektur kommt, also einer Nichtzurechnung. Die subjektive Zurechnung i.e.S. ist folglich als Pendant zur objektiven Zurechnung für die Eingrenzung von subjektiven Unrechtselementen zu verstehen. Während diese bereits auf der objektiven Tatseite in Ausnahmefällen eine normative Korrektur der Zurechnung des tatbestandlichen Erfolges zur tatbestandlichen Handlung vornimmt, indem sie bereits nicht zum objektiven Tatbestand zurechnet, korrigiert die subjektive Zurechnung i.e.S. auf der subjektiven Tatseite.

3. Maßstab der subjektiven Zurechnung i.e.S.

a) Individualisierender versus generalisierender Maßstab

Ob die Vorstellungen des Handelnden über den Kausalverlauf hinlänglich sind, um den Handelnden für den tatbestandsmäßigen Erfolg verantwortlich zu machen, könnte anhand zweier verschiedenen denkbarer Maßstäbe beurteilt werden, einem individuellen oder einem generalisierenden Maßstab. Während sich der individuelle Maßstab auf die Persönlichkeit des Handelnden bezieht, abstrahiert der generalisierende Maßstab seine normativen Gesichtspunkte von dieser.

³²⁹ Vgl. Nachweise in Fn. 294.

³³⁰ SK/StGB/*Rudolph*, § 16, Rn. 31; *Wolter*, ZStW 89 (1977), 649, 663 ff.

³³¹ Vgl. auch *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 156.

³³² Statt vieler *Jescheck/Wiegand*, AT, § 28 I 2.

Dabei ist vorab zu bedenken, dass es sich bei der subjektiven Zurechnung i.e.S. um eine „andere rechtliche Bewertung“³³³ handelt. Die Perspektive des handelnden Subjekts und dessen subjektiven Vorstellungen müssen freilich dieser Bewertung auf Ebene des subjektiven Tatbestandes zu Grunde gelegt werden. Dies bedeutet aber nicht, dass diese subjektive Sicht des individuellen Normunterworfenen zum Maßstab rechtlich richtigen Verhaltens erhoben wird; es geht sachlich einzig um die korrekte Individualisierung des Gegenstands rechtlicher Bewertung, also der Umstände, im Rahmen deren der Handelnde über sein Verhalten entschieden hat.³³⁴ Um eine Verhaltensnorm als solche hinlänglich bestimmen zu können, kann nämlich nicht etwa die Perspektive des jeweiligen Normunterworfenen selbst maßgeblich sein. Vielmehr muss jegliche rechtliche Bewertung notwendigerweise nach allgemeinen Kriterien objektiv sein³³⁵, wodurch ein möglichst hoher Grad an Rechtssicherheit erreicht wird. Für die individuelle Einzelfallgerechtigkeit sorgen zunächst die Voraussetzungen des Vorsatzes und der Schuld, welche auf die individuelle Psyche des Täters abstellen.

I.R.d. subjektiven Zurechnung i.e.S. geht es einzig um die Frage, ob der objektiv zurechenbare Erfolg (bzw. schon die zugrunde liegende Gefahrschaffung) mit dem gegebenen Vorsatz des Handelnden rechtlich korrespondiert, diesem also als Ausfluss seiner subjektiven Entscheidung gegen das Gut zurechenbar ist. Dabei kann nicht die Maßfigur des vernünftig handelnden Täters, mithin ein generalisierender Maßstab, herangezogen werden.³³⁶ Denn die vom individuellen Täter abgehobenen rechtlichen Bewertungen erfolgen strafrechtssystematisch bereits i.R.d. objektiven Zurechnung auf Ebene des objektiven Tatbestands, während für die einschlägigen normativen Fragen auf Ebene des subjektiven Tatbestands nur die Psyche des individuellen Täters als Bezugspunkt verbleibt. Daher muss von der subjektiven Vorstellung des jeweiligen Handelnden ausgegangen werden. Sodann wird insofern lediglich der normativ bedeutsame Bezug dessen Entscheidung, die normativ bedeutsame Dimension seines Vorsatzes untersucht.³³⁷ Damit wird aber gleichzeitig deutlich, dass der Gegenstand der rechtlichen Bewertung die individuelle Psyche des Handelnden selbst ist. Im Gegensatz zur nach einem generalisierenden Maßstab erfolgenden Zurechnung auf der Ebene des objektiven Tatbestands wird folglich bei derjenigen auf der Ebene des subjektiven Tatbestands ein individualisierender Maßstab herangezogen. Dies verdeutlicht, dass es sich bei der subjektiven Zurechnung keineswegs, wie teils missverstanden³³⁸, um eine „versubjektivierte“ Zurechnung handelt, sondern dass lediglich der Zurechnungsgegen-

³³³ BGHSt 7, 325, 329; 38, 32, 34.

³³⁴ Für die Zurechnungslehre insgesamt MünchKommStGB/*Freund*, Vor §§ 13 ff., Rn. 164.

³³⁵ Roxin, AT I, § 12, Rn. 157; in anderem Zusammenhang auch MünchKommStGB/*Freund*, Vor §§ 13 ff., Rn. 26; vgl. auch *Wolter*, Roxin-Symposium, S. 15.

³³⁶ So allerdings *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, S. 74.

³³⁷ *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 630 f.

³³⁸ Vgl. MünchKommStGB/*Freund*, Vor §§ 13 ff., Rn. 164.

stand die Vorstellungen des handelnden Subjekts³³⁹ sind, es sich mithin um eine personale und individuelle Zurechnung handelt³⁴⁰.

Es handelt sich demnach bei der subjektiven Zurechnung um eine Zurechnung nach objektiven, also allgemeingültigen³⁴¹, Kriterien. Dabei spielt die individuelle Psyche des Täters im Gegensatz zur Beurteilung des Vorliegens seines Vorsatzes nur als Bezugspunkt eine entscheidende Rolle.³⁴² Diese ist nur noch die Grundlage für die objektive Bewertung anhand des von der Zurechnungslehre zu entwickelnden normativen Maßstabs.³⁴³ Die subjektive Zurechnung i.e.S. ist demnach eine normative Bewertung.³⁴⁴ Sie könnte mithin insofern auch normative Zurechnung zum Vorsatz heißen. Wegen ihres Bezugspunktes liegt ihr ein individualisierender Maßstab zugrunde.

b) Ausprägungen des Maßstabes (Zurechnungskriterien der subjektiven Zurechnung i.e.S.)

Während der BGH die inhaltliche Ausfüllung des von ihm aufgestellten zweiten Kriteriums der „anderen rechtlichen Bewertung“³⁴⁵ nicht weiter konkretisiert hat, werden in der Literatur in der Sache, wenn auch nicht in der hier verwendeten Terminologie der subjektiven Zurechnung i.e.S., eine Vielzahl von Kriterien vorgeschlagen, die den normativen Maßstab der subjektiven Zurechnung i.e.S. konkretisieren sollen. Die im Folgenden dargestellten Einzelmeinungen lassen sich in erster Linie anhand des jeweils verwendeten Maßstabes systematisieren und weiterhin jedenfalls teilweise in Gruppen mit gleichgelagerten Kriterien zusammenfassen.

Indem sie die Maßfigur des vernünftig handelnden Täters heranzieht, vertritt *Puppe* (wohl als einzige) einen generalisierenden Maßstab.³⁴⁶ Sie stellt grundlegend fest, dass an die Tätervorstellung vom Kausalverlauf höhere Anforderungen gestellt werden müssen, als sie für die objektive Zurechnung gelten; nur so sei die Vorsatzgefahr gegenüber der Fahrlässigkeitsgefahr qualifiziert.³⁴⁷ Die grundlegende Feststellung ist freilich (nur) ein logischer Schluss aus dem strafrechtssystematischen Aufbau. Wären nämlich die Anforderungen der objektiven Zurechnung höher oder gleichrangig, verbliebe kein eigenständiger Gehalt der subjektiven

³³⁹ Bereits in der Philosophie Hegels beinhaltet die Zurechnung die Zugehörigkeit einer Handlung und ihrer Folgen zu einer wollenden Person als Subjekt, s. *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 115 bis 118.

³⁴⁰ Vgl. dazu auch *Wolter*, in: Schönemann, S. 103 ff., 104.

³⁴¹ *Struensee*, Grundlagenprobleme, S. 1.

³⁴² *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 154.

³⁴³ *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 157.

³⁴⁴ *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 159. Für die objektive Zurechnung zum objektiven Tatbestand: *Jescheck/Weigend*, AT, § 28 I 2.

³⁴⁵ BGHSt 7, 325, 329; 38, 32, 34.

³⁴⁶ *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, S. 74.

³⁴⁷ NK-StGB-*Puppe*, § 16, Rn. 76.

Zurechnung, da strafrechtssystematisch bereits auf Ebene des objektiven Tatbestands die einschlägigen normativen Fragen gestellt worden wären und sich somit die Frage nach der subjektiven Zurechnung i.e.S. überhaupt erübrigen würde. Inhaltlich fordert *Puppe* sodann, dass der wirkliche Kausalverlauf mit dem vom Täter angenommenen in solchen und so vielen Gefährdungsfaktoren übereinstimmt, als erforderlich sind, um eine Vorsatzgefahr zu begründen.³⁴⁸ Eine solche Vorsatzgefahr sei „[...] nach der Maßfigur des vernünftigen handelnden Täters dann gegeben, wenn das Handeln des Täters nach vernünftigen Maßstäben die Anwendung einer tauglichen Strategie zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges darstellt“³⁴⁹. Offen bleibt bei diesem generalisierenden Maßstab jedoch, welche normativen Aspekte bereits i.R.d. objektiven Zurechnung und welche erst auf Ebene des subjektiven Tatbestands erörtert werden sollen.

Bei den nunmehr folgenden beiden Ansätzen wird nicht klar, ob ein generalisierender oder ein individualisierender Maßstab verwendet wird. Sie führen aber immerhin möglicherweise fruchtbare Kriterien für die subjektive Zurechnung i.e.S. auf.

Nach *Frisch* rechtfertigt eine Kausalabweichung bei normativer Betrachtung keine andere Würdigung der Tat, wenn beide Kausalverläufe gleichwertig sind.³⁵⁰ Allerdings bleibt dabei nicht nur unklar, welcher Maßstab für die Beurteilung der Gleichwertigkeit der Kausalverläufe verwendet wird. Genauso wenig werden konkretere Kriterien angeführt, welche diese Gleichwertigkeit präzisieren.

Joerden stellt für die Zurechnung auf eine hinreichende Parallelität einerseits des Urteils des Täters und andererseits des Urteils des Richters ab.³⁵¹ Doch bleibt *Joerden* den Maßstab wie auch konkretere Kriterien für die Beurteilung dieser hinreichenden Parallelität schuldig.

Die verbleibenden Ansätze verwenden allesamt einen individualisierenden Maßstab für die subjektive Zurechnung i.e.S. Damit stimmen sie insofern mit der hier vertretenen Auffassung überein.

Für *Schroeder* ist die dem Täter bekannte konkrete Erfolgstauglichkeit des Mittels, mit dem das Rechtsgut angegriffen wird, entscheidend. Bei gegebener Tauglichkeit des Angriffsmittels könne den Täter auch eine Ungewöhnlichkeit oder eine Unvorhersehbarkeit der Verwirklichung seines Angriffs nicht entlasten.³⁵² Übersetzt in die Terminologie der vorliegenden Arbeit heißt das umgekehrt, dass eine mittels der subjektiven Zurechnung i.e.S. vorgenommene Nichtzurechnung nur dann ausnahmsweise in Betracht kommt, wenn das Angriffsmittel aus Täter-sicht untauglich ist.

³⁴⁸ *Puppe*, AT 1, § 21, Rn. 8; *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, S. VII, 75 f.; NK-StGB-*Puppe*, § 15, Rn. 82.

³⁴⁹ *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, S. 74.

³⁵⁰ *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 571.

³⁵¹ *Joerden*, JahrbRuE, Bd. 2 (1994), 307, 316 f.

³⁵² *Schroeder*, GA 1979, 321, 328; LK¹¹/*Schroeder*, § 16, Rn. 29.

Jakobs setzt explizit beim vom Täter vorsätzlich geschaffenen Risiko an.³⁵³ Unter diesem versteht er die maßgeblichen der potentiell für einen tatbestandlichen Erfolg denkbaren Bedingungskomplexe. Diese potentiell für einen tatbestandlichen Erfolg denkbaren Bedingungskomplexe unterteilt er in Klassen wie etwa das Fehlverhalten eines Täters, die Schuld eines Täters, das Selbstverschulden oder das Unglück. Jeder Bedingungskomplex, der den auf diesen zurückgeführten, tatsächlich verwirklichten Schadensverlauf erklärt, wird von *Jakobs* als maßgeblich definiert und als Risiko bezeichnet.³⁵⁴ Ist dieses verwirklichte Risiko vom Täter vorsätzlich geschaffen worden, bedarf es nach *Jakobs* für die Zurechnung als vorsätzliche Tat zusätzlich einer spezifischen Verbindung zwischen Risiko und Erfolg, die über das Risiko als bloße Erfolgsbedingung hinausgeht. So soll der Erfolg nicht nur gelegentlich dieses Risikos, sondern gerade wegen dieses Risikos eintreten müssen.³⁵⁵ Der Handelnde muss also das Risiko der, ebenfalls zum Erfolg führenden, objektiv relevanten Kausalabweichung kennen.

Nach *Schlehofer* ist die – im Zeitpunkt der Handlung des unmittelbaren Ansetzens zur tatsächlichen Tatbestandsverwirklichung als Entscheidungsgrundlage vorhandene – Kenntnis von der rechtlich missbilligten unmittelbaren Gefahr der tatsächlichen Kausalabweichung ausschlaggebend.³⁵⁶ *Otto* rechnet dem Täter Sachverhalte als bewusst verwirklicht zu, wenn diese typischerweise in der von ihm geplanten Deliktsverwirklichung angelegt sind und ihm daher mitbewusst sind.³⁵⁷ Er lässt somit die kognitive Komponente des Vorsatzes insoweit genügen und fordert für die Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit nicht auch dessen voluntative Komponente. Nach *Otto* muss demnach für die subjektive Zurechnung i.e.S. dem Täter die Typik seines Verhaltens insofern bekannt sein, als dass aus der von ihm vorsätzlich ins Werk gesetzten Gefährdung auch die tatsächlich andersartige als die gedachte Realisierung zumindest möglicherweise zum selben Erfolg führen kann.³⁵⁸

Schroth geht von der Annahme der neueren Zurechnungslehre aus, wonach die Erfolgsdelikte die Aufgabe haben, spezifische Risikozurechnungen auszuschließen. Für ihn ist daher das zentrale Kriterium für die subjektive Zurechnung i.e.S., ob der Handelnde den Risikotypus seines Handelns kannte, der sich im Erfolg realisiert hat. Dieser Risikotypus muss ferner durch den Sinn und Zweck des konkreten Tatbestandes ausgeschlossen werden sollen.³⁵⁹

Roxin schlägt das Zurechnungskriterium der Planverwirklichung vor, das nach dem Gesichtspunkt bewertet, ob die konkrete Art und Weise des tatbestandlichen Erfolges noch als Verwirklichung des Täterplans angesehen werden kann. Dieses

³⁵³ *Jakobs*, AT, 8. Abschn., Rn. 65.

³⁵⁴ *Jakobs*, AT, 7. Abschn., Rn. 72.

³⁵⁵ *Jakobs*, AT, 8. Abschn., Rn. 65.

³⁵⁶ *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, S. 169 ff.

³⁵⁷ *Otto*, AT, § 7, Rn. 85.

³⁵⁸ *Otto*, AT, § 7, Rn. 86.

³⁵⁹ *Schroth*, Vorsatz und Irrtum, S. 97.

Kriterium der Planverwirklichung würde dem Merkmal der Gefahrverwirklichung als dem Zurechnungsmaßstab für den objektiven Tatbestand entsprechen.³⁶⁰ Nach der diesen Ansatz weiter konkretisierenden Ansicht von *Wolter* muss für eine Zurechnung eine spezifische objektive (Plan-) Gefahrverwirklichung vorliegen. Eine solche ist dann gegeben, wenn das abweichende Risiko (Realgefahr) und der daraus entstehende Erfolg typischerweise in der (objektiv) ins Werk gesetzten, auf dem (subjektiven) Plan beruhenden Gefahr (Plangefahr) mitangelegt sind, sich dadurch zwanglos objektiv erklären lassen und in Ausübung und nicht nur bei Gelegenheit der Tat eintreten.³⁶¹

Die bislang angeführten Kriterien sind zwar immerhin nicht mehr ganz so unerträglich „schwammig“³⁶² wie das Ausgangskriterium der „Notwendigkeit einer anderen Bewertung der Tat“³⁶³. Sie bleiben allerdings allesamt weiter konkretisierungsbedürftig. Andernfalls bliebe es weiterhin der bloßen Willkür überlassen, was genau unter einer „tauglichen Strategie zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges“, einer „Gleichwertigkeit der Kausalverläufe“, einer „hinreichenden Parallelität der Urteile“, einer „konkreten Erfolgstauglichkeit des Mittels“, einem „Risiko der objektiv relevanten Kausalabweichung“, einer „Gefahr der tatsächlichen Kausalabweichung“, einer „typischen Gefahr andersartiger Realisierung“ oder einem „Risikotypus“ zu verstehen ist oder wie sich bestimmen lässt, ob der Geschehensablauf noch als „Planverwirklichung“ oder „Verwirklichung der Plangefahr“ angesehen werden kann. Einheitlich zeichnet sich bei den dargestellten Ansichten jedenfalls ab, dass der Handelnde in einer bestimmten Art und in einem bestimmten Maß den tatsächlich eingetretenen Kausalverlauf in seine Vorstellungswelt aufgenommen haben muss. Soweit jedoch auf Kenntnisse des Täters abgestellt wird, spricht dies einen Aspekt des Vorsatzes an. Damit wird deutlich, dass im Gegensatz zur Terminologie der vorliegenden Arbeit durch die sieben dargestellten Auffassungen keine scharfe begriffliche Abgrenzung zwischen den psychischen und den normativen Aspekten der subjektiven Tatseite vorgenommen werden.

Bei der Konkretisierung der subjektiven Zurechnung i.e.S. kann es der Art nach nicht um eine unmittelbare Aufnahme des tatsächlich eingetretenen Kausalverlaufs in die Vorstellungswelt des Handelnden gehen. Ansonsten würde es sich bei der subjektiven Zurechnung i.e.S. nicht mehr um eine normative Bewertung handeln, sondern der konkrete Kausalverlauf würde doch, entgegen der vorangegangenen Ausführungen, zum Vorsatzgegenstand gemacht. Dennoch löst sich die normative Bewertung i.R.d. subjektiven Zurechnung i.e.S. nicht von den Vorstellungen des Handelnden, sondern jene stellen vielmehr ihre Basis dar. So muss eine

³⁶⁰ *Roxin*, *Württenberger-Festschr.*, 109, 120 ff.; *Roxin*, *AT I*, § 12, Rn. 6, 155 ff. Zust. *HK-GS/Duttge*, § 16, Rn. 5 m.w.N.; *Schlüchter/Herzog*, *Strafrecht*, S. 29 f.

³⁶¹ *Wolter*, *Roxin-Symposium*, S. 18 f.

³⁶² So *Schroeder*, *GA* 1979, 321, 328.

³⁶³ Statt vieler *BGHSt* 7, 325, 329.

normative Bewertung berücksichtigen, ob der Geschehensablauf nach den Vorstellungen des Handelnden (noch) durch sein Verhalten realisiert wurde, der Handelnde also in irgendeiner Weise von dem Verknüpfungszusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem Erfolg wusste.³⁶⁴ Mit anderen Worten: Eine subjektive Zurechnung kann jedenfalls dann nicht erfolgen, wenn der Handelnde im maßgeblichen Zeitpunkt seines Verhaltens keinerlei Vorstellungen hat, welche im Entferntesten an den konkreten objektiv relevanten Geschehensablauf anknüpfen. Der Handelnde muss also Vorstellungen haben, die es rechtfertigen, ihm den konkreten Geschehensablauf als seine Erfolgsherbeiführung normativ zuzurechnen. Bezugspunkt dieser Vorstellungen ist aber nicht etwa der konkrete Geschehensablauf selbst, sondern vielmehr davon zu unterscheidende Anhaltspunkte beim Verhalten des Täters, die allerdings an den konkreten Geschehensablauf anknüpfen und auf die sich die normative Bewertung stützt. Solche Anhaltspunkte können etwa die tatbestandliche Gefahr der objektiv relevanten Kausalabweichung oder einer der anderen oben erwähnten Bezugspunkte wie z.B. die konkrete Erfolgstauglichkeit des Mittels sein.

Beim Ausmaß dieser Vorstellungen des Handelnden kann es aber nicht um ein bloßes diesbezügliches Wissenmüssen gehen. Um nämlich zum rein fahrlässigen Handeln abgrenzen zu können, muss – in paralleler Wertung zum Vorsatz – als Mindestmaß für die Vorstellungen des Handelnden in Bezug auf die erwähnten Anhaltspunkte ein Für-Möglich-Halten gefordert werden. Nur so kann die eigentliche der subjektiven Zurechnung i.e.S. zugrunde liegende normative Frage beantwortet werden, ob eine „besondere rechtliche Verknüpfung“ von fahrlässiger Vollendung und (vorsätzlichem) Versuch³⁶⁵ zu einer vorsätzlichen Vollendung gerechtfertigt ist.

Damit wird mittelbar zwar nicht der konkrete Kausalverlauf, wohl aber das Risiko dazu zum Vorsatzgegenstand.

II. Subjektive Zurechnung i.e.S. beim vorsätzlichen Tätigkeitsdelikt

Vorsätzliche Tätigkeitsdelikte erfordern nur das Vorliegen der tatbestandsmäßigen Handlung. Da ein zuzurechnender tatbestandsmäßiger Erfolg fehlt, ist das durch den betreffenden Tatbestand typisierte Unrecht bereits mit Aufnahme der tatbestandsmäßigen Handlung vollständig verwirklicht. Neben dem sich darauf beziehenden Vorsatz ist daher auf der subjektiven Tatseite für eine subjektive Zurechnung i.e.S., also einer ausnahmsweisen normativen Korrektur der Zurechnung, kein Raum.

³⁶⁴ Vgl. *Schroth*, Vorsatz und Irrtum, S. 97.

³⁶⁵ *Wolter*, Roxin-Symposium, S. 18.

III. Subjektive Zurechnung i.e.S. beim Fahrlässigkeitsdelikt

Beim Fahrlässigkeitsdelikt wird von vornherein die subjektive Zurechnung i.e.S. wieder nur bei fahrlässigen Erfolgsdelikten relevant, nicht hingegen bei fahrlässigen Tätigkeitsdelikten wie etwa dem fahrlässigen Falscheid und der fahrlässigen Versicherung an Eides Statt gem. § 163 Abs. 1 StGB. In der Sache geht es wieder um den spezifischen Zusammenhang zwischen dem Verhalten und dem Erfolgseintritt. Beim fahrlässigen Erfolgsdelikt kommt es auf die subjektive Zurechnung i.e.S. an, wenn der eingetretene tatbestandsmäßige Erfolg auf nicht unbedingt nahe liegendem Weg eingetreten ist.³⁶⁶ Bei Nichtvoraussehbarkeit gewisser Einzelheiten des Kausalverlaufs durch den Handelnden kann daher die Unterbrechung der subjektiven Zurechnung erörtert werden. Herkömmlicherweise wird allerdings terminologisch die Unterbrechung der subjektiven Zurechnung nicht als solche bezeichnet und die damit verbundene Sachfrage strafrechtssystematisch i.R.d. objektiven Zurechnung³⁶⁷, i.R.d. Sorgfaltspflichtverletzung³⁶⁸ und oder i.R.d. Erkennbarkeit bzw. Voraussehbarkeit des tatbestandsmäßigen Erfolgs³⁶⁹ abgehandelt. Dies hat insbesondere seinen Grund darin, dass die herkömmliche Auffassung³⁷⁰ die Fahrlässigkeit auf Ebene des Unrechts – genauer des Tatbestands – als einzig objektives Phänomen ansieht, jedwedes subjektives Fahrlässigkeitselement – vermeintlich – aus dem Bereich des Unrechts auf die Ebene der Schuld verschiebt und somit freilich strafrechtssystematisch eine Kategorie der subjektiven Zurechnung verneinen bzw. ignorieren muss.³⁷¹

Fraglich ist somit auch, ob beim fahrlässigen Erfolgsdelikt überhaupt Raum und Notwendigkeit für eine eigenständige strafrechtssystematische Kategorie der subjektiven Zurechnung i.e.S. besteht.

So könnte die damit verbundene Sachfrage bereits i.R.d. objektiven Zurechnung abgehandelt sein. Während das für die Beurteilung der Wesentlichkeit einer Kausalabweichung beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt von der Rechtsprechung aufgestellte erste Kriterium einer nach allgemeiner Lebenserfahrung gegebenen Vorhersehbarkeit³⁷² schon beim Vorsatzdelikt und so auch beim Fahrlässigkeitsdelikt i.R.d. objektiven Zurechnung abgehandelt wird, verbleibt das zweite Krite-

³⁶⁶ *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 631.

³⁶⁷ Insb. *Roxin*, AT I, § 11, Rn. 49, § 24, Rn. 10; *Yamanaka*, ZStW 102 (1990), 928, 944. Nach diesen beiden Autoren sollen auch die i.R.d. objektiven Sorgfaltspflichtverletzung erörterten sachlichen Gesichtspunkte in der objektiven Zurechnung aufgehen, neben der es für die Fahrlässigkeit auch ansonsten keinerlei weiterer Kriterien bedürfe.

³⁶⁸ *Jescheck/Weigend*, AT, § 55 II 3; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 121 ff.

³⁶⁹ BGH GA 1960, 111, 112. Vgl. LK¹¹/*Schroeder*, § 16, Rn. 19.

³⁷⁰ Statt vieler *Roxin*, AT I, § 11, Rn. 49, § 24, Rn. 10.

³⁷¹ Näheres dazu nicht nur im Folgenden, sondern auch später im die Fahrlässigkeit betreffenden Teil der Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung i.w.S.

³⁷² BGHSt 7, 325, 329; 38, 32, 34.

rium der Rechtsprechung („andere rechtliche Bewertung“³⁷³) auch beim Fahrlässigkeitsdelikt zunächst unbehandelt.

Fraglich ist allerdings bereits, ob diesem Kriterium beim Fahrlässigkeitsdelikt noch substantieller Gehalt zukommt, also eine andere rechtliche Bewertung auf einer strafrechtssystematischen Stufe jenseits der objektiven Zurechnung überhaupt noch möglich ist. So sieht ein Teil der Literatur den Tatbestand fahrlässiger Delikte, soweit dieser nicht zusätzliche Verhaltensbeschreibungen enthält, bereits und allein durch die Lehre von der objektiven Zurechnung ausgefüllt.³⁷⁴ Anderweitig angeführte Kriterien fahrlässigen Verhaltens wie etwa die „Sorgfaltspflichtverletzung“ oder die „Erkennbarkeit des tatbestandsmäßigen Erfolgs“ würden über die allgemeinen Zurechnungskriterien nicht hinausführen.³⁷⁵ Diese Sichtweise findet Unterstützung beim unbewusst fahrlässigen Delikt, bei dem der Handelnde die Rechtsgutgefährdung selbst nicht in sein Bewusstsein aufgenommen hat³⁷⁶, sondern nur einen normativ zu bestimmenden Ausschnitt der gefahrbe gründenden Umstände kennt und somit die psychischen Gegebenheiten nur wenig ausgeprägt sind.³⁷⁷ Soweit nämlich die objektive Zurechnung zumindest an jene psychischen Faktoren anknüpft und somit subjektive Bezugspunkte umfasst, können darüber hinaus keine weiteren psychischen Faktoren mehr notwendig sein, um fahrlässiges Verhalten zu begründen. Damit würde sich die subjektive Erkennbarkeit beim unbewusst fahrlässigen Delikt allein auf das risikoschaffende Verhalten beziehen und die Verwirklichung dieses Risikos im Erfolg und damit der Erfolgswert keiner (weiteren) subjektiven Begleitung bedürfen.³⁷⁸ Wie aber bereits beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt dargestellt, ist es deutlicher, die Frage der normativen Bewertung psychischer Faktoren von der die normative Bewertung äußerer Faktoren betreffenden objektiven Zurechnung zu trennen.³⁷⁹ Da sowohl

³⁷³ BGHSt 7, 325, 329; 38, 32, 34.

³⁷⁴ Roxin, AT I, § 11, Rn. 49, § 24, Rn. 10; Yamanaka, ZStW 102 (1990), 928, 944.

³⁷⁵ Roxin, AT I, § 24, Rn. 10 ff.; Yamanaka, ZStW 102 (1990), 928, 944.

³⁷⁶ Struensee, Grundlagenprobleme, S. 14.

³⁷⁷ Da aber, im Umkehrschluss zur Berücksichtigung von Sonderwissen, für die Begründung einer Fahrlässigkeitstat der Handelnde jedenfalls die gefahrbe gründeten Umstände kennen muss, liegt es fern, die Erforderlichkeit von subjektiven Tatbestandsmerkmalen generell zu verneinen und somit dogmatisch bereits überhaupt keine strafrechtssystematische Kategorie für täterpsychologische Umstände auf Ebene des Tatbestands fahrlässiger Delikte zuzulassen. So aber u.a. – abgesehen vom reinen psychologischen Negativum des Nichtwissens – Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 22, Rn. 9 ff., 15 ff. Dagegen (teilweise jedenfalls inzident): BGHSt 14, 52, 54; GA 1960, 111, 112; Burkhardt, in: Wolter/Freund, S. 130 f.; Kindhäuser, LPK-StGB, § 15, Rn. 77; Rudolphi, JuS 1969, 549, 552; Struensee, Grundlagenprobleme, S. 26 und 30; AK-StGB-Zielinski, §§ 15, 16, Rn. 87 ff., 92. Für eine Individualisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes nicht nur – mittels Berücksichtigung von Sonderwissen – nach „oben“, sondern auch nach „unten“ siehe auch MünchKommStGB/Duttge, § 15, Rn. 97 ff. m.w.N.

³⁷⁸ Wolter, Roxin-Symposium, S. 9.

³⁷⁹ Vgl. o. Zu subjektiven Elementen in der objektiven Zurechnung vgl. Arzt, Schlüchter-Gedächtnisschr., S. 163 ff. Vgl. allgemeiner auch Jakobs, AT, 7. Abschn., Rn. 32, 49. Für das Bedürfnis einer „theoretische(n) Entflechtung“ und „dogmatischen Durchleuchtung“ objektiver

das bewusst als auch das unbewusst fahrlässige Delikt psychische Elemente enthält³⁸⁰, bleibt dann für die normative Bewertung derselben nur ein systematischer Ort jenseits der objektiven Zurechnung zum objektiven Tatbestand.

Eine eigenständige Kategorie der subjektiven Zurechnung i.e.S. auch für das fahrlässige Erfolgsdelikt ist demnach systematisch begründet, setzt aber immer noch voraus, dass ihr auch ein sachlicher Gehalt zukommt, dass es also einer normativen Bewertung der subjektiven Elemente des fahrlässigen Erfolgsdelikts bedarf. Diese Frage würde in der herkömmlichen Fahrlässigkeitsdogmatik als einer der unter dem Stichwort Pflichtwidrigkeitszusammenhang begegnenden Aspekte erörtert werden müssen, also i.R.d. objektiven Zurechnung.³⁸¹ Beim sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang geht es um die Verbindung einer fahrlässigen Handlung mit einem tatbestandlichen Erfolg. Liegt zwar eine fahrlässige Handlung samt ihrer subjektiven Elemente vor, steht aber in Zweifel, ob der tatbestandliche Erfolg auf dieser fahrlässigen Handlung gründet oder auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Handelnden eingetreten wäre, so ergibt sich die parallele Problemkonstellation wie i.R.d. vorsätzlichen Erfolgsdelikts. Ist bereits die bloße Handlung als objektives Element nicht mit dem tatbestandlichen Erfolg in Verbindung zu bringen, da die Verwirklichung des tatbestandlichen Erfolges, normativ bewertet, nach allgemeiner Lebenserfahrung durch diese Handlung nicht voraussehbar war, so führt dies bereits zu einer Nichtzurechnung auf Ebene des objektiven Tatbestands. Ist aber die Handlung dem tatbestandlichen Erfolg objektiv zuzurechnen, so verbleibt noch eine denkbare Inkongruenz zwischen den objektiven und den subjektiven Fahrlässigkeitselementen. Dabei stellt sich die hier interessierende normative Frage, ob dem Handelnden der verwirklichte tatbestandliche Erfolg subjektiv zugerechnet werden kann, in Konstellationen, in denen die konkrete Weise der Verwirklichung des tatbestandlichen Erfolgs auf einem anderen Ausschnitt von Risikofaktoren basiert als demjenigen, über welchen sich der Handelnde zur Begründung eines Fahrlässigkeitsurteils bewusst sein muss.

und subjektiver Elemente beim Fahrlässigkeitsdelikt vgl. auch: *Struensee*, Grundlagenprobleme, S. 15.

³⁸⁰ Jedenfalls in dem Erfordernis der – zuweilen sich nur auf Indizien stützenden – Erkennbarkeit bzw. Vorhersehbarkeit des tatbestandlichen Erfolgs liegt ein subjektives oder zumindest daran anknüpfendes Element der Fahrlässigkeit, vgl. *Jakobs*, AT, 9. Abschn., Rn. 2, 5 ff., 8 ff.; *Maurach/Güssel/Zipf*, Strafrecht AT 2, § 43, Rn. 110 ff.; *Stratenwerth/Kublen*, Strafrecht AT I, § 15, Rn. 18. Ferner stellt auch die Einbeziehung von „Sonderwissen“ des Täters eine Aufnahme eines subjektiven Elements in die Basis des Risikourteils dar, womit bereits der Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts durch die Psyche des Handelnden mitgeprägt wird; vgl. *Jakobs*, AT, 7. Abschn., Rn. 49; *Struensee*, Grundlagenprobleme, S. 18, 20 f. und 39. Zum subjektiven Gehalt der Fahrlässigkeit später mehr; s. Hpttl., 5. Tl., 3. Abschn., B., II.

³⁸¹ Vgl. *Kühl*, AT, § 17, Rn. 45 ff. m.w.N., der den gelegentlich allgemeiner als Rechtswidrigkeitszusammenhang bezeichneten Pflichtwidrigkeitszusammenhang zusammen mit dem Schutzzweckzusammenhang als die besonderen Zurechnungsprobleme beim Fahrlässigkeitsdelikt beschreibt.

Dies wird etwa deutlich an folgendem Beispiel³⁸²:

Ein Zahnarzt narkotisiert eine fettsüchtige Patientin. Dabei verzichtet er darauf, diese vorher von einem Spezialisten auf Narkoseverträglichkeit untersuchen zu lassen, obwohl dies nach den Regeln der ärztlichen Kunst angezeigt gewesen wäre. Die Patientin verstirbt aber nicht etwa infolge einer jener Verlaufsarten, die durch die angezeigte vorherige Untersuchung prognostiziert und somit hätten vermieden werden können, sondern vielmehr infolge eines anderen Kausalverlaufs, der allerdings auf Risikofaktoren zurückzuführen ist, die durch die Handlung des Arztes objektiv angestoßen wurden.

Liegen diese Risikofaktoren nunmehr außerhalb dessen, an was ein Arzt nach allgemeiner Lebenserfahrung in einem solchen Fall überhaupt denken kann, so verneint die herkömmliche Fahrlässigkeitsdogmatik bereits die Zurechnung zum objektiven Tatbestand. Demgegenüber rechnet die herkömmliche Fahrlässigkeitsdogmatik in demselben Fall unter dem Aspekt der Berücksichtigung von Sonderwissen³⁸³ dann zu, wenn dieser konkrete Arzt genau von diesen Risikofaktoren Kenntnis gehabt hat. Dies entlarvt (nochmals) die unsystematische Verortung von einzig die Täterpsyche betreffendem Sonderwissen in der eigentlich lediglich die objektiven Tatumstände betreffenden sollenden objektiven Zurechnung und ändert zudem deren generalisierenden Maßstab insoweit in einen individualisierenden. Es ist daher strafrechtssystematisch deutlicher, diejenigen unter dem Stichwort Pflichtwidrigkeitszusammenhang erörterten Sachfragen, welche einzig auf psychischen Gegebenheiten fußen, dem subjektiven Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdelikts zuzuschreiben und für deren Beurteilung dann einen individualisierenden Maßstab heranzuziehen. Es geht in der Sache eben entweder um ein klassisches Zurechnungsproblem auf der Ebene des objektiven Tatbestandes oder aber um ein solches auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes, bei welchem jedoch in diesem Zusammenhang nicht interessiert, womit der Handelnde noch rechnen musste, sondern ob er einen bestimmten, auf den betreffenden Tatbestand normativ fixierten Risikofaktor positiv gekannt hat.³⁸⁴

Liegen die erwähnten Risikofaktoren innerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung, so ist zwar die objektive Zurechnung zu bejahen. Allerdings bleibt dann die Möglichkeit eröffnet, normativ zu erwägen, welches Maß an Kenntnissen für die Begründung eines Fahrlässigkeitsurteils in einem solchen Fall erforderlich sein soll. Diese Erwägung führt zur subjektiven Zurechnung i.e.S. für das fahrlässige Erfolgsdelikt. Während es für die subjektive Zurechnung i.e.S. beim Vorsatzdelikt darum ging, den normativ relevanten Teil der bewussten Entscheidung des Täters

³⁸² In Anlehnung an BGHSt 21, 59. Vgl. auch *Struensee*, Grundlagenprobleme, S. 41. Vgl. auch weiteres Beispiel in *Struensee*, Grundlagenprobleme, S. 43.

³⁸³ Zur Abstellung auf die individuellen Fähigkeiten des Täters bei der Bemessung der von diesem i.R.d. Fahrlässigkeitsprüfung zu erwartenden Vorsicht bereits *Frank*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 195 f.

³⁸⁴ Vgl. *Struensee*, Grundlagenprobleme, S. 43.

gegen das Rechtsgut darauf hin zu untersuchen, bis zu welchem Grad dieser mit dem äußeren Geschehen rechtlich korrespondiert, behandelt also die subjektive Zurechnung i.e.S. beim Fahrlässigkeitsdelikt die Frage, bis zu welchem Grad das äußere Geschehen als Folge des normativ relevanten Teils der Vernachlässigung der Achtung qualifiziert werden kann, welche dem Täter gegenüber dem Rechtsgut möglich ist und von ihm erwartet werden kann.³⁸⁵ Dazu muss für den jeweiligen Fahrlässigkeitstatbestand unter Berücksichtigung der Wertigkeit des durch diesen geschützten Rechtsgutes der Mindestumfang an Kenntnis des Handelnden über die für den konkreten Erfolg relevanten Risikofaktoren normativ festgelegt werden. Im obigen Fall, in dem es sich um den Tatbestand der fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB handelt und somit das Rechtsgut Leben geschützt werden soll, können angesichts der hohen Wertigkeit dieses Rechtsgutes die normativen Anforderungen an die Kenntnis des Täters über Risikofaktoren nur sehr gering sein. Damit setzt umgekehrt ein Ausschluss der subjektiven Zurechnung bei § 222 StGB die Erfüllung hoher Anforderungen an eine Unkenntnis des Täters über Risikofaktoren voraus. Folglich wird eine Bejahung der objektiven Zurechnung in der Mehrzahl von Fällen auf subjektiver Ebene nicht mehr zu korrigieren sein.

Das Objekt der Bewertung ist demnach der subjektive Tatbestand der Fahrlässigkeit. Wegen dieses Bezugspunktes ist der Bewertungsmaßstab wiederum, wie beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt, ein individualisierender. Es handelt sich also um eine normative Zurechnung zum subjektiven Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdelikts.

Die subjektive Zurechnung i.e.S. findet demnach bei vorsätzlichen und fahrlässigen Erfolgsdelikten einen begrenzten Anwendungsbereich.

C. Ansatzpunkte für eine Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung i.w.S.

Dieses enge Verständnis des Begriffs der subjektiven Zurechnung ist keineswegs zwingend. Wie bereits festgestellt, ist die Begriffsbildung bisher durchaus nicht gefestigt. So wird der Begriff der subjektiven Zurechnung teils sogar in deutlich anderer Weise verwendet. So stellt z.B. *Duttge* Vorsatz und Fahrlässigkeit als die „beiden kategorial gleichrangigen [...] Formen ‚subjektiver Zurechnung‘“³⁸⁶ bzw. „die Fahrlässigkeit als weitere Form ‚subjektiver Zurechnung‘ neben dem Vorsatz“³⁸⁷ dar, woraus sich ein von den vorstehenden Ausführungen divergentes Begriffsverständnis entnehmen lässt. An anderer Stelle schreibt *Duttge* – mit gleicher Konsequenz – von §§ 15, 16 und 18 StGB als „Zentralnormen der ‚subjektiven Zurechnung‘“.³⁸⁸ Bei *Heydt* betreffen Vorsatz und Fahrlässigkeit diejenigen Elemente menschlichen Handelns, die eine subjektive Zurechnung ermögli-

³⁸⁵ *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 635.

³⁸⁶ *MünchKommStGB/Duttge*, § 15, Rn. 100.

³⁸⁷ *MünchKommStGB/Duttge*, § 15, Rn. 106.

³⁸⁸ *Duttge*, *Kohlmann-Festschr.*, 13, 26.

chen.³⁸⁹ Auch sie begreift wohl den Begriff der subjektiven Zurechnung in einem abweichenden und sehr weiten Sinne als eine gewisse Klammer von Vorsatz und Fahrlässigkeit. *Kindhäuser* verwendet den Begriff der subjektiven Zurechnung ebenfalls als Oberbegriff für Vorsatz und Fahrlässigkeit, ohne freilich den Begriff selbst näher zu erläutern.³⁹⁰ Auch *Puppe* schreibt von Vorsatz und Fahrlässigkeit „als mögliche(n) Formen der Zurechnung bzw. des subjektiven Unrechts“³⁹¹ und stellt die Zurechnung als etwas von der Schuld Verschiedenes dar³⁹². Bei *Wessels/Beulke* ist vom Tatbestandsvorsatz als der „Grundlage für die subjektive Zurechnung des tatbestandlichen Erfolges“ die Rede, womit allerdings unklar bleibt, was sie unter der subjektiven Zurechnung selbst verstehen.³⁹³ Nach *Jescheck/Weigend* wird bei der „subjektiven“ Zurechnung nach der inneren Einstellung des Täters zu seiner Tat gefragt.³⁹⁴ Sie haben somit ein wohl sehr weites – und zwar alle subjektiven Unrechtselemente umfassendes – Verständnis von der subjektiven Zurechnung. Bei *Köhler* bedarf es überdies für die Begründung der subjektiven Zurechnung noch weitergehend den Unrechtswillen.³⁹⁵ Sein Begriff der subjektiven Zurechnung reicht damit sogar bis in die strafrechtssystematische Ebene der Schuld.

Man könnte zwar aus Gründen der Symmetrie eine Einschränkung der subjektiven Zurechnung insofern vornehmen, als hiermit nur die zur objektiven Zurechnung hinsichtlich der objektiven Tatseite spiegelbildliche normative Begrenzung der subjektiven Tatseite gemeint sei. Damit würde die subjektive Zurechnung Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit voraussetzen und erst strafrechtssystematisch nachgelagert die Aufgabe haben, das bereits zuvor in den übrigen Voraussetzungen bejahte tatbestandsmäßige Verhalten angesichts mangelnder subjektiver Verbindungselemente zwischen tatbestandsmäßigem Verhalten und tatbestandsmäßigem Erfolg ins Leere laufen zu lassen, also den Erfolg nicht dem bestehenden Vorsatz oder der bestehenden Fahrlässigkeit zuzurechnen. Eine Lehre von der subjektiven Zurechnung würde somit auf der Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten aufbauen. Diesem Begriffsverständnis entspricht das, was bereits im Vorangegangenen als subjektive Zurechnung i.e.S. beschrieben wurde.

Allerdings sprechen einige Gesichtspunkte für die Möglichkeit auch eines weiteren Begriffsverständnisses der subjektiven Zurechnung: Im Gegensatz zum sinnlich wahrnehmbaren äußeren Geschehen beim objektiven Tatbestand können sämtliche subjektiven Unrechtselemente nicht (allzu) einfach anhand sinnlicher

³⁸⁹ *von der Heydt*, Die subjektive Tatseite, S. 168.

³⁹⁰ *Kindhäuser*, LPK-StGB, § 15, Rn. 1-4

³⁹¹ NK-StGB-*Puppe*, § 15, Rn. 6.

³⁹² Inzident in NK-StGB-*Puppe*, § 15, Rn. 9; im Zusammenhang mit dem Handlungsbegriff vgl. auch NK-StGB-*Puppe*, Vor § 13, Rn. 39.

³⁹³ *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 202.

³⁹⁴ *Jescheck/Weigend*, AT, § 28 I 2, Fn. 2.

³⁹⁵ *Köhler*, AT, S. 13, 117 f., 361; *Köhler*, Hirsch-Festschr., 65, 74 ff.

Wahrnehmungen des Beurteilenden festgestellt werden.³⁹⁶ Als reine Interna (und zwar nur als solche) sind sie prinzipiell dem forensischen Beweis nicht zugänglich.³⁹⁷ Denn schon die Messung aktueller Hirnaktivitäten lassen Zweifel hinsichtlich ihrer Eignung zum Nachweis der aktuellen Psyche der untersuchten Person bestehen. Die Rekonstruktion vergangener psychischer Zustände des Handelnden, und zwar wegen des Koinzidenzprinzips³⁹⁸ jener genau zum Tatzeitpunkt, scheint hingegen völlig unmöglich.

Während die objektive Zurechnung eine normative Bewertung des äußeren Geschehens vornimmt, liegt es an der subjektiven Zurechnung i.e.S., eine normative Bewertung der „inneren Tatseite“ vorzunehmen, also einer Bewertung von Tatsachen, die nicht unmittelbar greifbar sind. Um zunächst den Bewertungsgegenstand, also die Interna des Handelnden, zu ermitteln, müssen (äußerlich wahrnehmbare) Kriterien herangezogen werden, die diese Interna indizieren. Zwar nimmt sodann die subjektive Zurechnung i.e.S. eine allein normative Beurteilung dieser Interna vor. Allerdings unterliegen bereits die Aufstellung und die Ausfüllung der Kriterien, die zum Schluss auf diese Interna geführt haben, zwangsläufig normativen Einflüssen. Denn der strafrechtliche Vorwurf geht stets vom Normativen aus. So ist für die strafrechtliche Beurteilung nicht allein die bloße naturwissenschaftlich-psychologische Eignung äußerlich wahrnehmbarer Kriterien für eine Indizierung der Kognition des Handelnden maßgeblich. Vielmehr ist bereits die Auswahl, welche dieser Kriterien für einen Rückschluss auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu fordern sind, normativ. Ferner kann auch die Beurteilung, ob im konkreten Einzelfall diese Kriterien hinreichend erfüllt sind, nicht rein naturwissenschaftlich-psychologisch erfolgen, sondern muss zumindest in ihrer Gewichtung auch normativ vorgenommen werden. Dabei liegt der Gedanke nahe, dass die dafür verwendeten normativen Kriterien mit denen der subjektiven Zurechnung i.e.S. jedenfalls teilweise identisch sein müssen, da es auf beiden Ebenen um die Beurteilung geht, ob ein Handelnder hinreichende Vorstellungen hat, damit ihm subjektives Unrecht vorgeworfen werden kann. Somit sind einerseits das Verfahren zur Ermittlung von Vorsatz und Fahrlässigkeit sowie andererseits die subjektive Zurechnung i.e.S. nicht nur jeweils normativ geprägt, sondern bedienen sich teils sogar derselben normativen Kriterien. Daher ist es schwer, zwischen diesen beiden Kategorien zu unterscheiden. Andererseits aber die herangezogenen normativen Kriterien gänzlich im Rahmen des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit zu

³⁹⁶ S. auch *Hassemer*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 301 und 303 ff. Für den Vorsatz und die Fahrlässigkeit vgl. auch *Perron*, Nishihara-Festschr., 145, 154 f.

³⁹⁷ Vgl. *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, S. 50 und 72, die auf dieses grundsätzliche Problem im Zusammenhang mit den begrifflichen Kernbereichen des Vorsatzunrechts und des Fahrlässigkeitsunrechts wie auch den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit aufmerksam macht.

³⁹⁸ Zum Koinzidenzprinzip (auch „Simultaneitätsprinzip“, „Symmetrie von objektivem und subjektivem Tatbestand“ oder „Synchrones Verhältnis zwischen Vorsatz und dem objektiv für den eingetretenen Erfolg kausalen Handeln“ genannt) s. *Kühl*, AT, § 5, Rn. 20 ff. m.w.N.

erörtern, wie dies z.B. *Puppe* in einer den Vorsatz selbst objektivierenden Weise unternimmt³⁹⁹, würde die Prägung des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit als vornehmlich psychische Begriffe unnötig verbiegen. Vorzugswürdig ist daher, es dabei zu belassen, Vorsatz und Fahrlässigkeit als eigenständige Kategorien von vornehmlich psychischer Prägung zu behandeln⁴⁰⁰, diese aber neben dem Verfahren zur Ermittlung dieser, den Kategorien der subjektiven Zurechnung i.e.S. und den Verfahren zur Ermittlung der sonstigen subjektiven Unrechtselemente, wie z.B. für einzelne Tatbestände erforderliche besondere Absichten⁴⁰¹, im normativ geprägten Oberbegriff der subjektiven Zurechnung i.w.S. aufgehen zu lassen.

Die so verstandene subjektive Zurechnung i.w.S. ist folglich erheblich weiter als die objektive Zurechnung, dem Pendant der subjektiven Zurechnung i.e.S. für den objektiven Tatbestand. Über das systematische Verständnis hinaus, dass die subjektive Zurechnung i.w.S. neben dem Vorsatz, der Fahrlässigkeit und der subjektiven Zurechnung i.e.S. auch das Vorgehen zur Ermittlung aller subjektiven Unrechtselemente betrifft, ist es allerdings erforderlich, den Begriff der subjektiven Zurechnung auch in seiner inhaltlichen Ausgestaltung präziser zu fassen.

Grundlegend festzustellen ist dabei, dass im Gegensatz zur gemeinrechtlichen Praxis, die aus Beweisgründen immer wieder zu einer an objektiven Merkmalen orientierten Zurechnung zurückkehrte⁴⁰², die tatsächliche Psyche des Handelnden stets die Grundlage der Beurteilung im Subjektiven darstellt.⁴⁰³ Die tatsächliche Psyche des Handelnden ist allerdings in einigen Fällen, wenn etwa ein Beschuldigter sich nicht oder offensichtlich falsch⁴⁰⁴ zur Sache einlässt, ohne Unterstellungen nicht ergründbar und somit dem forensischen Beweis nicht zugänglich.⁴⁰⁵ Daher

³⁹⁹ *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, S. 35 ff., 74; NK-StGB-*Puppe*, § 15, Rn. 68 f.

⁴⁰⁰ Für den Vorsatz sogar als einen allein wertfreien psychologischen Sachverhalt s. Lackner/*Kühl*, § 15 StGB, Rn. 31.

⁴⁰¹ Diese besonderen Absichten stellen subjektive Unrechtselemente dar, weil sie bei der Typisierung des Unrechts des jeweiligen in Frage stehenden Delikts mitwirken. Vgl. Schönke/Schröder/*Lenckner/Eisele*, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 63.

⁴⁰² *Jesbeck/Wiegand*, AT, § 29 II 1.

⁴⁰³ Würde man nämlich nicht von irgendwelchen vorgegebenen Tatsachen ausgehen, sondern auch die Einzel Tatsachen der Ausgangssituation normativ zu bestimmen versuchen, bestünde die Gefahr eines normativen regressus ad infinitum. Zudem wird jedenfalls die Vorsatzgrenze durch § 16 Abs. 1 S. 1 StGB an zumindest einer Stelle starr nach psychischen Fakten bestimmt (Kenntnis, Unkenntnis), nicht aber nach einer Wertung dieser Fakten, vgl. *Jakobs*, AT, 8. Abschn., Rn. 5a.

⁴⁰⁴ Neben einer bewusst falschen Einlassung ist freilich auch der Fall denkbar, dass der Beschuldigte in Frage stehende psychische Faktoren nicht korrekt wahrgenommen hat oder sie nicht korrekt reproduzieren kann. Vgl. *Perron*, Nishihara-Festschr., 145, 155 m.w.N. Die forensische Reproduzierbarkeit der Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit bestreitet *Schünemann*, GA 1985, 341, 363 sogar gänzlich.

⁴⁰⁵ Vgl. u.a. auch NK-StGB-*Puppe*, § 15, Rn. 54 f.; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 80 m.w.N.

basiert die Beurteilung der subjektiven Unrechtselemente⁴⁰⁶ zwar auch in solchen Fällen auf der Tatsache des individuell Gewussten und Gewollten, kann aber letztlich nur wertend, also anhand normativer Kriterien, vorgenommen werden, will man sich nicht auf die aufgeführten praktischen Unwegsamkeiten und darüber hinaus auch theoretischen Probleme⁴⁰⁷ subjektiv beurteilender Sichtweisen einlassen. Dazu müssen Anhaltspunkte des äußeren Geschehens entwickelt werden, die durch den Beurteilenden sinnlich wahrnehmbar sind und die der Beurteilende anhand normativer Kriterien bewertet, um so Rückschlüsse auf den Grad subjektiver Beteiligung des Handelnden – also keine, Fahrlässigkeit oder Vorsatz – zu ziehen. Kurzum geht es also um die Frage, an welchen äußeren Tatsachen – d.h. Indizien – ein Richter welche objektiv-normativen Kriterien anlegt, um Vorsatz oder Fahrlässigkeit abzuleiten.

Mittels der subjektiven Zurechnung i.w.S. werden demnach die psychologischen Begriffe des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit in einen objektiv-normativen Rahmen gestellt, indem nicht unmittelbar nach der tatsächlichen Psyche des Handelnden gefragt wird, sondern sein Verhalten als Ausdruck eines Willens nach Maßstäben rationalen Handelns und Entscheidens interpretiert wird⁴⁰⁸ und je nach äußerlicher Rahmensituation so auf eine sozusagen normative Psyche geschlossen wird, wodurch subjektive Unrechtselemente unter hinreichend bestimmten und strengen Voraussetzungen zunächst einstweilig unterstellt werden.⁴⁰⁹ Somit kann bei einem die individuelle Sicht beeinträchtigenden oder verzerrenden Mangel an Rationalität der handelnden Person eine Korrektur ihrer strafrechtlichen Verantwortung entweder bei Zweifeln am Vorliegen der täterpsychischen Voraussetzungen zum Tatzeitpunkt bereits auf Ebene des subjektiven Tatbestandes oder ansonsten nur noch auf Ebene der Schuld erfolgen, welche insbesondere die Verantwortlichkeit der handelnden Person in abstrakter Anschauung behandelt⁴¹⁰ und somit nach hier vertretener Auffassung nicht die auf das konkrete Tatgeschehen bezogene Täterpsyche zum Gegenstand hat. Mit Unterstellungen zur Feststellung subjektiver Unrechtselemente zu arbeiten mag zwar befremdlich anmuten. Das in einigen wenigen Einzelfällen bestehende praktische Dilemma, dass subjektive Unrechtselemente nicht dem forensischen Beweis zu-

⁴⁰⁶ Die subjektiven Unrechtselemente stellen sog. Dispositionen dar, d.h. nicht unmittelbar beobachtbare „innere“ Zustände; vgl. *Hassemer*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 304.

⁴⁰⁷ Würde das Gesollte einzig individuell beurteilt werden, also unter Verzicht auf jedwede Objektivierung, würde dies den normativen Gehalt des Rechts gänzlich aushöhlen. Vgl. im Zusammenhang mit der Diskussion über den Sorgfaltsmaßstab bei der Fahrlässigkeit *Duttge*, Maiwald-Festschr., 167, 170 f.

⁴⁰⁸ So für die vollständige Objektivierung – allerdings einzig – des Vorsatzes *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, S. 74. Vgl. auch *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 79 m.w.N.

⁴⁰⁹ Entgegen NK-StGB-*Puppe*, § 15, Rn. 69 geht es hierbei nicht einzig um die Frage nach einer allgemeinen praktischen Regel zweckrationalen Handelns, sondern darauf basierend wird dem individuellen Täter sehr wohl dann Wollen oder Billigen unterstellt, wenn dieser eben nicht zweckrational handelt.

⁴¹⁰ S. wohl auch in entfernter Andeutung NK/*Puppe*, §15, Rn. 76.

gänglich sind, zwingt hingegen letztlich in derart gelagerten Fällen immer zu einer Unterstellung, sei es einer positiven oder einer negativen. Anderenfalls müsste ein sich nicht zur Sache einlassender Angeklagter stets freigesprochen werden. Im Gegensatz zu einer intuitiven und damit höchst spekulativen und stark von der Person des Beurteilenden abhängigen Unterstellung subjektiver Unrechtselemente stellt ein solches Vorgehen wie das der subjektiven Zurechnung i.w.S. immerhin einen rechtsstaatlichen Fortschritt dar, da jedenfalls nicht nur die zur jeweiligen Unterstellung führenden tatsächlichen Anhaltspunkte⁴¹¹ und die diese bewertenden normativen Kriterien sorgfältig für die jeweiligen Tatbestände entwickelt und sodann offen gelegt werden, sondern darüber hinaus die jeweilige Unterstellung einer Korrektur stets zugänglich bleibt.

Nach diesem einstweiligen Ergebnis bezieht sich die subjektive Zurechnung i.w.S. auf alle subjektiven Unrechtselemente in allen Deliktsarten. Die subjektive Zurechnung i.w.S. meint also die gesamte Verbindung eines äußeren Geschehens, also des objektiven Tatbestandes, mit der Vorstellungswelt der handelnden Person. Im Folgenden wird als subjektive Zurechnung stets dieses weite Begriffsverständnis bezeichnet, welches wie gezeigt unter anderen auch Vorsatz und Fahrlässigkeit mit einbezieht. Die erforderlichen tatsächlichen Anhaltspunkte (Indikatoren) und die diese bewertenden normativen Kriterien müssen für jeden einzelnen Tatbestand gesondert, insbesondere mit Blick auf den jeweilig durch diesen beabsichtigten speziellen Rechtsgüterschutz, entwickelt werden.⁴¹² Abstrakt kann dafür nur die Aussage getroffen werden, dass die Indikatoren beobachtbar, vollständig und relevant für das über sie zu erschließende subjektive Unrechtselement sein⁴¹³ und sich an der Gefährlichkeit einer Situation für das tatbestandlich geschützte

⁴¹¹ *Hassemer* schreibt im Zusammenhang mit der objektiven Ermittlung des Vorsatzes von der Notwendigkeit eines differenzierten und komplexen Katalogs von Indikatoren, *Hassemer*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 305 f., und fordert, diese geordnete Menge von Indikatoren (und Gegenindikatoren) aus der ratio der Vorsatzbestrafung herzuleiten, *Hassemer*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 308. Für solche Indikatoren zur Feststellung des kognitiven wie auch des voluntativen Elements des Vorsatzes vgl. *Kühl*, AT, § 5, Rn. 87 m.w.N. Vgl. weiterhin *Philipp*, Roxin-Festschr., 365 ff., der sich mit einem multikriteriellen Entscheidungsverfahren beschäftigt, welches unter Heranziehung von Indikatoren und diese korrigierende Gegenindikatoren zur Bestimmung von Rechtsbegriffen dienen soll und am *dolus eventualis* exemplifiziert wird. Vgl. auch *HK-GS/Duttge*, § 15, Rn. 23 ff. m.w.N. Einzig aus dem äußeren Verhalten des Täters soll sich ein bestimmter Handlungswille bei der zur Beweiserleichterung heranziehbarer Figur des „*dolus ex re*“ (Vorsatz aufgrund Sachzusammenhangs) erschließen; vgl. *Kindhäuser*, AT, 14.5. Weiteres zu Inhalt und Geschichte des „*dolus ex re*“ bei *Hruschka*, Kleinknecht-Festschr., 191, 196 ff.

⁴¹² Allgemein zu Zuordnungsregeln des Vorsatzbegriffs, also der Feststellung des Vorsatzes als praktisches Urteil: *Schroth*, Vorsatz als Aneignung, S. 115 f. Allgemein zur Vorsatzfeststellung anhand – auf Ansatzpunkte gestützter – Hypothesen und Gegenhypothesen: *Frisch*, Meyer-Gedächtnisschr., 533, 550 ff. m.w.N. Zu den Indizien des Einzelfalls, welche bei § 212 StGB aussagekräftige Rückschlüsse auf einen bedingten Tötungsvorsatz rechtfertigen, s. *München-KommStGB/Schneider*, § 212, Rn. 6 ff.

⁴¹³ *Hassemer*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 304.

Rechtsgut orientieren müssen⁴¹⁴; die normativen Kriterien müssen sich sodann an der jeweiligen Begründung für die Unrechtsbewertung, also dem Strafgrund, für das jeweilige subjektive Unrechtselement orientieren. Zum Beispiel müssen die normativen Kriterien für eine Operationalisierung eines Vorsatzes die Einstellung der handelnden Person berücksichtigen, welche diese gegenüber der betreffenden Norm selbst wie auch gegenüber dem durch deren Tatbestand geschützten Rechtsgut hat. Von Bedeutung dabei ist es, wie sich diese Einstellung im äußerlichen Verhalten in bzw. trotz der situativen Gefahr für das geschützte Rechtsgut zeigt. Im weiteren Verlauf dieser Arbeit soll dies exemplarisch an den konkreten Tatbeständen des Markenstrafrechts verdeutlicht werden. Zuvor muss allerdings das bisherige Zwischenergebnis bezüglich des abstrakten Begriffs der subjektiven Zurechnung i.w.S. anhand anderer Begriffe des strafrechtssystematischen Unrechts auf seine Konsistenz hin überprüft und abschließend verifiziert werden.

⁴¹⁴ Hassemer, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 307.

2. Abschnitt: Einflussgrößen auf die Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung i.w.S.

A. Abhängigkeit vom Verständnis der objektiven Zurechnung

Bei atypischen Kausalverläufen kommt es regelmäßig bereits zu einer Ablehnung der objektiven Erfolgszurechnung zur tatbestandlichen Handlung⁴¹⁵, indem mittels einer Nichtzurechnung das die Kausalität bejahende Zwischenergebnis normativ korrigiert wird. Da es somit in solchen Fällen schon am objektiven Tatbestand fehlt, kommt es gar nicht mehr auf die subjektive Zurechnung (i.w.S.) an. Interessant sind daher nur solche Fälle, bei denen objektiv zugerechnet wird. Dabei werden in dieser Arbeit die Grundsätze zur objektiven Zurechnung nicht in Frage gestellt.

Die subjektive Zurechnung wird zwar wie die Zurechnung auf der Ebene des objektiven Tatbestandes nach normativen Kriterien vorgenommen und bedient sich ferner beobachtbarer Indikatoren, also Kennzeichen aus dem äußeren Geschehen. Sie betrifft aber gegenständlich die subjektive Tatseite, also das Geschehen im Inneren der handelnden Person. Weiterhin bedient sie sich im Gegensatz zur nach einem generalisierenden Maßstab erfolgenden objektiven Zurechnung eines individualisierenden Maßstabes. Sie ist daher strafrechtssystematisch zweifellos auf der Ebene des subjektiven Tatbestands zu erörtern.

Da die subjektive Zurechnung der objektiven Zurechnung im Prüfungsaufbau nachgeordnet ist⁴¹⁶, kann sie auch nur so weit reichen, wie es die objektive Zurechnung zulässt. So hängt es vom Verständnis der objektiven Zurechnung ab, ob und wie viel Sachgehalt der subjektiven Zurechnung zukommt. Folglich muss für den Abgleich der beiden Begriffe nach der subjektiven Zurechnung nunmehr auch die objektive Zurechnung bestimmt werden, ohne jedoch diese in der vorliegenden Arbeit umfassend erörtern zu können. Dabei interessiert insbesondere, inwieweit diese bereits subjektive Elemente enthält und ob einige oder sämtliche dieser subjektiven Elemente systematisch vielleicht besser der Kategorie der subjektiven Zurechnung zugeordnet werden sollten.

In der Lehre von der objektiven Zurechnung gilt für diese als eine Art Grundformel, dass eine (Erfolgs-)Gefahr bzw. ein (Erfolgs-)Risiko qualifizierter (rechtlich missbilligter) Art geschaffen bzw. erhöht worden sein muss und sich diese (Erfolgs-)Gefahr bzw. dieses (Erfolgs-)Risiko im konkret eingetretenen tatbe-

⁴¹⁵ *Kühl*, AT, § 5, Rn. 15.

⁴¹⁶ Die objektive Tatseite ist der subjektiven Tatseite nicht nur logisch vorgelagert, da sich das strafrechtlich relevante „Innere“ des Täters notwendigerweise auf das äußere Tatgeschehen bezieht (vgl. auch § 16 Abs. 1 S. 1 StGB), sondern deren Vorrang im prüfungssystematischen Vorgehen folgt auch ökonomischer Vernunft, da dies verhindert und somit erspart, bei einem Nichtvorliegen der objektiven Tatseite die bei weitem schwieriger zu eruiierende subjektive Tatseite erörtern zu müssen.

standsmäßigen Erfolg auch realisiert hat.⁴¹⁷ Maßgeblich ist dabei das Kriterium der Gefahrverwirklichung.⁴¹⁸

Als erster Ansatzpunkt für die Suche nach subjektiven Elementen im Rahmen der objektiven Zurechnung drängen sich die etwa dort verorteten – bereits oben unter anderem Blickwinkel erwähnten – Sonderkenntnisse und Sonderfähigkeiten des Handelnden auf⁴¹⁹, darüber hinaus auch schlicht die für die objektive Zurechnung denkbar erhebliche täterindividuelle Erkennbarkeit der Gefahr. Sieht man nämlich bei der objektiven Zurechnung von den Sonderkenntnissen und Sonderfähigkeiten des konkreten Täters ab und stellt auf dessen bloße davon unabhängige Möglichkeit zur Gefahrkenntnis ab, so kommt das Sonderwissen und Sonderkönnen des Handelnden gerade dann nicht zum Tragen, wenn es darauf ankäme, da in Ermangelung dessen Berücksichtigung das Prüfungsprogramm bereits auf der Ebene des objektiven Tatbestands abgebrochen wird. Der objektive Tatbestand wird gleichermaßen verneint, wenn dieser Vergleichspunkt in generalisierender Weise erhöht bzw. je nach Fall reduziert wird, indem man auf diejenige Möglichkeit zur Gefahrkenntnis abstellt, welche einem durchschnittlichen Teilnehmer des jeweiligen Verkehrskreises zueigen ist.⁴²⁰ Dies bedeutet aber nicht zwingend, dass die objektive Zurechnung bei einem Sonderwissen des Handelnden – durch Zuordnung allein dieses Sonderwissens zur objektiven Zurechnung – subjektive Elemente enthalten muss. In stufenweiser Abhandlung der einzelnen Sachfragen kann man sich vielmehr auf Ebene des objektiven Tatbestands noch – deutlich weiter angelegt – in generalisierender Weise am optimalen ontologischen und nomologischen Wissen ex ante orientieren⁴²¹, welches sämtliches denkbare Sonderwissen aller potentiellen konkreten Täter beinhaltet, als dessen Teilmenge also auch das „echte Sonderwissen“ umfasst. Bei Ermangelung eines solchen Sonderwissens des konkret Handelnden erfolgt dann eine Verneinung erst der subjektiven Tatseite⁴²², was eine Behandlung des Topos „Sonderwissen“ an strafrechtssystematisch einleuchtender und der Transparenz und Begriffsökonomie förderlicherer Stelle darstellt. Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn bei der objektiven Zurechnung – ebenfalls in generalisierender Weise, jedoch noch weiter gehend – alles ex post optimalerweise verfügbare Wissen einschließlich jedweden

⁴¹⁷ *Burkhardt*, in: *Wolter/Freund*, S. 99 f.; *Eser/Burkhardt*, *Strafrecht I*, Nr. 4, Rn. 59; *Hoyer*, *AT I*, S. 41; *Jesbeck/Wiegand*, *AT*, § 28 IV; *Kühl*, *AT*, § 4, Rn. 43; *Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele*, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 92; *Wessels/Beulke*, *AT*, Rn. 179.

⁴¹⁸ *Roxin*, *AT I*, § 12, Rn. 155.

⁴¹⁹ S. bei der Erörterung der subjektiven Zurechnung i.e.S. beim Fahrlässigkeitsdelikt (Hpttl., 3. Tl., 1. Abschn., B., III).

⁴²⁰ Vgl. dazu *Burkhardt*, in: *Wolter/Freund*, S. 103 m.w.N.

⁴²¹ Vgl. *Burkhardt*, in: *Wolter/Freund*, S. 103; *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, S. 128 ff.

⁴²² Freilich erfordert ein solches Vorgehen eine subjektive Tatseite auch für das Fahrlässigkeitsdelikt, was neben der klareren Ordnung auch nötige Korrekturen auf der Ebene bereits des Unrechts ermöglicht.

denkbaren Sonderwissens zur Gefahrkenntnis herangezogen wird.⁴²³ Hiernach stellt ein Sonderwissen des Handelnden kein subjektives Element der objektiven Zurechnung dar, sondern dieser Topos gehört dann überhaupt nicht auf diese strafrechtssystematische Ebene.

Auch die Berücksichtigung (rechtmäßiger) hypothetischer Handlungsalternativen, worin *Arzt* ein subjektives Element der objektiven Zurechnung erblickt, da die Auswahl denkbarer Handlungsalternativen durch die subjektive Komponente der Tat begrenzt werde⁴²⁴, entpuppt sich bei näherem Hinsehen dem Topos Sonderwissen zugehörig. Denn auch die Kenntnis der Grenzen des Handlungsspielraums ist Wissen. Dieser Topos kann daher in gleicher Weise wie vorstehend dargelegt behandelt werden.

Weiterhin kann die subjektive Ebene des Opfers in keinem Fall für die objektive Zurechnung relevant werden.⁴²⁵ Beruht etwa die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers auf einer Täuschung durch den Täter, so stellt eben gerade diese Täuschung die tatbestandliche Handlung dar, mittels derer der Täter die Gefahr für das durch den Tatbestand geschützte Rechtsgut des Opfers geschaffen hat. Das Opfer handelt somit gleichsam als Werkzeug des Täters, welcher die Tat in mittelbarer Täterschaft begeht (§ 25 Abs. 1 2. Alt. StGB). Auch etwaige Einwilligungsmängel seitens des Opfers berühren die objektive Zurechnung nicht, sondern werden erst auf strafrechtssystematischer Ebene der Rechtswidrigkeit relevant und sind somit kein Gegenstand der objektiven Zurechnung.

Folglich enthält die objektive Zurechnung, richtig verstanden, keine subjektiven Elemente und engt somit den Begriff der subjektiven Zurechnung i.w.S. nicht ein. Dies geht einher mit dem generalisierenden Maßstab der objektiven Zurechnung.

B. Abhängigkeit vom Verständnis des Vorsatzes und des vorsatzausschließenden Irrtums

Die Lehre vom Vorsatz und – spiegelverkehrt – die Lehre vom vorsatzausschließenden Irrtum behandeln, wie bereits in der vorstehenden abstrakten Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung (i.w.S.) dargestellt, die psychologischen Aspekte des Handelns. Die subjektive Zurechnung stellt hingegen den normativ geprägten Oberbegriff dar. Sie befasst sich nicht nur mit Vorsatz und Fahrlässigkeit, sondern auch sowohl mit der Ermittlung der subjektiven Unrechtselemente, also u.a. auch derjenigen des Vorsatzes, als auch mit normativen Korrekturen auf der Ebene des subjektiven Tatbestands. Das Verständnis vom Vorsatz kollidiert somit nicht mit demjenigen der subjektiven Zurechnung (i.w.S.). Gleiches gilt für den zur Verneinung des Vorsatzes führenden Tatumstandsirrtum. Der Rechtsirrtum schließlich betrifft systematisch die Ebene der Schuld (vgl. § 17 StGB) und hat somit über-

⁴²³ *Burkhardt*, in: *Wolter/Freund*, S. 117 und S. 133.

⁴²⁴ *Arzt*, *Schlüchter-Gedächtnisschr.*, S. 165.

⁴²⁵ Entgegen der Befürchtungen in *Arzt*, *Schlüchter-Gedächtnisschr.*, S. 166 ff.

haupt keinen gedanklichen Berührungspunkt mit der das Unrecht betreffenden subjektiven Zurechnung (i.w.S.).

C. *Abhängigkeit vom Verständnis der Fahrlässigkeit*

I. Relevante Faktoren für die subjektive Zurechnung bei der Fahrlässigkeit

Die subjektive Zurechnung (i.w.S.) kann bei Fahrlässigkeitsdelikten nur so weit reichen, wie die Fahrlässigkeit subjektive Elemente dem strafrechtssystematischen Unrecht zuordnet.⁴²⁶ Daher hängt der Begriff der subjektiven Zurechnung (i.w.S.) – in Bezug auf Fahrlässigkeitsdelikte – in erster Linie von der verbrechenssystematischen Struktur des Fahrlässigkeitsdelikts⁴²⁷ ab und in zweiter Linie von der Frage, inwieweit die Unrechtselemente des Fahrlässigkeitsdelikts gegenständlich von subjektiver, also täterpsychischer, Qualität sind.

II. Strafrechtssystematischer Ort und Maßstab der Fahrlässigkeit

1. Fahrlässigkeit allein auf strafrechtssystematischer Ebene der Schuld

a) Reine Schuldlösung

Die klassische reine Schuldlösung versteht den Fahrlässigkeitsbegriff als einen einteiligen, der allein auf der strafrechtssystematischen Ebene der Schuld zu finden ist.⁴²⁸ Ebenso wie auch der Vorsatz wird die Fahrlässigkeit danach als Schuldart verstanden.⁴²⁹ Demgegenüber erschöpft sich bei der reinen Schuldlösung das Unrecht im äußeren Tatgeschehen. Für eine subjektive Zurechnung (i.w.S.) im vorstehenden Verständnis ist – für den Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte – bei einem solchen Verständnis des Fahrlässigkeitsbegriffs kein Raum.

b) Stellungnahme

Der Standpunkt der reinen Schuldlösung ließe sich nur aufrechterhalten, wenn gleichermaßen auch der in struktureller Parallelität die Täterpsyche betreffende Vorsatz einzig auf der Schuldstufe eingeordnet würde.⁴³⁰ Als wichtigste systematische Konsequenz der als solche abgelehnten finalen Handlungslehre⁴³¹ ist aber

⁴²⁶ Dies gilt freilich auch für beide von der Fahrlässigkeit selbst abgehobenen Aspekte der subjektiven Zurechnung i.w.S.: Sowohl für die Ermittlung der subjektiven Unrechtselemente der Fahrlässigkeit als auch für deren normative Korrektur.

⁴²⁷ Für eine umfangreiche Darstellung der zahlreichen Standpunkte zu Begriff und Systematik der Fahrlässigkeit s. *Duttge*, Fahrlässigkeit, S. 40 ff.

⁴²⁸ Vgl. Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, 111 ff. m.w.N. Zu den zahlreichen Einzelauffassungen s. *Duttge*, Fahrlässigkeit, S. 42 ff.

⁴²⁹ Vgl. MünchKommStGB/*Duttge*, § 15, Rn. 81.

⁴³⁰ *Burkhardt*, in: Wolter/Freund, S. 130.

⁴³¹ Zur finalen Handlungslehre vgl. originär *Welzel*, Strafrecht, S. 33 ff. (§ 8), 43 ff. (§ 9), 129 ff. (§ 18 Einleitung 4.).

mit der heute herrschenden Lehre vom personalen Unrecht⁴³² der Vorsatz weitestgehend in den Tatbestand übernommen worden und begründet somit den wesentlichen Teil des subjektiven Tatbestandes, da sich der soziale Sinn einer Tatbestandshandlung nur erfassen lässt, wenn man den Vorsatz des Täters berücksichtigt⁴³³, typisches Unrecht also nicht abgelöst von den Tätervorstellungen in der konkreten Lebenssituation verwirklicht werden kann.

Der klassische Fahrlässigkeitsbegriff grenzt die Beurteilung eines Verhaltens als Unrecht nicht hinreichend ein, indem er diese einzig an äußerlichen Merkmalen, insbesondere an der Kausalität eines Verhaltens für einen Erfolg ausrichtet ohne Rücksicht auf zumindest die Beherrschbarkeit des Geschehensablaufs durch den jeweils Handelnden.⁴³⁴ Soll aber nicht nur die verursachte Tatfolge, d.h. der tatbestandliche Erfolg, das normative Negativum darstellen bzw. als solches bewertet werden, sondern soll das Strafrecht darüber hinaus Verhalten lenken, so muss bereits das typisierte Unrecht der Fahrlässigkeit den Aspekt der individuellen Vermeidbarkeit⁴³⁵ von Rechtsgutsbeeinträchtigungen umfassen. Anderenfalls wäre Gegenstand der Bewertung lediglich ein naturgesetzlicher Kausalverlauf. Dieser spielt sich jedoch jenseits und unabhängig vom Recht ab. Dagegen sind lediglich menschliche Handlungen normativen Bewertungen zugänglich.⁴³⁶ Ein Unwerturteil über eine Tat ist demnach nur unter Berücksichtigung auch subjektiver Elemente, also der Täterpsyche, möglich.⁴³⁷ Demzufolge müssen Faktoren der Täterpsyche bereits auf die Ebene des strafrechtlichen Unrechts Einfluss nehmen⁴³⁸, muss die Fahrlässigkeit also – jedenfalls auch – den Tatbestand betreffen.⁴³⁹ Dies

⁴³² Für eine Darstellung u.a. der historischen Entwicklung des personalen Unrechts s. *Duttge*, in: Jehle/Lipp/Yamanaka, S. 195 ff. Sehr instruktiv zur Entwicklung der personalen Unrechtslehren auch *Mylonopoulos*, Handlungs- und Erfolgsunwert.

⁴³³ *Roxin*, AT I, § 7, Rn. 24 f.; § 10, Rn. 8 f. und 61. Für eine frühe Untersuchung subjektiver Unrechtselemente siehe *Mezger*, GS 89 (1924), 207 ff.

⁴³⁴ Vgl. *Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 115. Auch nach *Kühl*, AT, § 17, Rn. 9 würde ein sich lediglich in der kausalen Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges erschöpfender Fahrlässigkeitstatbestand keine ausreichende Vertypung strafwürdigen Unrechts darstellen.

⁴³⁵ Zur Maßgeblichkeit der individuellen Fähigkeiten des Täters bei der Bemessung der von diesem i.R.d. Fahrlässigkeitsprüfung zu erwartenden Vorsicht bereits *Frank*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 195 f.

⁴³⁶ Vgl. *MünchKommStGB/Duttge*, § 15, Rn. 88.

⁴³⁷ Bezüglich der allgemeinen Strafrechtsdogmatik vgl. *Roxin*, AT I, § 7, Rn. 16 und 25.

⁴³⁸ Für eine personale Komponente des strafrechtlichen Unrechts auch *Burkhardt*, in: Wolter/Freund, S. 130. In *Roxin*, AT I, § 7, Rn. 16 ist die Rede von einer Umstrukturierung des klassischen Verbrechensaufbaus durch das „neoklassische“ System und der in diesem Zuge erfolgenden Anerkennung auch subjektiver Unrechtselemente. Näher zum heute vorherrschenden „zweckrationalen Strafrechtssystem“ s. *Duttge*, in: Jehle/Lipp/Yamanaka, S. 197 ff.

⁴³⁹ Damit ist NK-StGB-*Puppe*, § 15, Rn. 1 insoweit zuzustimmen, als sich ein zentrales Element der Fahrlässigkeit mit der modernen Lehre von der objektiven Zurechnung als Unrechtselement erwiesen habe. Ob sich dieses Element der Fahrlässigkeit als Sorgfaltspflichtverletzung, etwa nur einer objektiven, ausdrücken lässt, bedarf allerdings noch weiterer Erörterung. Nach *Yama-*

wird noch dadurch verstärkt, dass der klassische Fahrlässigkeitsbegriff aufgrund seiner – historisch bedingten – zu einseitigen Orientierung am fahrlässigen Erfolgsdelikt nur dieses, nicht aber das schlichte fahrlässige Tätigkeitsdelikt in seiner Unrechtsstruktur zu erklären vermag.⁴⁴⁰ Offen kann aber vorerst bleiben, in welchem Ausmaß die Fahrlässigkeit den Tatbestand betreffen muss⁴⁴¹ und nach welchem Maßstab die Fahrlässigkeitselemente des Tatbestands zu beurteilen sind⁴⁴². Jedenfalls ist die reine Schuldtheorie abzulehnen.

2. Systematische Verortung der Fahrlässigkeit auf Ebene der Schuld und des Unrechts

a) „komplexer Fahrlässigkeitsbegriff“

Nach dem noch überwiegend vertretenen „komplexen (mehrteiligen) Fahrlässigkeitsbegriff“⁴⁴³ ist ein zum Unrecht gehörendes objektives von einem bei der Schuld verorteten subjektiven Strafbarkeitsselement zu trennen.⁴⁴⁴ Während für die Tatbestandsmäßigkeit ausschließlich nach objektiven Kriterien zu bestimmende generelle Sorgfaltsanforderungen maßgeblich sein sollen, kommen die individuellen Fähigkeiten erst auf Ebene der Schuld zum Tragen.⁴⁴⁵ Die soeben offen gelassenen beiden Fragen werden beim komplexen Fahrlässigkeitsbegriff also wie folgt beantwortet: Die Fahrlässigkeitselemente verteilen sich auf die Ebenen des Tatbestands und der Schuld, wobei die Fahrlässigkeitselemente des Tatbestands nach einem generalisierenden und erst diejenigen der Schuld nach einem individualisierenden Maßstab zu beurteilen sind. Das Handlungsunrecht beim komplexen Fahrlässigkeitsbegriff ist demnach abgelöst vom handelnden Individuum zu sehen. Der Grund für diesen auf Tatbestandsebene generalisierenden Maßstab liegt am auf dieser Ebene herangezogenen Topos der Sorgfaltspflichtverletzung: Abgesehen von der Notwendigkeit der Konkretisierung jeder Norm für die täterspezifische Situation können sich Sorgfaltsnormen als solche nämlich aufgrund ihrer Normeigenschaft nicht an den Fähigkeiten eines einzelnen Normunterworfenen – hier

naka, ZStW 102 (1990), 928, 932 ist es dem Finalismus zu verdanken, dass nunmehr die Fahrlässigkeit ebenso wie der Vorsatz systematisch im Tatbestand eingeordnet wird.

⁴⁴⁰ Vgl. Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 110a und 115.

⁴⁴¹ Fraglich bleibt also, ob neben den Fahrlässigkeitselementen des Tatbestands auch noch solche der Schuld bestehen bleiben.

⁴⁴² Dies berührt die Frage, ob das Handlungsunrecht des Fahrlässigkeitsdelikts auf Ebene des Tatbestands generalisierend oder individualisierend bestimmt werden muss. Freilich deuten bereits die wesentlichen der vorgehend angeführten Argumente ein individualisiertes fahrlässigkeitsspezifisches Handlungsunrecht an.

⁴⁴³ *Burkhardt*, in: *Wolter/Freund*, S. 114 m.w.N. Siehe auch Darstellung bei *Duttge*, Fahrlässigkeit, S. 64.

⁴⁴⁴ Zu diesem Fahrlässigkeitsbegriff mit doppeltem Maßstab s. statt vieler *Duttge*, Fahrlässigkeit, S. 64 ff.; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 116 ff.

⁴⁴⁵ Siehe *MünchKommStGB/Duttge*, § 15, Rn. 94.

des Fahrlässigkeitstäters – ausrichten⁴⁴⁶, sondern sie bestimmen sich vielmehr nach allgemeinen normativen Kriterien.

Da der – so verstandene – komplexe Fahrlässigkeitsbegriff dem Unrecht keinerlei subjektive Strafbarkeitselemente zuweist, ist er mit der subjektiven Zurechnung (i.w.S.) im vorstehenden Verständnis unvereinbar. Denn diese stellt eine Frage des Unrechts dar und betrifft gegenständlich nur dessen subjektive Elemente.

b) Stellungnahme

Der „komplexe Fahrlässigkeitsbegriff“ wirft grundsätzliche Bedenken auf. Diese betreffen insbesondere die Aufspaltung der Fahrlässigkeit und damit deren systematische Verortung auf zwei Ebenen, nämlich des Tatbestandes und der Schuld. Als Ursache dafür wurde bereits die Entscheidung für den generalisierenden Maßstab auf Ebene des Tatbestandes identifiziert. Dieser ist dann zwingend, wenn die sog. Sorgfaltspflichtverletzung im Verständnis des § 276 Abs. 2 BGB, welches von einer auch täterspezifischen Sorgfaltspflichtverletzung absieht, als unabdingbarer Kern des Fahrlässigkeitsdelikts betrachtet wird. Fraglich ist aber bereits die Unabdingbarkeit einer derart eng verstandenen Sorgfaltspflichtverletzung für die Fahrlässigkeit. Mit anderen Worten: Führt etwa einzig das (vermeintliche) Erfordernis eines solch engen Verständnisses der Sorgfaltspflichtverletzung zu einem generalisierenden Maßstab auf Ebene des Fahrlässigkeitstatbestandes mit der Folge, dass es für die Berücksichtigung individueller Umstände einer weiteren Prüfung bedarf und für eine solche systematisch nur die Stufe der Schuld verbleibt? Oder kann etwa auf ein solch enges Verständnis der Sorgfaltspflichtverletzung verzichtet und diesen individuellen Umständen bereits auf Ebene des Tatbestandes Rechnung getragen werden? Die Kritik am „komplexen Fahrlässigkeitsbegriff“ entpuppt sich also als eine grundsätzliche Kritik an einem engen Verständnis der Sorgfaltspflichtverletzung. Damit verknüpft sind die Fragen nach dem Bestehen auch subjektiver Elemente der Fahrlässigkeit auf Tatbestandsebene wie auch nach dem jeweiligen Maßstab der fahrlässigkeitsspezifischen Unrechtselemente.

Der Vergleich zwischen der vorherrschenden Fahrlässigkeitsdogmatik in Form des „komplexen Fahrlässigkeitsbegriffs“ und derjenigen des Vorsatzes bringt in dieser Hinsicht einen vehementen Widerspruch zu Tage, sofern – richtigerweise – von einer Struktureinheit von Vorsatz und Fahrlässigkeit ausgegangen wird⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ NK/*Puppe*, § 15, Rn. 4; NK-StGB-*Puppe*, Vor § 13, Rn. 160. Mit allgemeiner gefassten Worten: Ein Täter kann nicht (ausschließlich) „nach eigenem Maße“ gemessen werden; vgl. MünchKommStGB/*Duttge*, § 15, Rn. 95.

⁴⁴⁷ Z.B. schreibt *Burkhardt* von der Fahrlässigkeit als pflichtwidrige Fehleinschätzung des individuellen Täters, welche dem Vorsatz kategorial entspreche, vgl. *Burkhardt*, in: *Wolter/Freund*, S. 130. *Otto*, *Schlüchter-Gedächtnisschr.*, 77, 89 hält die Pflicht, durch Straftatbestände bestimmte Rechtsgutsbeeinträchtigungen zu vermeiden, für situationsbezogenen und damit notwendigerweise individualisierend. In der Verletzung dieser Pflicht liege eine Gemeinsamkeit der Voraussetzungen im Vorsatz- und Fahrlässigkeitsbereich. MünchKommStGB/*Duttge*, § 15, Rn. 100

Im Bereich des Vorsatzes werden infolge der insoweit mit der Lehre vom personalen Unrecht durchgesetzten finalen Handlungslehre⁴⁴⁸ subjektive Strafbarkeits-elemente bereits auf Ebene des Tatbestands in individualisierender Weise berücksichtigt, was auch in Anbetracht des geltenden § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in Abgrenzung zu § 17 S. 1 StGB systematisch zwingend ist. Nach dem Verständnis des komplexen Fahrlässigkeitsbegriffs erfolgt demgegenüber im Bereich der Fahrlässigkeit eine solche individualisierende Betrachtungsweise systematisch nicht auf der Ebene des Tatbestands. Die durch die finale Handlungslehre *Welzel*⁴⁴⁹ angestoßene „Subjektivierung“ des Unrechts ist somit (bislang) vordergründig unvollständig geblieben. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die herkömmliche Auffassung den komplexen Fahrlässigkeitsbegriff bei Bedarf nicht etwa doch bereits auf der Ebene des Tatbestands an die individuell handelnde Person in der konkreten Situation anpasst. Angesprochen ist damit individuelles Sonderwissen und individuelles Sonderkönnen, welche auch die herkömmliche Ansicht bereits auf Ebene des Tatbestandes berücksichtigen muss, soweit sie eine Strafbarkeit begründen möchte.⁴⁵⁰ Hielte sie nämlich ihren generalisierenden Maßstab auf Tatbestandsebene stringent durch, müsste sie auch bei Vorliegen von Sonderwissen und Sonderkönnen zwingend bereits das Unrecht einer Fahrlässigkeitstat verneinen und somit den besonders befähigten Täter privilegieren. Die herkömmliche Auffassung versteht ihre diesbezügliche Modifikation allerdings lediglich als eine systematische Ausnahme. Sie versäumt es zudem, ihren Maßstab bei besonders wenig befähigten Tätern in spiegelbildlicher Weise nach unten anzupassen.⁴⁵¹ Eine systematische Modifikation oder gar Neuordnung ist ihr demgegenüber nicht möglich, solange sie an dem Erfordernis der Sorgfaltspflichtverletzung i.S.v. § 276 Abs. 2 BGB zur Begründung der Fahrlässigkeit festhält. Dies drängt die Frage auf, ob es zur Begründung der Fahrlässigkeit einer auf den generalisierenden Maßstab des § 276 Abs. 2 BGB reduzierten Sorgfaltspflichtverletzung überhaupt bedarf.⁴⁵²

Die Sorgfaltspflichtverletzung als tatsächlicher oder vermeintlicher Kern der Fahrlässigkeit führt scheinbar zu einer vereinfachten Rechtsanwendung, da mit Hilfe der Sorgfaltnormen immerhin Konkretisierungen der Fahrlässigkeit geschaffen werden⁴⁵³, die in anschaulicher Weise – sozusagen auf halben Abstrakti-

schreibt von einer Strukturgleichheit der Fahrlässigkeit zum Vorsatz sowohl im Beurteilungsmaßstab als auch im Bezugsgegenstand.

⁴⁴⁸ *Roxin*, AT I, § 7, Rn. 24 f.

⁴⁴⁹ *Welzel*, Strafrecht, S. 33 ff. (§ 8), 43 ff. (§ 9), 129 ff. (§ 18 Einleitung 4).

⁴⁵⁰ Dazu bereits oben bei der Untersuchung des Einflusses des Verständnisses der objektiven Zurechnung auf die Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung i.w.S. (Hpttl., 3. Tl., 2. Abschn., A.).

⁴⁵¹ Von einer „Individualisierung auf halben Wege“, bei der nach unten generalisiert und nach oben individualisiert wird, schreibt *MünchKommStGB/Duttge*, § 15, Rn. 97.

⁴⁵² Zu den Lehren, welche auf das Fahrlässigkeitkriterium der Sorgfaltspflichtverletzung verzichten, s. *Duttge*, Fahrlässigkeit, S. 91 ff.

⁴⁵³ Dabei ist es freilich illusorisch anzunehmen, das generalklauselartige Kriterium der Sorgfaltspflichtverletzung konkretisiere die Fahrlässigkeit bereits vollständig; vgl. *Duttge*, Fahrlässigkeit, S. 208 f.

onsniveau – den abstrakten Begriff der Fahrlässigkeit der Lebenswirklichkeit vermitteln und somit auch möglicherweise das bei der Fahrlässigkeit virulente Problem der Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG zu lindern vermögen. Der erste Anknüpfungspunkt für eine Ablehnung des Erfordernisses der Sorgfaltspflichtverletzung zur Begründung der Fahrlässigkeit ist die gängige Unterscheidung von Begehungs- und Unterlassungsdelikten.⁴⁵⁴ Der Topos Sorgfaltspflichtverletzung konterkariert bei den Fahrlässigkeitsdelikten diese Unterscheidung. Hierfür ist die von der vorherrschenden Dogmatik betriebene Anlehnung an § 276 Abs. 2 BGB ursächlich, welcher die Fahrlässigkeit als Außer-Acht-Lassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt definiert. Eng ausgelegt führt diese Definition zu einem Verständnis der Fahrlässigkeit als Unterlassungsdelikt, wobei die Garantenpflicht des Fahrlässigkeitstäters – in der Terminologie der herkömmlichen Fahrlässigkeitsdogmatik als Sorgfaltspflicht bezeichnet – aus dessen gefährlichen Tun jenseits des erlaubten Risikos resultiert. Diese zivilrechtliche Definition der Fahrlässigkeit kann aber auch weiter ausgelegt werden. Wird nämlich die Erforderlichkeit der Sorgfalt stärker betont, kann bereits früher angesetzt werden, und zwar beim riskanten Tun selbst. Die Inkriminierung der Fahrlässigkeit (bzw. im Zivilrecht deren Haftungsrelevanz) würde somit dem Normadressaten ein Verhalten abverlangen, welches sich im Rahmen des erlaubten Risikos hält, sei es durch einen kompletten Verzicht auf ein bestimmtes Tun insgesamt, durch ein von vornherein – wegen dessen Risikolosigkeit für jedwede Rechtsgüter – erlaubtes Tun oder durch ein unter Beherzigung der dafür erforderlichen Sorgfalt modifiziertes und dadurch nunmehr erlaubtes Tun. Dies würde dazu führen, dass auch das Fahrlässigkeitsdelikt – in struktureller Parallelität zum Vorsatzdelikt – in Form eines Begehungsdeliktens denkbar würde. Durch diese erweiterte Auslegung würde also der Begriff Sorgfaltspflichtverletzung nicht notwendigerweise zu einem Verständnis der Fahrlässigkeit als Unterlassungsdelikt führen. Die Befolgung der erforderlichen Sorgfalt wäre nach diesem Verständnis keine Pflicht, welche aus dem unerlaubt riskanten Handeln resultiert. Sie wäre vielmehr bereits die normative Bedingung für ein riskantes Tun schlechthin; mit anderen Worten die normative Bedingung für die staatliche Erlaubnis hierzu, also für die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 2 Abs. 1 GG. Über diese weitere Auslegungsmöglichkeit hinaus ist es auch schon gar nicht zwingend, ja sogar wegen der unterschiedlichen Funktionen des Zivilrechts einerseits und des Strafrechts andererseits potentiell unsachgemäß, die zivilrechtliche Definition der Fahrlässigkeit – mitsamt ihres etwa festgelegten generalisierenden Maßstabes – in das Strafrecht zu übernehmen. Daher muss auch nicht die aus § 276 Abs. 2 BGB stammende Terminologie und der damit potentiell einhergehende Unterlassungscharakter der Fahrlässigkeit im Strafrecht übernommen werden.

⁴⁵⁴ Zu den mit der herkömmlichen Fahrlässigkeitsdogmatik einhergehenden Abgrenzungsproblemen zwischen Tun und Unterlassen s. *Kühl*, AT, § 19, Rn. 1 m.w.N.

Ferner ist die beim fahrlässigen Begehungsdelikt geläufige Rede, der Täter habe die gebotene Sorgfalt fehlen lassen, normlogisch falsch. So hat der Täter nicht sorgfältig zu handeln, sondern vielmehr unsorgfältiges Handeln zu unterlassen.⁴⁵⁵ Die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zwingt mithin nicht etwa zur Beherzigung einer gewissen Sorgfalt, sondern verbietet schlicht nicht erlaubte – weil für das jeweilig geschützte Rechtsgut zu riskante – Handlungsweisen. Verzichtet der betreffende Normadressat auf eine solche Handlungsweise, so entfällt die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Möchte er auf sein Handeln nicht verzichten, so bleibt ihm die Möglichkeit, so sorgfältig vorzugehen, insbesondere sich auch die notwendigen Kenntnisse zu verschaffen und die erforderlichen besonderen Sicherheitsmaßnahmen zu treffen⁴⁵⁶, dass er damit das Risiko von einem verbotenen auf ein – freilich normativ zu bestimmendes – erlaubtes Niveau reduziert. Bei Beherzigung einer hinreichenden Sorgfalt entfällt also bereits das verbotene Risiko, womit das so modifizierte Verhalten erlaubt ist. Die Sorgfaltsanforderung steckt somit implizit in der im objektiven Tatbestand – genauer in der objektiven Zurechnung – anzusiedelnden Fahrlässigkeitsvoraussetzung des unerlaubten Risikos. Dies erklärt auch diejenigen Konstellationen, in denen riskante Handlungsweisen trotz Sorgfaltsanwendung verboten sind. Das ist immer dann der Fall, wenn das erforderliche Niveau an Sorgfalt gar nicht erreichbar ist. Daran zeigt sich wieder die Betonung der Erforderlichkeit der Sorgfalt. Weiterhin verdeutlicht das den Aspekt, dass die Beherzigung von Sorgfalt die strafrechtlich relevante Handlung modifiziert. Die Handlung ist somit nicht zur gedanklich nachgelagerten Bemessung der erforderlichen Sorgfalt isoliert zu betrachten, sondern stellt einschließlich der tatsächlich angewendeten Sorgfalt den Anknüpfungspunkt auf Tatbestandsebene dar.

Der Topos der Sorgfaltspflichtverletzung ist außerdem verwirrend, da er vom eigentlich interessierenden Gegenstand – der tatsächlich erfolgten Handlung – ablenkt. Für die Fahrlässigkeit ist nur relevant, ob diese tatsächlich erfolgte Handlung im Bereich des unerlaubten Risikos oder bzw. infolge der Beherzigung der erforderlichen Sorgfalt im Bereich des erlaubten Risikos liegt. Demgegenüber löst die herkömmliche Fahrlässigkeitsdogmatik die Handlung zunächst von einer beherzigten oder nicht beherzigten Sorgfalt ab und betrachtet sie somit zunächst als eine fiktive Handlung. Erst nachgelagert prüft sie dann, ob diese Handlung sorgfältig erfolgt ist. Demgegenüber erübrigt ein Anknüpfen an die tatsächlich erfolgte Handlung, sei sie sorgfältig oder unsorgfältig vorgenommen, ein Hin-und-Her-Springen von der tatsächlichen zu einer fiktiven Handlung, welches nur ein unfruchtbares Aufhalten an einem Zwischenziel bedeutet und keinerlei Erkenntnisgewinn mit sich bringt. Der Topos der Sorgfaltspflichtverletzung wird folglich schlicht unnötig, wenn mit dem vorgeschlagenen Blickwinkel im Rahmen der

⁴⁵⁵ *Jakobs*, AT, 9. Abschn., Rn. 6. Vgl. dazu auch *Duttge*, Fahrlässigkeit, S. 94.

⁴⁵⁶ Vgl. *Jähnke*, Schlüchter-Gedächtnisschr., 99, 106, der eine Fahrlässigkeit unter anderem darin sieht, einen Anlass zu haben, besondere Sicherheitsmaßnahmen zu treffen, dahinter aber zurückzubleiben.

Beurteilung der Handlung automatisch eine inzidente Berücksichtigung der hiermit verbundenen materiellen Fragen erfolgt. Zur Begründung der Fahrlässigkeit bedarf es daher nicht unbedingt einer eigenständig zu behandelnden Sorgfaltspflichtverletzung.⁴⁵⁷ Der Inhalt dieser bleibt jedoch erhalten, geht aber in der Erörterung der strafrechtlichen Handlung auf. Der Begriff der Sorgfaltspflichtverletzung kann allerdings als Hilfsüberlegung herangezogen werden: Eine Sorgfaltspflichtverletzung kann das Vorliegen einer Fahrlässigkeit – freilich widerleglich – indizieren.⁴⁵⁸ Die Verneinung des unbedingten dogmatischen Erfordernisses einer als solche bezeichneten Sorgfaltspflichtverletzung eröffnet die unmittelbare und unverzerrte Frage nach der Qualifizierung des Handlungsunrechts des Fahrlässigkeitsdelikts.

Das gängige Verständnis der Sorgfaltspflichtverletzung verdoppelt diesen Begriff, indem es eine eigenständige Geltungskraft sog. „konkreter Sondernormen“ beinhaltet. Damit ist zwingend ein generalisierender Maßstab der Sorgfaltspflichtverletzung verbunden.⁴⁵⁹ Demgegenüber führt die Fokussierung auf eine täterspezifische Pflichtwidrigkeit, sei es durch ein um täterindividuelle Aspekte erweitertes Verständnis des Begriffs der Sorgfaltspflichtverletzung oder durch dessen – etwaige Verwirrungen behebende – Aufgabe unter Beibehaltung der Erörterung der mit diesem verbundenen Sachfragen, zu einem individualisierenden Maßstab des Handlungsunrechts des Fahrlässigkeitsdelikts.⁴⁶⁰ Ein solcher liegt angesichts des gleichermaßen individualisierenden Maßstabes beim Vorsatzdelikt nahe.⁴⁶¹ Für einen individualisierenden Maßstab des Fahrlässigkeitsunrechts spricht im Wesentlichen, dass in einem personal geprägten Strafrecht⁴⁶² nur dann von einem typischen Unrecht die Rede sein kann, wenn in der konkreten Tatsituation der Täter selbst nach seinen individuellen Kenntnissen und Fähigkeiten die Beeinträchtigung der in der betreffenden Strafnorm bestimmten Rechtsgüter vermeiden

⁴⁵⁷ Vgl. auch MünchKommStGB/*Duttge*, § 15, Rn. 107 m.w.N., der sich explizit allerdings nur gegen die gängige Verdoppelung der Sorgfaltspflichtverletzung wendet, also gegen eine eigenständige Geltungskraft sog. „konkreter Sondernormen“.

⁴⁵⁸ Vgl. *Yamanaka*, ZStW 102 (1990), 928, 944, der – angesichts seines rein objektiven Verständnisses von der Fahrlässigkeit – in der Sorgfaltspflichtverletzung freilich nur ein Indiz für das Vorliegen der Voraussetzungen objektiver Zurechnung sieht. Nach *Kühl*, AT, § 17, Rn. 15 leisten Sorgfaltsvorschriften als geronnene Erfahrung wertvolle Dienste. Zur Kritik an der Indizwirkung des Verstoßes gegen sog. „konkrete Sondernormen“ für das Vorliegen einer Fahrlässigkeit und zur Umkehrung der Indizwirkung, also einer Annahme eines „erlaubt“ riskanten Verhaltens, im Falle der Einhaltung derselben vgl. MünchKommStGB/*Duttge*, § 15, Rn. 114 f. und 135 ff.

⁴⁵⁹ Vgl. auch *Duttge*, Fahrlässigkeit, S. 82.

⁴⁶⁰ Zu den Lehren, welche zwar das Fahrlässigkeitkriterium der Sorgfaltspflichtverletzung beibehalten, diese aber – trotz der damit verbundenen Probleme und damit in einer vollkommen den ursprünglichen Begriff verzerrender Weise – nach individuellen Gesichtspunkten beurteilen und als solche systematisch im Tatbestand lozieren, s. *Duttge*, Fahrlässigkeit, S. 79 ff.

⁴⁶¹ So verweist *Jakobs*, AT, 9. Abschn., Rn. 13 in diesem Zusammenhang darauf, dass auch ein „objektiver Vorsatz“ überflüssig wäre.

⁴⁶² Zur „personalen“ Unrechtslehre vgl. *Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele*, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 52/53 m.w.N.

konnte⁴⁶³. Anderenfalls handelt es sich bei einer eingetretenen Rechtsgüterbeeinträchtigung schlicht um einen nicht mit dem Täter in Verbindung zu bringenden Unfall. Mit einem individualisierenden Maßstab des Fahrlässigkeitsunrechts bedarf die Fahrlässigkeitsdogmatik ferner keiner individualisierenden systematischen Ausnahmen mehr, um besonders befähigte oder mit besonderem Wissen ausgestattete Täter⁴⁶⁴ zu erfassen. Sie muss zudem auch nicht anhand einer flexiblen Zuschneidung der Verkehrskreise eine verschleierte Individualisierung⁴⁶⁵ vornehmen, da sie täterindividuelle Aspekte unmittelbar berücksichtigt. Darüber hinaus spricht sogar eine Anleihe am Topos einer weit verstandenen Sorgfaltspflichtverletzung für eine Individualisierung des Fahrlässigkeitsunrechts. So soll das Erfordernis der Verletzung einer Kenntnisverschaffungspflicht legitimieren, dass eine tatsächliche Handlungsintention wie beim Vorsatz und der bewussten Fahrlässigkeit durch eine normative Handlungsintention im Kontext der unbewussten Fahrlässigkeit substituiert wird.⁴⁶⁶ Um aber eine Kenntnisverschaffungspflicht zu begründen, müssen dem Handelnden jedenfalls gewisse Anhaltspunkte für eine Gefahr bekannt sein, nimmt man die parallele Benennung der bewussten Fahrlässigkeit und des Vorsatzes ernst. Dies führt im Übrigen dazu, dass auch bei der unbewussten Fahrlässigkeit eine tatsächliche – wenn auch mittelbare⁴⁶⁷ – Handlungsintention besteht.

Der Maßstab des Fahrlässigkeitsunrechts ist demnach ein individualisierender. Durch ihn wird die Struktur der subjektiven Tatseite von einerseits Vorsatz und andererseits Fahrlässigkeit vereinheitlicht. Seit Verschiebung subjektiver Elemente des Vorsatzdelikts in das Unrecht infolge der finalen Handlungslehre kann somit erstmals wieder von einer Strukturgleichheit von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt gesprochen werden.⁴⁶⁸ Der Weg der „Subjektivierung“ des Unrechts ist folglich nach der Individualisierung des Vorsatzunrechts mit der Individualisierung des Fahrlässigkeitsunrechts komplettiert.⁴⁶⁹

⁴⁶³ Vgl. auch *Otto*, Schlüchter-Gedächtnisschr., 77, 89, nach dem die Pflicht zur Rechtsgutsbeeinträchtigungvermeidung begriffnotwendig nur auf ein menschenmögliches Verhalten gerichtet sein kann. Vgl. auch *MünchKommStGB/Duttge*, § 15, Rn. 87 und 95.

⁴⁶⁴ Gemeint sind solche mit Sonderkenntnissen und Sonderfähigkeiten.

⁴⁶⁵ Vgl. *MünchKommStGB/Duttge*, § 15, Rn. 98.

⁴⁶⁶ Siehe *Burkhardt*, in: *Wolter/Freund*, S. 122 m.w.N.

⁴⁶⁷ Der Täter handelt zwar nicht etwa in Kenntnis der Gefahr selbst, wohl aber immerhin trotz Kenntnis jener die Kenntnisverschaffungspflicht begründenden Anhaltspunkte für die Gefahr.

⁴⁶⁸ Siehe dazu *Duttge*, Fahrlässigkeit, S. 126 m.w.N.; *MünchKommStGB/Duttge*, § 15, Rn. 94 und 100. *Otto*, Schlüchter-Gedächtnisschr., 77, 89 führt dafür die dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit gemeinsame Rechtsgutsbeeinträchtigungvermeidungspflicht an.

⁴⁶⁹ Auch z.B. *MünchKommStGB/Duttge*, § 15, Rn. 97 schreibt im Zusammenhang mit der i.R.d. Feststellung des Handlungsunrechts beim Fahrlässigkeitsdelikt erfolgenden, nur einseitigen Berücksichtigung der Individualität der jeweiligen Person (Sonderwissen und Sonderkönnen) von einer „Individualisierung auf halben Wege“. Bereits an dieser Aussage wird deutlich, dass *Duttge* parallel zum vollständig individualisierten Maßstab für das (subjektive) Vorsatzunrecht eine vollständige Individualisierung des Maßstabes für das Fahrlässigkeitsunrecht verfolgt. In *Duttge*, *Maiwald-Festschr.*, 167, 169 ff., 178 fordert *Duttge* ein individualisiertes Fahrlässigkeitsunrecht

Somit kann das nunmehr individuell zu bestimmende Handlungsunrecht der Fahrlässigkeit nicht wie die objektive Sorgfaltspflichtverletzung vollständig im objektiven Tatbestand des Fahrlässigkeitsdeliktes aufgehen. Damit kommt der Fahrlässigkeit – jedenfalls auch – ein Vorwurf auf Ebene des subjektiven Tatbestands zu. Wenn auch der Fahrlässigkeitsbegriff komplex bleibt, so ist doch der sog. „komplexe Fahrlässigkeitsbegriff“ im herkömmlichen Sinne abzulehnen. Daher schadet es nicht, dass er – wie oben festgestellt – mit dem in der vorliegenden Arbeit entwickelten Begriff der subjektiven Zurechnung (i.w.S.) unvereinbar ist.

3. Fahrlässigkeit einzig als Frage des strafrechtlichen Unrechts

Die Fahrlässigkeit nunmehr einzig als Frage des strafrechtlichen Unrechts zu behandeln⁴⁷⁰, wäre nur dann die logische Konsequenz der vorstehenden Ausführungen, wenn keine strafrechtssystematische Alternative denkbar wäre. Strikt abzulehnen ist aber lediglich der komplexe Fahrlässigkeitsbegriff in seiner herkömmlichen Bedeutung. Versteht man ihn derart, dass er bereits auf Ebene des Tatbestands eine individualisierende Sichtweise zulässt, so bleibt die Frage, ob für weitere Fahrlässigkeitselemente auf Schuldebene noch Raum bleibt⁴⁷¹. Nach den vorstehenden Ausführungen werden jedenfalls die wesentlichen Fahrlässigkeitselemente bereits auf Ebene des Tatbestands behandelt, so dass fahrlässigkeitsspezifische Erörterungen auf der strafrechtssystematischen Ebene der Schuld – parallel zur Vorsatzschuld als Teil des Vorsatzbegriffs – allenfalls von nachgeordneter Bedeutung sein können.⁴⁷² Ob dafür überhaupt Raum besteht, ist jedoch für die Begriffsbildung der allein die subjektiven Unrechtselemente betreffenden subjektiven Zurechnung (i.w.S.) und damit für den Fortgang der vorliegenden Arbeit unerheblich und kann daher offen bleiben.

unter anderem mit dem Hinweis auf ein „personales Menschenbild“, auf welchem sich die „Idee des Rechts“ gründet. Auch Köhler, Fahrlässigkeit, S. 371 bestimmt das Unrecht als notwendig personal, wobei das Fahrlässigkeitsunrecht die mittelbare Verfehlung (Negation) des konkreten Allgemeinwillens im Zwecksetzen des Subjekts darstelle, womit er das Fahrlässigkeitsunrecht wohl ebenfalls zwingend durch einen individualisierten Maßstab bestimmt. In Köhler, AT, S. 200 f. schreibt er sodann explizit vom subjektiven Tatbestand des fahrlässigen Tätigkeitsdelikts.

⁴⁷⁰ Zu den Lehren, welche für die Fahrlässigkeit eine individuelle Sorgfaltspflichtverletzung allein der systematischen Ebene des Tatbestands zuordnen, s. Duttge, Fahrlässigkeit, S. 79 ff. Auch führt freilich die Lehre von der objektiven Zurechnung in ihrer Reinform zwingend, wenn auch nicht in individualisierender, sondern rein objektiver Weise, zu einer Lozierung der Fahrlässigkeit einzig im Unrecht, genauer: im objektiven Tatbestand; vgl. insb. Roxin, AT I, § 11, Rn. 49, § 24, Rn. 10; Yamanaka, ZStW 102 (1990), 928, 944.

⁴⁷¹ Dazu MünchKommStGB/Duttge, § 15, Rn. 92, 94 ff. und 199 f.

⁴⁷² Z.B. bei NK/Puppe, § 15, Rn. 4 bezeichnet die sog. Fahrlässigkeitsschuld lediglich allgemeine Voraussetzungen jeder Schuld und kann somit wohl zumindest vernachlässigt oder sogar als eigenständige Kategorie ganz fallengelassen werden.

III. Ergebnis

Nach hier vertretener Ansicht ist die Fahrlässigkeit, zumindest weitestgehend, der strafrechtssystematischen Ebene des subjektiven Tatbestands zuzuordnen. Sie betrifft im Wesentlichen die psychologischen Aspekte des Handelns, wohingegen die subjektive Zurechnung (i.w.S.) den normativ geprägten Oberbegriff darstellt, welcher nicht nur Vorsatz und Fahrlässigkeit umfasst, sondern auch – genauso und in struktureller Parallelität zu dessen Gestalt beim Vorsatz – einerseits die Möglichkeit einer normativen Korrektur eben jener subjektiven Unrechtselemente der Fahrlässigkeit und andererseits das normativ geprägte Verfahren zur Feststellung jener die Fahrlässigkeit ausmachenden subjektiven Unrechtselemente. Die subjektive Zurechnung (i.w.S.) überschneidet sich dabei nicht mit dem vornehmlich psychisch geprägten Fahrlässigkeitsbegriff.

3. Abschnitt: Zusammenfassung

Der zunächst abstrakt entwickelte Begriff der subjektiven Zurechnung (i.w.S.)⁴⁷³ bleibt auch im Abgleich mit anderen Begriffselementen des Verbrechensaufbaus konsistent. Die subjektive Zurechnung (i.w.S.) stellt damit den normativ geprägten Oberbegriff des subjektiven Unrechts dar und schließt neben den subjektiven Unrechtselementen die Möglichkeit zu deren normativen Korrektur (subjektive Zurechnung i.e.S.) sowie das normative Verfahren zu deren Ermittlung ein. Soweit im Folgenden von subjektiver Zurechnung die Rede sein wird, ist stets dieses weite Begriffsverständnis gemeint.

Da die vornehmlich psychisch geprägten subjektiven Unrechtselemente die Basis der subjektiven Zurechnung ausmachen, müssen diese stets vorab untersucht werden. Soweit sie markenstrafrechtlich relevant sind, werden daher im Folgenden zunächst stets die strafrechtsdogmatischen Kategorien des Vorsatzes, der besonderen Absichten, des Irrtums und der Fahrlässigkeit erörtert und die daraus entwickelten Ergebnisse dann auf das Markenstrafrecht übertragen bevor es daraufhin zur abschließenden Behandlung der subjektiven Zurechnung im Markenstrafrecht kommen kann.

⁴⁷³ S. o. Hpttl., 3. Tl., 1. Abschn., C.

4. Teil: Strafrechtlicher Markenrechtsschutz

1. Abschnitt: Markenkollisionsdelikte

A. Systematik der markenstrafrechtlichen Inkriminierung

Die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht bezieht sich gegenständlich auf die geltenden markenkollisionsrechtlichen wie auch markenkollisionsrelevanten außermarkenrechtlichen Normen. Diese werden nachfolgend im Einzelnen erörtert.

Die Tatbestandsvarianten des § 143 Abs. 1 MarkenG enthalten nicht alle Tatbestandsmerkmale selbst, sondern verweisen in erheblichem Umfang auf die zivilrechtlichen Kollisionstatbestände des § 14 MarkenG. Einige der zivilrechtlichen Tatbestandsmerkmale wiederholen sie dagegen innerhalb des Straftatbestands in derselben Formulierung. Die Straftatbestandsvoraussetzungen gehen allerdings, insbesondere was den subjektiven Tatbestand anbelangt, über diejenigen des Zivilrechts hinaus.

In Absatz 2 ist der Qualifikationstatbestand für gewerbsmäßiges Handeln, in Absatz 3 die Versuchsstrafbarkeit, in Absatz 4 die Einordnung des einfachen Markendelikts als relatives Strafantragsdelikt, in Absatz 5 die Einziehung der Bezugsgegenstände gem. § 74a StGB und in Absatz 6 die Urteilsbekanntmachung auf Antrag des Verletzten geregelt.

B. Der markenstrafrechtliche Grundtatbestand des § 143 Abs. 1 MarkenG

I. Allgemeine markenstrafrechtliche Tatbestandsmerkmale

1. Markenmäßige Benutzung

Die im Folgenden zunächst erörterten Merkmale stellen den Kern aller markenstrafrechtlichen Tatbestandsvarianten dar. Der markenstrafrechtliche Grundtatbestand des § 143 Abs. 1 MarkenG beinhaltet in seinen Varianten der Nrn. 1 und 2 MarkenG das Tatbestandsmerkmal der markenmäßigen Benutzung als Verletzungshandlung. Dies erfolgt zum einen mittels Verweisung auf die zivilrechtlichen Kollisionsnormen des § 14 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 MarkenG und zum anderen indem daneben dieses Merkmal in den betreffenden Varianten selbst nochmals wörtlich wiederholt wird. Dagegen inkriminiert § 143 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG Vorbereitungshandlungen zur markenmäßigen Benutzung durch Dritte und bestimmt als Verletzungshandlung spezifisch das Anbringen, Anbieten, Inverkehrbringen, Besitzen und Ein- oder Ausführen, was insoweit ebenfalls der Begriffswahl der in Bezug genommenen § 14 Abs. 4 Nrn. 1 bis 3 MarkenG entspricht.

Die verletzungstypischen Handlungsformen in § 14 Abs. 3 MarkenG setzen eine markenmäßige Benutzung voraus und konkretisieren diese nur exemplarisch. Sie erweitern damit den Straftatbestand nicht. Es bedarf folglich auf diese keines ausdrücklichen Verweises des § 143 MarkenG.⁴⁷⁴ Die markenmäßige Benutzung ist für alle Verletzungstatbestände sowie alle Markenarten einheitlich.⁴⁷⁵ Sie deckt sich nicht gänzlich mit der rechtserhaltenden Benutzung i.S.d. Regeln über den Benutzungszwang.⁴⁷⁶

2. Begehung durch einen „Dritten“

Ferner beinhaltet § 143 Abs. 1 MarkenG – ausschließlich mittels Verweisung auf die zivilrechtlichen Kollisionsnormen des § 14 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3, Abs. 4 Nrn. 1 bis 3 MarkenG – das Tatbestandsmerkmal der Begehung durch einen „Dritten“. Markenrechtlich Dritter kann jede nicht mit dem Markenrechtsinhaber identische Person sein. Dieses Merkmal erfüllen z.B. auch Lizenznehmer an der Marke (§ 30 Abs. 2 MarkenG) und gesellschaftsrechtlich oder konzernrechtlich verbundene Unternehmen. Der Markeninhaber selbst kann demzufolge in keiner Konstellation Dritter im markenrechtlichen Sinne sein. Verletzt er eine von ihm oder seinem Rechtsvorgänger vergebene ausschließliche Lizenz, begeht er keine Marken-, sondern (lediglich) eine Vertragsverletzung.⁴⁷⁷

3. „im geschäftlichen Verkehr“

Das bereits über den Verweis auf § 14 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3, Abs. 4 Nrn. 1 bis 3 MarkenG geltende Tatbestandsmerkmal „im geschäftlichen Verkehr“ wird in § 143 Abs. 1 MarkenG nochmals wiederholt. Durch dieses zentrale Merkmal soll der durch das Markenrecht geregelte Lebensbereich auf eine bestimmte Sphäre eingegrenzt werden.⁴⁷⁸ Nur Markenbenutzungen im Zusammenhang mit auf wirtschaftlichen Vorteil gerichteter, aber nicht unbedingt von Gewinnabsicht getragener, kommerzieller Tätigkeit⁴⁷⁹ sollen reglementiert werden, wohingegen andere Lebensbereiche ausgeklammert bleiben. Dies bedeutet, dass ein Markenrechtsschutz gegenüber privatem Handeln außerhalb von Erwerb und Berufsausübung⁴⁸⁰, gegenüber rein wissenschaftlicher⁴⁸¹, Vereins- und Verbandstätigkeit mit

⁴⁷⁴ Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 26. 10. 1998, wistra 1999, 152, 153; Begründung des Regierungsentwurfs zum Markenrechtsreformgesetz, BT-Drucksache 12/6581 vom 14.01.1994, S. 53, 125; Fezer, MarkenG, § 143, Rn. 19; Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 143, Rn. 2. Vgl. dazu auch oben im zivilrechtlichen Teil.

⁴⁷⁵ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14, Rn. 95.

⁴⁷⁶ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14, Rn. 97 und § 26, Rn. 24 ff.

⁴⁷⁷ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14, Rn. 51.

⁴⁷⁸ Fezer, MarkenG, § 14, Rn. 23; Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14, Rn. 68.

⁴⁷⁹ EuGH WRP 2002, 1415, Tz. 40 – „Arsenal Football Club plc“; Fezer, MarkenG, § 14, Rn. 24; Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14, Rn. 70 u. 72 m.w.N.

⁴⁸⁰ EuGH WRP 2002, 1415, Tz. 40 – „Arsenal Football Club plc“; BGH GRUR 2002, 622, 624 – „shell.de“; Fezer, MarkenG, § 14, Rn. 27 ff.; Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 14, Rn. 78.

ausschließlich ideeller Zielsetzung⁴⁸², behördeninternen und amtlich-hoheitlichen Handlungen⁴⁸³ sowie politischen⁴⁸⁴, sozialen, kirchlichen, verbraucheraufklärenden und sportlichen Aktivitäten⁴⁸⁵ schon zivilrechtlich und erst recht strafrechtlich nicht besteht.⁴⁸⁶

4. Markenstrafrechtliche Widerrechtlichkeit

Über die mittels Verweises auf die zivilrechtlichen Kollisionsnormen auch für den § 143 Abs. 1 MarkenG geltenden Tatbestandsmerkmale hinaus führt § 143 Abs. 1 MarkenG explizit das Merkmal „widerrechtlich“ auf. Dieses Merkmal ist eigens in § 143 Abs. 1 MarkenG aufgenommen worden, um die Strafbarkeit von Markenbenutzungen auszuschließen, die entweder mit Zustimmung des Kennzeicheninhabers erfolgen oder gegen die wegen einer geschriebenen (z.B. §§ 20 ff. MarkenG) oder ungeschriebenen Schutzschranke keine zivilrechtlichen Verletzungsansprüche bestehen.⁴⁸⁷ Damit umfasst es also zugleich das Merkmal „ohne Zustimmung des Inhabers der Marke“ in § 14 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3, Abs. 4 Nrn. 1 bis 3 MarkenG, auf das § 143 Abs. 1 MarkenG ohnehin verweist, welches allerdings in § 143 Abs. 1 MarkenG – offenbar zur Vermeidung einer sogar mehrfachen Tautologie – nicht mehr ausdrücklich wiederholt wird. Die Frage, auf welcher zivilrechtssystematischen Ebene das Merkmal der fehlenden Zustimmung des Inhabers der Marke i.R.v. § 14 MarkenG einzuordnen und ob diese Einordnung für das Strafrecht relevant oder vielmehr eine eigenständige strafrechtssystematische Einordnung dieses Merkmals vorzunehmen ist, geht somit in der Frage nach der strafrechtssystematischen Einordnung des Merkmals „widerrechtlich“ auf.

Zwar ist die strafrechtssystematische Einordnung des Merkmals „widerrechtlich“ nicht nur von theoretischem und strafrechtsdogmatischem Interesse, sondern auch von hoher Relevanz für die Reichweite der subjektiven Zurechnung im Markenstrafrecht. Die Beantwortung dieser Frage, ob das Merkmal „widerrechtlich“ also lediglich auf die Rechtfertigungsebene verweist⁴⁸⁸ oder ob es bereits

⁴⁸¹ Fezer, MarkenG, § 14, Rn. 40 f.; Ingerl/Robnke, MarkenG, § 14, Rn. 81 mit abgrenzenden Rechtsprechungsbeispielen.

⁴⁸² Fezer, MarkenG, § 14, Rn. 30 f.; Ingerl/Robnke, MarkenG, § 14, Rn. 80 m.w.N.

⁴⁸³ Fezer, MarkenG, § 14, Rn. 27; Ingerl/Robnke, MarkenG, § 14, Rn. 79 m.w.N.

⁴⁸⁴ OLG Hamburg ZUM-RD 1998, 5 – „Pack den Tiger in die Bürgerschaft“; Ingerl/Robnke, MarkenG, § 14, Rn. 82 m.w.N.

⁴⁸⁵ Ingerl/Robnke, MarkenG, § 14, Rn. 82 m.w.N.

⁴⁸⁶ Für einige für das Merkmal „im geschäftlichen Verkehr“ maßgebliche Abgrenzungskriterien vgl. OLG Stuttgart wistra 1999, 152, 153 f.; LG Mannheim WRP 1999, 1057 – „JOOP!“.

⁴⁸⁷ Begründung des Regierungsentwurfs zum Markenrechtsreformgesetz, BT-Drucksache 12/6581 vom 14.01.1994, S. 53, 125 f.; Ingerl/Robnke, MarkenG, § 143, Rn. 2.

⁴⁸⁸ Für die strafrechtsdogmatische Einordnung der dem Schutzrecht Marke entgegenstehenden Gründe aus §§ 20 ff. MarkenG als Rechtfertigungsgründe für die Markenbenutzung siehe Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rn. 599.

vom Tatbestand des § 143 Abs. 1 MarkenG erfasst wird⁴⁸⁹, ist dabei insbesondere für die Irrtumslehre im Markenstrafrecht bedeutsam. Allerdings interessiert die Einordnung dieses Merkmals auf der Ebene entweder des Tatbestands oder der Rechtswidrigkeit bei den hier dargestellten allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen noch nicht. Diese Erörterung wird daher später an relevanter Stelle behandelt werden.⁴⁹⁰

II. Tatbestandsvarianten des § 143 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 MarkenG (unmittelbare Markenverletzungen)

1. §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG (Identitätsverletzung)

Die Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG setzt zusätzlich zu den bereits aufgeführten Merkmalen eine sog. Doppelidentität⁴⁹¹ derart voraus, dass das benutzte Zeichen mit der geschützten Marke identisch ist und auch für Produkte benutzt wird, die identisch sind mit denen, für welche die Marke Schutz genießt. Diese Tatbestandsvariante dient sonach dem Identitätsschutz.

2. §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG (Kennzeichnungskraftverletzung)

Die Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG fordert hingegen lediglich Identität oder Ähnlichkeit des benutzten Zeichens mit der Marke und Identität oder Ähnlichkeit des mit dem Zeichen gekennzeichneten Produktes mit den Produkten, für welche die Marke Schutz genießt. Insgesamt dient diese Tatbestandsvariante demnach dem Verwechslungsschutz. Als tatbestandseingrenzendes Korrektiv für diese tatbestandliche Entfernung des Schutzbereichs von der Marke und der von dieser erfassten Produkte bedarf es allerdings darüber hinaus einer spezifischen Verwechslungsgefahr⁴⁹² für das Publikum, welche auf der Identität oder Ähnlichkeit des Zeichens mit der geschützten Marke und auf der Identität oder Ähnlichkeit der Produkte beruht. Das Vorliegen einer solchen – normativ zu bestimmenden – Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung einer Vielzahl bestimmter Umstände des Einzelfalls sowie deren Verhältnis zueinander umfassend zu beurteilen, wobei zu den vorrangigen Faktoren der Zeichenähnlichkeit in Bild, Klang sowie Bedeutung und der Produktähnlichkeit nach Art, Verwendungszweck sowie Nutzung ferner insbesondere die Kenn-

⁴⁸⁹ Für die Widerrechtlichkeit als Teil bereits des Straftatbestandes siehe *Schweik*, Markenpiraterie, S. 177 f.; *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 93.

⁴⁹⁰ Siehe Hpttl., 7. Tl., 2. Abschn., B.

⁴⁹¹ Vgl. *Fezzer*, MarkenG, § 14, Rn. 183.

⁴⁹² Der Begriff der Verwechslungsgefahr beinhaltet gem. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG auch die Gefahr, dass das kollidierende Zeichen mit der geschützten Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird (gedankliches In-Verbindung-Bringen).

zeichnungskraft der Marke (Bekanntheitsgrad der Marke am Markt), aber auch z.B. der Grad der Branchenverschiedenheit treten.⁴⁹³

3. §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG (Bekanntheitsverletzung)

Die Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG dient dem erweiterten Schutz bekannter Kennzeichen, kurz: dem Bekanntheitsschutz. Sie stellt zunächst noch geringere Anforderungen an die Nähe ihres Schutzbereiches zu der Marke und der von dieser erfassten Produkte. So muss zwar Identität oder Ähnlichkeit des benutzten Zeichens mit der geschützten Marke bestehen. Einer Ähnlichkeit oder gar Identität des mit dem Zeichen gekennzeichneten Produktes mit jenen Produkten, für welche die Marke Schutz genießt, bedarf es hingegen nicht. Zum Ausgleich dafür fordert diese Tatbestandsvariante allerdings, dass die Benutzung des betreffenden Zeichens die auf der Inlandsbekanntheit der geschützten Marke⁴⁹⁴ beruhende Unterscheidungskraft oder Wertschätzung ohne rechtfertigenden Grund unlauter ausnutzt oder beeinträchtigt (§ 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG).

Darüber hinaus fordert § 143 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG für die Strafbarkeit zusätzlich die Absicht zu dieser Ausnutzung oder Beeinträchtigung.⁴⁹⁵ Durch diese über das allgemeine Vorsatzerfordernis hinausgehend geforderte Ausnutzungs- oder Beeinträchtigungsabsicht soll die reduzierte Tatbestandskonkretisiertheit weiter ausgeglichen werden und somit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot für strafrechtliche Normen (Art. 103 Abs. 2 GG) Genüge getan werden.⁴⁹⁶ Weiterhin soll dadurch angesichts des mit den geringeren Anforderungen

⁴⁹³ Vgl. EuGH GRUR 1998, 387, 389 f. – „Springende Raubkatze (Puma/Sabèl)“; *Fezer*, MarkenG, § 14, Rn. 222-741; *Ingerl/Rohmke*, MarkenG, § 14, Rn. 361-1240. Zur Verwechslungsgefahr als normativer Rechtsbegriff in einem beweglichen System verschiedener sich wechselseitig bedingender und ausgleichender Beurteilungskriterien: Vgl. *Fezer*, MarkenG, § 14, Rn. 252-262; *Ingerl/Rohmke*, MarkenG, § 14, Rn. 431 ff.

⁴⁹⁴ Zum Rechtsbegriff der bekannten Marke als ein bewegliches System quantitativer und qualitativer Beurteilungskriterien s. Begründung des Regierungsentwurfs zum Markenrechtsreformgesetz, BT-Drucksache 12/6581 vom 14.01.1994, S. 53, 72. Vgl. auch *Fezer*, MarkenG, § 14, Rn. 758.

⁴⁹⁵ Vgl. dazu auch OLG Hamburg NJOZ 2005, 133, 138.

⁴⁹⁶ Begründung des Regierungsentwurfs zum Markenrechtsreformgesetz, BT-Drucksache 12/6581 vom 14.01.1994, S. 53, 125; *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, § 143, Rn. 14; *Ingerl/Rohmke*, MarkenG, § 143, Rn. 4; vgl. *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 74. Offen bleibt, ob diese Begründung tauglich ist. Ob nämlich eine – wie hier erfolgte – bloße Einengung eines Tatbestands durch das Aufstellen weiterer Voraussetzungen unbedingt zu dessen höheren Bestimmtheit führt, kann bezweifelt werden, da es hinsichtlich der zuvor fraglich unbestimmten Tatbestandsmerkmale beim status quo ante bleibt; vgl. dazu *Schüwek*, Markenpiraterie, S. 99. Allgemein zur Vereinbarkeit der Markenrafftatbestände mit dem in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Bestimmtheitsgebot vgl. *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 64 ff. (zu §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG mit entsprechender Relevanz für die §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. a 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, soweit diese parallel dazu strukturiert sind) und S. 72 ff. (zu §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG mit entsprechender Relevanz für die §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. b, 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, soweit diese parallel dazu strukturiert sind) jeweils m.w.N.

an den objektiven Tatbestand einhergehenden verstärkten Eingriffs in Art. 2 Abs. 1 GG eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Strafbarkeit in dieser Tatbestandsvariante überhaupt erst ermöglicht werden.

III. Tatbestandsvarianten des § 143 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG (mittelbare Markenverletzungen)

1. Gemeinsame Voraussetzungen

Die Tatbestandsvarianten des § 143 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG kodifizieren einen Ausschnitt möglicher mittelbarer Markenverletzungsformen. Diese Markenverletzungen sind als mittelbar zu qualifizieren, da sie Vorbereitungshandlungen mit gegenständlichem Bezug zu Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmitteln inkriminieren, bei denen zwar mangels Verbindung des Zeichens mit dem letztlich zu kennzeichnenden Produkt noch keine unmittelbare Verletzungshandlung gem. § 14 Abs. 2 MarkenG gegeben ist, allerdings die Gefahr besteht, dass auf die betreffenden Vorbereitungshandlungen hin Dritte⁴⁹⁷ mit diesen Gegenständen Verletzungshandlungen gem. § 14 Abs. 2 MarkenG vornehmen werden. Der Schutzbereich der Tatbestandsvarianten des § 143 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG ist demnach in Bezug auf die Vorbereitungshandlung vollständig von den letztlich zu kennzeichnenden Produkten entkoppelt, wenn sich auch die nach den dargestellten Grundsätzen der Verweisungsnorm des § 14 Abs. 2 MarkenG qualifizierte Nähe zu den zu kennzeichnenden Produkten im Rahmen der tatbestandlich erforderlichen Gefahr widerspiegelt.

Alle Tatbestandsvarianten des § 143 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG beziehen sich gegenständlich auf Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel wie Etikette, Anhänger, Aufnäher oder dergleichen. Außerdem setzen sie – mittelbar über den Verweis auf § 14 Abs. 4 MarkenG – voraus, dass eine Identität oder Ähnlichkeit des für die Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel benutzten Zeichens mit der Marke besteht. Ferner muss – ebenfalls mittels Verweises auf § 14 Abs. 4 MarkenG – die Gefahr bestehen, dass nach § 14 Abs. 2 MarkenG markenrechtsverletzende Verwendungshandlungen folgen werden, also

⁴⁹⁷ In Abgrenzung zum „Dritten“, welcher Täter der mittelbaren Markenrechtsverletzung i.S.v. § 14 Abs. 4 MarkenG ist, kann dieser „Dritte“, der die betreffenden Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel (später) markenrechtsverletzend i.S.v. § 14 Abs. 2 MarkenG verwendet, durchaus auch ein „Vierter“ sein. Dies folgt aus dem Sinn und Zweck der Norm, Vorbereitungshandlungen unabhängig davon zu inkriminieren, wer der Weiterverwendende ist. Ferner wird dieses Verständnis auch noch – im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG – von der semantischen Bedeutung des Begriffs des „Dritten“ umfasst. Dadurch werden gerade auch stark arbeitsteilige Strukturen im Umfeld der Markenpiraterie berücksichtigt. Vgl. auch *Ingerl/Robnke*, MarkenG, § 14, Rn. 263. Allgemein zur teleologischen Gesetzesinterpretation in der strafrechtswissenschaftlichen Methodenlehre vgl. *Simon*, Gesetzesauslegung, S. 471 ff. Zum noch möglichen umgangssprachlichen Wortsinn als Grenze der teleologischen Auslegung s. BGHSt 10, 157, 159 f.

die betreffenden Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel zur nach § 14 Abs. 2 MarkenG markenrechtsverletzenden Verbindung zu oder mit einem bestimmten Produkt verwendet werden. Dabei genügt es allerdings nicht wie bei den zivilrechtlichen Ansprüchen, dass die anhand konkreter Anhaltspunkte unter Einbeziehung der Lebenserfahrung festzustellende Gefahr nur objektiv besteht⁴⁹⁸ und es somit auf die subjektiven Vorstellungen des Handelnden insoweit nicht ankommt. Während nämlich selbst für einen Schadensersatzanspruch gem. § 14 Abs. 6 MarkenG nur die Verletzungshandlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden muss, bedarf es nach allgemeinen Strafrechtsregeln eines Vorsatzes hinsichtlich aller objektiven Straftatbestandsmerkmale und somit auch für die in allen Tatbestandsvarianten des § 143 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG erforderliche Gefahr einer nachfolgenden markenrechtsverletzenden Verwendungshandlung.⁴⁹⁹

Darüber hinaus muss dem potenziell letztlich die betreffenden Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel verwendenden Dritten⁵⁰⁰ die Benutzung des Zeichens entweder gem. § 14 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 MarkenG (§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. a MarkenG) oder gem. § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG untersagt sein (§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. b MarkenG). In der letzteren Voraussetzungsvariante muss zudem die Absicht des mittelbaren Markenverletzers bestehen, dem Dritten die Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder Wertschätzung der betreffenden bekannten Marke zu ermöglichen. Diese über das allgemeine Vorsatzerfordernis hinausgehende geforderte Ermöglichungsabsicht dient – vergleichbar der in der Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG geforderten Ausnutzungs- oder Beeinträchtigungsabsicht⁵⁰¹ – dem weiteren Ausgleich für die tatbestandliche Entfernung des Schutzbereichs von der Marke und der von dieser erfassten Produkte. Damit soll wiederum das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot beachtet werden.⁵⁰² Außerdem soll dadurch die Strafbarkeit nach dieser Tatbestandsvariante ebenfalls einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zugänglich werden.

2. §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 1. Alt., 14 Abs. 4 Nr. 1 MarkenG (mittelbare Markenverletzung durch Zeichenanbringung)

Die Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 1. Alt., 14 Abs. 4 Nr. 1 MarkenG inkriminiert die Zeichenanbringung auf Aufmachungen, Verpackungen oder

⁴⁹⁸ Vgl. *Ingerl/Rohmke*, MarkenG, § 14, Rn. 263.

⁴⁹⁹ Allgemein dazu HK-GS/*Dutge*, § 15, Rn. 5 m.w.N.; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 16.

⁵⁰⁰ Dieser kann freilich wiederum auch ein „Vierter“ sein; vgl. o.

⁵⁰¹ Vgl. o. (Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., II., 3.).

⁵⁰² Begründung des Regierungsentwurfs zum Markenrechtsreformgesetz, BT-Drucksache 12/6581 vom 14.01.1994, S. 53, 125; *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, § 143, Rn. 15; *Ingerl/Rohmke*, MarkenG, § 143, Rn. 4. Dazu und zur Kritik daran vgl. auch oben zu den Ausführungen zur Ausnutzungs- oder Beeinträchtigungsabsicht.

Kennzeichnungsmitteln. Die Strafbarkeit nach dieser Tatbestandsvariante setzt darüber hinaus keine weiteren speziellen Anforderungen voraus.

3. §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 2. Alt, 14 Abs. 4 Nr. 2 oder 3 MarkenG (mittelbare Markenverletzung durch Zeichenhandhabung)

Die Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 2. Alt, 14 Abs. 4 Nr. 2 oder 3 MarkenG inkriminiert das Anbieten, Inverkehrbringen, Besitzen, Ein- oder Ausführen von Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmitteln, die mit dem Zeichen versehen sind. Allein bezüglich der Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 2. Alt, 14 Abs. 4 Nr. 2 3. Var. MarkenG bedarf es mittels des Verweises auf § 14 Abs. 4 Nr. 2 3. Var. MarkenG einer Zweckgerichtetheit des Besitzes⁵⁰³ und damit eines weiteren über das allgemeine Vorsatzerfordernis hinausgehenden subjektiven Tatbestandsmerkmals.⁵⁰⁴

C. Qualifikation, § 143 Abs. 2 MarkenG

In § 143 Abs. 2 MarkenG ist der Qualifikationstatbestand für gewerbsmäßiges Handeln geregelt, welcher die Obergrenze des Strafrahmens von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht. Die Anwendung dieser Qualifikation erfolgt nach allgemeinen Regeln. Zur Bejahung der Gewerbsmäßigkeit genügt daher nicht schon jegliches geschäftliches Handeln, was angesichts des für alle Markendelikte geltenden Tatbestandsmerkmals „im geschäftlichen Verkehr“⁵⁰⁵ ohnehin keine zusätzliche Strafbarkeitsvoraussetzung darstellen würde. Vielmehr muss sich der Täter gerade durch wiederholte Markenverletzungen eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen wollen.⁵⁰⁶ Ob bereits die erste ins Auge gefasste Tat als gewerbsmäßig begangen eingestuft werden kann⁵⁰⁷, kann wegen der Irrelevanz dieser Frage für das Thema der vorliegenden Arbeit dahingestellt bleiben.

D. Versuchsstrafbarkeit, § 143 Abs. 3 MarkenG

In § 143 Abs. 3 MarkenG ist die Versuchsstrafbarkeit angeordnet. Auch hierbei bestehen keine markenstrafrechtlichen Besonderheiten. Die Prüfung der Ver-

⁵⁰³ Informativ zur problematischen (verfassungsrechtlichen) Legitimation sog. „Besitzdelikte“: *Eckstein*, Besitz, S. 189 ff., 233 ff., 254 ff. et passim m.w.N.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 318 ff. m.w.N.

⁵⁰⁴ Vgl. o. bei der Erörterung des (zivilrechtlichen) Unterlassungsanspruchs gem. § 14 Abs. 5 MarkenG; Hpttl., 1. Tl., 5. Abschn., A., I. m.w.N.

⁵⁰⁵ Siehe Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., I., 3.

⁵⁰⁶ Vgl. im Allgemeinen: Schönke/Schröder/*Stree/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 52 ff., Rn. 95; *Fischer*, Vor § 52, Rn. 62 m.w.N. Vgl. für das Markenstrafrecht: OLG München *wistra* 2001, 33, 34; Amtliche Begründung zum Produktpirateriegesetz, abgedruckt im Bl. f. PMZ 1990, 173, 179; *Ingerl/Robnke*, MarkenG, § 143, Rn. 3.

⁵⁰⁷ So *Fischer*, Vor § 52, Rn. 62 m.w.N.; Schönke/Schröder/*Stree/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 52 ff., Rn. 95 m.w.N.; a.A. HK-GS/*Duttge*, § 243, Rn. 37 m.w.N.

suchsstrafbarkeit erfolgt daher nach allgemeinen Regeln. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass sich die in § 143 Abs. 3 MarkenG festgelegte, durch das Produktpirateriegesetz eingeführte Versuchsstrafbarkeit freilich auch auf die mittelbaren Markenverletzungen des § 143 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG bezieht. Dass damit bereits der Versuch von Vorbereitungshandlungen unter Strafe steht, führt die durch das Produktpirateriegesetz beabsichtigte Ausweitung der Strafbarkeit⁵⁰⁸, in diesem Fall auf ein sehr frühes Stadium der Tat, deutlich vor Augen. Wenn auch diese nunmehr bereits sehr weite markenrechtliche Strafbarkeit der Bekämpfung von Markenpiraterie und somit einem legitimen Zweck dient, muss für die weitere Entwicklung des Markenstrafrechts entschieden im Blick behalten werden, wo die verfassungsrechtlichen Grenzen verlaufen. So würde der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) von markenrechtlich Dritten, der mit einer insofern noch weitergehenden markenrechtlichen Strafbarkeit einherginge, verfassungsrechtlich nur noch schwer zu rechtfertigen sein.

⁵⁰⁸ Begründung des Regierungsentwurfs zum PrPG, BT-Drucks. 11/4792 vom 15.06.1989, S. 15, 24.

2. Abschnitt: Einschlägigkeit von Strafnormen außerhalb des MarkenG bei Markenkollisionen

A. Straftatbestände aus dem Kernstrafrecht

I. § 263 StGB (Betrug)

Die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf Markendelikte. Diese können aber im Gesamtzusammenhang der Markenpiraterie nicht isoliert, sondern nur eingebettet und verknüpft mit solchen Strafnormen gesehen werden, welche neben den Markenkollisionen außerhalb des MarkenG einschlägig sind. Um im Allgemeinen die verständige Anwendung der Markendelikte und im Besonderen das Verständnis der Wechselwirkungen mit der subjektiven Zurechnung im Markenstrafrecht zu fördern, genügen die nachfolgenden sehr kurz gehaltenen Ausführungen, welche sich auf die bloße Verdeutlichung der strafrechtlichen Reichweite der Markenpiraterie und die Sensibilisierung für die wichtigsten Problemstellungen beschränken.⁵⁰⁹

Durch den Verkauf von markenrechtsverletzend gekennzeichnete Ware an einen die Fälschung nicht erkennenden Käufer kann sich ein bösgläubiger Verkäufer gem. § 263 Abs. 1 StGB wegen eines Betrugs zu Lasten des Erwerbers strafbar machen, soweit nicht ein extrem günstiger Preis in bestimmten Fällen den erforderlichen Vermögensschaden entfallen lässt.⁵¹⁰ Demgegenüber wirft die Frage einer etwaigen Strafbarkeit des bösgläubigen Verkäufers gem. § 263 Abs. 1 StGB wegen Betrugs zu Lasten des Markenrechtsberechtigten zahlreiche gewichtige Probleme auf. Zuerst genannt seien rechtliche Probleme: Für die erforderliche Qualität des Verhältnisses zwischen Käufer und Markenrechtsberechtigtem in solch einem Dreiecksbetrug reicht jedenfalls nicht die tatsächliche Möglichkeit des verfügenden Käufers, auf das Vermögen des geschädigten Markenrechtsberechtigten einzuwirken, sondern es bedarf vielmehr eines Näheverhältnisses zwischen Verfügendem und Geschädigtem. Eine weitere rechtliche Problematik ergibt sich aus der erforderlichen Stoffgleichheit zwischen der erstrebten Bereicherung des Verkäufers und dem Vermögensschaden des Markenrechtsberechtigten. Aber auch verschiedene Feststellungen tatsächlicher Art wie z.B. der hinreichenden Konkretisiertheit der (durch das Markenpirateriegeschäft vereitelten) Verkaufserwartungen des Markenrechtsberechtigten können sich als sehr schwierig erweisen.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Vgl. darüber hinaus: *Braun*, Produktpiraterie, S. 146 ff.; *Holler*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 158 ff.; *Wölfel*, Markenverletzungen, S. 135 ff. Jeweils m.w.N.

⁵¹⁰ Ausführlich dazu: *Braun*, Produktpiraterie, S. 168 ff.; *Holler*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 158 ff.; *Schivek*, Markenpiraterie, S. 140 ff.; *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 157 ff.

⁵¹¹ Näher dazu: *Braun*, Produktpiraterie, S. 172 ff.; *Schivek*, Markenpiraterie, S. 149 ff.; *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 161 ff.

Durch bewusst falsche Angaben im Rahmen des Auskunftsanspruchs nach § 19 MarkenG, wie z.B. durch falsche Angaben hinsichtlich der Person des Herstellers, des Lieferanten oder der gewerblichen Abnehmer oder der Menge der Pirateriewaren, kann sich der zur Auskunft Verpflichtete gem. § 263 Abs. 1 StGB wegen eines Betrugs zu Lasten des Markenrechtsberechtigten strafbar machen. So liegt beispielsweise ein Betrug des zur Auskunft Verpflichteten vor, wenn dessen bewusst unwahre Angaben den Schadensersatzanspruch des Markenrechtsberechtigten nach § 14 Abs. 6 MarkenG verkürzen, indem dieser es irrtumsbedingt unterlässt, seinen Anspruch in voller Höhe geltend zu machen.⁵¹²

II. § 267 StGB (Urkundenfälschung)

Das bloße widerrechtliche Versehen eines Produkts mit einer fremden Marke stellt keine Urkundenfälschung dar. So wird teilweise vertreten, dass § 267 Abs. 1 StGB in dieser einfachen Konstellation wegen (privilegierter) Vorrangigkeit des markenrechtlichen Schutzes schon nicht anwendbar sei.⁵¹³ Jedenfalls aber weist die Marke als solche keine Urkundsqualität auf. Sie ist vielmehr als bloßes Kennzeichen i.S.d. Urkundenstrafrechts zu qualifizieren, dessen Zweck sich in der lediglich ordnenden und unterscheidenden Identifizierbarkeit des Produkts erschöpft und welches damit in Abgrenzung zum Beweiszeichen keine beweis erhebliche Äußerung seines Urhebers vermittelt. Es mangelt ihr folglich bereits an der Beweisfunktion (Geeignetheit zum Beweis im Verkehr), welche für eine Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 StGB neben den Funktionen der Perpetuierung (verkörperte menschliche Gedankenerklärung) und Garantie (Erkennbarkeit des Ausstellers) erforderlich ist.⁵¹⁴

Demgegenüber kann eine Kennzeichenverletzung in solchen Konstellationen auch als Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB strafbar sein, in denen außer der Marke noch zusätzliche Erklärungen wie etwa eine kundenspezifische Kontroll- oder Chargennummer auf der Ware oder deren Verpackung angebracht werden. Erfüllt diese zusätzliche Erklärung die Voraussetzungen eines Beweiszeichens i.S.d. Urkundenstrafrechts, kommt ihr also aufgrund ihrer Geeignetheit zum Beweis im Verkehr (z.B. zum Beweis bestimmter Vorgänge innerhalb eines Betriebssystems) eine Beweisfunktion zu, lässt sie außerdem je nach Einzelfall den (vermeintlichen) Aussteller erkennen (Garantiefunktion) und liegt eine hinrei-

⁵¹² Vgl. *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 164 ff. Darüber hinaus kann sich der Aussagende freilich nebenbei auch gem. § 187 StGB (Verleumdung) und ferner gem. § 164 Abs. 1 StGB (falsche Verdächtigung) strafbar machen, wenn er völlig unbeteiligte Dritte als Hersteller, Lieferanten oder gewerblichen Abnehmer von Markenpiraterieware angibt.

⁵¹³ *Schivek*, Markenpiraterie, S. 111 f. m.w.N.

⁵¹⁴ RGSt 36, 15, 16 f.; BGHSt 2, 370, 370 – „Faber-Castell“; *Baumbach/Hefermehl*, Warenzeichenrecht, § 24 WZG, Rn. 65; *Braun*, Produktpiraterie, S. 187; *Fexer*, MarkenG, § 143, Rn. 52; *Holler*, in: *Harte-Bavendamm*, Markenpiraterie, § 5, Rn. 174; *Schivek*, Markenpiraterie, S. 111 ff. m.w.N.; *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 166 ff. m.w.N. Allgemein zum Urkunds begriff mitsamt der im Zusammenhang mit Markendelikten problematischen Beweisfunktion: *Küper*, BT, S. 315 f.

chend feste Verbindung mit der gekennzeichneten Ware oder Verpackung vor (Perpetuierung), kann insgesamt die Urkundeneigenschaft bejaht werden.⁵¹⁵

III. Sonstige Straftatbestände aus dem Kernstrafrecht

Der Markenverletzer macht sich zudem gem. § 246 StGB wegen Unterschlagung strafbar, wenn er beispielsweise fremde Flaschen mit eingblasenem Namenszug zum Vertrieb seiner Piraterieerzeugnisse verwendet.⁵¹⁶

In jeder denkbaren Konstellation von Markenpiraterie scheidet eine Strafbarkeit nach § 259 StGB wegen Hehlerei des Markenverletzers oder eines Dritten bereits wegen des Umstands aus, dass § 143 Abs. 1 MarkenG zwar eine gegen das Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat darstellt, aber trotzdem nicht als taugliche Vortat i.S.d. § 259 StGB zu qualifizieren ist. So steht dem Markenberechtigten vor der Weiterveräußerung der widerrechtlich gekennzeichneten Sache an einen Dritten gegen den Verletzer keinerlei Restitutionsanspruch auf deren Herausgabe zu. Es fehlt somit an einer Perpetuierung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Besitzlage, welche den Unrechtsgehalt der Hehlerei ausmacht.⁵¹⁷

Eine Strafbarkeit gem. § 257 Abs. 1 StGB wegen Begünstigung scheidet selbst bei einem hinsichtlich der Fälschung bösgläubigen Käufer aus, da die Besserstellung des Verkäufers für diesen kein notwendiges Zwischenziel, sondern lediglich eine unvermeidbare Nebenfolge darstellt und es somit an einer Begünstigungsabsicht fehlt.⁵¹⁸ Auch bewusst falsche Angaben über Lieferanten und Abnehmer im Rahmen des Auskunftsanspruchs nach § 19 MarkenG können den Tatbestand des § 257 Abs. 1 StGB nicht erfüllen, da es bereits keine Vorteilssicherung darstellt, Ersatzansprüche des durch die Vortat Geschädigten abzuwehren.⁵¹⁹

Unter Umständen machen sich private Endabnehmer und gutgläubige gewerbliche Händler durch Falschaussage im Rahmen eines eingeleiteten Ermittlungsver-

⁵¹⁵ BGHSt 2, 370, 371 – „Faber-Castell“. Siehe auch *Cremmer*, Mitt. 1992, 153, 161; *Fezer*, MarkenG, § 143, Rn. 52; *Schweke*, Markenpiraterie, S. 112 ff.; a.A. *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 168.

⁵¹⁶ KG JW 1930, 1754, 1754; *Fezer*, MarkenG, § 143, Rn. 52. Zu einer weiteren Unterschlagungskonstellation mit (entferntem) Bezug zum Markenstrafrecht siehe auch *Kudlich/Kessler*, NSTZ 2008, 62, 64.

⁵¹⁷ *Braun*, Produktpiraterie, S. 179 ff.; *Holler*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 168; *Schweke*, Markenpiraterie, S. 154 f. m.w.N. und S. 163; *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 151 ff. m.w.N. Bei der in *Kudlich/Kessler*, NSTZ 2008, 62, 64 ff. dargelegten Konstellation des Handels mit unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Parfümtestern handelt es sich demgegenüber im Kern nicht um eine Konstellation von Markenpiraterie, sondern um eine typische und von einer etwaigen Markenverletzung unabhängige Hehlereikonstellation.

⁵¹⁸ *Braun*, Produktpiraterie, S. 184 f.; *Holler*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 170; *Schweke*, Markenpiraterie, S. 164 f. m.w.N.; *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 148 m.w.N.

⁵¹⁹ *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 149 m.w.N.

fahrens gegen einen Markenkriminellen gem. § 258 Abs. 1 StGB wegen Strafvereitelung strafbar.⁵²⁰

Sofern ein Markendelikt von einem Mitglied einer kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB)⁵²¹ begangen wird, kommt gem. § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 StGB auch eine daran anknüpfende Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 1 S. 1 StGB wegen Geldwäsche in Betracht. Das widerrechtlich gekennzeichnete Produkt stellt dabei als taugliches Tatobjekt den Gegenstand nach § 261 Abs. 1 S. 1 StGB dar. Ein Erwerber des Falsifikats verschafft sich dieses (§ 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB) und nimmt damit regelmäßig gleichzeitig auch eine Vereitelungs- oder Gefährdungshandlung nach § 261 Abs. 1 S. 1 StGB vor. Ein sich auch erforderlicherweise auf die Vortat⁵²² erstreckender Vorsatz⁵²³ wird allerdings bei einem privaten Endabnehmer meist nicht vorliegen, aber unter Umständen bei einem Zwischenhändler.⁵²⁴

In Fällen wie dem sog. Domain-Grabbing⁵²⁵ und einigen anderen Konstellationen kommt eine Strafbarkeit gem. § 253 Abs. 1 StGB wegen Erpressung in Betracht. Dabei ist der Täter stets aufgrund zivilrechtlicher Ansprüche des Markenrechtsinhabers zu einer bestimmten Verhaltensweise verpflichtet, z.B. gem. § 14 Abs. 5 MarkenG zur Unterlassung der Zeichenbenutzung oder gem. § 18 Abs. 1 MarkenG zur Vernichtung der in seinem Besitz oder Eigentum befindlichen widerrechtlich gekennzeichneten Gegenstände. Dieses geschuldete Verhalten verknüpft er sodann aber mit einer Forderung nach einer Gegenleistung durch den Markenrechtsinhaber. Ein solches Nachtatverhalten führt regelmäßig zu einer Strafbarkeit gem. § 253 Abs. 1 StGB.⁵²⁶

⁵²⁰ *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 149 ff. m.w.N. Zu einer denkbaren Strafbarkeit wegen Strafvereitelung s. auch *Braun*, Produktpiraterie, S. 185 f.; *Holler*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 171 ff.

⁵²¹ Eine kriminelle Vereinigung nach § 129 StGB ist ein auf Dauer angelegter und einheitlicher Verband von mindestens drei Personen, der eine feste Organisation und einen dem Einzelnen übergeordneten Willen der Gesamtheit hat und gemeinsame Zwecke verfolgt; ein als nicht nur von untergeordneter Bedeutung zu qualifizierender (§ 129 Abs. 2 Nr. 2 StGB) Zweck oder eine derartige Tätigkeit der Vereinigung muss zum Zeitpunkt der Tat in der Begehung von Straftaten mit erheblicher Gefahr für die öffentliche Sicherheit (Gesamtwürdigung unter Einbeziehung aller Umstände) bestehen. Vgl. BGHSt 31, 202, 204 ff.; 31, 239 ff.; 41, 47, 50 ff.; Schönke/Schröder/Lenkner/Sternberg-Lieben, § 129 StGB, Rn. 3 ff.

⁵²² Davon ist freilich auch der Umstand, dass der Gegenstand aus der Tat einer kriminellen Vereinigung herrührt, umfasst.

⁵²³ In Bezug auf die Vortat reicht auch Leichtfertigkeit für eine Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 5 StGB.

⁵²⁴ Vgl. zu alledem auch *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 153 ff. m.w.N.

⁵²⁵ OLG München wistra 2001, 33, 33 f. Vgl. auch *Kiethe/Groeschke*, WRP 2002, 27 ff. m.w.N. mit einer Untersuchung von BGH WRP 2001, 160 – „Classe E“ auf generalisierbare Lösungsansätze hin, die auch für das Domain-Grabbing fruchtbar sein sollen.

⁵²⁶ Vgl. *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 146 f.

B. Straftatbestände aus dem Abgabenrecht

Das nach § 14 Abs. 2, 3 Nr. 4 MarkenG untersagte und nach §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 oder 2, 14 Abs. 2, 3 Nr. 4 MarkenG strafbare Ein- oder Ausführen markenrechtswidrig gekennzeichnete Ware ist vom Anwendungsbereich des den Bannbruch regelnden § 372 Abs. 1 AO⁵²⁷ ausgenommen. Bei einfacher Tatausführung des Markendelikts ergibt sich dies aus der Subsidiaritätsklausel des § 372 Abs. 2 AO. Beim qualifizierten Markendelikt steht der erkennbare Wille des Gesetzgebers wie auch sich anderenfalls ergebende Wertungswidersprüche gegen die Anwendung des § 372 Abs. 1 AO.⁵²⁸

Bei Einfuhr markenrechtswidrig gekennzeichnete Ware aus Ländern außerhalb der EU kommt in vielen Fällen auch eine nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 AO strafbare Steuerhinterziehung in Form der Steuerverkürzung (respektive der Verkürzung von Zollverpflichtungen) in Betracht. Dabei ist es gem. § 370 Abs. 5 AO unerheblich, dass die Ware nach dem MarkenG nicht eingeführt werden dürfte.⁵²⁹

C. Straftatbestände aus dem (sonstigen) Nebenstrafrecht

Beim Absatz von markenrechtswidrig gekennzeichnete Ware kommt ferner eine Strafbarkeit des Verkäufers gem. § 16 Abs. 1 UWG wegen strafbarer Werbung in Betracht. Dazu muss er in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, durch unwahre Angaben irreführend und in der Absicht werben, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. In Fällen, in denen es um Marken geht, mit denen der Verkehr besondere Erwartungen verbindet, und in denen der Verkäufer gegenüber dem geforderten überindividuellen Adressatenkreis bewusst unwahr angibt, die angebotenen, besonders günstigen und damit zum Kauf anreizenden Waren seien Markenwaren, ist dieser demnach regelmäßig auch gem. § 16 Abs. 1 UWG wegen strafbarer Werbung strafbar.⁵³⁰

⁵²⁷ Nach der Legaldefinition des § 369 Abs. 1 Nr. 2 AO ist der Bannbruch eine Steuerstraftat (Zollstraftat).

⁵²⁸ Vgl. dazu weitergehend: *Schiveke*, Markenpiraterie, S. 126 f. m.w.N.

⁵²⁹ *Schiveke*, Markenpiraterie, S. 127 ff. m.w.N.

⁵³⁰ Vgl. zur Rechtslage zum UWG von vor 2004: *Schiveke*, Markenpiraterie, S. 157 ff.

5. Teil: Weitere relevante Gesichtspunkte für die markenstrafrechtliche subjektive Zurechnung

1. Abschnitt: Bedeutung der markenstrafrechtlichen Vorsatzgrenze

A. Wertungsabstufung des StGB zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit

Nach § 15 StGB ist regelmäßig nur vorsätzliches Handeln strafbar, es sei denn, eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ist ausdrücklich gesetzlich angeordnet. Daraus folgt zunächst negativ, dass es im Subjektiven ausschließlich vorsätzliches und fahrlässiges Handeln als Formen strafrechtlicher Haftung gibt.⁵³¹ Ohne die exzeptionelle gesetzliche Anordnung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit kommt es also strafentscheidend darauf an, ob der Täter mit Vorsatz gehandelt hat.⁵³² Aber auch bei einer solchen Anordnung, wenn also bestimmte Rechtsgüter vor einer vorsätzlichen ebenso wie vor einer fahrlässigen, objektiv allerdings in beiden Alternativen gleichartigen Verletzung strafrechtlich geschützt werden sollen, ist das vorgesehene Strafmaß für die Vorsatztat in den meisten Fällen höher als dasjenige für die korrespondierende Fahrlässigkeitstat.⁵³³ So droht z.B. § 212 Abs. 1 StGB für eine (nicht qualifizierte) vorsätzliche Tötung eine Freiheitsstrafe von nicht unter fünf Jahren an. Demgegenüber sieht § 222 StGB für eine fahrlässige Tötung (lediglich) eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder eine Geldstrafe vor. Diese klare gesetzgeberische Entscheidung zeigt eine Wertungsabstufung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit.⁵³⁴ Diese ist Ausdruck eines weithin vertretenen „normativ-ethischen Stufenverhältnis(es)“ zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit.⁵³⁵ Im Spe-

⁵³¹ MünchKommStGB/Duttge, § 15, Rn. 30; NK-StGB-Puppe, § 15, Rn. 6; Schöнке/Schröder/Sternberg-Lieben, § 15, Rn. 5; SK/StGB/Rudolphi, § 15, Rn. 2. A.A. insb. Schweikert, ZStW 70 (1958), 394 ff., der als dritte Haftungsform die strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten begründet, die allerdings mit Hinweis auf das Schuldprinzip abzulehnen ist; vgl. Cramer, Vollrauschtatbestand, S. 26 ff.; Kaufmann, Schuldprinzip, S. 145.

⁵³² Vgl. auch Roxin, AT I, § 12, Rn. 3.

⁵³³ Ein Gegenbeispiel dazu ist der § 316 Abs. 2 StGB, der für die fahrlässige Tatbegehung den gleichen Strafraum androht wie für die vorsätzliche Tatbegehung gem. § 316 Abs. 1 StGB. Dieser Strafraum bewegt sich allerdings ohnehin bereits auf niedrigem Niveau. Vgl. auch LK¹¹/Schroeder, § 15, Rn. 8 m.w.N., der in diesem Zusammenhang von einer Bagatelldeliktat schreibt.

⁵³⁴ Vgl. auch LK¹¹/Schroeder, § 15, Rn. 4 und 8. Weiterhin bestätigt auch Köhler, Fahrlässigkeit, S. 357 mittels einer strafrechtlich-rechtsphilosophischen Untersuchung einen Gewichtsunterschied zwischen vorsätzlichem und fahrlässigem Verletzungsunrecht. Duttge, Kohlmann-Festschr., 13, 26 entnimmt das vergleichsweise geringere kriminelle Gewicht der Fahrlässigkeit gegenüber dem Vorsatz insb. aus §§ 15, 16 und 18 StGB.

⁵³⁵ BGHSt 32, 48, 57; statt vieler in der Literatur: HK-GS/Duttge, § 16, Rn. 52 m.w.N.; Roxin, AT I, § 24, Rn. 80.

ziellen konstatiert *Puppe* zudem, dass der Wertunterschied zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsvorwurf im Nebenstrafrecht geringer sei als im Kernstrafrecht.⁵³⁶ Dies hätte für die vorliegende Arbeit angesichts deren gegenständlicher Beschäftigung mit dem zum Nebenstrafrecht⁵³⁷ zählenden Markenstrafrecht Bedeutung, kann aber nicht weiter vertieft werden, weil *Puppe* diese These nicht begründet und sich auch dem Verfasser keine überzeugenden Argumente zur Stützung dieser These aufdrängen. Im weiteren Verlauf der vorliegenden Arbeit wird die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit genau anhand jener normativen Kriterien festgelegt, die auch der normativen Logik der Wertungsabstufung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu Grunde liegen.⁵³⁸ Gemessen an der Ausrichtung der unterschiedlichen Strafzwecke gibt es für diese Wertungsabstufung generalpräventive als auch spezialpräventive Gründe.⁵³⁹

Aus der Perspektive vorrangig der Rechtsgemeinschaft, damit aber auch letztlich jedes Einzelnen, sind insbesondere die unterschiedlichen Auswirkungen von Vorsatz- und Fahrlässigkeitstat auf die tatsächliche und moralische Normgeltung⁵⁴⁰ und das dadurch bewirkte Niveau des durch die betreffende Norm angestrebten Rechtsgüterschutzes von Interesse. Jeder Normbruch bedeutet nicht nur eine Reduktion der tatsächlichen Normgeltung, sondern birgt darüber hinaus die Gefahr einer Erschütterung des Normvertrauens der Rechtsgemeinschaft und kann damit zu einer Reduktion der moralischen Normgeltung führen mit Folge einer erhöhten Gefahr für die durch die jeweilige Strafnorm geschützten Rechtsgüter.⁵⁴¹ Die fahrlässige Tat wird von der Rechtsgemeinschaft nur als Ausdruck einer unzulänglichen Bewertung der durch das Verhalten möglichen Folgen und/oder einer Unfähigkeit zur Regelung und Steuerung von Abläufen empfunden.⁵⁴² Trotzdem birgt bereits die fahrlässige Tat, insbesondere wenn sie ungeahndet bleibt, die sozialpsychologische Gefahr für eine Verunsicherung der Rechtsgemeinschaft oder gar einer Infizierung weiterer Rechtsgenossen mit die-

⁵³⁶ NK-StGB-*Puppe*, § 15, Rn. 11.

⁵³⁷ Vgl. *Roxin*, AT I, § 1, Rn. 7.

⁵³⁸ *Hassemer*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 294.

⁵³⁹ Die relativen, da am Strafzweck orientierten, Straftheorien werden weithin vereint; vgl. BVerfGE 21, 391, 403 f.; Schönke/Schröder/*Stree/Kinzig*, Vorbem. §§ 38 ff., Rn. 11 ff.; a.A. *Duttge*, in: Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 1, 6 ff.

⁵⁴⁰ Die tatsächliche (auch als faktische bezeichnete) Normgeltung drückt die Wirksamkeit bzw. Effizienz des Rechts aus, während die moralische Normgeltung die Anerkennungs- oder Überzeugungsgeltung bzw. Akzeptanz der Norm meint. Die tatsächliche und die moralische Normgeltung sind von der juristischen Normgeltung („Soll-Geltung“) zu unterscheiden. Vgl. *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, Rn. 334 ff. m.w.N.

⁵⁴¹ Diese Sichtweise setzt freilich umgekehrt die gesellschaftsfördernde Funktion der betreffenden Norm voraus. Diese besteht im Strafrecht im Schutz aus der Sicht des Grundgesetzes schützenswerter Rechtsgüter mit dem Ziel jedenfalls der Wahrung des sozialen Friedens. Von einer solchen kann ohne weiteres ausgegangen werden, soweit unterstellt werden kann, dass bei der Normsetzung verfassungsrechtliche Vorgaben beherzigt werden.

⁵⁴² Vgl. in einem anderen Kontext auch *Jakobs*, AT, 8. Abschn., Rn. 5.

sem praktizierten Handlungsstil.⁵⁴³ Demgegenüber stellt sich der Rechtsgemeinschaft die vorsätzliche Tat als Ausdruck einer hinreichenden Bewertung der durch die Tat möglichen Folgen und einer darauf basierenden bewussten Entscheidung dar.⁵⁴⁴ Die Einsicht, dass ein Täter Konflikte bewusst nach anderen als den für gemeinhin richtig gehaltenen gesetzlichen Wertmaßstäben auflöst, mithin einen von einer Strafrechtsnorm normativ geschützten Zustand explizit negiert⁵⁴⁵, kann eine weitaus größere Verunsicherung der Rechtsgemeinschaft nach sich ziehen, als dies bei lediglich fahrlässigem Verhalten der Fall ist. Dies gilt umso mehr, wenn die Tat nicht geahndet wird, was angesichts bestehender Dunkelziffern jedenfalls partiell in der Rechtswirklichkeit vorkommt.⁵⁴⁶ Damit führt eine vorsätzliche Tatbegehung eher und stärker als eine fahrlässige Tatbegehung zu einer sozialpsychologischen Erschütterung der Rechtsgemeinschaft und gefährdet somit die Rechtstreue und das Vertrauen in die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung, was die moralische Normgeltung und letztlich den Rechtsgüterschutz vermindern kann. Daher besteht bei der Vorsatztat bereits ein typischerweise hervorgehobenes generalpräventives Bedürfnis für eine erhöhte Strafe.⁵⁴⁷

Auch die Täterpsyche selbst liefert Ansatzpunkte für die Wertungsabstufung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit. Unabhängig davon, welche Parameter im einzelnen Vorsatz und Fahrlässigkeit ausmachen, ist im Falle einer vorsätzlichen Tatbegehung die Intensität⁵⁴⁸ der subjektiven Vorstellungen des Täters, insbesondere was die Gefahr für das durch den jeweiligen Tatbestand geschützte Rechtsgut anbelangt, wesentlich höher als diejenige im Falle einer fahrlässigen Tatbegehung. Der Vorsatztäter kennt und will also die Gefahr für das fremde Rechtsgut typischerweise intensiver. Er kann somit dessen Schädigung typischerweise eher vermeiden, nutzt diese erhöhte Vermeidungsmacht aber nicht aus. Damit ist er gefährlicher für das jeweils geschützte Rechtsgut.⁵⁴⁹ Durch seine erhöhte Vermeidungsmacht hat er auch typischerweise die günstigeren Umweltbedingungen zur Normbefolgung, stellt sich aber durch sein Verhalten bewusst gegen die betreffende Norm. Neben seiner höheren Gefährlichkeit für das geschützte Rechtsgut stellt sich der Vorsatztäter also auch stärker gegen die Rechtsordnung als der Fahrlässigkeitstäter. Sein Weg zurück zur Rechtstreue ist demzufolge ein weiterer als derjenige des Fahrlässigkeitstäters, da er nicht nur gesteigert aufmerksam und vorsorgend werden muss, sondern auch sein bewusst entschieden negatives Verhältnis zu der betreffenden Strafnorm samt des von dieser geschützten Rechtsguts

⁵⁴³ Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 100. In diesem Zusammenhang instruktive Einführung in die Kriminologie der Fahrlässigkeitsdelikte: Schlichter, Kaiser-Festschr., 359 ff.

⁵⁴⁴ Umkehrschluss zu den Darstellungen in einem anderen Kontext bei Jakobs, AT, 8. Abschn., Rn. 5.

⁵⁴⁵ Vgl. bei Schroth, Vorsatz als Aneignung, S. 50 f.

⁵⁴⁶ Vgl. oben bei den kriminologischen Ausführungen.

⁵⁴⁷ Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 49 und 100 f.

⁵⁴⁸ Intensität ist in diesem Zusammenhang nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ gemeint.

⁵⁴⁹ Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 97; Hassemer, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 297.

diametral umkehren muss.⁵⁵⁰ Dies führt spiegelbildlich zu einer unterschiedlichen rechtlichen Bewertung der beiden Formen der Tatbegehung. Dabei stellt die Vorsatztat die höhere personale Fehlleistung gegenüber den Anforderungen des Rechts dar.⁵⁵¹ Den Vorsatztäter trifft daher eine höhere persönliche Verantwortlichkeit für sein Handeln. Die gegenüber fremden Rechtsgütern rücksichtslose Haltung des Fahrlässigkeitstäters wird folglich von der Gesellschaft weniger missbilligt als die bewusste Missachtung fremder Rechtsgüter durch den Vorsatztäter.⁵⁵² Damit spricht auch ein typischerweise größeres sozialpräventives Bedürfnis für eine erhöhte Strafe bei der Vorsatztat.⁵⁵³

B. Auswirkung des markenstrafrechtlichen Vorsatzes auf die Bestrafung

Nach geltendem Markenrecht sind mangels ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nur vorsätzliche Markendelikte strafbar. Im deutschen Markenstrafrecht ist demnach *de lege lata* einzig das Vorliegen eines Vorsatzes strafbegründend.

Entschiede sich der deutsche Markengesetzgeber – aus welchen rechtspolitischen Gründen auch immer⁵⁵⁴ – für die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, so wäre er – wie in anderen Strafrechtsgebieten auch – an die grundsätzlich bestehende Wertungsabstufung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit gebunden. Dies hätte zwingend zur Folge, dass das Strafmaß für ein fahrlässiges Markendelikt dasjenige für ein vorsätzliches Markendelikt nicht überschreiten dürfte. Weiterhin würde sich die Frage stellen, ob ein gleiches Strafmaß akzeptabel wäre. Angesichts des nicht niedrigen Strafrahmenlevels für eine vorsätzliche Markenstraftat⁵⁵⁵ würde der Strafrahmen für eine fahrlässige Markenstraftat vermutlich niedriger angesetzt werden. Im Umkehrschluss würde damit *de lege ferenda* ein Vorsatz im deutschen Markenstrafrecht zu einer höheren Strafe führen als eine Fahrlässigkeit.

⁵⁵⁰ Hassemer, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 297.

⁵⁵¹ Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 52 f.

⁵⁵² Von der Heydt, Die subjektive Tatseite, S. 167.; Schroth, Vorsatz und Irrtum, S. 11.

⁵⁵³ Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 49 f.

⁵⁵⁴ Derzeit gibt es keine derartige rechtspolitische Forderung. Vgl. auch Hpttl., 8. TL, 1. Abschn.

⁵⁵⁵ Allgemein zu diesem Kriterium vgl. oben in Fn. 533.

2. Abschnitt: Strukturelemente des Vorsatzes

Der – im geltenden Markenstrafrecht ausschlaggebende – Vorsatz beschreibt ausschließlich die psychologische Beziehung des Täters zur Tat.⁵⁵⁶ Das kognitive – oder auch intellektuell genannte – Element betrifft das Wissen des Täters um die Tatumstände. Es lässt sich im Umkehrschluss zu § 16 Abs. 1 S. 1 StGB dem Gesetz entnehmen⁵⁵⁷ und ist demnach für den Vorsatz unverzichtbar. Der Täter muss zur Zeit der Handlung alle tatsächlichen Umstände des jeweiligen objektiven Tatbestandes, also jene, welche den Unrechtstypus der Tat konstituieren, kennen.⁵⁵⁸ Dabei ist jedoch keine sichere Kenntnis gefordert, sondern auch vagare Abstufungen von Kenntnis bis hin zur bloßen Möglichkeitsvorstellung sind Ausprägungen des kognitiven Elements des Vorsatzes.⁵⁵⁹ Die Frage, welcher Grad an Kenntnis für das Vorliegen eines Vorsatzes erforderlich ist, ist von besonderem Interesse bei der Abgrenzung des *dolus eventualis* von der bewussten Fahrlässigkeit, welche für das Markenstrafrecht im späteren Verlauf der vorliegenden Arbeit vorgenommen wird.

Das voluntative – oder teils auch in missverständlicher Weise emotional genannte – Element betrifft den Willen des Täters zur Zeit seiner Handlung im Hinblick auf die Verwirklichung der Merkmale des jeweiligen objektiven Tatbestandes.⁵⁶⁰ Die Unverzichtbarkeit dieses Elements für den Vorsatz wird teilweise bestritten.⁵⁶¹ Diese Frage ist ebenfalls erst für die Grenzziehung zwischen *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit interessant, welche noch an späterer Stelle erfolgt. Auch beim voluntativen Element gibt es abgestufte Ausprägungen bis hin zur Unerwünschtheit.⁵⁶² Der Grad des Verwirklichungswillens in Kombination mit dem Grad an Kenntnis klassifiziert die unterschiedlichen Arten des Vorsatzes.

⁵⁵⁶ Mit der sog. Vorsatztheorie auch das Unrechtsbewusstsein als Bestandteil des Vorsatzes zu betrachten, ist mit § 17 S. 1 StGB nicht vereinbar. Vgl. statt vieler Lackner/*Kühl*, § 15 StGB, Rn. 33.

⁵⁵⁷ Vgl. zur Entwicklung des Vorsatzes unter anderem aus jenem Umkehrschluss Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 7.

⁵⁵⁸ Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 10.

⁵⁵⁹ Vgl. *Kühl*, AT, § 5, Rn. 9.

⁵⁶⁰ Vgl. auch Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 11.

⁵⁶¹ Nicht nur, dass sich der Gesetzgeber dazu nicht äußere, sondern jeder, der wissentlich etwas tue, würde sein Verhalten auch wollen. Siehe Nachweise in *Kühl*, AT, § 5, Rn. 10; Lackner/*Kühl*, § 15 StGB, Rn. 27; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15 StGB, Rn. 12-14. Dagegen und damit für die Notwendigkeit des voluntativen Merkmals vgl. *Hassemer*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 297; *Kühl*, AT, § 5, Rn. 11 f. m.w.N.; Lackner/*Kühl*, § 15 StGB, Rn. 27 m.w.N.; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15 StGB, Rn. 12-14 m.w.N., die diesen Streit bis zu einer bestimmten Reichweite für bloß terminologisch halten, darüber hinaus aber auch das voluntative Merkmal als aktives Moment des Täters für den Vorsatz als konstituierend erachten, dessen Fehlen zur Qualifikation der Handlung als allenfalls fahrlässige führe.

⁵⁶² Vgl. *Kühl*, AT, § 5, Rn. 10.

Zwar beschreiben die beiden dargelegten Strukturelemente den psychologischen Begriff des Vorsatzes. Ihnen mangelt es jedoch an dogmatisch-begrifflicher Operationalisierbarkeit. Das liegt daran, dass sie das Innere eines Individuums betreffen und sie daher nicht wie äußere Merkmale betrachtend beschrieben und damit konkretisiert werden können.⁵⁶³ Um den Vorsatz greifbar zu machen und ihn letztlich trotz seiner unmittelbaren Unbeweisbarkeit forensisch beweisen zu können, müssen – wie oben als Verfahren der subjektiven Zurechnung erläutert⁵⁶⁴ – Anhaltspunkte des äußeren Geschehens⁵⁶⁵ entwickelt werden, die unter Zuhilfenahme normativer Kriterien Rückschlüsse auf die beiden dargelegten psychologischen Strukturelemente und damit insgesamt den Vorsatz zulassen.

⁵⁶³ *Hassemer*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 301; *Kühl*, AT, § 5, Rn. 87 m.w.N.

⁵⁶⁴ Vgl. o. (Hpttl., 3. Tl., 1. Abschn., C.).

⁵⁶⁵ Für solche Indikatoren zur Feststellung des kognitiven als auch des voluntativen Elements des Vorsatzes vgl. *Kühl*, AT, § 5, Rn. 87 m.w.N.

3. Abschnitt: Verhältnis des Vorsatzes zur Fahrlässigkeit im Allgemeinen

A. Bedeutung des Verhältnisses zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit

Das Verhältnis des Vorsatzes zur Fahrlässigkeit ist besonders im Grenzbereich von *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit relevant, welcher angesichts der zuvor dargelegten Bedeutung der markenstrafrechtlichen Vorsatzgrenze noch im späteren Verlauf der Arbeit interessieren wird. Nur einige wenige Gesichtspunkte sind von allgemeiner Bedeutung. Dabei ist stets die bereits dargestellte Wertungsabstufung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit vor Augen zu halten.

Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit besteht eine gewisse kategoriale Gleichrangigkeit.⁵⁶⁶ Nach dem Verständnis, welches bei der Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung entwickelt wurde, stellen Vorsatz und Fahrlässigkeit beide die psychische Verknüpfung des Täters mit der Tat dar.⁵⁶⁷ Sie betreffen beide die subjektive Tatseite.⁵⁶⁸ Das hat zur Folge, dass alle Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes bei Vorsatz und Fahrlässigkeit gleichermaßen vorliegen müssen.⁵⁶⁹ Unterschiede können sich demnach nur auf der subjektiven Tatseite ergeben. Wie die Ausführungen i.R.d. Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung gezeigt haben, werden das Vorsatz- wie auch das Fahrlässigkeitsunrecht gleichermaßen anhand eines individualisierenden Maßstabes beurteilt.⁵⁷⁰ Neben dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit gibt es de lege lata keine weiteren Formen individuellen Handlungsunrechts. Fehlt es also am Vorsatz und Fahrlässigkeit, kommt eine Strafbarkeit in keinem Fall in Betracht.

Für das Verständnis des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit wie auch im Besonderen für die an späterer Stelle erörterte Abgrenzung zwischen *Eventualvorsatz* und bewusster Fahrlässigkeit ist insbesondere von Bedeutung und höchst umstritten, ob Vorsatz und Fahrlässigkeit in einem Plus-Minus-Verhältnis oder in einem *Aliud*-Verhältnis zueinander stehen. Bei Annahme eines Plus-Minus-Verhältnisses wären sie grundlegend wesensgleich und lediglich der Grad an Merkmalserfüllung würde über ein Vorliegen von zunächst Fahrlässigkeit und später Vorsatz entscheiden. Demgegenüber wären sie bei Annahme eines *Aliud*-Verhältnisses grundlegend wesensverschieden und würden sich bei korrekter Begriffsbestimmung von

⁵⁶⁶ Vgl. *Duttge*, Fahrlässigkeit, S. 368 f. m.w.N.; *Duttge*, Kohlmann-Festschr., 13, 26; HK-GS/*Duttge*, § 15, Rn. 3.

⁵⁶⁷ Insbesondere wird dies für die Fahrlässigkeit von jenen bestritten, welche diese im Wesentlichen als „objektive Zurechnung“ verstehen; insgesamt vgl. oben (Hpttl., 3. Tl., 2. Abschn., C., II) m.w.N.

⁵⁶⁸ Vgl. auch *Jakobs*, AT, 8. Abschn., Rn. 1.

⁵⁶⁹ Vgl. insb. dafür, dass bei Vorsatz und Fahrlässigkeit gleichermaßen die Voraussetzungen der objektiven Zurechnung vorliegen müssen; *Roxin*, AT I, § 11, Rn. 49, § 24, Rn. 80.

⁵⁷⁰ Vgl. oben (Hpttl., 3. Tl., 2. Abschn., C., II., 2., b)).

selbst voneinander abgrenzen.⁵⁷¹ Dieser Streit betrifft im Kern – abermals, aber unter anderem und erweitertem Blickwinkel wie bei der Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung – die Frage, ob der Fahrlässigkeit auf der subjektiven Tatseite überhaupt ein Gehalt zukommt und ob dieser Gehalt gegenüber dem Vorsatz eigenständig ist. Aus der Beantwortung dieser Frage ergibt sich, inwieweit in logisch korrekter Weise vom Fehlen bestimmter der Ebene des subjektiven Tatbestandes zuzuordnender Vorsatzmerkmale auf das Vorliegen von Fahrlässigkeit geschlossen werden kann. Darauf kommt es immer dann an, wenn die dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit gemeinsamen Merkmale feststehen, aber einzelne den Vorsatz ausmachende Merkmale nicht nachweisbar sind. Wird zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ein Plus-Minus-Verhältnis und somit ein echtes logisches Stufenverhältnis angenommen, so stellt diese Konstellation eine nicht aufklärbare Tatbestandsalternativität dar. Sonach kann nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ aus dem „Weniger“ verurteilt werden, mithin wegen der fahrlässigen Tatbegehung. Bei einem Aliud-Verhältnis zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit besteht schon keine Tatbestandsalternativität. Denn auch bei Vorliegen der gemeinsamen Merkmale einer vorsätzlichen und einer fahrlässigen Handlung ist unklar, ob die etwaigen selbständigen Fahrlässigkeitsanforderungen erfüllt sind. Damit scheidet nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ eine Verurteilung insgesamt aus. Die erwähnte Konstellation liegt den folgenden Ausführungen als Hilfsüberlegung zu Grunde.

B. Qualifizierung des Verhältnisses von Vorsatz und Fahrlässigkeit

I. Gehalt der Fahrlässigkeit auf der subjektiven Tatseite

Sofern der Fahrlässigkeit auf der subjektiven Tatseite überhaupt kein Gehalt zukäme, sondern es einzig auf die Erfüllung des objektiven Tatbestandes, insbesondere der Voraussetzungen der objektiven Zurechnung ankäme, wäre beim bloßen Fehlen oder der Nichtnachweisbarkeit subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen ohne weiteres die Fahrlässigkeit bereits festgestellt.⁵⁷² Einzig der Vorsatz würde subjektive Tatbestandsmerkmale voraussetzen und wäre i.w.S. als Spezialfall einer objektiven Fahrlässigkeit zu qualifizieren. Diese Betrachtung würde zugleich die radikalste Form eines Plus-Minus-Verhältnisses zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit darstellen. Da allerdings ein den Vorsatz begründendes sicheres Wissen der Tatbestandsverwirklichung durch Zufall erlangt worden sein kann und insoweit unter normalen Umständen nicht erlangbar gewesen wäre, kann aus dem Fehlen des Vorsatzes nicht ohne weiteres auf das Vorliegen von Fahrlässigkeit geschlossen werden.⁵⁷³ Ferner drückt auch § 16 Abs. 1 S. 2 StGB mit seiner Wendung

⁵⁷¹ Vgl. auch *von der Heydt*, Die subjektive Tatseite, S. 168.

⁵⁷² So v.a. *Herzberg*, JuS 1996, 377, 381; *Roxin*, AT I, § 11, Rn. 49, § 24, Rn. 10; *Yamanaka*, ZStW 102 (1990), 928, 944.

⁵⁷³ LK¹¹/Schroeder, § 15, Rn. 9 m.w.N.

„bleibt unberührt“ aus, dass für die Fahrlässigkeit mehr als die bloße – den Vorsatz verneinende – Unkenntnis der Tatbestandserfüllung erforderlich ist.⁵⁷⁴ Eine für die Fahrlässigkeit auf jedweden subjektiven Unrechtsgehalt verzichtende Betrachtung steht zudem in klarem Widerspruch zu den Ergebnissen, zu denen die oben erfolgte Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung gelangt war.⁵⁷⁵ Sie scheidet demnach aus.

II. Eigenständigkeit des Gehalts der Fahrlässigkeit auf der subjektiven Tatseite

1. Denkbare Varianten

Kommt somit der Fahrlässigkeit auf der subjektiven Tatseite ein Gehalt zu, so sind unter logischen Gesichtspunkten zwei Varianten denkbar, die sich gegenseitig ausschließen: In der ersten Variante würden sich auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes die Fahrlässigkeitsmerkmale mit Teilen der Vorsatzmerkmale decken.⁵⁷⁶ Der Vorsatz setzte damit lediglich weitere subjektive Tatbestandsmerkmale voraus⁵⁷⁷ und wäre somit letztlich als Spezialfall einer subjektiven Fahrlässigkeit zu qualifizieren. Diese Betrachtung würde eine abgemilderte Form eines Plus-Minus-Verhältnisses zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit darstellen. Ein zwingender Schluss von einem fehlenden Vorsatz auf eine jedenfalls gegebene Fahrlässigkeit wäre allerdings nicht automatisch möglich, sofern keine nachweisbare Gewissheit über eben jene Schnittmenge an subjektiven Tatbestandsmerkmalen⁵⁷⁸ bestünde.⁵⁷⁹

In der zweiten Variante könnten sich einige subjektive Tatbestandsmerkmale von Vorsatz und Fahrlässigkeit decken. Es müsste sich aber auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes zumindest eines der Fahrlässigkeitsmerkmale von jedweden Vorsatzmerkmalen unterscheiden, also eigenständiger Natur sein. Damit wäre der Vorsatz nicht als Spezialfall der Fahrlässigkeit zu qualifizieren, da ein Vorsatz denkbar würde, ohne dass zwingend zugleich auch Fahrlässigkeit gegeben sein müsste. Diese Betrachtung würde ein Aliud-Verhältnis zwischen Vorsatz und

⁵⁷⁴ Baumann/*Weber*/Mitsch, AT, § 22, Rn. 9. So i.E. auch *Bockelmann*, AT, § 20 A. II., der ebenfalls eine positive Begründung für die Fahrlässigkeit verlangt.

⁵⁷⁵ Vgl. oben (insb. Hpttl., 3. Tl., 2. Abschn., C., II., 2., b)) zu den Argumenten, welche zu diesen Ergebnissen führen. Bei der Kritik zum herkömmlichen komplexen Fahrlässigkeitsbegriff hatte sich gezeigt, dass das Fahrlässigkeitsunrecht subjektive Elemente enthält und ferner zur Ermittlung des Fahrlässigkeitsunrechts ein individualisierender Maßstab anzuwenden ist.

⁵⁷⁶ Mit dieser Variante ist die strukturell identische Untervariante gleichgestellt, in der für die Fahrlässigkeit einfach eine bestimmt geringere – in diesem Zusammenhang rein quantitativ gemeinte – Intensität an Erfüllung der Vorsatzmerkmale auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes erforderlich ist.

⁵⁷⁷ Respektive in der Untervariante die bestimmt quantitativ intensivere Erfüllung der Vorsatzmerkmale auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes.

⁵⁷⁸ Respektive in der Untervariante der für die Fahrlässigkeit erforderlichen quantitativen Intensität der Erfüllung der Vorsatzmerkmale auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes.

⁵⁷⁹ So im Ergebnis auch LK¹¹/*Schroeder*, § 15, Rn. 9 m.w.N.

Fahrlässigkeit darstellen. Ein Schluss von einem fehlenden Vorsatz auf eine jedenfalls gegebene Fahrlässigkeit wäre in dieser Variante von vornherein nicht möglich.

Fehlt also ein eigenständiges Fahrlässigkeitsmerkmal auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes, so ist das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit als ein Plus-Minus-Verhältnis zu qualifizieren. Um umgekehrt das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit als ein Aliud-Verhältnis qualifizieren zu können, bedarf es demnach zumindest eines eigenständigen Fahrlässigkeitsmerkmals auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes.

2. Abgemildertes Plus-Minus-Verhältnis

Für die erste Variante und damit für ein abgemildertes Plus-Minus-Verhältnis könnte systematisch bereits die Formulierung des § 18 StGB „wenigstens Fahrlässigkeit“ sprechen.⁵⁸⁰ Mit dieser Formulierung wird bei Erfolgsqualifikationen auch eine vorsätzliche Herbeiführung der Folge erfasst.⁵⁸¹ Es wäre denkbar, dass diese Formulierung einen aus einem Umkehrschluss zu § 15 StGB generierten Grundsatz bestätigt, nach dem auch dann, wenn das Gesetz nur fahrlässiges Handeln mit Strafe bedrohe, ebenfalls vorsätzliches Handeln strafbar sei.⁵⁸² Ein solcher Grundsatz entspräche einer Qualifizierung des Verständnisses von Vorsatz und Fahrlässigkeit im Sinne eines materiellen Plus-Minus-Verhältnisses⁵⁸³, weil er den Vorsatz zu einem Spezialfall der Fahrlässigkeit machen würde. Die Auslegung des § 15 StGB ergibt aber nicht zwingend einen solchen Grundsatz, sondern nur die bereits dargestellte Wertungsabstufung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit⁵⁸⁴. Es ist somit auch denkbar, dass § 18 StGB lediglich die auch in § 15 StGB zum Ausdruck kommende allgemeine Wertungsabstufung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nochmals aufgreift und den Vorsatz nur partiell für die Erfolgsqualifikationen als ein „Mehr“ als „wenigstens Fahrlässigkeit“ konstituiert und damit nicht auch zugleich deklaratorisch den erwähnten, hier in Frage gestellten Grundsatz bestätigt.⁵⁸⁵ Jenseits der Erfolgsqualifikationen bleibt deshalb die Annahme eines Aliud-Verhältnisses von Vorsatz und Fahrlässigkeit denkbar. Damit ist jedenfalls ein zwingender Schluss von § 18 StGB auf eine allgemeine Qualifizierung des

⁵⁸⁰ LK¹¹/Schroeder, § 15, Rn. 10.

⁵⁸¹ Lackner/Kühl, § 18 StGB, Rn. 3 m.w.N.; LK¹¹/Schroeder, § 18, Rn. 25 m.w.N.

⁵⁸² LK¹¹/Schroeder, § 15, Rn. 4, § 18, Rn. 10.

⁵⁸³ LK¹¹/Schroeder, § 15, Rn. 4.

⁵⁸⁴ Vgl. oben (Hpttl., 5. Tl., 1. Abschn., A.).

⁵⁸⁵ Damit braucht es entgegen LK¹¹/Schroeder, § 15, Rn. 4 auch für einige bestimmte erfolgsqualifizierte Delikte, bei welchen der Gesetzgeber sich mit dem Erfordernis der Leichtfertigkeit hinsichtlich der schweren Folge begnügt hat, keines solchen Grundsatzes, da § 18 StGB für diese in gleicher Weise wie für die sonstigen erfolgsqualifizierten Delikte gilt und somit auch bei diesen die vorsätzliche Herbeiführung der schweren Folge erfasst ist, Fischer, § 18, Rn. 3. Auch hier ist eine insoweit lediglich partielle gesetzgeberische Regelungsabsicht denkbar.

Verständnisses von Vorsatz und Fahrlässigkeit im Sinne eines materiellen Plus-Minus-Verhältnisses ausgeschlossen.

Für ein abgemildertes Plus-Minus-Verhältnis könnte weiterhin angeführt werden, dass das für die Fahrlässigkeit wesentliche Merkmal einer Sorgfaltspflichtverletzung auf die objektive Zurechnung zu konzentrieren sei⁵⁸⁶ und damit keine eigenständigen Merkmale der Fahrlässigkeit auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes verblieben. Die Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung hat allerdings ein bei weitem breiteres Verständnis und außerdem einen individualisierenden Maßstab der Fahrlässigkeit ergeben. Die Fahrlässigkeit geht danach über eine diese konstituierende Sorgfaltspflichtverletzung im engen klassischen Verständnis samt einem etwa erforderlichen sich darauf beziehenden Bewusstsein des Täters hinaus und bezieht außerdem andere eigenständige Merkmale der Fahrlässigkeit auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes ein.⁵⁸⁷ Dieses Verständnis führt nicht zwingend zu einem Plus-Minus-Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Folglich lassen sich keine zwingenden Argumente für die erste Variante finden. Aber eventuell ergeben sich dazu bei der nachfolgenden Erörterung zwingende Gegenargumente. Denn wenn sich ein eigenständiges Fahrlässigkeitsmerkmal auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes herauskristallisieren sollte, führt dies nicht nur zur zweiten Variante, also eines Aliud-Verhältnisses von Vorsatz und Fahrlässigkeit, sondern es würde die erste Variante zwingend ausschließen.

3. Aliud-Verhältnis

Ein solches eigenständiges Fahrlässigkeitsmerkmal könnte sich, parallel zu den Strukturelementen des Vorsatzes, auf der kognitiven wie auch auf der voluntativen Seite der Psyche des Handelnden zeigen. Auf der kognitiven Seite werden, jedenfalls was die unbewusste Fahrlässigkeit angeht, keine unmittelbaren Anforderungen an die tatsächliche Psyche des Handelnden gestellt. Dies ergibt sich bereits aus § 16 Abs. 1 S. 2 StGB. Für die Fahrlässigkeit ist es gerade typisch, dass der Täter die sich ereignende Verwirklichung des objektiven Tatbestands nicht erkennt.⁵⁸⁸ Wie bereits in anderen Zusammenhängen gezeigt, wird jedoch die Uferlosigkeit der Fahrlässigkeit, welche diesem geringen Voraussetzungs-niveau spiegelbildlich entspricht, regelmäßig auf der strafrechtssystematischen Stufe der subjektiven Zurechnung i.e.S. normativ korrigiert, indem für die unbewusste Fahrlässigkeit jenseits der tatsächlichen Psyche des Handelnden ein normatives Kennenmüssen des Handelnden von relevanten Gefahrmomenten für das durch den jeweiligen

⁵⁸⁶ So wohl LK¹¹/Schroeder, § 15, Rn. 10. Demgegenüber spricht bei Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 15, Rn. 3 m.w.N. die Außerachtlassung verkehrsmäßiger Sorgfalt – wohl unabhängig von deren strafrechtssystematischen Standort – für die Fahrlässigkeit als einem eigenständigen Vorwurf gegenüber dem Täter.

⁵⁸⁷ Vgl. oben (Hpttl., 3. Tl., 2. Abschn., C., II., 2., b)) zu den dieses Ergebnis stützenden Argumenten.

⁵⁸⁸ Vgl. Jakobs, AT, 9. Abschn., Rn. 1.

Tatbestand geschützte Rechtsgut konstruiert und verlangt wird.⁵⁸⁹ Nur soweit der unbewusst fahrlässig Handelnde seine Kenntnisverschaffungspflicht verletzt, kann sodann subjektiv zugerechnet werden. Es ist allerdings nicht möglich, eine solche Kenntnisverschaffungspflicht des Handelnden völlig aus der Luft zu greifen. Zu ihrer Begründung muss der Handelnde in der betreffenden Situation zumindest gewisse Anhaltspunkte kennen, aus welchen sich eine konkrete Gefahr für das geschützte Rechtsgut ergibt.⁵⁹⁰ Mittels dieser – einen Teil der subjektiven Zurechnung i.e.S. für das fahrlässige Erfolgsdelikt ausmachenden – normativen Korrektur werden also auf der kognitiven Seite der unbewussten Fahrlässigkeit immerhin geringfügige mittelbare Anforderungen an die tatsächliche Psyche des Handelnden gestellt. Diese Anforderungen auf der kognitiven Seite machen zwar Fahrlässigkeitsmerkmale auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes aus. Sie weisen allerdings gegenüber den Anforderungen an die Vorsatzpsyche keinen qualitativ eigenständigen Gehalt auf.

Auf der voluntativen Seite hingegen darf der Fahrlässigkeitstäter im Gegensatz zum Vorsatz keinen „rechtsfeindlichen Willen“ haben.⁵⁹¹ Er darf sich also jedenfalls nicht gegen das durch den jeweiligen Tatbestand geschützte Rechtsgut stellen.⁵⁹² Um ihn vom Vorsatztäter abgrenzen zu können, reicht aber nicht etwa eine bloße Negation der spezifischen Merkmale des Vorsatzes aus⁵⁹³. Der Fahrlässigkeitstäter muss vielmehr in positiver Weise auf das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolgs ernsthaft vertrauen⁵⁹⁴, sei es bewusst oder erst recht, weil er die rele-

⁵⁸⁹ Siehe oben bei der Erörterung der subjektiven Zurechnung i.e.S. für das fahrlässige Erfolgsdelikt (Hpttl., 3. Tl., 1. Abschn., B., III.) sowie bei der Stellungnahme zum komplexen Fahrlässigkeitsbegriff (Hpttl., 3. Tl., 2. Abschn., C., II., 2., b)); jeweils m.w.N.

⁵⁹⁰ Der Sache nach gleicht dieser Aspekt *Duttges* zentralem Fahrlässigkeitskriterium eines konkreten Veranlassungsmoments (in Form eines triftigen Anlasses) zur Pflicht, Rechtsgutsbeeinträchtigungen zu vermeiden. Das Veranlassungsmoment fungiert dabei als normative Begrenzung der individuellen Erkennbarkeit bzw. Voraussehbarkeit. Siehe *Duttge*, Fahrlässigkeit, S. 279 ff., 373 ff. et passim; MünchKommStGB/*Duttge*, § 15, Rn. 120 ff.

⁵⁹¹ Vgl. MünchKommStGB/*Duttge*, § 15, Rn. 87 f. und 101.

⁵⁹² Jedenfalls insoweit ist also das Erfordernis eines expliziten oder impliziten voluntativen Elementes für den Vorsatz konstituierend und im Wesentlichen für die Abgrenzung zur Fahrlässigkeit notwendig.

⁵⁹³ Insoweit ist NK-StGB-*Puppe*, § 15, Rn. 5 zuzustimmen, dass eine bloße Negation des Vorsatzes als Begriffselement der Fahrlässigkeit keine Funktion hätte, da die Negation eines Unrechtselementes selbst kein Unrechtselement sein kann. Nur ist freilich ihre Schlussfolgerung falsch, dass ein Streichen einer solchen Negation aus dem Begriff der Fahrlässigkeit zu einem Plus-Minus-Verhältnis zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit führe, dass der Vorsatz sich also als Spezialfall der Fahrlässigkeit erweise, da damit noch nicht alle denkbaren eigenständigen Fahrlässigkeits-elemente auf der subjektiven Tatseite eliminiert sind. Damit kann in diesem Zusammenhang auch einstweilig offen bleiben, ob nach allgemeinem Sprachgebrauch Fahrlässigkeit das Fehlen des Vorsatzes voraussetzt; so *Roxin*, AT I, § 24, Rn. 80.

⁵⁹⁴ Vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, § 54 I 2; MünchKommStGB/*Duttge*, § 15, Rn. 101. Vgl. auch *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, S. 37, die für die Bestimmung des bedingten Vorsatzes ein Nichtvertrauen auf den Nichteintritt des Erfolges voraussetzt. Demgegenüber hält *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, S. 72 ein solches Vertrauen für die Abgrenzung zwischen Vor-

vanten Gefahrmomente für das Rechtsgut schon gar nicht kennt. Ein solches ernsthaftes Vertrauen kann auch nicht Bestandteil der subjektiven Tatseite des Vorsatzdeliktes sein. Es steht vielmehr im Gegensatz zur jedenfalls insoweit notwendigen voluntativen Komponente des Vorsatzes und schließt den Vorsatz somit aus⁵⁹⁵. Das Vertrauen auf das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolgs stellt damit ein eigenständiges Fahrlässigkeitsmerkmal auf der subjektiven Tatseite dar.

Somit kommt dem Fahrlässigkeitsvorwurf auf der subjektiven Tatseite ein selbständiger Vorwurf im Verhältnis zu demjenigen Vorwurf eines Vorsatzes zu. Die Unverträglichkeit der entscheidenden Fahrlässigkeitskomponente mit dem Vorsatz macht die Fahrlässigkeit insgesamt zu etwas anderem als den Vorsatz. Vorsatz und Fahrlässigkeit schließen sich also aus. Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit ist demnach als ein *Aliud*-Verhältnis zu qualifizieren.⁵⁹⁶

III. Ergebnis

Der Vorsatz ist folglich kein Spezialfall der Fahrlässigkeit, sondern vielmehr grundlegend wesensverschieden von dieser. Vom Fehlen bestimmter Vorsatzmerkmale kann daher nicht auf das Vorliegen von Fahrlässigkeit geschlossen werden. Dies bestätigt nochmals die bereits angeführte Interpretation der Wendung „bleibt unberührt“ in § 16 Abs. 1 S. 2 StGB, nach welcher die Fahrlässigkeit mehr als die bloße – den Vorsatz verneinende – Unkenntnis der Tatbestandserfüllung erfordert.

C. Konsequenz

In der eingangs angeführten Konstellation, in welcher die dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit gemeinsamen Merkmale feststehen, aber einzelne den Vorsatz ausmachende Merkmale nicht nachweisbar sind, kann demnach nicht einfach auf das

satz und Fahrlässigkeit für ungeeignet, da es als ein reines Internum des Täters und bloße psychische Begleiterscheinung der Tat auf das Verhalten des Täters keinerlei definierbaren Einfluss zu haben braucht. Dies ist jedoch ein generelles Problem psychischer Tatbestandsmerkmale, welches in der vorliegenden Arbeit nicht etwa durch Ignorierung derselben, sondern durch Ermittlung dieser mittels des normativen Verfahrens der subjektiven Zurechnung gelöst wird.

⁵⁹⁵ Vgl. zum ernsthaften Vertrauen als vorsatzausschließendem Abgrenzungskriterium MünchKommStGB/*Schneider*, § 212, Rn. 46.

⁵⁹⁶ Vgl. MünchKommStGB/*Duttge*, § 15, Rn. 103, der neben vielen anderen diese Sichtweise bestätigenden Gründen anführt, dass dies auch etymologisch jedenfalls nicht ganz fern liegend sei. Auch NK-StGB-*Puppe*, § 15, Rn. 4 konstatiert immerhin, dass nach Alltagssprachlichem Verständnis Fahrlässigkeit und Vorsatz kontradiktorische Gegensätze sind. Im Ergebnis ebenfalls gegen ein Plus-Minus-Verhältnis und für ein *Aliud*-Verhältnis: BGHSt 4, 340, 341; Baumann/*Weber*/Mitsch, AT, § 10, Rn. 15; *Jähneke*, Schlüchter-Gedächtnisschr., 99, 100 f.; *Jescheck*/*Weigend*, AT, § 54 I 2; *Maurach*/*Gössel*/*Zipf*, Strafrecht AT 2, § 42, Rn. 35; *Kretschmer*, Jura 2000, 267, 267; *Roxin*, AT I, § 24, Rn. 79; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 3; *Fischer*, § 15, Rn. 13 und 19. A.A.: *Herzberg*, JuS 1996, 377, 381; LK¹¹/*Schroeder*, § 15, Rn. 9 ff.; SK/StGB/*Hoyer*, Anh. zu § 16, Rn. 3.

Vorliegen von Fahrlässigkeit geschlossen werden.⁵⁹⁷ Zur Vermeidung ungerechtfertigter Freisprüche wird teilweise vorgeschlagen, nach den Regeln der ungleichartigen – oder auch echt genannten – Wahlfeststellung zu verurteilen.⁵⁹⁸ Eine Wahlfeststellung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung eines Delikts kann jedoch im engeren Sinne nicht angenommen werden. Denn bei einem Aliud-Verhältnis zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit liegt in der fraglichen Konstellation angesichts der Unklarheit über die Erfüllung der selbständigen Fahrlässigkeitsanforderungen schon keine Tatbestandsalternativität vor. Weiterhin besteht zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit kein logisches Stufenverhältnis. Außerdem liegt dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit keine ähnliche Einstellung des Täters zum angegriffenen Rechtsgut und damit weder eine sittlich-rechtlich vergleichbare Bewertung noch ein gleich gewichteter Schuldvorwurf zugrunde, womit sie auch nicht rechtsethisches-normativ und psychologisch miteinander vergleichbar sind.⁵⁹⁹ Es ist daher abzulehnen, in der fraglichen Konstellation nach den Regeln der ungleichartigen Wahlfeststellung wegen einer fahrlässigen Begehung des Delikts zu verurteilen.

Alternativ zur Verurteilung nach den Regeln der ungleichartigen Wahlfeststellung kann die fragliche Konstellation daher nur mit der Annahme eines „normativ-ethischen Stufenverhältnisses aus prozessrechtlichen Gründen“ gelöst werden.⁶⁰⁰ Bei einer derartigen unklaren Beweislage scheidet demnach zwar nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ eine Verurteilung wegen der vorsätzlichen Tatbegehung aus; aber eine Verurteilung wegen der fahrlässigen Tatbegehung bleibt möglich.⁶⁰¹ Diese Annahme beruht auf dem Gedanken, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit zwar wesensverschieden, aber im Vorwurfsgehalt einander systematisch nachgeordnet sind und sich auf unterschiedlichen Ebenen derselben normativen Stufenleiter befinden.⁶⁰² Sie wird von der dargelegten allgemeinen Wertungsabstufung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit⁶⁰³ gestützt.

⁵⁹⁷ Es sei denn man qualifiziert trotz Annahme eines Aliud-Verhältnisses die Fahrlässigkeit als Auffangtatbestand, der bei Vorliegen jedenfalls der dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit gemeinsamen Merkmale die Fälle möglicherweise vorsätzlichen Handelns mit umfasst; RGSt 41, 389, 391; BGHSt 17, 210, 212. S. auch Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 3 m.w.N. Vgl. zudem *Roxin*, AT I, § 24, Rn. 78. Dem ist zuzugestehen, dass die Annahme einer fahrlässigen Begehung in einem solchen Fall immerhin sehr nahe liegt. Bei Annahme eines Plus-Minus-Verhältnisses kommt man freilich von vornherein wegen des logischen Stufenverhältnisses zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ohne weiteres auf eine Fahrlässigkeitstrafbarkeit; so z.B. bei NK-StGB-*Puppe*, § 15, Rn. 5.

⁵⁹⁸ BGHSt 4, 340, 341; s. auch Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 4 m.w.N.

⁵⁹⁹ Allgemein zur ungleichartigen Wahlfeststellung siehe *Kühl*, AT, § 21, Rn. 68; *Fischer*, § 1, Rn. 26 ff.

⁶⁰⁰ BGH 32, 48, 57; *von der Heydt*, Die subjektive Tatseite, S. 172 m.w.N.; MünchKommStGB/*Duttge*, § 15, 102 f. u. 131; *Roxin*, AT I, § 24, Rn. 79 f.; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 4 m.w.N.

⁶⁰¹ *Roxin*, AT I, § 24, Rn. 79.

⁶⁰² Vgl. MünchKommStGB/*Duttge*, § 15, 103 u. 131.

⁶⁰³ S.o. (Hpttl., 5. Tl., 1. Abschn., A.).

6. Teil: Abgrenzung des bedingten Vorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit im Markenstrafrecht

1. Abschnitt: Bedeutung und Grundkonzeption der Abgrenzung

Die Festlegung der Vorsatzgrenze erfolgt auf der einen Seite durch die Abgrenzung des bedingten Vorsatzes (*dolus eventualis*) von der bewussten Fahrlässigkeit (*luxuria*) und auf der Kehrseite durch die später noch interessierende Bestimmung von irrtumsbedingten Vorsatzausschlüssen. Angesichts der angeführten – im Markenstrafrecht strafentscheidenden – Wertungsunterschiede zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ist die Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit wichtig, allerdings höchst umstritten⁶⁰⁴ und damit keineswegs rechtssicher.

Beim bedingten Vorsatz (*dolus eventualis*) ist im Gegensatz zu den anderen Vorsatzgraden keines der beiden Strukturelemente des Vorsatzes⁶⁰⁵ im höchsten Grad erfüllt. Der bedingt vorsätzlich handelnde Täter hat also zur Zeit seiner Handlung weder sichere Kenntnis aller tatsächlichen Umstände des jeweiligen objektiven Tatbestandes noch einen unbedingten diesbezüglichen Verwirklichungswillen. Vielmehr sind beide Elemente lediglich in niedrigeren Abstufungen gegeben.

Die beiden Strukturelemente des Vorsatzes sind bei der bewussten Fahrlässigkeit (*luxuria*) nicht etwa in bestimmtem Maß schwächer ausgeprägt. Angesichts des festgestellten Aliud-Verhältnisses zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit⁶⁰⁶ sind bei der bewussten Fahrlässigkeit vielmehr die kognitive und die voluntative Seite der Täterspsyche teils in anderer Weise als beim Vorsatz ausgebildet. Da lediglich die Täterspsyche darüber entscheidet, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, und gleichzeitig eine Wertungsabstufung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit besteht, muss freilich die für die bewusste Fahrlässigkeit erforderliche Kombination aus kognitiven und voluntativen Elementen zwingend eine geringere Qualität aufweisen als diejenige für den bedingten Vorsatz.

⁶⁰⁴ Vgl. allgemein zu dieser ungelösten Frage auch *Kühl*, AT, § 5, Rn. 45 m.w.N.; *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 21 m.w.N. Wegen der mit der Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit verbundenen – aus seiner Sicht unüberwindbaren – Schwierigkeiten tritt *Schünemann*, GA 1985, 341, 363 aus erkenntnistheoretischen wie auch aus kriminalpolitischen Gründen sogar für eine – die Rechtslage radikal ändernde – Einführung einer Formentrias individueller Zurechnung ein, deren mittlere Form Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit gemeinsam ausmache.

⁶⁰⁵ S. oben (Hpttl., 5. Tl., 2. Abschn.).

⁶⁰⁶ S. oben (Hpttl., 5. Tl., 3. Abschn., B., II., 3.).

2. Abschnitt: Meinungsstand in der allgemeinen Strafrechtslehre

A. Abgrenzung anhand des kognitiven (intellektuellen) Elements

Die Ansichten in der Literatur zur Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit lassen sich in drei Gruppen einteilen: Solche, die einzig anhand des kognitiven Elements abgrenzen, werden als Vorstellungstheorien bezeichnet. Jene, die schwerpunktmäßig anhand des voluntativen Elements abgrenzen, gehören in die Gruppe der Willenstheorien. Ferner gibt es noch vereinigende Theorien, die beide Elemente gleichermaßen heranziehen und zu denen im Grunde genommen auch solche Theorien gehören, die zwar ausdrücklich von anderen Kriterien ausgehen, implizit aber jedenfalls auf gedanklich zu diesen Kriterien untergeordneter Ebene die beiden für den psychologischen Sachverhalt des Vorsatzes wesentlichen Elemente stets beinhalten müssen.

Die Vorstellungstheorien gehen von einem Umkehrschluss zu § 16 Abs. 1 S. 1 StGB aus, wonach es für den Vorsatz lediglich eines bestimmten Grades an Wissen um die Gefahr einer Verwirklichung der Umstände eines Tatbestandes bedürfe. Diese Theorien verzichten auf das voluntative Element gänzlich.⁶⁰⁷ Dafür spricht immerhin, dass es jedenfalls denkbar ist, eine Vorstellung von einer Tatumsstandsverwirklichung zu haben ohne diese Verwirklichung zugleich zu wollen. Die unterschiedlichen Varianten der Vorstellungstheorien unterscheiden sich im Grad der jeweils geforderten Erfüllung des kognitiven Elements.⁶⁰⁸ Für das kognitive Element sind Grade vom positiven Nichtwissen bis zur an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeitskenntnis⁶⁰⁹ denkbar. Die Vorstellungstheorien verlangen für den Eventualvorsatz sämtlich sogar mehr als die Kenntnis einer bloß abstrakten Möglichkeit und somit erst recht einen höheren Mindestgrad als das positive Nichtwissen, aber auch – in Abgrenzung zu den anderen Vorsatzgraden – weniger als die an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeitskenntnis.

Bei der folgenden Darstellung der Vorstellungstheorien steigen die durch die jeweilige Variante für den Eventualvorsatz geforderten kognitiven Merkmale ge-

⁶⁰⁷ Bereits *v. Hippel*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 1 m.w.N. beschrieb die – durch ihn allerdings als solche abgelehnte (*v. Hippel*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. VI) – Vorstellungstheorie als den Vorsatzbegriff dadurch bestimmend, dass negativ das Wollen des Erfolges (bzw. den auf die Verwirklichung sämtlicher Deliktsmerkmale gerichteten Willen) als unbrauchbar – unrichtig oder nichtssagend – abgelehnt und positiv die Vorstellung des Erfolges (bzw. die Kenntnis der Deliktsmerkmale) herangezogen wird. Die Vorstellungstheorie orientiert sich somit zur Bestimmung des Vorsatzbegriffes allein am Täterwissen. S. auch Baumann/*Weber*/Mitsch, AT, § 20, Rn. 52.

⁶⁰⁸ Zum kognitiven Element als einem der beiden Strukturelemente des Vorsatzes insgesamt s.o. (Hpttl., 5. Tl., 2. Abschn.).

⁶⁰⁹ Eine sichere Gewissheit kann es für Ereignisse, die im maßgeblichen Zeitpunkt der Tatbegehung in der Zukunft liegen, niemals geben. Die insofern vermeintliche Vorstellung von Gewissheit ist demnach lediglich eine Kenntnis von einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit.

genüber der jeweils zuvor dargestellten Variante an. Spiegelbildlich verbleibt für die bewusste Fahrlässigkeit bei der jeweils folgenden Theorie mehr Raum als für den Eventualvorsatz.

Die Möglichkeitstheorie setzt für den Eventualvorsatz lediglich voraus, dass der Täter im Bewusstsein der konkreten Möglichkeit einer bestimmten Rechtsgutsverletzung handelt. Sie dehnt den Vorsatz sehr weit aus und eröffnet nur dann Raum für eine bewusste Fahrlässigkeit, wenn dem Täter die Möglichkeit einer Rechtsgutsverletzung nur abstrakt bewusst ist.⁶¹⁰

Die Wahrscheinlichkeitstheorie fordert für den Eventualvorsatz, dass der Täter sich den Erfolg als wahrscheinlich, also mehr als bloß möglich, wenn auch weniger als überwiegend wahrscheinlich, vorgestellt hat. Sie stellt also strengere Anforderungen an das Bewusstsein des Täters von der Gefahr für das durch den jeweiligen Tatbestand geschützte Rechtsgut, wobei allerdings das genaue Maß der erforderlichen Wahrscheinlichkeit schwer bestimmbar ist.⁶¹¹

Nach den subjektivierten Risikotheorien ist ein Eventualvorsatz gegeben, wenn der Täter im Bewusstsein eines unerlaubten und nicht unwahrscheinlichen Risikos der Tatbestandsverwirklichung handelt.⁶¹² Der Täter muss also über die bloße Kenntnis einer Gefahr hinaus das mit seiner Handlung verbundene Gefahrmoment erfasst haben, welches die Gefahr als eine rechtlich missbilligte qualifiziert.

Die objektivierenden Risikotheorien kehren weitestgehend von psychologischen Kriterien ab und verlegen die Prüfung des Vorsatzes insoweit in den objektiven Tatbestand. Ein Eventualvorsatz ist danach gegeben, wenn der Täter wesentlich eine ernstzunehmende, unabgeschirmte Gefahr⁶¹³ oder typische Vorsatzgefahr⁶¹⁴ für das Rechtsgut schafft.

⁶¹⁰ Statt vieler *Schmidhäuser*, GA 1957, 305, 312 ff.; *ders.*, AT, 10. Kap., Rn. 88; *ders.*, JuS 1980, 241, 252; *Schröder*, Sauer-Festschr., 207, 238 f. S. auch *Roxin*, AT, § 12, Rn. 41. Für eine kurze und prägnante Kritik s. *Spendel*, Lackner-Festschr., 167, 181 ff. S. auch *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 20, Rn. 52; *Hillenkamp*, AT, S. 2 f. m.w.N.; *Roxin*, AT, § 12, Rn. 42. Zur Einschränkung nur auf das Bewusstsein konkreter Gefahren vgl. *Kübl*, AT, § 5, Rn. 62 ff. m.w.N. *Kaufmann*, ZStW 70 (1958), 64, 74 ff. will einschränkend den Eventualvorsatz dann verneinen, wenn der steuernde Wille des Täters auf die Erfolgsvermeidung gerichtet war und sich dies anhand eingesetzter Gegenfaktoren (Art der Mittelwahl und Steuerung im Handlungsablauf) im äußeren Geschehen manifestiert hat (Vermeidungstheorie; s.u.).

⁶¹¹ Statt vieler *Großmann*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924, zit. in: *Mayer*, Strafrecht AT, S. 121, der die Wahrscheinlichkeitstheorie wohl auch vertritt. S. auch *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 20, Rn. 52 m.w.N.; *Hillenkamp*, AT, S. 3 f. m.w.N.; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT 1, § 22, Rn. 34 f. m.w.N.; *Roxin*, AT, § 12, Rn. 45 f.

⁶¹² Statt vieler *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 101, 207 ff., 304 ff., 480 ff., 486; *Jakobs*, AT, 8. Abschn., Rn. 23, 30 ff. Ähnlich auch die sog. Gefährdungstheorie nach *Brammsen*, JZ 1989, 71, 80 und *Otto*, NJW 1979, 2414, 2415; *Otto*, AT, § 7 Rn. 35 ff.

⁶¹³ *Herzberg*, JuS 1986, 249, 255; *ders.*, JZ 1988, 635, 639. *Herzberg* nennt seine Theorie der unabgeschirmten Gefahr auch objektivierte Ernstnahmetheorie; *Herzberg*, JuS 1986, 249, 262, 256, Fn. 27. Nach *Herzberg* ist eine Gefahr „unabgeschirmt“, „wenn bei oder nach der Handlung des

B. Abgrenzungsschwerpunkt auf dem voluntativen Element

Während die Vorstellungstheorien keinerlei Ausprägung des voluntativen Elements verlangen, können umgekehrt die Willenstheorien auf das kognitive Element nicht gänzlich verzichten, da ein Wille ohne jede Vorstellung nicht denkbar ist.⁶¹⁵ Sie verlagern demnach nur ihren Schwerpunkt auf das voluntative Element.

Es ist keineswegs zwingend, dass § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, von dessen Umkehrschluss die Vorstellungstheorien ausgehen, eine vollständige Begriffsbestimmung des Vorsatzes enthält. Vielmehr ist § 16 Abs. 1 S. 1 StGB insoweit nicht abschließend formuliert. Für eine vorsätzliche Tatbegehung ist danach lediglich zwingend, dass zumindest das kognitive Element gegeben ist. Demgegenüber lässt § 16 Abs. 1 S. 1 StGB für alle Vorsatzgrade⁶¹⁶ frei, ob zusätzlich auch das voluntative Element gegeben sein muss. Dabei muss unter dem voluntativen Element mehr gemeint sein als lediglich der auch bei den Vorstellungstheorien gegebene Wille, trotz Kenntnis der gefährlichen Umstände handeln zu wollen. Das voluntative Element muss sich daher über die Handlung hinaus auch auf alle weiteren Tatbestandsmerkmale, also insbesondere auch auf den tatbestandlichen Erfolg beziehen. Zum voluntativen Element gehören jedoch keine Willensmomente, die eher Gefühlseinstellungen betreffen.⁶¹⁷

Die unterschiedlichen Varianten der Willenstheorien fordern gleichermaßen mindestens eine Möglichkeitsvorstellung über den Erfolgseintritt, unterscheiden sich aber im Grad der jeweils geforderten Erfüllung des voluntativen Elements. Für das voluntative Element sind Grade von einer Unerwünschtheit bis zum Anstreben denkbar.⁶¹⁸ Die Willenstheorien verlangen für den Eventualvorsatz teils nur mindestens eine Unerwünschtheit, aber sämtlich am oberen Ende – in Abgrenzung zu den anderen Vorsatzgraden – weniger als ein Anstreben.

Täters Glück und Zufall allein oder mit einem großen Anteil dazwischentreten müssen, damit sich der Tatbestand nicht erfülle“; *Herzberg*, JZ 1988, 635, 639.

⁶¹⁴ NK-StGB-*Puppe*, § 15, Rn. 64 ff.; *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, S. 35 ff. Nach *Puppe* ist eine Gefahr eine typische Vorsatzgefahr, „wenn sie für sich betrachtet eine taugliche Methode zur Herbeiführung des Erfolges darstellt“ und sie „ein vernünftig denkender und handelnder Mensch“ wissentlich nur unter der „Maxime“ eingehen würde, dass der Verletzungserfolg sein soll oder doch mindestens sein darf; NK-StGB-*Puppe*, § 15, Rn. 64, 68 f. S. dazu auch *Roxin*, AT, § 12, Rn. 47 ff.

⁶¹⁵ So bereits *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 117.

⁶¹⁶ Zum voluntativen Element als einem der beiden Strukturelemente des Vorsatzes insgesamt s.o. (Hptl., 5. Tl., 2. Abschn.). Für weitere Argumente zur Notwendigkeit dieses Elements als gemeinsame Basis des Vorsatzbegriffes und damit konsequenterweise auch für den Eventualvorsatz s. auch *Hillenkamp*, AT, S. 7. Vgl. dazu auch *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 80 m.w.N.

⁶¹⁷ Vgl. *Kühl*, AT, § 5, Rn. 54 f. m.w.N., der die emotionalen Einstellungen zur Tat und ihren Folgen allenfalls als ein jederzeit entkräftbares Indiz heranzieht. Vgl. auch *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 80 m.w.N.

⁶¹⁸ Vgl. *Kühl*, AT, § 5, Rn. 10.

Wie bei den Vorstellungstheorien entspricht der Reihenfolge der folgenden Darstellung der Willenstheorien die Steigerung der durch sie für den Eventualvorsatz geforderten voluntativen Merkmale. Spiegelbildlich verbleibt für die bewusste Fahrlässigkeit bei der jeweils folgenden Theorie mehr Raum als für den Eventualvorsatz.

Nach der Vermeidungstheorie (Theorie des nicht betätigten Vermeidewillens) reicht es für den Eventualvorsatz, dass dem für möglich gehaltenen, aber unerwünschten Erfolgseintritt kein auf Vermeidung gerichteter steuernder Wille entgegengehalten wird, der sich äußerlich manifestiert und tatmächtig ist.⁶¹⁹ Bezüglich der äußerlichen Manifestation ist die Vorsatzgrenze sonach objektiviert.

Nach der Ernstnahmetheorie handelt hingegen bedingt vorsätzlich, wer mit der Möglichkeit eines Erfolgseintritts ernsthaft rechnet und sich mit diesem abfindet. Nur ein tatsächliches Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs begründet danach die bewusste Fahrlässigkeit.⁶²⁰

Die Gleichgültigkeitstheorie fordert für den Eventualvorsatz, dass der Täter den von ihm für möglich gehaltenen Erfolgseintritt bewusst⁶²¹ und in rücksichtsloser Weise gleichgültig hinnimmt. Ist ihm demgegenüber der bloß in Kauf genommene Erfolgseintritt unerwünscht und hofft er dementsprechend auf dessen Ausbleiben, so ist ihm lediglich bewusste Fahrlässigkeit vorzuwerfen.⁶²²

Nach der Einwilligung- oder Billigungstheorie ist ein Eventualvorsatz gegeben, wenn der Täter mit dem von ihm für möglich gehaltenen Erfolgseintritt einverstanden ist, ihn innerlich billigt oder ihn zustimmend oder billigend in Kauf nimmt.⁶²³ Diese strengen Voraussetzungsvarianten für den Vorsatz werden allerdings korrigierend eingeschränkt, indem der Erfolgseintritt auch unerwünscht sein kann und auch dessen „Billigen im Rechtssinne“ für ausreichend erachtet wird, welches im mangelnden Vertrauendürfen auf den Nicht-Eintritt des Erfolgs besteht und um so eher angenommen wird, desto gefährlicher die Handlung des Täters ist.⁶²⁴ Das zeigt eine normativierende Abweichung vom Vorsatz als rein psychischen Sachverhalt.

⁶¹⁹ Kaufmann, ZStW 70 (1958), 64, 74 ff. S. auch Hillenkamp, AT, S. 10 m.w.N.; Roxin, AT, § 12, Rn. 53 f.

⁶²⁰ Vgl. Roxin, AT, § 12, Rn. 21 ff.; Stratenwerth, ZStW 71 (1959), 51, 57 f. Etwas abgewandelt Welzel, Strafrecht, S. 68 ff. (§ 13 I 2 c β). S. auch Hillenkamp, AT, S. 11 ff. m.w.N.

⁶²¹ Im Gegensatz zur inneren Teilnahmelosigkeit. Vgl. auch Schöne/Schröder/Sternberg-Lieben, § 15, Rn. 82 m.w.N.

⁶²² Engisch, NJW 1955, 1688, 1689. S. auch Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 20, Rn. 54; Hillenkamp, AT, S. 9 m.w.N.; Roxin, AT, § 12, Rn. 40.

⁶²³ RGSt 33, 4, 5 f.; 59, 2, 3; 72, 36, 43 f.; 77, 228, 228 f.; BGHSt 7, 363, 369; 36, 1, 9 f. Statt vieler in der Literatur Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 20, Rn. 53 ff.; Mawrach/Zipf, Strafrecht AT 1, § 22, Rn. 34 und 36 f. Vgl. auch Hillenkamp, AT, S. 8 m.w.N.; Roxin, AT I, § 12, Rn. 36 m.w.N.; Schöne/Schröder/Sternberg-Lieben, § 15, Rn. 81 f. m.w.N. Was die Theorie respektive den juristischen Inhalt anbelangt, zustimmend auch Philipps, Roxin-Festschr., 365, 369, der sich zur Bestimmung des *dolus eventualis* eines multikriteriellen Entscheidungsverfahrens bedient.

⁶²⁴ BGHSt 7, 363, 369 f.

C. Vereinigungs- oder Kombinationstheorien und weitere Meta-Ansätze

Die vereinigenden Theorien ziehen sowohl kognitive als auch voluntative Elemente kombinatorisch heran.⁶²⁵ Sie halten die Betonung nur eines dieser Elemente für dogmengeschichtlich überholt und stellen beide Elemente als einen unzertrennlich einheitlichen Sachverhalt eines psychischen Komplexes dar.⁶²⁶ Wer die Gefahr einer Tatbestandsverwirklichung kenne, aber trotzdem handle und sich damit über das Warnmotiv des Verbots bewusst hinwegsetze, wolle jedenfalls auch diese Gefahr. Die Willenskomponente gehöre somit neben der gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zwingenden Wissenskomponente unweigerlich zum Vorsatz.

Auch in den Theorien, die ausdrücklich zunächst von anderen Kriterien für die Charakterisierung eines Eventualvorsatzes ausgehen, behalten die beiden Strukturelemente des Vorsatzes ihre Bedeutung. Sie werden allerdings erst eine gedankliche Ebene unter den nunmehr den Vorsatz ausmachenden Oberkriterien „Entscheidung gegen die rechtliche Verhaltensnorm“⁶²⁷, „Entscheidung für die eventuelle Rechtsgutsverletzung bzw. gegen den von der Strafdrohung geschützten Rechtswert“⁶²⁸ bzw. „Entscheidung gegen das geschützte Rechtsgut“⁶²⁹ oder „persönliche Aneignung der unrechtskonstitutiven Tatumstände“⁶³⁰ relevant⁶³¹, wobei der Streit um ihre jeweils erforderliche Ausprägung seine Fortsetzung findet⁶³². Insofern führen diese Theorien in der Sache nicht wesentlich weiter. Wenn sie auch normativ den Vorsatz besser erklären mögen, sind sie dennoch auf die beiden psychologischen Strukturelemente für die phänomenologische Beschreibung des Vorsatzes angewiesen.

⁶²⁵ So z.B. *Kühl*, AT, § 5, Rn. 85, nach dem Eventualvorsatz vorliegt, „wenn sich der Täter für die Ausführung einer Handlung entscheidet, obwohl er die von dieser Handlung ausgehende Gefahr für den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges erkannt, ernst genommen und sich mit ihr abgefunden hat“, und ferner LK¹¹/Schroeder, § 16, Rn. 93 a.E., nach dem bedingter Vorsatz gegeben ist, „wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält und billig, für wahrscheinlich hält oder ihr völlig gleichgültig gegenübersteht“. Verschiedentlich wird die Eventualvorsatzbestimmung auch anhand eines beweglichen Systems von mehrfach abgestuften kognitiven und voluntativen Merkmalen vorgenommen, die kompensatorisch zusammenwirken; vgl. Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 15, Rn. 79 m.w.N. S. auch *Haft*, ZStW 88 (1976), 365, 376 f.; *Schünemann*, JR 1989, 89, 93 f.; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 225 f. Vgl. insb. auch *Kühl*, AT, § 5, Rn. 47 ff.; *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 57 jeweils m.w.N.

⁶²⁶ *Lackner/Kühl*, § 15, Rn. 30; *Fischer*, § 15, Rn. 3.

⁶²⁷ Siehe dazu *Stratenwerth/Kublen*, Strafrecht AT I, § 8, Rn. 117.

⁶²⁸ *Roxin*, JuS 1964, 53, 58; *Roxin*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, S. 224; SK/StGB/*Rudolphi*, § 16, Rn. 39.

⁶²⁹ Vgl. *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 111 f., 196, 482; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 15, Rn. 80 m.w.N.; krit. *Schünemann*, Hirsch-Festschr., 363, 371, Fn. 29 („inhaltsloses Blankett“). S. dazu LK¹¹/Schroeder, § 16, Rn. 91.

⁶³⁰ *Schroth*, Vorsatz als Aneignung, S. 64 ff., 115 ff. et passim.

⁶³¹ Vgl. *Hassemer*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 296, der diesbezüglich von einer „Zusammenfassung von Wille und Vorstellung unter einem neuen begrifflichen Dach“ schreibt.

⁶³² Vgl. auch *von der Heydt*, Die subjektive Tatseite, S. 259.

D. Stellungnahme zum Meinungsstand in der allgemeinen Strafrechtslehre

Die Beurteilung der dargestellten Theorien muss sich stets am geltenden Verfassungsrecht orientieren. Unerheblich davon, wie die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit sprachlich formuliert wird, muss sie danach sachlich insbesondere das in diesem Zusammenhang in einem weiten Sinne zu verstehende Schuldprinzip beherzigen und wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes auf gesetzliche Bestimmungen zurückführbar sein.

Bei Bestehen des intellektuellen Elements für den Eventualvorsatz auf das voluntative Element gänzlich zu verzichten, würde nicht nur vordergründig eine bedenkliche Erweiterung des Vorsatzes zu Lasten der Fahrlässigkeit bedeuten. Es bliebe auch zum einen – insbesondere bei der Möglichkeitstheorie – in unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten höchst problematischer Weise unklar, welcher Grad an Vorstellung nun genau für den Vorsatz hinreichend sein soll und wie dieser Grad für das Strafverfahren zu operationalisieren ist. Zum anderen wäre auch der Unterschied zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit rein quantitativ. Ein bestimmtes Maß an konkreterer Vorstellung würde bereits den Sprung zum Vorsatz ausmachen und damit im Regelfall den Sprung zur Strafbarkeit bzw. – im Ausnahmefall bestehender Fahrlässigkeitsstrafbarkeit (vgl. § 15 StGB) – den Sprung zum deutlich erhöhten Strafmaß. Hiergegen ist einzuwenden, dass – wie bereits mit der Verneinung eines Plus-Minus-Verhältnisses und der Annahme eines Aliud-Verhältnisses zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit gezeigt⁶³³ – zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit im Allgemeinen und damit auch zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit im Speziellen eben kein bloßer quantitativer Unterschied besteht, sondern vielmehr ein qualitativer. Um den Eventualvorsatz von der bewussten Fahrlässigkeit abzugrenzen, bedarf es einer Beschäftigung mit diesem qualitativen Unterschied. Dieser liegt im Kern darin, ob der Täter bereit ist, eher die Beeinträchtigung fremder Interessen hinzunehmen, anstelle auf die erkannt riskante Handlung zu verzichten⁶³⁴, oder ob er auf das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolgs vertraut. Ohne Heranziehung auch des voluntativen Elements kann diese innere Stellungnahme des Täters zum erkannten Risiko⁶³⁵ nicht – dem Schuldprinzip genügend – herausgefunden werden. Das voluntative Element betrifft also den Kern der Wesensunterschiede nicht nur von Vorsatz und Fahrlässigkeit im Allgemeinen, sondern entscheidend auch von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit im Speziellen. Auf dieses zu verzichten hieße, die Unterschiede im Kern jedenfalls partiell zu nivellieren und damit die gesetzgeberischen Wertungsunterschiede zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit in

⁶³³ S.o. (Hpttl., 5. Tl., 3. Abschn., B).

⁶³⁴ Vgl. dazu auch Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 80 m.w.N.

⁶³⁵ Dazu muss zudem ausdrücklich betont werden, dass die geforderte innere Stellungnahme nichts mit einer wie auch immer gelagerten emotionalen Verbindung des Täters mit dem Rechtsgut oder dem Tatopfer zu tun hat, sondern vielmehr seine diesbezügliche feindliche Einstellung bei der Tat betrifft; vgl. Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 80 m.w.N.

der Strafrechtsdogmatik keine hinreichende Entsprechung finden zu lassen. Auf das voluntative Element darf also jedenfalls nicht gänzlich verzichtet werden.

Dahingestellt kann dagegen bleiben, wie die Berücksichtigung beider psychischen Strukturelemente des Vorsatzes für die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit sprachlich ausgeformt wird, soweit jedenfalls klar bleibt, dass für den Eventualvorsatz der Täter die tatbestandliche Gefahr erkannt haben muss und er sein Interesse an seiner riskanten Handlungsweise über das durch den Tatbestand geschützte fremde Interesse stellt. Eine andere Frage ist es allerdings wieder, wie die phänomenologische Erscheinung dieses psychologischen Sachverhalts forensisch bewiesen werden kann. Dazu muss die bloße Beschreibungsebene verlassen und es müssen für jeden einzelnen Tatbestand die normativ relevanten Indikatoren für die Täterpsyche identifiziert und untersucht werden. Dies orientiert sich wiederum zum einen am durch den jeweiligen Tatbestand beabsichtigten speziellen Rechtsgüterschutz sowie an der Gefährlichkeit der Tatsituation für das tatbestandlich geschützte Rechtsgut und zum anderen am normativen Vorwurfsgehalt einerseits des Vorsatzes und andererseits der Fahrlässigkeit. Dies wurde bereits an früherer Stelle als Verfahren der subjektiven Zurechnung erläutert.⁶³⁶ Erst im Rahmen der subjektiven Zurechnung findet im Übrigen auch die durch die Einwilligung- oder Billigungstheorie erfolgende normativierende Abweichung vom Vorsatz als rein psychischen Sachverhalt⁶³⁷ einen sachgerechteren strafrechtssystematischen Ort.

⁶³⁶ Siehe oben (insb. Hpttl., 3. Tl., 1. Abschn., C.).

⁶³⁷ So wird als korrigierende Einschränkung der strengen Voraussetzungsvarianten für den Vorsatz auch ein „Billigen im Rechtssinne“ für ausreichend erachtet. Siehe oben (Hpttl., 6. Tl., 2. Abschn., B.).

3. Abschnitt: Übertragung des Meinungsstandes auf das Markenstrafrecht

A. Status quo des Eventualvorsatzes im Markenstrafrecht

I. Identifikation abgrenzungsrelevanter markenstrafrechtlicher Konstellationen

Wie im Allgemeinen werfen auch im Markenstrafrecht Fälle, in denen der objektive Markenrechtsverletzer entweder mit *dolus directus* ersten Grades oder mit *dolus directus* zweiten Grades gehandelt hat, für die Bejahung des für die Markendelikte erforderlichen Vorsatzes auf subjektiver Tatseite strafrechtsdogmatisch keine Probleme auf. Dabei handelt der Markenstraftäter mit *dolus directus* ersten Grades, wenn er unabhängig von einer – i.d.R. allerdings bestehenden – genauen Kenntnis eines kollidierenden Markenrechts jedenfalls ein etwa bestehendes solches verletzen will. Mit *dolus directus* zweiten Grades handelt er, wenn er weiß, dass die Benutzung seines Kennzeichens den Schutzzumfang eines ihm bekannten fremden Markenrechts verletzt.⁶³⁸ Gleichermaßen strafrechtsdogmatisch unproblematisch sind die in den Varianten §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 und §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. b, 14 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 4 MarkenG geforderten besonderen Absichten⁶³⁹ und die in §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 2. Alt., 14 Abs. 4 Nr. 2 3. Var. MarkenG geforderte Zweckgerichtetheit⁶⁴⁰.

Strafrechtsdogmatisch problematisch sind nur Fälle, in denen keine Verletzungsabsicht vorliegt und auch die Kenntnis des Verletzers vom kollidierenden Markenrecht und von der Verletzung dessen Schutzzumfanges durch die Benutzung des eigenen Kennzeichens reduziert ist. Hier kommt die Bedeutung der Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit zum Tragen. Solche schwer einzuordnende Grenzkonstellationen kommen im Markenstrafrecht zahlreich vor. So bereitet etwa die weitgehende Arbeitsteilung in Markenpiraterieorganisationen diesbezügliche Schwierigkeiten. Denn mit dieser geht regelmäßig eine ungleiche Verteilung von relevantem Wissen über die im Einzelfall sehr schwierig zu beurteilende Markenberechtigung und des Schutzzumfanges der betreffenden Marke einher. Werden etwa für die Herstellung der Markenpiraterieware schlecht informierte Subunternehmer oder gar Heimarbeiter herangezogen, so kann dies zur Verneinung jedenfalls deren Vorsatzes führen. Weiterhin

⁶³⁸ Vgl. *Fezer*, MarkenG, § 14, Rn. 1016, der für das Markenschadensersatzrecht nur näher auf diese Form des Vorsatzes eingeht und damit die beiden anderen Formen des Vorsatzes vernachlässigt.

⁶³⁹ Vgl. o. (Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B.). In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass es allgemein für § 143 MarkenG keiner besonderen Absicht bedarf, etwa derjenigen, das Publikum irrezuführen oder jemanden zu schädigen; vgl. RGSt 29, 312, 314 f.; 34, 229, 230; 42, 137, 138 und 140; *Fezer*, MarkenG, § 143, Rn. 26; *Schubmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 149; *Wölfel*, Markenverletzungen, S. 131.

⁶⁴⁰ Vgl. o. (Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B.).

werden oftmals logistische Tätigkeiten⁶⁴¹ vollständig auf Personen außerhalb der jeweiligen Markenpiraterieorganisation ausgelagert. Dies kann ebenfalls dazu führen, dass deren objektive Markenrechtsverletzung – wenn überhaupt als subjektives Unrecht – jedenfalls als nur fahrlässig zu bewerten ist. Auch bei Ausnutzung legaler Absatzkanäle durch die jeweilige Markenpiraterieorganisation ist keineswegs ein Eventualvorsatz des herangezogenen Einzelhändlers selbstverständlich.

II. Handhabung der Abgrenzung durch Rechtsprechung und Literatur bei den zivilrechtlichen Markenrechtsansprüchen

Bislang behandeln Rechtsprechung wie auch Literatur die markenrechtsbezogene Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit entweder überhaupt nicht oder nur sehr spärlich und oberflächlich.⁶⁴² Der Grund dafür liegt insbesondere in der Irrelevanz dieser Abgrenzung für den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch nach § 14 Abs. 6 MarkenG.⁶⁴³ Daher fällt der Schwerpunkt der Erörterungen meist darauf, ob jedenfalls die Voraussetzungen für eine Fahrlässigkeit vorliegen.⁶⁴⁴ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass einem solchen Vorgehen die Vorstellung eines – nach in der vorliegenden Arbeit vertretener Ansicht abzulehnenden – Plus-Minus-Verhältnisses oder aber jedenfalls eines normativen Stufenverhältnisses zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zugrunde liegen muss.⁶⁴⁵ Nur selten wird für eine bestimmte Fallkonstellation ein Vorsatz explizit bejaht.⁶⁴⁶

Gegenüber dieser Irrelevanz für den Schadensersatzanspruch erachtet der BGH etwa in seiner „Vernichtungsanspruch“-Entscheidung⁶⁴⁷ für die Unverhält-

⁶⁴¹ Vgl. dazu *Schiveke*, Markenpiraterie, S. 124.

⁶⁴² RG MuW 1923/1924, 222, 224 – „Ulema/Ulwena“; RG MuW 1931, 17, 19 – „Granitol/Granulit“; BGH GRUR 1961, 535, 538 – „ariko“; *Fezer*, MarkenG, § 14, Rn. 1016 f. m.w.N.; *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, § 14, Rn. 346 f.; *Schubmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 103.

⁶⁴³ S. auch bereits oben bei der Erörterung des Schadensersatzanspruchs aus § 14 Abs. 6 MarkenG (Hpttl., 1. Tl., 5. Abschn., A., II.).

⁶⁴⁴ BGH GRUR 1961, 535, 538 – „ariko“. So z.B. auch die beiden die Fahrlässigkeit im Ergebnis verneinenden Entscheidungen BGH GRUR 1987, 520, 522 – „Chanel No. 5 (I)“; BGH GRUR 1987, 524, 525 – „Chanel N° 5 (II)“; *Fezer*, MarkenG, § 14, Rn. 1017 ff.; *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, § 14, Rn. 347 ff.; *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 85 ff.; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 220; *Lange*, Marken- und Kennzeichenrecht, Rn. 3179 ff.; *Schubmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 103; *Schweyer*, in: v. Schultz, Markenrecht, § 14 MarkenG, Rn. 257 ff.

⁶⁴⁵ Vgl. dazu auch oben (Hpttl., 5. Tl., 3. Abschn.).

⁶⁴⁶ So z.B. für Fälle, in denen eine Zeichenbenutzung aufgenommen oder fortgesetzt wird, nachdem etwa durch einen Widerspruch von dem älteren Recht Kenntnis erlangt wurde. Vgl. *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vor §§ 14-19d, Rn. 220 m.w.N. Demgegenüber formuliert in einem gleich gelagerten solchen Fall der BGH – wie gewöhnlich – lediglich, dass „[...] jedenfalls ein fahrlässiges Verhalten [...] ohne weiteres zu bejahen [...]“ sei; BGH GRUR 1961, 535, 538 – „ariko“.

⁶⁴⁷ BGH WRP 1997, 1189, 1191 f. – „Vernichtungsanspruch“.

nismäßigkeitsprüfung i.R.d. zivilrechtlichen Vernichtungsanspruchs gem. § 18 Abs. 1 MarkenG zwar den Grad der Schuld des Verletzers als eines der maßgeblichen Kriterien für oder gegen das Vernichtungsinteresse des Markenrechtsinhabers respektive spiegelverkehrt gegen oder für das Erhaltungsinteresse des Markenrechtsverletzers. Er stellt aber nur ein deutliches Hinausgehen über die zivilrechtliche einfache Fahrlässigkeit fest und deutet weiterhin eine etwaige Verwirklichung eines Eventualvorsatzes nur an, erörtert eine solche doch nicht weiter und lässt sie im Ergebnis offen.⁶⁴⁸

Dabei wäre aber ohnehin eine unreflektierte Übertragung der zivilrechtlichen Handhabung der Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit auf das Strafrecht unzulässig. Denn Vorsatz und insbesondere Fahrlässigkeit weisen im Zivilrecht und im Strafrecht marginal unterschiedliche Bedeutungsinhalte, Haftungsstandards, Voraussetzungen wie auch vor allem andere Rechtsfolgen auf. Dies ist den unterschiedlichen Funktionen und Regelungszwecken des Zivilrechts einerseits und des Strafrechts andererseits geschuldet.⁶⁴⁹ So orientiert sich das zivilrechtliche Deliktsrecht am situationsgerechten Schadensausgleich unter Gleichberechtigten durch Herstellung des status quo ante mit verhaltenssteuernder Präventivwirkung als Nebeneffekt, während das durch die ultima-ratio-Vorgabe für den Einsatz des Strafrechts limitierte Verdikt einer Zurechnung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf Prävention und Schuldausgleich im Über-Unterordnungsverhältnis unter Zuschreibung sozialer Verwerflichkeit abzielt.⁶⁵⁰

III. Handhabung der Abgrenzung durch Rechtsprechung und Literatur im Markenstrafrecht

Auch im Markenstrafrecht im Speziellen wird die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit trotz ihrer de lege lata strafentscheidenden Bedeutung bislang weitgehend allenfalls dürftig wie auch flüchtig behandelt.⁶⁵¹ Dabei sind – wie bereits aufgeführt – typischerweise im Markenstrafrecht vorkommende Konstellationen keineswegs eindeutig einzuordnen. Soweit die markenstrafrechtliche Rechtsprechung und Literatur jedoch die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit tatsächlich behandeln, sind die Be-

⁶⁴⁸ Vgl. auch *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm*, Markenpiraterie, § 5, Rn. 117; *Holler*, in: *Harte-Bavendamm*, Markenpiraterie, § 5, Rn. 152, Fn. 345.

⁶⁴⁹ BGHSt 37, 106, 115 m.w.N.; *Kühl*, AT, § 17, Rn. 3 e.c.; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 203a a.E., 223 m.w.N. A.A. *Herzberg*, GA 2001, 568, 574 f., der jedenfalls für einen einheitlichen Begriff der Fahrlässigkeit eintritt.

⁶⁵⁰ Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 203a a.E., 223 m.w.N.

⁶⁵¹ RGSt 42, 137, 138 f.; BayObLG WRP 2002, 562 – „Trainingsanzüge“ (=wistra 2002, 233); OLG München wistra 2001, 33; OLG Stuttgart wistra 1999, 152 (=NStZ-RR 2000, 25); BHWSt-Kouker, § 26 III, Rn. 49; Ekey/Klippel/*Ekey*, HK-MarkenR, § 143 MarkenG, Rn. 14; *Fezer*, MarkenG, § 143, Rn. 26; *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, § 143, Rn. 20 f.; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 143, Rn. 4; *Meister*, WRP 1995, 366, 376; *Schubmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 149; *Winter*, GRUR 1981, 782, 784 f.; v. *Zumbusch*, in: v. Schultz, Markenrecht, § 143 MarkenG, Rn. 4.

gründungen teilweise schlicht nicht brauchbar und darüber hinaus nicht einheitlich.

Wenn z.B. für – insofern wohl als objektiv schwerwiegend qualifizierte – Markenpirateriefälle ein Eventualvorsatz als nahe liegend angenommen wird⁶⁵², während jenseits derer ein solcher nur selten verwirklicht sein soll⁶⁵³, stellt dies gar keine Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit dar, sondern die nötige Erörterung der sachlichen Aspekte verschiebt sich nur auf den Begriff der Markenpiraterie. Dieser Begriff taucht zudem bezeichnenderweise im Markengesetz überhaupt nicht auf, ist ferner konkretisierungsbedürftig und lässt viel Raum für definitorischen Streit⁶⁵⁴. Dazu ist weiterhin anzumerken, dass eine Argumentation, die für Markenpirateriefälle einen Vorsatz nahe legt, zirkulär ist, wenn der Begriff der Markenpiraterie selbst – wie üblich⁶⁵⁵ – die vorsätzliche Markenverletzung als ein Merkmal beinhaltet. Dies erklärt auch den – freilich wegen des Zirkelschlusses fehlerhaften – Schluss, der subjektive Tatbestand des § 143 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG stelle sich als dogmatisch weitaus weniger kompliziert dar, als dies auf den ersten Blick zunächst erscheine⁶⁵⁶. Außerdem wird angesichts der – mutmaßlich wegen der Unsicherheit des Begriffs der Markenpiraterie getroffenen – Wortwahl „nahe liegend“ und „nur selten“ mit der Bejahung eines Markenpirateriefalles auch kein zwingender Schluss auf das Vorliegen eines Eventualvorsatzes zugelassen; vielmehr bleibt diese angestrebte Rückkopplung genauso wie der Markenpirateriebegriff selbst vage. Demnach wird mit einem derartigen Abgrenzungsversuch nicht nur gegen die Regeln der klassischen formalen Logik verstoßen; der enthaltene Zirkelschluss verletzt nämlich den Satz vom zureichenden Grund. Sondern aus dem Abgrenzungsversuch erwächst auch – mangels fundierter Begründung – kein Erkenntnisgewinn. Er lenkt vielmehr von den eigentlichen Sachfragen einer markenstrafrechtlichen Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit ab und reflektiert diese in keiner Weise.

Teilweise wird auch schlicht die gängige allgemeine Abgrenzungsformel der höchstrichterlichen Rechtsprechung⁶⁵⁷ mit nur einem Satz in das Markenstrafrecht übersetzt und dabei lediglich begrifflich an dieses angepasst. Dagegen wird in der Sache auf markenstrafrechtsspezifische Problemstellungen nicht eingegangen und damit auch nicht die Frage nach einer etwa erforderlichen diesbezüglichen Modi-

⁶⁵² *Schivek*, Markenpiraterie, S. 70 f. und 99. So in etwa auch *Holler*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 152 für gewerbliche Abnehmer von Markenpirateriewaren, soweit diese zudem die Sorgfaltspflichten aus BGH GRUR 1987, 520, 522 – „Chanel N° 5 (I)“ nicht beachten. Demgegenüber liegt für *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 48 ein Vorsatz in den meisten Markenpirateriefällen erst dann sehr nahe, wenn es um große Mengen an Piraterieware geht.

⁶⁵³ *Schweyer*, in: v. Schultz, Markenrecht, § 14 MarkenG, Rn. 257.

⁶⁵⁴ Zum Begriff der Markenpiraterie vgl. o. (Hpttl., 1. Tl., 2. Abschn., C.) (m.w.N.).

⁶⁵⁵ Vgl. o. bei der Begriffserörterung (Hpttl., 1. Tl., 2. Abschn., C.).

⁶⁵⁶ *Schivek*, Markenpiraterie, S. 101.

⁶⁵⁷ Vgl. BGHSt 36, 1, 9 f. Zur Einwilligung- oder Billigungstheorie vgl. auch oben (Hpttl., 6. Tl., 2. Abschn., B.).

fikation der allgemeinen Abgrenzungsformel gestellt.⁶⁵⁸ Dies ergibt dann zwar eine oberflächliche Konvergenz der Handhabung der Vorsatzabgrenzung im Markenstrafrecht mit derjenigen in der allgemeinen Vorsatzdogmatik. Aber auch dies führt in den eigentlichen – tiefer liegenden – Sachfragen nicht weiter.

Für viele Fälle ist jedenfalls unbestritten, dass mindestens Eventualvorsatz zu bejahen ist. So verhält es sich, wenn ein Händler in einer Branche, in der die Markenpiraterie ein gemeinhin bekanntes Phänomen darstellt, Markenwaren außerhalb ihres üblichen Vertriebsweges bezieht.⁶⁵⁹ Ein Eventualvorsatz soll auch hinsichtlich des Bestehens von Markenschutz vorliegen, wenn es sich um eine Verletzung einer bekannten Marke handelt.⁶⁶⁰ Die benannten Kriterien führen also nach allseitiger bzw. jedenfalls unbestrittener Ansicht zu einem zwingenden Schluss auf zumindest einen Eventualvorsatz. Sie haben allerdings bislang nur einen exemplarischen Charakter.

Die Stimmen in Rechtsprechung und Literatur sind sich darüber hinaus auch einig, dass viele Kriterien mehr oder minder stark, aber nicht zwingend für das Vorliegen eines Eventualvorsatzes sprechen. Dies gilt z.B. für bestehende Anhaltspunkte, die ernsthafte Zweifel an der Herkunft begründen können wie etwa den Bezug der Ware außerhalb des Vertriebssystems des Herstellers, soweit die Markenpiraterie kein branchenspezifisch bekanntes Phänomen ist, oder ein relativ niedriger Einkaufspreis.⁶⁶¹ Aber auch ein in neuerer Zeit – etwa durch Zeitungsberichte – gestiegenes, entweder schon allgemein vorhandenes oder sich zumindest aufdrängendes Bewusstsein der Ausdehnung der Markenpiraterie bezüglich der betreffenden Produkte auf dem betreffenden Markt⁶⁶² oder Fälle von Parallelimporten von außerhalb des EWR mit Zustimmung des Herstellers in den Ver-

⁶⁵⁸ So z.B. *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, § 143, Rn. 20; *Schuhmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 149; *Wölfel*, Markenverletzungen, S. 131. Im Wesentlichen auch *Winter*, GRUR 1981, 782, 785, allerdings mit anderer Wortwahl, wenn auch in der Sache gleicher Tendenz.

⁶⁵⁹ *Holler*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 152.

⁶⁶⁰ *Schöneke*, Markenpiraterie, S. 70 und 101; *Winter*, GRUR 1981, 782, 784 („[...] bedingter Vorsatz bei wenigstens einem der Beteiligten [...]“).

⁶⁶¹ *Holler*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 152 f. Bei den einzelnen diesbezüglichen Anhaltspunkten selbst werden sodann allerdings graduelle Unterschiede gemacht. In BGH GRUR 1987, 520, 522 – „Chanel No. 5 (I)“; BGH GRUR 1987, 524, 525 – „Chanel N° 5 (II)“ wird für den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch nach § 14 Abs. 6 MarkenG sogar trotz Vorliegens dieser beiden exemplarischen Anhaltspunkte bereits eine Fahrlässigkeit im Ergebnis verneint. Ebenfalls im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Ansprüchen: BGH WRP 1997, 1189, 1191 f. – „Vernichtungsanspruch“; *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 87 und 117; *Schuhmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 103 f., die zu Recht darauf hinweist, dass der Täter trotz dieser Anhaltspunkte auf die Authentizität der Waren vertraut haben kann.

⁶⁶² *Holler*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 152. Soweit vom Zivilrecht auf das Strafrecht übertragbar, vgl. auch: BGH GRUR 1987, 524, 525 – „Chanel N° 5 (II)“; *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 87 und 117; *Schuhmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 104.

kehr gebrachter Waren⁶⁶³ werden als derartige Kriterien herangezogen. Ferner soll auch eine große Menge an Piraterieware starkes Gewicht für die Annahme eines Vorsatzes haben.⁶⁶⁴

In der Beurteilung der Relevanz einiger Kriterien bestehen in Rechtsprechung und Literatur allerdings erhebliche Unterschiede. So wird z.B. eine identische oder nahezu identische Nachahmung einer Marke teils als zwingender Indikator für einen Eventualvorsatz angesehen⁶⁶⁵, teils nur als starker Indikator dafür⁶⁶⁶.

Die bisherige Auseinandersetzung der Rechtsprechung und Literatur zur Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit im Markenstrafrecht kommt nach alledem über ein exemplarisches und unzureichendes Abhandeln von Einzelkonstellationen nicht hinaus. Sie führt nicht näher aus, inwieweit sich der Markenstraftäter kognitiv und voluntativ mit dem äußeren Geschehen auseinandergesetzt haben muss, um ihm einen Eventualvorsatz vorwerfen zu können. Somit lässt sie schon kein Urteil darüber zu, ob sie mit der allgemeinen Vorsatzdogmatik übereinstimmt oder ob sie etwa – wie eine unmittelbare Übertragung der zivilrechtlichen Handhabung befürchten ließe – die Anforderungen an den Vorsatz im Markenstrafrecht etwa wegen der fehlenden Fahrlässigkeitsstrafbarkeit herabsetzt. Daraus ergeben sich rechtsstaatliche Bedenken, insbesondere solche im Zusammenhang mit dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit der Strafbarkeit (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB)⁶⁶⁷, die nicht etwa an einer – eben nicht fassbaren – Herabsetzung der Anforderungen an den Vorsatz anknüpfen, sondern vielmehr bereits aus der Vagheit der im Markenstrafrecht stattfindenden Abgrenzung selbst herrühren.

B. Lösung der markenstrafrechtlichen Abgrenzungsprobleme anhand der allgemeinen Strafrechtslehre

I. Entwicklung eines Indikatorensystems für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht

1. Aufgabenstellung

Für eine nicht nur rechtssichere, sondern auch einzelfallgerechte Handhabung der Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit im Markenstrafrecht bedarf es eines von Einzelkonstellationen abgehobenen allgemeinen

⁶⁶³ Holler, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 153. Zu Parallelimporten und der damit verbundenen Frage nach der Erschöpfung von Markenrechten siehe *Pickerahn*, GRUR 1996, 383 ff.

⁶⁶⁴ *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 48.

⁶⁶⁵ *Schweke*, Markenpiraterie, S. 70.

⁶⁶⁶ *Schubmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 103 (i.R.d. Schadensersatzanspruchs nach § 14 Abs. 6 MarkenG).

⁶⁶⁷ Weiterführend zum Bestimmtheitsgebot mitsamt Verweisen u.a. zur diesbezüglichen Rspr. des BVerfG: Schönke/Schröder/*Eser/Hecker*, § 1, Rn. 16 ff.

Systems subjektiver Zurechnung⁶⁶⁸ für das Markenstrafrecht zur Lösung von Problemen der subjektiven Tatseite bei Markenstraftaten, von dem im Einzelfall deduziert werden kann. Dieses muss einerseits aus den Erkenntnissen der allgemeinen Strafrechtslehre entwickelt werden, aber andererseits ebenso die markenstrafrechtlichen Besonderheiten berücksichtigen.

Als Kern eines solchen Systems sind für die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Markenstrafrechts, auf welche sich der subjektive Tatbestand bezieht, indikative Anhaltspunkte des äußeren Geschehens zu entwickeln, die nach allgemeinen Lehren Rückschlüsse auf die Psyche des Täters zulassen. Als Anforderungen, die abstrakt an diese Indikatoren gestellt werden, haben sich im Rahmen der Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung ihre Beobachtbarkeit, Vollständigkeit und Relevanz für das über sie zu erschließende subjektive Unrechtselement ergeben. Sie haben sich weiterhin an der Gefährlichkeit für das tatbestandlich geschützte Rechtsgut zu orientieren.⁶⁶⁹ Für die Ermittlung der hier interessierenden Vorsatzgrenze müssen sich die Indikatoren stets nach dem Zweck der Vorsatzbestrafung richten.⁶⁷⁰

In einer ersten Annäherung an die Entwicklung solcher indikativer Anhaltspunkte des äußeren Geschehens sind immer auch die jeweiligen objektiven Tatbestandsmerkmale selbst – sozusagen initiale – Indikatoren für die sich auf diese beziehende Täterpsyche.⁶⁷¹ Der subjektiven Tatseite käme aber keinerlei – ihr normativ zuzumessendes – Gewicht zu, beließe man es dabei. Somit müssen darüber hinaus weitere Anhaltspunkte entwickelt werden. Dazu werden die bereits oben aufgeführten Kriterien aus Rechtsprechung und Literatur induktiv herangezogen. Diese werden – vor dem Hintergrund der durch die Markenstraftatbestände geschützten Rechtsgüter – zu den benötigten Indikatoren weiterentwickelt. Außerdem werden sie durch weitere – wiederum anhand der Schutzzwecke der markenstrafrechtlichen Normen zu entwickelnde – Indikatoren ergänzt. Daraus resultiert zusammen ein Katalog normativ relevanter Indikatoren für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht. Diese einzelnen Indikatoren können jeweils in unterschiedlichen Graden ausgeprägt sein und werden daher als graduierbar betrachtet.⁶⁷² Sie müssen sodann noch nach Sachzusammenhängen geordnet⁶⁷³, mit der für einzelfallgerechte Entscheidungen notwendigen Flexibilität gewichtet, zueinander in ein rechtsgutsorientiertes Verhältnis gesetzt und miteinander wech-

⁶⁶⁸ Allgemein zur subjektiven Zurechnung siehe oben (insb. Hpttl., 3. Tl., 1. Abschn., C.).

⁶⁶⁹ Siehe Hpttl., 3. Tl., 1. Abschn., C. m.w.N.

⁶⁷⁰ Vgl. *Hassemer*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 309.

⁶⁷¹ Vgl. dazu in partieller Hinsicht, vage und nicht ausdrücklich: *Schubmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 103.

⁶⁷² Vgl. *Philipps*, Roxin-Festschr., 365, 368.

⁶⁷³ Vgl. *Philipps*, Roxin-Festschr., 365, 367, der die Kriterien, welche er für sein multikriterielles Entscheidungsverfahren als für die jeweilige Sachfrage bedeutend erachtet, in eine Baumstruktur bringt, die sich abwärts vom Allgemeinen zum Speziellen hin verzweigt, ganz so wie dies auch in Kommentaren geschieht.

selseitig kompensatorisch verknüpft⁶⁷⁴ werden. Auf diese Weise kann im Ergebnis anhand der Erfüllungsgrade dieser äußeren Anhaltspunkte insgesamt ein Rückschluss auf die Täterpsyche und damit auch auf den Eventualvorsatz gezogen werden.

Die subjektive Zurechnung der einzelnen äußeren Tatbestandsmerkmale des Markenstrafrechts zur Täterpsyche ist allerdings auch von der Zugehörigkeit des Täters zu einer bestimmten Tätergruppe abhängig.⁶⁷⁵ Dabei sind im Markenstrafrecht nur drei Tätergruppen von Bedeutung: die Hersteller, die Transporteure und die gewerblichen Einkäufer (insb. Händler).⁶⁷⁶ Über diese drei relevanten Tätergruppen hinaus sind allenfalls noch diverse Berater auf jedweder Ebene des Wertschöpfungsprozesses als weitere im Markenstrafrecht aktive Tätergruppen denkbar. Diese stehen jedoch nicht im Kern der Markenpiraterie, da ihnen lediglich eine Hilfsfunktion zukommt. Sie sind daher im Markenstrafrecht nicht spezifisch relevant. Weiterhin würde sich aus der Untersuchung der Psyche von Angehörigen dieser weiteren Tätergruppen für die vorliegende Arbeit kein besonderer Erkenntnisgewinn ergeben. Denn angesichts der Beschränkung dieser Berater auf eine bloße Hilfsfunktion ist für die Beurteilung ihrer Psyche systematisch keine Aussage darüber möglich, inwieweit sie im Einzelfall in die markenverletzende Dimension ihres Handelns eingeweiht sind. Sie haben zudem regelmäßig allenfalls eine markenstrafrechtsrelevante Psyche, welche an ihren jeweiligen Auftraggeber angelehnt ist. Diese insoweit lediglich derivative Psyche interessiert jedoch mangels originärer Eigenständigkeit nicht weiter. Daher sind diese weiteren denkbaren Tätergruppen unwesentlich für die vorliegende Arbeit und werden deshalb in den folgenden Erörterungen ausgeblendet. Was die aufgezeigten drei spezifisch relevanten markenstrafrechtlichen Tätergruppen anbelangt, können einzelne Indikatoren oder Indikatorenausprägungen für die subjektive Zurechnung bei der einen Tätergruppe nutzbringend sein, während sie bei einer oder beiden der anderen im Markenstrafrecht bedeutsamen Tätergruppen versagen. So sind Indikatoren oder Indikatorenausprägungen denkbar, welche geeignet sind, bei einem die Piraterieprodukte herstellenden Markenrechtsverletzer auf einen Vorsatz bezüglich eines äußeren Straftatbestandsmerkmals hinzuweisen, welche aber gleichzeitig bei den anderen im Markenstrafrecht relevanten Tätergruppen der Transporteure und der

⁶⁷⁴ Vgl. *Philipp*, Roxin-Festschr., 365, 372 ff.

⁶⁷⁵ Bei der nachfolgenden täterbezogenen Betrachtung handelt es sich ausdrücklich nicht um eine Lehre vom normativen Tätertyp, wie sie der historische Gesetzgeber in die Tötungstatbestände der §§ 211, 212 StGB integrieren wollte; vgl. dazu *Fischer*, Einl., Rn. 4; *Lackner/Kühl*, Vor § 211, Rn. 19; *Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele*, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 4 f. m.w.N. Das Strafrecht im Allgemeinen wie auch das Markenstrafrecht im Speziellen knüpft nämlich nicht an einen bestimmten Tätertyp, sondern vielmehr an ein bestimmtes Verhalten an. Die hier erörterten Tätergruppen sind schlicht die für die vorliegende Arbeit relevanten. Daneben treten aber durchaus Markenstraftäter jenseits dieser Gruppen auf.

⁶⁷⁶ Vgl. dazu auch oben bei den kriminologischen Aspekten des strafrechtlichen Markenrechtsschutzes (Hpttl., 2. Tl., 3. Abschn., A. und B.).

gewerblichen Einkäufer eben diesen Fingerzeig nicht zu geben imstande sind, etwa weil den Angehörigen dieser Tätergruppen ein direkter physischer Berührungspunkt zu den betreffenden markenrechtsverletzenden Produkten fehlt. Für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht ist es daher erforderlich, das sie unterstützende Indikatorensystem für jede Straftatbestandsmerkmal-Tätergruppen-Kombination anzupassen.

2. Entwicklung des Indikatorenkatalogs

a) Für alle markenstrafrechtlichen Tatbestandsvarianten geltende Indikatoren

Angelpunkte für die Entwicklung des Indikatorenkatalogs für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht sind die von der markenstrafrechtlichen Rechtsprechung und Literatur für die subjektive Tatseite im Markenstrafrecht bereits verwendeten Kriterien. Dies sind zum einen diejenigen Kriterien, welche nach Rechtsprechung und Literatur für die Bejahung eines Vorsatzes maßgeblich sein sollen. Aber auch jene Anhaltspunkte, die (besondere) Sorgfalts- und Prüfungspflichten begründen sollen⁶⁷⁷, beziehen sich auf die Psyche eines jeden Teilnehmers am Rechtsverkehr und stellen somit potentielle Indikatoren für den Rückschluss auf sämtliche subjektiven Voraussetzungen dar. Sie sind daher für die Entwicklung des benötigten Indikatorenkatalogs ebenfalls brauchbar.

Das vordergründigste der allgemeinen, für alle Tatbestandsvarianten geltenden Merkmale ist das Straftatbestandsmerkmal der Markenbenutzung als Verletzungshandlung.⁶⁷⁸ Die Anforderungen an einen sich insoweit isoliert auf die Benutzung als solche beziehenden Vorsatz sind vergleichsweise gering. Gegenstand des Vorsatzes ist nämlich insoweit nur, dass der Täter eine Marke überhaupt benutzt. Ein allein darauf bezogener Vorsatz kann aber in keinem Fall in Frage gestellt werden, soweit die Benutzung selbst jedenfalls Handlungsqualität aufweist, also mit Handlungsbewusstsein und Handlungswille erfolgt⁶⁷⁹. Für die subjektive Zurechnung der Markenbenutzung zur Täterpsyche bedarf es somit als positiven Indikator lediglich der jeweiligen objektiven Handlung selbst. Dieser Indikator ist auch beobachtbar und über ihn hinaus bestehen auch keine weiteren relevanten Indikatoren für das zu erschließende diesbezügliche subjektive Unrecht. Er erfüllt folglich auch die Anforderungen, die abstrakt an Indikatoren gestellt werden⁶⁸⁰ und orien-

⁶⁷⁷ BGH GRUR 1987, 520, 522 – „Chanel No. 5 (I)“; BGH GRUR 1987, 524, 525 – „Chanel N° 5 (II)“; S. auch oben (Hpttl., 6. TL, 3. Abschn., A., III. sowie für die zivilrechtliche Fahrlässigkeit bereits Hpttl., 1. TL, 5. Abschn., A., II.).

⁶⁷⁸ Zu diesem Straftatbestandsmerkmal vgl. oben (Hpttl., 4. TL, 1. Abschn., B., I., 1.).

⁶⁷⁹ Zum Handlungsbegriff samt dessen subjektiven Voraussetzungen vgl. *Kühl*, AT, § 2, Rn. 1 ff.

⁶⁸⁰ *Hassemer*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 304. Vgl. auch oben bei der Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung (insb. Hpttl., 3. TL, 1. Abschn., C.). Zur nochmaligen Wiederholung: Die drei Anforderungen an die Indikatoren sind ihre Beobachtbarkeit, ihre Vollständigkeit und ihre Relevanz für das über sie zu erschließende subjektive Unrechtselement.

tiert sich angesichts seines unmittelbaren Bezugs zur betreffenden Marke freilich auch an der Gefährlichkeit für das tatbestandlich geschützte Rechtsgut⁶⁸¹.

Weiterhin gilt für alle Tatbestandsvarianten das Straftatbestandsmerkmal der Benutzung „im geschäftlichen Verkehr“.⁶⁸² Dieses beinhaltet – nach gängiger Definition – mit der Notwendigkeit, dass die wirtschaftliche Tätigkeit am Markt der Förderung eines eigenen oder fremden Geschäftszwecks zu dienen bestimmt sein muss⁶⁸³, bereits selbst ein subjektives Tatbestandsmerkmal. Diese Zweckbestimmung ist aber schon dann hinreichend indiziert, wenn die praktizierte wirtschaftliche Tätigkeit typischerweise auf das Ziel einer Geschäftszweckförderung gerichtet ist. Dafür reichen als äußere Anzeichen die übrigen das Merkmal „im geschäftlichen Verkehr“ ausmachenden objektiven Kriterien, also im Kern die markenrechtsrelevante Tätigkeit im kommerziellen Lebensbereich.⁶⁸⁴ Für die sich auf das Straftatbestandsmerkmal der Benutzung „im geschäftlichen Verkehr“ insgesamt beziehende Täterpsyche stellen die dieses Merkmal begründenden äußeren Umstände die einzig denkbaren Indikatoren dar. Im Unterschied zum vorangestellten Indikator für die subjektive Tatseite, welcher sich auf das Straftatbestandsmerkmal der Markenbenutzungshandlung bezieht, ist allerdings nicht die bloße Erfüllung des objektiven Straftatbestandsmerkmals „im geschäftlichen Verkehr“ bereits indikativ auch für die Anforderungen an dessen Pendant auf subjektiver Tatseite. Vielmehr spielt hier die Ausprägungsstärke des Indikators die entscheidende Rolle für den aus diesem zulässigerweise zu ziehenden Rückschluss auf die Täterpsyche.

Die weiteren für alle Tatbestandsvarianten geltenden Straftatbestandsmerkmale der Begehung durch einen „Dritten“ und der „Widerrechtlichkeit“⁶⁸⁵ betreffen beide den Aspekt der Nichtberechtigung des Täters zur Markenbenutzung und damit den Kern der Markenrechtsverletzung. Ob eine Trennung der sich auf diese einzelnen Merkmale beziehenden Täterpsyche überhaupt möglich wäre, kann dahinstehen, da eine solche Trennung jedenfalls sachlich nicht geboten ist.⁶⁸⁶ Die Indikatoren für die Täterpsyche, welche sich auf diese beiden Merkmale bezieht, können daher einheitlich entwickelt werden.

Abgesehen von später zu erörternden darauf bezogenen Irrtumsfällen ist freilich zuallererst jedwede mittelbare oder unmittelbare Kommunikation mit dem

⁶⁸¹ Hassemer, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 289, 307. Vgl. ebenfalls oben bei der Begriffsbildung der subjektiven Zurechnung (insb. Hpttl., 3. Tl., 1. Abschn., C.).

⁶⁸² Zu diesem Straftatbestandsmerkmal vgl. ebenfalls oben (Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., I., 3.).

⁶⁸³ Fezer, MarkenG, § 14, Rn. 23 f.

⁶⁸⁴ Vgl. Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., I., 3.

⁶⁸⁵ Zu diesen beiden Straftatbestandsmerkmalen vgl. ebenfalls oben (Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., I., 2. und 4.).

⁶⁸⁶ Damit kann im Übrigen auch einstweilig dahingestellt bleiben, ob die markenstrafrechtliche Widerrechtlichkeit überhaupt zum vom Vorsatz umfassenden Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 StGB gehört. Dazu aber unten (Hpttl., 7. Tl., 2. Abschn., B.).

Markenrechtsinhaber über dessen unstrittig entgegenstehendes Recht⁶⁸⁷ ein eindeutiger Hinweis auf einen vorhandenen Vorsatz bezüglich der Nichtberechtigung des Täters zur Markenbenutzung. Mahnt etwa der aus beider Sicht unstrittige Rechtsinhaber den Markenrechtsverletzer in der Sache ab, so handelt dieser jedenfalls bei den darauf folgenden Markenverletzungen insoweit mit Vorsatz.

Umgekehrt zeigen zwar Rückfragen des späteren Markenrechtsverletzers beim Markenrechtsinhaber, ob die von einem Dritten angebotene Lieferung aller Wahrscheinlichkeit nach aus echter Ware besteht bzw. die Zustimmung des Markenrechtsinhabers zum Vertrieb im Europäischen Wirtschaftsraum vorliegt, dass sich der Markenrechtsverletzer über möglicherweise seinem geplanten Verhalten entgegenstehende Markenrechte Gedanken gemacht hat. Bleiben diese Rückfragen allerdings unbeantwortet, so kann dieser Umstand den Markenrechtsverletzer durchaus in Sicherheit wiegen. Ein erfolgloser Versuch der Rückfrage beim Markenrechtsinhaber kann daher ein – freilich unselbstständiger – negativer Indikator für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht sein.⁶⁸⁸ Dabei muss allerdings zweierlei beachtet werden: Zum einen sind Markenrechtsinhaber nicht verpflichtet, derlei Auskünfte zu erteilen, und sie sind oft mit der in ihrem Interesse liegenden Beantwortung der teils großen Fülle von Anfragen schlicht überlastet.⁶⁸⁹ Zum anderen darf die negative Indikation dieses Umstandes nicht so weit führen, dass damit im Ergebnis eine Nachforschungspflicht eines jeden mit Markenprodukten umgehenden Teilnehmers am Rechtsverkehr begründet würde. Dies würde nämlich im Umkehrschluss bedeuten, dass sich ein bloßes Unterlassen eines derartigen Nachforschens für die Bejahung der Verwirklichung eines Markendelikts auswirken würde, ohne dass für ein solches „Unterlassungsdelikt“ eine Garantenpflicht begründbar ist. Dem Charakter eines Tätigkeitsdelikts würde dies allerdings ebenfalls widersprechen. Daher ist dieser negative Indikator nur gering bis im Einzelfall überhaupt nicht zu gewichten.

Folglich sind vergleichsweise weniger ernsthafte oder weniger erfolgsversprechende Bemühungen, eine Klärung der Herkunft der Ware und etwa entgegenstehender Markenrechte herbeizuführen, als noch geringer zu gewichtende negative Indikatoren für die subjektive Zurechnung zu qualifizieren. Während die Nutzung anderer Erkenntnisquellen, wie z.B. der Recherche in Katalogen, Registern oder dem Internet, zu diesem Zweck als immerhin sinnvoll einzustufen sind, sind Bezeugungen von Lieferanten, schriftliche Versicherungen unbekannter in- oder ausländischer Zwischenhändler oder – mit hoher Wahrscheinlichkeit im gleichen

⁶⁸⁷ Vertritt der Markennutzer demgegenüber mit zutreffender rechtlicher Begründung eine andere Auffassung, fehlt es bereits am objektiven Tatbestand einer Markenrechtsverletzung.

⁶⁸⁸ Vgl. *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 92. Zu spezifischen Vermeidemaßnahmen des Täters sowie weiterer Ansatzpunkte für die Kontraindikation des Vorsatzes vgl. auch *Frisch*, Meyer-Gedächtnisschr., 533, 556 ff.

⁶⁸⁹ Vgl. *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 92.

Maße wie die Ware selbst echt oder unecht – Ursprungszeugnisse bedingt bis gar nicht brauchbar.⁶⁹⁰

Einen weiteren positiven Indikator stellt eine etwa bestehende Bekanntheit der Marke im Markt- und Branchenumfeld der damit gekennzeichneten Produkte dar. Dieser Indikator lässt allerdings auch bei einer starken Ausprägung keinesfalls einen zwingenden Schluss auf einen Vorsatz des Täters bezüglich seiner Nichtberechtigung zur Markenbenutzung zu. Wenngleich ein solcher Vorsatz des in dem betreffenden Markt- und Branchenumfeld tätigen Markenrechtsverletzers nahe liegt, kann er im Einzelfall dennoch fehlen. Dies ist sogar bei einem hohen Bekanntheitsgrad der Marke denkbar, trifft aber insbesondere dann zu, wenn dieser nur mäßig ist oder der Markenrechtsverletzer in dem betreffenden Umfeld wenig Erfahrung hat, etwa weil er seine Tätigkeit erst begonnen hat. Der Indikator stellt somit lediglich einen unselbstständigen Anhaltspunkt für einen Vorsatz dar. Die beiden erwähnten Kriterien des Grades der Markenbekanntheit und der Erfahrung des Markenrechtsverletzers im betreffenden Markt- und Branchenumfeld bestimmen dabei das Gewicht dieses Indikators für die subjektive Zurechnung im konkreten markenstrafrechtlichen Fall.

Damit ist bereits kein weiterer Indikator mehr ersichtlich, welcher in den Indikatorenkatalog für einen Rückschluss auf die – deren Nichtberechtigung zur Markenbenutzung betreffende – Psyche von markenrechtsverletzenden Herstellern passt. Für markenrechtsverletzende Transporteure und gewerbliche Einkäufer können darüber hinaus noch zusätzliche Indikatoren herangezogen werden. Für Transporteure und gewerbliche Einkäufer gleichermaßen ist die Verpackung und das äußere Erscheinungsbild der erste unmittelbare Zugang zu der betreffenden Markenware. Sofern bereits Verpackung und äußeres Erscheinungsbild Anzeichen für Markenpiraterie bieten, etwa weil sie für die betreffende Marke ungewöhnlich sind, können dadurch Zweifel darüber ausgelöst werden, ob es sich um markenechte Ware handelt. Äußere Anzeichen für Markenpiraterie an Verpackung oder der Ware selbst stellen somit einen Indikator für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht dar.⁶⁹¹ Das Gewicht dieses Indikators ist abhängig nicht nur vom Grad der äußeren Anzeichen, sondern auch von der Intelligenz des Täters⁶⁹² und von dessen Erfahrung im betreffenden Markt- und Branchenumfeld.

Weiterhin vermag auch ein allgemein gegenwärtiges Bewusstsein der Ausdehnung der Markenpiraterie in der betreffenden Branche veranlassen, dass sich der Täter gedanklich mit der Frage nach der Markenechtheit der betreffenden Ware und somit mit der Gefahr für potentiell bestehende Markenrechte auseinandersetzt.⁶⁹³ Ein solches allgemeines Bewusstsein kann demnach ebenfalls – wiederum

⁶⁹⁰ Vgl. *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm*, Markenpiraterie, § 5, Rn. 90.

⁶⁹¹ Vgl. BGH GRUR 1987, 520, 521 – „Chanel No. 5 (I)“.

⁶⁹² Dazu und zu weiteren allgemeinen Indikatoren zur Feststellung des kognitiven und voluntativen Elements des Vorsatzes vgl. *Kühhl*, AT, § 5, Rn. 87 m.w.N.

⁶⁹³ Zu diesem Indikator in seiner allgemeinen Fassung vgl. *Kühhl*, AT, § 5, Rn. 87 m.w.N.

mit einer Gewichtung in Abhängigkeit von der Erfahrungheit und Intelligenz des Täters – als Indikator für die subjektive Zurechnung herangezogen werden.⁶⁹⁴

Objektive Anhaltspunkte für Zweifel an der Seriosität des jeweiligen Lieferanten sind ebenfalls dazu geeignet, dass sich der Täter auch über die Herkunft der Ware Gedanken macht. Sie können etwa daran gemessen werden, wie professionell und korrekt die nach außen sichtbaren betrieblichen Prozesse des jeweiligen Lieferanten und dessen Kommunikation mit dem Täter wirken. Sie stellen daher – wenn auch sehr mittelbare und höchst unselbstständige – Indikatoren für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht dar.⁶⁹⁵

Auch Fälle umstrittener Parallelimporte von außerhalb der EU und die damit potentiell verbundene Gefahr für Markenrechte rufen bei integeren Transporteurern und gewerblichen Einkäufern jedenfalls Gedanken über die Markenechtheit der betreffenden Ware auf. Liegt ein solcher Fall vor, so ist dies ein – wegen der mäßigen Sichtbarkeit und Überschaubarkeit der Situation⁶⁹⁶ allerdings nur gering zu gewichtender – Indikator für die subjektive Zurechnung.⁶⁹⁷

Demgegenüber stellt es per se keinen Indikator für die subjektive Zurechnung dar, wenn es im Einzelfall um eine große Menge an Piraterieware geht.⁶⁹⁸ Bei Herstellern können betriebswirtschaftliche Aspekte, insbesondere Skalen- und Spezialisierungseffekte, für die Menge der produzierten Ware ausschlaggebend sein. Das Kriterium der Menge ist daher bezüglich der Vorstellungen des herstellenden Markenrechtsverletzers über seine Nichtberechtigung zur Markenbenutzung nicht aussagekräftig. Bei den anderen beiden Tätergruppen sind erzielbare Skaleneffekte zwar reduziert und damit nicht derart entscheidend für die transportierte oder angekaufte Menge an Piraterieware. Aber auch bei diesen Tätergruppen kann die Menge nicht isoliert zusätzlichen Aufschluss über die subjektive Tatseite geben. Nur wenn die transportierte oder angekaufte Menge in der betreffenden Branche und insbesondere bei den betreffenden Markenprodukten weitaus unüblich ist, taugt dieses Kriterium als Indikator für die subjektive Zurechnung.

Ferner ist der Umstand, dass einer Transportperson für ihre Dienstleistung ein Preis bezahlt wird, welcher gemessen an den übrigen Umständen über dem Marktpreis liegt, dazu geeignet, bei dieser Überlegungen anzustoßen, ob mit der zu befördernden Ware auch alles in Ordnung ist. Somit stellt bei Transporteurern über die bereits erwähnten Indikatoren hinaus ein überhöhtes Frachttgelt einen weiteren unselbstständigen Indikator für einen Vorsatz dar.

⁶⁹⁴ Vgl. BGH GRUR 1987, 524, 525 – „Chanel N° 5 (II)“; *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 87 und 117; *Holler*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 152; *Schubmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 104.

⁶⁹⁵ Im Umkehrschluss zu BGH GRUR 1987, 520, 522 – „Chanel No. 5 (I)“.

⁶⁹⁶ Zu diesen beiden Kriterien als allgemeinen Indikatoren vgl. *Kühl*, AT, § 5, Rn. 87 m.w.N.

⁶⁹⁷ Vgl. *Holler*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie, § 5, Rn. 153.

⁶⁹⁸ Dagegen hält *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 48 pauschal, ohne Differenzierung nach Tätergruppen und freilich mit vollkommen anderer Terminologie die subjektive Zurechnung in den meisten Fällen für sehr nahe liegend, in denen es um große Mengen an Piraterieware geht.

Außerdem können ein sehr günstiger Preis und ein Angebot von Markenprodukten außerhalb der vom Hersteller organisierten Vertriebswege für gewerbliche Einkäufer Zweifel an der Markenrechtskonformität entstehen lassen. Diese beiden Kriterien eignen sich daher ebenfalls als Indikatoren für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht.⁶⁹⁹ Da diese beiden Kriterien auch als Indikatoren für die subjektive Zurechnung bezüglich einer Hehlerei (§ 259 StGB) in Frage kommen, können sie allerdings keineswegs selbstständig gehandhabt werden. Sie dürfen folglich immer nur im Zusammenhang mit anderen Indikatoren für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht herangezogen werden.

Diese Kriterien indizieren en bloc die subjektive Tatseite der Straftatbestandsmerkmale der Begehung durch einen „Dritten“ und der „Widerrechtlichkeit“. Sie stellen damit gleichzeitig die wesentlichen Kriterien der subjektiven Zurechnung im Markenstrafrecht dar, mithin die wesentlichen Indikatoren hierfür. Denn die beiden Straftatbestandsmerkmale der Begehung durch einen „Dritten“ und der „Widerrechtlichkeit“ betreffen allesamt den Aspekt der Nichtberechtigung des Täters zur Markenbenutzung und demzufolge den Kern der Markenrechtsverletzung. Somit stehen die Indikatoren für den Rückschluss auf die subjektive Tatseite dieser beiden Straftatbestandsmerkmale im Kern der vorliegenden Betrachtung. Ihr Gewicht im Verhältnis zueinander ist eine Frage der an späterer Stelle erörterten Systematisierung des gesamten Indikatorenkatalogs für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht.

b) Für einzelne markenstrafrechtliche Tatbestandsvarianten zusätzlich geltende Indikatoren

Über die zuvor dargestellten positiven wie auch negativen Indikatoren hinaus, welche zur Indikation wie auch zur Gegenindikation der subjektiven Tatseite für alle markenstrafrechtlichen Tatbestandsvarianten gleichermaßen gelten, bedarf es zusätzlicher spezieller Indikatoren für die subjektive Tatseite der einzelnen Tatbestandsvarianten. Die Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fordert eine Doppelidentität.⁷⁰⁰ Sofern diese hohe objektive Anforderung bejaht werden kann, stellt sie sogleich für sich genommen einen nicht mehr zu steigernden Indikator für den Rückschluss auf die diesbezügliche Täterpsyche dar.⁷⁰¹ Zusammen mit den allgemeinen markenstrafrechtlichen Indikatoren

⁶⁹⁹ Vgl. BGH GRUR 1987, 520, 522 – „Chanel No. 5 (I)“; BGH GRUR 1987, 524, 525 – „Chanel N° 5 (II)“. Vgl. auch *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm, Markenpiraterie*, § 5, Rn. 87 und 117; *Holler*, in: *Harte-Bavendamm, Markenpiraterie*, § 5, Rn. 152 f. Vgl. auch oben (Hpttl., 6. Tl., 3. Abschn., A., III.). Gegen den zwingenden Charakter dieser Kriterien: *Schubmacher, Marken(artikel)piraterie*, S. 103 f.

⁷⁰⁰ Vgl. oben bei der Darstellung der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen (Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., II., 1.).

⁷⁰¹ Auch *Schubmacher, Marken(artikel)piraterie*, S. 103 stellt für den Schadensersatzanspruch gem. § 14 Abs. 6 MarkenG fest, dass in Fällen der identischen oder nahezu identischen Nachahmung von Marken meist ein Vorsatz vorliegt.

indiziert dies die subjektive Tatseite der Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG hinreichend. Es bedarf daher keiner weiteren Indikatoren für die subjektive Tatseite dieser Tatbestandsvariante.

Die Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG fordert eine geringere Nähe des Tatbestands zur geschützten Marke und der von dieser erfassten Produkte als die Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Zum die Gleichwertigkeit der beiden Tatbestandsvarianten herstellenden Ausgleich dafür verlangt sie auf objektiver Tatseite eine Verwechslungsgefahr⁷⁰², welche durch das Zusammenspiel verschiedener Umstände begründet wird. Dabei spielen etwa der Bekanntheitsgrad der Marke am Markt, die gedankliche Verbindung, welche die benutzte Marke zu ihr hervorrufen kann, und der Grad der Ähnlichkeit der Marke sowie der mit ihr gekennzeichneten Produkte⁷⁰³ eine Rolle. Die subjektive Tatseite muss damit spiegelbildlich die sich auf diese Umstände beziehende Täterpsyche mit umfassen. Neben und in spezieller Ergänzung zu den bereits benannten allgemeinen markenstrafrechtlichen Indikatoren fungieren diese Umstände selbst als hinreichende Indikatoren für die subjektive Zurechnung. Für die subjektive Tatseite der Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bedarf es daher keiner weiteren als den bereits aufgeführten positiven wie auch negativen Indikatoren.

Für die mittelbaren Markenverletzungen der Tatbestandsvarianten des § 143 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG bedarf es der Gefahr, dass nach § 14 Abs. 2 MarkenG markenrechtsverletzende Verwendungshandlungen folgen werden, also die betreffenden Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel zur nach § 14 Abs. 2 MarkenG markenrechtsverletzenden Verbindung zu oder mit einem bestimmten Produkt verwendet werden. Für die sich darauf beziehende Täterpsyche⁷⁰⁴, also für den erforderlichen Gefährdungsvorsatz, stellen die gefahr begründenden Umstände zugleich die Indikatoren für die subjektive Zurechnung dar.

c) Indikatoren für die in einzelnen markenstrafrechtlichen Tatbestandsvarianten geforderten besonderen Absichten

aa) Markenstrafrechtliche Tatbestandsvarianten mit besonderen Absichten

In der Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG wird gefordert, dass die Benutzung des betreffenden Zeichens die auf der Inlandsbekanntheit der geschützten Marke beruhende Unterscheidungskraft oder Wertschätzung ohne rechtfertigenden Grund unlauter ausnutzt oder beeinträchtigt.

⁷⁰² Zum Begriff der Verwechslungsgefahr s.o. (Fn. 147 und Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., II., 2.).

⁷⁰³ Fezer, MarkenG, § 14, Rn. 252 ff.

⁷⁰⁴ Zum Unterschied der subjektiven Voraussetzungen einerseits des Schadensersatzanspruchs gem. § 14 Abs. 6 MarkenG und andererseits des Straftatbestands s. oben (Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., III., 1.).

tigt (§ 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG). Auf subjektiver Tatseite wird bezüglich dieser Ausnutzung oder Beeinträchtigung explizit eine Absicht des Täters gefordert (§ 143 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG).

In §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. b, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG bedarf es ausdrücklich der Absicht des Täters der mittelbaren Markenrechtsverletzung, dem die betreffenden Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel verwendenden Dritten die Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder Wertschätzung der betreffenden bekannten Marke zu ermöglichen. Im Gegensatz zu §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG richtet sich diese Ermöglichungsabsicht jedoch nicht auf ein im objektiven Tatbestand gefordertes Merkmal. Die tatsächliche Ermöglichung ist also – anders als die tatsächliche Ausnutzung oder Beeinträchtigung in §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG – keine Tatbestandsvoraussetzung von §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. b, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG. Es handelt sich somit bei §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. b, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG um ein Delikt mit überschießender Innentendenz, welches eine Zweckgerichtetheit ausdrückt.

In §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 2. Alt., 14 Abs. 4 Nr. 2 3. Var. MarkenG ist – ausschließlich mittels des Verweises auf § 14 Abs. 4 Nr. 2 3. Var. MarkenG („zu den genannten Zwecken zu besitzen“) – eine Zweckgerichtetheit des Besitzes gefordert.⁷⁰⁵ Eine Zweckgerichtetheit bedeutet nichts anderes als eine besondere Absicht. Wie in §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. b, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG, bezieht sich auch diese Absicht nicht auf ein objektiv gefordertes Tatbestandsmerkmal. Es handelt sich somit auch hier um ein Delikt mit insoweit überschießender Innentendenz. Diese Gemeinsamkeit von §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 2. Alt., 14 Abs. 4 Nr. 2 3. Var. MarkenG und §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. b, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG rührt von deren Charakter als mittelbare Markenverletzungen her, bei der eben noch keine unmittelbare Verletzungshandlung gem. § 14 Abs. 2 MarkenG gegeben ist, sondern nur eine dahin gehende Gefahr besteht. Folglich kann es in §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. b, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG jedenfalls nicht erst um das Ergreifen einer tatsächlichen Ermöglichung gehen. Der Tatbestand zieht vielmehr den Zeitpunkt der Vollendung des Delikts sogar noch weiter nach vorne, und zwar noch vor die tatsächliche Möglichkeit des Dritten zur unmittelbaren Verletzungshandlung gem. § 14 Abs. 2 MarkenG. Im Fall der Zweckgerichtetheit des Besitzes in §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 2. Alt., 14 Abs. 4 Nr. 2 3. Var. MarkenG erklärt sich das tatbestandliche Vorziehen der Vollendung des Delikts von selbst. Die tatbestandliche Vorverlagerung kommt bei beiden Varianten auch durch den konjunktivischen Sprachgebrauch („Dritten die Benutzung des Zeichens ... untersagt wäre“) in § 143 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG sowie in § 14 Abs. 4 MarkenG zum Ausdruck. Die in beiden Varianten jeweils geforderte Absicht soll nunmehr die durch dieses Vorziehen

⁷⁰⁵ Vgl. dazu Hpttl., 1. Tl., 5. Abschn., A., I.

der Vollendung des Delikts gegenüber den anderen Markenrechtsdelikten bewirkte Ausweitung des Tatbestands wieder eingrenzend ausgleichen.

Damit wird in diesen drei Fällen jeweils ein weiteres, über das allgemeine Vorsatzerfordernis hinausgehendes subjektives Tatbestandsmerkmal gefordert. Zwar ist die Feststellung dieser besonderen Absichten strafrechtsdogmatisch unproblematisch. Zudem ist die Entwicklung von Indikatoren für diese besonderen Absichten auch für die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit im Speziellen auf ersten Blick nicht bedeutsam. Allerdings kann der forensische Beweis dieser besonderen Absichten in Grenzfällen Probleme bereiten und ferner kann sich eine Entwicklung von diesbezüglichen Indikatoren für das allgemeine und damit von der Spezialfrage der Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit abgehobene Indikatorensystem der subjektiven Zurechnung im Markenstrafrecht insgesamt als fruchtbar herausstellen.

bb) Qualität dieser markenstrafrechtlichen Absichten

Die Entwicklung von maßgeblichen Indikatoren für einen Rückschluss auf diese besonderen markenstrafrechtlichen Absichten hängt in erster Linie von deren Qualität ab. Denn für unterschiedliche Absichtsausprägungen kommen auch möglicherweise unterschiedliche Indikatoren in Betracht. Der Begriff der Absicht, welcher auch Ausdrucksweisen wie „um zu“, „zu dem Zweck“, „zur“ usw. erfasst, wird nämlich in verschiedenen Straftatbeständen des Besonderen Teils uneinheitlich verwendet.⁷⁰⁶ In Anlehnung an die Handhabung bei anderen Straftatbeständen kommt daher für den Absichtsbegriff in den betreffenden markenstrafrechtlichen Tatbestandsvarianten entweder eine Absicht i.e.S., also ein *dolus directus* ersten Grades, oder ein auch den *dolus directus* zweiten Grades umfassendes Begriffsverständnis in Betracht⁷⁰⁷, während eine Einbeziehung sogar des *dolus eventualis* demgegenüber jedenfalls gegen den *nullum-crimen*-Grundsatz verstoßen würde⁷⁰⁸.

⁷⁰⁶ Vgl. *Lenckner*, NJW 1967, 1890, 1891. So bedarf es z.B. für die Absicht in § 164 StGB und in § 257 StGB lediglich mindestens einer sicheren Wissentlichkeit (*dolus directus* zweiten Grades); BGHSt 13, 219, 221 f.; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1996, 198, 198; Schönke/Schröder/Lenckner/Bosch, § 164, Rn. 32; SK/StGB/Rudolphi/Rogall, § 164, Rn. 42; SK/StGB/Hoyer, § 257, Rn. 28. Demgegenüber bedarf es z.B. für die Absicht in § 242 StGB einer Absicht i.e.S. (*dolus directus* ersten Grades); Schönke/Schröder/Eser/Bosch, § 242, Rn. 60; SK/StGB/Hoyer, § 242, Rn. 106.

⁷⁰⁷ Z.B. *Fezer*, MarkenG, § 143, Rn. 26 drückt sich unklar aus, ob oder inwiefern der markenstrafrechtliche Absichtsbegriff seines Erachtens auch den *dolus directus* zweiten Grades umfassen soll.

⁷⁰⁸ *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 14 m.w.N. Vgl. auch *Frisch*, JuS 1990, 362, 370; SK/StGB/Hoyer, § 257, Rn. 28. Anders jedoch *Herzberg*, JZ 1989, 470, 480 f.; *ders.*, ZStW 88 (1976), 68, 95; NK-StGB-Puppe, § 15, Rn. 108 ff.; *Schünemann*, JR 1989, 89, 94 f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT I, § 8, Rn. 133 ff.

Für die Bestimmung der Qualität der Absicht in einem Absichtsdelikt werden verschiedene verallgemeinernde Unterscheidungskriterien diskutiert.⁷⁰⁹ Eine Differenzierungsmöglichkeit ist es, einen *dolus directus* ersten Grades zu fordern, wenn die Absicht den jeweiligen Deliktstyp konstituiert, und anderenfalls lediglich den bedingten Vorsatz als unzulänglich auszuschließen. Danach soll z.B. die Bereicherungsabsicht den Deliktstypus des Betruges (§ 263 StGB) und die Zueignungsabsicht denjenigen des Diebstahls (§ 242 StGB) konstituieren, diese Deliktstypen also dadurch mehr voraussetzen als eine bewusste und selbst absichtliche Fremdschädigung. Demgegenüber ändere z.B. die Absicht der Vorteilssicherung in § 257 StGB den Deliktstyp nicht. Dieser sei vielmehr bereits durch die tatbestandsmäßige Rechtsgüterverletzung gekennzeichnet. Durch die geforderte Absicht soll lediglich ein Eventualvorsatz im Hinblick auf den Erfolg als unzulänglich ausgeschlossen werden.⁷¹⁰ Eine Absicht konstituiert nur dann den markenstrafrechtlichen Deliktstyp, wenn es bei den betreffenden Markendelikten typischerweise auf sie ankommt. Wie bereits die Tatbestandsvarianten zeigen, welche keine besondere Absicht fordern, kommt es bei Markendelikten im Allgemeinen jedenfalls typischerweise nicht auf eine besondere Absicht an. In der Tatbestandsvariante nach §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG bezieht sich die geforderte Absicht ausschließlich auf die bereits objektiv geforderten Merkmale der Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Marke. Diese Absicht stellt zwar ein über das allgemeine Vorsatzerfordernis hinausgehendes subjektives Tatbestandsmerkmal dar, soll allerdings lediglich die geringeren Anforderungen dieser Tatbestandsvariante an die Nähe des Schutzbereichs von der Marke und der von dieser erfassten Produkte ausgleichen⁷¹¹ und nicht etwa zusätzliche Anforderungen an die Motivation des Täters stellen. Die Tatbestandsvariante erfährt dadurch keine andere Prägung. Die Absicht ist folglich nicht konstituierend für den Typus der Tatbestandsvariante nach §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG.⁷¹² Nach dieser ersten Differenzierungsmöglichkeit für die Bestimmung der Qualität einer Absicht reicht daher ein *dolus directus* zweiten Grades zur Erfüllung der geforderten Absicht. Die in der Tatbestandsvariante nach §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. b, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG geforderte Ermöglichungsabsicht stellt zwar ein zusätzliches subjektives Tatbestandsmerkmal dar und geht sogar über die Pendants auf der objektiven Tatseite hinaus. Dies erklärt sich aber aus der in dieser Tatbestandsvariante angestrebten vorgezogenen Vollendung des Delikts, bei der es auf eine Verwirklichung der Ermöglichung eben nicht ankommt. Die geforderte Ermöglichungsab-

⁷⁰⁹ Vgl. dazu *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 16 m.w.N.

⁷¹⁰ *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 13 f.

⁷¹¹ Vgl. dazu o. (Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., II., 3.). Vgl. dort auch mitsamt Kritik, dass nach dem Gesetzgeber das Erfordernis der Absicht in der Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG lediglich den Straftatbestand bestimmter fassen soll.

⁷¹² So in vager Formulierung i. E. auch *Schweke*, Markenpiraterie, S. 100.

sicht soll nur dieses Vorziehen ausgleichen⁷¹³, nicht aber auch der Tatbestandsvariante eine andere Prägung geben. Auch hierfür reicht demnach ein *dolus directus* zweiten Grades.⁷¹⁴ In gleicher Weise soll in §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 2. Alt., 14 Abs. 4 Nr. 2 3. Var. MarkenG durch die Zweckgerichtetheit des Besitzes nur die tatbestandliche Vorverlagerung ausgeglichen werden. Diese Tatbestandsvariante ist daher ebenfalls bereits durch einen diesbezüglichen *dolus directus* zweiten Grades erfüllt.

Die zweite der beiden nennenswerten Differenzierungsmöglichkeiten für die Bestimmung der Qualität einer Absicht knüpft unmittelbarer und konkreter an den – für das Strafrecht wesentlichen⁷¹⁵ – Aspekt des Rechtsgüterschutzes an, indem sie einen *dolus directus* ersten Grades fordert, wenn das Absichtsmerkmal des jeweiligen Straftatbestandes den Schutz des Rechtsgutes durch das Erfordernis einer bestimmten Tätermotivation einschränken soll, und einen *dolus directus* zweiten Grades genügen lässt, wenn das Absichtsmerkmal lediglich ermöglichen soll, den Schutz des Rechtsgutes durch Vorverlegung der Vollendung zu verstärken. So haben z.B. die zur Eigentums- und Gewahrsamsverletzung in § 242 StGB hinzutretende Zueignungsabsicht oder die zur Vermögensschädigung in § 263 StGB hinzutretende Bereicherungsabsicht danach den Zweck, den Rechtsgüterschutz einzuschränken, da eben nicht bereits eine bewusste oder gar absichtliche Fremdschädigung für einen Diebstahl oder Betrug reichen, sondern der strafrechtliche Schutz des Eigentums beim Diebstahl respektive des Vermögens beim Betrug nur für den Fall gewährt werden soll, in dem der Täter einen eigenen oder fremden materiellen Nutzen daraus anstrebt. Der Strafgrund des § 242 StGB und des § 263 StGB liegt somit nicht nur in der eigentlichen Rechtsgutsverletzung, sondern auch in der bestimmten Tätermotivation dazu. Demgegenüber hat die Absicht in Delikten wie z.B. § 267 StGB, welche die Vollendung vorverlegen, lediglich die endgültige Rechtsgutsverletzung zum Gegenstand, die für die Erfüllung des objektiven Tatbestands nicht erforderlich ist. Sie beschränkt sich somit darauf, die Richtung anzugeben, in welche die das geschützte Rechtsgut noch nicht verletzende Handlung führen muss, um tatbestandsmäßig zu sein. Die Absicht ist erforderlich, um in einem derart frühen Stadium mit einer noch weiten Distanz zu einer etwaigen Rechtsgutsverletzung überhaupt eine – entsprechend stark in das Grundrecht gem. Art. 2 Abs. 1 GG eingreifende – Strafbarkeit verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Insgesamt ist sie also das gesetzestechnische Mittel, um eine tatbestandliche Vorverlegung und damit Verstärkung des Schutzes

⁷¹³ Vgl. dazu o. (Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., III., 1.). Vgl. dort auch mitsamt Kritik, dass nach dem Gesetzgeber das Erfordernis der Absicht in der Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. b, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG ebenfalls lediglich den Straftatbestand bestimmter fassen soll.

⁷¹⁴ So i. E. auch *Schwek*, Markenpiraterie, S. 109, allerdings durch fehlerhaft begründete Gleichstellung mit der Absicht in § 143 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

⁷¹⁵ Vgl. dazu o. (Hpttl., 2. Tl., 4. Abschn., A.) m.w.N.

des Rechtsgutes vornehmen zu können. Auf die innere Einstellung des Täters i.S.e. bestimmten Tätermotivation kommt es dabei aber nicht an.⁷¹⁶

Nach dieser zweiten Differenzierungsmöglichkeit für die Bestimmung der Qualität einer Absicht sind die in §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 2. Alt., 14 Abs. 4 Nr. 2 3. Var. MarkenG geforderte Zweckgerichtetheit und die in §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. b, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG geforderte Ermöglichungsabsicht leicht einzuordnen als notwendige Bedingungen für die tatbestandliche Vorverlegung des Rechtsgüterschutzes dieser Deliktsvarianten. Für deren Erfüllung reicht demnach ein *dolus directus* zweiten Grades. Die dieser Differenzierungsmöglichkeit folgende Einordnung der Ausnutzungs- oder Beeinträchtigungsabsicht in §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG ist dagegen schwieriger. Bei dieser Variante muss die im Inland bekannte Marke durch tatsächliche Ausnutzung oder Beeinträchtigung deren Unterscheidungskraft oder Wertschätzung unmittelbar verletzt sein. Es handelt sich somit nicht um eine tatbestandliche Vorverlegung. Ob aber andererseits für die Verwirklichung dieser Tatbestandsvariante eine bestimmte Tätermotivation erforderlich sein soll, kann bezweifelt werden. So macht es für den nach dieser Differenzierungsmöglichkeit maßgeblichen Rechtsgüterschutz⁷¹⁷ keinen Unterschied, ob der Täter die tatsächliche Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Marke auch noch beabsichtigt oder eben sich nur dessen bewusst ist. Die Motivation müsste also demgegenüber anderer Gestalt sein. In Anlehnung an die in § 242 StGB und § 263 StGB geforderte Motivation eigenen oder fremden Nutzens könnte in §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG gefordert sein, dass der Täter über die Beschädigung der Marke hinaus auch einen eigenen oder fremden Vorteil anstrebt. Allerdings ist die sprachliche Interpretation eines „Beeinträchtigen“ als etwas neben der Fremdschädlichkeit auch Eigen- oder Fremdnützigem ausgeschlossen. Demgegenüber lässt ein „Ausnutzen“ grammatisch durchaus auch einen angestrebten Eigen- oder Fremdnutzen zu.⁷¹⁸ Für eine durch das Erfordernis einer derartigen Ausnutzungsabsicht in §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG erreichbare Einschränkung des strafrechtlichen Markenrechtsschutzes spricht, dass es sich bei dieser Tatbestandsvariante lediglich um den Bekanntheitsschutz von Marken handelt, bei der nur sehr geringe Anforderungen an die Nähe des Schutzbereichs von der Marke und der von dieser erfassten Produkte bestehen. Es könnte demnach sein, dass der markenstrafrechtliche Rechtsgüterschutz jedenfalls insoweit eingeschränkt werden soll. Dagegen spricht aber, dass diese geringen Anforderungen an die Nähe des Schutzbereichs bereits auf Ebene

⁷¹⁶ *Lenckner*, NJW 1967, 1890, 1894 f.

⁷¹⁷ Die Markendelikte schützen in erster Linie das Individualrechtsgut des Markenrechts selbst vor jedweder Verletzung. Darüber hinaus schützen sie auch den Innovations- und Qualitätswettbewerb und den Verbraucherschutz. Zum markenstrafrechtlichen Rechtsgüterschutz s.o. (Hpttl., 2. Tl., 4. Abschn.).

⁷¹⁸ So wird z.B. auch in *Fezzer*, MarkenG, § 14, Rn. 798 u. 800 bezüglich der tatbestandlichen Alternative des Ausnutzens ausdrücklich von der kommerziellen Verwertung des guten Rufs einer bekannten Marke zum eigenen Nutzen geschrieben.

des objektiven Tatbestandes durch die hohe zusätzliche Voraussetzung einer tatsächlichen Ausnutzung oder Beeinträchtigung der auf der Inlandsbekanntheit der geschützten Marke beruhenden Unterscheidungskraft oder Wertschätzung einschränkend ausgeglichen werden. Es bedarf daher nicht mehr als das sichere Wissen des Täters über die tatsächliche Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Marke, um eine für die Strafbarkeit hinreichende Verbindung seiner Psyche mit dem objektiven Geschehen herzustellen. Ferner spricht gegen eine solche Einschränkung des markenstrafrechtlichen Rechtsgüterschutzes, dass diese nur hinsichtlich des Ausnutzens möglich wäre, aber bei der tatbestandlichen Alternative des Beeinträchtigens – wie zuvor gezeigt – bereits aus sich im gedanklichen Vorfeld ergebenden sprachlichen Gründen nicht gefordert werden kann. Eine derartig unterschiedliche Handhabung zweier gleichrangiger Alternativen eines Tatbestandes ist aber nicht möglich. Für die Verwirklichung dieser Tatbestandsalternative ist also auch keine den Rechtsgüterschutz einschränkende bestimmte Tätermotivation erforderlich. Demnach reicht auch nach dieser zweiten Differenzierungsmöglichkeit ein *dolus directus* zweiten Grades, um die Ausnutzungs- oder Beeinträchtigungsabsicht in §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG zu erfüllen.

Für sämtliche markenstrafrechtliche Absichten bedarf es folglich nach den beiden aufgezeigten Differenzierungsmöglichkeiten keines *dolus directus* ersten Grades. Vielmehr genügt auch ein *dolus directus* zweiten Grades, also ein sicheres Wissen bezüglich des jeweiligen Absichtsgegenstandes. Die geforderten Absichten dienen somit lediglich dem Ausschluss eines bloßen Eventualvorsatzes in Bezug auf die angeführten Absichtsgegenstände. Sie haben also nur die Funktion, sämtliches Handeln von der Bestrafung ausnehmen, welches im Hinblick auf die jeweiligen Absichtsgegenstände lediglich bewusst riskant ist.

c) Indikatoren für diese markenstrafrechtlichen Absichten

Die markenstrafrechtlichen Absichten fordern – wie gezeigt – entweder einen *dolus directus* ersten Grades in Bezug auf den Absichtsgegenstand oder lediglich das Bewusstsein des Täters, dass sein Handeln den jeweiligen Absichtsgegenstand zum Ergebnis hat. Der Täter muss also in §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG entweder die Ausnutzung oder Beeinträchtigung der auf der Bekanntheit der geschützten Marke beruhenden Unterscheidungskraft oder Wertschätzung anstreben oder sich darüber bewusst sein, dass die Benutzung des betreffenden Zeichens tatsächlich diese Unterscheidungskraft oder Wertschätzung ausnutzt oder beeinträchtigt. Einem solchen Anstreben oder einem solchen Bewusstsein liegt gleichermaßen das Bewusstsein über die Bekanntheit der Marke zugrunde. Dafür sind insbesondere die eine Bekanntheit der Marke ausmachenden Umstände und Beurteilungskriterien⁷¹⁹ entscheidend. Dazu gehören die Produktart, die

⁷¹⁹ Zum Begriff der Bekanntheit der Marke, den diesbezüglichen Abgrenzungen, dessen Qualität, quantitativer sowie qualitativer Elemente und maßgeblichen Zeitpunkt s. *Feszer*, MarkenG, § 14, Rn. 756 ff. m.w.N.

relevanten Verkehrskreise, das Alter der Marke, der Zeitraum ihrer Benutzung, die Intensität der Werbung, der Marktanteil und Produktumsatz, das geographische Verbreitungsgebiet und Distributionssystem, die Existenz identischer oder ähnlicher Marken auf dem Markt, die allgemeine Kommunikation über die Marke und das Produkt in der Bevölkerung und die Einprägsamkeit des Markendesigns.⁷²⁰ Diese Umstände und Beurteilungskriterien konstituieren nämlich nicht nur den Begriff der Markenbekanntheit, sondern sind auch die einzig in Frage kommenden äußeren Anzeichen für ein Bewusstsein über die Bekanntheit der Marke. Über die bereits zuvor angeführten Indikatoren für die subjektive Zurechnung hinaus stellen diese Umstände und Beurteilungskriterien somit die grundlegenden Indikatoren für das in §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG geforderte Anstreben oder Bewusstsein dar. Ein Bewusstsein der Ausnutzung oder Beeinträchtigung ergibt sich sodann aus der Kombination dieser Indikatoren mit den zuvor angeführten Indikatoren. Ist sich ein Täter über die Bekanntheit der Marke bewusst und verletzt diese vorsätzlich im geschäftlichen Verkehr⁷²¹, so liegt es ohne weiteres überaus nahe, dass er sich auch – je nach Konstellation – über deren durch seine Verhaltensweise erfolgende tatsächliche Ausnutzung oder Beeinträchtigung bewusst ist. Auch ein Anstreben der Ausnutzung oder Beeinträchtigung wird durch eine Kombination dazu geeigneter Indikatoren indiziert. So kann ebenfalls unter dem Gesichtspunkt einer vorsätzlichen Verletzung im geschäftlichen Verkehr bei einem sich über die Bekanntheit der betreffenden Marke bewussten Täter sogar ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass er deren Ausnutzung oder Beeinträchtigung auch anstrebt.

In §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 lit. b, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG muss der Täter anstreben oder sich darüber bewusst sein, dass seine mittelbare Markenrechtsverletzung dem die tatgegenständlichen Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel verwendenden Dritten die Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder Wertschätzung der betreffenden bekannten Marke ermöglichen wird. Für einen Rückschluss auf dieses Anstreben oder Bewusstsein bedarf es der gerade benannten Indikatoren für das Bewusstsein über die Bekanntheit der Marke sowie weiterer Indikatoren, die einen Rückschluss auf das Anstreben oder Bewusstsein hinsichtlich der Ermöglichung zulassen. Sofern der Täter nicht äußerlich sichtbare Maßnahmen ergreift, welche die ausnutzende oder beeinträchtigende Verwendung der tatgegenständlichen Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel zu verhindern geeignet sind, ist die Ermöglichung der Ausnutzung oder Beeinträchtigung der bekannten Marke derart offenkundig, dass sie dem Täter jedenfalls als bewusst unterstellt werden kann. Ein etwai-

⁷²⁰ Fezer, MarkenG, § 14, Rn. 759-775.

⁷²¹ Zum Merkmal „im geschäftlichen Verkehr“ s. Fezer, MarkenG, § 14, Rn. 23 ff.; Ingerl/Rohmke, MarkenG, § 14, Rn. 66 ff. Dieses Merkmal beinhaltet bereits den – hier interessierenden – Aspekt, dass das Handeln der Förderung des eigenen oder fremden Geschäftszwecks zu dienen bestimmt sein muss. Zu dessen Indikation vgl. o. (Hpttl., 6. Tl., 3. Abschn., B., I., 2., a)).

ges Ergreifen einer derartigen Maßnahme muss demgegenüber als Kontraindikator herangezogen werden.⁷²² Das ist allerdings in den Varianten des Anbietens und des Inverkehrbringens von vornherein nicht denkbar, in den weiteren Varianten praktisch höchst unwahrscheinlich. Die potentiell kontraindikative Wirkung ist somit vernachlässigbar. Für den Rückschluss darauf, dass der Täter eine Ermöglichung sogar anstrebt, bedarf es zudem eines Anknüpfens an die äußeren Umstände, die das Merkmal „im geschäftlichen Verkehr“ ausmachen. In Kombination mit diesen Umständen kann freilich auch ein Bewusstsein des Täters über eine durch sein Tun bewirkte künftige Ermöglichung mit höchster Wahrscheinlichkeit angenommen werden.

In §§ 143 Abs. 1 Nr. 3 2. Alt., 14 Abs. 4 Nr. 2 3. Var. MarkenG muss der Täter zum Zeitpunkt seines bloßen Besitzes der tatgegenständlichen Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel anstreben oder sich darüber bewusst sein, dass er diese anbieten oder in den Verkehr bringen wird. Als negativer Indikator, der dafür spricht, dass der Täter keine derartige psychische Beziehung zu seinem Tun hat, kann hier durchaus eine vom Täter ergriffene Maßnahme herangezogen werden, die nachhaltig durch ihn beherrscht werden kann und äußerlich sichtbar macht, dass ein Anbieten oder Inverkehrbringen für ihn nicht in Betracht kommt. Wenn auch eine solche Maßnahme bei ansonsten sämtlich zu bejahenden Straftatbestandsmerkmalen, insbesondere dem des Handelns im geschäftlichen Verkehr, sehr unwahrscheinlich ist, ist sie zumindest denkbar. Ein solcher Fall läge z.B. vor, wenn der Täter die tatgegenständlichen Aufmachungen in seinem zum Geschäftsbetrieb gehörenden Lager nicht etwa bloß aufbewahrt, sondern diese zur künstlerischen Dekoration an die Wände tapeziert. Damit würde er – nach außen sichtbar – sicherstellen, dass er diese nicht nur nicht anbieten oder in den Verkehr bringen wird, sondern er würde darüber hinaus sogar Dritten ein Verwenden dieser Aufmachungen unmöglich machen. Als positive Indikatoren für ein Anstreben oder Bewusstsein des Täters darüber, dass er die Tatgegenstände anbieten oder in den Verkehr bringen wird, können nur die Umstände des Besitzes herangezogen werden. So lässt etwa eine große Menge an tatgegenständlichen Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmitteln einen Rückschluss darauf zu, dass ein späteres Anbieten oder Inverkehrbringen höchst wahrscheinlich bewusst oder gar angestrebt ist. Den gleichen Rückschluss lässt auch die Aufbewahrung dieser Tatgegenstände in einem Lager zu, das einem Verkaufsbetrieb zuzuordnen ist. Als Indikatoren sind demnach die Menge und der Lagerort der Tatgegenstände geeignet. Weitere passende Indikatoren sind hingegen nicht mehr ersichtlich.

⁷²² Allgemein zu spezifischen – dem Risiko der Handlung entgegensteuernden – Vermeidemaßnahmen des Täters sowie weiteren Anhaltspunkten, welche für ein Vertrauen des Täters auf einen guten Ausgang sprechen, mithin der Vorsatzfeststellung entgegenstehen vgl. *Frisch*, Meyer-Gedächtnisschr., 533, 556 ff.

3. Systematisierung des Indikatorenkatalogs

Die nunmehr für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht entwickelten, normativ relevanten Indikatoren sind – wie bereits u.a. durch die Unterscheidung von selbständigen und unselbständigen Indikatoren angedeutet – keineswegs gleichwertig. Sie sind vielmehr zueinander in ein am Schutzzweck der markenstrafrechtlichen Normen orientiertes wechselbezügliches Verhältnis zu setzen und so insgesamt als Indikatorensystem für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht zu begreifen. Angesichts der Vielzahl von Markenstraftatbeständen und darüber hinaus der Vielzahl von für jeden dieser Tatbestände denkbaren markenstrafrechtlichen Konstellationen ist dabei allerdings die Möglichkeit zur abstrakten Darstellung der Gestalt eines solchen Indikatorensystems begrenzt. Grundlegend sind aber jedenfalls die folgenden Konstruktionsmerkmale für ein solches System.

Alle für die jeweilige markenstrafrechtliche Konstellation als relevant identifizierten Indikatoren werden stets im Ganzen betrachtet. Für jeden einzelnen Indikator sind anhand des Strafgrundes der jeweils zu indizierenden subjektiven Anforderung an die Strafbarkeit und anhand der durch die Markenstrafnormen geschützten Rechtsgüter Mindestanforderungen zu bestimmen, welche für eine unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten hinreichende Indikation der betreffenden subjektiven Anforderung gegeben sein müssen (Grundanforderung an die einzelnen Indikatoren). Über diese Grundanforderung hinaus ist in gleicher Weise ein Gesamtmaß zu definieren, welches alle relevanten Indikatoren kumuliert aufweisen müssen. Zur Erfüllung dieses Gesamtmaßes kann die relative Übererfüllung eines Indikators die relative Untererfüllung eines anderen Indikators, soweit dieser jedenfalls seine erforderliche Mindesterfüllung aufweist, kompensieren (kompensatorisches Zusammenwirken aller Indikatoren).⁷²³ Dabei können die Gewichtungen der einzelnen Indikatoren im System auch flexibel an die verschiedenartigen markenstrafrechtlichen Konstellationen und an die diversen subjektiven Anforderungen – also de lege ferenda auch an die Fahrlässigkeit – angepasst werden. Mittels dieses Indikatorensystems lassen sodann die unterschiedlichsten Kombinationen von Erfüllungsgraden der mannigfachen Indikatoren für jedwede markenstrafrechtliche Konstellation einen Rückschluss auf die Erfüllung oder Nichterfüllung der jeweils für die Strafbarkeit erforderlichen subjektiven Anforderungen zu.

Da es für den Gegenstand der vorliegenden Arbeit nicht von Bedeutung ist, kann in diesem Zusammenhang letztlich offen bleiben, wie das dargestellte System rechtstheoretisch zu qualifizieren ist. Dafür kommt einerseits dessen Einordnung

⁷²³ Freilich müssen dazu die Intensitäten der Ausprägungen der betreffenden Indikatoren quantitativ abstufbar sein. Vgl. auch *Philipps*, Roxin-Festschr., 365, 368; *Puppe*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 15, 30; *Schünemann*, Hirsch-Festschrift, 363, 372; *Warda*, Hirsch-Festschrift, 391, 412. Diese formalwissenschaftlich eindeutig anmutende Systematik darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Möglichkeiten einer solchen Mathematisierbarkeit in der Anwendung auf einen konkreten Rechtsfall zweifellos eng gezogen sind, vgl. *Otte*, in: *Winkler/Antonioli/Raschauer*, S. 273. Weiterhin vgl. insgesamt auch *Philipps*, Roxin-Festschr., 365, 372 ff., 375.

als ein „bewegliches System“ in Betracht.⁷²⁴ Denn das System der vorliegenden Arbeit eignet sich – wie üblich beim beweglichen Systemdenken – zum ordnenden Verstehen einer zunächst kasuistisch wirkenden Judikatur.⁷²⁵ Andererseits ist auch die Einordnung als ein typologisches System denkbar.⁷²⁶ Dafür spricht, dass die Prägung des Systems der vorliegenden Arbeit nicht ausschließlich von normativen Größen bestimmt ist.⁷²⁷

II. Anwendung des Indikatorensystems zur Abgrenzung des markenstrafrechtlichen Eventualvorsatzes

1. Eventualvorsatz beim Markenhersteller

Im Folgenden wird dieses – für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht insgesamt geltende – Indikatorensystem für die oben angeführten typischen markenstrafrechtlichen Abgrenzungskonstellationen zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit fruchtbar gemacht. Bedingt durch die weitgehende Arbeitsteilung in Markenpiraterieorganisationen⁷²⁸ kann bereits dem objektiv markenrechtsverletzenden Hersteller in verschiedenen denkbaren Konstellationen ein Eventualvorsatz fehlen.⁷²⁹ Anhand der oben entwickelten Indikatoren ist es nunmehr möglich, die Vorsatzgrenze festzulegen. Dazu muss das Indikatorensystem auf den zu indizierenden Vorsatz angepasst werden. Dies erfolgt insbesondere durch die Berücksichtigung des Strafgrundes des Vorsatzes. Dieser liegt – in qualitativer Abgrenzung zu demjenigen der Fahrlässigkeit – darin, dass der Täter sein Interesse an seiner erkannt riskanten Handlungsweise über das durch den Tatbestand geschützte fremde Interesse stellt.⁷³⁰ Neben den objektiven Tatbestandsmerkmalen stehen für den Rückschluss auf einen Vorsatz des objektiv markenrechtsverletzenden Herstellers im Kern diejenigen Indikatoren zur Verfügung, welche die psychische Auseinandersetzung mit seiner Nichtberechtigung zur Mar-

⁷²⁴ Zum „beweglichen System“ s. *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 529 ff.; *Bydlinski*, in: Winkler/Antoniolli/Raschauer, S. 21 ff., 24 (mit einer Abgrenzung zur Lehre vom Typus und Typenvergleich); *Canaris*, in: Winkler/Antoniolli/Raschauer, S. 103 ff.; *Mayer-Maly*, in: Winkler/Antoniolli/Raschauer, S. 117 ff., 126; *Otte*, in: Winkler/Antoniolli/Raschauer, S. 271 ff., 284; *Schilcher*, in: Winkler/Antoniolli/Raschauer, S. 287 ff.; *Steininger*, in: Winkler/Antoniolli/Raschauer, S. 1 ff., 13; *Warda*, Hirsch-Festschrift, 391, 412; *Wilburg*, Bewegliches System, S. 1 ff., 5, 12, 14, 22.

⁷²⁵ Vgl. *Mayer-Maly*, in: Winkler/Antoniolli/Raschauer, S. 117 ff., 126.

⁷²⁶ Zum – einem typologischen System zugrunde liegenden – Typusbegriff s. *Duttge*, Fahrlässigkeit, S. 423 ff.; *Duttge*, JahrbRuE, Bd. 11 (2003), 103, 114 ff.; *Hassemer*, Tatbestand und Typus, S. 65 ff., 96 ff. et passim; *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, S. 47 ff. et passim; *Puppe*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr., 15, 25 ff.; *Radbruch*, in: Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch-Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III, S. 60 ff.; *Schünemann*, Hirsch-Festschrift, 363, 372.

⁷²⁷ Vgl. *Bydlinski*, in: Winkler/Antoniolli/Raschauer, S. 21 ff., 24.

⁷²⁸ Vgl. dazu oben, insb. bei den kriminologischen Aspekten der Markendelikte (Hpttl., 2. Tl., 3. Abschn., A.).

⁷²⁹ Vgl. oben (Hpttl., 6. Tl., 3. Abschn., A., I.).

⁷³⁰ Vgl. oben (Hpttl., 6. Tl., 2. Abschn., D.).

kenbenutzung betreffen. Dies sind die Bekanntheit der Marke im Markt- und Branchenumfeld der damit gekennzeichneten Produkte (in Abhängigkeit des Grades der Markenbekanntheit und der Erfahrung des Markenrechtsverletzers im betreffenden Markt- und Branchenumfeld), jedwede mittelbare oder unmittelbare Kommunikation mit dem Markenrechtsinhaber über dessen unstrittig entgegenstehendes Recht und als negative Indikatoren etwaige erfolglose Versuche einer Rückfrage beim Markenrechtsinhaber sowie die Recherche in Katalogen, Registern oder dem Internet.⁷³¹ Für einen Rückschluss auf einen Eventualvorsatz muss das Zusammenspiel der Ausprägungen dieser Indikatoren hinreichend darauf hinweisen, dass der markenrechtsverletzende Hersteller erkannt hat, dass seine Handlungsweise für die Unverletztheit eines fremden Markenrechts⁷³² gefährlich sein könnte, er aber dennoch die Durchführung seiner Handlungsweise gegenüber dem etwaig dieser entgegenstehenden fremden Markenrecht bevorzugt. Dies ist jedenfalls immer der Fall, wenn die aufgeführten Indikatoren allesamt auf hohem Niveau erfüllt sind, respektive zusätzlich die negativen Indikatoren nicht erfüllt sind. Ein Eventualvorsatz kann aber auch bereits unter geringeren Anforderungen ohne rechtsstaatliche Bedenken angenommen werden. Wenn z.B. im unmittelbaren zeitlichen Vorfeld der Markenrechtsverletzung eine Kommunikation des markenrechtsverletzenden Herstellers mit dem Markenrechtsinhaber über dessen aus beider Sicht unstrittig entgegenstehendes Recht in Form einer markenrechtlichen Abmahnung stattgefunden hat, können keine Zweifel an zumindest einem Eventualvorsatz des Markenrechtsverletzers bestehen. Auf eine Bekanntheit der Marke im Markt- und Branchenumfeld der damit gekennzeichneten Produkte kann es in einem solchen Fall für den Rückschluss auf einen Eventualvorsatz nicht mehr ankommen. Die Erfüllung dieses Indikators ist vielmehr durch die starke Übererfüllung des anderen kompensiert. In gleicher Weise kann im umgekehrten Fall eine sehr große Bekanntheit der Marke bei gleichzeitiger hoher Erfahrung des Markenrechtsverletzers im betreffenden Markt- und Branchenumfeld eine fehlende Kommunikation kompensieren, da in einem solchen Fall eine Unkenntnis des imitierenden Herstellers über das fremde Markenrecht auszuschließen ist. Für diese beiden Indikatoren sind damit jeweils für sich genommen keine Mindestanforderungen zu stellen. Im konkreten Einzelfall muss damit für den Rückschluss auf einen Eventualvorsatz in der angeführten Weise das Zusammenwirken der relevanten Indikatoren mit dem erforderlichen Gesamtmaß an kumulierter Indikatorenerfüllung abgeglichen und dabei stets der Strafgrund des Vorsatzes im Auge behalten werden.

⁷³¹ Vgl. oben (Hpttl., 6. Tl., 3. Abschn., B., I., 2., a)).

⁷³² Das Markenrecht stellt das wesentliche durch die Markendelikte geschützte Rechtsgut dar; vgl. oben (Hpttl., 2. Tl., 4. Abschn., A.). An dieses knüpfen daher die markenstrafrechtlichen Tatbestände unmittelbar an.

2. Eventualvorsatz beim Transporteur

Beim objektiv markenrechtsverletzenden Transporteur steigt gegenüber dem markenrechtsverletzenden Hersteller die Wahrscheinlichkeit für ein Fehlen eines Vorsatzes. Während nämlich der Hersteller zwingend in direktem physischen Kontakt mit den betreffenden Produkten steht, muss dies beim Transporteur nicht der Fall sein. Vielmehr können Transportvehikel wie Verpackungen bis hin zu Containern eine bisweilen große Distanz zu den markenrechtsverletzenden Produkten selbst herstellen. Da Markenpiraterieorganisationen bisweilen logistische Tätigkeiten auf Dritte auslagern⁷³³, muss diesen ihr objektiv markenrechtsverletzendes Verhalten nicht unbedingt bewusst sein. Für einen Rückschluss auf einen Eventualvorsatz des Transporteurs wird auch hier das entwickelte Indikatorensystem für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht herangezogen. Über die bereits für den Hersteller relevanten Indikatoren hinaus stehen dafür – wie oben entwickelt – weitere Indikatoren zur Verfügung. Dies sind ein überhöhtes Frachttentgelt, eine große Menge an Piraterieware (nicht per se, sondern nur, wenn die transportierte Menge in der betreffenden Branche und insbesondere bei den betreffenden Markenprodukten weitaus unüblich ist), ein etwaiger Fall umstrittener Parallelimporte von außerhalb der EU, objektive Anhaltspunkte für Zweifel an der Seriosität des Auftraggebers (z.B. dessen unprofessionell wirkende betriebliche Prozesse) und nicht zuletzt auch – jeweils in Abhängigkeit von der Erfahrungheit des Täters im betreffenden Markt- und Branchenumfeld und dessen Intelligenz – zum einen ein gegenwärtiges Bewusstsein der Ausdehnung der Markenpiraterie in der betreffenden Branche sowie zum anderen – sofern überhaupt entsprechender Zugang des Transporteurs besteht – äußere Anzeichen für Markenpiraterie an der Verpackung oder an der Ware selbst.⁷³⁴ Da auf der einen Seite keines dieser äußeren Anzeichen zwingend ist für einen Eventualvorsatz des Transporteurs, kann das Aufstellen von Mindestanforderungen an den Erfüllungsgrad der jeweiligen einzelnen Indikatoren entfallen. Auf der anderen Seite wirkt jedoch eine alleinige sehr starke Ausprägung des Indikators einer Kommunikation des markenrechtsverletzenden Transporteurs mit dem Markenrechtsinhaber über dessen aus beider Sicht unstrittig entgegenstehendes Recht in gleicher Weise wie beim Hersteller. In einem solchen Fall fehlt also ein Eventualvorsatz mit höchster Wahrscheinlichkeit nicht. Abgesehen davon kann auf sich gestellt nur eine sehr starke Ausprägung des Indikators äußerer Anzeichen für Markenpiraterie an der Verpackung oder an der Ware selbst einen hinreichenden Aufschluss über einen Eventualvorsatz geben. So können keine Zweifel bestehen, dass zumindest ein Eventualvorsatz vorliegt, wenn sich an der Verpackung oder an der Ware selbst eindeutige äußere Anzeichen für Markenpiraterie zeigen und ein intellektuell nicht benachteiligter Transporteur, der zudem über eine große Erfahrung im betreffenden Markt- und Bran-

⁷³³ Vgl. dazu auch oben bei den kriminologischen Aspekten der Markendelikte (Hpttl., 2. Tl., 3. Abschn., A.).

⁷³⁴ Vgl. oben (Hpttl., 6. Tl., 3. Abschn., B., I., 2., a)).

chenumfeld verfügt, beim Verladen und Transportieren die betreffende Verpackung oder Ware in Augenschein genommen hat. Bei geringerer Ausprägung dieser beiden Indikatoren bedarf es hingegen der Hinzuziehung der anderen Indikatoren. Das im konkreten Einzelfall erforderliche kumulierte Maß der Erfüllungsgrade der kompensatorisch zusammenspielenden Indikatoren hängt wiederum stark mit dem Strafgrund des Vorsatzes zusammen. Das Gesamtmaß muss demnach eindeutig widerspiegeln, dass der objektiv markenrechtsverletzende Transporteur die – im tatbestandlichen Sinne – Gefährlichkeit seines Verhaltens für das fremde Markenrecht erkannt hat, dieses Verhalten aber dennoch gegenüber einem Alternativverhalten vorzieht, welches das fremde Markenrecht schont.

3. Eventualvorsatz beim gewerblichen Einkäufer

Gewerbliche Einkäufer, insbesondere Händler, geraten zwar in direkten physischen Kontakt mit den markenrechtsverletzenden Produkten. Dennoch ist damit nicht zwingend verbunden, dass ein objektiv markenrechtsverletzender gewerblicher Einkäufer mit Eventualvorsatz handelt. Denn Markenpiraterieorganisationen nutzen in vielen Fällen legale Absatzkanäle aus.⁷³⁵ Anhand des entwickelten Indikatorensystems für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht stehen in Kombination mit den normativen, auf den Strafgrund des Vorsatzes zurückzuführenden Kriterien zur Bestimmung der Vorsatzgrenze beim gewerblichen Einkäufer folgende Indikatoren zur Verfügung: die Bekanntheit der Marke im Markt- und Branchenumfeld der damit gekennzeichneten Produkte (in Abhängigkeit des Grades der Markenbekanntheit und der Erfahrung des Markenrechtsverletzers im betreffenden Markt- und Branchenumfeld), jedwede Kommunikation mit dem Markenrechtsinhaber über dessen aus beider Sicht unstrittig entgegenstehendes Recht, ein sehr günstiger Preis, eine große Menge an Piraterieware (wiederum nur, wenn die angekaufte Menge weitaus unüblich ist), ein Bezug von Markenprodukten außerhalb der vom Hersteller organisierten Vertriebswege, ein etwaiger Fall umstrittener Parallelimporte von außerhalb der EU, objektive Anhaltspunkte für Zweifel an der Seriosität des jeweiligen Lieferanten, ein gegenwärtiges Bewusstsein der Ausdehnung der Markenpiraterie in der betreffenden Branche (in Abhängigkeit von der spezifischen Erfahrung und der Intelligenz des Täters) und äußere Anzeichen für Markenpiraterie an der Verpackung oder – sofern überhaupt entsprechender Zugang des gewerblichen Einkäufers besteht – an der Ware selbst (in Abhängigkeit von der spezifischen Erfahrung und der Intelligenz des Täters).⁷³⁶ Für die Feststellung eines Eventualvorsatzes des gewerblichen Einkäufers ist keiner dieser Indikatoren unabdingbar. Auf isolierte Mindestanforderungen an die Erfüllungsgrade der einzelnen Indikatoren kann daher verzichtet werden. Demgegenüber wirkt eine sehr starke Ausprägung des Indikators einer Kommunikation

⁷³⁵ Vgl. dazu oben bei den kriminologischen Aspekten der Markendelikte (Hpttl., 2. Tl., 3. Abschn., A.).

⁷³⁶ Vgl. oben (Hpttl., 6. Tl., 3. Abschn., B., I., 2., a)).

des markenrechtsverletzenden gewerblichen Einkäufers mit dem Markenrechtshaber über dessen aus beider Sicht unstrittig entgegenstehendes Recht in gleicher Weise wie beim Hersteller und Transporteur. Das Gleiche gilt wie beim Transporteur für eine sehr starke Ausprägung des Indikators äußerer Anzeichen für Markenpiraterie an der Verpackung oder an der Ware selbst. Abgesehen von diesen beiden Indikatoren sind keine der weiteren Indikatoren für sich allein dazu geeignet, einen hinreichenden Aufschluss über einen Eventualvorsatz zu geben. Bei geringerer Ausprägung dieser beiden Indikatoren bedarf es ebenfalls der Hinzuziehung der anderen Indikatoren. Im konkreten Einzelfall muss sodann abermals ein kumuliertes Gesamtmaß an Erfüllung der relevanten Indikatoren vorliegen, welches verständlich ausdrückt, dass der objektiv markenrechtsverletzende gewerbliche Einkäufer sich über die Gefährlichkeit seines Handelns für das fremde Markenrecht bewusst war, dieses Handeln aber dennoch nicht durch ein für das fremde Markenrecht schonenderes alternatives Tun ersetzt hat.

III. Ergebnis

Die abstrakte Entwicklung des Indikatorensystems für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht hat gezeigt, dass die Feststellung und damit der forensische Beweis von – für die Strafbarkeit erforderlichen – täterpsychischen Zuständen im Markenstrafrecht jenseits rein leerformelhafter Vorgehensweisen oder gar womöglich auf sachfremde Erwägungen gestützter Unterstellungen möglich ist. Die Anwendung dieses Indikatorensystems auf die typischen markenstrafrechtlichen Abgrenzungskonstellationen zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit hat sodann eine – unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten – präzisere Ziehung der Vorsatzgrenze im Markenstrafrecht verdeutlicht.

7. Teil: Spezifisch markenstrafrechtliche vorsatzausschließende Fehlvorstellungen

1. Abschnitt: Ausgangspunkt: Abgrenzung zwischen Tatumstandsirrtrum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) und Verbotsirrtrum (§ 17 S. 1 StGB)

A. Bedeutung der Abgrenzung

I. Unterschied in strafrechtssystematischer Hinsicht

Nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB schließt die tatzeitliche Nichtkenntnis eines Umstandes, welcher zum gesetzlichen Tatbestand gehört, den Vorsatz aus. Diese Norm verdeutlicht die Notwendigkeit des kognitiven bzw. intellektuellen Elements als einem wesentlichen Strukturelement des Vorsatzes.⁷³⁷ Ein fehlendes Wissen tritt in zwei Erscheinungsformen auf: In Bezug auf § 16 Abs. 1 S. 1 StGB kommt zum einen in Betracht, dass der Täter den betreffenden Umstand schlicht nicht kennt, etwa weil er diesen nicht wahrgenommen hat oder er sich darüber keine Gedanken gemacht hat. Diese Erscheinungsform wird zuweilen als Unkenntnis oder „negativer“ Irrtum bezeichnet⁷³⁸, wenn auch in einem solchen Fall seltener von einem Irrtum als vielmehr schlicht von einem fehlenden Vorsatz die Rede ist⁷³⁹, was nochmals verdeutlicht, dass der Tatumstandsirrtrum die Kehrseite des für den Vorsatz notwendigen Wissenselements darstellt et vice versa⁷⁴⁰. Insofern enthält § 16 Abs. 1 S. 1 StGB mittelbar eine (Teil-)Definition des Vorsatzes.⁷⁴¹ In der anderen Erscheinungsform stellt sich der Täter den betreffenden Umstand derart fehlerhaft vor, dass seine Vorstellung nicht mehr den gesetzlichen Tatumstand trifft. Diese Erscheinungsform wird auch als Fehlvorstellung oder „positiver“ Irrtum bezeichnet.⁷⁴² Beide Erscheinungsformen des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB wirken sich auf die strafrechtssystematische Ebene des (subjektiven) Tatbestandes aus.

⁷³⁷ Vgl. dazu auch bereits oben (insb. Hpttl., 5. Tl., 2. Abschn.). Vgl. ferner *Kühl*, AT, § 13, Rn. 12; *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 95.

⁷³⁸ Vgl. auch *Kühl*, AT, § 13, Rn. 7.

⁷³⁹ Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 16, Rn. 4 hebt für diese Konstellation die Unkenntnis des Täters von den Tatumständen als entscheidend hervor und schreibt sogar von einer Missverständlichkeit, wenn hierbei von einem Irrtum gesprochen wird.

⁷⁴⁰ Vgl. *Kühl*, AT, § 13, Rn. 12; *Warda*, Jura 1979, 1, 3.

⁷⁴¹ HK-GS/*Duttge*, § 15, Rn. 4, 11 ff., § 16, Rn. 1.

⁷⁴² Vgl. auch *Kühl*, AT, § 13, Rn. 8. Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 16, Rn. 5 schreibt hier von einem echten Irrtum.

Der Verbotsirrtum betrifft hingegen nach dem eindeutigen Wortsinn des § 17 S. 1 StGB in seiner Rechtsfolge die strafrechtssystematische Ebene der Schuld.⁷⁴³ Da sich die vorliegende Untersuchung mit Vorsatz- und nicht mit Schuldausschlüssen befasst, kann dahingestellt bleiben, in welchen Konstellationen und bezüglich welcher Irrtumsgegenstände die auch hier denkbaren beiden Erscheinungsformen des Verbotsirrtums gem. § 17 S. 1 StGB⁷⁴⁴ auftreten.⁷⁴⁵

II. Unterschied im jeweiligen Handlungsunwert

Während sich der Täter beim Tatumstands- oder auch Tatbestandsirrtum⁷⁴⁶ darüber irrt, dass er konkretes tatsächlich typisches Unrecht verwirklicht, irrt er sich beim Verbotsirrtum über die Normwidrigkeit respektive Vorwerfbarkeit seiner Tat. Beim Tatumstandsirrtum ist dem Täter demnach noch nicht einmal sein (genaues) Tun bewusst. Er kennt nicht die unter die gesetzlichen Merkmale des Tatbestandes fallenden Tatumstände samt deren jeweiligen rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalten.⁷⁴⁷ Es kommt somit beim Tatumstandsirrtum nicht zur unrechtsbegründenden Indizwirkung des Tatbestandes.⁷⁴⁸

Demgegenüber ist dem Täter beim Verbotsirrtum sein tatsächliches Tun durchaus bewusst, wodurch es im Gegensatz zum Tatumstandsirrtum immerhin zur unrechtsbegründenden Indizwirkung des Tatbestandes kommt. Er weiß jedoch nichts vom in seinem Tun liegenden Unrecht.⁷⁴⁹ Er hält somit schlicht sein ihm bewusstes tatsächliches Verhalten irrtümlich für nicht verboten.⁷⁵⁰ Das mit einem Tatumstandsirrtum einerseits und einem Verbotsirrtum andererseits verbundene Handeln hat demzufolge einen unterschiedlichen Unwert.

⁷⁴³ Vgl. *Fischer*, § 17, Rn. 2.

⁷⁴⁴ So kann sich der Täter auch in Bezug auf § 17 S. 1 StGB entweder negativ irren, also die betreffende Norm nicht kennen, oder positiv irren, also die betreffende Norm falsch kennen oder sich fehlerhaft eine andere Norm als relevant für sein Tun vorstellen. Vgl. auch Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 17, Rn. 10.

⁷⁴⁵ Dazu: Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 17, Rn. 10; *Kühl*, AT, § 13, Rn. 49 ff.; *Roxin*, AT I, § 21, Rn. 20 ff.

⁷⁴⁶ Diese beiden Bezeichnungen sind terminologisch gleichwertig, vgl. *Kühl*, AT, § 13, Rn. 2 m.w.N. Während die Bezeichnung „Tatbestandsirrtum“ den Irrtum allgemein auf die strafrechtssystematische Ebene des Straftatbestandes bezieht, stellt die Bezeichnung „Tatumstandsirrtum“ lediglich sachlich präzisierend klar, dass sich der Täter nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB gegenständlich über einen Umstand irren muss, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört.

⁷⁴⁷ *Kühl*, AT, § 5, Rn. 91 ff., § 13, Rn. 10 f. m.w.N.; *Warda*, Jura 1979, 71, 73 f.

⁷⁴⁸ Vgl. *Fischer*, § 16, Rn. 3 m.w.N.

⁷⁴⁹ Vgl. *Fischer*, § 17, Rn. 3 m.w.N.

⁷⁵⁰ *Kühl*, AT, § 13, Rn. 50.

III. Rechtsfolgenunterschied (Unterschied in der normativen Bewertung)

In beiden Erscheinungsformen des Tatumstandsirrturns⁷⁵¹ kommt es gleichermaßen zum Ausschluss des Vorsatzes gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.⁷⁵² Damit bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass ein Täter, dem sein Tun im Sinne der betreffenden Strafnorm oder dessen Bedeutung nicht bewusst ist, schon kein typisches (personales) Unrecht verwirklicht.

Ein Verbotsirrturn gem. § 17 S. 1 StGB führt, soweit der Täter diesen Irrturn nicht vermeiden konnte, zu einer Verneinung der Schuld (Schuldausschlussgrund). Der Gesetzgeber sieht folglich das Tun des Täters durchaus als typisches Unrecht an, wirft es diesem aber nicht persönlich vor.⁷⁵³

Diese unterschiedliche gesetzliche Bewertung erfordert für die Bestimmung der markenstrafrechtlichen Vorsatzgrenze eine präzise Abgrenzung von Tatumstandsirrturn und Verbotsirrturn. Demnach muss im Folgenden geklärt werden, welche markenstrafrechtlichen Irrtümer sich auf die Ebene des Tatbestandes beziehen. Die verbleibenden anderen Irrtümer sind vorsatzirrelevant und damit für die vorliegende Untersuchung uninteressant. Mithin erübrigt sich sodann ihre weitere Erörterung.

B. Allgemeiner strafrechtswissenschaftlicher Stand zur Abgrenzung

Die grundsätzliche Handhabung der Abgrenzung zwischen Tatumstandsirrturn (§ 16 Abs. 1 StGB) und Verbotsirrturn (§ 17 S. 1 StGB) ergibt sich im Wesentlichen bereits aus dem Vorangegangenen. Ein Tatumstandsirrturn bezieht sich danach auf Umstände, die dem vom Vorsatz zu umfassenden gesetzlichen Verbots- respektive Gebotstatbestand zuzuordnen sind. Indessen handelt es sich um einen Verbotsirrturn, wenn der Täter die Tatumstände durchaus zutreffend erkannt hat, ihm aber gleichwohl die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. Dem grundsätzlichen Verständnis nach ist dies einfach.

Die Schwierigkeit, im Einzelnen zwischen Tatumstandsirrturn (§ 16 Abs. 1 StGB) und Verbotsirrturn (§ 17 S. 1 StGB) abzugrenzen⁷⁵⁴, liegt darin begründet, dass beim jeweiligen Straftatbestand erst durch Auslegungsarbeit, insbesondere auch anhand des Telos der Norm, also ihres Schutzzwecks, unter Einhaltung der äußersten Grenze des möglichen Wortsinns des Gesetzes für eine noch nach Art. 103 Abs. 2 GG zulässige strafrechtliche Auslegung⁷⁵⁵ herausgefunden werden

⁷⁵¹ Gemeint ist damit die oben aufgeführte Unterscheidung zwischen positivem und negativem Irrturn.

⁷⁵² *Fischer*, § 16, Rn. 10. Zur Gleichbehandlung der Fehlvorstellung und der Nichtvorstellung vgl. auch *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 95.

⁷⁵³ Zur Schuld als persönliche Vorwerfbarkeit, also als Unwerturteil über die geistig-seelische Beziehung des Täters zu seiner Tat vgl. BGHSt 2, 194, 200 ff.

⁷⁵⁴ Nach *Fischer*, § 17, Rn. 11 ist die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrturn vielfach nicht nur schwierig und auch dogmatisch umstritten, sondern wird in der Praxis sogar bisweilen eher intuitiv gehandhabt.

⁷⁵⁵ Vgl. *Fischer*, § 1, Rn. 11 m.w.N.

muss, ob der betreffende Umstand, über welchen sich der Täter irrt, überhaupt zu diesem gesetzlichen Tatbestand gehört. Allgemein, insbesondere abgehoben von speziellen Problemen, gehören zum gesetzlichen Tatbestand alle Voraussetzungen, welche im Rahmen des Unrechts den Deliktstypus kennzeichnen.⁷⁵⁶

Diese Zugehörigkeit ist allerdings in verschiedenen speziellen Problemkategorien keineswegs umfassend klar, so etwa bei Blanketttatbeständen, Straftatbeständen mit normativen Tatbestandsmerkmalen und solchen mit öffentlich-rechtlichen Genehmigungserfordernissen. Im Folgenden werden daher die beiden offenkundig für das Markenstrafrecht relevanten Problemkategorien vorab abstrakt erörtert, ehe die Erörterungsergebnisse hieraus später für die Lösung markenstrafrechtlicher Irrtumsprobleme fruchtbar gemacht werden.

C. Spezielle Problemkategorien bei der Abgrenzung

I. Irrtümer und Blanketttatbestände

Im Markenstrafrecht sind die speziellen Problemkategorien der Blanketttatbestände wie auch der Straftatbestände mit normativen Tatbestandsmerkmalen bedeutsam. Bei Blankettstrafgesetzen sind Irrtümer besonders schwierig als entweder Tatumstandsirrtum oder Verbotsirrtum einzuordnen.⁷⁵⁷ Blankettstrafgesetze sind solche Strafnormen, die für die Strafbarkeitsvoraussetzungen zumindest teilweise auch auf andere Normen verweisen.⁷⁵⁸ Eine nähere Auseinandersetzung mit dem Begriff des Blankettgesetzes kann für die mit Blankettgesetzen verbundene Irrtumsproblematik dahingestellt bleiben. Eine solche Auseinandersetzung ist dem ungeachtet insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Tatbestandsbestimmtheit, also den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG zur Garantiefunktion des Tatbestandes, von Bedeutung.⁷⁵⁹ Im Allgemeinen wie auch im Zusammenhang mit dem Markenstrafrecht⁷⁶⁰ werden verschiedene Blankettbegriffe diskutiert. Nach dem weiten Blankettbegriff des BVerfG reicht auch die Bezugnahme auf eine Ergänzung im selben Gesetz für die Klassifizierung einer Norm als Blankettnorm.⁷⁶¹ Danach würde auch § 143 Abs. 1 MarkenG eine Blankettnorm darstellen.⁷⁶² Demgegenüber spricht BGHSt 6, 30, 40 f. von einem Blankett-Strafgesetz (im echten oder engeren Sinne), „wenn Tatbestand und Strafdrohung derart getrennt sind, dass die Ergänzung der Strafdrohung durch einen zugehörigen Tatbestand

⁷⁵⁶ Vgl. Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 16 m.w.N.

⁷⁵⁷ Vgl. *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 110. Für eine monographische Abhandlung dazu siehe *Warda*, Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen.

⁷⁵⁸ Vgl. *Creifelds*, S. 213; *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 110; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 99; *Fischer*, § 1, Rn. 5a.

⁷⁵⁹ Vgl. dazu im Allgemeinen: BVerfGE 41, 314, 319; 75, 329, 342; BGH NStZ 1996, 342, 342; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 99 ff. und 228.

⁷⁶⁰ Vgl. dazu im Speziellen: vorliegende Arbeit, Einl., 2. Tl.; *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 49.

⁷⁶¹ BVerfGE 14, 245, 252; 41, 314, 319; 75, 329, 342.

⁷⁶² So *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 49, der diesem weiten Blankettbegriff folgt.

von einer anderen Stelle und zu einer anderen Zeit selbständig vorgenommen wird“ und nur eine gesetzestechnische Vereinfachung vorliege, wenn „dasselbe Gesetz die Strafdrohung am Schluss zusammenfasst und darin auf die vorangehenden Tatbestände desselben Gesetzes verweist“. ⁷⁶³ Nach dieser Definition würde es sich bei § 143 Abs. 1 MarkenG nicht um ein Blankett-Strafgesetz handeln. § 143 Abs. 1 MarkenG könnte dann aber jedenfalls als Binnenverweisung und als einen Fall eines sogenannten „unechten Sanktionsblanketts“ angesehen werden. ⁷⁶⁴

Die spezielle Schwierigkeit der Einordnung von Irrtümern liegt daran, dass bei Blankettgesetzen im Einzelnen unklar ist, welche irrturnsgeeigneten Umstände dem vom Vorsatz zu umfassenden Verbotss- respektive Gebotstatbestand zuzuordnen sind und somit ein diesbezüglicher Irrturn einen Tatumsstandsirrturn darstellt. So ist zwar bei Blankettgesetzen – nachdem sich der Gesetzgeber in §§ 16, 17 StGB für die streng zwischen Tatbestandskenntnis und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit unterscheidende Schuldtheorie entschieden hat – jedenfalls im Grundsatz geklärt, dass nur der Inhalt, nicht aber die Existenz und die Wirksamkeit der blankettausfüllenden Norm Bestandteil des Tatbestandes ist und somit die Ausfüllungsnorm gleichsam zusammen mit dem Blankett zu lesen ist. ⁷⁶⁵ Damit ist auf die vervollständigte Blankettstrafnorm grundsätzlich die vorangehend dargestellte allgemeine Irrturnslehre anzuwenden. ⁷⁶⁶ Dazu werden aber Ausnahmen erörtert. Wenn etwa das Blankett wie in § 19 WStG (Nichtbefolgung eines militärischen Befehls) oder in § 145 c StGB (Verstoß gegen das Berufsverbot) eine Einzelanordnung ⁷⁶⁷ voraussetzt, soll – abweichend zum dargestellten Grundsatz – die Existenz dieser wegen ihres nicht generellen, also nicht für jedermann erkennbaren Charakters zum Straftatbestand gehören und damit eine Unkenntnis über die Existenz der Einzelanordnung einen vorsatzausschließenden Tatumsstandsirrturn i.S.d. § 16 Abs. 1 StGB darstellen. ⁷⁶⁸

Derartige tatbestandsspezifische Ausnahmen könnten nur entfallen, wenn die betreffenden Tatbestände über den Weg eines engeren Begriffes des Blankettge-

⁷⁶³ BGHSt 6, 30, 40 f.

⁷⁶⁴ Vgl. dazu *Schweke*, Markenpiraterie, S. 69 m.w.N. Ferner siehe oben zur Bedeutung der Verwendung der – für das Wirtschaftsstrafrecht typischen – Blankettechnik im Zusammenhang mit der Relevanz der Normen des zivilrechtlichen Markenrechtsschutzes für den strafrechtlichen Markenrechtsschutz (Hpttl., 1. Tl., 5. Abschn., B.).

⁷⁶⁵ Vgl. BGH NJW 1981, 354, 355; BGH NSTZ 1993, 594, 595; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 99 f.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 220.

⁷⁶⁶ Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 100; *Fischer*, § 16, Rn. 3.

⁷⁶⁷ Bei § 19 WStG der Befehl und bei § 145 c StGB das Berufsverbot.

⁷⁶⁸ Vgl. *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 111; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 102; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 225. Vgl. auch Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 17, Rn. 12a; *Fischer*, § 16, Rn. 16, § 17, Rn. 11a f. zu tatbestandlichen Differenzierungen bei den ähnlich gelagerten Irrtümern im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Genehmigungserfordernissen, auf die sich Tatbestandsmerkmale wie „ohne erforderliche Genehmigung“ oder „unbefugt“ beziehen. Vgl. dazu auch BGH NSTZ 1993, 594, 595 m.w.N.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 223 und 225.

setzes⁷⁶⁹ schon gar nicht unter die Kategorie Blankettgesetz fallen. Eine solche Vorgehensweise müsste sich allerdings den Vorwurf gefallen lassen, nicht nur in der Sache nicht weiterzukommen, sondern auch Probleme lediglich zu verschieben. In der Sache geht es nämlich nicht um bloße Begrifflichkeiten oder Kategorien, sondern vielmehr – wie bereits ausgeführt – ohne begriffliche Umwege darum, welche Umstände dem Tatbestand zugeordnet werden. So kommt es etwa bei § 145 c StGB für die hier erörterten Irrtumsfragen einzig darauf an, dass die Existenz und der Umfang des Berufsverbotes vom Vorsatz umfasst sein soll⁷⁷⁰, da nur ein sich über das Berufsverbot insoweit bewusster Täter typisches Unrecht verwirklichen kann, mithin spiegelbildlich ein sich darüber nicht bewusster Täter schon kein typisches Unrecht verwirklicht.⁷⁷¹ Dies kann rechtstechnisch nur dadurch erreicht werden, dass man die Existenz und den Umfang des Berufsverbotes dem Straftatbestand zuordnet. Abgesehen von dieser Sachfrage ist es sodann in Bezug auf die hier erörterten Irrtumsfragen unerheblich, ob ein Straftatbestand als Blankettgesetz klassifiziert wird oder nicht.

Auch für Blankettgesetze bleibt es somit bei der allgemeinen, mit der Abgrenzung zwischen Tatumstandsirrtum (§ 16 Abs. 1 StGB) und Verbotsirrtum (§ 17 S. 1 StGB) verbundenen Sachfrage nach der Zugehörigkeit des irrtumsbehafteten Umstands zum Tatbestand. Diese kann aber nur durch die Auslegungsarbeit an den einzelnen Straftatbeständen selbst beantwortet werden.

II. Irrtümer und normative Tatbestandsmerkmale

1. Problemexposition

Nach allgemeiner Irrtumslehre muss ein Täter jedes Straftatbestandsmerkmal nur seinem Wesen nach kennen und nicht etwa nach dem genauen im Gesetz enthaltenen Begriff.⁷⁷² Somit ist für einen Vorsatz im Sinne von § 16 Abs. 1 StGB grundsätzlich nur eine Kenntnis der dem Begriff zugrunde liegenden tatsächlichen

⁷⁶⁹ Damit ist freilich ein engerer Begriff in anderem Sinne als in der soeben zitierten Entscheidung BGHSt 6, 30, 40 f. gemeint.

⁷⁷⁰ Vgl. auch *Fischer*, § 145c StGB, Rn. 10. Vgl. außerdem *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben*, § 145c, Rn. 5, die ohne weitere Ausführungen lediglich feststellen, dass der Vorsatz bei § 145c StGB das Bewusstsein voraussetzt, dass die ausgeübte Tätigkeit in den Bereich fällt, auf den sich das Berufsverbot erstreckt.

⁷⁷¹ Im Übrigen kann in gleicher Weise (im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Genehmigungserfordernissen) die tatbestandliche Differenzierung hergeleitet werden, nach der, wie bei *Fischer*, § 16, Rn. 16, § 17, Rn. 11a f., bei Unkenntnis über die Existenz eines Genehmigungserfordernisses, soweit die Genehmigung nur der Kontrolle eines im allgemeinen sozialadäquaten Verhaltens dient, typisches Unrecht verneint wird. Eine solche tatbestandlich differenzierende Abgrenzung kann daher nicht nur als sachgerecht bezeichnet werden, sondern auch der Vorwurf der ausschließlich „ergebnisorientierten“ Systemwidrigkeit ist nicht haltbar, da die Existenz des Genehmigungserfordernisses dabei in den Tatbestand fällt.

⁷⁷² *Puppe*, GA 1990, 145, 153 und 182; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT I, § 8, Rn. 70 f.; *Fischer*, § 16, Rn. 13; *Warda*, Jura 1979, 71, 72.

Umstände erforderlich. Subsumiert demnach ein Täter den ihm bekannten Sachverhalt fehlerhaft nicht unter den im betreffenden Tatbestand verwendeten Begriff, so wird dies als ein für den Vorsatz unbeachtlicher Subsumtionsirrtum betrachtet.⁷⁷³

Etwas anderes soll allerdings – wenn auch im Einzelnen umstritten⁷⁷⁴ – für normative Tatbestandsmerkmale gelten. Diese erschöpfen sich nicht in einer Beschreibung, sondern drücken eine soziale Sinnbedeutung aus⁷⁷⁵, setzen folglich eine Wertung voraus⁷⁷⁶ und sind somit umgekehrt auch nur mithilfe dieser Wertung zu ergründen⁷⁷⁷. Diese den normativen Tatbestandsmerkmalen innewohnende Wertung soll bis zu einem bestimmten Grade vom Vorsatz umfasst sein.⁷⁷⁸ Der Täter handelt danach nur vorsätzlich, wenn er zumindest im festzulegenden Mindestmaß den in normativen Tatbestandsmerkmalen zum Ausdruck kommenden sozialen Bedeutungsgehalt seines Handelns kennt.⁷⁷⁹ Fehlt diese Kenntnis, so entfällt nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB sein Vorsatz. Bei der erforderlichen Kenntnis normativer Tatumstände geht es demnach nicht wie bei deskriptiven Tatumständen um eine bloß sinnliche Wahrnehmung von Gegenständen der realen äußerlichen Welt, sondern um ein geistiges Verstehen der Bewertung eines Verhaltens durch die Rechtsgesellschaft⁷⁸⁰, ohne welches schon kein typisches Unrecht verwirklicht sein soll.

Fraglich sind in diesem Zusammenhang insbesondere zwei Punkte: Zunächst muss geklärt werden, was zur Bestimmung eines Straftatbestandsmerkmals als normativ führt bzw. welche Kriterien dazu herangezogen werden können, und was demgegenüber zu einer Qualifizierung eines Straftatbestandsmerkmals als (lediglich) deskriptiv führt. Zweitens muss der Grad bestimmt werden, bis zu dem die in normativen Straftatbestandsmerkmalen enthaltene Wertung als Vorsatzgegenstand qualifiziert werden soll, bis zu welchem qualitativen Umfang sie also Bestandteil des Tatbestandes im Sinne des § 16 Abs. 1 StGB sein soll.

⁷⁷³ Geerds, Jura 1990, 421, 423; Puppe, GA 1990, 145, 182; Roxin, AT I, § 12, Rn. 104 und 119; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT I, § 8, Rn. 70; Fischer, § 16, Rn. 13.

⁷⁷⁴ Vgl. Jakobs, AT, 8. Abschn., Rn. 52; Maurach/Zipf, Strafrecht AT 1, § 37, Rn. 48.

⁷⁷⁵ Fischer, § 16, Rn. 14.

⁷⁷⁶ Geerds, Jura 1990, 421, 422; Kühl, AT, § 5, Rn. 92.

⁷⁷⁷ Fischer, § 16, Rn. 4.

⁷⁷⁸ Roxin, AT I, § 12, Rn. 107; Fischer, § 16, Rn. 15.

⁷⁷⁹ Kühl, AT, § 5, Rn. 91, § 13, Rn. 10; Maurach/Zipf, Strafrecht AT 1, § 37, Rn. 49; Nierwetberg, Jura 1985, 238, 239; Puppe, GA 1990, 145, 146; Fischer, § 16, Rn. 15.

⁷⁸⁰ Geerds, Jura 1990, 421, 422 f.; Kühl, AT, § 5, Rn. 92; Puppe, GA 1990, 145, 145; Roxin, AT I, § 10, Rn. 57 f., § 12, Rn. 100 und 122.

2. Normative und deskriptive Tatbestände

Die Abgrenzung zwischen normativen und deskriptiven Tatbestandsmerkmalen stellt sich bei näherem Betrachten als recht schwierig heraus.⁷⁸¹ Selbst solche Merkmale, welche nur unter Heranziehung einer Norm vorgestellt und gedacht werden können und somit auf eine (rechtliche oder außerrechtliche) Norm verweisen⁷⁸², sind meist nicht rein normativ, sondern haben oftmals ein deskriptives Substrat wie etwa der eine Beleidigung begleitende akustische Vorgang oder die sinnlich wahrnehmbare stoffliche Grundlage einer Urkunde.⁷⁸³

Demgegenüber sind aber auch die meisten rein deskriptiv anmutenden Merkmale, welche sich ausschließlich auf reine Fakten zu beziehen scheinen, letztlich ohne Wertungen nicht auslegbar.⁷⁸⁴ Denn sie werden jedenfalls durch die sie verwendende Norm und deren Regelungszweck begrenzt.⁷⁸⁵ Sie nehmen mithin bereits durch ihre Verwendung im Gesetzestext normative Gestalt an.⁷⁸⁶ Dies liegt daran, dass der Tatbestand bekanntermaßen Verhaltensweisen umschreibt, die typischerweise Unrecht darstellen, wodurch alle einzelnen Tatbestandsmerkmale einschließlich der rein deskriptiv anmutenden durchweg ein Moment der Wertung in Bezug auf den Regelungszweck der Norm repräsentieren.⁷⁸⁷ Ist die wörtliche Auslegung bei der Subsumtion im Einzelfall zweifelhaft, so muss zudem teleologisch ausgelegt werden, also nach dem Schutzzweck der jeweiligen Strafnorm. Dies aber ist ein normativer Maßstab.⁷⁸⁸

Da folglich die meisten Tatbestandsmerkmale aus deskriptiven wie auch normativen Elementen bestehen⁷⁸⁹, ist der praktische Nutzen einer – etwa nach dem Schwerpunkt differenzierenden⁷⁹⁰ – Unterscheidung von Straftatbestandsmerkmalen in deskriptive und normative auf dieser Ebene fraglich.⁷⁹¹ Allerdings ist es angesichts der bereits dargestellten unterschiedlichen Konsequenzen für die Vorsatz- bzw. Irrtumslehre durchaus notwendig, diese terminologische Unterscheidung auf tieferer Ebene vorzunehmen und bei jedem Straftatbestandsmerkmal die

⁷⁸¹ Dazu *Kublen*, Irrtum, S. 44 ff. m.w.N.; *Roxin*, AT I, § 10, Rn. 57 ff. m.w.N.; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 20 m.w.N.; *Fischer*, § 16, Rn. 4.

⁷⁸² Vgl. auch *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, S. 26.

⁷⁸³ *Roxin*, AT I, § 10, Rn. 59 f.

⁷⁸⁴ Vgl. Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 20.

⁷⁸⁵ *Jakobs*, AT, 8. Abschn., Rn. 53; *Warda*, Jura 1979, 71, 80.

⁷⁸⁶ *Fischer*, § 16, Rn. 4. Vgl. auch *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 8, Rn. 17; *Stratenwerth/Kublen*, Strafrecht AT I, § 8, Rn. 69.

⁷⁸⁷ *Stratenwerth/Kublen*, Strafrecht AT I, § 8, Rn. 69 f.

⁷⁸⁸ *Roxin*, AT I, § 10, Rn. 59.

⁷⁸⁹ Vgl. auch *Jakobs*, AT, 8. Abschn., Rn. 53 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 26 IV 1 f.; *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 100.

⁷⁹⁰ Für weitere Ansätze siehe Nachweise bei *Roxin*, AT I, § 10, Rn. 60.

⁷⁹¹ Vgl. auch *Niermetberg*, Jura 1985, 238, 240. Weitere kritische Stellungnahmen dazu: *Dopsch*, GA 1987, 1 ff.; *NK-StGB-Puppe*, § 16, Rn. 41; *Stratenwerth/Kublen*, Strafrecht AT I, § 8, Rn. 69 m.w.N. So im Ergebnis auch *Kublen*, Irrtum, S. 45, der die irrtumstheoretische Relevanz der Qualifizierung von Merkmalen als deskriptiv oder normativ insgesamt bezweifelt.

deskriptiven und die normativen Bestandteile zu unterscheiden. Zur begrifflichen Präzisierung darf dann aber nicht von normativen und deskriptiven Tatbestandsmerkmalen, sondern besser – wie schon bei der Erklärung der unterschiedlichen Vorsatzinhalte – von normativen und deskriptiven Tatumsständen die Rede sein.

3. Zuordnung von Tatumsständen zum Tatbestand im Sinne des § 16 Abs. 1 StGB

Die deskriptiven Tatumsstände mitsamt den tatsächlichen, äußerlich wahrnehmbaren Grundlagen von Wertungen⁷⁹² sind nach allgemeinen Regeln von vornherein vollumfänglich Vorsatzgegenstand im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Die folgende Erörterung bezieht sich demnach nur noch auf die teils daneben stehenden, teils darauf aufbauenden Wertungen, also dem Wesenskern der normativen Tatumsstände, und zwar darauf, inwieweit diese ebenfalls als Bestandteil des Tatbestandes im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vom Vorsatz umfasst sein müssen, inwieweit der Täter diese Wertungen also kennen muss.

Bei näherer Betrachtung der Vorsatzanforderungen bezüglich normativer Tatumsstände geht es – wie vorangehend ausgeführt – gar nicht um eine Wertung, wie die viel zitierte Formel von der „Parallelwertung in der Laiensphäre des Täters“⁷⁹³ irreführend vermuten lässt, sondern vielmehr um die schlichte Kenntnis des Täters von in den normativen Tatumsständen innewohnenden Wertungen der Rechtsgesellschaft.⁷⁹⁴ Der Täter muss also lediglich diese Wertungen bis zu einem gewissen Grade nachvollziehen, aber keineswegs ausdrücklich selbst werten. Eine eigene Wertung des Täters zu fordern, wäre völlig untypisch, geht es doch um seinen Vorsatz. Der Vorsatz ist nämlich nach allgemeinen Regeln nicht etwa durch Wertungen des Täters geprägt, sondern vielmehr durch dessen Kenntnisse. Der Täter muss daher – basierend auf den vorgenannten allgemeinen Überlegungen und vorbehaltlich der nun folgenden diesbezüglichen Erwägungen – vielmehr allgemeine Wertungen kennen oder bewusst nachvollziehen. Rechtstechnisch müssen dazu diejenigen Wertungen, welche vom Vorsatz umfasst sein sollen, zum Tatbestand im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB gehören. Fraglich ist nur, welche Wertungen überhaupt dem Täter bekannt sein sollen und welche dem Täter unbekannt sein können, ohne dass sein Vorsatz entfiele.

Die geringste denkbare Anforderung an die Vertrautheit des Täters mit den jeweiligen in den normativen Tatumsständen innewohnenden Wertungen wäre es, lediglich die Kenntnis sämtlicher äußerlich wahrnehmbarer Tatsachen zu fordern, welche im Zusammenhang mit diesen Wertungen stehen, diesen etwa zugrunde liegen.⁷⁹⁵ Diese Kenntnisgegenstände wurden allerdings bereits in den vorange-

⁷⁹² Nierwetberg, Jura 1985, 238, 239 schreibt von fundierenden faktischen Phänomenen.

⁷⁹³ Statt vieler Maurach/Zipf, Strafrecht AT I, § 22, Rn. 49; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 15, Rn. 39 und 43a m.w.N.

⁷⁹⁴ Puppe, GA 1990, 145, 157 f.; Stratenwerth/Kublen, Strafrecht AT I, § 8, Rn. 72 m.w.N.

⁷⁹⁵ So – in Widerspruch zur in BGHSt 4, 347, 352 anerkannten normativen Betrachtungsweise – BGHSt 19, 352 ff., der für den Vorsatz hinsichtlich des Merkmals „mittels einer das Leben ge-

gangenen Ausführungen als deskriptive Elemente identifiziert, welche dem Vorsatztäter ohnehin bekannt sein müssen. Der Täter müsste bei diesem Lösungsansatz überhaupt keine Wertung kennen. Sein Vorsatz wäre also unabhängig von jedweder Bedeutungskennntnis hinsichtlich seines Verhaltens. Dies ist aber schon nicht vereinbar mit der nach allgemeinen Regeln (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) erforderlichen Kennntnis des Vorsatztäters von den Umständen des Tatbestands. Enthält ein Tatbestand nämlich eindeutig normative Elemente, so kann darüber nicht einfach in Gänze hinweggesehen werden. Der Täter muss vielmehr zur Verwirklichung typischen Unrechts zumindest ein zu bestimmendes Mindestmaß an Bewusstsein hinsichtlich der diesen normativen Elementen immanenten Wertungen haben.⁷⁹⁶ Anderenfalls, also bei Verkennung dieser zu den Tatumständen des gesetzlichen Tatbestands gehörenden Wertungen, fehlt es mangels ausreichender Tatumstandskennntnis am vorsatztypischen Unrecht und es kann dem Täter allenfalls ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden.⁷⁹⁷ Daher ist der vorstehende Lösungsansatz insgesamt abzulehnen. Ob im Übrigen mit derselben Argumentation auch einige der teils geforderten systematischen Ausnahmen zur grundsätzlichen Handhabung normativer Tatumstände entfallen könnten, ist für den Gegenstand dieser Arbeit unerheblich und muss deshalb dahingestellt bleiben. Bei diesen Ausnahmen, namentlich bei den früher sog. Komplexbegriffen und bei den sog. gesamtatbewertenden Tatbestandsmerkmalen, wird teilweise lediglich eine Umstandskennntnis des Täters verlangt.⁷⁹⁸ Dies geschieht etwa bei den in mehreren Tatbeständen des Wirtschaftsstrafrechts verwendeten Merkmalen der Unwirtschaftlichkeit⁷⁹⁹, Unangemessenheit bzw. Übermäßigkeit⁸⁰⁰ usw. sowie auch hinsichtlich des Kriteriums der Verwerflichkeit in § 240 Abs. 2 StGB⁸⁰¹. Eine ganz andere Frage ist es freilich, ob die Kennntnis der äußerlich wahrnehmbaren Tatsachen auch Rückschlüsse auf eine – sachlich damit im Zusammenhang stehende –

fährdenden Behandlung“ in § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB die Kennntnis der die Lebensgefährdung begründenden Umstände genügen lässt ohne zu verlangen, dass dem Täter die darauf basierende Wertung bewusst werden muss, dass also sein Handeln lebensgefährlich ist. Kritisch dazu *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 112 mit Berufung auf den Sinn der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit schlechthin.

⁷⁹⁶ Vgl. auch *Kühl*, AT, § 5, Rn. 96 m.w.N. Sogar viel weitergehend *Puppe*, GA 1990, 145, 157 f.

⁷⁹⁷ Vgl. dazu *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 112.

⁷⁹⁸ Vgl. dazu *Geerds*, Jura 1990, 421, 422; *Kühl*, AT, § 5, Rn. 97; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT 1, § 37, Rn. 48 m.w.N.; *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 105 ff.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 230 m.w.N. (einschließlich ablehnender Nachweise). Zur Lehre von den Komplexbegriffen samt Kritik siehe auch *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, S. 71 ff., die allerdings in *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, S. 101 sowie S. 115 für den Vorsatz bezüglich gesamtatbewertender Merkmale das Erfassen von deren unrechtsbezeichnenden Einzelelementen ausreichen lässt.

⁷⁹⁹ Z.B. in §§ 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

⁸⁰⁰ Z.B. in § 291 Abs. 1 StGB.

⁸⁰¹ Siehe dazu *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 105.

Kenntnis deren sozialen Bedeutungsgehalts zulässt.⁸⁰² Dies wird später im Rahmen der subjektiven Zurechnung erörtert werden.

Eine Differenzierungsmöglichkeit ist es, nur außerstrafrechtliche Wertungen – etwa wegen der mit diesen verbundenen Dynamik – dem Tatbestand zuzuschlagen und somit als Vorsatzgegenstand zu betrachten, während strafrechtliche Wertungen aus dem Tatbestand verbannt werden, daher kein Vorsatzgegenstand sind und somit ein Irrtum über sie allenfalls ein Verbotsirrtum darstellen kann.⁸⁰³ Allerdings ist in vielen Fällen bereits unklar, wann eine Wertung außerstrafrechtlicher oder strafrechtlicher Natur sein soll.⁸⁰⁴ Diese Unklarheit birgt somit die Gefahr reiner Ergebnisorientierung, nach welcher die Einordnung im Einzelfall danach erfolgen könnte, ob die betreffende Wertung nach Ansicht des jeweiligen Beurteilenden zum Tatbestand gehören soll oder nicht. Damit kann aber auch die vorgelagerte Kategorisierung selbst unterbleiben. Außerdem ist diese Differenzierungsmöglichkeit auch nicht mit § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zu vereinbaren, in welchem schlicht und ergreifend keine Anhaltspunkte erkennbar sind für eine unterschiedliche Behandlung von angeblich aus unterschiedlichen Rechtsgebieten herührenden Wertungen. Diese Differenzierungsmöglichkeit ist daher ebenfalls abzulehnen.

Der Gesetzgeber entscheidet vielmehr durch Wahl der von ihm in einem Tatbestand verwendeten normativen Tatumsstände in Kombination mit § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, welche – diesen normativen Tatumsständen zugrunde liegenden – Wertungen dem Täter bekannt sein müssen.⁸⁰⁵ Es ist kein Grund ersichtlich, von dieser gesetzgeberischen Entscheidung durch eine Reduktion der strafrechtlichen Anforderungen an die Kenntnisse des Täters abzugehen und in letztlich punitiverer als gesetzlich vorgesehener Weise weniger als die Kenntnis aller dieser Wertungen zu fordern.⁸⁰⁶ Dabei geht es freilich nicht um die Kenntnis des (juristi-

⁸⁰² Vgl. BGH WuW/E 2145, 2147 – „Nordmende“. In dieser Entscheidung erörtert der BGH den Einwand, dass trotz Kenntnis der tatsächlichen Umstände ein Irrtum über deren – sich in einem normativen Tatumsstand wiederfindenden – sozialen Bedeutungsgehalt vorliege. Diesem Einwand hält der BGH einen Erfahrungssatz entgegen, welcher neben den besagten tatsächlichen Umständen insbesondere auch auf der Geschäftserfahrung eines verantwortlichen Vertreters eines Unternehmens fußt. Einschränkend zum Vorgehen des BGH: KK OWiG-Rengier, § 11, Rn. 20, der um die weitgehende Preisgabe des Erfordernisses der Parallelwertung fürchtet.

⁸⁰³ In Anknüpfung an die alte Lehre des Reichsgerichts (bzw. – je nach Blickwinkel – in Rückkehr zu dieser) *Kublen*, Irrtum, S. 361 ff. m.w.N. Vgl. dazu *Puppe*, ZStW 102 (1990), 892; *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 118 ff. m.w.N.

⁸⁰⁴ Vgl. *Roxin*, AT I, § 12, Rn. 120.

⁸⁰⁵ Vgl. *Puppe*, GA 1990, 145, 182.

⁸⁰⁶ Vgl. *Puppe*, GA 1990, 145, 157 f.; *Stratenwerth/Kublen*, Strafrecht AT I, § 8, Rn. 72. Demgegenüber fordert etwa *Schlichter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, S. 116 und 142 eine Reduktion auf das Erfassen nur der rechtsgutsbezogenen Komponenten des sozialen Bedeutungsgehalts eines Tatbestandsmerkmals (teleologisch-reduzierte Sachverhaltssicht; vgl. auch ebenda S. 193).

schen) Begriffs der jeweiligen Wertung.⁸⁰⁷ Ein Irrtum darüber ist als unbeachtlicher Subsumtionsirrtum zu qualifizieren. Es geht vielmehr nur um die Kenntnis des (auch laienhaft verständlichen)⁸⁰⁸ Inhalts dieser Wertung, also um die Kenntnis der von der unrechtstypisierenden Tatbestandsbeschreibung gemeinten Situation in ihrer sozialen Bedeutung⁸⁰⁹. Dazu reicht allerdings allein die Kenntnis der dieser zugrunde liegenden deskriptiven Tatsachen nicht. Der Täter muss sich darüber hinaus zu einem gewissen Grade auch über den Schluss von den Tatsachen zur allgemeinen Wertung selbst bewusst werden.⁸¹⁰ Nur dieser Umstand macht deutlich, was unter der allseits erwähnten Bedeutungskennntnis zu verstehen ist.

Welche Wertungen sodann den jeweiligen normativen Tatumständen im Einzelnen zugrunde liegen, kann nur durch Auslegung des diese verwendenden Straftatbestands erarbeitet werden.⁸¹¹ Diese wiederum richtet sich insbesondere nach dem Telos des betreffenden Straftatbestands, also im Wesentlichen nach dessen Schutzzweck. Die rechtsgutsbezogenen Komponenten des sozialen Bedeutungsgehalts von Tatbestandsmerkmalen stehen somit immerhin im Kern der erforderlichen wertungsbezogenen Vorsatzgegenstände.⁸¹² Eines dieser notwendigen Auslegung vorangehenden unfruchtbaren Umweges über eine Kategorisierung des betreffenden Straftatbestandes bedarf es hingegen nicht. Ansatzweise wird dabei bereits allgemein klar, dass damit im Wesentlichen – soweit sie im Normtext ihren Niederschlag gefunden haben (Art. 103 Abs. 2 GG!) – schutzzweckorientierte Wertungen der betreffenden Strafnorm – im auch dem Laien verständlichen Umfang – zum Tatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zugeschlagen werden und somit zum Vorsatzgegenstand werden.

Im Markenstrafrecht wird es demnach nicht nur darauf ankommen, die normativen Tatumstände des § 143 MarkenG selbst herauszuarbeiten, sondern auch mit den diesen zugrunde liegenden Wertungen deren Wesenskern. Für die vorsätzliche Verwirklichung des § 143 MarkenG muss der Täter sodann den sozialen Bedeutungsinhalt dieser Wertungen zum Tatzeitpunkt kennen.

⁸⁰⁷ Vgl. KK OWiG-Rengier, § 11, Rn. 3; Puppe, GA 1990, 145, 182; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 15, Rn. 39.

⁸⁰⁸ Nur insoweit ist der Formulierung „Parallelwertung in der Laiensphäre des Täters“ zuzustimmen.

⁸⁰⁹ Nierwetberg, Jura 1985, 238, 239 f.

⁸¹⁰ Vgl. BGHSt 4, 347, 352; KK OWiG-Rengier, § 11, Rn. 15; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 15, Rn. 20 und 43 ff.

⁸¹¹ Vgl. auch Nierwetberg, Jura 1985, 238, 240 f.

⁸¹² Schlichter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, S. 116 und 142 reduziert hingegen die strafrechtlichen Anforderungen an die Kenntnisse des Täters über Wertungen schlichtweg auf diese rechtsgutsbezogenen Komponenten des sozialen Bedeutungsgehalts von Tatbestandsmerkmalen. Sie schneidet damit insofern etwaige Ergebnisse aus der Auslegung des jeweiligen Straftatbestandes von vornherein ab, welche im Einzelfall mittels einer Auslegungsmethode jenseits der teleologischen Auslegung erarbeitet werden könnten.

III. Abgrenzung von Blankettgesetz und normativem Straftatbestandsmerkmal

Im Zusammenhang mit Irrtümern hinsichtlich einerseits Blankettgesetzen und andererseits normativen Straftatbestandsmerkmalen wird vielerorts eine Abgrenzung zwischen diesen beiden Kategorien angestrebt.⁸¹³ Fraglich ist aber, ob eine solche Abgrenzung für die Irrtumslehre überhaupt relevant ist, ob sie durchführbar⁸¹⁴ und darüber hinaus – abgehoben von speziellen einzelnen Problemkonstellationen – nützlich ist.⁸¹⁵

Die Abgrenzung kann jedenfalls mit Blick auf die allgemein gezogenen, grundsätzlich unterschiedlichen Konsequenzen in der Handhabung von Irrtümern in den beiden Kategorien irrtumstheoretisch als relevant angenommen werden. Während ein Irrtum hinsichtlich einer – durch das Mithineinlesen der Ausfüllungsnorm vervollständigten – Blankettstrafnorm grundsätzlich nach allgemeinen Regeln gehandhabt wird, führt bei normativen Tatumständen zusätzlich ein Irrtum über die – diesen zugrunde liegenden – Wertungen ebenfalls zum Vorsatzausschluss gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.

Die Erörterungen der beiden Kategorien haben aber gezeigt, dass bei der Behandlung von Irrtümern in beiden Kategorien systematische Ausnahmen für erforderlich gehalten werden, es also zu weitergehenden kategorieinternen Abgrenzungsproblemen kommt. Es können daher in keinem Fall allein aufgrund der Klassifizierung in eine der beiden Kategorien sichere Aussagen über die rechtlichen Konsequenzen von Irrtümern getroffen werden.⁸¹⁶ Dies könnte nun lediglich ein kategorisch-begriffliches Problem darstellen, welches auf etwas tieferem Abstraktionsniveau einer Lösung zugeführt werden kann, oder die Abgrenzung könnte dadurch insgesamt undurchführbar oder völlig irrelevant werden.

Im Rahmen jedweder Irrtumsproblematik ist – wie bereits ausgeführt – im sachlichen Kern einzig bedeutsam, ob der irrtumsbehaftete Umstand zum Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB gehört. Für die Beantwortung dieser Frage kann allerdings eine kategorisch-begriffliche Abgrenzung von Blankettgesetz und normativem Straftatbestandsmerkmal allenfalls hilfswiese von Bedeutung sein.

Der vermeintliche Gegensatz zwischen Blankettgesetzen und normativen Straftatbestandsmerkmalen löst sich aber ohnehin auf. Ob ein Straftatbestand nämlich als Blankettnorm klassifiziert wird, hat sich für die Irrtumslehre als unerheblich herausgestellt.⁸¹⁷ Eine völlig andere und insbesondere davon unabhängige Frage ist es demgegenüber, ob sich in der durch die blankettausfüllende Norm vervollständigten Strafnorm normative Elemente befinden. Mit diesen kann nämlich schlicht genauso umgegangen werden wie in einer einfachen Norm, welcher

⁸¹³ Statt vieler vgl. Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 103 m.w.N.

⁸¹⁴ Dies wird z.B. prinzipiell von *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen, S. 316, 332, 387 ff. bezweifelt.

⁸¹⁵ Für eine (eingehende) Kritik an der Bedeutsamkeit einer solchen Abgrenzung siehe *Kuhlen*, Irrtum, S. 47 f.

⁸¹⁶ Vgl. dazu auch *Kuhlen*, Irrtum, S. 48 f.

⁸¹⁷ Vgl. oben (Hpttl., 7. Tl., 1. Abschn., C., I.).

jedwede Verweisung fehlt, als bestünde sonach gar kein Zusammenhang mit den typischen Fragen einer Blankettnorm. Der Umstand, dass ein Straftatbestand eine Blankettnorm darstellt, schließt also normative Tatumstände überhaupt nicht aus. Damit entfällt nicht nur die Notwendigkeit einer Abgrenzung, sie ist vielmehr sogar schlicht unmöglich, da sich die beiden Kategorien gar nicht gegenseitig ausschließen, sondern sogar kumuliert in einer Norm respektive einem Normzusammenhang vorliegen können.

Daher kann eine Kategorisierung der markenstrafrechtlichen Normen als entweder Blankettgesetze oder Gesetze mit normativen Tatumständen unterbleiben. Im Folgenden werden vielmehr mittels Auslegungsarbeit an den markenstrafrechtlichen Tatbeständen selbst die diesbezüglichen Irrtumsprobleme unmittelbar in ihrem jeweiligen sachlichen Kern erörtert.

2. Abschnitt: Übertragung der allgemeinen Strafrechtslehren zur Lösung markenstrafrechtlicher Irrtumsprobleme

A. Verwertung der schon erarbeiteten Ergebnisse

Die vorangegangenen – vom Markenstrafrecht weitgehend abstrahierten – Ausführungen zur Identifikation von Tatumstandsirrümern und damit einhergehender Ausgrenzung von Verbotsirrümern haben im Allgemeinen wie auch in speziellen Problemkategorien gezeigt, dass es dabei im Wesentlichen und ohne die Möglichkeit vereinfachender Kategorisierungen stets um die Frage geht, ob ein irrumsbehafteter Umstand zum Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB gehört. Die damit bereits verstreut erarbeiteten Ergebnisse gilt es zuerst im Folgenden zusammenzutragen und zur weitgehenden Lösung markenstrafrechtlicher Irrtumsprobleme zu kombinieren.

Zieht man nun den Gesichtspunkt heran, dass der Tatumstandsirrtum und die kognitive Seite des Vorsatzes – wie oben bereits ausgeführt⁸¹⁸ – die beiden Kehrseiten desselben psychischen Phänomens darstellen, so wird klar, dass bei der obigen Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit im Markenstrafrecht bereits die wesentlichen dieser Umstände – in jenem Zusammenhang als Vorsatzgegenstände bezeichnet – herausgearbeitet wurden. Für die Erörterung der markenstrafrechtlichen Irrtumslehre können diese ohne sachlichen Unterschied alternativ auch als tatbestandliche Irrtumsgegenstände bezeichnet werden. Sämtliche für alle markenstrafrechtliche Tatbestandsvarianten und auch jene nur für einige markenstrafrechtliche Tatbestandsvarianten geltenden Vorsatzgegenstände sind somit in gleicher Weise auch als tatbestandliche Irrtumsgegenstände geeignet. So kann der Vorsatz des Markenrechtsverletzers beispielsweise bezüglich seiner Markenbenutzung „im geschäftlichen Verkehr“ entweder fehlen,

⁸¹⁸ Vgl. oben (Hpttl., 7. Tl., 1. Abschn., A., I.).

weil dieser die dieses Merkmal begründenden äußeren Umstände⁸¹⁹ überhaupt nicht erkennt oder weil er sich fehlerhaft andere äußere Umstände vorstellt, welche das Merkmal „im geschäftlichen Verkehr“ nicht zu begründen geeignet sind.

Für viele der markenstrafrechtlichen Irrtumsgegenstände ergibt sich bereits aus den obigen Ausführungen, dass sie zum Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB gehören. Ein sich darauf beziehender Irrtum stellt somit immer ein Tatumsstandsirrtum dar und führt zu einem Ausschluss des Vorsatzes. Es verbleiben allerdings noch einige markenstrafrechtliche Umstände, bei denen bislang mangels Relevanz für die bisherigen Fragen dahingestellt blieb, ob sie dem Tatbestand zuzuordnen sind. So verhält es sich zum einen bei der im Text des § 143 Abs. 1 MarkenG ausdrücklich aufgeführten Widerrechtlichkeit der Markenbenutzung und zum anderen bei einigen den markenstrafrechtlichen Normen zugrunde liegenden Wertungen.

B. Strafrechtssystematische Verortung der markenstrafrechtlichen Widerrechtlichkeit

Bislang ist noch ungeklärt, welcher strafrechtssystematischen Ebene die im Text des § 143 Abs. 1 MarkenG ausdrücklich aufgeführte Widerrechtlichkeit der Markenbenutzung zuzuordnen ist. Denkbar ist eine Zuordnung zum Tatbestand, aber auch zur Rechtswidrigkeit.

Wie die Ausführungen bei der Entwicklung des Indikatorensystems für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht gezeigt haben, betrifft das Merkmal „widerrechtlich“ in § 143 Abs. 1 MarkenG den Aspekt der Nichtberechtigung des Täters zur Markenbenutzung und damit den Kern der Markenrechtsverletzung.⁸²⁰ Zur Widerrechtlichkeit der Markenbenutzung gehören die fehlende Zustimmung des Markenrechtsinhabers sowie das fehlende Eingreifen geschriebener oder ungeschriebener Schutzschranken.⁸²¹

Nach einer ersten Differenzierungsmöglichkeit erfolgt die strafrechtssystematische Zuordnung des im Text von Strafnormen aufgenommenen Merkmals „widerrechtlich“ je nach seinem Bezugspunkt. Dies soll im Übrigen in gleicher Weise auch für das in Strafnormen alternativ verwendete Merkmal „rechtswidrig“ gelten.⁸²² Danach ist das Merkmal „widerrechtlich“ der Ebene der Rechtswidrigkeit zuzuordnen, wenn es sich – wie z.B. in § 123 StGB und § 240 StGB – auf die Handlung bezieht.⁸²³ Demgegenüber ist es der Ebene des Tatbestands zuzuord-

⁸¹⁹ Vgl. oben (insb. Hpttl., 1. Tl., 5. Abschn., A., I. und Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., I., 3.).

⁸²⁰ Vgl. oben (Hpttl., 6. Tl., 3. Abschn., B., I., 2., a)).

⁸²¹ Siehe dazu auch Begründung des Regierungsentwurfs zum Markenrechtsreformgesetz, BT-Drucksache 12/6581 vom 14.01.1994, S. 53, 125 f.; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 143, Rn. 2. Vgl. auch mit den Ausführungen im allgemeinen Teil dieser Arbeit (Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., I., 4.).

⁸²² Vgl. Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 15, Rn. 21 m.w.N.; *Fischer*, § 17, Rn. 11a.

⁸²³ Vgl. dazu BGHSt 2, 194, 195 f. Vgl. auch *Fischer*, § 123, Rn. 33 f.; § 240, Rn. 38a, der jedoch ausdrücklich darauf hinweist, dass es sich bei § 240 Abs. 2 StGB dogmatisch um eine spezielle Rechtswidrigkeitsregel handelt.

nen, wenn es sich – wie z.B. in § 242 StGB und § 263 StGB – auf ein einzelnes Tatbestandsmerkmal bezieht.⁸²⁴ Demzufolge müsste im markenstrafrechtlichen Zusammenhang bestimmt werden, ob sich das Merkmal „widerrechtlich“ in § 143 Abs. 1 MarkenG auf die Handlung der Markenbenutzung oder auf ein bestimmtes Einzelmerkmal bezieht. Die Stellung des Merkmals „widerrechtlich“ im Normtext vor der Aufführung der einzelnen Tatbestandsvarianten der Markenbenutzung spricht eindeutig dafür, dass sich dieses auf die Handlung der Markenbenutzung insgesamt bezieht. Nach dieser Differenzierungsmöglichkeit wäre das Merkmal „widerrechtlich“ in § 143 Abs. 1 MarkenG daher der Ebene der Rechtswidrigkeit zuzuordnen. Es wäre somit lediglich als Verweis auf die dann als spezielle Rechtfertigungsgründe zu qualifizierenden Aspekte entweder einer Zustimmung des Markenrechtsinhabers oder eines Eingreifens einer geschriebenen oder ungeschriebenen Schutzschranke zu verstehen, welche der Strafbarkeit wegen einer Markenrechtsverletzung entgegenstehen.⁸²⁵

Gegen diese Differenzierungsmöglichkeit spricht allerdings, dass sie ihre Unterscheidung nur formal nach dem jeweiligen Bezugspunkt der „Widerrechtlichkeit“ trifft. Sie orientiert sich damit allenfalls mittelbar, wenn auch in den gängigen Anwendungsfällen zutreffend⁸²⁶, an der strafrechtssystematisch interessierenden Sachfrage, ob diejenigen Aspekte, welche die „Widerrechtlichkeit“ im betreffenden Tatbestand ausmachen, einen Teil des typischen Unrechts darstellen oder ob sie lediglich eine Rechtfertigung verneinen. Besser ist es daher, unmittelbar danach zu fragen, was es mit der „Widerrechtlichkeit“ im jeweils betreffenden Tatbestand auf sich hat. Sollen die Aspekte, welche die „Widerrechtlichkeit“ im betreffenden Tatbestand ausmachen, einen Teil des typischen Unrechts darstellen, so ist die „Widerrechtlichkeit“ dem Tatbestand zuzuschlagen. Sollen diese allerdings lediglich eine – nur für bestimmte Ausnahmekonstellationen vorgesehene – speziell markenstrafrechtliche Rechtfertigung verneinen, so ist die „Widerrechtlichkeit“ der strafrechtssystematischen Ebene der Rechtswidrigkeit zuzuschlagen. Für die Beantwortung dieser Frage muss eine Auslegung des betreffenden Tatbestands erfolgen. Entscheidend ist dabei letztlich dessen Schutzzweck.

Im markenstrafrechtlichen Zusammenhang ist demnach fraglich, ob eine Markenbenutzung unabhängig von einer Zustimmung des Markenrechtsinhabers sowie eines Eingreifens geschriebener oder ungeschriebener Schutzschranken das typische Unrecht der strafbaren Markenrechtsverletzung nach § 143 Abs. 1 Mar-

⁸²⁴ BGHSt 3, 160, 162; 4, 105, 106; 42, 268, 271. Vgl. auch *Fischer*, § 263, Rn. 193.

⁸²⁵ Für die strafrechtsdogmatische Einordnung der dem Schutzrecht Marke entgegenstehenden Gründe aus §§ 20 ff. MarkenG als Rechtfertigungsgründe für die Markenbenutzung siehe auch *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rn. 599.

⁸²⁶ So macht etwa die Rechtswidrigkeit der Zueignung in § 242 StGB (und gleichermaßen in § 249 StGB) oder des Vermögensvorteils in § 263 StGB jeweils einen Teil des typischen Unrechts der betreffenden Strafnormen aus; vgl. BGH GA 1968, 121, 121; *Fischer*, § 242, Rn. 49. Demgegenüber ordnet das Merkmal der Rechtswidrigkeit z.B. in § 240 StGB lediglich die positive Feststellung der Rechtswidrigkeit an; vgl. BGHSt 2, 194, 195; *Fischer*, § 240, Rn. 38a.

kenG bereits hinreichend beschreibt oder ob dazu außerdem die Zustimmung des Markenrechtsinhabers und das Eingreifen etwaiger Schutzschränken fehlen müssen. Weder Wortsinn noch Historie oder Systematik des § 143 Abs. 1 MarkenG lassen darüber einen Schluss zu. Einzig die teleologische Auslegung des § 143 Abs. 1 MarkenG vermag Klärung zu verschaffen. Zur Erörterung steht daher, wie weit die von § 143 Abs. 1 MarkenG geschützten Rechtsgüter, also die Marke selbst und darüber hinaus der Innovations- und Qualitätswettbewerb und der Verbraucherschutz⁸²⁷, strafrechtlich geschützt sein sollen.

Im Hinblick auf das Individualrechtsgut der Marke geht es dabei im Kern um die Abwägung zwischen den Interessen des Markenrechtsinhabers an insbesondere einer weitgehenden Wahrung seines Ausschließlichkeitsrechts an der Marke und dem Interesse des Rechtsverkehrs an einer weitgehenden Nutzungsmöglichkeit von der – durch die Marke ansonsten privatisierten – bezeichnenden Sprache und zeichenhafter Symbole zu bestimmten Zwecken⁸²⁸. Diese Abwägung wird insbesondere auch am Ergebnis der hier vorgenommenen Erörterung deutlich. Versteht man bereits die fremde Markenbenutzung per se als das typische Unrecht hinreichend beschreibend, so befindet sich der über Zustimmung oder Schutzschränken irrende Markenrechtsverletzer lediglich in einem Erlaubnistatumstandsirrhum. Demgegenüber befindet er sich nach anderem Verständnis in einem bereits unmittelbar nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB den Vorsatz ausschließenden Tatumstandsirrhum. Seine Strafbarkeit wird also bereits zu einem strafrechtssystematisch früheren Zeitpunkt verneint, wenn auch beide Verständnisse freilich letztlich zum gleichen Ergebnis führen. So betrachtet zieht das letztere Verständnis das Interesse des Rechtsverkehrs denjenigen des Markenrechtsinhabers insoweit vor. Dies beachtet allerdings die Interessen des Markenrechtsinhabers nur in ihrem auf erstem Blick sich aufdrängenden Schwerpunkt und somit nur vordergründig. Ein Markenrechtsinhaber kann nämlich durchaus neben dem Gesichtspunkt der Wahrung seines Ausschließlichkeitsrechts auch ein Interesse an der Nutzung der Marke gerade auch durch andere haben. Wenn etwa seine eigenen Produktions-, Organisations- oder Vertriebskapazitäten nicht ausreichen, kann er z.B. den Wert seiner Marke zu seinem Vorteil ausbeuten, indem er ihre Nutzung ganz oder teilweise an andere lizenziert (§ 30 MarkenG). Die – freilich entgeltliche – Nutzung von Marken durch andere als dem Markenrechtsinhaber ist sogar – wie bei ande-

⁸²⁷ Vgl. oben (Hpttl., 2. Tl., 4. Abschn.).

⁸²⁸ Das Markenrecht monopolisiert regelrecht Teile der Sprache; vgl. *Albrecht*, GRUR 2000, 648, 649. Diese – bei jedweder Gewährung geistigen Eigentums vorgenommene – Monopolisierung dient dem Innovationsschutz und Investitionsschutz; vgl. *Kirchner*, GRUR Int. 2004, 603 ff. Sie wird als geringeres Übel zur Beseitigung des gravierenderen Übels einer unvergüteten Leistung für die Allgemeinheit durch den besonders innovativen oder kreativen Anbieter hingegenommen; vgl. *Ganea*, GRUR Int. 2005, 102, 103.

ren gewerblichen Schutzrechten auch – ein wirtschaftlicher Normalfall⁸²⁹, keineswegs als typischerweise sozialschädlich zu betrachten und findet ihren Ausdruck auch in den rechtlichen Regeln für die einfache Verfügungsmöglichkeit über Marken⁸³⁰. Die fremde Markenbenutzung ist demnach in vielen typischen Fällen der Rechtswirklichkeit als auch nach normativem Verständnis kein Unrecht.⁸³¹ Damit macht erst die fehlende Zustimmung des Markenrechtsinhabers den Unwert einer fremden Markenbenutzung aus.⁸³² Die fehlende Zustimmung des Markenrechtsinhabers zur fremden Markenbenutzung ist daher für die Beschreibung des typischen Unrechts der strafbaren Markenrechtsverletzung nach § 143 Abs. 1 MarkenG erforderlich.

Die markenrechtlichen Schutzschranken (§§ 20 bis 26 MarkenG)⁸³³ beschreiben in ihrem sachlichen Kern, wie weit das Ausschließlichkeitsrecht des Markenrechtsinhabers an der Marke geht und ab wann das Interesse des Rechtsverkehrs an einer Nutzungsmöglichkeit von der durch die Marke ansonsten privatisierten Sprache und zeichenhafter Symbole eingreift. Bei ihnen ist also die Abwägung zwischen den Interessen des Markenrechtsinhabers und denjenigen des Rechtsverkehrs schon konkretisiert. Diese bereits die gegenläufigen Interessen in Einklang bringende Konkretisierung kann aber nur dann für die hier interessierende Frage beibehalten werden, wenn keine davon abweichenden Erwägungen hinzutreten. Das bedeutet nicht nur, dass die Schutzgrenze selbst übernommen werden muss, sondern auch, dass als normativ gleichwertig angenommen werden muss, ob ein Wort oder ein zeichenhaftes Symbol diesseits oder jenseits der Schutzgrenze verwendet wird. Damit ist ein Gebrauch von ansonsten durch eine Marke privatisierter Sprache und zeichenhafter Symbole jenseits markenrechtlicher Schutzschranken durch einen anderen als den Markenrechtsinhaber, etwa der Gebrauch einer gem. § 24 MarkenG erschöpften Marke, genauso sozialadäquat wie die Markenbenutzung durch den Markenrechtsinhaber selbst. Er stellt keineswegs ein Unrecht dar.⁸³⁴ Ohne die Berücksichtigung der markenrechtlichen Schutzschranken kann somit der deliktstypische Unwertgehalt von Markendelikten nicht vollständig erfasst werden.⁸³⁵ Daher ist das fehlende Eingreifen von Schutzschranken

⁸²⁹ Vgl. auch *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 54 f. m.w.N., der insbesondere die Lizenzierung sogar als eine der wesentlichen Formen der wirtschaftlichen Verwertung von gewerblichen Schutzrechten ansieht.

⁸³⁰ Die §§ 27 bis 31 MarkenG regeln insgesamt die Marke als einen Gegenstand des Vermögens des Markenrechtsinhabers. Vgl. *Foerster*, MarkenG, Vorb. § 27, Rn. 1 f. Vgl. auch oben (Hpttl., 1. Tl., 4. Abschn., C.).

⁸³¹ So im Ergebnis auch *Schäweke*, Markenpiraterie, S. 177 f., der allerdings dazu den unnötigen Umweg einer Klassifizierung der Zustimmung des Markenrechtsinhabers als tatbestandsausschließendes Einverständnis in Abgrenzung zur lediglich rechtfertigenden Einwilligung geht. Diesen Umweg geht auch *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 53 ff.

⁸³² Vgl. auch *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 55.

⁸³³ Siehe oben (Hpttl., 1. Tl., 4. Abschn., B.).

⁸³⁴ Vgl. dazu *Schäweke*, Markenpiraterie, S. 177, der zum selben Ergebnis kommt.

⁸³⁵ Vgl. auch *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 93.

für die Beschreibung des typischen Unrechts der strafbaren Markenrechtsverletzung nach § 143 Abs. 1 MarkenG erforderlich.

Bei den beiden von § 143 Abs. 1 MarkenG daneben geschützten kollektiven Rechtsgütern des Innovations- und Qualitätswettbewerbs und des Verbraucherschutzes geht es um einen Schutz der Institution der Marke. Es muss also lediglich sichergestellt werden, dass es überhaupt Markenrechte gibt. Dies bedeutet zwar, dass es sich insoweit um eine absolute Schutznotwendigkeit handelt. Um einen absoluten Schutz in Bezug auf die Institution der Marke zu erreichen, bedarf es allerdings nur sehr geringer Anforderungen in Bezug auf die konkreten Ausgestaltungen der strafrechtlichen Schutzweite des Markenrechts selbst. Die Schutzweite kann demnach ohne weiteres mit der oben erarbeiteten gleich laufen. Den geschützten Kollektivrechtsgütern eigene Erwägungen zur strafrechtlichen Schutzweite des Markenrechts sind darüber hinaus nicht ersichtlich. Die Berücksichtigung des Aspekts, dass § 143 Abs. 1 MarkenG neben dem Ausschließlichkeitsrecht des Markenrechtsinhabers an seiner Marke auch die Kollektivrechtsgüter des Innovations- und Qualitätswettbewerbs und des Verbraucherschutzes schützt, ergibt daher keine Änderungen in der hier erörterten Sachfrage. Es bleibt daher dabei, dass die fehlende Zustimmung des Markenrechtsinhabers zur fremden Markenbenutzung als auch das fehlende Eingreifen von Schutzschranken für die Beschreibung des typischen Unrechts der strafbaren Markenrechtsverletzung nach § 143 Abs. 1 MarkenG erforderlich sind.

Das Merkmal „widerrechtlich“ in § 143 Abs. 1 MarkenG ist daher Straftatbestandsmerkmal i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.⁸³⁶ Irrt sich also der Markenrechtsverletzer zu seinen Gunsten über die markenrechtliche Zustimmung des Markenrechtsinhabers zur Benutzung der Marke, sei es bereits eine Fehlvorstellung über die Notwendigkeit einer Zustimmung oder eine Fehlvorstellung über die Wirksamkeit und die Reichweite der tatsächlich erfolgten Zustimmung, so ist sein diesbezüglicher Vorsatz ausgeschlossen. Gleichermaßen ist der Vorsatz ausgeschlossen, wenn sich der Markenrechtsverletzer über das Eingreifen von markenrechtlichen Schutzschranken zu seinen Gunsten irrt.

C. Zugehörigkeit marken(straf)rechtlicher Wertungen zum Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB

I. Identifikation markenstrafrechtlicher Tatbestandsmerkmale mit originärer und erörterungsrelevanter normativer Prägung

Die durch die blankettausfüllenden Normen ergänzten markenstrafrechtlichen Normen lassen bereits nach ihrem Wortsinn einige normative Elemente vermuten. Im Folgenden sollen zunächst diejenigen markenstrafrechtlichen Tatbe-

⁸³⁶ So im Ergebnis auch *Schivek*, Markenpiraterie, S. 178; *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 93. Ebenso, allerdings ohne jede Begründung: *Ekey/Klippel/Ekey*, HK-MarkenR, § 143, Rn. 8.

standsmerkmale identifiziert werden, deren normative Prägung originär und für die hier erörterte Frage relevant ist. Im zweiten Schritt sollen die deren normativem Anteil zugrunde liegenden markenstrafrechtlichen Wertungen herausgearbeitet werden. Erst dann kann anhand der bereits allgemein entwickelten Gesichtspunkte mittels weitergehender Auslegungsarbeit ergründet werden, welche Teile des Inhalts dieser Wertungen zum Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB gehören.

Die obigen allgemeinen Ausführungen zu normativen Tatumsständen haben gezeigt, dass Straftatbestandsmerkmale neben deskriptiven immer auch normative Elemente beinhalten.⁸³⁷ Somit sind sämtliche markenstrafrechtlichen Tatbestandsmerkmale zumindest in einem Mindestmaß auch normativ geprägt. Die normative Prägung mancher der markenstrafrechtlichen Tatbestandsmerkmale ist allerdings – nicht etwa wegen ihrer Geringfügigkeit, sondern aus qualitativen Gesichtspunkten – für die hier erörterte Frage unbedeutend oder wiederholt nur den normativen Gehalt anderer Merkmale. Diese Tatbestandsmerkmale gilt es vorab auszuschließen, um die folgenden Erörterungen auf die relevanten markenstrafrechtlichen Tatbestandsmerkmale mit originären normativen Bestandteilen konzentrieren zu können.

Die markenstrafrechtlichen Tatbestandsmerkmale der Markenbenutzung als Verletzungshandlung und der Begehung durch einen „Dritten“ beschreiben weitestgehend rein deskriptive Tatumsstände. Dazu gehört bei der Verletzungshandlung unter anderem auch die Marke als tatsächliches Phänomen. Die beiden Tatbestandsmerkmale haben aber auch normative Anteile. So liegen ihnen freilich zuallererst die grundlegenden marken(straf)rechtlichen Wertungen zugrunde, dass es überhaupt Marken als rechtliche Institution gibt und dass außerdem Markenrechte einer bestimmten Person ausschließlich zugeordnet sind. Diese normativen Aspekte gehören allerdings der Sache nach und daher originär zu den Merkmalen, welche in den speziellen Tatvarianten der § 143 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 MarkenG die verschiedenen Markenverletzungsarten beschreiben und sich somit positiv mit der Marke als Tatobjekt beschäftigen, und zum Merkmal „ohne Zustimmung des Inhabers der Marke“, welches sich positiv unter anderem mit dem Markenrechtsinhaber auseinandersetzt. Bei der Verletzungshandlung und beim Merkmal der Begehung durch einen „Dritten“ werden diese normativen Aspekte lediglich – teils spiegelverkehrt – wiederholt. Die hier erörterte Frage nach der Zugehörigkeit von Wertungen zum Tatbestand kann daher hinsichtlich dieser normativen Aspekte getrost im Zusammenhang mit den Tatbestandsmerkmalen erörtert werden, zu denen diese originär gehören. Weiterhin liegt dem Merkmal der Begehung durch einen „Dritten“ die marken(straf)rechtliche Wertung zugrunde, dass der Markenrechtsinhaber niemals eine Markenverletzung begehen können soll, selbst

⁸³⁷ Siehe oben (Hpttl., 7. Tl., 1. Abschn., C., II., 2.).

wenn er z.B. eine ausschließliche Lizenz verletzt⁸³⁸. Ob aber ein Täter diese Wertung kennt oder nicht, ist für seinen Vorsatz von vornherein unbedeutend. Für einen vom Markenrechtsinhaber personenverschiedenen Täter greift nämlich diese Wertung überhaupt nicht ein, da sie ihn und seine Handlung überhaupt nicht betrifft. Nimmt er demgegenüber irrig an, er sei der Markenrechtsinhaber, so ist Gegenstand seines Irrtum nicht etwa die erwähnte Wertung, sondern vielmehr die Inhaberschaft der Marke (§ 7 MarkenG). Der – etwa lizenzverletzende – Markenrechtsinhaber selbst ist unabhängig von seiner Kenntnis dieser Wertung nicht strafbar. Er kann allenfalls einem unerheblichen Wahndelikt unterliegen, wenn er sich über diese Wertung irrt.⁸³⁹ Daher ist es für die markenstrafrechtliche Irrtumslehre irrelevant, zu erörtern, ob diese Wertung zum Tatbestand gehört oder nicht. Es kommt also nicht darauf an, ob eine Kenntnis dieser Wertung notwendig ist, um ein typisches Unrecht zu begründen. Weitere Wertungen, welche den markenstrafrechtlichen Tatbestandsmerkmalen der Markenbenutzung als Verletzungshandlung und der Begehung durch einen „Dritten“ zugrunde liegen könnten, sind nicht ersichtlich. Diese beiden Tatbestandsmerkmale scheiden daher von der weiteren Erörterung wegen ihrer diesbezüglichen Bedeutungslosigkeit aus.

Demgegenüber umfassen die verbleibenden markenstrafrechtlichen Tatbestandsmerkmale neben ihren rein deskriptiven Tatumständen auch originäre und für die hier erörterte Frage relevante normative Tatumstände.⁸⁴⁰ Dies sind insbesondere die Merkmale, welche in den speziellen Tatvarianten die verschiedenen Markenverletzungsarten beschreiben und sich somit mit dem Markenrecht als Tatobjekt beschäftigen⁸⁴¹, sowie die markenstrafrechtlichen Tatbestandsmerkmale „im geschäftlichen Verkehr“, die Verwechslungsgefahr nach §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG⁸⁴², die Inlandsbekanntheit der Marke nach

⁸³⁸ Vgl. *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 14, Rn. 51. In einem solchen Fall soll nach der eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung lediglich eine Vertragsverletzung vorliegen.

⁸³⁹ Zur Figur des Wahndelikts siehe *Kühl*, AT, § 15, Rn. 18 und 97 ff.; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben*, § 16, Rn. 25; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22, Rn. 69, 78 ff.

⁸⁴⁰ Um der Gefahr zu begegnen, dass der hier verwendete Ausdruck der normativen Tatumstände dergestalt fehl interpretiert wird, dass er etwas Faktisches andeute, könnte anstelle dessen klarstellend auch der Ausdruck der normativen Tatanteile verwendet werden.

⁸⁴¹ *Schulz*, Marken(artikel)piraterie, S. 149 sieht in der – nach ihr offenbar allumfassend zu verstehenden – Reichweite des markenrechtlichen Benutzungsbegriffs ganz allgemein ein normatives Tatbestandsmerkmal. Unklar, aber inzident wohl differenzierend: *Ingerl/Rohnke*, § 143, Rn. 6. *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 107 kategorisiert ganz allgemein den Begriff der Marke insgesamt „trotz ihrer sinnlichen Wahrnehmbarkeit“ als ein normatives Tatbestandsmerkmal.

⁸⁴² Teils wird die markenstrafrechtliche Verwechslungsgefahr ganz allgemein als ein normatives Tatbestandsmerkmal klassifiziert; *Hacker*, in: *Ströbele/Hacker*, MarkenG, § 143, Rn. 22; *Schulz*, Marken(artikel)piraterie, S. 149; v. *Zumbusch*, in: v. *Schultz*, Markenrecht, § 143 MarkenG, Rn. 6. Demgegenüber wird weit überwiegend in der Verwechslungsgefahr zwar kein empirischer Tatsachenbegriff, sondern ein normativer Begriff gesehen. Für die Einordnung eines diesbezüglichen Irrtums werden aber Irrtümer über tatsächliche Feststellungen bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr und solche über rechtliche Voraussetzungen der Verwechslungsgefahr un-

§§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG und das markenstrafrechtsspezifische Merkmal „widerrechtlich“⁸⁴³, welches das Merkmal „ohne Zustimmung des Inhabers der Marke“ und das fehlende Eingreifen geschriebener oder ungeschriebener Schutzschranken umfasst. Beim Merkmal „widerrechtlich“ in § 143 Abs. 1 MarkenG ist zudem bemerkenswert, dass die obige Erörterung dieses zwar dem Tatbestand zugeschlagen hat. Offen blieb allerdings die hier interessierende (weitergehende) Frage, welche der dem Merkmal „widerrechtlich“ in § 143 Abs. 1 MarkenG zugrunde liegenden Wertungen zum Tatbestand gehören.

II. Den normativen Elementen zugrunde liegende marken(straf)rechtliche Wertungen

Die Merkmale, welche in den speziellen Tatvarianten der § 143 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 MarkenG die verschiedenen Markenverletzungsarten beschreiben, befassen sich in erster Linie mit der Marke als Tatobjekt. Die marken(straf)rechtlichen Wertungen, welche der Marke zugrunde liegen, gehen weit über den bereits erwähnten normativen Gesichtspunkt hinaus, dass es überhaupt Marken als rechtliche Institution gibt. So liegen der Marke (als Rechtsinstitut) alle Wertungen zugrunde, welche mit dem Bestehen des Markenschutzes⁸⁴⁴ zusammenhängen. Dazu gehören vorgelagert bereits die Wertungen im Zusammenhang mit der Markenfähigkeit eines Zeichens (§ 3 MarkenG), also die normativen Erwägungen zur grundsätzlichen Eignung von bestimmten Zeichen als Marke und die grundsätzliche Sinnhaftigkeit einer monopolisierenden Privatisierung dieser. Ferner gehören dazu die Wertungen im Zusammenhang mit der Entstehung des Markenrechts (§ 4 MarkenG), z.B. die Gleichwertigkeit der drei Erwerbstatbestände⁸⁴⁵, die Wertungen im Zusammenhang mit den Schranken des Markenschutzes (§§ 20 ff. MarkenG)⁸⁴⁶, z.B. die berechtigten Gründe als Voraussetzung der Schranken-Schranke des § 24 Abs. 2 MarkenG⁸⁴⁷ und der Benutzungszwang⁸⁴⁸, die Wertungen im Zusammenhang mit

terschieden. Somit wird bei der Einordnung der markenstrafrechtlichen Verwechslungsgefahr weit überwiegend differenzierend vorgegangen; *Fezzer*, MarkenR, § 143 MarkenG, Rn. 23; *Holler*, in: *Harte-Bavendamm*, Markenpiraterie, § 5, Rn. 155; *Ingerl/Robnke*, § 143, Rn. 6; *Schweke*, Markenpiraterie, S. 193 m.w.N.; *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 110 f. m.w.N.

⁸⁴³ *Schuhmacher*, Marken(artikel)piraterie, S. 149 kategorisiert die markenstrafrechtliche Widerrechtlichkeit ganz allgemein als ein normatives Tatbestandsmerkmal. *Schulz*, Markenstrafrecht, S. 116 bezeichnet jedenfalls die im Zusammenhang mit der markenstrafrechtlichen Widerrechtlichkeit zu erörternden „berechtigten Gründe“ in § 24 Abs. 2 MarkenG als ein normatives Tatbestandsmerkmal.

⁸⁴⁴ Siehe dazu im allgemeinen Teil der vorliegenden Arbeit (Hpttl., 1. Tl., 4. Abschn.).

⁸⁴⁵ *Fezzer*, MarkenR, § 4 MarkenG, Rn. 1, 21 und 223.

⁸⁴⁶ Dabei interessiert im Übrigen die Verjährung von markenrechtlichen Ansprüchen (§ 20 MarkenG) für das Markenstrafrecht nicht, da § 143 MarkenG nicht etwa auf die Ansprüche, sondern nur auf deren Voraussetzungen verweist. Für das Markenstrafrecht sind daher lediglich die allgemeinen strafrechtlichen Verjährungsregeln nach § 78 ff. StGB von Bedeutung.

⁸⁴⁷ Diese berechtigten Gründe können sich aus der gesamten Rechtsordnung mit all ihren Wertungen ergeben, sofern diese einen insofern erweiterten Markenschutz rechtfertigen. Zu diesem

der Übertragung und Verwertung (§§ 27, 29 f. MarkenG), im Wesentlichen die Disponibilität von Marken, die Wertungen im Zusammenhang mit dem Auslaufen der Schutzdauer (§ 47 Abs. 6 MarkenG), also der zeitlichen Beschränktheit des Markenrechts mit fortwährender optionaler Verlängerung, und die Wertungen im Zusammenhang mit dem Verzicht, dem Verfall sowie der Nichtigkeit (§§ 48, 49 und 50 f. MarkenG), also die bedingte Nichtbeständigkeit von Marken. Bei all diesen der Marke als rechtlicher Institution zugrunde liegenden Wertungen geht es im Kern immer wieder um den schon angeführten⁸⁴⁹ – für das Marken(straf)recht wesentlichen – normativen Aspekt, wie weit die Interessen eines Markenrechtsinhabers an insbesondere einer weitgehenden Wahrung seines Ausschließlichkeitsrechts an der Marke greifen und ab wann dem Interesse des Rechtsverkehrs an einer weitgehenden Nutzungsmöglichkeit von der durch die Marke ansonsten privatisierten bezeichnenden Sprache und zeichenhafter Symbole zu bestimmten Zwecken Vorrang eingeräumt wird.

Das zur speziell markenstrafrechtlichen Widerrechtlichkeit gehörende Merkmal „ohne Zustimmung des Inhabers der Marke“ betrifft den Aspekt der Nichtberechtigung des Täters zur Markenbenutzung. Es setzt sich unter anderem mit dem Markenrechtsinhaber auseinander. Dem liegt – wie bereits erwähnt – die marken(straf)rechtliche Wertung zugrunde, dass Markenrechte einer bestimmten Person ausschließlich zugeordnet sind. Diese Wertung teilt sich – wie beim Eigentum – in eine positive Zuweisungsfunktion und eine negative Ausschlussfunktion. Weiterhin kommt es beim Merkmal „ohne Zustimmung des Inhabers der Marke“ selbstredend auch auf die eigentliche Zustimmung des Markenrechtsinhabers an. Dies beruht auf der Wertung, dass Marken disponibel sind. Diese Wertung hat sich auch bereits als dem Bestehen des Markenschutzes zugrunde liegend herausgestellt.

Das ebenfalls zur speziell markenstrafrechtlichen Widerrechtlichkeit gehörende fehlende Eingreifen von Schutzschränken betrifft gleichermaßen den Aspekt der Nichtberechtigung des Täters zur Markenbenutzung. Die normativen Inhalte bezüglich des fehlenden Eingreifens von Schutzschränken gehören zwar originär zur markenstrafrechtlichen Widerrechtlichkeit. Ihr exaktes Spiegelbild ist allerdings schon vorangehend bei den Wertungen im Zusammenhang mit dem Bestehen des Markenschutzes der Marke (als Rechtsinstitut) behandelt worden. Ihre weitere Erörterung erübrigt sich daher.

Das markenstrafrechtliche Tatbestandsmerkmal der Markenbenutzung „im geschäftlichen Verkehr“ besteht weitgehend aus den deskriptiven Tatumständen, welche den durch das Markenrecht geregelten Lebensbereich positiv ausma-

hier als Schranken-Schranke bezeichneten generalklauselartigen Ausnahmetatbestand der kennzeichenrechtlichen Erschöpfung auch *Fezzer*, MarkenR, § 24 MarkenG, Rn. 33 ff.

⁸⁴⁸ Umfassend dazu *Fezzer*, MarkenR, § 26 MarkenG, Rn. 1 ff.

⁸⁴⁹ Siehe oben bei der strafrechtssystematischen Verortung der markenstrafrechtlichen Widerrechtlichkeit (Hpttl., 7. Tl., 2. Abschn., B.).

chen⁸⁵⁰. Es beinhaltet aber auch negativ den normativen Tatumstand, dass andere – also nichtkommerzielle – Lebensbereiche vom Regelungsbereich des Markenrechts ausgeklammert sein sollen. Dieser normative Tatumstand gibt insbesondere im Grenzbereich den Ausschlag. Allein durch diesen normativen Aspekt kann im Einzelfall entschieden werden, ob nach der äußeren Beschreibung ähnliche Vorgänge unter das Merkmal „im geschäftlichen Verkehr“ zu subsumieren sind, etwa das Verschenken von Plagiaten an Geschäftsfreunde⁸⁵¹ oder das Einführen von nicht unerheblichen Mengen an Plagiaten entweder zum geschäftsmäßigen Vertrieb oder zum Eigengebrauch und Verschenken⁸⁵². Die dem Merkmal „im geschäftlichen Verkehr“ zugrunde liegende Wertung geht somit dahin, dass ein Markenrechtsschutz nur im kommerziellen Umfeld bestehen soll. Da das kommerzielle Umfeld in diesem Zusammenhang recht weit zu fassen ist⁸⁵³, schwindet allerdings die Relevanz dieser Wertung erheblich. Diese Wertung ist zudem letztlich nur eine spezielle Ausgestaltung des für das Markenrecht zentralen normativen Aspekts, wie weit die Interessen eines Markenrechtshabers an der Marke greifen und ab wann das Interesse des – in diesem Fall nichtkommerziellen – Rechtsverkehrs eingreift.

In der Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG wird zusätzlich das Merkmal der Doppelidentität vorausgesetzt. Diesem liegt über die bereits angeführten Wertungen im Zusammenhang mit der Marke als Tatobjekt hinaus keine weitere originäre Wertung zugrunde.

Die Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bezweckt einen – vom ureigentlichen engen Schutzbereich der Marke und der von dieser erfassten Produkte abgehobenen – (erweiterten) Schutz der Kennzeichnungskraft der Marke. Der von dieser Tatbestandsvariante zusätzlich geforderten Verwechslungsgefahr⁸⁵⁴ liegt die Wertung zugrunde, dass der (erweiterte) Schutz der Kennzeichnungskraft der Marke lediglich – wenn auch inhaltlich weit gefasst – für – neben tatsächlichen auch nach normativen Gesichtspunkten zu beurteilende – Fälle gilt, in denen die Herkunftsidentität oder Produktidentität assoziativ fehlerhaft zugerechnet werden können⁸⁵⁵. Diese Wertung stellt also eine normative Korrektur des ansonsten – unter normativem Blickwinkel – zu Lasten des Rechtsverkehrs zu stark erweiterten Schutzes der Kennzeichnungskraft der Marke dar. Auch diese Wertung stellt somit wiederum eine spezielle Ausprägung des bereits mehrfach angeführten zentralen normativen Aspekts des Interessenabgleichs zwischen Markenrechtshaber und Rechtsverkehr dar.

⁸⁵⁰ Siehe dazu oben im allgemeinen Teil dieser Arbeit (Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., I., 3.).

⁸⁵¹ Vgl. dazu OLG Stuttgart wistra 1999, 152, 153 f.

⁸⁵² LG Mannheim WRP 1999, 1057 – „JOOP!“.

⁸⁵³ Vgl. *Fezer*, MarkenG, § 14, Rn. 24.

⁸⁵⁴ Zum Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr siehe oben im allgemeinen Teil dieser Arbeit (Hpttl., 1. Tl., 5. Abschn., A., I. und Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., II., 2.).

⁸⁵⁵ Zur Verwechslungsgefahr als markenfunktionale Gefahr siehe *Fezer*, MarkenG, § 14, Rn. 263 ff.

Die Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG erstrebt einen – vom ureigentlichen engen Schutzbereich der Marke ein wenig und von den durch die Marke erfassten Produkten völlig abgehobenen – (erweiterten) Schutz der Unterscheidungskraft und Wertschätzung der Marke vor einer Ausnutzung oder Beeinträchtigung. Dem von dieser Tatbestandsvariante zusätzlich geforderten Merkmal einer Inlandsbekanntheit der Marke⁸⁵⁶ liegt die Wertung zugrunde, dass der (erweiterte) Schutz der Unterscheidungskraft und Wertschätzung der Marke lediglich für – neben tatsächlichen auch nach normativen Gesichtspunkten zu beurteilende – Fälle gilt, in denen die Marktrealität wegen entsprechender Marktdurchdringung der Marke dieser überhaupt eine hinreichende Unterscheidungskraft und Wertschätzung verleiht. Diese Wertung stellt also eine normative Korrektur des ansonsten – unter normativem Blickwinkel – zu Lasten des Rechtsverkehrs zu stark erweiterten Schutzes der Unterscheidungskraft und Wertschätzung der Marke dar. Auch diese Wertung stellt somit nochmals eine spezielle Ausprägung des normativen Aspekts eines Interessenabgleichs zwischen Markenrechtsinhaber und Rechtsverkehr dar.

Den verbleibenden Merkmalen der Tatbestandsvarianten des § 143 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG (mittelbare Markenverletzungen) liegen demgegenüber keine weiteren originären Wertungen zugrunde.

III. Zuordnung von marken(straf)rechtlichen Wertungsinhalten zum Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB

Für die Behandlung von Irrtümern über die soeben herausgearbeiteten markenstrafrechtlichen Wertungen ist entscheidend, welche Teile des Inhalts dieser Wertungen zum Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB gehören. Dafür ist zunächst zentral, dass die Kenntnis dieses zu bestimmenden Ausschnitts von Wertungsinhalten zum typischen Unrecht der betreffenden Strafnorm gehören muss. Das Bewusstsein des Markenstraftäters über die betreffenden einzelnen markenstrafrechtlichen Wertungsinhalte muss also konstituierend sein für den markenstrafrechtlichen Deliktstypus. Zur Gegenkontrolle bietet sich die Überlegung an, ob typische Fälle in der markenstrafrechtlichen Rechtswirklichkeit denkbar sind, die auch ohne die Kenntnis der betreffenden Wertungen bereits als typisches Unrecht bezeichnet werden können.

Ferner wurde bereits in den allgemeinen Ausführungen erörtert⁸⁵⁷, dass für die kognitive Seite des Vorsatzes nur eine Kenntnis derjenigen Teile der Inhalte von Wertungen verlangt werden kann, welcher ein Laie zu verstehen vermag. Ein Markenstraftäter muss also keineswegs die herausgearbeiteten markenstrafrechtlichen Wertungen umfassend kennen, schon gar nicht ihrem Begriff nach. Für seinen Vorsatz genügt es vielmehr, dass er die von der markenstrafrechtlichen Tat-

⁸⁵⁶ Dazu siehe oben im allgemeinen Teil dieser Arbeit (Hpttl., 4. Tl., 1. Abschn., B., II., 3.).

⁸⁵⁷ Siehe im Kapitel über Irrtümer und normative Tatbestandsmerkmale (insb. Hpttl., 7. Tl., 1. Abschn., C., II., 3.).

bestandsbeschreibung gemeinte Situation in ihrer allgemeinverständlichen sozialen Bedeutung erkennt.

Im Folgenden geht es demnach darum, durch weitergehende Auslegungsarbeit an den markenstrafrechtlichen Normen, insbesondere anhand des Schutzzwecks des § 143 Abs. 1 MarkenG, diejenigen Teile der Inhalte der herausgearbeiteten markenstrafrechtlichen Wertungen zu bestimmen, deren Kenntnis zum typischen Unrecht der betreffenden markenstrafrechtlichen Norm gehört und welche die von der markenstrafrechtlichen Tatbestandsbeschreibung gemeinte Situation in ihrer sozialen Bedeutung hinreichend, aber allgemeinverständlich beschreiben. Genau diese Teile gehören zum Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.

Als die herausragende Wertung für das Marken(straf)recht hat sich der mehrfach angeführte zentrale normative Aspekt des Interessenabgleichs zwischen Markenrechtsinhaber und Rechtsverkehr herauskristallisiert. In diesem Interessenausgleich findet sich bereits der wesentliche Schutzzweck des § 143 Abs. 1 MarkenG wieder, nämlich der Schutz des Ausschließlichkeitsrechts des Markenrechtsinhabers. Um von einer typischerweise sozialschädlichen Markenrechtsverletzung reden zu können, muss dem Täter dieser Interessenabgleich bekannt sein. Fraglich ist aber das Ausmaß dessen, was dem Täter von diesem Interessenabgleich im Einzelnen bekannt sein muss, was also die soziale Bedeutung einerseits hinreichend beschreibt, aber andererseits allgemeinverständlich ist. Auf dieser hohen Abstraktionsstufe ist darüber nur die Aussage möglich, dass der Täter diesen Interessenabgleich in seinen wesentlichen Zügen kennen muss. Die wesentlichen Gesichtspunkte dieses Interessenabgleichs gehören demnach zum deliktstypischen Unwertgehalt der Markenstrafnormen und daher zu deren Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Erst auf der niedrigeren Abstraktionsstufe der ganz unterschiedlichen – im Folgenden zu untersuchenden – wertungsmäßigen Ausprägungen dieses Interessensabgleichs werden sodann präzisere Aussagen über die für einen Vorsatz erforderlichen Kenntnisse einzelner Wertungsinhalte möglich, was also die besagten wesentlichen Züge des Interessenabgleichs im Einzelnen sind.

Soweit sich ein Markendeliktstäter schon nicht darüber im Klaren ist, dass es überhaupt Marken als rechtliche Institution gibt, kann nicht die Rede davon sein, er verwirkliche typisches Unrecht. Das Bewusstsein des Markenstraftäters über diesen normativen Gesichtspunkt ist daher konstituierend für den deliktstypischen Unwert aller Markenstrafrechtsnormen. Dieser normative Nukleus des Marken(straf)rechts ist auch ohne weiteres – jedenfalls was seinen hier allein maßgeblichen Inhalt betrifft – jedem Laien verständlich. Dieser Teil marken(straf)rechtlicher Wertungsinhalte ist daher im Markenstrafrecht allen Straftatbeständen i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zuzuordnen.

Schwieriger ist diese Beurteilung bei den normativen Erwägungen zur grundsätzlichen Eignung von bestimmten Zeichen als Marke und der grundsätzlichen Sinnhaftigkeit einer monopolisierenden Privatisierung dieser. Eine Kenntnis der dafür herangezogenen Wertungen ist für das typische Unrecht von Markenrechts-

delikten durchaus konstituierend. Von einem Laien kann allerdings nur eine Kenntnis eines Kerns dieser normativen Erwägungen erwartet werden, und zwar soweit es um typische Markensymbole und um Schriftzüge als Marken geht. Diese Wertungen können den markenrechtlichen Straftatbeständen i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zugeordnet werden. Auf die Kenntnis auch der weitergehenden Wertungen in diesem Zusammenhang kann es hingegen für einen Vorsatz im Markenstrafrecht nicht ankommen. Anderenfalls würden Laien gegenüber Rechtskundigen insoweit stets privilegiert werden, da ihnen diesbezüglich eher ein vorsatzaus-schließender Irrtum zugute käme. Damit schließt ein Irrtum über die aufgeführte zentrale und rudimentäre Wertung, soweit es also um typische Markensymbole und um Schriftzüge als Marken geht, den Vorsatz aus, aber ein Irrtum über eine darüber hinausgehende periphere Wertung lässt den Vorsatz unberührt. Dies ist allerdings keineswegs ungewöhnlich, und schon gar keine normative Schiefelage. So bedarf es z.B. auch im Zusammenhang mit § 242 Abs. 1 StGB für den Vorsatz des Täters bezüglich der Fremdheit der beweglichen Sache lediglich der Kenntnis der zentralen und rudimentären Wertung, dass die betreffende Sache ihm nicht allein gehört, und schließt ein Irrtum über periphere Wertungen, etwa im Zusammenhang mit einem die Sache belastenden Anwartschaftsrecht, für sich genommen den Vorsatz nicht aus. Im hier erörterten markenstrafrechtlichen Zusammenhang löst sich dieses Problem aber ohnehin praktisch auf. Irrt sich nämlich ein Markenstraftäter über im Zusammenhang mit der Marke als Tatobjekt stehende periphere Wertungen, so wird er sich regelmäßig auch bereits über die diesbezüglich rein deskriptiven Umstände irren, also schlichtweg bereits die Marke phänomenologisch als Tatobjekt verkennen. Sein Vorsatz ist in einem solchen Fall bereits deshalb ausgeschlossen.

Ferner sind keine Gründe ersichtlich, warum sich ein Täter über die Wertung bewusst sein soll, dass die drei markenrechtlichen Erwerbstatbestände gleichwertig sind. Vielmehr kann auch ohne eine solche Kenntnis des Täters über diesen normativen Umstand von einem durch ihn verwirklichten typischen Unrecht die Rede sein. Denn für die Markenstraftat kommt es insofern allein darauf an, ob ein Markenrecht besteht. Wie dieses erworben wurde und ob es daneben eine gleichwertige Erwerbsvariante gegeben hätte, ist hingegen insofern bedeutungslos. Der normative Aspekt der Gleichwertigkeit der drei markenrechtlichen Erwerbstatbestände steht daher außerhalb der markenrechtlichen Straftatbestände i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Ein Irrtum darüber berührt demnach den Vorsatz nicht.

Die berechtigten Gründe als Voraussetzung in § 24 Abs. 2 MarkenG, welcher einen generalklauselartigen Ausnahmetatbestand der kennzeichenrechtlichen Erschöpfung darstellt, können sich aus der gesamten Rechtsordnung mit all ihren Wertungen ergeben, sofern diese einen insofern erweiterten Markenschutz rechtfertigen.⁸⁵⁸ Angesichts dieser Weite können freilich nur die wesentlichen dieser

⁸⁵⁸ Siehe dazu oben (Hpttl., 7. Tl., 2. Abschn., C., II.).

Wertungen den markenrechtlichen Straftatbeständen i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zugeordnet werden. Irrt sich etwa ein Zwischenhändler eines Markenprodukts über die zentrale Wertung, dass durch das Markenrecht (mittels des Erschöpfungsausschlusses) ein Schutz der Produktidentität auf allen Vermarktungsstufen beabsichtigt ist⁸⁵⁹, und verändert somit bedenkenlos das von ihm erworbene Markenprodukt vor dessen Weitervertrieb, so handelt er bereits deshalb ohne Vorsatz. Irrt er sich allerdings lediglich über das genaue normativ geprägte Ausmaß des beabsichtigten Schutzes der Produktidentität und verändert das Markenprodukt ausschließlich aufgrund dieser Fehleinschätzung mehr als für die Wahrung der Identifizierungsfunktion der Marke zuträglich, so bleibt sein Vorsatz unberührt.

Demgegenüber ist die Kenntnis der weiteren mit der Marke als Tatobjekt im Zusammenhang stehenden Wertungen unablässig, wenn von einem vorsätzlichen Markendelikt die Rede sein soll. Zu diesen Wertungen gehören der Benutzungszwang, die Disponibilität von Marken, die zeitliche Beschränktheit des Markenrechts mit fortwährender optionaler Verlängerung und die bedingte Nichtbeständigkeit von Marken. Diese Wertungen sind zudem insgesamt einfach verständlich. Die Kenntnis über sie ist daher vollumfänglich konstituierend für das markendeliktstypische Unrecht. Diese kenntnisgegenständlichen Wertungen gehören daher zu den markenrechtlichen Straftatbeständen i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Genau das Gleiche gilt für die Wertungen, welche mit dem Tatbestandsmerkmal „ohne Zustimmung des Inhabers der Marke“ verknüpft sind. Die Wertung, dass Markenrechte einer bestimmten Person ausschließlich zugeordnet sind (positive Zuweisungsfunktion und negative Ausschlussfunktion), sowie die – bereits behandelte – Wertung, dass Marken disponibel sind, gehören folglich zu den markenrechtlichen Straftatbeständen i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.

Die mit dem Merkmal „im geschäftlichen Verkehr“ zusammenhängende Wertung, dass ein Markenrechtsschutz nur im kommerziellen Umfeld besteht und nichtkommerzielle Lebensbereiche somit vom Regelungsbereich des Markenrechts ausgeklammert sein sollen, stellt die letzte hier zu erörternde allgemeine marken(straf)rechtliche Wertung dar. Die Begrenzung des vom Marken(straf)recht erfassten Lebensbereichs offenbart allerdings lediglich eine Privilegierung des nichtkommerziellen Rechtsverkehrs und kommt dem nichtkommerziellen Markenverletzer bereits ohne dessen Kenntnis über diese Wertung zugute. Die Wertung soll demgegenüber keineswegs auch den kommerziellen Markenstraftäter privilegieren. Auf dessen Kenntnis von dieser Wertung darf es daher zur Bejahung seines Vorsatzes nicht ankommen. Zudem kann durchaus von einem markendeliktstypischen Unrecht die Rede sein, wenn ein (kommerzieller) Markenstraftäter ohne die Kenntnis dieser Wertung handelt. So einfach diese Wertung einem Laien auch verständlich wäre, gehört sie somit nicht zu den markenrechtlichen Straftatbeständen i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Da die Relevanz dieser Wertung nur sehr

⁸⁵⁹ Zur Gesamtthematik von Produktveränderungen im Zusammenhang mit dem Erschöpfungsausschluss nach § 24 Abs. 2 MarkenG vgl. *Feyer*, MarkenG, § 24, Rn. 45 ff.

gering ist⁸⁶⁰, reicht es aber ohnehin, dass jedenfalls die das Tatbestandsmerkmal „im geschäftlichen Verkehr“ weitgehend ausmachenden deskriptiven Tatumstände zu den markenrechtlichen Straftatbeständen i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB gehören und somit ein Irrtum über diese den Vorsatz ausschließt.

Die spezielle Wertung in der Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, dass der (erweiterte) Schutz der Kennzeichnungskraft der Marke lediglich für – neben tatsächlichen auch nach normativen Gesichtspunkten zu beurteilende – Fälle gilt, in denen die Herkunftsidentität oder Produktidentität assoziativ fehlerhaft zugerechnet werden können (normative Korrektur des ansonsten – unter normativem Blickwinkel – zu Lasten des Rechtsverkehrs zu stark erweiterten Schutzes der Kennzeichnungskraft der Marke), stellt zwar den wesentlichen Gesichtspunkt des Verwechslungsschutzes von Marken dar. Um ein typisches Unrecht i.S.d. §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu verwirklichen, genügt es allerdings, dass der Täter die deskriptiven Tatumstände der Verwechslungsgefahr geistig erfasst. Dass das Erfordernis der Verwechslungsgefahr den erweiterten Schutz der Kennzeichnungskraft der Marke auch nach normativen Gesichtspunkten begrenzt, muss demgegenüber dem Täter nicht bekannt sein, da mittels dieser normativen Gesichtspunkte die Tat jenseits des typischen Unrechts i.S.d. §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zugeordnet wird. Abgesehen davon wäre eine Kenntnis dieser normativen Gesichtspunkte in ihren Einzelheiten nur von Rechtskundigen, nicht aber von Laien, zu erwarten. Die aufgeführte spezielle Wertung in §§ 143 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt., 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist daher insgesamt nicht dessen Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zuzuordnen und ein Irrtum über sie berührt folglich den Vorsatz des Markenstraftäters nicht.

Das Gleiche gilt auch für die spezielle Wertung in der Tatbestandsvariante der §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG (normative Korrektur des ansonsten – unter normativem Blickwinkel – zu Lasten des Rechtsverkehrs zu stark erweiterten Schutzes der Unterscheidungskraft und Wertschätzung der Marke). Für einen Vorsatz in dieser Tatbestandsvariante bedarf es neben der Kenntnis der die hinreichende Unterscheidungskraft und Wertschätzung verleihenden deskriptiven Tatumstände nicht auch noch der Kenntnis der dafür heranzuziehenden normativen Gesichtspunkte der beabsichtigten Einschränkung des durch §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG erweiterten Schutzes der Unterscheidungskraft und Wertschätzung der Marke. Auch ohne eine Kenntnis dieser speziellen Wertung verhält sich der Markenstraftäter nämlich bereits deliktstypisch unrecht. Die einschränkenden normativen Gesichtspunkte umschreiben demgegenüber deliktstypisches Nicht-Unrecht. Sind sie einschlägig, ist das Verhalten des Täters also wertneutral. Die aufgeführte spezielle Wertung der §§ 143 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2

⁸⁶⁰ Siehe oben (Hpttl., 7. Tl., 2. Abschn., C., II.).

Nr. 3 MarkenG gehört daher nicht zu deren Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.

Irrt sich ein Täter über einen dieser dem Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zugeordneten Teile der Inhalte der markenstrafrechtlichen Wertungen, ist sein Vorsatz ausgeschlossen. Irrtümer über die verbleibenden Wertungsinhalte können demgegenüber allenfalls Verbotsirrtümer darstellen.

3. Abschnitt: Nutzung des Indikatorensystems für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht für die markenstrafrechtliche Irrtumslehre

Für einen Rückschluss auf diese soeben strafrechtsdogmatisch herausgearbeiteten markenstrafrechtlichen Tatbestandsirrtümer i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB kann – wie allgemein für den Rückschluss auf die Psyche des Markenstraftäters überhaupt – auf das schon erarbeitete Indikatorensystem für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht zurückgegriffen werden. Da Tatbestandsirrtümer i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB die Kehrseite des intellektuellen Elements des Vorsatzes sind, kann sogar das bereits oben auf den dort zu indizierenden Vorsatz angepasste System fruchtbar gemacht werden. Dabei stellen dieselben Indikatoren, die oben als Anhaltspunkte des äußeren Geschehens für den Rückschluss auf den Vorsatz des Markenstraftäters ausgemacht wurden, in umgekehrter Perspektive nunmehr Anhaltspunkte für den Rückschluss auf – den Vorsatz ausschließende – Tatbestandsirrtümer i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB dar.

Allerdings ist zu beachten, dass erst im aktuellen Abschnitt über die markenstrafrechtliche Irrtumslehre einige weitere Teile der markenstrafrechtlichen Tatbestände i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB identifiziert wurden, da diese im Schwerpunkt nur für die markenstrafrechtlichen Irrtumsfragen relevant sind. Dies sind die im Text des § 143 Abs. 1 MarkenG ausdrücklich aufgeführte Widerrechtlichkeit der Markenbenutzung und die dem Tatbestand zugeschlagenen Inhalte marken(straf)rechtlicher Wertungen. Da die markenstrafrechtliche Widerrechtlichkeit in gleicher Weise wie das markenstrafrechtliche Tatbestandsmerkmal der Begehung durch einen „Dritten“ den Aspekt der Nichtberechtigung des Täters zur Markenbenutzung betrifft, konnten die Indikatoren für die Täterpsyche bezüglich dieser beiden Merkmale bereits einheitlich entwickelt werden.⁸⁶¹ Offen bleibt also nur die Entwicklung der Indikation der Täterpsyche bezüglich der dem Tatbestand zugeschlagenen Inhalte marken(straf)rechtlicher Wertungen.

Für einen Rückschluss auf einen sich auf diese Straftatbestandsteile beziehenden Irrtum des Markenstraftäters, respektive für einen Rückschluss auf die diesbezüglich irrtumsfreie Psyche des Markenstraftäters, ist jedoch weitestgehend lediglich eine stärkere Betonung einiger bereits im anderen Zusammenhang erarbeiteten Indikatoren notwendig. Hier sind insbesondere die Intelligenz des Markenstraftäters und seine Erfahrungheit im betreffenden Markt- und Branchenumfeld zu

⁸⁶¹ Siehe oben (Hpttl., 6. Tl., 3. Abschn., B., I., 2., a).

nennen.⁸⁶² Da es sich bei den tatbestandlichen Wertungsinhalten um Gesichtspunkte der sozialen Ordnung handelt, welche je nach – im Schwerpunkt weltanschaulich geprägtem und äußerlich regelmäßig regional zu unterscheidendem – Rechtskreis unterschiedlich ausgestaltet ist, tritt als weiterer Indikator für einen Rückschluss auf die Kenntnis dieser noch die Erfahrungheit des Markenstraftäters im kontinentaleuropäischen Rechtskreis oder – soweit dort die gleichen Wertungen gelten – auch seine Erfahrungheit in anderen Rechtskreisen hinzu.⁸⁶³

Unter Berücksichtigung dieser – soeben entwickelten – zusätzlichen Aspekte kann das auf einen zu indizierenden Vorsatz angepasste Indikatorensystem für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht in gleicher Weise wie oben für die typischen markenstrafrechtlichen Abgrenzungskonstellationen zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit auch zur Identifikation von markenstrafrechtlichen Tatumstandsirrümern i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB genutzt werden.

⁸⁶² Vgl. BGH WuW/E 2145, 2147 – „Nordmende“, der allerdings nicht unmittelbar mit diesen Indikatoren als solchen argumentiert, sondern diese – von ihm als Geschäftserfahrungheit eines verantwortlichen Vertreters eines Unternehmens bezeichneten – Indikatoren nur mittelbar im Rahmen eines Erfahrungssatzes verwendet. Mittels jenes vom BGH im Rahmen des GWB aufgestellten Erfahrungssatzes unterstellt dieser im Übrigen eine Bedeutungskennntnis bereits bei Vorliegen nur der Kenntnis der tatsächlichen Umstände und der Geschäftserfahrungheit des Täters und prüft ein etwaiges Entfallen der Bedeutungskennntnis erst, wenn potentiell entlastende Anhaltspunkte vorliegen. Dies ist angesichts der nach dem Schuldprinzip dem Staat – auch bei Ordnungswidrigkeiten wie im betreffenden Fall – obliegenden Beweislast kritikwürdig. Die Unterstellung einer Bedeutungskennntnis ist vielmehr jedenfalls ohne umkehrende Vermutungen und aufgrund aller sachlich in Betracht kommenden positiven Indikatoren vorzunehmen. Kritisch zur Reichweite des Vorgehens des BGH auch KK OWiG-Rengier, § 11, Rn. 20.

⁸⁶³ Dieser Indikator lässt sich mittelbar auch aus der in BGH WuW/E 2145, 2147 – „Nordmende“ angeführten Geschäftserfahrungheit eines verantwortlichen Vertreters eines Unternehmens herauslesen.

8. Teil: Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht?

1. Abschnitt: Ausgangspunkt

Die im sechsten und im siebten Teil der Hauptteils dieser Arbeit festgestellte Vorsatzgrenze im geltenden Markenstrafrecht dient als Ausgangspunkt für die nunmehr de lege ferenda zu erörternde Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht. Die Einführung einer markenrechtlichen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit könnte darauf gerichtet sein, den Schutz von Markenrechten zu verstärken und damit die erwähnten immensen wirtschaftlichen Schäden durch die internationale Markenpiraterie einzudämmen. Von vornherein gilt es dabei zu beachten, dass der Gesetzgeber bei den letzten Reformen des Markenrechts von einer Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit abgesehen hat⁸⁶⁴ und dass das bestehende markenstrafrechtliche Sanktionsinstrumentarium auch überwiegend als ausreichend angesehen wird⁸⁶⁵.

Die rechtspolitische Erörterung der Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht muss sich freilich in erster Linie an dem verfassungsrechtlichen Blickwinkel orientieren, ob eine markenrechtliche Fahrlässigkeitsstrafbarkeit den markenstrafrechtlichen Rechtsgüterschutz überhaupt gegenüber der bisherigen Regelung verbessert und in welcher Weise und in welchem Umfang eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht zu diesem Zweck gerechtfertigt ist. Erst nachrangig und unter Beibehaltung dieses Blickwinkels kann sie behandeln, ob die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht die mit der festgestellten Vorsatzgrenze zusammenhängenden Probleme löst. Sofern danach die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht angezeigt sein sollte, könnte aber jedenfalls das schon entwickelte und bereits für die Grenzziehung des Vorsatzes verwendete Indikatorensystem für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht unter Berücksichtigung des Straf-

⁸⁶⁴ Dazu lässt sich jedoch z.B. die Begründung des Regierungsentwurfs zum Markenrechtsreformgesetz, BT-Drucks. 12/6581 vom 14.01.1994, S. 53, 125 f. leider nicht aus. Demgegenüber führt z.B. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über das Gemeinschaftspatent und zur Änderung patentrechtlicher Vorschriften (Gemeinschaftspatentgesetz), Bl. f. PMZ 1979, 276, 290 explizit aus, dass eine dem Bereich der Fahrlässigkeit zuzuordnende Regel nicht in die Strafnorm aufzunehmen sei, da bisher nur vorsätzliche Verletzungen des Patents sanktioniert gewesen seien und sich ein Bedürfnis zur Ausdehnung des strafrechtlichen Schutzes nicht ergeben hätte.

⁸⁶⁵ Vgl. Zweiter Produktpirateriebericht der Bundesregierung (10. November 1999), BT-Drucks. 14/2111, S. 2 und 12. Göpfert, Strafbarkeit von Markenverletzungen, S. 416 f. spricht sich zur Verhinderung der übermäßigen Kriminalisierung von einfachen Markenverletzungen ohne weitere Begründung sogar für die Einführung des Erfordernisses einer Wissentlichkeit oder Absicht der Zeichenverletzung aus und damit für eine Einschränkung auf der subjektiven Tatseite.

grundes für die Fahrlässigkeit auch auf eine zu indizierende Fahrlässigkeit im Markenstrafrecht angepasst werden.

2. Abschnitt: Erörterung der Einführung einer markenrechtlichen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

A. Fahrlässigkeitsstrafbarkeit als normative Ausnahme

In § 15 StGB ist festgehalten, dass fahrlässiges Handeln nur dann strafbar ist, wenn das Gesetz dieses ausdrücklich mit Strafe bedroht. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit die normative Ausnahme im Sanktionsrecht nicht nur ist, sondern auch bleiben muss.⁸⁶⁶ Dieser von der gesetzlichen Systematik ausgedrückte exzeptionelle Charakter der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit liegt nämlich darin begründet, dass an die subjektive Tatseite einer Fahrlässigkeitstat wesentlich geringere Anforderungen gestellt werden als an diejenige einer Vorsatztat. Zum Ausgleich dafür darf es Fahrlässigkeitsstrafbarkeiten überhaupt nur sehr restriktiv geben. Die in neuerer Zeit zu verzeichnende Zunahme der Anzahl und der praktischen Bedeutung von Fahrlässigkeitsdelikten, insbesondere im Nebenstrafrecht⁸⁶⁷, ist daher dogmatisch einzig durch wegen fortschreitender Technisierung vermehrt hervorgerufene Gefährdungen zu begründen.⁸⁶⁸ Von der zentralen gesetzgeberischen Wertentscheidung des exzeptionellen Charakters der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit war bereits im Zusammenhang mit den zuvor erfolgten Erörterungen zur Wertungsabstufung des StGB zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit und zum Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit zueinander die Rede.⁸⁶⁹

In jedem einzelnen Rechtsgebiet, in welchem eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit eingeführt werden soll, müssen die dort angeführten normativen Gesichtspunkte wegen dieses exzeptionellen Charakters der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in besonderer Weise und vor allem stärker als bei der Einführung einer bloßen Vorsatzstraf-

⁸⁶⁶ Vgl. MünchKommStGB/Dutge, § 15, Rn. 30; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 15, Rn. 1; Warda, Jura 1979, 1, 2. Für den – zu § 15 StGB parallel gelagerten – § 10 OWiG vgl. KK OWiG-Rengier, § 10, Rn. 1. Vgl. NK-StGB-Puppe, § 15, Rn. 14 dazu, dass bereits die gemeinrechtliche Strafrechtsdoktrin die Fahrlässigkeit als schwächere und exzeptionelle Form der Zurechnung angesehen hat. Zur alten Rechtslage, nach der fahrlässiges Handeln auch dann strafbar sein sollte, wenn sich dies zwar nicht aus dem Text der Strafvorschrift ergab, sich aber ein entsprechender Wille des Gesetzgebers aus dem Zusammenhang der Bestimmungen oder aus dem Zweck der betreffenden einzelnen Normen mit Sicherheit ergab, vgl. BGHSt 6, 131, 132; 15, 103, 104.

⁸⁶⁷ Vgl. MünchKommStGB/Dutge, § 15, Rn. 15.

⁸⁶⁸ Vgl. Roxin, AT I, § 24, Rn. 1; Schönemann, JA 1975, 435, 435. Zum geradezu umgekehrten als dem von der gesetzlichen Systematik intendierten Verhältnis zwischen der Anzahl von Vorsatztatbeständen und Fahrlässigkeitstatbeständen im Ordnungswidrigkeitenrecht vgl. KK OWiG-Rengier, § 10, Rn. 1.

⁸⁶⁹ Siehe oben (Hpttl., 5. Tl., 1. Abschn., A. und Hpttl., 5. Tl., 3. Abschn.).

barkeit bedacht werden. Insbesondere ist das generalpräventive wie auch spezialpräventive Bedürfnis für eine exzeptionelle Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zu prüfen. Dies geschieht später im Rahmen der Erörterung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht. Diese Erörterung mag ferner dazu führen, dass die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit – wie bei anderen Delikten – nur für einen Ausschnitt des markenstrafrechtlichen Vorsatzdeliktes und eventuell ganz oder teilweise nur als Strafbarkeit einer Leichtfertigkeit zu rechtfertigen ist.

B. Allgemeine Kompatibilität von Fahrlässigkeitsstrafbarkeit und Wirtschaftsstrafrecht

Abgehoben von der speziellen Frage der Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht und der Erörterung von deren verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ist zuerst von allgemeinem Interesse, ob im Wirtschaftsstrafrecht eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit überhaupt akzeptabel ist. Dabei ist zunächst vor Augen zu halten, dass es im Wirtschaftsstrafrecht hinsichtlich der von diesem zu verhindernden Individualschädigungen⁸⁷⁰ klassischerweise – wenn auch bei weitem nicht ausschließlich⁸⁷¹ – um die Inkriminierung von Vermögensschädigungen oder gar nur – teils sogar bloß abstrakten – Vermögensgefährdungen geht. Damit ist bereits der Tatgegenstand von mindermem Konkretisierungsgrad. Durch eine Inkriminierung auch einer fahrlässigen Tatbegehung werden darüber hinaus die Anforderungen auch an die subjektive Tatseite qualitativ reduziert. Das heißt zwar nicht, dass der gesetzgeberische Einsatz von vermögensschädigenden oder gar nur vermögensgefährdenden Fahrlässigkeitstatbeständen von vornherein nicht möglich ist. Allerdings muss schon wegen des grundsätzlich subsidiären und fragmentarischen Charakters des Strafrechts⁸⁷² und zur Verhinderung einer uferlosen Ausdehnung von strafbaren Verhaltensweisen stets eine besonders streng limitierende verfassungsrechtliche Prüfung des Einsatzes von vermögensschädigenden oder vermögensgefährdenden Fahrlässigkeitstatbeständen vorgenommen werden, um deren – sodann auf tatbestandlicher Ebene erfolgende – Reduktionen der Strafbarkeitsanforderungen auszugleichen. Dieser Gesichtspunkt spricht demnach jedenfalls nicht kategorisch dafür, dass Wirtschaftsstrafrecht und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit inkompatibel sind.

Vielfach wird der Vorwurf geäußert, dass die für das Wirtschaftsstrafrecht typische Inkriminierung bloß fahrlässiger Vermögensschädigungen oder gar nur – teils sogar bloß abstrakter – Vermögensgefährdungen lediglich prozessuale Interessen schütze, da sie den Vorsatznachweis erspare. Sie sei daher missbräuch-

⁸⁷⁰ Im Gegensatz zu den typischerweise vom Wirtschaftsstrafrecht auch zu verhindernden Schädigungen von Kollektivrechtsgütern; vgl. oben (Hpttl., 2. Tl., 5. Abschn., B., III.).

⁸⁷¹ Vgl. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 42; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rn. 14.

⁸⁷² Dazu und zu den diesbezüglich diskutierten Abweichungen im Wirtschaftsstrafrecht siehe *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 63-63b m.w.N.

lich.⁸⁷³ Dieser Vorwurf kann allerdings erst ins Feld geführt werden, wenn keine weiteren – und zwar sachgerechte – Gesichtspunkte für die Zweckmäßigkeit von Fahrlässigkeitsstrafbarkeiten im Wirtschaftsstrafrecht bestehen. Ferner ist der mit der Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit verbundene prozessuale Vorteil nicht besonders schwerwiegend. So tritt anstelle des Vorsatznachweises der notwendige Nachweis einer fahrlässigen Begehung der Tat. Wie beim Vorsatz betrifft auch dieser – jedenfalls nach in der vorliegenden Arbeit vertretener Ansicht⁸⁷⁴ – die Täterpsyche und ist daher ebenfalls schwierig zu führen. Abgesehen davon muss das – wegen der Wertungsabstufung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit⁸⁷⁵ – zwingend tiefere Strafmaß für die Fahrlässigkeitstat gegenüber der korrespondierenden Vorsatztat bedacht werden. Wegen des Legalitätsprinzips darf der Staat nicht einfach auf einen Teil seines Strafanspruchs verzichten, indem er sich den Vorsatznachweis spart. Zu einem etwaigen prozessualen Vorteil kann es demnach erst kommen, wenn der Vorsatznachweis überhaupt nicht möglich ist, demgegenüber aber die qualitativ niedrigeren Anforderungen an die subjektive Tatseite der Fahrlässigkeit im betreffenden Fall nachgewiesen werden können. Dieser Umstand spricht jedoch nicht kategorisch gegen eine Kompatibilität von Fahrlässigkeitsstrafbarkeit und Wirtschaftsstrafrecht.

Wenn es auch bei wirtschaftlichen Betätigungen typisch ist, dass das Eingehen von Risiken und der Betätigungserfolg stark voneinander abhängen⁸⁷⁶, so spricht auch dieser Faktor nicht für eine kategorische Unvereinbarkeit von Fahrlässigkeitsstrafbarkeit und Wirtschaftsstrafrecht. Vielmehr findet auch die grundrechtliche Freiheit des Einzelnen zur – typischerweise auch riskanten – wirtschaftlichen Betätigung seine Grenze. So bestehen bei vielen wirtschaftlichen Betätigungsfeldern Risiken für die grundrechtlichen Positionen Dritter, welche jedenfalls ab einem bestimmten Grad vom Staat angesichts seiner diversen grundrechtlichen Schutzaufträge⁸⁷⁷ nicht ungeschützt bleiben können. Eine Inkriminierung derart riskanter wirtschaftlicher Betätigung kann folglich durchaus notwendig werden. Mit der Etablierung einer solchen als Berufsfahrlässigkeit benennbaren Fahrlässigkeit wird eine besondere Verantwortung des betreffenden wirtschaftlich Tätigen ausgedrückt.⁸⁷⁸ In diesem Zusammenhang sei – von der allgemeinen wirtschafts-

⁸⁷³ Vgl. dazu im Zusammenhang mit einer Inkriminierung der Leichtfertigkeit *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 61.

⁸⁷⁴ Siehe oben (insb. Hpttl., 3. Tl., 1. Abschn., B., III. und Hpttl., 3. Tl., 2. Abschn., C. und Hpttl., 5. Tl., 3. Abschn.).

⁸⁷⁵ Vgl. oben (Hpttl., 5. Tl., 1. Abschn., A.).

⁸⁷⁶ Vgl. *von der Heydt*, Die subjektive Tatsache, S. 170.

⁸⁷⁷ Vgl. allgemein zu den staatlichen Schutzpflichten *Jarass/Pieroth*, Vorb. vor Art. 1, Rn. 6 f. m.w.N. Zur Erfüllung dieser Schutzpflichten auch durch das Strafrecht als dem schärfsten der dem Staat zur Verfügung stehenden Mittel vgl. BVerfGE 39, 1, 45 ff.

⁸⁷⁸ Vgl. dazu im Zusammenhang mit einer Inkriminierung der Leichtfertigkeit *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 62, der für den tatumständlichen Ausdruck einer solchen besonderen Verantwortung exemplarisch die Tatbestände § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB und § 264 StGB anführt.

strafrechtlichen Erörterung abgerückt – angemerkt, dass in allen markenstrafrechtlichen Normen das Straftatbestandsmerkmal der Benutzung im geschäftlichen Verkehr aufgenommen ist. Damit werden schon tatbestandlich Privatpersonen von einer etwaigen Strafbarkeit ausgegrenzt. Ihnen erlegt das Markenstrafrecht also bereits beim Vorsatzdelikt keine besondere Verantwortung auf. Erst recht würde dies für eine markenstrafrechtliche Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gelten.

Folglich ist eine Inkriminierung auch fahrlässiger Tatbegehungen im Wirtschaftsstrafrecht durchaus akzeptabel. Ob diese im Einzelfall in das normative Gefüge des jeweiligen Rechtsgebiets passt und auch im Hinblick auf eine Optimierung des durch dieses verfolgten Rechtsgüterschutzes zweckmäßig ist, muss allerdings stets im Rahmen deren verfassungsrechtlichen Rechtfertigung überprüft werden.

C. Rechtfertigung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht

I. Eingriff in den Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG

Der Gebrauch von bezeichnender Sprache und zeichenhafter Symbole zu bestimmten Zwecken ist Gegenstand der allgemeinen Handlungsfreiheit des Einzelnen nach Art. 2 Abs. 1 GG.⁸⁷⁹ Bei jedweder Regelung mit Relevanz für diesen Gebrauch ist demnach der persönliche und sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG insoweit eröffnet.⁸⁸⁰

Wird der Gebrauch einer bestimmten Marke zur Kennzeichnung von bestimmten Produkten oder Dienstleistungen durch das Markenrecht monopolisierend privatisiert, so stellt bereits dies einen Eingriff in eben jene allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) jedes markenrechtlich Dritten dar⁸⁸¹, da jeder markenrechtlich Dritte vom Gebrauch dieser bezeichnenden Sprache und zeichenhafter Symbole zur Kennzeichnung seiner Produkte und Dienstleistungen in voller Reichweite des Markenrechts ausgeschlossen ist. Die Inkriminierung eines markenrechtsverletzenden Verhaltens, d.h. die Strafandrohung und umso mehr die Bestrafung dafür, geht noch viel weiter. Sie stellt somit erst recht einen Eingriff in die Freiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG des markenrechtlich Dritten dar.⁸⁸² Dabei ist die Tiefe des Eingriffs einer markenrechtlichen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit umgekehrt proportional zur qualitativen Reduktion der für die subjektive Tatseite der Fahrlässigkeit gegenüber derjenigen des Vorsatzes bestehenden An-

⁸⁷⁹ Allgemein zum durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Verhalten siehe *Jarass/Pieroth*, Art. 2, Rn. 3.

⁸⁸⁰ Allgemein zum Schutzbereich (Anwendungsbereich) von Grundrechten siehe *Jarass/Pieroth*, Vorb. vor Art. 1, Rn. 19 ff. m.w.N.

⁸⁸¹ Allgemein zu Eingriffen in Grundrechte siehe *Jarass/Pieroth*, Vorb. vor Art. 1, Rn. 26 ff. m.w.N. Speziell zum Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG siehe *Jarass/Pieroth*, Art. 2, Rn. 12 ff. m.w.N.

⁸⁸² Vgl. im Allgemeinen auch *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 96 ff. m.w.N.

forderungen. Damit stellt die Inkriminierung auch einer fahrlässigen Tatbegehung de lege ferenda einen besonders tiefen Eingriff in die Freiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG des markenrechtlich Dritten dar.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs (Grundrechtsschranke)

1. Legitimer Zweck und allgemeine Eignung des Mittels

Der durch die Inkriminierung auch fahrlässiger Markenrechtsverletzungen de lege ferenda erfolgende weitergehende Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG des markenrechtlich Dritten mag allerdings verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.⁸⁸³ Für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung muss der Eingriff verhältnismäßig i.w.S. sein. Er darf dementsprechend nicht gegen das Übermaßverbot i.w.S. verstoßen.

Durch die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht wird der Schutz für dieselben Rechtsgüter verstärkt, welche bereits als durch das Markenstrafrecht de lege lata geschützt erörtert wurden.⁸⁸⁴ Orientiert am Zweck des Markenrechts insgesamt dient damit die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht gleichsam in erster Linie dem Schutz des Rechts eines Rechtssubjektes an einer Marke. Wie beim parallel strukturierten Eigentum ist sie demnach vorrangig auf den Schutz der unter Art. 14 Abs. 1 GG fallenden Rechtsposition des Markenrechtinhabers gerichtet. Für diesen Zweck besteht sogar ein in Art. 14 Abs. 1 GG enthaltener staatlicher Schutzauftrag.⁸⁸⁵ Neben dem Schutz des Individualrechtsguts der Marke intendiert sie freilich auch den Schutz der universellen Rechtsgüter des Innovations- und Qualitätswettbewerbs und des Verbraucherschutzes. Sie ist insoweit – jedenfalls vordergründig – auf das Wohl der Allgemeinheit gerichtet. Die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht verfolgt somit einen legitimen Zweck.

Mittels einer markenrechtlichen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit und der damit bewirkten Verhaltenssteuerung der mit Marken umgehenden Geschäftstätigen der betroffenen Wirtschaftskreise kann das angestrebte Ziel einer Verbesserung des

⁸⁸³ Allgemein zur Rechtfertigung von Eingriffen in Grundrechte, d.h. zu den Schranken der betreffenden Grundrechte, siehe *Jarass/Pieroth*, Vorb. vor Art. 1, Rn. 37 ff. m.w.N. Speziell zur Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 2 Abs. 1 GG (angesichts dessen sog. Schrankentrias) siehe *Jarass/Pieroth*, Art. 2, Rn. 17 ff. m.w.N. Zur – mit den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen (Art. 1, 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG) übereinstimmenden – Notwendigkeit gewichtiger Verletzungen des Rechtsfriedens für einen berechtigten Anlass zur strafrechtlichen Sanktionierung schlechthin vgl. *MünchKommStGB/Duttge*, § 15, Rn. 31. Sehr instruktiv zur Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik auch *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 1 ff. m.w.N.

⁸⁸⁴ Siehe oben (Hpttl., 2. Tl., 4. Abschn.).

⁸⁸⁵ Vgl. BVerfGE 39, 1, 45 ff.; *Jarass/Pieroth*, Vorb. vor Art. 1, Rn. 6 f. m.w.N. Vgl. auch oben. Speziell zum in Art. 14 Abs. 1 GG enthaltenen staatlichen Schutzauftrag siehe *Jarass/Pieroth*, Art. 14, Rn. 33 f. m.w.N.

Rechtsgüterschutzes auch zumindest gefördert werden.⁸⁸⁶ Dieses Mittel ist folglich auch allgemein zur Zweckerreichung geeignet.

2. Erforderlichkeit des Mittels

a) Komparative Anhaltspunkte für eine Erforderlichkeit

Fraglich ist aber, ob die Inkriminierung fahrlässiger Markenrechtsverletzungen de lege ferenda auch zur Erfüllung des besagten Zwecks eines verbesserten markenrechtlichen Rechtsgüterschutzes erforderlich ist. Dazu darf es kein – in Bezug auf die Einschränkung des Art. 2 Abs. 1 GG – milderes Mittel geben, welches den gleichen Erfolg mit der gleichen Sicherheit und einem vergleichbaren Aufwand herbeiführen würde.⁸⁸⁷

Für einen ersten Lösungsansatz bietet es sich an, die de lege ferenda zu erörternde markenrechtliche Fahrlässigkeitsstrafbarkeit mit historischem und geltendem Recht zu vergleichen. Dabei ist ein besonderer Blick auf andere Delikte zu werfen. Im Rahmen dieses Lösungsansatzes stellt der historische Verlauf der für den markenrechtlichen Schadensersatzanspruch gestellten Anforderungen an die subjektive Tatseite einen ersten Anhaltspunkt für die Erforderlichkeit einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht dar. Nach § 14 Abs. 1 MarkenG 1874 bedurfte es für den Entschädigungsanspruch noch einer Wissentlichkeit. Gemäß § 14 Abs. 1 WaarenzeichenG 1894 war immerhin noch mindestens eine grobe Fahrlässigkeit gefordert.⁸⁸⁸ Seit § 24 Abs. 3 WZG 1936 genügt eine einfache Fahrlässigkeit.⁸⁸⁹ Die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht würde demnach zeitversetzt die Entwicklung im markenrechtlichen Schadensersatzrecht nachzeichnen. Zweifelsohne stellt auch die schadensersatzrechtliche Regelung einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG dar. Dessen verfassungsrechtliche Rechtfertigung und damit die im hiesigen Zusammenhang interessierende Erforderlichkeit auch einer – in Art. 2 Abs. 1 GG tiefer eingreifenden – Erfassung der fahrlässigen Markenverletzung ist wohl unbestritten.⁸⁹⁰ Allerdings ist der Eingriff durch das markenrechtliche Schadensersatzrecht von anderer Qualität und greift weniger tief als der hier erörterte Eingriff durch eine strafrechtliche Regelung. Die beiden Eingriffe sind daher nicht völlig miteinander vergleichbar. Ein Schluss von der Erforderlichkeit eines Schadensersatzanspruchs wegen einer fahrlässigen Markenverletzung auf die Erforderlichkeit einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht ist folglich nicht möglich. Ganz im Gegenteil mag die nur schadens-

⁸⁸⁶ Allgemein zum Gebot der Geeignetheit siehe *Jarass/Pieroth*, Art. 20, Rn. 84 m.w.N.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 164 ff., 318 ff., 518 f. m.w.N.

⁸⁸⁷ Allgemein zum Gebot der Erforderlichkeit siehe *Jarass/Pieroth*, Art. 20, Rn. 85 m.w.N.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 179 ff., 344 ff., 518 f. m.w.N.

⁸⁸⁸ Vgl. auch *Hagens*, Warenzeichenrecht, § 14 WZG, Anm. 14.

⁸⁸⁹ Vgl. auch *Bussse*, Warenzeichengesetz, § 24, Anm. 14.

⁸⁹⁰ Diesbezügliche Bedenken sind jedenfalls weder in der markenrechtlichen Rechtsprechung noch in der markenrechtlichen Literatur zu finden.

ersatzrechtliche Erfassung der fahrlässigen Markenverletzung eventuell sogar ein Hinweis darauf sein, dass diese den markenrechtlichen Rechtsgüterschutz auch gegen fahrlässige Markenverletzungen bereits allein und als milderes Mittel hinreichend besorgt.

Sofern historisch einmal eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht bestanden haben sollte, würde dies einen zweiten Anhaltspunkt für die Erforderlichkeit einer solchen darstellen. Während bis zum PrPG⁸⁹¹ nach § 26 Abs. 1 1. Alt. 2. Var. WZG auch derjenige strafbar war, der geschützte geographische Herkunftsangaben widerrechtlich, aber bloß fahrlässig benutzte⁸⁹², existierte für den – für die vorliegende Arbeit ausschließlich interessierenden – Kernbereich des Markenstrafrechts zu keinem Zeitpunkt eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Die Historie des Markenstrafrechts hilft demnach nicht weiter.

Als weiterer Anhaltspunkt für die Erforderlichkeit einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht ist der Vergleich mit anderen Delikten hilfreich. Soweit nämlich für vergleichbare Delikte eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit besteht und somit eine solche offenbar auch als erforderlich qualifiziert wurde oder jedenfalls eine solche Qualifizierung unbestritten ist, liegt es nahe, dass eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit auch im Markenstrafrecht erforderlich ist.

Ausgangspunkt für diesen Vergleich ist jeweils das korrespondierende Vorsatzdelikt. Für die Vergleichbarkeit mit § 143 Abs. 1 MarkenG müssen die betreffenden Vorsatzdelikte in ähnlicher Struktur aufgebaut sein, im Wesentlichen die gleichen oder parallel gelagerte Rechtsgüter schützen und in etwa das gleiche Strafmaß aufweisen. Angesichts der Nähe der Rechtsgebiete kommen für diesen Vergleich in erster Linie die strafrechtlichen Vorschriften in den anderen Gebieten des gewerblichen Rechtsschutzes sowie des Urheberrechts als auch des Wettbewerbsrechts in Betracht.

Die Tathandlung der patentrechtlichen Strafnorm des § 142 Abs. 1 PatentG besteht in der widerrechtlichen Verletzung des ausschließlichen Rechts des Patentinhabers. § 142 Abs. 1 PatentG ist somit dem § 143 Abs. 1 MarkenG in seinem Wesen recht ähnlich. Ferner schützt § 142 Abs. 1 PatentG vorrangig das Patent selbst, welches wie das durch § 143 Abs. 1 MarkenG vorrangig geschützte Markenrecht ein Immaterialrechtsgut darstellt. Außerdem ist bei den beiden Delikten das angedrohte Strafmaß von drei Jahren Höchstfreiheitsstrafe oder Geldstrafe exakt das gleiche, was freilich an der durch das PrPG vorgenommenen Vereinheitlichung des strafrechtlichen Schutzes geistigen Eigentums liegt⁸⁹³. § 143 Abs. 1

⁸⁹¹ Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie vom 7. März 1990, BGBl. I, 1990, S. 422. Siehe dazu Fn. 186.

⁸⁹² Vgl. dazu auch *Busse*, Warenzeichengesetz, § 26, Anm. 1 und 4 (zur Fassung des WZG vom 18.7.1953). Nach geltendem Recht ist demgegenüber nicht strafbar, wer eine nach § 127 MarkenG geschützte geographische Herkunftsangabe bloß fahrlässig benutzt; vgl. auch *Feyer*, MarkenR, § 144, Rn. 16.

⁸⁹³ Vgl. dazu auch Zweiter Produktpirateriebericht der Bundesregierung (10. November 1999), BT-Drucksache 14/2111, S. 9 f.

MarkenG ist somit insgesamt sehr gut vergleichbar mit § 142 Abs. 1 PatentG. Da es für den strafrechtlichen Patentschutz keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gibt, liegt demnach eine solche auch für das Markenstrafrecht nicht nahe.

Für die gleichermaßen mit § 143 Abs. 1 MarkenG vergleichbaren Delikte des Gebrauchsmusterrechts (Vorsatzdelikt in § 25 Abs. 1 GebrMG), des Geschmacksmusterrechts (Vorsatzdelikt in § 51 Abs. 1 GeschmMG), des Halbleiterrechts (Vorsatzdelikt in § 10 Abs. 1 HalbleiterSchG) und des Sortenrechts (Vorsatzdelikt in § 39 Abs. 1 SortenSchG) besteht nach geltendem Recht ebenfalls keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Auch an sie kann demnach für eine Erforderlichkeit der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht nicht angeknüpft werden.

Auch die urheberstrafrechtlichen §§ 106 ff. UrheberG beinhalten lediglich eine – nur am Rande stehende – Vorsatz-Leichtfertigkeit-Kombination in § 108b Abs. 1 Nr. 2 UrheberG. Im Wettbewerbsrecht beinhaltet § 81 GWB nur Ordnungswidrigkeiten, welche strafrechtlich allenfalls durch den ausschließlich vorsätzlich verwirklichtbaren § 298 StGB ergänzt werden. In den §§ 16 ff. UWG gibt es ebenfalls keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit.

Darüber hinaus können aber auch Delikte aus dem Kernstrafrecht für eine solche vergleichende Anknüpfung herangezogen werden. Dies scheitert hier allerdings bereits daran, dass für keines der in Betracht kommenden Vorsatzdelikte, wie etwa § 242 Abs. 1 StGB (Diebstahl), § 246 Abs. 1 StGB (Unterschlagung), § 303 Abs. 1 StGB (Sachbeschädigung), § 267 Abs. 1 StGB (Urkundenfälschung), § 263 Abs. 1 StGB (Betrug), § 259 Abs. 1 StGB (Hehlerei) und § 266 Abs. 1 StGB (Untreue)⁸⁹⁴, ein Pendant besteht, welches die fahrlässige Tatbegehung unter Strafe stellt.

Somit gibt keiner der angeführten vergleichenden Anhaltspunkte einen hinreichenden Aufschluss über die Erforderlichkeit einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht. Der vorstehend durchgeführte komparative Lösungsansatz führt damit insgesamt ins Leere. Demnach ist eine Inkriminierung fahrlässiger Markenrechtsverletzungen nach bisherigem Erörterungsstand nicht erforderlich.

b) Probleme der subjektiven Zurechnung im geltenden Recht

Die Erforderlichkeit der Inkriminierung fahrlässiger Markenrechtsverletzungen de lege ferenda kann sich aber auch aus den in der vorliegenden Arbeit eingehend erörterten Schwierigkeiten der subjektiven Zurechnung im geltenden Markenstrafrecht ergeben. Ein milderer Mittel in Bezug auf die Einschränkung des Art. 2 Abs. 1 GG ist – wie vorangegangen bereits erläutert – die markenstrafrechtliche

⁸⁹⁴ Im Gegensatz zu den anderen aufgeführten Delikten erschließt sich die Vergleichbarkeit der Untreue mit dem Markendelikt nicht auf ersten Blick. Die Untreue ist allerdings ansatzweise mit dem Markendelikt vergleichbar, wenn es bei diesem um eine markenrechtsverletzende Lizenzüberschreitung geht. Der Vergleich scheitert aber jedenfalls an der mangelnden Vermögensbetreuungspflicht des markenrechtlichen Lizenznehmers.

Vorsatzstrafbarkeit *de lege lata*. Fraglich ist aber, ob diese in Bezug auf den verfolgten Zweck eines verstärkten markenrechtlichen Rechtsgüterschutzes den gleichen Erfolg mit der gleichen Sicherheit und einem vergleichbaren Aufwand herbeizuführen in der Lage ist wie dies bei einer markenrechtlichen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit der Fall wäre.

Die im Verlauf dieser Arbeit erörterten Probleme mit dem nach geltendem Markenstrafrecht erforderlichen Vorsatz lassen genau dies bezweifeln. So kann im Einzelfall durchaus der Aufwand insbesondere für einen Vorsatznachweis bei weitem größer sein als derjenige für den Nachweis einer Fahrlässigkeit. Vor allem in Fällen der Nichtnachweisbarkeit eines Vorsatzes, selbst unter Heranziehung des Verfahrens der subjektiven Zurechnung, aber der Möglichkeit eines qualitativ einfacheren Fahrlässigkeitsnachweises, ist der markenrechtliche Rechtsgüterschutz mit gleichem Erfolg und mit der gleichen Sicherheit nur dann zu erreichen, wenn eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht eingeführt wird.⁸⁹⁵ Die Probleme mit der nach geltendem Recht ausschließlichen Vorsatzstrafbarkeit und damit das praktische Bedürfnis einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht⁸⁹⁶ ergeben somit einen Anknüpfungspunkt für deren Erforderlichkeit.

Damit würde auch eine unnötige Verbiegung oder jedenfalls nur vage Bestimmung des Vorsatzbegriffs im Markenstrafrecht⁸⁹⁷, um zu einer im Einzelfall erwünschten und notwendigen Strafbarkeit zu kommen, unterbleiben können. Es könnte vielmehr schlicht und dogmatisch korrekt auf die bestehende Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zugegriffen werden.

c) Ergebnis

Damit zeigt sich, dass es an einem – in Bezug auf die Einschränkung des Art. 2 Abs. 1 GG – gegenüber einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit milderem Mittel mangelt, welches in Bezug auf den markenrechtlichen Rechtsgüterschutz den gleichen Erfolg mit der gleichen Sicherheit und einem vergleichbaren Aufwand herbeiführen würde. Die Inkriminierung fahrlässiger Markenrechtsverletzungen *de lege ferenda* ist folglich durchaus für den Zweck einer Stärkung des markenrechtlichen Rechtsgüterschutzes erforderlich.

⁸⁹⁵ Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Beweiserleichterung als einem strafrechtlichen Zweck siehe *Laгодny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 313 f. m.w.N.

⁸⁹⁶ *Göpfert*, Strafbarkeit von Markenverletzungen, S. 417 sieht hingegen kein Bedürfnis für eine Bestrafung (grob) fahrlässiger Markenverletzungen. Zur Begründung führt er jedoch lediglich aus, dass der Vorsatznachweis nur in wenigen Fällen Probleme bereite und der schwedische Straftatbestand für fahrlässige Markenverletzungen nur äußerst selten angewendet werde.

⁸⁹⁷ Vgl. Einl., 2. Tl.; Hpttl., 6. Tl., 3. Abschn., A.

3. Angemessenheit des Mittels: Verhältnismäßigkeit i.e.S.

a) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer markenrechtlichen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

Fraglich ist, ob die Inkriminierung fahrlässiger Markenrechtsverletzungen *de lege ferenda* auch angemessen ist.⁸⁹⁸ Dazu muss das Übermaßverbot i.e.S. befolgt werden. Dementsprechend darf das verfolgte Ziel (markenrechtlicher Rechtsgüterschutz) in seiner Wertigkeit gegenüber der Intensität des Eingriffs in Art. 2 Abs. 1 GG (durch Inkriminierung fahrlässiger Markenrechtsverletzungen *de lege ferenda*) nicht unverhältnismäßig i.e.S. sein (Zumutbarkeit/Proportionalität der Belastung). Die Überprüfung dieser Frage stellt die abschließende (Rechtmäßigkeits-) Kontrolle durch Gesamtabwägung aller durch die Maßnahme berührten Rechtsgüter und -ziele dar.

Der Einsatz einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht als Mittel zur Stärkung des markenrechtlichen Rechtsgüterschutzes ist angesichts des erwähnten staatlichen Schutzauftrags für das unter Art. 14 Abs. 1 GG fallende Markenrecht möglicherweise sogar im Sinne eines auf diesen Schutzauftrag gründenden sog. „Untermaßverbots“ zwingend geboten, also unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten notwendig.⁸⁹⁹ Das Untermaßverbot findet allerdings in einem nur sehr reduzierten Umfang seine Anwendung. Es greift nämlich nur dann ein, wenn die Gefahr einer bedeutenden Grundrechtsverletzung besonders evident ist und zudem kein kollidierendes Verfassungsrecht entgegensteht.⁹⁰⁰ Beide Voraussetzungen liegen im hier erörterten Zusammenhang nicht vor. So ist es jedenfalls nicht besonders evident, dass eine fahrlässige Markenrechtsverletzung Art. 14 Abs. 1 GG in bedeutender Weise verletzt. Zudem greift eine Inkriminierung einer fahrlässigen Markenrechtsverletzung in den Art. 2 Abs. 1 GG ein. Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG kollidieren somit. Folglich greift das Untermaßverbot im hier erörterten Zusammenhang nicht. Eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht ist damit jedenfalls nicht im Sinne eines Untermaßverbots verfassungsrechtlich zwingend geboten.

b) Verfassungsrechtliche Ausgewogenheit

Durch die Inkriminierung fahrlässiger Markenrechtsverletzungen *de lege ferenda* wird einerseits mit dem Markenrecht eine verfassungsrechtliche Position nach

⁸⁹⁸ Allgemein zum Gebot der Angemessenheit bzw. der Verhältnismäßigkeit i.e.S. siehe *Jarass/Pieroth*, Art. 20, Rn. 86 m.w.N.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 216 ff., 367 ff., 519 f. m.w.N.

⁸⁹⁹ Allgemein zum Untermaßverbot siehe *Jarass/Pieroth*, Vorb. vor Art. 1, Rn. 54 m.w.N. Weiterführend zum Untermaßverbot als sich aus der Schutzfunktion der Grundrechte für den Staat ergebende Abwägungsgrenze mit dem Ergebnis eines Verbietenmüssens: *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 254 ff. m.w.N.

⁹⁰⁰ Vgl. *Jarass/Pieroth*, Vorb. vor Art. 1, Rn. 54 m.w.N.

Art. 14 Abs. 1 GG geschützt, andererseits aber in Art. 2 Abs. 1 GG eingegriffen. Die beiden widerstreitenden Verfassungsnormen müssen daher im Wege des wechselseitigen Ausgleichs, d.h. der sog. „praktischen Konkordanz“, einander so zugeordnet werden, dass die beiden durch sie geschützten grundrechtlichen Positionen in ihrem Kernbereich geschützt bleiben, weitestgehend geschont werden und sich jeweils relativ optimal entfalten können.⁹⁰¹ Es muss also zwischen den kollidierenden Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG abgewogen werden.

c) Schwierigkeiten einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht

Eine markenrechtliche Fahrlässigkeitsstrafbarkeit *de lege ferenda* könnte demnach wegen der damit verbundenen praktischen und abstrakten Schwierigkeiten unangemessen sein. Die Einführung einer Strafbarkeit für fahrlässige Markenrechtsverletzungen würde nämlich einerseits mit den erwähnten Vorteilen, aber andererseits auch mit einigen negativen Folgen einhergehen. Damit ist zweifelhaft, ob der sich ergebende Saldo in einem angemessenen Verhältnis zu dem Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG steht. Im Folgenden werden daher jedenfalls die wesentlichen Anknüpfungspunkte für derartige Schwierigkeiten erörtert.

Die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht stellt keineswegs die abschließende Lösung der in dieser Arbeit behandelten praktischen markenstrafrechtlichen Vorsatzprobleme dar. Zwar reduziert sie die Strafbarkeitsanforderungen an die subjektive Tatseite in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht. An die Stelle der problematischen Vorsatzanforderungen treten aber immerhin – wie oben entwickelt⁹⁰² – einige täterpsychische Anforderungen für eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Gerade bezüglich der originären täterpsychischen Fahrlässigkeitsmerkmale sind damit die Beweisprobleme selbst bei Anwendung des Verfahrens der subjektiven Zurechnung nicht gänzlich aus dem Weg geräumt. Jedenfalls mag der durch eine markenrechtliche Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bewirkte Beweisvorteil im Einzelfall nur sehr minimal sein. Die Geringfügigkeit der Verstärkung des Schutzes des unter Art. 14 Abs. 1 GG fallenden Markenrechts ist daher unangemessen gegenüber dem gleichzeitig erfolgenden starken Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG.

Dazu tritt der allgemeine Umstand, dass bereits mit Schadensersatzregelungen auch für fahrlässige Rechtsgutsverletzungen eine Verhaltenssteuerung bewirkt wird, die von Vorsicht und Risikounfreudigkeit der betreffenden Verkehrskreise geprägt ist. Mit der Inkriminierung fahrlässiger Rechtsgutsverletzungen wird eine solche Verhaltensprägung erst recht hervorgerufen, respektive verstärkt. Damit geht stets insgesamt eine Hemmung der betreffenden Tätigkeit einher. Eine Inkriminierung fahrlässiger Markenrechtsverletzungen hemmt also im Ergebnis wirtschaftliche Tätigkeit. Dies kann zwar nicht die Qualität erreichen, dass von

⁹⁰¹ Vgl. *Jarass/Pieroth*, Einl., Rn. 10 m.w.N.; Vorb. vor Art. 1, Rn. 49 m.w.N.

⁹⁰² Siehe dazu oben, insb. im Zusammenhang mit der Bestimmung der Eigenständigkeit des Gehalts der Fahrlässigkeit auf der subjektiven Tatseite (Hpttl., 5. Tl., 3. Abschn., B., II).

einem Berühren sogar des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG die Rede sein kann. Aber immerhin würde die – das unter Art. 14 Abs. 1 GG fallende Markenrecht schützende – Inkriminierung fahrlässiger Markenrechtsverletzungen gleichzeitig übergeordnet dafür sorgen, dass insgesamt weniger Vermögenswerte geschaffen werden. Allerdings reduziert das nur Potenziale materieller Freiheit, welche verfassungsrechtlich nicht geschützt sind. Diese abstrakte Überlegung ist daher nicht geeignet, den Ausschlag zu geben, ob die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht unangemessen ist. Sie vermag aber diese bereits oben erlangte Position hilfsweise zu unterstützen.

Die Unangemessenheit einer Inkriminierung fahrlässiger Markenrechtsverletzungen wird zudem im vergleichenden Ansatz durch das Fehlen einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in den – dem Markenrecht verwandten – Rechtsgebieten des gewerblichen Rechtsschutzes bestätigt.⁹⁰³ Weiterhin ist auch die fortwährende Ausweitung des Markenbegriffs⁹⁰⁴ zu bedenken, welche dazu führt, dass immer weitere Gegenstandsbereiche markenrechtlich geschützt werden. Dieser Erweiterung im gegenständlichen Bereich des Markenrechts sollte zum Ausgleich eine Beibehaltung der strafrechtlichen Anforderungen an die Täterpsyche entgegengesetzt werden. Eine mit einer Inkriminierung fahrlässiger Markenrechtsverletzungen einhergehende Reduktion dieser strafrechtlichen Anforderungen wäre demgegenüber auch unter diesem Gesichtspunkt unangemessen.

Selbst eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nur für einen Ausschnitt des Vorsatzdeliktes oder auch nur eine Strafbarkeit für eine leichtfertige Markenrechtsverletzung mit entsprechend gesteigerten Strafbarkeitsvoraussetzungen stellt immer noch einen erheblichen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG dar, der im Hinblick auf die im Saldo geringen Vorteile für den Schutz des unter Art. 12 Abs. 1 GG fallenden Markenrechts nicht angemessen ist.

Eine Inkriminierung fahrlässiger Markenrechtsverletzungen *de lege ferenda* ist demnach nicht angemessen.

III. Ergebnis

Eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit würde zwar den markenrechtlichen Rechtsgüterschutz fördern und wäre für eine Verstärkung dieses auch erforderlich. Sie ist allerdings in der verfassungsrechtlichen Gesamtschau nicht angemessen. Die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht ist daher verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

⁹⁰³ Vgl. dazu oben (Hpttl., 8. Tl., 2. Abschn., C., II., 2., a)).

⁹⁰⁴ Vgl. dazu *Fezer*, GRUR 2003, 457, 462 f., der von einem kommunikationstheoretischen Markenbegriff ausgeht und damit rechnet, dass in Zukunft die Markenfähigkeit aller grafisch darstellbaren visuellen, auditiven, olfaktorischen, gustatorischen und haptischen Marken und auch aller grafisch darstellbaren Positionsmarken, Bewegungsmarken, virtuellen Marken, Hologramme und Lichtmarken anerkannt werden wird. Zur vergangenen diesbezüglichen Entwicklung vgl. auch *Lutz*, GRUR 1999, 847, 847.

3. Abschnitt: Fazit

Zusammenfassend bleibt als Resümee der vorstehenden Erörterung festzustellen, dass eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht (*de lege ferenda*) gegenüber der Stärke des dadurch erfolgenden grundrechtlichen Eingriffs keine hinreichende Erleichterung hinsichtlich der Probleme des geltenden Rechts ergibt und damit auch keine hinreichende Verbesserung des Schutzes der durch das Markenstrafrecht geschützten Rechtsgüter. Eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im deutschen Markenstrafrecht ist daher nicht angezeigt. Es besteht demnach kein Anlass, von der geltenden Fassung der Markenstrafnormen abzurücken. Damit erübrigt es sich auch, das oben entwickelte und bereits für die Grenzziehung des markenstrafrechtlichen Vorsatzes verwendete Indikatorensystem für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht unter Berücksichtigung des Strafgrundes für die Fahrlässigkeit auf eine zu indizierende Fahrlässigkeit im Markenstrafrecht anzupassen.

Schluss: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Mit Markenrechten gehen erhebliche sozioökonomische Vorteile für Produzenten, Händler, Verbraucher und die Allgemeinheit einher. Diese Vorteile werden durch Markenrechtsverletzungen beeinträchtigt. Folglich ist ein effektiver Schutz von Markenrechten notwendig. Dazu werden unterschiedliche Maßnahmen miteinander verbunden, darunter der Einsatz des Markenstrafrechts. Für die vielgestaltigen Spezialprobleme im Markenstrafrecht liegen bislang noch keine eigenständigen Abhandlungen vor. Mangels einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Markenstrafrecht kommt es de lege lata strafentscheidend auf den Vorsatz des Markenstraftäters an. Die Vorsatzgrenze im Markenstrafrecht ist allerdings angesichts diverser rechtstatsächlicher, aber auch rechtsdogmatischer Schwierigkeiten schwer zu ziehen [Einleitung, 1. und 2. Teil].

In kriminologischer Hinsicht stellen Markendelikte einen Teil der organisierten internationalen Wirtschaftskriminalität dar. Ihre Planung und Durchführung erfordert in der Regel hohe organisatorische Kompetenzen, nicht alltägliches Spezialwissen und bestimmte betriebliche Kapazitäten. Markendelikte zeichnen sich durch eine hohe Anonymität oder zumindest personale Distanz zwischen Täter und Opfer aus. Das Dunkelfeld wird bei Markendelikten als hoch eingeschätzt [Hauptteil, 2. Teil, 3. Abschnitt].

Das Markenstrafrecht schützt zum einen das individuelle Rechtsgut des unter Art. 14 Abs. 1 GG fallenden Markenrechts und zum anderen die kollektiven Rechtsgüter des Innovations- und Qualitätswettbewerbs sowie des Verbraucherschutzes [Hauptteil, 2. Teil, 4. Abschnitt, A. und B.].

Die subjektive Zurechnung i.e.S. stellt eine normative Korrekturmöglichkeit auf der Ebene des subjektiven Tatbestands dar. Sie grenzt die subjektiven Unrechtselemente ein und ist dementsprechend als das Pendant zur objektiven Zurechnung zu verstehen. Da der Gegenstand, auf welchen sich die unter der Bezeichnung subjektive Zurechnung i.e.S. vorgenommene rechtliche Bewertung bezieht, die individuelle Psyche des Handelnden ist, wird diese nach einem individualisierenden Maßstab vorgenommen. Es handelt sich mithin um eine personale und individuelle Zurechnung. Die subjektive Zurechnung i.e.S. ist ferner als strafrechtssystematisch eigenständige Kategorie zu klassifizieren. Sie fragt anhand einer normativen Bewertung psychischer Faktoren nach der Rechtfertigung einer Zurechnung der Tat zum Täter und führt damit zu einer Nichtzurechnung der Erfolgsherbeiführung zum subjektiven Tatbestand, wenn der Täter im maßgeblichen Zeitpunkt seiner tatbestandlichen Handlung keinerlei an den konkreten Geschehensablauf anknüpfende Vorstellungen hat [Hauptteil, 3. Teil, 1. Abschnitt, A. und B.].

Die subjektive Zurechnung i.w.S. ist der normativ geprägte Oberbegriff des subjektiven Unrechts, in welchem der Vorsatz, die Fahrlässigkeit und die sonstigen subjektiven Unrechtselemente als eigenständige Kategorien von vornehmlich täterpsychischer Prägung aufgehen. Darüber hinaus umfasst die subjektive Zurechnung i.w.S. die Möglichkeit einer normativen Korrektur der subjektiven Tatseite (subjektive Zurechnung i.e.S.) sowie das normative Verfahren zur Ermittlung bzw. zur prozessualen Feststellung subjektiver Unrechtselemente. Letzteres wird anhand von für die jeweiligen Tatbestände entwickelten Anhaltspunkten des äußeren Geschehens (Indikatoren) und dem jeweiligen Strafgrund des betreffenden subjektiven Unrechtselements vorgenommen. Die subjektive Zurechnung i.w.S. meint also die gesamte Verbindung eines äußeren Geschehens, also des objektiven Tatbestandes, mit der Vorstellungswelt der handelnden Person. Dabei machen die vornehmlich täterpsychisch geprägten subjektiven Unrechtselemente die Basis der subjektiven Zurechnung i.w.S. aus [Hauptteil, 3. Teil, 1. Abschnitt, C. und Hauptteil, 3. Teil, 2. Abschnitt].

Die Fahrlässigkeit betrifft im Wesentlichen die strafrechtssystematische Ebene des subjektiven Tatbestands, also die psychologischen Aspekte des Täterhandelns. Zur Begründung der Fahrlässigkeit bedarf es keiner eigenständig zu behandelnden und als solche bezeichneten Sorgfaltspflichtverletzung. Der Topos der Sorgfaltspflichtverletzung erleichtert vielmehr nur vermeintlich die Rechtsanwendung, ist jedoch tatsächlich eher verwirrend und bringt als solcher keinerlei Erkenntnisgewinn mit sich. Er wird schlicht unnötig, wenn die mit ihm verbundenen materiellen Fragen im Rahmen der Beurteilung der Handlung inzident berücksichtigt wer-

den. Der Maßstab des Fahrlässigkeitsunrechts ist wie beim Vorsatzunrecht ein individualisierender, da es in einem personalen Strafrecht für ein als typisch zu bezeichnendes Unrecht auf die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten des Täters in der konkreten Tatsituation ankommt [Hauptteil, 3. Teil, 2. Abschnitt, C.].

Das ernsthafte Vertrauen auf das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolgs stellt ein eigenständiges Fahrlässigkeitsmerkmal auf der subjektiven Tatseite dar. Dies macht die Fahrlässigkeit zu etwas grundlegend Wesensverschiedenem zum Vorsatz und begründet mithin ein Aliud-Verhältnis zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, wenn auch Vorsatz und Fahrlässigkeit im Vorwurfsgehalt einander systematisch nachgeordnet sind und sich auf unterschiedlichen Ebenen derselben normativen Stufenleiter befinden [Hauptteil, 5. Teil, 3. Abschnitt, B.].

Die bisherige Auseinandersetzung der Rechtsprechung und Literatur zur Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit im Markenstrafrecht ist höchst unbefriedigend. Die Handhabung dieser Abgrenzung kann in ein allgemeines System subjektiver Zurechnung für das Markenstrafrecht, welches zur Lösung der Probleme der subjektiven Tatseite bei Markenstraftaten dient, eingebettet werden. Dessen einer Konstruktionsbestandteil ist ein systematisierter Katalog normativ relevanter Indikatoren für den Rückschluss auf die – die einzelnen Straftatbestandsmerkmale des Markenstrafrechts betreffende – Psyche des Markenstraftäters. Dieser Katalog wird flexibel gehalten, um die psychovariablen Zugehörigkeit des Täters zu einer bestimmten Tätergruppe berücksichtigen zu können. Zu den Indikatoren gehören die jeweiligen objektiven Tatbestandsmerkmale selbst, die von der Rechtsprechung und der Literatur im Zusammenhang mit den psychischen Zuständen von Markenrechtsverletzern verwendeten Kriterien und weitere zu entwickelnde Indikatoren, welche sich maßgeblich an den durch die Markenstraftatbestände geschützten Rechtsgütern orientieren. Der andere Konstruktionsbestandteil des allgemeinen Systems subjektiver Zurechnung für das Markenstrafrecht ist der Zweck der jeweiligen subjektiven Markenunrechtsmerkmale, also im Kern der Grund der markenrechtlichen Vorsatzstrafbarkeit [Hauptteil, 6. Teil, 2. Abschnitt, D. und Hauptteil, 6. Teil, 3. Abschnitt].

Die markenstrafrechtlichen Absichten dienen lediglich dem Ausschluss eines bloßen Eventualvorsatzes in Bezug auf die angeführten Absichtsgegenstände. Zu ihrer Erfüllung bedarf es lediglich eines dolus directus zweiten Grades, also eines sicheren Wissens bezüglich des jeweiligen Absichtsgegenstandes [Hauptteil, 6. Teil, 3. Abschnitt, B., I., 2., c), bb)].

Wie in der allgemeinen Irrtumslehre ist es für die markenstrafrechtlichen Irrtumsfragen – unabhängig von einer etwaigen Kategorisierung der markenstrafrechtlichen Normen als entweder Blankettgesetze oder Gesetze mit normativen Tatumsständen – einzig erheblich, welche Straftatumstände zum Tatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 StGB gehören. Dies kann nur dadurch beantwortet werden, dass die markenstrafrechtlichen Tatbestände ausgelegt werden und dabei unter Berücksich-

tigung insbesondere des von diesen intendierten Rechtsgüterschutzes direkt nach den für die markenstrafrechtliche Unrechtstypik erforderlichen Kenntnissen des Markenstraftäters gefragt wird [Hauptteil, 7. Teil, 1. Abschnitt, C.].

Die Markenbenutzung durch markenrechtlich Dritte ist per se keineswegs typischerweise sozialschädlich. Genauso wenig kann die typische Sozialschädlichkeit der Nutzung von Marken unabhängig von den markenrechtlichen Schutzschranken beurteilt werden. Die im Text des § 143 Abs. 1 MarkenG ausdrücklich aufgeführte Widerrechtlichkeit der Markenbenutzung, welche die fehlende Zustimmung des Markenrechtsinhabers zur fremden Markenbenutzung wie auch das fehlende Eingreifen von Schutzschranken umfasst, ist daher grundlegend für das typische markenstrafrechtliche Unrecht. Die markenrechtliche Widerrechtlichkeit ist somit der strafrechtssystematischen Ebene des Tatbestands zuzuordnen [Hauptteil, 7. Teil, 2. Abschnitt, B.].

Diverse marken(straf)rechtliche Wertungsinhalte müssen dem Markenstraftäter bekannt sein, um von einer typischerweise missbilligenswerten Markenrechtsverletzung reden zu können. Sie sind daher dem Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zuzuordnen. Mit Blick auf den hauptsächlichen Zweck des § 143 Abs. 1 MarkenG, das Ausschließlichkeitsrecht des Markenrechtsinhabers zu schützen, sind dabei die wesentlichen normativen Gesichtspunkte des markenrechtlichen Interessenabgleichs zwischen dem Markenrechtsinhaber und dem Rechtsverkehr von herausragender Bedeutung. Bei diesem Interessenabgleich stehen sich das Interesse des Markenrechtsinhabers an insbesondere einer weitgehenden Wahrung seines Ausschließlichkeitsrechts an der Marke und das Interesse des Rechtsverkehrs an einer weitgehenden Nutzungsmöglichkeit von der – durch die Marke ansonsten privatisierten – bezeichnenden Sprache und zeichenhafter Symbole zu bestimmten Zwecken gegenüber [Hauptteil, 7. Teil, 2. Abschnitt, C., III.].

Das auf einen zu indizierenden Vorsatz angepasste und für die weiteren dem Straftatbestand i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zugeordneten Umstände ergänzte Indikatorensystem für die subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht dient auch zur Identifikation von markenstrafrechtlichen Tatumsstandsirrtümern i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB [Hauptteil, 7. Teil, 3. Abschnitt].

Eine Inkriminierung fahrlässiger Markenrechtsverletzungen *de lege ferenda* würde zwar den Schutz des unter Art. 14 Abs. 1 GG fallenden Markenrechts geringfügig verstärken. Sie würde allerdings gleichzeitig, selbst in den gesetzgeberischen Alternativen einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nur für einen Ausschnitt des Vorsatzdeliktes oder auch nur einer Strafbarkeit für eine leichtfertige Markenrechtsverletzung mit entsprechend gesteigerten Strafbarkeitsvoraussetzungen, einen unangemessen starken Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG jedes markenrechtlich Dritten bedeuten. Sie wäre daher verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen [Hauptteil, 8. Teil].

Literaturverzeichnis

1. Monographien, Lehr- und Handbücher, Sammelwerke und Kommentare

- Achenbach, Hans/Wannemacher, Wolfgang J.* (Hrsg.), Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, Loseblatt-Ausgabe, 1997 bis 1999 (zit.: *BHWSt-Bearbeiter*).
- Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas* (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2004 (zit.: *HWSt-Bearbeiter*).
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang*, Warenzeichenrecht und Internationales Wettbewerbs- und Zeichenrecht. Warenzeichengesetz, Pariser Verbandsübereinkunft, Madrider Herkunftsabkommen, Madrider Markenabkommen, Nizzaer Klassifikationsabkommen, Zweiseitige Abkommen, 12. Auflage, 1985 (zit.: *Baumbach/Hefermehl, Warenzeichenrecht*).
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 11. Aufl., 2003 (zit.: *Baumann/Weber/Mitsch, AT [Bearbeiter hervorgehoben]*).
- Blumenthal, Corsin*, Der strafrechtliche Schutz der Marke unter besonderer Berücksichtigung der Piraterie, Diss., Bern 2002 (zit.: *Blumenthal, Der strafrechtliche Schutz der Marke*).
- Bockelmann, Paul*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1979 (zit.: *Bockelmann, AT*).

- Braun, Edwin*, Produktpiraterie. Rechtsschutz durch Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht sowie ausgewählte Probleme der Rechtsdurchsetzung, 1993 (zit.: *Braun*, Produktpiraterie).
- Braun, Thorsten*, Schütztlücken-Piraterie: Der Schutz ausländischer ausübender Künstler in Deutschland vor einem Vertrieb von bootlegs, Diss., 1995 (zit.: *Braun*, Schütztlücken-Piraterie).
- Brechmann, Winfried*, Die richtlinienkonforme Auslegung. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie, 1994 (zit.: *Brechmann*, Richtlinienkonforme Auslegung).
- Busse, Rudolf*, Warenzeichengesetz in der Fassung vom 18.7.1953 nebst Pariser Unionsvertrag und Madrider Abkommen, 3. Aufl., 1960 (zit.: *Busse*, Warenzeichengesetz).
- Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991 (zit.: *Bydlinski*, Methodenlehre).
- Chalmers, Alan F.*, Wege der Wissenschaft: Einführung in die Wissenschaftstheorie, Titel der englischen Originalausgabe: What is this thing called science?, hrsg. und übersetzt von Niels Bergemann und Jochen Prümper, 4. Aufl., 1999 (zit.: *Chalmers*, Wissenschaftstheorie).
- Cornish, W.R.*, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 2. Aufl., 1989 (zit.: *Cornish*, Intellectual Property).
- Cramer, Peter*, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962 (zit.: *Cramer*, Vollrauschtatbestand).
- Creifelds, Carl*, Rechtswörterbuch, hrsg. von Klaus Weber, 19. Aufl., 2007 (zit.: *Creifelds*).
- Dölling, Dieter/Duttge, Gunnar/Rössner, Dieter* (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht. StGB/StPO/Nebengesetze, Handkommentar, 1. Auflage, 2008 (zit.: HK-GS/Bearbeiter).
- Dreier, Horst*, Grundgesetz: Kommentar, Band I: Artikel 1-19, 1996 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dreier).
- Dreiss, Uwe/Klaka, Rainer*, Das neue Markengesetz. Entstehung und Erlöschen, Verfahren, Kollision und gerichtliche Durchsetzung, 1995 (zit.: *Dreiss/Klaka*, Das neue Markengesetz).
- Duttge, Gunnar*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, Habil., 2001 (zit.: *Duttge*, Fahrlässigkeit).
- Eckstein, Ken*, Besitz als Straftat, Diss., 2001 (zit.: *Eckstein*, Besitz).
- Eisenberg, Ulrich*, Kriminologie, 6. Auflage, 2005 (zit.: *Eisenberg*, Kriminologie).
- Ekey, Friedrich L./Klippel, Diethelm* (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Markenrecht. MarkenG, GMV und Markenrecht ausgewählter ausländischer Staaten, 2003 (zit.: *Ekey/Klippel/Bearbeiter*, HK-MarkenR).
- Eser, Albin/Burkhardt, Björn*, Strafrecht I. Schwerpunkt Allgemeine Verbrechen-elemente, 4. Aufl., 1992 (zit.: *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I).

- Fezer, Karl-Heinz*, Markenrecht. Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen, 4. Auflage, 2009 (zit.: *Fezer*, MarkenR).
- Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 58. Auflage, 2011 (zit.: *Fischer*).
- Frank, Reinhard*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einföhrungsgesetz, 18. Aufl., 1931 (zit.: *Frank*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich).
- Frisch, Wolfgang*, Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, 1983 (zit.: *Frisch*, Vorsatz und Risiko).
- Frisch, Wolfgang*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988 (zit.: *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten).
- Gaul, Alexander*, Die Durchsetzung markenrechtlicher Ansprüche gegenüber Produktpiraten, Diss., 2003 (zit.: *Gaul*, Durchsetzung markenrechtlicher Ansprüche).
- Gloy, Wolfgang/Loschelder, Michael* (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Auflage, 2005 (zit.: *Gloy/Loschelder-Bearbeiter*, WettbewerbsR).
- Göpfert, Wolfgang W.*, Die Strafbarkeit von Markenverletzungen, 2006 (zit.: *Göpfert*, Strafbarkeit von Markenverletzungen).
- Göppinger, Hans*, Kriminologie, begr. von Hans Göppinger, bearb. von Michael Bock und Alexander Böhm, 5. Auflage, 1997 (zit.: *Göppinger*, Kriminologie).
- Haas, Günter*, Die Untreue (§ 266 StGB). Vorschläge de lege ferenda und geltendes Recht, 1997 (zit.: *Haas*, Untreue).
- Hagens, Alfred*, Warenzeichenrecht. Kommentar, 1927 (zit.: *Hagens*, Warenzeichenrecht).
- Hardes, Heinz-Dieter/Schmitz, Frieder/Uhly, Alexandra*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 8. Auflage, 2002 (zit.: *Hardes/Schmitz/Uhly*, Volkswirtschaftslehre).
- Hardwig, Werner*, Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, Habil., 1957 (zit.: *Hardwig*, Zurechnung).
- Harte-Bavendamm, Henning* (Hrsg.), Handbuch der Markenpiraterie in Europa, 2000 (zit.: *Bearbeiter*, in: Harte-Bavendamm, Markenpiraterie).
- Hassemer, Winfried*, Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, Diss., 1968 (zit.: *Hassemer*, Tatbestand und Typus).
- Hefendehl, Roland*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002 (zit.: *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter).
- Hefermehl, Wolfgang/Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim*, Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Preisangabenverordnung, 24. Auflage, 2006 (zit.: Hefermehl/Köhler/Bornkamm [*Bearbeiter* hervorgehoben]).

- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, als Band XII einer neuen kritischen Ausgabe sämtlicher Werke Hegels hrsg. von Johannes Hoffmeister, mit Hegels eigenhändigen Randbemerkungen in seinem Handexemplar der Rechtsphilosophie, 4. Aufl., 1955 (zit.: *Hegel*, Rechtsphilosophie).
- Heinrich, Bernd*, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht. Auslegungsrichtlinien unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsguts der Amtsdelikte, 2001 (zit.: *Heinrich*, Amtsträgerbegriff).
- von der Heydt, Maria*, Die subjektive Tatseite der Konkursdelikte, Diss., 2001 (zit.: *von der Heydt*, Die subjektive Tatseite).
- Hillenkamp, Thomas*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, allgemeiner Teil, 9. Auflage, 1999 (zit.: *Hillenkamp*, AT).
- v. Hippel, Robert*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Eine dogmatische Studie, 1903 (zit.: *v. Hippel*, Vorsatz und Fahrlässigkeit).
- Hoyer, Andreas*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 1996 (zit.: *Hoyer*, AT I).
- Hubmann, Heinrich/Götting, Horst-Peter*, Gewerblicher Rechtsschutz, 7. Aufl., 2002 (zit.: *Hubmann/Götting*).
- Ihnen, Hans-Jürgen*, Grundzüge des Europarechts. Eine Einführung, 2. Aufl., 2000 (zit.: *Ihnen*, Europarecht).
- Ingerl, Reinhard/Rohnke, Christian*, Markengesetz. Kommentar, 3. Auflage, 2010 (zit.: *Ingerl/Rohnke*, MarkenG).
- Jakobs, Günther*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, 1991 (zit.: *Jakobs*, AT).
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 10. Auflage, 2009 (zit.: *Jarass/Pieroth* [*Bearbeiter* hervorgehoben]).
- Joecks, Wolfgang*, Strafgesetzbuch. Studienkommentar, 8. Auflage, 2009 (zit.: *Joecks*, StGB).
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996 (zit.: *Jescheck/Weigend*, AT).
- Käbisch, Verena*, Markenschutz im Strafrecht. Die Rechtslage in Deutschland und den USA, Diss., 2006 (zit.: *Käbisch*, Markenschutz).
- Kaiser, Günther*, Kriminologie. Ein Lehrbuch, 3. Auflage, 1996 (zit.: *Kaiser*, Kriminologie).
- Karlsruher Kommentar* zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, hrsg. von Lothar Senge, 3. Aufl., 2006 (zit.: *KK OWiG-Bearbeiter*).
- Kaufmann, Arthur*, Analogie und „Natur der Sache“. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Aufl., 1982 (zit.: *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“).
- Kaufmann, Arthur*, Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1976 (zit.: *Kaufmann*, Schuldprinzip).

- Kerschner, Ferdinand*, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und -methodik für Juristen: Leitfaden für juristische Seminar- und Diplomarbeiten, Dissertationen und wissenschaftliche Artikel, 4. Auflage, 1997 (zit.: *Kerschner*, Wissenschaftliche Arbeitsmethodik).
- Kindhäuser, Urs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 2002 (zit.: *Kindhäuser*, AT).
- Kindhäuser, Urs*, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, 4. Auflage, 2010 (zit.: *Kindhäuser*, LPK-StGB).
- Kirchner, Hildebert/Butz, Cornelia*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl., 2003 (*Kirchner/Butz*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache).
- Köhler, Michael*, Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1982 (zit.: *Köhler*, Fahrlässigkeit).
- Köhler, Michael*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1997 (zit.: *Köhler*, AT).
- Krey, Volker*, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teil II: Tatbestand des vorsätzlichen Begehungsdelikts (Dreistufiger Deliktsaufbau, Handlung, Kausalität, objektive Zurechenbarkeit, Vorsatz), 2003 (zit.: *Krey*, AT II).
- Kühl, Kristian*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2008 (zit.: *Kühl*, AT).
- Küper, Wilfried*, Strafrecht. Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen, 7. Aufl., 2008 (zit.: *Küper*, BT).
- Kublen, Lothar*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987 (zit.: *Kublen*, Irrtum).
- Kyrer, Alfred*, Wirtschaftslexikon, 4. Auflage, 2001 (zit.: *Kyrer*, Wirtschaftslexikon).
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 27. Auflage, 2011 (zit.: *Lackner/Kühl* [*Bearbeiter* hervorgehoben]).
- Lagodny, Otto*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik; dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, 1996 (zit.: *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte).
- Lange, Paul*, Marken- und Kennzeichenrecht, 2006 (zit.: *Lange*, Marken- und Kennzeichenrecht).
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, 1995 (zit.: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre).
- Lecheler, Helmut*, Einführung in das Europarecht, 2000 (zit.: *Lecheler*, Europarecht).
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Großkommentar, hrsg. von Burkhard Jähne, Heinrich Wilhelm Laufhütte und Walter Odersky, 11. Auflage, 1992 ff. (zit.: *LK¹¹/Bearbeiter*).
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Großkommentar, hrsg. von Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan und Klaus Tiedemann, 12. Auflage, 2007 ff. (zit.: *LK¹²/Bearbeiter*).
- Lenz, Carl Otto/Borchardt, Klaus-Dieter* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag. Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4. Aufl., 2006 (zit.: *Lenz/Borchardt-Bearbeiter*).

- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian*, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 5. Auflage, 2005 (zit.: *Bearbeiter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I).
- Maske*, Markenpiraterie und Strafrecht in Deutschland, Polen und der russischen Föderation, Diss., 2004 (zit.: *Maske*, Markenpiraterie und Strafrecht).
- Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Mainvald, Manfred*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2: Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 8. Auflage, 1999 (zit.: *Maurach/Schroeder/Mainvald*, Strafrecht BT 2).
- Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Auflage, 1992 (zit.: *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT 1).
- Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechen und Rechtsfolgen der Tat, 7. Auflage, 1989 (zit.: *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht AT 2).
- Mayer, Hellmuth*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1967 (zit.: *Mayer*, Strafrecht AT).
- Meister, Herbert E.*, Leistungsschutz und Produktpiraterie. Fragmente zu einem Phänomen, 1990 (zit.: *Meister*, Leistungsschutz und Produktpiraterie).
- Miletzki, Rainer*, Formen der Konfliktregelung im Verbraucherrecht. Der Beitrag der Schlichtungsstellen zur Rechtsverwirklichung, 1982 (zit.: *Miletzki*, Verbraucherrecht).
- Müller-Gugenberger, Christian/Bieneck, Klaus* (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 4. Auflage, 2006 (zit.: *Müller-Gugenberger/Bieneck/Bearbeiter*, WiStrR).
- Müller, Rudolf/Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas*, Wirtschaftskriminalität. Eine Darstellung der typischen Erscheinungsformen mit praktischen Hinweisen zur Bekämpfung, 4. Auflage, 1997 (zit.: *Müller/Wabnitz/Janovsky*, Wirtschaftskriminalität).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. von Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker, Band 6: Sachenrecht, 5. Auflage, 2009 (zit.: *Münch-KommBGB/Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, hrsg. von Wolfgang Joecks und Klaus Miebach, Band 1: §§ 1-51 StGB, 1. Auflage, 2003; Band 3: §§ 185-262 StGB, 1. Aufl., 2003 (zit.: *MünchKommStGB/Bearbeiter*).
- Mylonopoulos, Christos*, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht: Eine Studie zur Entwicklung der personalen Unrechtslehren, 1981 (zit.: *Mylonopoulos*, Handlungs- und Erfolgsunwert).
- Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, hrsg. von Ulfrid Neumann, Ingeborg Puppe und Wolfgang Schild, Stand: 14. Lieferung, November 2003 (zit.: *NK/Bearbeiter*).
- Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, hrsg. von Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann und Hans-Ullrich Paeffgen, Band 1, 3. Auflage, 2010 (zit.: *NK-StGB-Bearbeiter*).

- Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd/Nordemann, Wilhelm*, Wettbewerbsrecht. Markenrecht, 10. Auflage, 2004 (zit.: *Nordemann/Nordemann/Nordemann*, Wettbewerbsrecht. Markenrecht).
- Oppermann, Thomas*, Europarecht. Ein Studienbuch, 2. Aufl., 1999 (zit.: *Oppermann*, Europarecht).
- Otto, Harro*, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, 2004 (zit.: *Otto*, AT).
- Otto, Harro*, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 7. Auflage, 2005 (zit.: *Otto*, BT).
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch. Kurzkommentar, 70. Auflage, 2011 (zit.: *Palandt/Bearbeiter*).
- Puppe, Ingeborg*, Vorsatz und Zurechnung, 1992 (zit.: *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung).
- Puppe, Ingeborg*, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Band 1: Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, 2002 (zit.: *Puppe*, AT 1).
- Roxin, Claus*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973 (zit.: *Roxin*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme).
- Roxin, Claus*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, 2006 (zit.: *Roxin*, AT I).
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian*, Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 5. Aufl., 2010 (zit.: *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie).
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2. Auflage, 1995 (zit.: *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse).
- Schivek, Frank*, Die Strafbarkeit der Markenpiraterie, Diss., 2003 (zit.: *Schivek*, Markenpiraterie).
- Schlehofer, Horst*, Vorsatz und Tatabweichung. Zur Auslegung der §§ 16 Abs. 1 Satz 1, 22 StGB, 1996 (zit.: *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung).
- Schlüchter, Ellen*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983 (zit.: *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale).
- Schlüchter, Ellen/Herzog, Felix*, Strafrecht in aller Kürze, 4. Aufl., 2004 (zit.: *Schlüchter/Herzog*, Strafrecht).
- Schmid, Christian*, Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht, 2002 (zit.: *Schmid*, Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit).
- Schmidhäuser, Eberhard*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975 (zit.: *Schmidhäuser*, AT).
- Schmidl, Michael*, Bekämpfung der Produktpiraterie in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich: Zur Notwendigkeit eines europäischen Markenstrafrechts am Beispiel der Gemeinschaftsmarke, 1999 (zit.: *Schmidl*, Produktpiraterie).

- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Auflage, 2010 (zit.: Schönke/Schröder/*Bearbeiter*).
- Schroth, Ulrich*, Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale, 1994 (zit.: *Schroth*, Vorsatz als Aneignung).
- Schroth, Ulrich*, Vorsatz und Irrtum, 1998 (zit.: *Schroth*, Vorsatz und Irrtum).
- Schroth, Ulrich*, Strafrecht Besonderer Teil, 5. Auflage, 2010 (zit.: *Schroth*, StrR BT).
- v. Schultz, Detlef* (Hrsg.), Kommentar zum Markenrecht, 2. Aufl., 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in: v. Schultz, Markenrecht).
- Schulz, Jens-Peter*, Das deutsche Markenstrafrecht. Eine Untersuchung des Paragraphen 143 MarkenG unter Berücksichtigung europarechtlicher Einflüsse, Diss., 2003 (zit.: *Schulz*, Markenstrafrecht).
- Schubmacher, Katja S.*, Die Marken(artikel)piraterie. Ein Phänomen des modernen Wirtschaftslebens unter rechtstatsächlicher und begrifflich-dogmatischer Betrachtung, Diss., 2003 (zit.: *Schubmacher*, Marken(artikel)piraterie).
- Schwind, Hans-Dieter*, Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 14. Auflage, 2004 (zit.: *Schwind*, Kriminologie).
- Selzer, Dagmar*, Der Schutz vor Markenpiraterie auf internationaler und europäischer Ebene – unter besonderer Berücksichtigung des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums und der europäischen Antipiraterieverordnung, Diss., 2002 (zit.: *Selzer*, Markenpiraterie).
- Simon, Eric*, Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 2005 (zit.: *Simon*, Gesetzesauslegung).
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat, 5. Auflage, 2004 (zit.: *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT I).
- Ströbele, Paul/Hacker, Franz/Kirschnecke, Irmgard/Knoll, Helmut/Kober-Dehm, Helga*, Markengesetz. Kommentar, 9. Auflage, 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ströbele/Hacker, MarkenG).
- Struensee, Eberhard*, Grundlagenprobleme des Strafrechts, 2005 (zit.: *Struensee*, Grundlagenprobleme).
- Sutherland, Edwin Hardin*, White Collar Crime, New York u.a., 1965 (zit.: *Sutherland*, White Collar Crime).
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, hrsg. von Hans-Joachim Rudolphi u.a., Stand: 7. Auflage, teilweise 8. neubearbeitete Auflage, 41. Lieferung, Oktober 2005 (zit.: SK/StGB/*Bearbeiter*).
- Tiedemann, Klaus*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts, Habil., 1969 (zit.: *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen).
- Tiedemann, Klaus*, Die Anfängerübung im Strafrecht, 3. Auflage, 1997 (zit.: *Tiedemann*, Anfängerübung).

- Tiedemann, Klaus*, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2007 (zit.: *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT).
- Tiedemann, Klaus*, Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil, 2. Aufl., 2008 (zit.: *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT).
- Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas*, Handbuch des Steuer- und Wirtschaftsstrafrechts, 2. Aufl., 2004 (zit.: *Wabnitz/Janovsky/Bearbeiter*).
- Warda, Heinz-Günter*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955 (zit.: *Warda*, Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen).
- Wassermann, Rudolf* (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, § 1-21, Reihe Alternativkommentare, 1990 (zit.: *AK-StGB-Bearbeiter*).
- Welzel, Hans*, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Aufl. (Der erste Teil des Buches ist zugleich die 14. erweiterte Auflage von: „Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen“), 1969 (zit.: *Welzel*, Strafrecht).
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 40. Aufl., 2010 (zit.: *Wessels/Beulke*, AT).
- Wilburg, Walter*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, Rede, gehalten bei der Inauguration als Rector magnificus der Karl-Franzens-Universität in Graz am 22. November 1950 (zit.: *Wilburg*, Bewegliches System).
- Wölfel, Helmut*, Rechtsfolgen von Markenverletzungen und Maßnahmen zur Bekämpfung der Markenpiraterie, Diss., 1990 (zit.: *Wölfel*, Markenverletzungen).
- Woll, Artur*, Wirtschaftslexikon, 9. Auflage, 2000 (zit.: *Woll*, Wirtschaftslexikon).
- Zielinski, Diethart*, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, 1973 (zit.: *Zielinski*, Unrechtsbegriff).

2. Unselbständige Abhandlungen

- Abrens, Hans Jürgen/Wirtz, Peter B.*, Kriminelle Markenrechtsverletzungen: Entwicklungsperspektiven der Strafverfolgung, MarkenR 2009, 97.
- Albrecht, Friedrich*, Fachübergreifende Argumentationsweisen zu Abwandlungen im Markenrecht – mögliche Hilfestellungen der Sprachforscher, GRUR 2000, 648.
- Ann, Christoph*, Die idealistische Wurzel des Schutzes geistiger Leistungen, GRUR Int. 2004, 597.
- Arzt, Gunther*, Über die subjektive Seite der objektiven Zurechnung, Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, 163 (zit.: *Arzt*, Schlüchter-Gedächtnisschr.).

- Beuthien, Volker/Wasmann, Dirk*, Zur Herausgabe des Verletzergewinns bei Verstößen gegen das Markengesetz. Zugleich Kritik an der sogenannten dreifachen Schadensberechnung, GRUR 1997, 255.
- Brammsen, Joerg*, Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes – Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?, JZ 1989, 71.
- Burkhardt, Björn*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die „Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven“ –, in: Wolter, Jürgen/Freund, Georg (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem. Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtswert – Strafausschluß – Strafverzicht – Strafklagverzicht, 1996, S. 99 ff. (zit.: *Burkhardt*, in: Wolter/Freund).
- Burkhardt, Björn*, Abweichende Kausalverläufe in der Analytischen Handlungstheorie, Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, 1998, 15 (zit.: *Burkhardt*, Nishihara-Festschr.).
- Bußmann, Kurt*, Zwangsmaßnahmen gegenüber Unternehmenskennzeichen, Festschrift für Leo Raape, 1948, 131 (zit.: *Bußmann*, Raape-Festschr.).
- Bydlinski, Franz*, Bewegliches System und juristische Methodenlehre, in: Winkler, Günther/Antonioli, Walter/Raschauer, Bernhard (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S. 21-42 (zit.: *Bydlinski*, in: Winkler/Antonioli/Raschauer).
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr, in: Winkler, Günther/Antonioli, Walter/Raschauer, Bernhard (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S. 103-116 (zit.: *Canaris*, in: Winkler/Antonioli/Raschauer).
- Cremer, Richard*, Die Bekämpfung der Produktpiraterie in der Praxis. Zur Handhabung des Produktpirateriegesetzes, Mitt. 1992, 153.
- Dannecker, Gerhard*, Die Entwicklung des Strafrechts unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, Jura 1998, 79.
- Di Fabio, Udo*, Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip? – Überlegungen zum Einfluß des indirekten Gemeinschaftsrechts auf die nationale Rechtsordnung, NJW 1990, 947.
- Dopsch, Ulrich*, Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987, 1.
- Driendl, Johannes*, Irrtum oder Fehlprognose über abweichende Kausalverläufe, GA 1986, 252.
- Duttge, Gunnar*, Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot, Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, 2003, 13 (zit.: *Duttge*, Kohlmann-Festschr.).
- Duttge, Gunnar*, Zum typologischen Denken im Strafrecht. Ein Beitrag zur „Wiederbelebung“ der juristischen Methodenlehre, in: Byrd, B. Sha-

- ron/Hruschka, Joachim/Joerden, Jan C. (Hrsg.), JahrbRuE, Bd. 11 (2003) (Themenschwerpunkt: Strafrecht und Rechtsphilosophie. Criminal Law and Legal Philosophy), 103.
- Duttge, Gunnar*, Einflüsse der Rechtsphilosophie auf die Strafrechtsdogmatik – am Beispiel des (individualisierten) Fahrlässigkeitsunrechts, in: Loos, Fritz/Jehle, Jörg-Martin (Hrsg.), Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart. Manfred Maiwald zu ehren, 2007, 167 (zit.: *Duttge*, Maiwald-Festschr.).
- Duttge, Gunnar*, Personales Unrecht: Entwicklungslinien, gegenwärtiger Stand und Zukunftsfragen, in: Jehle, Jörg-Martin/Lipp, Volker/Yamanaka, Keiichi (Hrsg.), Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, 2008, S. 195-205 (zit.: *Duttge*, in: Jehle/Lipp/Yamanaka).
- Duttge, Gunnar*, Menschengerechtes Strafen, in: Schumann, Eva (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 15. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Band 9, 2010, S. 1 ff. (zit.: *Duttge*, in: Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat).
- Engisch, Karl*, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 22.4.1955 – 5 StR 35/55 (SchwG Hamburg), NJW 1955, 1688.
- Enstbaler, Jürgen*, Produktpirateriegesetz, GRUR 1992, 273.
- Everling, Ulrich*, Zur Auslegung des durch EG-Richtlinien angeglichenen nationalen Rechts, ZGR 1992, 376.
- v. Falck*, Anmerkung zu BGH GRUR 1973, 375 – „Miss Petite“, GRUR 1973, 378.
- Febérváry, János*, Wirtschaftskriminalität und Korruption in Österreich, in: Liebl, Karlhans (Hrsg.), Internationale Forschungsergebnisse auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität (Beiträge zur gesellschaftswissenschaftlichen Forschung; Bd. 1), 1987, S. 95-116 (zit.: *Febérváry*, Wirtschaftskriminalität).
- Fezer, Karl-Heinz*, Erste Grundsätze des EuGH zur markenrechtlichen Verwechslungsgefahr – oder: „Wie weit springt die Raubkatze?“, NJW 1998, 713.
- Fezer, Karl-Heinz*, Entwicklungslinien und Prinzipien des Markenrechts in Europa – Auf dem Weg zur Marke als einem immaterialgüterrechtlichen Kommunikationszeichen, GRUR 2003, 457.
- Frisch, Wolfgang*, Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung am Beispiel der AIDS-Diskussion, Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, hrsg. von Klaus Geppert und Diether Dehnicke, 1990, 533 (zit.: *Frisch*, Meyer-Gedächtnisschr.).
- Frisch, Wolfgang*, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? – BGHSt 36, 1, JuS 1990, 362.
- v. Gamm, Otto-Friedrich*, Schwerpunkte des neuen Markenrechts, GRUR 1994, 775.
- Ganea, Peter*, Ökonomische Aspekte der urheberrechtlichen Erschöpfung, GRUR Int. 2005, 102.

- Geerds, Detlev*, Der vorsatzausschließende Irrtum, Jura 1990, 421.
- Gloy, Wolfgang/Loschelder, Michael*, Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für den gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. zum Grünbuch der Europäischen Kommission zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt KOM (98) 559 endg., GRUR 1999, 479.
- Graul, Eva*, Anmerkung zu BGHSt 38, 32 (=BGH JR 1992, 113), JR 1992, 114.
- v. Gravenreuth, Günter*, Strafverfahren wegen Verletzung von Patenten, Gebrauchsmustern, Warenzeichen oder Urheberrechten, GRUR 1983, 349.
- v. Gravenreuth, Günter*, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie. Ein halber Schritt in die richtige Richtung?, BB 1988, 1614.
- Güldenberger, Hans G.*, Der volkswirtschaftliche Wert und Nutzen der Marke, GRUR 1999, 843.
- Haft, Fritjof*, Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs, ZStW 88 (1976), 365.
- Hassemer, Winfried*, Kennzeichen des Vorsatzes, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, 289 (zit.: *Hassemer, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr.*).
- Hassemer, Winfried*, Kreditbetrug; Urkundenbegriff, zugleich eine Besprechung des BayObLG-Beschl. vom 15.2.1990 – RReg. 2 St 398/89, JuS 1990, 850.
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 85 (1973), 867.
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Die Problematik der „besonderen persönlichen Merkmale“ im Strafrecht, ZStW 88 (1976), 68.
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Aberratio ictus und error in obiecto (1. Teil), JA 1981, 369.
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Aberratio ictus und error in obiecto (2. Teil), JA 1981, 470.
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS 1986, 249.
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten – Teil 2, JZ 1988, 635.
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Aids: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts – zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 4. November 1988 – 1 StR 262/88 –, JZ 1989, 470.
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt, JuS 1996, 377.
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit. Besprechung von Gunnar Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, GA 2001, 568.
- Herzberg, Rolf Dietrich/Hardtung, Bernhard*, Grundfälle zur Abgrenzung von Tatumstandsirrturn und Verbotsirrturn, JuS 1999, 1073.
- Hruschka, Joachim*, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, Straf-

- verfahren im Rechtsstaat, hrsg. von Karl Heinz Gössel und Hans Kauffmann, 1985, 191 (zit.: *Hruschka*, Kleinknecht-Festschr.).
- Hugger, Heiner*, Zur strafbarkeitserweiternden richtlinienkonformen Auslegung deutscher Strafvorschriften, NStZ 1993, 421.
- Jäger, Herbert*, Subjektive Verbrechenmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, MSchrKrim 1978, 297.
- Jähnke, Burkhard*, Grundlagen der strafrechtlichen Haftung für fahrlässiges Verhalten. Zugleich Bemerkungen zu Ellen Schlüchters Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, 99 (zit.: *Jähnke*, Schlüchter-Gedächtnisschr.).
- Joerden, Jan C.*, Wesentliche und unwesentliche Abweichungen zurechnungsrelevanter Urteile des Täters von denen des Richters, in: Byrd, B. Sharon/Hruschka, Joachim/Joerden, Jan C. (Hrsg.), JahrbRuE, Bd. 2 (1994) (Themenschwerpunkt: Zurechnung von Verhalten. Imputation of Conduct), 307.
- Jung, Heike*, Gesetz zur Bekämpfung der Produktpiraterie. Besprechung, JuS 1990, 856.
- Kaufmann, Armin*, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, ZStW 70 (1958), 64.
- Klaka, Rainer*, Erschöpfung und Verwirkung im Licht des Markenrechtsreformgesetzes, GRUR 1994, 321.
- Köhler, Michael*, Der Begriff der Zurechnung, Festschrift für Hans Joachim Hirsch, 1999, 65 (zit.: *Köhler*, Hirsch-Festschr.).
- Kiethe, Kurt/Groeschke, Peer*, Die „Classe E“-Entscheidung des BGH als Ausgangspunkt für den Rechtsschutz gegen das Domain-Grabbing, WRP 2002, 27.
- Kirchner, Christian*, Innovationsschutz und Investitionsschutz für materielle Güter, GRUR Int. 2004, 603.
- Kretschmer, Friedrich (Much-Heckhaus)*, Bundestag: Produktpiraterie, GRUR 1998, 545.
- Kretschmer, Friedrich*, Stellungnahme zum Grünbuch über Produktpiraterie, GRUR 1999, 318.
- Kretschmer, Joachim*, Das Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 2000, 267.
- Kudlich, Hans/Kessler, Clemens*, Das Kernstrafrecht als Rettungsanker bei Markenverstößen – zur Strafbarkeit des unbefugten Handels mit Parfum-Testern, NStZ 2008, 62.
- Lenckner, Theodor*, Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967, 1890.
- Levin, Marianne*, Was bedeutet "counterfeiting"?, GRUR Int. 1987, 18.
- Liebl, Karlhans*, Schwerpunktstaatsanwaltschaften zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, wistra 1987, 13.

- Liebl, Karlhans*, Wirtschaftskriminalität, in: Liebl, Karlhans (Hrsg.), Internationale Forschungsergebnisse auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität (Beiträge zur gesellschaftswissenschaftlichen Forschung; Bd. 1), 1987, S. 1-7 (zit.: *Liebl*, Wirtschaftskriminalität).
- Lübrig, Nicolas*, Bekämpfung der Produktpiraterie in der Türkei, GRUR Int. 1999, 929.
- Lübrs, Wolfgang*, Verfolgungsmöglichkeiten im Fall der „Produktpiraterie“ unter besonderer Betrachtung der Einziehungs- und Gewinnabschöpfungsmöglichkeiten (bei Ton-, Bild- und Computerprogrammträgern), GRUR 1994, 264.
- Lutz, Raimund*, Die Stärkung der „zweiten Säule“ – Entwicklungen und Perspektiven des Markenbereichs, GRUR 1999, 847.
- Maul, Karl-Heinz/Maul, Corinna*, Produktpiraterie im Pharma-Bereich – Sanktionsbedarf und Schadensquantifizierung, GRUR 1999, 1059.
- Mayer-Maly, Theo*, Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten, in: Winkler, Günther/Antoniolli, Walter/Raschauer, Bernhard (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S. 117-126 (zit.: *Mayer-Maly*, in: Winkler/Antoniolli/Raschauer).
- Meister, Herbert E.*, Aspekte der Produktpiraterie, WRP 1991, 137.
- Meister, Herbert E.*, Die Verteidigung von Marken. Eine Skizze zum neuen Recht, WRP 1995, 366.
- Mezger, Edmund*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), 207.
- Nierwetberg, Rüdiger*, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum – Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, Jura 1985, 238.
- Oehler, Dietrich*, Anmerkung zu BGHSt 23, 133 (=BGH JZ 1970, 379), JZ 1970, 380.
- Otte, Gerhard*, Zur Anwendung komparativer Sätze im Recht, in: Winkler, Günther/Antoniolli, Walter/Raschauer, Bernhard (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S. 271-285 (zit.: *Otte*, in: Winkler/Antoniolli/Raschauer).
- Otto, Harro*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6.2.1979 – 1 StR 685/78 (Abgedruckt in NJW 1979, 1512), NJW 1979, 2414.
- Otto, Harro*, Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz). Dogmatischer Teil I, ZStW 96 (1984), 339.
- Otto, Harro*, Grundlagen der strafrechtlichen Haftung für fahrlässiges Verhalten, Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, 77 (zit.: *Otto*, Schlüchter-Gedächtnisschr.).
- Patnaik, Daniel*, Enthält das deutsche Recht effektive Mittel zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produktpiraterie?, GRUR 2004, 191.
- Perron, Walter*, Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, 1998, 145 (zit.: *Perron*, Nishihara-Festschr.).

- Philipps, Lothar*, An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit – Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, 365 (zit.: *Philipps*, Roxin-Festschr.).
- Pickrabn, Günter*, Die Bekämpfung von Parallelimporten nach dem neuen Marken-gesetz, GRUR 1996, 383.
- Prittwitz, Cornelius*, Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, 110.
- Puppe, Ingeborg*, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), 863.
- Puppe, Ingeborg*, Zur Revision der Lehre vom „konkreten“ Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, 1.
- Puppe, Ingeborg*, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz. Kreative Definitionen oder warum sich Juristen über Begriffe streiten, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, 15 (zit.: *Puppe*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschr.).
- Puppe, Ingeborg*, Buchbesprechung zu: *Kublen, Lothar*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, ZStW 102 (1990), 892.
- Puppe, Ingeborg*, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, 145.
- Radbruch, Gustav*, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in: Kaufmann, Arthur (Hrsg.), Gustav Radbruch-Gesamtausgabe, Bd. 3, Rechtsphilosophie III, bearbeitet von Winfried Hassemer, S. 60 ff. (zit.: *Radbruch*, in: Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch-Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III).
- Reyes, Yesid*, Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993), 108.
- Röer, Lennart*, Schutz vor Produktpiraterie. Das Hauptproblem liegt in Fernost, in: F.A.Z. v. 27.4.2005.
- Roxin, Claus*, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363, JuS 1964, 53.
- Roxin, Claus*, Gedanken zum „Dolus Generalis“, Kultur – Kriminalität – Strafrecht. Festschrift für Thomas Würtenberger, 1977, 109 (zit.: *Roxin*, Würtenberger-Festschr.).
- Rudolphi, Hans-Joachim*, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969, 549.
- Scherer, Inge*, Normative Bestimmung von Verwechslungs- und Irreführungsgefahr im Markenrecht, GRUR 2000, 273.
- Schilcher, Bernd*, Gesetzgebung und Bewegliches System, in: Winkler, Günther/Antoniolli, Walter/Raschauer, Bernhard (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S. 287-323 (zit.: *Schilcher*, in: Winkler/Antoniolli/Raschauer).

- Schlüchter, Ellen*, Kleine Kriminologie der Fahrlässigkeitsdelikte, Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, 1998, 359 (zit.: *Schlüchter*, Kaiser-Festschr.).
- Schmidhäuser, Eberhard*, Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, GA 1957, 305.
- Schmidhäuser, Eberhard*, Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat („dolus eventualis“ und „bewußte Fahrlässigkeit“), JuS 1980, 241.
- Schmoller, Kurt*, Die Kategorie der Kausalität und der naturwissenschaftliche Kausalverlauf im Lichte strafrechtlicher Tatbestände, ÖJZ 1982, 449, 487 (Fortsetzung).
- Schröder, Horst*, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949, 1949, 207 (zit.: *Schröder*, Sauer-Festschr.).
- Schroeder, Friedrich-Christian*, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, 321.
- Schünemann, Bernd*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435.
- Schünemann, Bernd*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, 341.
- Schünemann, Bernd*, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?, JR 1989, 89.
- Schünemann, Bernd*, Vom philosophischen zum typologischen Vorsatzbegriff, Festschrift für Hans Joachim Hirsch, 1999, 363 (zit.: *Schünemann*, Hirsch-Festschr.).
- Schweikert, Heinrich*, Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?, ZStW 70 (1958), 394.
- Sheleff, Leon*, Internationale „White-Collar-Crime“, in: Liebl, Karlhans (Hrsg.), Internationale Forschungsergebnisse auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität (Beiträge zur gesellschaftswissenschaftlichen Forschung; Bd. 1), 1987, S. 604-622 (zit.: *Sheleff*, „White-Collar-Crime“).
- Spendel, Günter*, Zum Begriff des Vorsatzes, Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, 167 (zit.: *Spendel*, Lackner-Festschr.).
- Steininger, Viktor*, Walter Wilburg als Lehrer und Forscher in der Erinnerung seiner unmittelbaren Schüler und das Bewegliche System im Gesamtgefüge der Wissenschaften, in: Winkler, Günther/Antoniolli, Walter/Raschauer, Bernhard (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S. 1-19 (zit.: *Steininger*, in: Winkler/Antoniolli/Raschauer).
- Stratenwerth, Günter*, Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW 71 (1959), 51.
- Struensee, Eberhard*, Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, ZStW 102 (1990), 21.

- Tiedemann, Klaus*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, 23.
- Tilmann, Winfried*, Der Schutz gegen Produktpiraterie nach dem Gesetz von 1990, BB 1990, 1565.
- Warda, Günter*, Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1979, 1.
- Warda, Günter*, Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre (2. Teil), Jura 1979, 71.
- Warda, Günter*, Konstruktive Möglichkeiten und Grenzen der Zusammenfassung eines mehraktigen Geschehens zu einer Tat, dargestellt am Beispiel des Tatbestandsmerkmals „quälen“ in § 225 StGB, Festschrift für Hans Joachim Hirsch, 1999, 391 (zit.: *Warda*, Hirsch-Festschr.).
- Weigend, Thomas*, Bewältigung von Beweisschwierigkeiten durch Ausdehnung des materiellen Strafrechts?, Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, 695 (zit.: *Weigend*, Triffterer-Festschr.).
- Winter, Franz*, Die internationale Markenpiraterie – Ein Prüfstein unseres Rechts gegen den Mißbrauch des Warenverkehrs, GRUR 1981, 782.
- Wolter, Jürgen*, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung – zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt –, ZStW 89 (1977), 649.
- Wolter, Jürgen*, Objektive und Personale Zurechnung zum Unrecht. – Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus und objektiven Strafbarkeitsbedingung, in: Schünemann, Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 103 (zit.: *Wolter*, in: Schünemann).
- Wolter, Jürgen*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs. Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wolfgang Frisch, GA 1991, 531.
- Wolter, Jürgen*, Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum „Risikoprinzip“ von Claus Roxin und zur „Wesentlichkeit von Kausalabweichungen“, in: Gimbernat, Enrique/Schünemann, Bernd/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin, 1995, 3 (zit.: *Wolter*, Roxin-Symposium).
- Yamanaka, Keiichi*, Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, ZStW 102 (1990), 928.
- Zuleeg, Manfred*, Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen Integration, JZ 1992, 761.
- Ohne Autor, Markenpiraterie durch Prävention wirksamer bekämpfen, in: F.A.Z. v. 5.10.1998.

Markenrechtsverletzungen beeinträchtigen die mit Markenrechten einhergehenden sozioökonomischen Vorteile für Produzenten, Händler, Verbraucher und die Allgemeinheit. Die vorliegende Untersuchung setzt sich mit Fragen der subjektiven Tatseite im Markenstrafrecht auseinander. Dazu entwickelt der Verfasser zunächst ein grundlegendes allgemeines System der strafrechtlichen subjektiven Zurechnung. Dieses wird sodann zur Lösung der Probleme der subjektiven Tatseite bei Markenstraftaten ausgearbeitet. Dabei werden die Einflüsse nicht nur der spezifischen markenstrafrechtlichen Besonderheiten eingehend durchleuchtet, sondern auch diejenigen der rechtstatsächlichen Aspekte des Markenstrafrechts wie etwa dessen Zugehörigkeit zur organisierten internationalen Wirtschaftskriminalität und die im Markenstrafrecht begegnenden Tätergruppen. Schließlich erörtert der Verfasser die relevanten Gesichtspunkte einer Inkriminierung von fahrlässigen Markenrechtsverletzungen de lege ferenda.