

HRRS-Nummer: HRRS 2018 Nr. 1015

Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner

Zitiervorschlag: HRRS 2018 Nr. 1015, Rn. X

### BGH 2 StR 416/16 - Urteil vom 18. Juli 2018 (LG Köln)

Tatbestandsirrtum (Irrtum über normative Tatbestandsmerkmal; Maßstab der sog. Parallelwertung in der Laiensphäre); Verbotsirrtum (Vermeidbarkeit; Differenzierung bei Irrtum über ein Genehmigungserfordernis); verbotene Geschäfte und Handeln ohne Erlaubnis (Tateinheit); Verbot der Verschlechterung (keine Anwendung auf Umstellung des Schuldspruches).

§ 16 Abs. 1 StGB; § 17 S. 1 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG; § 32 Abs. 1 Satz 1, Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG; § 331 Abs. 1 StPO

#### Leitsätze des Bearbeiters

1. Ein Täter, der die dem Gesetz entsprechende Wertung im Wege einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ nachvollzieht und auf der Grundlage dieses Wissens den sozialen Sinngehalt des Tatbestandsmerkmals richtig begreift, also den Bedeutungssinn des Bankgeschäfts als normatives Tatbestandsmerkmal zutreffend erfasst, seine Geschäfte aber gleichwohl für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig hält, irrt lediglich über ihr Verbotensein.
2. Nach der Rechtsprechung auch des Bundesgerichtshofs ist in Fällen des Irrtums über ein Genehmigungserfordernis differenzierend nach dem jeweils in Betracht kommenden Tatbestand zu entscheiden. Dabei soll es darauf ankommen, ob die Genehmigung nur der Kontrolle eines im allgemeinen sozialadäquaten Verhaltens dient (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) und die Tat ihren Unwert erst aus dem Fehlen der Genehmigung herleitet - Tatbestandsirrtum - oder ob es sich um ein grundsätzlich wertwidriges Verhalten handelt, das im Einzelfall auf Grund der Genehmigung erlaubt ist (repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt) - Verbotsirrtum.
3. Der Senat lässt dahinstehen, ob dieser Rechtsprechung mit ihrer danach vorzunehmenden Differenzierung, die zu Abgrenzungsschwierigkeiten führt und weitere Schwächen aufweist zu folgen ist. Jedenfalls bei Verstößen gegen den Tatbestand des § 54 KWG führt auch sie zur Annahme eines Verbotsirrtums. Dort lässt sich eine sachgerechte Einordnung etwaiger täterseitiger Fehlvorstellungen oder -bewertungen nicht durch schlichte Anwendung einfacher Formeln ohne Rückgriff auf wertende Kriterien und differenzierende Betrachtungen erreichen.
4. Unvermeidbar ist ein Verbotsirrtum, wenn der Täter nach den Umständen und nach der seinem Lebens- und Berufskreis zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Tuns nicht zu gewinnen vermag.

#### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 9. Juli 2015 im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des vorsätzlichen unerlaubten Betreibens von Bankgeschäften schuldig ist.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.
3. Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen fahrlässigen unerlaubten Betreibens von Bankgeschäften zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen verurteilt. Mit der Revision rügt der Angeklagte die Verletzung förmlichen und sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel führt zur Änderung des Schuldspruchs, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

I. 2

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts gründete der Angeklagte im Jahr 1981 die erste Gesellschaft, mit der er 3

schlüsselfertiges Bauen anbot. Diese und weitere Gesellschaften des wirtschaftlich geschickt agierenden Angeklagten führten insbesondere in den 1980er und 90er Jahren zahlreiche Großbauten durch. Der Angeklagte warb hierfür Fremdkapital vermögender Anleger ein, die dieses durch das Zeichnen von Fondsanteilen einbrachten. Soweit Anleger einen Teil der Zeichnungssumme durch Darlehen finanzieren wollten, vermittelte die A. GmbH (im Folgenden: A., zuvor: E. GmbH) Finanzierungen durch das Bankhaus Sal. Oppenheim jr. & Cie KGaA. Im Gesellschaftsvertrag der A. war in § 2 der Gegenstand des Unternehmens beschrieben als „Erbringung von Finanzdienstleistungen aller Art, insbesondere Vermittlung von Darlehen“. Tätigkeiten, die nach dem Kreditwesengesetz einer Erlaubnis oder Genehmigung bedürfen, waren ausdrücklich nicht vom Gesellschaftszweck erfasst. Alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der A. war der Angeklagte, der zudem als Gesellschafter Einfluss auf den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft nehmen konnte. Weder die A. noch der Angeklagte verfügten über eine Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften nach § 32 Kreditwesengesetz (KWG) aF.

In der Folgezeit ging die A. dazu über, die Darlehen nicht nur zu vermitteln, sondern selbst zu vergeben. So reichte der Angeklagte im Zeitraum von November 1999 bis April 2005 als Geschäftsführer der A. insgesamt 24 Darlehen im Umfang von 50.000 DM bis 380 Mio. € aus, ohne über eine Banklizenz zu verfügen. Alle Darlehensvergaben erfolgten durchgängig in Gewinnerzielungsabsicht. Der Angeklagte hatte bei jeder Darlehensvergabe den Willen, auch zukünftig im Rahmen seiner Geschäftsverbindungen Darlehen durch die A. zu vergeben. 4

Dem Angeklagten war zwar bewusst, dass weder er noch die A. über eine Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften nach § 32 KWG aF verfügten. Ihm war allerdings die Erlaubnisbedürftigkeit eines gewerbsmäßigen oder in einem in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordernden Umfang betriebenen Darlehensgeschäfts nicht bekannt; er ging deshalb davon aus, dass er keiner Erlaubnis bedürfe. Dass auch die Darlehensgeschäfte der A. erlaubnispflichtig waren, hätte der Angeklagte jedoch bei Anlegung der nach den Umständen gebotenen und ihm auch persönlich abzuverlangenden Sorgfalt erkennen können. Bei Nachfrage bei einem auf Fragen des Bankaufsichtsrechts spezialisierten Rechtsanwalt oder bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen wäre ihm mitgeteilt worden, dass die gewerbsmäßig betriebene Gewährung von Gelddarlehen einer Erlaubnispflicht unterlag. 5

2. Das Landgericht hat im Hinblick auf die Fehlvorstellung des Angeklagten zur Erlaubnispflichtigkeit der Darlehensvergaben einen Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 StGB angenommen und den Angeklagten wegen eines fahrlässigen Verstoßes gemäß § 54 Abs. 2, Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Var. 1 KWG aF verurteilt. 6

## II.

Die Revision des Angeklagten führt mit der Sachrüge - unter Aufrechterhaltung des Rechtsfolgenausspruchs - zu einer Schuldspruchänderung; im Übrigen hat sie keinen Erfolg. 7

1. Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen und zum Irrtum des Angeklagten belegen lediglich einen vermeidbaren Verbotsirrtum, nicht aber einen Tatbestandsirrtum, der den Vorsatz entfallen ließe. Entgegen der Auffassung des Landgerichts erfüllt das Verhalten des Angeklagten damit nicht nur den Tatbestand des fahrlässigen unerlaubten Betriebens von Bankgeschäften. Bei dieser Sachlage kann der Senat von sich aus den Schuldspruch - der Anklage gemäß - auf vorsätzliches unerlaubtes Betreiben von Bankgeschäften umstellen. 8

a) Der Angeklagte erfüllte den objektiven Tatbestand des § 54 Abs. 2, Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Var. 1 KWG aF. Er handelte ausweislich der Feststellungen auch vorsätzlich in Bezug auf die Darlehensvergabe und das Nicht-Innehaben einer Erlaubnis. Soweit der Angeklagte nicht davon ausging, einer Erlaubnis zu bedürfen, stellt sich dies entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht als Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB, sondern als bloßer Subsumtions- und damit als - vermeidbarer - Verbotsirrtum i.S.d. § 17 StGB dar. Denn nach den Feststellungen der Strafkammer waren ihm sämtliche Umstände der Darlehensvergaben durch die A., die ihre Erlaubnispflichtigkeit begründeten, bekannt. Ein Täter, der die dem Gesetz entsprechende Wertung im Wege einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ nachvollzieht und auf der Grundlage dieses Wissens den sozialen Sinngehalt des Tatbestandsmerkmals richtig begreift, also den Bedeutungssinn des Bankgeschäfts als normatives Tatbestandsmerkmal zutreffend erfasst, seine Geschäfte aber gleichwohl für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig hält, irrt lediglich über ihr Verbotensein (BGH, Beschluss vom 26. März 2018 - 4 StR 408/17, NJW 2018, 1486, 1489; Urteile vom 15. Mai 2012 - VI ZR 166/11, NJW 2012, 3177; vom 16. Mai 2017 - VI ZR 266/16, NJW 2017, 2463; vom 27. Juni 2017 - VI ZR 424/16, NJWR 2017, 1004). 9

b) Das Landgericht ist bei seiner Bewertung der Fehlvorstellung des Angeklagten davon ausgegangen, dass Irrtümer über die Erlaubnispflicht bei einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt als Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 StGB erfasst werden (OLG Celle, Beschluss vom 25. Mai 2004 - 222 Ss 71/04 (OWi), NJW 2004, 3790, 3791; OLG Frankfurt, Beschluss vom 18. Oktober 2005 - 1 Ss 220/05, StraFo 2006, 78; BayObLG, Beschluss vom 23. 10

August 1996 - 3 ObOWi 106/96, NJW 1997, 1319; Beschluss vom 27. Februar 1992 - 3 ObOWi 11/92, wistra 1992, 273) und der Irrtum über die Erlaubnispflichtigkeit des Betriebens von Bankgeschäften darunter falle. Dem liegt Rechtsprechung auch des Bundesgerichtshofs zugrunde, dass in Fällen des Irrtums über ein Genehmigungserfordernis differenzierend nach dem jeweils in Betracht kommenden Tatbestand zu entscheiden ist. Dabei soll es darauf ankommen, ob die Genehmigung nur der Kontrolle eines im allgemeinen sozialadäquaten Verhaltens dient (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) und die Tat ihren Unwert erst aus dem Fehlen der Genehmigung herleitet - Tatbestandsirrtum - oder ob es sich um ein grundsätzlich wertwidriges Verhalten handelt, das im Einzelfall auf Grund der Genehmigung erlaubt ist (repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt) - Verbotsirrtum - (BGH, Urteil vom 11. September 2002 - 1 StR 73/02, NStZ-RR 2003, 55, 56; vom 22. Juli 1993 - 4 StR 322/93, NStZ 1993, 594, 595; vom 7. März 1996 - 4 StR 742/95, NJW 1996, 1604, 1605 f.).

Der Senat lässt dahin stehen, ob dieser Rechtsprechung mit ihrer danach vorzunehmenden Differenzierung, die zu Abgrenzungsschwierigkeiten führt (Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, 29. Aufl. § 17, Rn. 12a) und weitere Schwächen aufweist (vgl. im Einzelnen Papathanasiou in: Festschrift Roxin, 2011, S. 467 ff.; Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, insb. S. 282 ff.; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Aufl., S. 153 f.; Kuhlen, WiVerw 1992, 215, 289 f.; T. Walter, Der Kern des Strafrechts, S. 275), zu folgen ist. Jedenfalls bei Verstößen gegen den Tatbestand des § 54 KWG führt auch sie zur Annahme eines Verbotsirrtums. Dort lässt sich eine sachgerechte Einordnung etwaiger täterseitiger Fehlvorstellungen oder -bewertungen nicht durch schlichte Anwendung einfacher Formeln ohne Rückgriff auf wertende Kriterien und differenzierende Betrachtungen erreichen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 - 3 StR 470/04, NStZ 2006, 214, 217, insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 50, 331, 346). Insofern ist zu berücksichtigen, dass derjenige, der ohne die erforderliche Erlaubnis nach § 32 KWG Bankgeschäfte betreibt, kein im allgemeinen sozialadäquates Verhalten zeigt. Wer sich der behördlichen Prüfung der Zuverlässigkeit, fachlichen Eignung und Leitungserfahrung der Geschäftsleiter (§ 25c Abs. 1 Satz 2 und 3 KWG), des Vorhandenseins von Anfangs- und Kernkapital (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 KWG, vgl. jetzt Art. 26 Abs. 1 Buchst. a bis e VO (EU) Nr. 575/2013), des Geschäftsplans und damit der Planungen zur Art der Geschäfte, des organisatorischen Aufbaus und der internen Kontrollverfahren (§ 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 KWG) entzieht, betreibt sein Geschäft gerade außerhalb des gesetzten Rechtsrahmens und unterläuft hieran anknüpfende umfangreiche Auskunfts- und Prüfungsrechte der Aufsichtsbehörden im laufenden Geschäftsbetrieb (vgl. insbesondere § 44 Abs. 1 Satz 1 KWG). Jeder, der sich diesem umfangreichen Zulassungs- und Kontrollregime entzieht, umgeht dem Schutz des Publikums dienende Genehmigungs- und Kontrollfordernisse (BGH, Urteil vom 29. März 2001 - IX ZR 445/98, BGHR KWG § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Einlagengeschäft 1 mwN) und verhält sich damit zumindest potentiell sozialschädlich (vgl. Schröder, JZ 2018, 255, 256; ders., Handbuch Kapitalmarktrafrecht, 3. Aufl., Rn. 967).

c) Dieser Irrtum war für den Angeklagten - wie sich den Ausführungen der Strafkammer insbesondere zur Begründung fahrlässigen Handelns des Angeklagten entnehmen lässt - auch nicht unvermeidbar, § 17 Satz 1 aE StGB. Unvermeidbar ist ein Verbotsirrtum, wenn der Täter nach den Umständen und nach der seinem Lebens- und Berufskreis zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Tuns nicht zu gewinnen vermag (vgl. BGH, Beschluss vom 18. März 1952 - GSSt 2/51, BGHSt 2, 194, 201; HansOLG Bremen, Urteil vom 30. September 1959 - Ss 54/59, NJW 1960, 163 f. mwN). Davon aber ist nach den landgerichtlichen Feststellungen nicht auszugehen. Der Angeklagte wusste bereits aus dem Gesellschaftsvertrag der A., dass es Tätigkeiten gab, die nach dem KWG erlaubnispflichtig waren. Bei zumutbarer Nachfrage durch den geschäftserfahrenen Angeklagten bei einem auf Fragen des Bankaufsichtsrechts spezialisierten Rechtsanwalt oder bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen wäre ihm mitgeteilt worden, dass die gewerbsmäßig betriebene Gewährung von Gelddarlehen einer Erlaubnispflicht unterlag.

2. Der Senat stellt den Schuldspruch auf eine Tat des vorsätzlichen unerlaubten Betriebens von Bankgeschäften um.

a) Bei den zahlreichen, sich über Jahre erstreckenden Darlehensausreichungen durch die A. handelt es sich nicht um Einzeltaten. Es liegt vielmehr eine sogenannte tatbestandliche Handlungseinheit vor, durch die die einzelnen Taten zu einer Handlung i.S.d. § 52 StGB zusammengefasst werden.

Eine tatbestandliche Handlungseinheit ist gegeben, wenn der Tatbestand seinem Sinn nach neben einmaligen Handlungen auch alle Betätigungen im Rahmen eines über den Einzelfall hinausreichenden, in eine Beziehung oder Organisation eingebetteten oder auf eine gewisse Dauer angelegten Verhaltens umfasst (vgl. LK/Rissing-van Saan, 12. Aufl., Vor §§ 52 ff. Rn. 24). Dabei ist eine ununterbrochene deliktische Tätigkeit nicht vorausgesetzt (vgl. Roxin AT, Band II, § 33 Rn. 25, vgl. auch BGH, Beschluss vom 7. August 1996 - 3 StR 318/96, BGHSt 42, 215 zu §§ 98, 99 StGB; Urteil vom 22. Januar 1971 - 3 StR 3/70 II, BGHSt 24, 72, 77; Beschluss vom 5. Juni 1996 - 3 StR 534/95 I, NStZ 1996, 492 zu § 94 StGB; Urteil vom 15. Dezember 1960 - 3 StR 26/59, BGHSt 15, 259, 262 zu §§ 90a, 129a Abs. 2 StGB aF; Beschluss vom 19. November 1997 - 3 StR 574/97, NJW 1998, 1652 f. zu § 20 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 VereinsG). Strafnormen, die den tatbestandlichen Unrechtsgehalt durch pauschalierende Handlungsbeschreibungen wiedergeben, finden sich etwa bei den Staatsschutzdelikten, insbesondere bei der geheimdienstlichen Agententätigkeit nach §§ 98, 99 StGB. Dort stellt sich eine Mehrzahl von Einzeltätigkeiten, die von dem fortdauernden Willen zur Zusammenarbeit mit dem Geheimdienst einer fremden Macht getragen sind,

regelmäßig als tatbestandliche Handlungseinheit dar, soweit und solange sie insgesamt eine gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtete Tätigkeit enthalten (BGH, Beschluss vom 7. August 1996 - 3 StR 318/96, BGHSt 42, 215, 217 f.; Urteil vom 26. Februar 1997 - 3 StR 525/96, BGHSt 43, 1, 4). § 54 Abs. 1 Nr. 2, § 32 Abs. 1 Satz 1, Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG erfüllen in vergleichbarer Weise die Voraussetzungen einer tatbestandlichen Handlungseinheit. Der Begriff des „Betreibens“ des verbotenen Geschäfts stellt eine pauschalierende Handlungsbeschreibung dar, zielt schon seinem Wortlaut nach auf „Bankgeschäfte“ ab und beschreibt damit eine auf Dauer angelegte Handlung (Erbs/Kohlhaas/Häberle, 219. EL., KWG § 54 Rn. 3), die aus vielen einzelnen Tätigkeiten bestehen kann, aber nicht notwendigerweise muss. Insoweit werden eine Mehrheit natürlicher Einzelhandlungen zu einer einmaligen Verwirklichung des Tatbestandes zusammengefasst. Dies gilt sowohl für jedes einzelne Darlehensgeschäft, das mit seiner Anbahnung beginnt, die Darlehensauskehrung beinhaltet und schließlich mit der ratenweisen Rückzahlung des Darlehens bis hin zur vollständigen Rückführung endet. Es gilt aber auch im Rahmen gewerbmäßiger bzw. solcher Darlehensgeschäfte, die in einem einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordernden Umfang betrieben werden, für eine Vielzahl einzelner Darlehensgewährungen an unterschiedliche Darlehensnehmer zu verschiedenen Zeitpunkten, die vom Begriff des „Betreibens von Bankgeschäften“ umfasst sind. Danach handelt es sich hier bei den 24 Einzelausreichungen der Darlehen innerhalb des durch den Begriff des „Betreibens von Bankgeschäften“ tatbestandlich vorgegebenen Rahmens lediglich um die einmalige Verwirklichung des Tatbestands.

b) Die Ahndung dieser Tat war im Zeitpunkt der Urteilsfällung am 9. Juli 2015 nicht wegen Eintritts von 16 Verfolgungsverjährung ausgeschlossen (§ 78 Abs. 1 Satz 1 StGB).

aa) Der Senat kann dahin stehen lassen, ob als Beendigungszeitpunkt der Tat i.S.d. § 78a Satz 1 StGB, die 17 sämtliche 24 Darlehensauskehrungen bis April 2005 umfasst, die Prolongation des zuletzt gewährten Darlehens am 15. Dezember 2006 oder erst die Entgegennahme der letzten Rückzahlung auf das im Februar 2000 gewährte Darlehen, mithin die vollständige Abwicklung des letzten Darlehensgeschäfts im Jahre 2019 anzusehen ist. Denn auch bei Annahme eines Laufs der Verjährungsfrist bereits ab 15. Dezember 2006 wurde die Verjährung am 29. September 2010 durch Erlass der Durchsuchungsanordnung für die Räume des Angeklagten (§ 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Var. 2 StGB) und sodann erneut durch die Anklageerhebung vom 2. Februar 2013 rechtzeitig unterbrochen.

bb) Ebenso wenig war die Ahndung der Tat wegen Eintritts der (absoluten) Verjährung gemäß § 78c Abs. 3 StGB 18 ausgeschlossen. Denn diese sich aus dem Doppelten der gesetzlichen Verjährungsfrist ergebende Frist betrug - angesichts des vom Senat korrigierten Schuldspruchs - zehn Jahre, so dass die Frist auch bei Annahme eines frühen Beendigungszeitpunkts am 15. Dezember 2006 im Zeitpunkt des Ergehens des Urteils des ersten Rechtszuges am 9. Juli 2015 (§ 78b Abs. 3 StGB) noch nicht abgelaufen war.

3. Der Senat war nicht durch § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO an der vorgenommenen Schuldspruchänderung gehindert. 19 Dabei kann dahinstehen, ob das vom Landgericht ausgeurteilte Fahrlässigkeitsdelikt wegen Eintritts der Verjährung nicht mehr verfolgbar wäre.

Nach herrschender Meinung und ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verbietet das Verbot der 20 Schlechterstellung nicht die Umstellung des Schuldspruchs (RG, Urteil vom 9. Juni 1921 - 1767/20, RGSt 56, 119, 121; Urteil vom 25. Juni 1925 - II 166/25, RGSt 59, 291, 292; BGH, Urteil vom 7. Januar 1955 - 5 StR 638/54, BGHSt 7, 86, 87; Urteil vom 29. April 1958 - 1 StR 68/58, BGHSt 11, 319, 323; Senat, Beschluss vom 4. Mai 1977 - 2 StR 9/77, BGHSt 27, 176, 178; Urteil vom 7. Mai 1980 - 2 StR 10/80, BGHSt 29, 269, 270; BGH, Urteil vom 10. November 1999 - 3 StR 361/99, BGHSt 45, 308, 310; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl., § 331 Rn. 8; KK-StPO/Paul, 7. Aufl. § 331 Rn. 2). Dies gilt auch dann, wenn die getroffenen Feststellungen eine Schuldspruchverböserung tragen, deren Folge wie hier möglicherweise ist, dass eine Tat, die bei Zugrundelegung des tatgerichtlichen Schuldspruchs verjährt wäre, noch geahndet werden darf. Der Zweck des Verbots der reformatio in peius ist dadurch nicht berührt. § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO soll bewirken, dass der Angeklagte bei seiner Entscheidung darüber, ob er von einem ihm zustehenden Rechtsmittel Gebrauch machen will, nicht durch die Besorgnis beeinträchtigt wird, es könne ihm durch die Einlegung des Rechtsmittels ein Nachteil in Gestalt härterer Bestrafung entstehen (BGH, Urteile vom 7. Januar 1955 - 5 StR 638/54, BGHSt 7, 86, 87; vom 29. April 1958 - 1 StR 68/58, BGHSt 11, 319, 323; Senat, Beschluss vom 4. Mai 1977 - 2 StR 9/77, BGHSt 27, 176, 178; Urteil vom 7. Mai 1980 - 2 StR 10/80, BGHSt 29, 269, 270; BGH, Urteil vom 10. November 1999 - 3 StR 361/99, BGHSt 45, 308, 310). Davon aber kann bei der zugrunde liegenden Fallgestaltung nicht die Rede sein. Die Strafe bleibt bei der vorgenommenen Schuldspruchverböserung und einer sich daraus ergebenden veränderten Verjährungsberechnung unangetastet. Ohne das Rechtsmittel wäre es beim mildereren Schuldspruch und der sich daraus ergebenden Strafe geblieben, auch wenn der Tatvorwurf möglicherweise verjährt gewesen wäre. Das Vertrauen, dass es beim tatgerichtlichen Schuldspruch bleibt und die Verjährungsfrage im Rechtsmittelverfahren entsprechend dieser Verurteilung geprüft wird, wird von § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO nicht geschützt (vgl. auch RG, Entscheidung vom 12. November 1929 - 1 D 941/29, HRR 1930 Nr. 685 zu § 331 StPO; Gössel in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 331 Rn. 8; AKStPO-Dölling, § 331 Rn. 5).

4. Der Rechtsfolgenausspruch bleibt von der fehlerhaften Annahme eines Tatbestandsirrtums und dem dadurch bedingten unzutreffenden Schuldspruch unberührt. Der Senat kann ausschließen, dass das Landgericht - hätte es von der Milderungsmöglichkeit des § 17 Satz 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB Gebrauch gemacht - eine niedrigere Strafe gegen den Angeklagten verhängt hätte. Der vom Landgericht zu Grunde gelegte Strafraumen von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr aus § 54 Abs. 2 KWG aF liegt unterhalb des nach § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumens des § 54 Abs. 1 KWG aF; dieser hätte Geldstrafe oder im Höchstmaß zwei Jahre und drei Monate Freiheitsstrafe betragen. 21

5. Die das Verfahrensrecht betreffenden Beanstandungen sind aus den in der Zuschrift des Generalbundesanwalts vom 11. November 2016 genannten Gründen unbegründet. Dies gilt auch für die Rüge der Verletzung des § 265 Abs. 1 StPO, mit der der Angeklagte geltend gemacht hat, nicht darauf hingewiesen worden zu sein, dass abweichend von der Anklageschrift auch eine fahrlässige Tatbegehung in Betracht komme. Diese Rüge geht mit der vorgenommenen Schuldspruchänderung durch den Senat ins Leere. Gegen die der Änderung des Schuldspruchs durch den Senat zugrunde liegende, dem Anklagevorwurf entsprechende vorsätzliche Tatbegehung konnte sich der Angeklagte im landgerichtlichen Verfahren verteidigen. Dass ein Hinweis auf eine fahrlässige Tatbegehung unterblieben ist, kann sich bei dieser Sachlage - ungeachtet der Frage, ob eine Verteidigung gegen die Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums beim Vorsatzdelikt nicht zugleich auch die Abwehr gegen einen Fahrlässigkeitsvorwurf umfasst und deshalb auch aus diesem Grunde fraglich ist, ob der Angeklagte sich anders als geschehen hätte verteidigen können - nicht zu Lasten des Angeklagten ausgewirkt haben. 22