

Oliver Borchard

**Gehalt und Nutzen des § 264a StGB
(Kapitalanlagebetrug)**

Cuvillier Verlag Göttingen

Gehalt und Nutzen des § 264a StGB
(Kapitalanlagebetrug)

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt

von

Oliver Borchard

aus Göttingen

Göttingen 2004

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2004
Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2004
ISBN 3-86537-214-7

Berichtersteller/in: Prof. Dr. Manfred Maiwald

Mitberichtersteller/in: PD Dr. Axel Dessecker

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Juli 2004

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2004
Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen
Telefon: 0551-54724-0
Telefax: 0551-54724-21
www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2004

Gedruckt auf säurefreiem Papier

ISBN 3-86537-214-7

VORWORT

Diese Arbeit hat im Sommersemester 2004 der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation vorgelegen.

Ich danke Prof. Dr. Manfred Maiwald, der diese Arbeit angeregt und konstruktiv mit freundlicher Kritik und Verbesserungsvorschlägen begleitet und das Erstgutachten erstellt hat. Ebenso danke ich PD Dr. Axel Dessecker für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein Dank gilt ferner allen, die mich weiterhin bei Abfassung dieser Arbeit unterstützt haben, namentlich meinem Vater, Herrn Norbert Borchard, und Frau Dr. Regine Ratke.

Göttingen, im Juli 2004

Oliver Borchard

GLIEDERUNG

GLIEDERUNG	I
ABKÜRZUNGEN	VI
EINLEITUNG	1
A. Gegenstand: Betrug auf dem Kapitalmarkt	2
B. Bedeutung des Prospektes beim Vertrieb von Kapitalanlagen	5
C. Entstehungsgeschichte des § 264a StGB	6
D. Legitimation	11
E. Kritik an § 264a StGB	13
F. Bedeutung des § 264a StGB in der Praxis	17
I. Strafverfolgungsstatistik	18
II. Polizeiliche Kriminalstatistik	18
G. Fragestellung	21
HAUPTTEIL	23
A. Dogmatische Einordnung	23
I. Geschütztes Rechtsgut	23
II. § 264a StGB als (abstraktes) Gefährungsdelikt	33
B. Tatmittel	35
C. Gegenstand der Täuschung	40
I. Wertpapier	40
II. Bezugsrechte	42

III. Anteile am Ergebnis eines Unternehmens, insbesondere Bauherrenmodelle	45
IV. Treuhandbeteiligungen - § 264a II StGB.....	54
D. Vertrieb	56
E. Tathandlung - Machen unrichtiger vorteilhafter Angaben/Verschweigen nachteiliger Tatsachen	58
I. Angaben und Tatsachen	58
II. Unrichtige vorteilhafte Angaben	61
III. Nachteilige Tatsachen	65
IV. Unvollständige Informationen	67
V. Unechtes Unterlassen?	69
F. Erhebliche Umstände	71
I. Am Kapitalmarktschutz orientierte Sichtweisen	72
1. Cerny.....	72
2. Geerds	73
3. Otto	76
4. Tiedemann	77
5. Gäbhard	78
II. Am Vermögensschutz orientierte Sichtweisen.....	80
1. Worms.....	80
2. Joecks	81
3. Samson.....	84
III. Fazit	85

IV. Eigene Lösung	86
1. Vermögensrelevanz	88
2. Zielgruppe	91
3. Ausschluss von Bagatellen	100
4. Zusammenfassung der Elemente des Begriffs "erheblich"	100
5. Konsequenzen	101
G. Größerer Kreis von Personen	103
H. Täter und Teilnehmer	106
I. Täter	107
II. Mittelbare Täterschaft	108
III. Mittäterschaft und Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der mit dem Vertrieb befassten Personen	109
IV. Probleme dieser Sichtweise	115
I. Vorsatz	116
I. Beweisprobleme	117
II. Irrtümer	118
III. Irrtümer bei Prognosen	119
J. Fälle des § 264a StGB im Lichte anderer Vorschriften	120
I. Betrug	120
1. Täuschung	120
a) Tatsachen	121
b) Ausdrückliche Täuschung	124
c) Konkludente Täuschung	124

d) Täuschung durch Unterlassen.....	125
1) Ingerenz.....	125
2) Vertrag.....	126
3) Treu und Glauben	127
4) Vorteil des § 264a StGB.....	129
2. Irrtum.....	129
3. Vermögensverfügung.....	131
4. Schaden.....	131
5. Kausalität	137
6. Vorsatz.....	137
7. Bereicherungsabsicht	138
8. Verhältnis zu § 264a StGB.....	138
II. Untreue - § 266 StGB	139
III. § 4 UWG.....	140
1. Rechtsgut und Struktur	141
2. Objektive Voraussetzungen des § 4 UWG	142
a) Unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben	142
b) Tathandlung - Abgrenzung konkludentes Tun/Unterlassen	145
3. subjektive Voraussetzungen.....	147
4. Verhältnis zu § 264a StGB.....	149

IV. Börsenstrafrecht.....	150
1. Börsenspekulationsgeschäfte	151
2. Tatbestandliche Voraussetzungen des § 23 I BörsG	152
K. Konkurrenzen.....	154
I. Verhältnis zu § 263 StGB.....	154
II. Verhältnis zu § 266 StGB.....	155
III. Verhältnis zu § 4 UWG	156
IV. Verhältnis zu §§ 61, 23 I BörsG	158
L. Verfahrensrechtliches	158
M. Tätige Reue - § 264a III StGB.....	159
FAZIT	165
A. Zusammenfassung	165
B. Ergebnis.....	171
LITERATURVERZEICHNIS	173

ABKÜRZUNGEN

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
AuslInvestmG	Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
BB	Betriebsberater
BFH	Bundesfinanzgerichtshof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKA	Bundeskriminalamt
BörsG	Börsengesetz
BT	Besonderer Teil
BT-Drucksache	Drucksache des Deutschen Bundestages

Abkürzungen

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
ca.	zirka
DB	Der Betrieb
DepotG	Depotgesetz
ders.	derselbe
evtl.	eventuell
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FinDAG	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HWiStr	Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts
i.S.d.	im Sinne des/der
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
KG	Kommanditgesellschaft oder Kammergericht
KO	Konkursordnung

Abkürzungen

LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PKS	Polizeiliche Kriminalstatistik
RiStBV	Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren
RKnappschG	Reichsknappschaftsgesetz
Rn.	Randnummer
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
sog.	sogenannte(r)
StA	Staatanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger
u.a.	unter anderem
UStG	Umsatzsteuergesetz
UWG	Gesetz über den Unlauteren Wettbewerb
VerkaufsprospektVO	Verkaufsprospektverordnung

Abkürzungen

vgl.	vergleiche
WiKG	Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft - Steuer - Strafrecht
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WM	Wertpapier Mitteilungen
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

EINLEITUNG

Immer wieder liest man in Tageszeitungen über Fälle von "Kapitalanlagebetrug", in denen Anleger in dem Willen, Gewinn zu erzielen, erhebliche Mengen Geld investieren, und dieses dann verlieren. Die Liste der möglichen Investitionsobjekte ist lang: Stille Beteiligungen, Optionsgeschäfte, Immobilienfondsgesellschaften, um nur einige zu nennen.

Es werden zum Beispiel¹ stille Beteiligungen angeboten, bei denen sich nachträglich herausstellt, dass das investierte Geld nicht gewinnbringend investiert wurde. Es ist also keine Wertsteigerung der Gesellschaft, an der die Beteiligung besteht, zu verzeichnen. Es besteht die Gefahr, dass die Gesellschaft vor Ablauf der Anlage in Insolvenz fällt und das investierte Geld verloren ist.

Es werden geschlossene Immobilienfonds angeboten, bei denen keinesfalls die gesamte Einlage gewinnbringend angelegt wird. Vielmehr fließt ein erheblicher Teil des Geldes über Innenprovisionen (sog. Kickbacks) an die Initiatoren. Ein vorzeitiger Ausstieg ist nur unter erheblichen Verlusten, sowohl hinsichtlich der eingezahlten Summe als auch hinsichtlich ggf. erzielter steuerlicher Vorteile, möglich.

Eine Beteiligung am Bau eines Freizeitparks soll helfen, Steuern zu sparen. Die Kleinanleger finanzieren ihr Engagement über Kredite. Da der Initiator nicht die gewünschte Menge an Investitionsgeldern über Anleger erlangen konnte, nahm er zur Deckung des Fehlbetrages weitere Kredite auf. Diese konnte er in der Folgezeit nicht mehr bedienen, so dass das Konzept scheiterte. Die Kleinanleger mussten jedoch weiterhin die Kredite abzahlen.

Diese drei Fälle sind willkürlich der Tageszeitung und dem Internet entnommen, um die Bandbreite möglicher Kapitalanlagen zu zeigen. Dass es sich aber um strafrechtlich relevantes Verhalten der Initiatoren handelt, soll dadurch nicht unterstellt werden. Gerade Angaben zur inneren Tatseite fehlen.

¹ Die Beispiele sind einer aktuellen Tageszeitung (Göttinger Tageblatt vom 31.8.2002) und der Internetseite <http://www.wolfgang-kynast.de> entnommen.

Erheblich sind dabei auch die Schwierigkeiten², auf die die Ermittler stoßen. Im Fall des European Kings Club lagen die Hauptprobleme beispielsweise dabei in erster Linie auf folgenden Punkten: Die Geschäftstätigkeit war ins Ausland verlagert worden, Anleger sagten nicht aus, solange sie noch Gewinne machten, beschlagnahmte Computer hatten einen Passwortschutz.

Dieses Phänomen "Kapitalanlagebetrug" ist nicht neu. Seit Mitte der 60er Jahre hatten weite Teile der Bevölkerung in Abkehr von der traditionellen Geldanlage in Sparbüchern ihr Geld verstärkt in neue riskantere, aber auch gewinnträchtigere Formen der Kapitalanlage investiert³. Dabei ging es nicht nur um verzinsliche Anlagen, sondern auch um Modelle, die auf dem Gedanken basierten, durch Zuschreibung von Verlusten Steuern zu sparen. Am bekanntesten sind insoweit die sog. "Abschreibungsgesellschaft" und das Bauherrenmodell.

Schon diese wenigen Beispiele zeigen, dass es eine Fülle von Möglichkeiten gibt, dem Anleger Gewinne zu versprechen, die sich unter Umständen aus verschiedenen Gründen nicht erzielen lassen. Als Begriff für Fälle, bei denen Anleger vorsätzlich um ihre Ersparnisse gebracht werden, und die Initiatoren sich daran bereichern, verwendet man üblicherweise den Begriff "Kapitalanlagebetrug".

Mittlerweile gibt es eine Vorschrift, die eine Bekämpfung dieser Missstände zum Ziel hat: § 264a StGB - Kapitalanlagebetrug. Kurz nach ihrem Inkrafttreten war sie Gegenstand heftiger Debatten in der Literatur. Einige Jahre später ist es um diese Norm jedoch wesentlich ruhiger geworden. Dennoch ist der Begriff "Kapitalanlagebetrug" aktuell wie lange nicht mehr. Diese Arbeit soll sich mit der Suche nach dem Grund für die Ruhe um § 264a StGB beschäftigen.

A. Gegenstand: Betrug auf dem Kapitalmarkt

Zunächst ist der Begriff "Kapitalanlagebetrug" näher zu klären. § 264a StGB gibt Auskunft darüber, welches Verhalten als "Kapitalanlagebetrug" strafbar ist. Insoweit

² Böhler: Kriminalistik 1997, 793, 795

³ BT-Drucksache 10/318 S. 21; Jaath: FS für Dünnebieber S. 584; Otto: WM 1988, 729, 729; Otto: FS für Pfeiffer S. 70; LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 2

ist gesetzlich definiert, was Gegenstand dieser Arbeit sein soll. Um die Reichweite und Effektivität dieser Vorschrift zu klären, hilft diese Definition nicht weiter. Vielmehr ist zunächst zu ermitteln, welches strafwürdige Unrecht hinter der Norm "Kapitalanlagebetrug" steckt, um dann feststellen zu können, inwieweit diese Norm tatsächlich geeignet ist, dieses Unrecht zu erfassen. Daher ist zunächst nach einer außerjuristischen Umschreibung des Phänomens "Kapitalanlagebetrug" zu suchen.

Unter Kapitalanlagebetrug ist ein spezieller Betrug zu verstehen: Betrug im Zusammenhang mit Vertrieb und Verwaltung von Kapitalanlagen. Dabei soll Betrug zunächst nicht als technischer Begriff, sondern als Synonym für Täuschung benutzt werden. Damit soll Kapitalanlagebetrug im nicht-juristischen Sinn alle Fälle erfassen, in denen Anleger dadurch getäuscht werden, dass ihnen hinsichtlich ihrer finanziellen Investition eine andere Entwicklung versprochen wird, als sie letztlich eintritt. Die Vorschrift des Kapitalanlagebetruges beschäftigt sich mit Täuschungen, die im Zusammenhang mit Vertrieb und Verwaltung von Kapitalanlagen stehen.

Bei Kapitalanlagen geht es um finanzielles Engagement der Anleger an verschiedenen Kapitalmärkten, mit dem diese beabsichtigen, Gewinn zu erwirtschaften. Dabei kann sich der Gewinn zum einen aus der Verwertung des erworbenen Gegenstandes, einer Unternehmensbeteiligung o.ä. ergeben, oder in einer Steuerermäßigung oder -stundung liegen, die dem Anleger für sein Engagement gewährt wird⁴. Denkbar sind auch Kombinationen aus beiden Elementen. Man unterscheidet einerseits den organisierten Kapitalmarkt, die Börse, bei der die Produkte und Handelsabläufe klar definiert sind. Dazu zählen auch weitere Produkte, die z.B. der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unterliegen und in Spezialgesetzen⁵ geregelt sind. Darüber hinaus besteht der unorganisierte "graue" Kapitalmarkt, für den es weder Aufsicht noch eine spezielle gesetzliche Regelung gibt. Die Produkte basieren auf der privatrechtlichen Vertragsfreiheit. Entsprechend gibt es durch die verschiedenen Kontrollmechanismen, die auch die Preisbildung betreffen, nur sehr eingeschränkte Manipulationsmöglichkeiten am geregelten Kapitalmarkt. Verbliebene strafrechtliche relevante Möglichkeiten der Einflussnahme sind in besonderen Vor-

⁴ Einen Überblick über die gängigsten Konzeptionen gibt Worms: Anlegerschutz S. 15 ff

⁵ Dazu zählen das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG), das Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Invest-

schriften des Nebenstrafrechts geregelt. Demgegenüber fehlt am freien Kapitalmarkt in einigen Fällen sogar die Möglichkeit, am Sekundärmarkt Preisvergleiche anzustellen und so die Angemessenheit des Preises für die fragliche Leistung zu kontrollieren⁶. Mangels Überwachung der angebotenen Produkte durch unabhängige Stellen ist die Wahrscheinlichkeit einer Täuschung über wesentliche Informationen zur Beurteilung der Risikoträchtigkeit und Renditeerwartung der Kapitalanlage als erheblich einzustufen. Insgesamt weist damit der freie Kapitalmarkt deutlich höhere Risiken auf als der kontrollierte.

Geerds definiert den Kapitalmarkt sehr weit als den Markt, auf dem Anleger mit kapitalsuchenden Unternehmen zusammentreffen, um ihre Geschäfte abzuschließen⁷. Dabei geht es den kapitalsuchenden Unternehmen darum, Investoren für ihre Produkte zu finden, während die Anleger zum Ziel haben, ihr Vermögen zu erhalten oder gar zu mehren. Dies kann auf vielerlei Weise geschehen, so durch Erwerb von Wertpapieren, die bei Weiterveräußerung oder Rückveräußerung an das emittierende Unternehmen Gewinn abwerfen oder durch Beteiligung an Unternehmen, die eine steuerlich absetzbare Zuweisung von Verlusten ermöglicht.

Man könnte auch andererseits versuchen, den Kapitalmarkt durch die angebotenen Produkte zu beschreiben. Worms⁸ differenziert in ausländische Aktien und Obligationen sowie Warentermingeschäfte, steuerbegünstigte Kapitalanlagen in Form von Gesellschaftsbeteiligungen, Fondsbeteiligungen, individuelle Anlagen mit Dienst- oder Verwaltungsleistungen, Austauschgeschäfte. Sehr viel konkreter wird dadurch der Kreis der am freien Kapitalmarkt vertriebenen Produkte allerdings nicht.

Wesentlicher ist vielmehr die gemeinsame Motivation der Anleger, gerade diese Produkte zu erwerben: Sie streben Vermögenserhalt und -aufbau an. Diese Motivation ist es auch, die letztlich die potentiellen Anleger zu Opfern betrügerischer Unternehmungen werden lässt. Weiterhin ermöglicht der freie Kapitalmarkt auch die Schaffung neuer innovativer Anlageformen, so dass eine Aufzählung der dort vertriebenen Pro-

mentanteilen (AuslInvestmG), das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)

⁶ Worms: Anlegerschutz S. 71

⁷ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 208

⁸ Worms: Anlegerschutz S. 14 ff; ebenso: Hopt: Gutachten S. 22 ff

dukte sich als Beschränkung darstellt. Demnach lässt sich der Kapitalmarkt nicht durch die derzeit dort vertriebenen Produkte umschreiben.

Der Definitionsvorschlag von Geerds umreißt aber auch die widerstreitenden Interessen der an dem Kapitalmarkt beteiligten Gruppen. Diese entgegengesetzten Interessen sind ein wesentlicher Gesichtspunkt beim Verständnis der Regelung des § 264a StGB. Dennoch ist der Begriff des Kapitalmarktes nach Geerds sehr offen. Er vernachlässigt bei seiner Definition, dass das wesentliche Kriterium das Streben beider Seiten nach einem möglichst hohen Gewinn ist. Daher zeichnet sich der Kapitalmarkt nicht nur durch das Zusammentreffen beider Parteien, sondern durch ihre Absicht beider Seiten aus, durch günstige Entwicklung eines in seiner Entwicklung zur Zeit des Geschäftsabschlusses unbekanntem Faktors Gewinn zu machen.

Der Gesetzgeber hat bei Fassung der Norm den Kapitalmarkt über die dort angebotenen Produkte definiert. Daher hat er recht weitreichende ausfüllungsbedürftige Begriffe benutzt⁹. Die Auslegung dieser Begriffe wird später noch ausführlich Gegenstand der Darstellung sein. Zunächst soll jedoch die Tatbestandsfassung des § 264a StGB als Umschreibung für den freien Kapitalmarkt herangezogen werden.

B. Bedeutung des Prospektes beim Vertrieb von Kapitalanlagen

Eine wesentliche Gemeinsamkeit der am freien Kapitalmarkt vertriebenen Anlagen ist der Vertriebsweg. Diesen Umstand hat der Gesetzgeber auch zum Anknüpfungspunkt seiner Regelung gemacht. Nach dem Willen des Gesetzgebers bezieht sich § 264a StGB lediglich auf den Vertrieb von Kapitalanlagen durch Prospekte. Mittels dieser Vorschrift möchte der Gesetzgeber auf den Inhalt und Gestaltung der Prospekte Einfluss nehmen. Im Gegensatz zu telefonischem Vertrieb ist hier der Inhalt der Anpreisungen nachprüfbar. Insoweit orientiert sich die strafrechtliche Regelung an der zivilrechtlichen Rechtsprechung zur sog. Prospekthaftung.

Prospekte sind Werbeschriften, die zumeist in hochwertiger Verarbeitung in Layout und Material von den Initiatoren dazu bestimmt sind, neue Anleger für das Produkt zu

⁹ Wertpapiere, Bezugsrechte und Anteile, die eine Beteiligung an dem Ergebnis eines Unternehmens

gewinnen. Dies erfolgt in erster Linie durch Herausstellen der positiven Seiten der Kapitalanlage, sowie durch Weglassen der negativen Momente. Zudem stellt der Prospekt meist auch die einzige Informationsquelle der Anleger dar. Die Prospekte über Kapitalanlagen erwecken nämlich im Regelfalle den Eindruck, alle wesentlichen Informationen über die Kapitalanlage zu enthalten. So gewinnt der Anleger den Eindruck, keine weiteren Informationen zur Beurteilung der Kapitalanlage zu benötigen. Dazu kommt in vielen Fällen noch eine entsprechende mündliche Beeinflussung durch das Vertriebspersonal.

Unter diesem Gesichtspunkt wird die Bedeutung des Prospektes für die Entscheidungsfindung des Anlegers bestritten. Wesentlich stärker als der Inhalt der Werbeschrift sei die persönliche Beziehung und Beeinflussung durch den Anlageberater. Hierbei spielen der Identifikationsprozess mit dem Anlageberater und die speziell auf den konkreten Anleger bezogenen Äußerungen die entscheidende Rolle¹⁰.

C. Entstehungsgeschichte des § 264a StGB

Im Jahre 1986 verabschiedete der Deutsche Bundestag das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG), das am 1. August 1986 in Kraft trat. Dieses Gesetz enthielt neben Änderungen im Bereich des Computerstrafrechts und einiger weiterer Normen betreffend den Zahlungs- und Kreditverkehr sowie Straftaten gegen den lautereren Wettbewerb und gegen Wirtschaftsbetriebe auch Vorschriften, die strafbares Verhalten auf dem organisierten und freien Kapitalmarkt betrafen (§ 264a StGB; §§ 88,89 BörsG a.F.)¹¹. Hintergrund dieser Änderung bestehender und Einführung neuer Vorschriften war die Bekämpfung von Missständen auf den genannten Kapitalmärkten. Es hatten sich Nachrichten über spektakuläre Finanzaktionen und ebensolche Verluste gerade am freien Kapitalmarkt gehäuft¹². Im Gegensatz zur Börse, bei der der Handel im Rahmen bestimmter Regeln abläuft, gab es zu

gewähren sollen

¹⁰ Gallandi: wistra 1987, 316, 318

¹¹ BT-Drucksache 10/318 S. 11 ff

¹² Otto: WM 1988, 729, 729; Tiedemann: JZ 1986, 865, 872

jener Zeit auf dem freien Kapitalmarkt keine besonderen Vorschriften zum Schutz der Anleger¹³.

Gehandelt wurden verschiedene Formen der Kapitalanlage: Nicht börsennotierte Papiere, offene und geschlossene Immobilienfonds, Warenterminkontrakte, Bauherrenmodelle, Beteiligungen an Abschreibungsgesellschaften¹⁴, um nur einige Formen zu nennen. Gemeinsamer Nenner war, dass diese Formen der Kapitalanlage manchmal die Anleger, fast immer jedoch die Initiatoren reich machten.

Risiken drohten den Anlegern dabei von Kapitalanlagen, die von Gesellschaften emittiert wurden, bei denen entweder das erforderliche Deckungskapital nicht vorhanden war oder leitende Personen die erforderlichen Kenntnisse zur Leitung eines Unternehmens nicht hatten¹⁵. Für manche Produkte bestand auch kein Sekundärmarkt, auf dem Preisvergleiche möglich wären, so dass Anleger überteuerte Kapitalanlagen erwarben¹⁶. Der potentielle Anleger war also letztlich nur auf die Zusagen seiner Händler angewiesen. Insoweit war in vielen Fällen jedoch die Beratung durch Vertriebspersonal eher einer Überredung zum Kauf der Anlage als einer sachgerechten Aufklärung vergleichbar. Prospekte dienten dabei der Unterstützung der mündlichen Werbemaßnahmen. In diesen waren die Informationen auch im Sinne einer Beeinflussung der Anleger zum Erwerb der Kapitalanlage, jedoch nicht hinsichtlich einer sachgerechten Aufklärung über Wert, Chancen und Risiken der Anlage enthalten¹⁷. Gerade die Frage nach Risiken wurde gern in solchen Prospekten ausgespart. Der Kapitalmarkt war insoweit gekennzeichnet durch geschönte Werbung, Unübersichtlichkeit und Undurchschaubarkeit, sowie fehlende Kontrollmöglichkeiten hinsichtlich der Verwendung der angelegten Gelder und Realisierung der in Aussicht gestellten Rendite¹⁸.

Eine Vielzahl von Anlegern hatte dabei Geld verloren, so dass sich der Gesetzgeber zum Eingreifen genötigt sah. Um diese Probleme zu beheben, stehen dem Gesetz-

¹³ Jaath: FS für Dünnebier S. 589

¹⁴ weitere Beispiele bei Jaath: FS für Dünnebier S. 584; Otto: FS für Pfeiffer S. 70; Worms: Anlegerschutz S. 23 ff

¹⁵ Otto: WM 1988, 729, 730; Beispiele bei Otto: FS für Pfeiffer S. 70ff

¹⁶ Jaath: FS für Dünnebier S.587; Worms: Anlegerschutz S. 5

¹⁷ Jaath: FS für Dünnebier S.587; Worms: Anlegerschutz S. 4

¹⁸ Maurach/Schröder/Maiwald: Strafrecht BT, Band 1, S. 480

geber grundsätzlich zwei Möglichkeiten zur Verfügung: Einerseits kann er durch Reglementierung und Aufsicht über die vorhandenen Kapitalanlagen den Markt kontrollieren (sog. kapitalmarktrechtliches Modell). Andererseits kann der Gesetzgeber auch auf repressivem Weg die Täuschung auf dem Kapitalanlagemarkt unter Strafe stellen. Auf der kapitalmarktrechtlichen Seite wurden einzelne Regelungen erlassen, die jedoch lediglich in Teilbereichen Schutz boten (AktG, KAGG, AuslInvestmentG)¹⁹. Problematisch waren gerade unter dem Gesichtspunkt der Rechtsverfolgung ausländische Beteiligungen. Zum einen stützten sich die Beteiligungsgesellschaften auf ausländisches Recht, so dass Informationen über Mitwirkungs-, Kontroll- und Aufsichtsrechte kaum zu erhalten waren. Zum anderen waren diese Rechte im Ausland schon allein wegen der räumlichen Entfernung und der Sprachbarriere nicht wahrzunehmen. Bereits in mehreren Beratungen waren verschiedene - auch außerstrafrechtliche - Lösungen diskutiert worden, bis schließlich die Entscheidung zugunsten einer strafrechtlichen Regelung fiel, die nicht an einer bestimmten Rechtsform der Kapitalanlage orientiert war²⁰.

Dabei gab es zunächst Pläne für ein Vermögensanlagegesetz nebst Verordnung²¹. Dieses wurde letztlich, wohl wegen der vielen divergierenden Ansichten²², nicht umgesetzt. Insbesondere gab es im Entwurf einige erhebliche Einschränkungen des Anwendungsbereiches, so dass es keinen umfassenden Anlegerschutz gewähren konnte²³.

Im Gespräch war letztlich auch die Errichtung eines Kapitalmarktaufsichtsamtes. Angesichts der Vielfalt der möglichen Kapitalanlagen war jedoch ein Aufgabenbereich kaum zu bestimmen²⁴.

In Umsetzung der EG-Richtlinie "zur Koordinierung der Bedingungen für die Erstellung, Kontrolle und Verbreitung des Prospekts, der im Fall öffentlicher Angebote von Wertpapieren zu veröffentlichen ist" erließ der Bundestag das Wertpapier-

¹⁹ BT-Drucksache 10/318 S. 21

²⁰ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 60

²¹ zur Kritik an diesem Gesetz: Worms: Anlegerschutz S. 220 ff

²² Worms: Anlegerschutz S. 225

²³ § 1 II Vermögensanlagegesetz - BT-Drucksache 8/1405

²⁴ Worms: Anlegerschutz S. 231f

Verkaufsprospektgesetz²⁵ mit zugehöriger Verkaufsprospektverordnung²⁶, die am 1.1.1991 in Kraft traten. Dieses gewährt den Anlegern einen gewissen Schutz, indem es Mindestinhalte für Prospekte vorschreibt, mit denen Wertpapiere angeboten werden, die erstmals im Inland öffentlich angeboten werden und nicht zum Handel an einer Börse zugelassen sind. Zugleich legt es für diese Papiere eine Prospektspflicht fest (§ 1 Wertpapier-VerkaufsprospektG). Auch hier wird lediglich ein Teil der am freien Kapitalmarkt gehandelten Kapitalanlagen erfasst. Dennoch bietet dieses Gesetz zumindest in seinem Anwendungsbereich einen gewissen Schutz, indem der Inhalt des Prospektes näher umschrieben wird. Eine amtliche Prüfung oder Genehmigung gibt es grundsätzlich nicht, jedoch kann dieses Gesetz zur Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe in § 264a StGB herangezogen werden²⁷. Im Jahr 2002 entstand nunmehr die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht aus dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, dem Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen und dem Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel²⁸.

Seitens der Rechtsprechung war eine Hilfe für die Opfer kaum möglich. Die Voraussetzungen des Betrugstatbestandes waren in vielen Fällen kaum beweisbar oder nicht erfüllt²⁹. Besonders in den Fällen einer Täuschung durch Unterlassen griff § 263 StGB mangels Garantenstellung gar nicht erst ein. Als problematisch stellte sich auch die Handhabung der weiteren Betrugsmerkmale dar. Eine Ermittlung des Schadens musste meist mehrere Jahre nach Abschluss des schädigenden Vertrages erfolgen³⁰. Dies erwies sich als nachteilig, da viele Fakten nicht mehr zu ermitteln waren. Auch konnte in einigen Fällen der Schadensbegriff die spezifischen Schadenskonstellationen beim Kapitalanlagebetrug nicht erfassen. Hier war besonders die Bewertung bei dem Erwerb von Kapitalanlagen problematisch. Waren schon die Tatsachengrundlagen meist sehr dünn, so wurde die Ermittlung zusätzlich noch dadurch erschwert, dass eine exakte Kapitalisierung sämtlicher mit der Anlage verbun-

²⁵ BGBl. I, S. 2749 ff

²⁶ BGBl. I, S. 2869 ff

²⁷ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 4

²⁸ Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz -- FinDAG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. April 2002 (BGBl. I S. 1310)

²⁹ Jaath: FS für Dünnebier, 581, 590; unten Seite 120 ff

³⁰ Als Beispiel für die Verfahrensdauer mag der Sachverhalt in OLG Köln, StV 2000, 28 ff, dienen. In diesem Fall nahm die StA 4 Jahre nach Erscheinen des Prospektes die Ermittlungen auf. Die Anklage erfolgte weitere 4 Jahre später. Dadurch war in diesem Fall bereits Verjährung eingetreten.

dener Risiken kaum möglich war. Auch die subjektiven Voraussetzungen des Betrugses waren nur selten nachweisbar. Hier spiegelten sich die aus dem objektiven Tatbestand bekannten Probleme.

Alternative Strafnormen zu § 263 StGB waren nicht in Sicht. Erst im Rahmen der Beratungen zu § 264a StGB fasste man § 4 UWG ins Auge³¹. Aber auch diese Vorschrift war als Privatklagedelikt zur Bekämpfung der Missstände am freien Kapitalmarkt kaum geeignet. Obendrein wies sie auch, ebenso wie § 263 StGB, deutliche Schwächen im Bereich des Unterlassens auf³².

Zwar entwickelte sich im Zivilrecht die sog. Prospekthaftung³³, die auf der Grundlage der culpa in contrahendo für die Anleger die Möglichkeit eröffnete, auf Rückzahlung ihrer Einlagen zu klagen. In vielen Fällen folgte jedoch auf die Freude über ein obsiegendes Urteil die Ernüchterung, wenn die Kapitalanlagegesellschaft in Konkurs gefallen und damit zahlungsunfähig war³⁴. Präventiv entfaltete auch diese Schöpfung der Rechtsprechung keine große Wirkung, da eine Klage erst erfolgen konnte, wenn der Schaden bereits eingetreten war.

Daher entschloss sich der Gesetzgeber zum Erlass der am 1.8.1986 in Kraft getretenen strafrechtlichen Regelung des § 264a StGB. Eine strafrechtliche Regelung darf jedoch aus verfassungsrechtlichen Gründen nur als ultima ratio, als letzte Möglichkeit, erlassen werden³⁵. Der Gesetzgeber sah diese Voraussetzungen als erfüllt an³⁶: Eine außerstrafrechtliche Lösung erwies sich nicht als realisierbar bzw. bot keinen ausreichenden Schutz. Zwar gab es einen Entwurf eines Vermögensanlagegesetzes und zugehöriger Prospektverordnung. Dieser wurde jedoch nicht realisiert³⁷. Die bestehenden strafrechtlichen Regelungen sah der Gesetzgeber, wie gerade geschildert, als unzureichend an. Andererseits hielt er ein Eingreifen für erforderlich, um das Funktionieren des Kapitalmarktes als eines wesentlichen Bereiches der gelten-

³¹ Jaath: FS für Dünnebier S. 594; Richter: wistra 1987, 117, 118

³² siehe unten Seite 140 ff

³³ zur Prospekthaftung: Martin: commodities fraud S. 203f

³⁴ Granderath: DB 1986, Beilage 18, 1, 6; Jaath: FS für Dünnebier S. 589 f

³⁵ BVerfGE 39, 1, 47; Cerny: MDR 1987, 271, 272; Joecks: wistra 1986, 142, 143; LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 5; Worms: Anlegerschutz S. 293 ff

³⁶ BT-Drucksache 10/318 S. 21 f

³⁷ Worms: Anlegerschutz S. 220 ff

den Wirtschaftsordnung zu gewährleisten³⁸. Daher entschloss sich der Gesetzgeber zur Verabschiedung einer strafrechtlichen Vorschrift. Um einen weitreichenden Anlegerschutz zu ermöglichen und viele Formen der Kapitalanlage zu erfassen, musste diese Norm mit einer Vielzahl Generalklauseln auskommen und konnte zunächst nur in geringem Umfang auf weitergehende Regelungen am freien Kapitalmarkt zurückgreifen. Erst viel später wurden weitere kapitalmarktrechtliche Regelungen erlassen³⁹.

Der Gesetzgeber konnte sich bei Verabschiedung des § 264a StGB auf die Erfahrungen mit der weitgehend parallel konstruierten Vorschrift des § 265b StGB stützen, der einige Jahre zuvor mit dem 1. WiKG Eingang in das StGB gefunden hatte⁴⁰. Ebenso wie diese Norm sollte auch § 264a StGB als Delikt im Vorfeld des § 263 StGB angesiedelt werden. Weiterhin erfolgte die Konstruktion ebenfalls als abstraktes Gefährdungsdelikt.

D. Legitimation

Dabei kam dem Schutz des freien Kapitalmarktes als Rechtsgut eine wesentliche Bedeutung zur Legitimation der Vorschrift zu⁴¹. Die individualschützende Norm des § 263 StGB hatte sich als unzureichend erwiesen, um Anleger vor den oben geschilderten Gefahren des freien Kapitalmarktes zu schützen⁴². Dies beruhte zum einen auf Schwierigkeiten beim Nachweis der Tatbestandsmerkmale des Betruges. Dabei darf eine neue strafrechtliche Regelung jedoch nach Ansicht des Gesetzgebers nicht allein zu Beseitigung prozessualer Schwierigkeiten erlassen werden⁴³. Vielmehr besann er sich darüber hinaus auf die Bedeutung des freien Kapitalmarktes zur Kapitalbeschaffung von Wirtschaftsunternehmen. Auch die Versorgung mit Investitionskapital sei bei Verunsicherung der Anleger am freien Kapitalmarkt nicht mehr ge-

³⁸ BT-Drucksache 10/318 S. 22

³⁹ vgl. oben Seite 9

⁴⁰ 1. WiKG vom 29.7.1976, BGBl. I 2034

⁴¹ BT-Drucksache 10/318 S. 22; ebenso Jaath: FS für Dünnebier S. 606 f; Möhenschlager: wistra 1982, 201, 205; LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 13

⁴² dazu näher unten Seite 120 ff

⁴³ BT-Drucksache 10/318 S. 22

währleistet, so dass auch aus diesem Grund ein Tätigwerden des Gesetzgebers geboten sei.

Gerade den Nachweis einer solchen Verunsicherung und eines Vertrauensschwundes ist hingegen der Gesetzgeber schuldig geblieben, so die Kritik an dieser Argumentation⁴⁴. Demgegenüber argumentiert der Gesetzgeber zu Recht mit der Befürchtung eines Vertrauensschwundes. Wäre er bereits eingetreten und hätte zu einem deutlichen Rückzug der Anleger vom freien Kapitalmarkt geführt, so käme die Regelung zu spät⁴⁵. Dennoch bestanden zur Zeit des Erlasses der Vorschrift Anhaltspunkte für einen solchen Vertrauensrückgang. Durch einzelne spektakuläre Firmenzusammenbrüche veränderte sich immer wieder die Verteilung der Anleger auf einzelne Anlageformen⁴⁶. Zwar lässt sich dieser Wechsel der Anlageformen nicht monokausal auf einzelne Firmenpleiten zurückführen, sondern er hat seine Ursache auch in einer Änderung der wirtschaftlichen, steuerlichen und rechtliche Rahmenbedingungen. Dennoch war aber eine nachteilige Veränderung im Vertrauen der Anleger nicht von der Hand zu weisen. Auch die Entwurfsbegründung geht nicht von einem tatsächlichen Vertrauensschwund, sondern nur von der naheliegenden Möglichkeit eines Vertrauensschwundes angesichts massenhafter Täuschungen aus⁴⁷.

Auch andere Strafvorschriften (§ 400 AktG, § 88 BörsG a.F., § 4 UWG) wurden nicht als wirksame Mittel zur Bekämpfung krimineller Angebote auf dem freien Kapitalmarkt gesehen⁴⁸: § 263 StGB ist rein tatbestandlich nicht dazu ausgelegt, bestimmte Formen des Kapitalanlagebetruges - als kriminologisches Phänomen - zu erfassen. Probleme treten dabei vorwiegend im Bereich der Feststellung der Kausalität und der Schadensberechnung auf⁴⁹. Auch die Täuschung durch Unterlassen ist mit § 263 StGB nur schwierig zu erfassen⁵⁰. Ebenso liegen die Probleme bei § 4 UWG⁵¹.

⁴⁴ Worms: Anlegerschutz S. 260 ff

⁴⁵ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 210

⁴⁶ Beispiele bei Worms: Anlegerschutz S. 261 f; Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 210 f

⁴⁷ BT-Drucksache 10/318 S. 22

⁴⁸ BT-Drucksache 10/318 S. 21 f

⁴⁹ Jaath: FS für Dünnebier S. 590 ff, Joecks: wistra 1986, 142, 143

⁵⁰ siehe oben S. 9 f

⁵¹ BT-Drucksache 10/318 S. 22

Eine verfassungsrechtliche Legitimation wurde seinerzeit durch den Gesetzgeber nicht geliefert. Erst später ergab sich in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung, dass verfassungsrechtliche Grundlage des vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Rechtsgutes diverse Regelungen des Grundgesetzes sind, die allgemein das Wirtschaftssystem in der Bundesrepublik Deutschland schützen⁵². Dabei sind vorrangig Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I GG) und allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) zu nennen. Demnach sind bereits vom Grundgesetz her bestimmte Bedingungen unseres Wirtschaftssystems gewährleistet. Der Gesetzgeber ist dazu berufen, die zum Schutz dieser verfassungsrechtlich gewährleisteten Funktionsbedingungen auszuformulieren und zu präzisieren. Zum Schutz der einzelnen Bestandteile sind dann auch strafrechtliche Maßnahmen gerechtfertigt.

Die kapitalmarktrechtliche Lösung ist damit jedoch nicht obsolet geworden. Vielmehr sind ergänzend zu der strafrechtlichen Lösung auch Regeln möglich und erforderlich, die eine Kontrolle bestimmter Formen der Kapitalanlage darstellen und bei Auslegung der strafrechtlichen Norm Berücksichtigung finden. Gerade im Rahmen europäischer Regelungen auf dem gesamteuropäischen Kapitalmarkt sind entsprechende Normen entstanden⁵³.

E. Kritik an § 264a StGB

Dabei bestanden zunächst Vorbehalte gegen eine neue Regelung, da man vermutete, dass zumeist Schwarzgeld - Geld, das unversteuert eingenommen wurde - in solche risikoreichen Kapitalanlagen investiert werde⁵⁴. Auch gab es Tendenzen, die Opfer von Kapitalanlagebetrug selbst als verantwortlich für die eigenen Schäden anzusehen. Grundlage dieser Behauptung war die Annahme, wer in riskante Anlageformen investiere, kenne das Risiko⁵⁵, und wer Geld für diese Anlageformen zur Verfügung habe, sei auch in der Lage, sich selbst vor Verlusten zu schützen⁵⁶. Diese

⁵² Bottke: wistra 1991, 1, 3f; ders: in: Madrid-Symposium S. 118 f

⁵³ siehe oben Seite 9

⁵⁴ PKS 1995, 203; PKS 1996, 203; dazu Worms in: Anlegerschutz S. 117 f

⁵⁵ Worms: Anlegerschutz S. 249 f; Hopt: Gutachten S. 45 f

⁵⁶ Worms: Anlegerschutz S. 250 ff

Sichtweise hat sich auch nach Inkrafttreten des § 264a StGB gehalten⁵⁷. Entsprechend gab es eine Richtung in der Lehre, die durch das Opfer selbstverschuldete Schäden beim Betrugstatbestand unberücksichtigt lassen wollte. Dieses Ziel sollte durch restriktive Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale (z.B. Täuschung und Irrtum bei § 263 StGB) erreicht werden⁵⁸. Insbesondere beim Tatbestandsmerkmal des Irrtums wird angeknüpft, um die Weite des § 263 StGB zu begrenzen⁵⁹. Diese als viktimo-dogmatische Sichtweise bezeichnete Theorie beruht auf der Grundlage, dass das Opfer nicht schutzwürdig ist, wenn es in der Lage ist, sich selbst zu schützen⁶⁰. Demgegenüber kann aber vom Opfer nicht ein Optimum an Schutz gefordert werden, sondern das Opfer hat sich selbst ausreichend geschützt, wenn es die sozialüblichen Schutzmassnahmen ergreift⁶¹. Weiterhin ging man davon aus, nur Personen mit erheblichem Einkommen investierten zum Zweck der Steuerersparnis in Kapitalanlagen. Sie seien jedoch im Hinblick auf ihr Einkommen nicht schutzwürdig. Kapitalanleger stammen jedoch aus den unterschiedlichsten Einkommensgruppen, dabei auch zu einem großen Teil aus wirtschaftlich schwächer gestellten Bevölkerungsschichten⁶².

Im Rahmen von viktimologischen Untersuchungen stellte sich jedoch bald heraus, dass sehr vielfältige Faktoren für die Schäden am freien Kapitalmarkt verantwortlich waren⁶³. Eine gewisse Risikofreude der Anleger und der Wunsch nach höherer Rendite war dabei nicht von der Hand zu weisen. Andererseits jedoch zeigte sich, dass sie "ihren" Anlageberatern vertraut hatten⁶⁴ und dadurch nicht merkten, dass diese sie fehlerhaft berieten. Die Anlageberater waren von ihren Vertriebsunternehmen bestens psychologisch geschult und gut auf alle eventuellen Einwände im Gespräch vorbereitet. Sie verstanden es hervorragend, auf die Anleger einen gewissen Druck zum Abschluss eines Anlagegeschäftes aufzubauen⁶⁵.

⁵⁷ Gallandi: wistra 1989, 125, 128 unter Berufung auf BGH WM 1985, 993, 994 f

⁵⁸ Gäbhard: wesentliche Umstände S. 103 ff m.w.N.; Worms: Anlegerschutz S. 282 ff m.w.N.

⁵⁹ Beispielhaft: Amelung: GA 1977, 1, 10 ff; Frisch in: FS für Bockelmann S. 647 ff

⁶⁰ Hassemer: Schutzbedürftigkeit S. 24; Schünemann: NStZ 1986, 439 ff

⁶¹ Maiwald: ZStW 96 (1984), 66, 72 f; zu den sozialüblichen Schutzmassnahmen unten S. 91 ff

⁶² Dazu Worms: Anlegerschutz S. 111 ff m.w.N.

⁶³ Liebel/Oehmichen: Motivanalyse S. 87 ff; S. 110 ff

⁶⁴ Gallandi: wistra 1987, 316, 317 f

⁶⁵ Worms: Anlegerschutz S. 95 ff

In jüngerer Zeit häuften sich dann die Berichte über Kleinanleger, die beim Erwerb von Eigentumswohnungen, bei Aktiengeschäften oder anderen riskanten Kapitalanlagen ihre Ersparnisse verloren hatten. Hier erwies sich, dass Kapitalanlagebetrug nicht nur ein Problem der wohlhabenden Zahnärzte und Anwälte ist, sondern jeden treffen kann, der in Abkehr von traditionellen Formen des Vermögensaufbaus versucht, Gewinn zu machen⁶⁶.

Weitere Befürchtungen richteten sich darauf, dass Prospekte für Kapitalanlagen in dem Bestreben, den Informationsgrad des Anlegers zu verbessern und gleichzeitig das Haftungsrisiko zu minimieren, an Umfang erheblich zunehmen⁶⁷. Diese Befürchtung hat sich als weitgehend unbegründet erwiesen.

Gegen die Tatbestandsfassung des § 264a StGB wurde vorgetragen, dass dieser sich lediglich auf Prospekte beziehe. Dies entspreche jedoch nicht dem Weg, auf dem tatsächlich Kapitalanlagen vertrieben werden. Hier überwiege die Telefonwerbung. Der persönliche Einfluss des Beraters sei viel wesentlicher für den Abschluss des Vertrages als der Inhalt des Prospektes⁶⁸. Diese Kritik trifft zwar im Kern zu. Jedoch ist der Inhalt eines Telefonates im Strafverfahren mehrere Monate oder gar Jahre nach der Tat kaum nachvollziehbar oder beweisbar, weil sich der Geschädigte als Zeuge nur noch schwerlich an den genauen Inhalt des Telefonats erinnert. Eine Vorschrift, die sich nur auf die Telefonwerbung bezieht, wäre voraussichtlich nicht effektiv. Eine Erfassung besonders schwerwiegender Betrugsfälle im Telefonhandel ist ggf. über § 263 StGB möglich, allerdings wegen der typischen Beweisschwierigkeiten kaum praktikabel.

Auch die Angst, § 264a StGB könne sich als Waffe gegen unliebsame Konkurrenz erweisen, hat sich nicht bestätigt. Es wurden Befürchtungen laut, man könne durch Strafanzeigen gegen andere Unternehmen versuchen, Ermittlungsverfahren in Gang zu setzen, wodurch diese Unternehmen in ihrer Handlungsfähigkeit gelähmt werden.

⁶⁶ Gäbhard: wesentliche Umstände S. 100; Worms: Anlegerschutz S. 245 f

⁶⁷ Gallandi: wistra 1987, 316, 319

⁶⁸ Gallandi: wistra 1987, 316, 317 ff; Martin: commodities fraud S. 161, 166 f; ders.: wistra 1994, 127, 128

Veröffentlichte strafgerichtliche Entscheidungen zur Auslegung dieser Norm hat es nicht gegeben⁶⁹. Es gab lediglich einzelne Entscheidungen zur Verjährung⁷⁰. Dies mag mehrere Gründe haben. Zum einen wird oftmals nach Bekanntwerden der Straftat wegen § 263 StGB ermittelt und das Verfahren gem. § 264a StGB nach §§ 153ff, 154ff StPO eingestellt⁷¹. Das ist meist dann der Fall, wenn nach Auftreten von Schäden die betrogenen Anleger Strafanzeige erstatten. Weiterhin ermöglicht § 263 StGB eine empfindlichere Bestrafung der Täter, als § 264a StGB dies zulässt. Überdies ist zu vermuten, dass die hohe Zahl unbestimmter Rechtsbegriffe in dieser Norm die Praxis vor einer Anwendung abschreckt, so dass letztlich § 264a StGB nur bei Urteilsabsprachen zur Anwendung kommt.

In der Lehre widmen sich nur wenige Lehrbücher ausgiebiger dieser Norm⁷². Andere erwähnen die Vorschrift lediglich und behandeln sie nur rudimentär⁷³. Als problematisch erweist sich hier besonders die Anhäufung unbestimmter Rechtsbegriffe sowie die umstrittene Frage nach dem geschützten Rechtsgut. Offen ist auch das Problem der Täterschaft bei § 264a StGB, das noch besondere Brisanz durch die Auswirkungen auf das Zivilrecht erfährt. Im Wege über § 823 II BGB kann § 264a StGB als Schutzgesetz auch zur Voraussetzung von Schadensersatzansprüchen werden. Entsprechend wurde § 264a StGB im Zivilrecht häufiger zur Haftungs begründung benutzt⁷⁴.

Durch Abbau von Steuererleichterungen bei Bauherrenmodellen⁷⁵ ist mit diesen zusammen auch der Kapitalanlagebetrug in diesem Bereich zurückgegangen. Die Einbeziehung von Bauherrenmodellen und ähnlichen Konstruktionen war bereits kurz nach Inkrafttreten der Vorschrift umstritten. Durch Einführung der Warenterminbörse im Jahr 1998 ist auch dieser Anwendungsbereich zumindest eingeschränkt worden.

⁶⁹ Für die Zeit bis 1990: Flanderka/Heydel: *wistra* 1990, 256, 256; bis 1994: Martin: *wistra* 1994, 127, 128

⁷⁰ BGHSt 40, 385 ff; OLG Köln StV 2000, 28 f

⁷¹ Flanderka/Heydel: *wistra* 1990, 256, 256

⁷² Arzt/Weber: *Strafrecht BT*, S. 555 ff; Maurach/Schroeder/Maiwald: *Strafrecht BT*, Band 1, S. 480 ff; Otto: *Grundkurs Strafrecht, die einzelnen Delikte*, S. 307 ff

⁷³ Haft: *Strafrecht BT*, S. 198; Krey/Hellmann: *Strafrecht BT*, Band 2, S. 312 f; Wessels/Hillenkamp: *Strafrecht BT/2*; S. 288

⁷⁴ zu den zivilrechtlichen Fragen siehe unten S. 115 f

⁷⁵ Wagner in: Assmann/Schütze: *Kapitalanlagerecht* § 22 Rn. 129 f, 136

Insoweit unterliegen diese Geschäfte nunmehr der Börsenaufsicht. Täuschungen werden im Warendermingeschäft nunmehr von § 89 BörsG erfasst⁷⁶.

Aktuell zeigen sich immer mehr Fälle, in denen Kapitalanleger um ihre Ersparnisse erleichtert werden. Dies betrifft einerseits einen erheblichen Anteil Kleinanleger, die ihr Geld in Eigentumswohnungen investieren. Andererseits hat es in jüngster Zeit auch einige spektakuläre Firmenzusammenbrüche am "Neuen Markt" gegeben, bei denen ebenfalls Anleger in erheblichem Umfang Geld verloren haben. Ein Anwendungsbereich für § 264a StGB ist vorhanden, jedoch kommt die Vorschrift auf dem Gebiet des Börsenrechts nicht zum Einsatz. Inwieweit nicht börsennotierte Unternehmen ebenfalls betroffen waren, ist nicht abschätzbar. Darüber hinaus findet ein reger Handel mit innovativen Kapitalanlageformen, stillen Beteiligungen oder Bankgarantien, statt. Von einigen Kommentatoren ist § 264a StGB kurz nach Inkrafttreten bereits als unvollkommen angesehen worden⁷⁷.

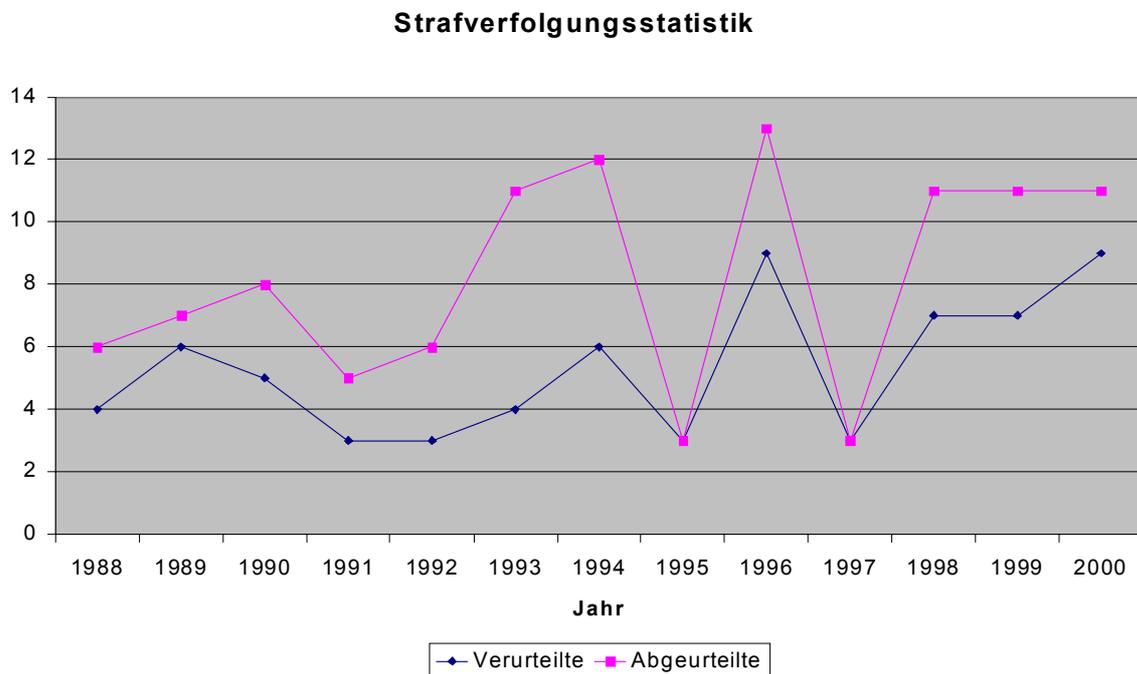
F. Bedeutung des § 264a StGB in der Praxis

Um die aktuelle Bedeutung der Vorschrift zu ermitteln, ist ein Blick in die Statistik hilfreich.

⁷⁶ Zum Verhältnis zu § 264a StGB siehe unten Seite 158

⁷⁷ Cerny: MDR 1987, 271, 278; Gallandi: wistra 1987, 316, 319

I. Strafverfolgungsstatistik



Aus der Strafverfolgungsstatistik der Jahre 1988 - 2000 ergibt sich zunächst, dass die Verurteiltenzahlen durchweg sehr niedrig liegen. Sie bewegen sich zwischen 3 und 9 Verurteilungen im genannten Zeitraum. Die Zahlen der Aburteilungen liegen nur unwesentlich höher, nämlich zwischen 3 und 13. Damit gehört § 264a StGB zu den Delikten, die am seltensten zu einer Verurteilung führen.

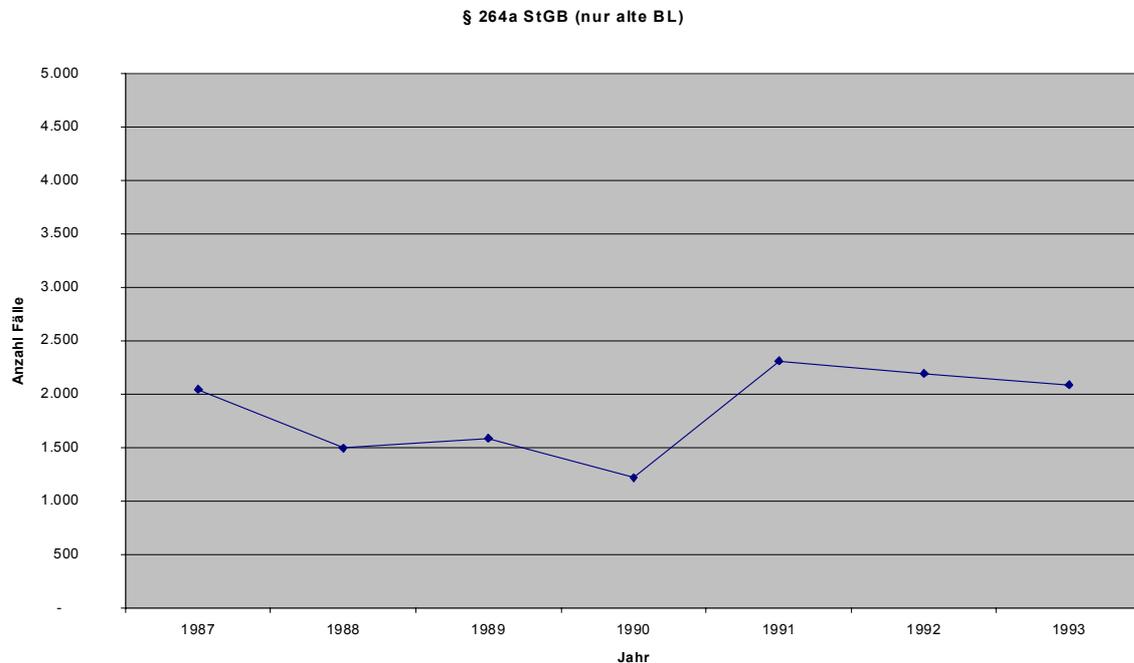
Deutliche Steigerungen sind jeweils in den Jahren 1992 - 1994, sowie 1996 - hier wird sogar der Spitzenwert der Aburteilungen erreicht - und 1998 zu erkennen. Dabei ist nicht berücksichtigt, dass ab Anfang der 90er Jahre die Statistik das gesamte Bundesgebiet einschließlich der ehemaligen DDR umfasst. Trotz dieser Steigerungen sind Verurteilungen nach § 264a StGB selten und im Rahmen der gesamten Kriminalität der Bundesrepublik nahezu bedeutungslos.

II. Polizeiliche Kriminalstatistik

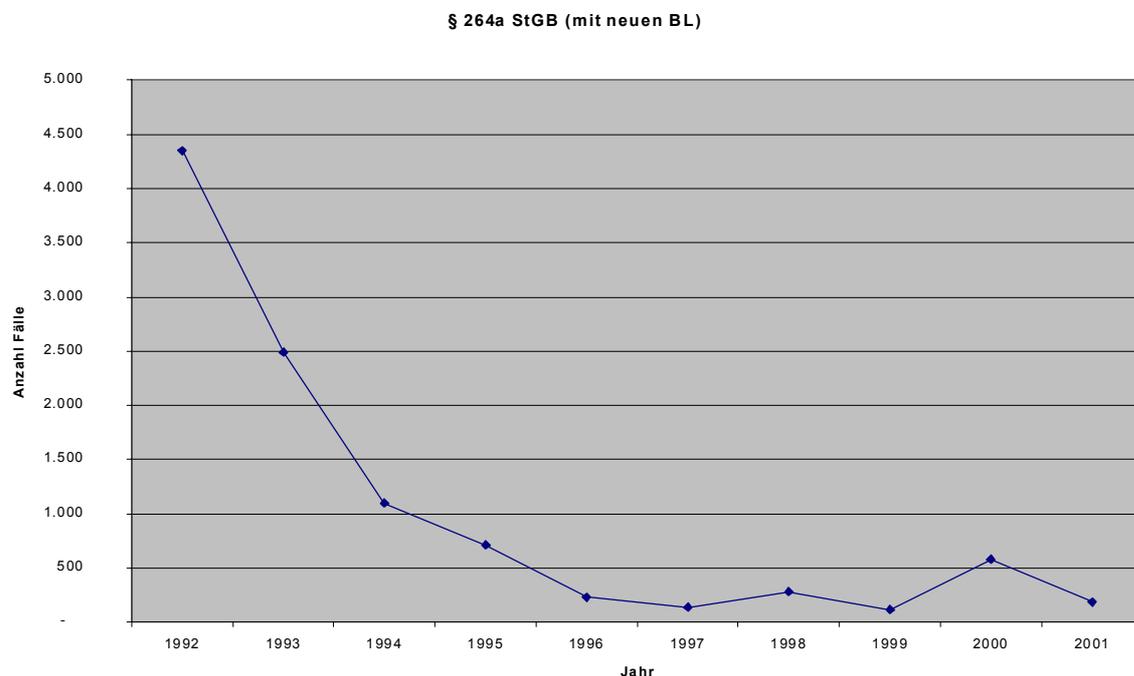
Die PKS weist seit dem Jahr 1987 den Kapitalanlagebetrug gesondert aus. Ab dem Jahr 1994 ist er unter der Bezeichnung "Prospektbetrug" zu finden. Für die Jahre 1992 und 1993 enthält die Statistik neben den Zahlen für das gesamte Bundesgebiet

Bedeutung des § 264a StGB in der Praxis

unter Einbeziehung der neuen Bundesländer auch die Zahlen für die alten Bundesländer, so dass sich die Grafiken betreffend den Zeitraum 1987 - 1993 und 1992 - 2001 überschneiden.



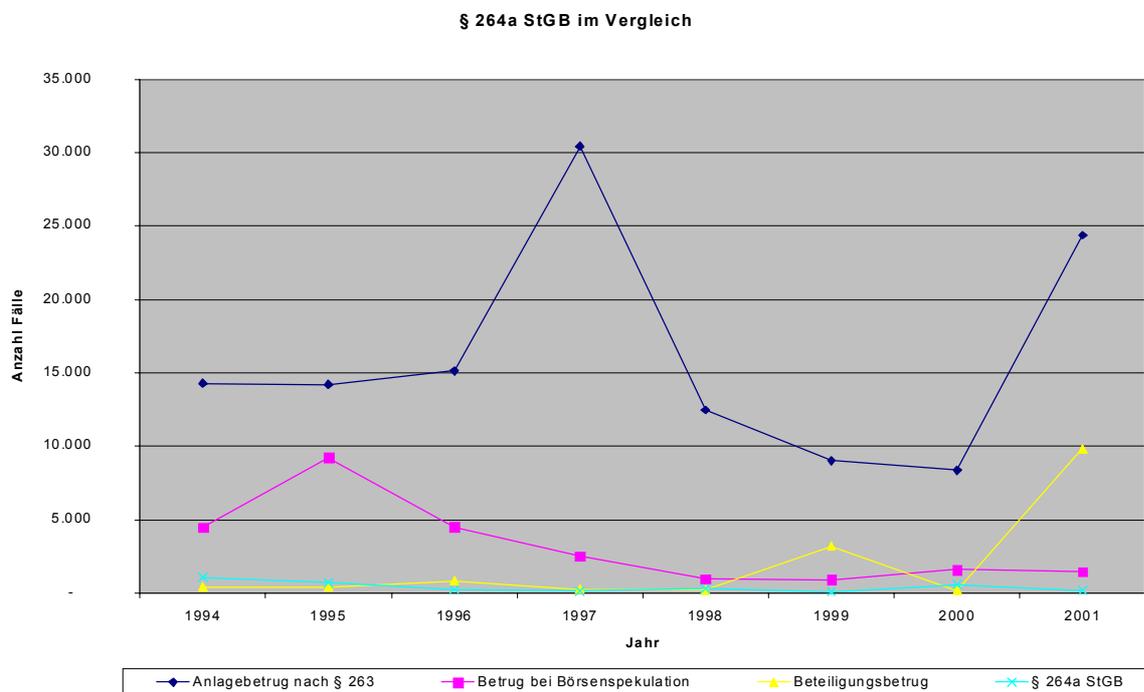
In den Jahren 1987 - 1993 gab es im Mittel ca. 1.500 - 2.000 Ermittlungsverfahren wegen § 264a StGB. Bemerkenswert gut wurde die Norm offenbar von Seiten der Ermittlungsbehörden aufgenommen, da gleich im ersten Jahr nach Inkrafttreten 2.045 Ermittlungsverfahren wegen § 264a StGB zu verzeichnen waren. Ein deutlicher Anstieg für die alten Bundesländer ist erkennbar im Jahr 1991. In den folgenden



Jahren sinkt die Kurve bezogen auf die alten Bundesländer nur geringfügig ab.

Ein anderes Bild ergibt sich hier für die Kurve bezogen auf das Bundesgebiet ab 1992. Hier beginnt die Kurve 1992 auf sehr hohem Niveau und fällt über die Jahre 1993/1994 ab⁷⁸. Danach liegt sie auf einem Level von etwa 500 Ermittlungsverfahren pro Jahr und damit deutlich unter den Werten, die in den Jahren 1987 - 1992 für die alten Bundesländer zu ermitteln waren.

Demgegenüber weist die PKS seit 1994 auch den "Anlagebetrug nach § 263 StGB", "Betrug bei Börsenspekulation" und "Beteiligungsbetrug" aus. Der Anlagebetrug nach § 263 StGB bewegt sich zwischen ca. 10.000 und 15.000 Ermittlungsverfahren pro Jahr, abgesehen von zwei deutlichen Anstiegen in den Jahren 1997 und 2001. Diese Schwankungen sind jedoch zumeist auf komplexe Ermittlungsvorgänge mit zahlreichen Einzelfällen zurückzuführen⁷⁹. Auf diesem Umstand weist die PKS im Zusammenhang mit Betrugsdelikten immer wieder hin. Ermittlungsverfahren mit vielen Geschädigten können in einem Jahr die Zahlen drastisch verändern. Dies gilt ebenso für den Betrug bei Börsenspekulation. Dieser bewegt sich in den Jahre 1997 - 2001 zwi-



⁷⁸ Offenbar hat die Vorschrift im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung und der damit verbundenen Kriminalität eine wahre Renaissance erlebt. Eventuell ist auf diese Weise auch der Anstieg der Aburteilungen in den Jahren 1993/1994 zu erklären.

⁷⁹ PKS 2001, 36

schen ca. 1.000 und 2.500 Fällen, nachdem er zunächst in den Jahren 1994 und 1996 bei ca. 4.500 Fällen gelegen hat. Ein Ausreißer 1995 mit 9.251 Fällen ist auch auf komplexe Ermittlungsvorgänge mit zahlreichen Einzelfällen zurückzuführen⁸⁰. Der Beteiligungsbetrag liegt zwischen 150 und 800 Fällen pro Jahr. Lediglich in den Jahren 1999 - 2001 kam es zu einigen erheblichen Schwankungen.

Die Statistik zeigt, dass § 264a StGB zwar in der gerichtlichen Praxis keine große Rolle spielt. Dafür ist seine Bedeutung für StA und Polizei jedoch wesentlich höher. Berücksichtigt man jedoch, dass bei Inkrafttreten der Vorschrift allein die Einleitung von Ermittlungsverfahren bereits gefürchtet wurde⁸¹, so kommt der Anzahl der Ermittlungsverfahren durchaus eine gewisse präventive Bedeutung zu. Auch ist ersichtlich, dass nicht nur § 264a StGB im Kapitalanlagebereich eingesetzt wird, sondern trotz Anwendungsproblemen in weit größerem Umfang auf § 263 StGB zur Bekämpfung von Anlagekriminalität zurückgegriffen wird. Inwieweit daraus auch Anklagen und Urteile folgen, ist der Strafverfolgungsstatistik leider nicht zu entnehmen. Die spezielleren Vorschriften werden jedoch wesentlich häufiger als § 264a StGB angewendet, wenn es um die Verfolgung von Straftaten im Bereich der Anlagekriminalität geht. Der Schwerpunkt liegt dabei auf § 263 StGB.

Insgesamt lässt sich daher sagen, dass § 264a StGB zwar nur sehr wenig in Urteilen zu Anwendung kommt. Dennoch werden im Verhältnis dazu erstaunlich viele Ermittlungsverfahren wegen Kapitalanlagebetruges durchgeführt.

G. Fragestellung

Insgesamt stellt sich damit provokant ausgedrückt die Frage, ob der Tatbestand nicht mittlerweile überflüssig geworden ist, und man ihn aus dem StGB streichen sollte.

Zu diesem Zweck ist als erstes die Frage zu erörtern, welche Rolle § 264a StGB im System der konkurrierenden Normen im StGB und Nebenstrafrecht auf dem Gebiet des Kapitalanlagerechts spielt. Dazu soll im Wege der Auslegung der Anwendungs-

⁸⁰ PKS 1995, 202

⁸¹ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 8

bereich des § 264a StGB abgesteckt und dann zu anderen Normen des StGB und des Nebenstrafrechts in Beziehung gesetzt werden. Dabei werden auch Fragen der Tatbestandskonkurrenzen behandelt.

Im Ergebnis soll sich zeigen, ob diese Vorschrift einen eigenen Anwendungsbereich aufweist, oder ob sie diesen mit anderen Normen teilt. Weiterhin ist zu prüfen, ob aus verfassungsrechtlichen Gründen an diese Vorschrift solch hohe Voraussetzungen zu stellen sind, dass sie kaum zur Anwendung gelangen kann.

HAUPTTEIL

A. Dogmatische Einordnung

I. Geschütztes Rechtsgut

Wesentliches Element für die Auslegung des § 264a StGB ist das von dieser Vorschrift geschützte Rechtsgut.

Grundsätzlich kommen zwei Schutzrichtungen in Betracht: Eine individualistisch orientierte Sichtweise, die als Schutzgut das Individualvermögen ansieht, und eine kapitalmarktorientierte Sichtweise.

Erstere Ansicht sieht schlicht die Aufgabe des § 264a StGB darin, die Gefährdung des Vermögens privater Anleger durch risikobehaftete oder spekulative Geldanlagen zu verhindern. Rechtsgut des § 264a StGB ist damit das Vermögen des Anlegers selbst⁸². Damit wird bereits die Vorstufe zum eigentlichen Vermögensschaden i.S. eines Vermögensverlustes strafbar gestellt. Eine im Vordringen begriffene Auffassung sieht im Zusammenhang mit dem Vermögen auch die Dispositionsfreiheit des Anlegers als geschützt an⁸³. Danach ist nicht nur das Vermögen in seinem Bestand, sondern auch in der vom Anleger intendierten Zielsetzung seiner Verwendung geschützt.

Die zweite Auffassung geht von einem Schutz des "Vertrauens der Allgemeinheit in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes" aus⁸⁴. Diese Formulierung stammt aus

⁸² Joecks: wistra 1986, 142, 143 f; ders.: Kapitalanlagebetrug Rn. 68; Krack: NStZ 2001, 505, 506; Maurach/Schröder/Maiwald: Strafrecht BT 1 S. 522 f; SK-Samson: § 264a Rn. 7; Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 53; ders.: wistra 1987, 242, 245; ders.: Anlegerschutz S. 316; unentschlossen: Schniewind/Hausmann: BB 1986, Beilage 16, 26, 26

⁸³ In diesem Sinne: Bottke: wistra 1991, 1, 8; ders.: Madrid-Symposium, 109, 121; Kindhäuser, Urs: Madrid-Symposium, 125, 130; LK-Tiedemann: § 264a Rn. 13

⁸⁴ Achenbach: NJW 1986, 1835, 1839; Gäbhard: wesentliche Umstände S. 172; Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 204 ff; Granderath: DB 1986, Beilage 16, 1, 6; Knauth: NJW 1987, 28, 28; Pabst: rechtliche Risiken S. 11; Schmidt-Lademann: WM 1986, 1241, 1241

der Begründung des Gesetzentwurfes zum 2. WiKG⁸⁵. Dahinter steckt die Idee, das Funktionieren eines wesentlichen Bereiches der geltenden Wirtschaftsordnung sicherzustellen. Das Vertrauen der Allgemeinheit zu sichern bedeutet, dass Privatanleger weiterhin bereit sind, ihr Geld in verschiedene Zweige der Wirtschaft zu investieren. Dadurch dient § 264a StGB auch dazu, im Interesse der Funktionsfähigkeit des freien Kapitalmarktes Investitionen privater Anleger in wirtschaftlich fragwürdige Produkte zu verhindern. Letztlich zielt danach § 264a StGB auf den Schutz der Volkswirtschaft insgesamt. Das Vertrauen der Allgemeinheit wird nach dieser Ansicht dadurch beeinträchtigt, dass Täuschungen über die Sicherheit oder Rendite neuer Kapitalanlagen bei der Werbung um Anleger vorkommen. Das Vertrauen soll daher geschützt werden, indem die Lüge bei Werbung für Kapitalanlagen unter Strafe gestellt wird⁸⁶.

Nicht verschwiegen werden soll, dass auch verschiedene Auffassungen vertreten werden, die beide Schutzgüter als gleichwertig oder verschiedenrangig nebeneinander ansehen⁸⁷.

Zunächst scheint dieser Streit keine praktische Bedeutung zu haben. Bei näherem Hinsehen ergibt sich aber schnell, dass das Schutzgut des § 264a StGB gerade bei der Auslegung des Merkmals "erheblich" eine wesentliche Rolle spielt⁸⁸. So wären nach der Sichtweise, die § 264a StGB als Schutzvorschrift zugunsten der Funktionsfähigkeit der Wirtschaft ansieht, auch solche unrichtige "vorteilhafte" Angaben oder "nachteilige" Tatsachen erheblich, die sich nicht auf den Wert der Kapitalanlage selbst auswirken oder deren Auswirkungen auf den Wert letztlich nicht beweisbar sind. Weiterhin ist das Rechtsgut auch für das Konkurrenzverhältnis des § 264a StGB zu anderen Strafvorschriften relevant⁸⁹.

⁸⁵ BT-Drucksache 10/318 S. 22

⁸⁶ Bottke: wistra 1991, 1, 8; Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 209 f; Gäbhard: wesentliche Umstände S. 169

⁸⁷ Cerny: MDR1987, 271, 272; Jaath: FS für Dünnebier, 583, 607; Martin: commodities fraud S. 72 f, jedoch mit Zweifeln am Sinn dieses Schutzes; Mutter: NSTZ 1991, 421, 422; Otto: Jura 1989, 24, 31; ders: WM 1988, 729, 736; LK-Tiedemann: § 264a Rn. 13; Weber: NSTZ 1986, 485, 486

⁸⁸ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 197 ff, 201; Worms: wistra 1987, 242, 245

⁸⁹ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 197

Der Gesetzgeber hat jedoch Bereiche der Wirtschaft schon seit längerem als schützenswertes Rechtsgut angesehen: Bereits im 1. WiKG vom 1. September 1976 trug der Gesetzgeber neuen besonderen Erscheinungsformen von Kriminalität Rechnung, die sich insbesondere im Bereich der Wirtschaft abspielten. Namentlich wurden seinerzeit die Straftatbestände des Subventions- und Kreditbetruges (§§ 264, 265a StGB) neu geschaffen. Die Maßnahmen erstreckten sich dabei nicht allein auf das Gebiet des Strafrechts. Auch ein neuer Konkursgrund - Überschuldung der Gesellschaft bei Gesellschaften ohne persönlich haftende Gesellschafter - wurde in die KO eingefügt.

Durch erhebliche Schäden, die durch Wirtschaftskriminalität entstanden, sah sich der Gesetzgeber erneut zum Handeln veranlasst. So entstand das 2. WiKG, das folgende Tatbestände in das StGB einfügte bzw. änderte: § 263a StGB - Computerbetrug, § 264a StGB - Kapitalanlagebetrug, § 266a StGB - Veruntreuen von Arbeitsentgelt und §§ 88, 89 BörsG a.F. im Zuge der Neuregelung des § 264a StGB.

Dabei haben die Neuregelungen miteinander auf den ersten Blick nicht viel zu tun: § 263a StGB beruht auf technischen Neuerungen, die neue Formen der Kriminalität ermöglichen, derer die Gerichte aufgrund des Analogieverbots nicht Herr werden konnten. § 266a StGB stellt eine Neuregelung und Zusammenfassung einzelner Straftatbestände des Nebenstrafrechts, die in verschiedenen Sozialversicherungsgesetzen (§§ 529, 1428 RVO, § 225 AFG, § 225 AVG, § 234 RKnappschG) geregelt waren, dar.

Zur Schaffung des § 264a StGB hatten folgende Umstände geführt: In weiten Bevölkerungsschichten stand infolge wirtschaftlicher Besserstellung verstärkt Kapital zur Verfügung. Dieses Kapital wurde nicht nur gespart, sondern möglichst auch gewinnbringend angelegt. Dabei wurden nicht nur traditionelle Geldanlagen wie Sparbücher oder -briefe genutzt, sondern auch andere Formen der Kapitalanlage wie Aktien, Obligationen und Fonds erschlossen. Andererseits bestand die Bestrebung, bei höherem Einkommen der Steuerprogression oder gar der Steuerpflicht durch Verlustzuweisungen und Abschreibungen über Publikumsgesellschaften oder Bauherrenmodelle zu entgehen. Auf diesem Markt hatten sich Anfang der 80er Jahre zahlreiche Zusammenbrüche von Wirtschaftsunternehmen ereignet, die zu erheblichen Schäden bei Privatanlegern geführt hatten. Soweit dabei Fehlkalkulationen oder waghaf-

sige Risiken der Betreiber, über die die Anleger im Unklaren gelassen wurden, eine Rolle gespielt hatten, klagten die Anleger auf der Grundlage der sog. Prospekthaltung auf dem Zivilrechtsweg gegen die Initiatoren.

Im strafrechtlichen Bereich waren derartige Aktivitäten, wie noch zu zeigen sein wird, schwierig oder gar nicht zu erfassen. Die bestehenden strafrechtlichen Regelungen waren schon tatbestandlich nicht anwendbar, oder ihre Voraussetzungen waren angesichts der besonderen Situation beim Kapitalanlagebetrug nicht beweisbar. Der Gesetzgeber hatte bei Schaffung des § 264a StGB zu berücksichtigen, dass eine neue strafrechtliche Norm lediglich als "ultima ratio" zu anderen Maßnahmen in Frage kommt. In diesem Zusammenhang bedarf die Schaffung einer Norm, die gerade Beweisprobleme im bestehenden Recht beseitigen soll, besonderer Begründung. Dieser Begründungspflicht trug der Gesetzgeber dadurch Rechnung, dass das Bedürfnis nach Neuregelung nicht allein auf die Gefährdung des Individualvermögens, sondern einen Vertrauensverlust in die Funktionsfähigkeit des freien Kapitalmarktes insgesamt, die zu einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit eines wesentlichen Bereiches der geltenden Wirtschaftsordnung führt, gestützt wurde⁹⁰. Weiterhin wurde die Strafwürdigkeit damit begründet, dass die bestehenden Strafrechtsnormen nicht zum Schutz der potentiellen Anleger ausreichen⁹¹. Dabei übersah der Gesetzgeber jedoch nicht, dass Beweisprobleme im bestehenden Recht nicht die Einführung einer neuen Strafnorm legitimieren können.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte § 264a StGB daher in erster Linie die Funktionsfähigkeit des freien Kapitalmarktes schützen, da dies neben einer Verbesserung des Anlegerschutzes der wesentliche Anlass zur Schaffung der Regelung war.

Wie schon bei § 265b StGB hat der Gesetzgeber auch hier ein neues Rechtsgut "erfunden", um die neue Strafnorm zu begründen und ihr Inhalt zu geben. Rechtsgüter entstehen jedoch nicht aufgrund eines gesetzgeberischen Schöpfungsaktes⁹². Sie stellen jeweils einen abstrakt-ideellen Wert dar, dessen Schutz die Rechtsordnung

⁹⁰ BT-Drucksache 10/318 S. 22

⁹¹ BT-Drucksache 10/318 S. 21 f listet die Defizite des bestehenden Rechts auf.

⁹² Maurach/Schröder/Maiwald: Strafrecht BT 1 S. 475 f unter Verweis auf S. 431 f

herausragende Bedeutung zumisst, weil der Achtungsanspruch des abstrakt-ideellen Wertes für das Zusammenleben der Menschen in der Gemeinschaft unverzichtbar ist und mit anderen rechtlichen Mitteln als dem Strafrecht nicht hinreichend geschützt werden kann⁹³. Träger dieses Rechtsgutes ist in erster Linie der Einzelne. Rechtsgüter, die der Gemeinschaft zustehen, sind zwar ebenso denkbar. Der Individualschutz ist jedoch Ausdruck der im Grundgesetz als tragendes Prinzip unseres Staates verankerten Garantie der Menschenwürde⁹⁴. Diese Rechtsgüter schützt der Gesetzgeber gegen ausgewählte Angriffsformen, woraus sich auch der fragmentarische Charakter des Strafrechts ergibt⁹⁵. Daher ist - auch zur Vermeidung einer Rechtsgut-inflation⁹⁶ - vorrangig zu prüfen, ob der vom Gesetzgeber beabsichtigte Schutz eine neue Angriffsform gegen ein bereits geschütztes Rechtsgut betrifft, ehe man zur Schöpfung neuer Rechtsgüter schreitet. So wird auch, wie Maiwald⁹⁷ im Zusammenhang mit § 265b StGB zutreffend ausführt, die fahrlässige Tötung im Straßenverkehr kein Delikt gegen die Volkswirtschaft, weil dadurch Versicherungsunternehmen jährlich Zahlungsverpflichtungen in Millionenhöhe entstehen. Es bleibt ein Delikt zum Schutz des Lebens.

Auch der Rückgriff auf die Wertentscheidungen des Grundgesetzes⁹⁸, die in den Art. 2 I, 3 I-III, 5 I, 9 III, 11, 12, 14 GG, sowie die Art. 20, 28 und 109 GG niedergelegt sind, rechtfertigt kein neues Rechtsgut. Sicherlich sind Teilaspekte des freien Kapitalmarktes durch diese Normen geschützt. Den Gesamtkomplex "freier Kapitalmarkt" als solches schützen sie jedoch nicht. Sie beziehen sich vielmehr auf verschiedene Teilbereiche der Wirtschaftslebens. Eine Zweckbestimmung speziell zum Schutz des freien Kapitalmarktes ist dahinter jedoch nicht erkennbar. Vielmehr erscheint ein solcher Schutz als Reflex des Schutzes individueller Rechtsgüter.

Im Rückgriff auf die anerkannten Individualrechtsgüter ist daher zunächst die systematische Stellung der neuen Vorschrift zu beachten. Die Neuregelung erfolgte im 22.

⁹³ Voss: Vorfeldstrafbarkeit S. 99; Berz: Formelle Tatbestandsverwirklichung S. 35

⁹⁴ Zur Anerkennung des Individualschutzes bei Betrachtung der Rechtsgüter: Maurach/Schröder/Maiwald: Strafrecht BT 1 S. 8

⁹⁵ Voss: Vorfeldstrafbarkeit S. 96 ff; Maiwald: FS für Maurach, 9 ff

⁹⁶ Voss: Vorfeldstrafbarkeit S. 104, zu den weiteren nachteiligen Folgen für das Strafrechtssystem: Voss: Vorfeldstrafbarkeit S. 112 ff

⁹⁷ ZStW 96 (1984), 66, 86

⁹⁸ Bottke: Madrid Symposium 109, 113 f, 116 ff

Abschnitt des StGB im Zusammenhang mit Betrug und Untreue. Dementsprechend wurde § 264a StGB als sog. "kupierter" Betrug konstruiert. Im Gegensatz zum Betrugstatbestand reicht für § 264a StGB bereits die reine Täuschungshandlung aus. Die weitergehenden Voraussetzungen des § 263 StGB - Irrtum, irrumsbedingte Vermögensverfügung und daraus entstehender Schaden, Absicht rechtswidriger Bereicherung - fehlen in § 264a StGB. Daher sieht Joecks⁹⁹ in dieser Vorschrift praktisch einen "gekappten" Betrug, woraus er zutreffend folgert, dass auch das geschützte Rechtsgut das Vermögen des Individualanlegers sein müsse.

Die Täuschungshandlung muss noch eine besondere Qualifikation erfüllen: Sie darf nicht gegen ein individualisiertes Opfer allein gerichtet, sondern muss in ihrem Wirkungsgrad breiter angelegt sein und einen größeren Kreis von Personen betreffen. Daraus wird hergeleitet, dass als Schutzgut nicht ein Individualrecht in Betracht kommt, sondern ein Rechtsgut, das mehreren Trägern in gleicher Weise oder gemeinsam zusteht¹⁰⁰. Daher kann es sich auch um ein Gemeinschaftsgut handeln. Jedenfalls können danach die individuellen Merkmale der Opfer keine Rolle spielen. Demgegenüber beeinflusst das Rechtsgut die Auslegung des Tatbestandes, nicht jedoch der Tatbestand das Verständnis des Rechtsgutes. Möglicherweise kann ein bestimmtes Rechtsgut ein Leitmotiv für die Erstellung eines Tatbestandes darstellen. Damit ist jedoch das Rechtsgut nicht zwingend vorgegeben. Eine andere Sichtweise würde unweigerlich in einem Zirkelschluss enden. Unter dem Gesichtspunkt des Vermögensschutzes ergibt sich aus dieser Formulierung der Charakter als abstraktes Gefährdungsdelikt.

Auch der Vergleich des Kapitalanlagebetruges mit anderen Vorschriften des 22. Abschnitts führt insoweit zu keinen neuen Erkenntnissen. Vergleicht man § 264a StGB einerseits mit dem Betrugstatbestand, andererseits mit dem Tatbestand des Kreditbetruges (§ 265b StGB), dessen Schutzgut in gleicher Weise wie bei § 264a StGB streitig ist¹⁰¹, so fällt auf, dass nur § 264a StGB die Individualtäuschung ausdrücklich

⁹⁹ Joecks: wistra 1986, 142, 143

¹⁰⁰ BT-Drucksache 10/318 S. 22; Geerds: Wirtschaftsstrafrecht, 204; Granderath: DB 1986, Beilage 18, 1, 6, Otto: WM 1988, 729, 736. Demgegenüber hält Worms dieses Tatbestandsmerkmal für überflüssig - Worms: Anlegerschutz S. 338, 336

¹⁰¹ zum Meinungsstand: Lackner/Kühl: § 265b StGB Rn. 1; Schönke/Schröder/Lenckner: § 265b StGB Rn. 3; Tröndle/Fischer: § 265b StGB Rn. 3

ausschließt¹⁰². § 263 StGB und § 265b StGB hingegen lassen auch die Täuschung des Einzelnen nach der Tatbestandsfassung zumindest zu. Dies führt aber lediglich, wie zuvor gezeigt, zur Einordnung der Vorschrift als Vorfeldtatbestand des Betruges¹⁰³; welches Rechtsgut geschützt werden soll, lässt sich daraus noch nicht ableiten. Zugleich ist aus der Tatbestandsfassung kaum auf das Rechtsgut zu schließen¹⁰⁴. Vielmehr ist das Rechtsgut der Tatbestandsfassung vorgelagert. Erst muss ein Rechtsgut als strafrechtlich schützenswert erscheinen, bevor dann tatsächlich ein entsprechender Tatbestand geschaffen wird. So ist die fahrlässige Beschädigung einer Sache nicht als strafbar, es sei denn, sie erfolgt im Straßenverkehr aus grober Verkehrswidrigkeit, Rücksichtslosigkeit oder aufgrund eines besonders gefährlichen Verkehrsverstoßes. In diesem Fall ist schon die fahrlässige Gefährdung einer Sache strafbar (§ 315c I Nr. 2, III StGB)¹⁰⁵.

Bei der teleologischen Auslegung im Strafrecht stellt man sich die Frage, aus welchem Grund die vom Tatbestand erfassten Verhaltensweisen unter Strafe stehen. Die Taten, die § 264a StGB erfasst, sind sozial in zweierlei Hinsicht relevant: Zum einen gefährden sie - das ist unstrittig - das Vermögen der Privatanleger. Ein Anleger, der eine unrichtige Darstellung über eine mögliche Kapitalanlage liest und sich überlegt, dort investieren zu wollen, ist zunächst hinsichtlich seines Vermögens nur gefährdet. Unter dem Gesichtspunkt der schadensgleichen Vermögensgefährdung ist ein Schaden jedoch noch nicht zu bejahen, solange der Anleger an der Kapitalanlage lediglich Interesse bekundet. Entscheidend ist vielmehr, dass für den Anbieter der Kapitalanlage eine Rechtsposition entsteht, aufgrund derer er Zahlung eines Geldbetrages von dem Anleger verlangen kann, während er demgegenüber dem Anleger keine entsprechende Gegenleistung in Form einer realisierbaren Gewinnaussicht bietet. Ein Schaden i.S. eines Eingehungsschadens tritt daher erst mit Abschluss des Vertrages ein. Dadurch, dass bereits das Verbreiten der unrichtigen Darstellungen unter Strafe gestellt ist, ist die Strafe schon verwirkt, bevor der Betrugstatbestand erfüllt ist. Im Endeffekt wird dadurch der Schutz des Privatvermögens, den zunächst § 263 StGB gewährt, vorverlagert.

¹⁰² Wortlaut: "gegenüber einem größeren Kreis von Personen"

¹⁰³ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 68

¹⁰⁴ vgl. zuvor

¹⁰⁵ Jescheck/Weigend: Strafrecht S. 50 f

Hingegen hat Kapitalanlagebetrug noch andere Auswirkungen: Erhebliche Geldbeträge fließen nicht in volkswirtschaftlich sinnvolle Projekte, sondern in "Kapitalvernichtungsmodelle"¹⁰⁶, bzw. in die Taschen der Initiatoren. Privatanleger haben aufgrund des ihnen zur Verfügung stehenden Kapitals erheblichen Einfluss auf die wirtschaftliche Entwicklung. So ist es wirtschaftlich unsinnig, wenn Anleger Aktien eines Unternehmens erwerben, das seine Aktienkurse durch fingierte Geschäfte, u.a. im Ausland, künstlich stützt. Dadurch wird letztlich nur der Konkurs hinausgeschoben, jedoch kein Geld in Aufbau des Unternehmens, sowie Schaffung neuer und Erhaltung bestehender Arbeitsplätze investiert¹⁰⁷. Volkswirtschaftlich betrachtet ist damit diese Entwicklung nachteilig. Sinnvoller wären Investitionen in gesunde Unternehmen.

Wie sich an diesem Beispiel zeigt¹⁰⁸, wird durch Kapitalanlagebetrug nicht das Vermögen des Anlegers allein geschädigt, sondern es ist darüber hinaus auch die Volkswirtschaft betroffen. Auf der einen Seite entsteht der Schaden dadurch, dass dem Anleger Vermögen entzogen wird, auf der anderen Seite dadurch, dass ein intendierter Vermögenszuwachs bei den Unternehmen nicht bzw. an falscher Stelle erfolgt¹⁰⁹. Zwar ist der volkswirtschaftliche Schaden weniger konkret greifbar als der mögliche Schaden beim Privatanleger. Dies ändert jedoch nichts an der Feststellung, dass Kapitalanlagebetrug zumindest auch volkswirtschaftlich schädlich ist.

Auch dieser über das Vermögen der Anleger hinausgehende Schaden zwingt hinsichtlich des geschützten Rechtsgutes nicht zu einer anderen Betrachtungsweise. Er ist gewissermaßen ein "Reflex" des Schutzes des Vermögens der Kapitalanleger¹¹⁰. Dazu kommt noch, dass nach der Gesetzesbegründung die Schäden bei Anlegern den Anstoß für die Schaffung des § 264a StGB gegeben haben. Namentlich wird das Fehlen eines effektiven Anlegerschutzes beklagt, weil die Anleger statt präventiven Schutzes auf teilweise wertlose Schadensersatzansprüche gegen die Unternehmen

¹⁰⁶ vgl. Otto: FS für Pfeiffer, 69, 73

¹⁰⁷ Beispiel entnommen der FAZ vom 13.4.2002, S. 25. In diesem Fall ließen sich 96% (!) der Umsätze des Unternehmens nicht belegen.

¹⁰⁸ weitere Beispiele bei Otto, FS für Pfeiffer, 69 ff; für die Zeit vor Entstehung der Vorschrift: Jaath: FS für Dünnebier, 583 ff; BT-Drucksache 10/318 S. 21 f

¹⁰⁹ Fehlallokation von Risikokapital: Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 211 f

¹¹⁰ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 53

angewiesen sind¹¹¹. Fehlallokation des Risikokapitals und ein entsprechender Verlust dieses Kapitals für die Wirtschaft wird demgegenüber nicht als Problem erwähnt.

Letztlich kann jedoch die Vorschrift des § 264a StGB die volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Kapitalanlagebetrug nicht verhindern. Ob sich ein Privatanleger für diese oder jene Anlage entscheidet, ist seine Sache. Eine auch volkswirtschaftlich sinnvolle Anlagestrategie lässt sich jedoch im Wege des Strafrechts dem Privatanleger nicht vorschreiben¹¹². Allenfalls können durch § 264a StGB betrügerische Unternehmen vom Markt ausgeschlossen werden, so dass Wettbewerb nur zwischen seriösen Anbietern stattfindet. Auch lässt sich dadurch erreichen, dass die Anleger zutreffende Informationen erhalten, um eine fundierte Entscheidung zu treffen. Im Ergebnis führt das jedoch wiederum dazu, dass ein Privatanleger sich sicher sein kann, dass er selbst die Anlageentscheidung aufgrund inhaltlich richtiger Informationen trifft.

Jedoch erwächst dem freien Kapitalmarkt aus zunehmenden Fällen von Anlagebetrug noch eine weitere Gefahr: Infolge häufiger Zusammenbrüche von Kapitalanlageunternehmen verlieren Privatanleger wegen des hohen Risikos das Interesse am freien Kapitalmarkt und ziehen sich vollständig zurück. Dies führt nicht zu einer Fehlleitung von Geldern auf dem Markt selbst, sondern verhindert Investitionen vollständig. Um dieses Verhalten begründen zu können, fehlen entsprechende wissenschaftliche Untersuchungen. Befürworter der Auffassung, § 264a StGB schütze das Vertrauen der Anleger in den freien Kapitalmarkt, führen insoweit an, dass das Strafrecht ja gerade versagt habe, wenn es schon zu einem derartigen Vertrauensschwund komme¹¹³. Überspitzt formuliert: Daraus, dass es bislang nicht zu einem Rückzug privater Anleger vom freien Kapitalmarkt gekommen ist, ergibt sich, dass die mit § 264a StGB verbundene Stärkung des Vertrauens in die Funktionsfähigkeit des freien Kapitalmarkts Erfolg gehabt hat. Diese Sichtweise vernachlässigt völlig, dass wirtschaftliche Zusammenhänge extrem komplex sind, und deshalb allein aus einem Faktor nicht auf einen andern im Sinne eines Kausalzusammenhanges geschlossen

¹¹¹ BT-Drucksache 10/318 S. 21

¹¹² Unter anderem mit diesem Argument wendet sich Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlage-recht § 8 Rn. 53 gegen die Funktionsfähigkeit des freien Kapitalmarktes als Rechtsgut des § 264a StGB. Zu diesem Argument unten Seite 32.

¹¹³ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 210 f

werden kann. Es kommen immer weitere intervenierende Variablen in Betracht, die den möglichen Kausalzusammenhang ebenfalls beeinflussen, so einleuchtend dieser auf den ersten Blick auch erscheinen mag. Es hätten sich ja wenigstens bei Schaffung des § 264a StGB konkrete Ansätze für einen Vertrauensverlust finden müssen¹¹⁴. Absatzschwankungen in Teilbereichen des Kapitalmarktes reichen jedoch nicht aus, um einen Vertrauensverlust hinsichtlich des Kapitalmarktes insgesamt zu belegen.

Insoweit handelt es sich jedoch bei der - unbestreitbar eintretenden - Stärkung des Vertrauens der Anleger in die Funktionsfähigkeit des freien Kapitalmarktes lediglich um einen Schutzreflex¹¹⁵. Das bedeutet: Wenn man das Individualvermögen gegen Verletzungen schützt, so kann man damit auch den Vertrauensverlust auf dem Kapitalmarkt bekämpfen. Verunsicherung von Anlegern erfolgt erst durch tatsächlich eintretende Verluste von Vermögen, nicht jedoch durch Berichte über angeblich fehlerhafte Prospekte. Beherrschend ist die Frage nach einem möglichen Verlust des eingesetzten Vermögens¹¹⁶.

Bejaht man hingegen unter diesem Gesichtspunkt tatsächlich das überindividuelle Rechtsgut "Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des freien Kapitalmarktes", so muss man bedenken, dass dieses Rechtsgut auch dadurch gefährdet wird, dass Anleger aus bodenlosem Leichtsinne gegen die vernünftigen Grundsätze der Geldanlage verstoßen¹¹⁷. Eine Bestrafung dieser Anleger erfolgt durch die Vorschrift § 264a StGB jedoch nicht. Wenn sich Geerds demgegenüber auf den fragmentarischen Charakter des Strafrechts beruft¹¹⁸, so übersieht er, dass dieser fragmentarische Charakter

¹¹⁴ Wohlers: Präventionsstrafrecht S. 174 f; Geerds (Wirtschaftsstrafrecht S. 210) versucht diesen Vertrauensverlust mit Umsatzrückgängen in Teilbereichen des Anlagemarktes nach spektakulären Firmenzusammenbrüchen zu belegen.

¹¹⁵ Joecks: wistra 1986, 142, 144; Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 53; ders.: wistra 1987, 242, 245; zur Parallelproblematik bei § 265b StGB: Maiwald: ZStW (96) 1984, 66, 86

¹¹⁶ So erklärt sich auch die erhöhte Anzeige- und Aussagebereitschaft im Fall des European Kings Club, die auch erst nach Erkenntnis der Schäden zunahm - Böhler: Kriminalistik 1997, 793, 795

¹¹⁷ Worms: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 53; entsprechend zu § 265b StGB: Schubarth: ZStW 92 (1980), 80, 91 f. LK-Tiedemann: § 264a Rn. 13 macht es sich zu leicht, dieses Argument einfach als abwegig zu qualifizieren.

¹¹⁸ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 206 f

gerade durch eine Vervielfältigung von Rechtsgütern in seinem Bestand bedroht wird¹¹⁹.

Der Vertrauensverlust am freien Kapitalmarkt ist niemals nur auf das Handeln eines Täters, sondern vieler zurückzuführen. Nimmt man hingegen den Vertrauensverlust, der ebenfalls durch andere verursacht wurde, zum Anlass für eine Bestrafung nach § 264a StGB, verstieße das gegen das Schuldprinzip. Der Täter würde in diesem Fall ja nicht nur für eigenes Verhalten, sondern auch für Verhalten Dritter bestraft.

Insgesamt ist danach lediglich das Vermögen der jeweiligen Anleger als Rechtsgut des § 264a StGB anzusehen. Es ist also gar nicht erforderlich, ein neues Rechtsgut zu erschaffen, vielmehr schützt § 264a StGB das Rechtsgut Vermögen gegen eine neue Angriffsform¹²⁰. Soweit sich § 264a StGB darüber hinaus auch zum Schutz des freien Kapitalmarktes auswirkt, handelt es sich lediglich um eine Folge dieses Individualschutzes.

II. § 264a StGB als (abstraktes) Gefährdungsdelikt

§ 264a StGB wird als abstraktes oder abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt eingeordnet.

Bei Gefährdungsdelikten wird im Gegensatz zu Verletzungsdelikten der Rechtsgüterschutz vorverlagert. Das bedeutet, dass das fragliche Rechtsgut nicht nur gegen eine Verletzung in seinem Bestand, sondern schon gegen Bedrohung durch einen darauf gerichteten Angriff geschützt wird. Damit entfällt bei diesen Delikten der Eintritt eines Schadens für das geschützte Rechtsgut als tatbestandliche Voraussetzung¹²¹. Vielmehr reicht hinsichtlich eines Individualrechtsgutes eine Gefährdung zur Tatbestandserfüllung aus¹²². Während sich bei abstrakten Gefährdungsdelikten der Gesetzgeber darauf beschränkt, eine Handlung zu pönalisieren, die typischerweise geeignet ist, einen Schaden am zu schützenden Rechtsgut herbeiführt, nimmt er beim

¹¹⁹ Voss: Vorfeldstrafbarkeit S. 104

¹²⁰ Voss: Vorfeldstrafbarkeit S. 106

¹²¹ Bottke: wistra 1991, 1, 10; Lackner/Kühl: vor § 13 StGB Rn. 32

¹²² Schönke/Schröder/Cramer: Vorbemerkungen zu den §§ 306 ff StGB Rn. 3

konkreten Gefährdungsdelikt die konkrete Gefährdung in die Tatbestandsformulierung mit auf¹²³.

Eine vermittelnde Position sollte das abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikt¹²⁴ einnehmen. Dieses sollte sich dadurch auszeichnen, dass der Tatbestand wie beim abstrakten Gefährdungsdelikt eine typische Gefahr umschreibt, diese jedoch unter Zuhilfenahme weiterer ausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale umschreibt. Anhand dieser Merkmale muss der Richter feststellen, ob tatsächlich in der konkreten Situation die für den Tatbestand typische Gefahr vorliegt¹²⁵. Das ist beim Kapitalanlagebetrug durchaus der Fall, da dieser Tatbestand durch das Merkmal "erhebliche Umstände" dem Richter einen sehr weitreichenden Ermessensspielraum eröffnet. Er muss also auf der Grundlage der Umstände des konkreten Einzelfalles entscheiden, ob hier wirklich eine typische Gefährdungslage bestand, oder ob bei einem gänzlich unwesentlichen Umstand (Schreibfehler beim Gründungsdatum der Gesellschaft um einen Monat) der Tatbestand überhaupt erfüllt sein soll. Letztlich ist jedoch auch dieses sog. abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikt ein abstraktes Gefährdungsdelikt, da maßgeblich für die Strafbarkeit des Täters allein das gefährdende Verhalten, nicht jedoch ein Gefahrerfolg ist. Die Heranziehung konkreter Kriterien ist jedoch bei der Anwendung des Tatbestands im Einzelfall unabdingbar, gerade dann, wenn der Tatbestand ausfüllungsbedürftige Merkmale enthält.

§ 264a StGB verzichtet darauf, im Tatbestand ein Objekt zu nennen, an dem ein Schaden eintritt. Schon nach der Konzeption des Gesetzgebers soll es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handeln¹²⁶. Der Tatbestand beschränkt sich auf die Umschreibung einer typischerweise gefährdenden Handlung. Diese ist charakterisiert durch den Verzicht auf die dem Betrug eigenen Merkmale Irrtum, Vermögensverfügung und Vermögensschaden¹²⁷. Demgegenüber ist die Täuschung näher beschrieben durch Bezugnahme auf bestimmte Objekte, nämlich Prospekte, Darstellungen und Übersichten, und hinsichtlich bestimmter Produkte beschränkt. Für § 264a StGB bedeutet dies konkret: Ein typisches Risiko beim Vertrieb jeder Art von Kapitalanla-

¹²³ Schönke/Schröder/Cramer: Vorbemerkungen zu den §§ 306 ff StGB Rn. 3

¹²⁴ Benennung nach Schröder: JZ 1967, 524 f

¹²⁵ Schönke/Schröder/Cramer: Vorbemerkungen zu den §§ 306 ff StGB Rn. 3 f

¹²⁶ BT-Drucksache 10/318 S. 22

gen besteht darin, dass Prospekte eingesetzt werden, die die Risiken und Chancen der Kapitalanlage falsch darstellen. Übrig bleibt allein die Täuschungshandlung durch Übergabe eines unvollständigen oder unrichtigen Prospektes. Potentielle Anleger können diesem Prospekt vertrauen und Geld in eine Anlage investieren, die nicht den Gewinn abwirft, den sie erwarten, oder gar das gesamte investierte Geld verlieren. Dadurch können Schäden beim Anleger entstehen.

Da § 264a StGB ausschließlich das Vermögen schützt, kann man dieses Delikt ohne weiteres als abstraktes Gefährdungsdelikt ansehen¹²⁸. Auf den Schaden am Vermögen wird verzichtet und nur eine typischerweise das Vermögen schädigende Handlung unter Strafe gestellt.

B. Tatmittel

In § 264a StGB genannte Tatmittel sind Prospekte, Darstellungen und Übersichten über den Vermögensgegenstand.

Unter einem Prospekt ist nach einhelliger Meinung jede Werbe- und Informationsschrift zu verstehen, die den Eindruck erweckt, die wesentlichen Angaben über das Anlageobjekt zu enthalten. Damit ist der Begriff weiter als in § 38 II BörsG a.F.¹²⁹.

Ein wesentlicher Teil der Definition des Prospektes ist der Eindruck der Vollständigkeit¹³⁰. Das bedeutet, dass der Prospekt nach dem Eindruck des potentiellen Anlegers so aussehen muss, als ob allein aufgrund ihres Inhalts ohne weitere Zusatzinformationen eine Anlageentscheidung möglich ist¹³¹. Vollständigkeit als Voraussetzung eines Prospektes würde den Tatbestand zu sehr einschränken. Fiele ein unvollständiger Prospekt aus der Definition heraus, so wäre keine konkludente Täuschung oder Täuschung durch Unterlassen mehr möglich, da hier stets im Prospekt Informationen fehlen. Beide Tathandlungen würden dazu führen, dass schon gar kein

¹²⁷ Worms: Anlegerschutz S. 349

¹²⁸ Worms: Anlegerschutz S. 351

¹²⁹ BT-Drucksache 10/318 S. 23; Cerny: MDR 1987, 271, 274; Knauth: NJW 1987, 28, 31; LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 36; Möhenschlager: wistra 1982, 201, 206

¹³⁰ Schmid in: Müller-Gugenberger/Bieneck: Wirtschaftsstrafrecht S. 623 f

¹³¹ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 86

Prospekt vorliegt. Andererseits kann man auch nicht jede erkennbar unvollständige Werbeschrift als Prospekt ansehen. In diesem Fall würde der Tatbestand jede Form der unrichtigen Werbung für eine Kapitalanlage erfassen und damit uferlos weit werden. Dabei kommt es auf den Eindruck an, den der Empfänger dem Prospekt beimessen durfte. Der Sinn dieser Regelung besteht darin, dem Anleger eine ausreichende Entscheidungsgrundlage zu vermitteln. Unwesentlich ist, ob der Prospektherausgeber den Prospekt als erschöpfend ansah. Diese Frage wird erst im Rahmen des Vorsatzes relevant. Er muss nur die Umstände kennen, aus denen sich aus Empfängersicht ergibt, ob der Prospekt den Eindruck der Vollständigkeit vermittelt.

Findige Anlagewerber greifen daher zu dem Trick, zunächst eine Werbeschrift zu verbreiten, die ausdrücklich auf ihre Unvollständigkeit hinweist, dem potentiellen Anleger aber die Möglichkeit bietet, einen weiteren Prospekt anzufordern. Hier befinden sich die Täter noch in dem von § 264a StGB nicht erfassten Bereich. Es handelt sich nämlich insoweit noch um Werbung und Anpreisung. Erst dann, wenn sich herausstellt, dass der Ergänzungsprospekt - oder ein anderes Informationsmedium - nicht die unrichtigen vorteilhaften Angaben oder fehlenden nachteiligen Tatsachen der Werbeschrift ausgleicht, ist die Schwelle zu § 264a StGB überschritten. Beide Schriften müssen als Einheit hinsichtlich der Information über den Vermögensgegenstand aufgefasst werden, da ein potentieller Anleger nur aufgrund beider Schriften in der Lage sein soll, eine Anlageentscheidung zu treffen. Sofern dann dieses Paket von Informationsmaterial unvollständig oder unrichtig ist, greift § 264a StGB ein¹³².

Demgegenüber schlägt Worms einen anderen Weg ein: Maßgeblich ist der Eindruck, den die erste Werbeschrift macht. Erweckt sie durch ihre Aufmachung den Anschein, bereits alle relevanten Informationen zur Entscheidung über den Erwerb der Kapitalanlage zu enthalten, so ist selbst der Hinweis, dass noch ein weiterer Prospekt mit detaillierteren Informationen angefordert werden könne, rechtlich irrelevant¹³³. Damit behandelt Worms diese Situation wie den Grundfall: Wesentlich ist immer nur der Eindruck, der nach Betrachtung des Prospektes beim Adressaten entsteht. Diese Sichtweise ist daher nur konsequent. Erst, wenn sich die zunächst verteilte Werbe-

¹³² Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 108

¹³³ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 86; Schniewind/Hausmann: BB 1986, Beilage 16, 26, 28; ebenso: Pabst: rechtliche Risiken S. 31

schrift nicht als Prospekt erfassen lässt, kommt es auf eine Ergänzung durch die anderen eingesetzten Werbemittel an. Je mehr Information der potentielle Anleger erhält, desto eher wird auch der Eindruck der Vollständigkeit der Informationen entstehen.

Der Begriff der Darstellung und Übersicht wird auch in § 400 AktG verwendet. Die Darstellung zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht schriftlich fixiert sein muss. Es reicht auch die Verbreitung der Information auf mündlichem Wege oder durch Bild- oder Tonträger. Dies ergibt sich daraus, dass der Verweis auf § 11 III StGB fehlt. Nach § 11 III StGB sind der Schrift Ton- und Bildträger, Abbildungen und andere Darstellungen gleichgestellt. Da jedoch der nach § 11 III StGB erforderliche Verweis auf diese Vorschrift fehlt, ist davon auszugehen, dass der Begriff nicht auf die in § 11 III StGB genannten Substitute beschränkt, sondern weitergehend zu verstehen ist¹³⁴. Daher ist hier gerade auch die mündliche Darstellung erfasst.

Der Begriff der "Übersicht" ist ähnlich wie in § 265b StGB zu verstehen. Dort sind Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen und sonstige Vermögensübersichten, sowie Gutachten genannt. Aus dem Vergleich mit dem Tatmittel "Prospekt" ergibt sich, dass auch Darstellungen und Übersichten den Eindruck der Vollständigkeit erwecken müssen.

Diese Bedingung gilt auch für die sog. Telefonverkäufer. Sie sind in speziellen Gesprächstechniken geschult, um in möglichst kurzer Zeit Geschäftsabschlüsse mit neuen Anlegern zustande zu bringen. Dabei sind sie in der Lage, am Telefon einen hohen Druck auf den potentiellen Anleger auszuüben, indem sie ihm suggerieren, eine einmalige Gewinnchance vor sich zu haben, die obendrein fast keine Risiken aufweise¹³⁵. Problematisch in diesem Zusammenhang sind zwei Gesichtspunkte: Zum einen muss sich auch hier die (mündliche) Darstellung an einen größeren Kreis von Personen richten. Weiterhin muss auch die mündliche Darstellung den Eindruck der Vollständigkeit erwecken.

Dass sich die Angaben eines Telefonverkäufers an einen größeren Kreis von Personen richtet, scheint auf den ersten Blick nicht einsichtig zu sein: Er führt stets nur ein

¹³⁴ Schönke/Schröder/Cramer: § 264a StGB Rn. 21; Tröndle/Fischer: § 264a StGB Rn. 12

Gespräch mit einem konkreten Gesprächspartner. Demgegenüber läuft jedoch dieses individuelle Gespräch nach Richtlinien ab, auf die der Telefonverkäufer vorher geschult wurde. Zu jeder Reaktion des potentiellen Kunden gibt es eine passende Antwort¹³⁶. Zusätzlich dienen die vielen aufeinanderfolgenden Telefonate lediglich dem Vertriebe eines speziellen Produktes, so dass im Ergebnis die Gespräche mit den potentiellen Kunden keine individuelle Note aufweisen und geradezu austauschbar sind. Daher richtet sich auch diese Vertriebsmaßnahme an einen größeren Kreis von Personen.

Das größere Problem besteht darin, dass auch eine Darstellung den Eindruck der Vollständigkeit erwecken muss. Das ist oftmals bei Gesprächen, die am Telefon geführt werden, nicht der Fall¹³⁷. Diese beruhen mehr auf Überredung der Kunden als auf ihrer Information¹³⁸. Der Telefonverkäufer wird dem Anleger nur die Informationen vermitteln, die seinen Anlageentschluss fördern. Eine klare Risikoaufklärung findet nicht statt. Dass letztlich ein Beweis des Inhalts des Gespräches kaum mehr möglich ist, stellt kaum einen Grund dar, diesen Vertriebsweg nicht unter § 264a StGB zu subsumieren. So wird auch die mündliche Darstellung als grundsätzlich von § 264a StGB erfasst angesehen¹³⁹. Jedoch kann aufgrund der Gesprächstechnik der Telefonverkäufer nicht von einer als vollständig erscheinenden Information die Rede sein. Allerdings weist gerade der Nachweis unrichtiger vorteilhafter Angaben oder Verschweigen nachteiliger Tatsachen beim telefonischen Kontakt erhebliche Probleme auf. Der Inhalt des zwischen zwei Personen geführten Gespräches ist im Nachhinein, evtl. mehrere Jahre später kaum mehr zu rekonstruieren. Es wird sich nur selten zwischen Interpretation durch das Opfer und tatsächlichen Angaben des Täters differenzieren lassen. Daher ist ein Schutz vor Telefonverkäufern durch § 264a StGB nicht gewährleistet.

¹³⁵ Worms: Anlegerschutz, S. 95 ff

¹³⁶ vgl. Gesprächsleitfaden bei Worms: Anlegerschutz, S. 96 f

¹³⁷ Martin: commodities fraud, S. 167; Worms: Anlegerschutz, S. 339 f

¹³⁸ Worms: Anlegerschutz, S. 95 ff; Rühl: Finanzhaie S. 112 ff

¹³⁹ Joecks: wistra 1986, 142, 144; Möhenschlager: wistra 1982, 201, 206; SK-Samson: § 264a StGB Rn. 28

In jüngster Zeit haben findige Kapitalanlagebetrüger auch ein neues Medium zur Verbreitung ihrer Geschäfte entdeckt¹⁴⁰: Das Internet. Immer mehr Menschen und damit potentielle Anleger nutzen dieses neue Medium. Die Vorteile für den Täter liegen auf der Hand: Wer sich im Internet bewegt, hat es sehr leicht, anonym zu bleiben. Auf diese Weise hat auch die Strafverfolgung meist das Nachsehen. Informationen lassen sich sehr einfach über ausländische Server verbreiten und schnell wieder löschen, so dass kaum verwertbare Spuren zu finden sind. Gerade über besondere Dienste des Internet - eMail und News - lassen sich ohne weiteres neue Anleger werben. Fast jeder Internet-Nutzer hat schon einmal eine Werbemail in seiner Mailbox gefunden. Die Anbieterseiten im Internet werden elektronisch auf dem jeweiligen Server gespeichert. Sie sind damit greifbarer als das gesprochene Wort. Darüber hinaus können sie auch anderweitig übertragen und gespeichert werden. Wenn also selbst das flüchtige gesprochene Wort als Darstellung über einen Vermögensgegenstand gewertet werden kann, muss dies erst recht für Internetseiten gelten. Allerdings kann dann auch hier eine Strafbarkeit des Täters nur dann in Betracht kommen, wenn die Internetseite den Eindruck erweckt, alle für die Anlageentscheidung relevanten Daten zu enthalten. Alternativ kommt sie jedoch auch als Ergänzung zu einer reinen Werbeschrift in Betracht. Insoweit entsteht hier allerdings wieder dasselbe Beweisproblem wie auch beim Verkaufsgespräch: Der Inhalt ist letztlich kaum mehr feststellbar, wenn der Täter die Internetseite gelöscht hat. Möglich bleibt insoweit allenfalls ein Ausdruck der Internetseite oder eine Speicherung auf der eigenen lokalen Festplatte.

Problematisch bleibt es dann allerdings, den Bezug zum Täter herzustellen. In diesen Fällen kann man den Bezug zum Täter lediglich über die sog. IP-Nummer, über die die Adressierung eines Servers im Internet funktioniert, oder über den Domainnamen erfolgen. Dieser ist ein Synonym für die IP-Nummer und ist auf den jeweiligen Inhaber registriert. Diese Registrierung kann auch im Ausland erfolgen. Zu beachten ist jedoch immer, dass bei Ausdrucken oder lokalen Speicherungen von Internetseiten auch IP-Nummer und Domain zu sichern sind. Einen Nachweis für den jeweiligen Inhalt der Seiten ist damit jedoch auch nicht erbracht.

¹⁴⁰ Vgl. Keidel, Handelsblatt vom 26.8.97 S. 35; Birkelbach c't 12/97 S. 158 ff

De facto kann daher aus unterschiedlichen Gründen § 264a StGB lediglich die schriftlich gegebene Information erfassen. Alle weiteren Informations- und Beeinflussungswege sind unter dem Gesichtspunkt des § 264a StGB nicht strafbar.

C. Gegenstand der Täuschung

Die Täuschung muss entweder im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Wertpapieren, Bezugsrechten oder von Anteilen, die eine Beteiligung am Ergebnis eines Unternehmens gewähren sollen oder dem Angebot, die Einlage auf solche Anteile zu erhöhen, erfolgen.

I. Wertpapier

Das Gesetz definiert den Begriff "Wertpapier" nicht, sondern setzt ihn voraus. Auch der Gesetzentwurf geht von einem bestehenden Wertpapierbegriff aus, stellt jedoch lediglich ergänzend fest, dass auf diese Weise Schuldverschreibungen in den Schutzbereich des § 264a StGB einbezogen sein sollen¹⁴¹. Eine eigenständige Definition, was mit "Wertpapier" gemeint ist, liefert sie nicht.

Unter einem Wertpapier sind nach traditioneller Definition alle verbrieften Rechte zu verstehen, die ohne das Papier nicht geltend gemacht werden können¹⁴². Unter diesen klassischen Wertpapierbegriff fallen Rekta-, Order- und Inhaberpapiere. Zu dieser Auslegung gelangt man auch¹⁴³, indem man hinsichtlich des Wertpapierbegriffs auf § 151 StGB im Abschnitt über Geld- und Wertzeichenfälschung Bezug nimmt. Auch andere Autoren ziehen weitere Vorschriften heran, um dem Wertpapierbegriff des § 264a StGB näher zu kommen.

Die Einbeziehung der Rektapapiere wird jedoch von Knauth angezweifelt¹⁴⁴. Er zieht den Vergleich zu § 1 DepotG, der den bankrechtlichen Wertpapierbegriff umschreibt.

¹⁴¹ BT-Drucksache 10/318 S. 22

¹⁴² Palandt⁶³: BGB vor § 793 Rn. 1

¹⁴³ Cerny: MDR 1987, 271, 273

¹⁴⁴ Knauth: NJW 1987, 28, 29

Wesentliches Merkmal dieses Begriffes ist die Vertretbarkeit des Papiers, d.h. das Papier ist durch ein anderes mit gleichlautendem Inhalt ersetzbar¹⁴⁵. Gegen eine Orientierung an § 151 StGB spricht, dass die Funktion sich von der des § 264a StGB unterscheidet: § 151 StGB schützt vor Fälschung, § 264a StGB zielt auf den betrügerischen Handel mit ungefälschten Wertpapieren ab. Weiterhin werden die dort genannten Papiere ausdrücklich dem Geld gleichgestellt, während es für § 264a StGB eher auf die massenhafte Verbreitung der Papiere im Wirtschaftsverkehr ankommt¹⁴⁶. Der Wertpapierbegriff des § 264a StGB ist daher nicht an dem Begriff des § 151 StGB zu orientieren.

Enthalten sind im Wertpapierbegriff des § 264a StGB Aktien, Zins-, Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine, sowie Inhaberschuldverschreibungen und alle weiteren vertretbaren Papiere. Ausgeschlossen werden dadurch Scheck und Wechsel, aber auch die kaufmännischen Wertpapiere nach § 363 HGB. Vorteil dieser Sichtweise ist eine nähere Orientierung an der Funktion des § 264a StGB. Diese soll einen umfassenden Schutz der Anleger gegen betrügerische Vertriebsmethoden auf dem Kapitalmarkt gewährleisten. Ob es nun um Schutz des Anlegervermögens oder des Kapitalmarktes geht, werden auf diese Weise nur Kapitalmarktpapiere erfasst, die zum Zwecke der Kapitalanlage emittiert werden¹⁴⁷. Auch harmonisiert diese Begriffsbildung mit dem Tatbestandsmerkmal "gegenüber einem größeren Kreis von Personen", da die Papiere vertretbar sind und massenhaft ausgegeben werden. Dabei ist der Begriff des "Wertpapiers" extensiv zu verstehen. Dadurch werden auch besondere Formen der Verbriefung erfasst, wie z.B. die Sammelurkunde bei Sammelverwahrung von Aktien, die Buchung im Verwahrungsbuch beim stückelosen Effekten giroverkehr und die Eintragung im Bundesschuldbuch bei Bundesschatzbriefen. Allen diesen Effekten ist gemeinsam, dass für den individuellen Inhaber kein Papier ausgestellt wird, sondern die Innehabung des Papiers durch einen Eintrag in einem Register ersetzt wird. Damit erfolgt beim bankrechtlichen Wertpapier der Schutz des Erwerbers nicht mehr durch die Legitimationswirkung des Papiers, sondern durch den guten Glauben eines Registereintrages. Auf eine Verkörperung des Rechts durch Verbriefung hingegen kann man nicht verzichten, da dies den Wortsinn des Begriffs

¹⁴⁵ Creifelds: Rechtswörterbuch, Stichwort: "Effekten"

¹⁴⁶ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 21

Wert-"Papier" sprengen würde. Auch die mittlerweile im Rahmen der Einführung der EDV erweiterten Möglichkeiten des elektronischen Handels mit Wertpapieren stoßen hier auf ihre Grenzen, da eine elektronische Speicherung kein Papier mehr darstellt. Daher ist mit Tiedemann der Begriff des Wertpapiers i.S.d. § 264a StGB zu verstehen als Urkunde, die der Kapitalanlage und Kapitalschöpfung durch den Emittenten dient und bei massenhafter Ausgabe und Vertretbarkeit handelbar (umlauffähig), insbesondere mit Gutgläubenschutz versehen und nicht bloße Beweisurkunde ist¹⁴⁸.

II. Bezugsrechte

Weiterhin gilt § 264a StGB beim Vertrieb von Bezugsrechten. Diese sind den Wertpapieren gleichgestellt, sind jedoch selbst keine Wertpapiere, aber auch keine Anteile an Unternehmen¹⁴⁹. Dies ergibt sich aus der gesonderten Nennung im Text des § 264a StGB. Auch hier geht der Gesetzentwurf von einem feststehenden Begriff aus. Hierunter fallen nach absolut einhelliger Ansicht das Recht des Aktionärs, bei einer Kapitalerhöhung einen dem Anteil am bisherigen Grundkapital entsprechenden Teil der neuen Aktien zu erhalten¹⁵⁰. Dieses Recht wird allerdings nicht gesondert vertrieben, sondern ergibt sich aus den bereits erworbenen Aktien. Soweit jedoch von vielen Autoren auch Gewinn- und Wandelschuldverschreibungen nach § 221 AktG, sowie Teilschuldverschreibungen genannt werden¹⁵¹, ist dem entgegenzuhalten, dass diese als Schuldverschreibungen bereits unter den Begriff des Wertpapiers fallen¹⁵². Auch hier gilt der bereits genannte Einwand: Auch diese Rechte werden nicht gesondert vertrieben, so dass ein entsprechender Strafrechtsschutz hier nicht erforderlich ist. Da dem Gesetzgeber an einer Gleichstellung von Bezugsrechten und Wertpapieren gelegen ist, muss auch der Begriff "Bezugsrecht" im Sinne der Funktion des § 264a StGB gesehen werden¹⁵³. Im Gegensatz zu Wertpapieren handelt es

¹⁴⁷ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 20

¹⁴⁸ LK-Tiedemann: § 264a Rn. 22

¹⁴⁹ BT-Drucksache 10/318 S. 22

¹⁵⁰ Worms: wistra 1987, 242, 247; Knauth: NJW 1987, 28, 29

¹⁵¹ Schönke/Schröder/Cramer: § 264a StGB Rn. 8; Knauth: NJW 1987, 28, 29

¹⁵² Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 59; vgl. zuvor Seite 42

¹⁵³ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 27

sich bei Bezugsrechten um unverbriefte Rechte. Man kann daher Bezugsrechte als Auffangbegriff für alle weiteren von den anderen Merkmalen des § 264a StGB nicht erfassten Rechte ansehen. Dem steht letztlich auch nicht entgegen, dass dieser Begriff entgegen der sonst üblichen Reihenfolge als Auffangbegriff nicht am Ende sondern schon an zweiter Stelle steht. Auf dieser Grundlage definiert Tiedemann Bezugsrechte als Rechte, bei denen durch Leistung von Kapital (Kapitalanlage) eine Art Stammrecht erworben wird, aus dem sich ein Recht auf den Bezug von Leistungen ableitet¹⁵⁴.

Unter diesen Begriff fallen beispielsweise die Wertpapier- und Warenterminoptionen. Geschäfte mit dieser Anlageform haben unerfahrene Privatanleger in den 80er Jahren viel Geld gekostet. Hier erwirbt der Anleger gegen die Optionsgebühr das Recht, nach Ablauf einer vorbestimmten Frist zu einem vorbestimmten Preis vom Vertragspartner Waren oder Wertpapiere zu kaufen (call-Option) oder zu verkaufen (put-Option). Liegt der aktuelle Marktpreis der Ware/des Wertpapiers bei Ablauf der Optionsfrist unter dem vorbestimmten Preis, so hat er im Falle der call-Option Gewinn, im Falle der put-Option Verlust gemacht. Allein durch die Möglichkeit, die Option verfallen zu lassen, kann der Anleger sein Risiko begrenzen. Die Optionsgebühr verliert er in jedem Fall. Der Optionshandel fällt nach häufig vertretener Ansicht nicht unter § 264a StGB: Optionen sind im Regelfall nicht verbrieft, so dass sie in dieser Form keine Wertpapiere darstellen. Als Optionsscheine sind sie allerdings Wertpapiere. Ein Anteil an einem Unternehmen wird durch Optionen ebenfalls nicht erworben. Es bleibt allein eine Subsumtion der unverbrieften Option unter den Begriff Bezugsrecht. Unter Berufung auf Knauth¹⁵⁵ teilt die überwiegende Ansicht diese Auffassung allerdings nicht¹⁵⁶. Er verneint die Anwendbarkeit des § 264a StGB mit der Begründung, bei Optionsgeschäften handele es sich um Spekulationsgeschäfte, nicht um Kapitalanlagen. Dennoch werden Optionen, insbesondere Warenterminoptionen, unter Hinweis auf hohe Gewinne vermarktet. Dass dabei der Kunde aufgrund hoher Provisionen kaum Chancen hat, in die Gewinnzone zu gelangen, ist schon mehrfach Ge-

¹⁵⁴ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 27

¹⁵⁵ Knauth: NJW 1987 28, 30

¹⁵⁶ Martin: commodities fraud S. 165; Richter: wistra 1987, 117, 117; entsprechend wohl auch Joecks: wistra 1986, 142, 149; Worms: Anlegerschutz S. 322, ders.: wistra 1987, 242, 246

genstand von Gerichtsentscheidungen gewesen¹⁵⁷. Da ein wesentlicher Gesichtspunkt bei Kapitalanlagen wie auch bei Spekulation die Gewinnerzielung ist, kann man kaum sinnvoll zwischen Spekulation einerseits und Geldanlage andererseits unterscheiden. Unter dem Schutzbereich des § 264a StGB ist dies weder aus Zweck der Vorschrift noch aus der systematischen Stellung zu entnehmen¹⁵⁸. Optionen sind sogar insoweit vom Tatbestand erfasst, wenn sie verbrieft sind (Optionsscheine). Sie sind dann als Wertpapiere anzusehen. Warum jedoch unverbrieft Optionen nicht unter § 264a StGB fallen sollen, wenn doch der Handel mit Optionsscheinen sich vom Optionshandel nur durch die Verbriefung unterscheidet, ist gerade unter dem Gesichtspunkt eines umfassenden Anlegerschutzes nicht einzusehen. Optionsgeschäfte werden sogar börsenmäßig betrieben. Erwirbt ein Anleger Optionen in Form eines Fonds, so fällt diese Konstruktion ohne weiteres unter § 264a StGB, dann allerdings unter die Alternative "Anteil an einem Unternehmen". Ein wesentlicher Unterschied zum Aktiengeschäft, das unstreitig zu den Kapitalanlageformen gehört, besteht insofern nicht. Weiterhin wird argumentiert, das Optionsgeschäft sei schon von § 89 BörsG a.F. erfasst¹⁵⁹. Das ist aber kein zwingender Grund gegen eine Subsumtion der Optionen unter § 264a StGB. Demgegenüber unterfallen Optionsgeschäfte nach dem hier vertretenen Begriff dem Bezugsrecht: Der Anleger erwirbt ein Stammrecht, eben die Option, kraft derer er berechtigt ist, nach Ablauf der Optionsfrist eine Leistung zu beziehen. Im Gegensatz zu einem aufschiebend bedingten Kauf des Wertpapiers oder der Ware erwirbt er hier ein Recht auf Abschluss des Kaufvertrages. Eine Ausübung des Optionsrechts ist damit der Bezug der versprochenen Leistung. Dieses Ergebnis ist auch sachgerecht: Kapitalanlagen dienen dem Aufbau von Vermögen. Mit dieser Möglichkeit werden auch Optionsgeschäfte beworben. Der einzige Unterschied besteht darin, dass hier ein schneller Gelderwerb in Aussicht gestellt wird. Gleichzeitig werden die Risiken dieses hochspekulativen Geschäfts verharmlost - ebenso wie bei anderen Kapitalanlagen auch¹⁶⁰. Daher erfasst § 264a StGB entgegen häufig geäußerter Ansicht auch den Optionshandel.

¹⁵⁷ vgl. zu diesem Thema die Ausführungen zum Schaden beim Betrug Seite 131 ff

¹⁵⁸ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 32

¹⁵⁹ Worms: Anlegerschutz S. 322

¹⁶⁰ Ebenso LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 32; Worms: Anlegerschutz S. 23 ff

III. Anteile am Ergebnis eines Unternehmens, insbesondere Bauherrenmodelle

In Teilbereichen streitig ist der Begriff des "Anteils, der eine Beteiligung am Ergebnis eines Unternehmens gewähren soll". Einigkeit besteht insoweit, als es sich um unverbriefte Mitgliedschaftsrechte handelt. Ungeklärt ist jedoch die genaue Bedeutung des Begriffes "Anteil", sowie die Funktion der Beteiligung am Ergebnis eines Unternehmens.

Der Gesetzgeber hatte in erster Linie die sog. "Abschreibungsgesellschaft" im Auge, die als PublikumsKG konstruiert ist, ausländische Gesellschaften mit unverbrieften Beteiligungen¹⁶¹. Der Anleger beteiligt sich im Regelfall an einer KG, die wirtschaftliche Verluste macht und damit das Kapitalkonto des Anlegers belastet. Diese rein rechnerischen Verluste - als Kommanditist ist er nicht zum Nachschuss verpflichtet - kann der Anleger einkommensmindernd geltend machen. Hier profitiert der Anleger also nicht durch Ausschüttung von Gewinn, sondern durch Zuschreibung eines negativen Kapitalkontos¹⁶². Der Begriff des Anteils stammt aus dem Gesellschaftsrecht und umschreibt dort die Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen¹⁶³. Damit betrifft diese Alternative im Kern die Fälle, in denen der Anleger eine Gesellschafterstellung erwirbt und auf diese Weise an einem Unternehmen beteiligt ist. Nach dem Willen des Gesetzgebers liegt jedoch ein "Anteil" darüber hinaus auch dann vor, wenn der Anleger in eine beliebige unmittelbare Rechtsbeziehung zum Unternehmen tritt, die nicht Beteiligung als Gesellschafter ist¹⁶⁴. Dabei soll gerade das partiarische Darlehen einen solchen Anteil darstellen. Wichtig ist demnach in erster Linie die Ergebnisbeteiligung, nicht die Stellung des Anlegers zum Unternehmen.

Zweifel an dieser Ausweitung des Begriffs des Anteils hat Cerny¹⁶⁵. Die Nähe zum Gesellschaftsrecht begrenzt nach seiner Ansicht die Auslegung des Begriffs "Anteil". Auch aus dem Zusammenhang mit § 264a II StGB ergibt sich die gesellschaftsrecht-

¹⁶¹ BT-Drucksache 10/318 S. 22

¹⁶² vgl. dazu Creifelds: Rechtswörterbuch, Stichwort: "Verlustzuweisungsgesellschaft"; Worms: Anlegerschutz S. 31 ff, m.w.N.

¹⁶³ Palandt⁶³: BGB § 719 Rn. 3

¹⁶⁴ BT-Drucksache 10/318 S. 22

liche Auslegung: Dort wird der Tatbestand auf das Angebot auf Erhöhung der Einlage auf solche Anteile erweitert. Demgegenüber knüpft der Gesetzgeber selbst jedoch nur an die Vermögensteilhabe, nicht an die Gesellschafterstellung an. Dem Wortlaut der Norm nach geht es um den Anteil am Ergebnis des Unternehmens, nicht um den Anteil am Unternehmen¹⁶⁶. Maßgeblich ist also die Beziehung zwischen Anteil und Ergebnis¹⁶⁷. Der Gesetzgeber hätte eher den Begriff "Mitgliedschaft" gewählt, wollte er nur die gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen erfassen¹⁶⁸. Darüber hinaus war gerade ein rechtsformunabhängiger Anlegerschutz durch die Regelung des § 264a StGB angestrebt. Eine Beschränkung auf rein gesellschaftsrechtliche Beteiligungen würde den Anlegerschutz zu stark einschränken.

Relevant ist diese Auslegung hinsichtlich der Einbeziehung partiarischer Darlehen, sowie von Bauherren-, Bauträger- und Erwerbmodellen. Bei einem partiarischen Darlehen beteiligt sich der Anleger am Unternehmen in der Weise, dass er, ohne eine Gesellschafterstellung zu erwerben, dem Unternehmen Geld zu Verfügung stellt und dafür eine Gewinnbeteiligung erhält¹⁶⁹. Eine Möglichkeit der Einflussnahme auf die Geschäftsführung besteht nicht. Unter Berufung auf die mangelnde Einflussmöglichkeit des Anlegers wird teilweise eine Subsumtion unter den Begriff des Anteils verneint¹⁷⁰. Demgegenüber ist jedoch zu bedenken, dass bei manchen Gesellschaften bei einer Beteiligung als Kommanditist oder stiller Gesellschafter ein Einfluss des Anlegers auf die Geschäftsführung von Gesetzes wegen schon nicht gegeben ist (§§ 164, 233 II HGB). Gesellschaftsrechtliche und vergleichbare Beteiligungsmodelle sind dadurch gekennzeichnet, dass der Anleger sein Geld zur Verfügung stellt und dafür entweder Gewinnausschüttungen oder steuerlich relevante Verlustzuweisungen erhält, jedoch auf die Geschäftsführung keinen Einfluss hat¹⁷¹. Nicht anders liegt die Situation beim partiarischen Darlehen. Maßgeblich ist der Erwerb eines Stammrechts, vom Gesetz als "Anteil" bezeichnet, aus dem dann die Beteiligung am Ergebnis des Unternehmens resultiert. Dabei kann der Erwerb des Stammrechts auch zu-

¹⁶⁵ Cerny: MDR 1987, 271, 274

¹⁶⁶ Joecks: Kapitalanlagerecht Rn. 81

¹⁶⁷ Worms: wistra 1987, 242, 246f

¹⁶⁸ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 28

¹⁶⁹ Palandt⁶³: BGB § 705 Rn. 51

¹⁷⁰ so offenbar Cerny: MDR 1987, 271, 274

¹⁷¹ Worms: Anlegerschutz S. 29 f

sammen mit anderen in Form einer Gesellschaft erfolgen. Auch das partiarische Darlehen ist in den Anwendungsbereich des Kapitalanlagebetruges einzubeziehen.

Heftiger Streit ist weiterhin um die Frage entbrannt, ob auch Anbieter von Bauherren-, Erwerber-, und Bauträgermodellen nach § 264a StGB strafbar sein können.

Bei einem Bauherrenmodell in Form des sog. Kölner Modells beteiligt sich der Anleger im Umweg über einen Treuhänder an einer GbR zum Zweck der Durchführung eines Bauvorhabens und zahlt an diesen einen Festpreis für die Errichtung einer Eigentumswohnung¹⁷². Der Treuhänder ist dabei bevollmächtigt, auch mit anderen Anlegern einen entsprechenden Gesellschaftsvertrag zu schließen, so dass auf diesem Wege die Anleger zu einer GbR¹⁷³ zusammengefasst werden. Diese GbR handelt im Außenverhältnis durch den Treuhänder. Dieser kauft mit Wirkung für die Gesellschafter GbR den Baugrund an, beauftragt den Baubetreuer und schließt den Generalübernehmervertrag mit einem Bauunternehmen, das die Umsetzung des Bauvorhabens vornimmt. Auf diesem Wege erwirbt der jeweilige Bauherr sofort Miteigentum am Grundstück. Der Treuhänder kümmert sich weiterhin um die Finanzierung und Abwicklung des Zahlungsverkehrs. Die Teilung des Gebäudes in Eigentumswohnungen obliegt je nach Vertragsgestaltung dem Baubetreuungsunternehmen. Nach Abschluss des Bauvorhabens ist er, abhängig vom Vertrag mit dem Treuhänder, auch befugt, die dann entstandenen Eigentumswohnungen zu vermieten und ggf. mit den einzelnen Wohnungseigentümern (= Kapitalanlegern) Mietgarantieverträge abzuschließen.

Das sog. Hamburger Modell unterscheidet sich vom Kölner Modell nur insoweit, als dort die Gesellschaft der Anleger als KG konstruiert ist¹⁷⁴. Dies hat für die Anleger haftungsrechtliche Vorteile: Mit Leistung der Einlage können sie nicht weitergehend in Anspruch genommen werden, während die Gesellschafter einer GbR für die Rechnungen der Handwerker bei Konkurs des Generalübernehmers, wenn auch nur in Höhe ihres Anteils, haften müssen (§ 171 I HGB)¹⁷⁵. Der Nachteil besteht aller-

¹⁷² Worms: Anlegerschutz S. 61 f; Strohm in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 20 Rn. 86; zur Stellung des Treuhänders beim Kölner Modell: Maser: NJW 1980, 961, 962 f, 965

¹⁷³ Maser: NJW 1980, 961, 962 f

¹⁷⁴ Strohm in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 20 Rn. 89

¹⁷⁵ Vgl. BGHZ 67, 334; BGH NJW 1980, 992

dings darin, dass der einzelne Bauherr nicht sofort als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen wird, sondern die KG Eigentum erwirbt¹⁷⁶.

Die Kosten für die Anschaffung des Grundstücks konnten die Anleger bereits im Jahr der Beteiligung steuerrechtlich absetzen. In der Folgezeit anfallende Baukosten, die durch die Tätigkeit des Generalübernehmers entstanden, waren ebenfalls steuermindernd zu berücksichtigen. Grund für diese Behandlung der Anleger war, dass sie gemäß den Vorschriften des EStG als Bauherren anzusehen waren.

Nach Änderung der Rechtsprechung des BFH zum Bauherrenmodell bei privat genutztem Wohnraum¹⁷⁷ ist die Bauherreneigenschaft an eine stärkere Einflussnahme auf den Ablauf des Bauvorhabens gekoppelt worden, so dass bei einer derartigen Konstruktion, bei der erst auf mehreren Umwegen die Aufträge für die Bebauung vergeben werden, der Anleger nicht mehr als Bauherr anzusehen ist. Damit schränken sich die Möglichkeiten der steuerlichen Geltendmachung von Verlusten erheblich ein. Das Bauherrenmodell in seiner Grundstruktur ist damit unrentabel geworden.

Anders ist es noch dort, wo zusätzliche Sonderabschreibungen möglich sind. Dies galt bis 1998 für die Neuen Bundesländer¹⁷⁸. Insoweit trat bei Bauvorhaben dort das Bauherrenmodell noch auf.

Risiken birgt diese Form der Kapitalanlage aus folgenden Gründen: Das Bauherrenmodell beruht auf der Überlegung, dass die wirtschaftlichen Verluste in Form der Einlage (= Festpreis) und der für die Finanzierung aufzubringenden Zinsen, die durch die Beteiligung an der Anlage entstehen, durch die Minderung der Steuerlast im Jahr der Beteiligung und die Einnahmen aus der Vermietung wieder aufgewogen werden.

Dieses Konzept ist dann zu Scheitern verurteilt, wenn das zu versteuernde Einkommen des Anlegers so gering ist, dass die tatsächlichen Aufwendungen die steuerlichen Vorteile durch die Beteiligung an dem Bauherrenmodell überwiegen. Das ist der Fall, wenn der Anleger eben aufgrund des geringen Einkommens nur wenig Steuern zu zahlen hat. Für sog. Kleinanleger mit geringem Einkommen ist diese Anlageform

¹⁷⁶ Worms: Anlegerschutz S. 61 m.w.N.

¹⁷⁷ BFHE 158, 546; BFHE 161, 526; BFHE 157, 248

¹⁷⁸ Strohm in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 20 Rn. 67; Wagner in: Assmann/Schütze:

daher zumeist unrentabel. Dennoch kommt es immer häufiger vor, dass gerade Kleinanleger von Initiatoren über diesen Umstand getäuscht werden und sich erheblich verschulden. Den Gewinn macht der Initiator.

Weiterhin ist der Anleger mit den Zinsen für die Finanzierung seiner Beteiligung belastet. Wenn die Eigentumswohnung jedoch nicht oder nicht zu dem berechneten Mietzins zu vermieten ist, verbleiben dem Anleger auch insoweit die Aufwendungen für die Zinsen. Dies ergibt sich zumeist, wenn der örtliche Wohnungsmarkt gesättigt ist, oder - was häufiger vorkommt - der geplante Mietzins zu hoch angesetzt ist, und sich kein Abnehmer für die Wohnung findet¹⁷⁹.

Dem letztgenannten Risiko wirkt man seitens des Initiators meist durch einen sog. Mietpool entgegen. In diesen Mietpool bringen alle Wohnungseigentümer die erzielten Mieten ein, und jeder Anleger erhält entsprechend seinem Anteil einen Betrag aus dem Pool. Damit lässt sich das wirtschaftliche Risiko zumindest mindern, wenn auch nicht ausschließen. Andere Initiatoren geben über die Treuhänder Mietgarantien ab. Das bedeutet, dass die Initiatoren bei Unvermietbarkeit der Wohnung die garantierte Miete aus eigener Tasche zahlen. Ist jedoch eine Wohnung in einem Komplex aufgrund der hohen Miete unvermietbar, wird dies meist auch für die anderen Wohnungen gelten. In der Folge könnte der Treuhänder in Konkurs gehen. Die Konsequenz liegt auf der Hand: Die Mietpreisgarantie ist wertlos, und der Anleger zahlt die Zinsen ohne Ausgleich.

Bauherrenmodelle treten auch bei Errichtung von Bürogebäuden, Ferienzentren etc. auf¹⁸⁰.

Im Falle des Erwerbmodells geht es im Gegensatz zum Bauherrenmodell um den Ankauf einer bestehenden Eigentumswohnung. Auch die Sanierung eines bestehenden Gebäudes und Aufspaltung in Wohnungseigentum kann Gegenstand dieser Konstruktion sein.

Kapitalanlagerecht § 22 Rn. 114 ff

¹⁷⁹ Worms: Anlegerschutz S. 64 f

¹⁸⁰ Maser: NJW 1980, 961, 962

Eine Strafbarkeit der Initiatoren von Bauherrenmodellen setzt voraus, dass diese "Anteile, die eine Beteiligung am Ergebnis eines Unternehmens gewähren sollen," vertreiben. Dass der Anleger dabei einen Anteil an einer GbR¹⁸¹ erwirbt, steht außer Frage.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob dieser Anteil auch die "Beteiligung am Ergebnis eines Unternehmens gewährt". Dazu muss die BGB-Gesellschaft zunächst ein Unternehmen sein. Die GbR ist ihrem Zweck nach darauf ausgerichtet, den Anlegern individuelles Wohneigentum zu verschaffen. Ferner besteht zumindest beim Bauherrenmodell das Objekt noch nicht, sondern muss erst erbaut werden. Auch dies ist gemeinsamer Zweck der an dem Modell beteiligten Anleger. Die GbR bzw. beim Hamburger Modell die KG beauftragt durch den Initiator als vertretungsberechtigten Gesellschafter den Bauunternehmer mit der Erstellung des Objekts.

Dieser Gesellschaft wird von der h.M. die Unternehmensqualität abgesprochen. Eine Definition des Begriffs "Unternehmen" liefert das StGB nicht. Ausschlaggebend ist dabei nach h.M., dass eine Gesellschaft dann ein Unternehmen ist, wenn sie eine Betätigung entfaltet, die auf Teilnahme am Wirtschaftsverkehr gerichtet ist. Diese Teilnahme am Wirtschaftsverkehr muss auch auf eine bestimmte Dauer ausgerichtet sein¹⁸². Begründet wird dieses Ergebnis auch mit der Übereinstimmung mit dem Unternehmensbegriff des UStG, wonach Unternehmer ist, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt (vgl. § 2 I 2 UStG). Ausgeschlossen ist danach eine rein privatrechtliche Betätigung des Handelnden¹⁸³. Nun verfolgt hingegen die Gesellschaft beim Bauherrenmodell den Zweck, ein Haus zu errichten und unter den Gesellschaftern zu Wohnungseigentum aufzuteilen. Die Verschaffung individuellen Eigentums ist dabei eine rein private, außerhalb des Erwerbslebens liegende Tätigkeit und keine gewerbliche Tätigkeit. Dies spricht dagegen, die Bauherren-GbR als Unternehmen anzusehen.

Der Wortlaut des Begriffs "Unternehmen" impliziert eine Tätigkeit, die auf die Erzielung wirtschaftlichen Gewinns ausgerichtet ist. Die Orientierung des strafrechtlichen

¹⁸¹ Beim Hamburger Modell an einer KG

¹⁸² Flanderka/Heydel: wistra 1990, 256, 257f; Schmidt-Lademann: WM 1986, 1241, 1242; Cerny: MDR 1987, 271, 723

¹⁸³ Flanderka/Heydel: wistra 1990, 256, 258

Unternehmensbegriffs am Unternehmensbegriff des UStG ist dabei keineswegs zwingend¹⁸⁴. UStG und StGB verfolgen dafür zu unterschiedliche Ziele. Im Interesse eines effektiven strafrechtlichen Schutzes sowohl der Anleger als auch nach abweichender Ansicht des Vertrauens der Anleger in den Kapitalmarkt ist es nicht einzusehen, warum hier der Begriff des UStG Anwendung finden soll. Um einen umfassenden Schutz des Anlegers zu erreichen, wäre ein extrem weiter Unternehmensbegriff wünschenswert¹⁸⁵, der jedoch aus rechtsstaatlichen Gründen nicht den Rahmen des Wortlautes sprengen darf.

Richter führt als Argument für eine Einbeziehung der GbR in den Unternehmensbegriff insbesondere das Haftungsrisiko des Anlegers an¹⁸⁶. Dieses Argument vermag jedoch nicht zu überzeugen: Eine Haftung ist nicht zwingendes Zeichen einer unternehmerischen Betätigung. Auch der Bauherr, der sich selbst sein Einfamilienhaus errichtet, haftet selbst für die Zahlung der Handwerkerrechnungen. Dort wird niemand auf den Gedanken kommen, diesen Vorgang als unternehmerisch zu qualifizieren. Die Stellung des Kapitalanlegers beim Bauherrenmodell hingegen ist trotz komplizierterer Konstruktion gleich: Auch der Anleger strebt zumindest in der Grundform nach privatem Wohnungseigentum. Dass er sich dabei einer komplizierteren Vorgehensweise bedient und obendrein noch Steuern sparen möchte, macht keinen wesentlichen Unterschied, zumal eine Steuerersparnis auch beim "privaten" Bauherren anfällt. Die Haftungsfrage kann daher kein entscheidender Faktor bei der Klärung der Frage sein, ob eine Bauherren-GbR ein Unternehmen ist.

Wesentlich für eine unternehmerische Tätigkeit ist die Absicht, dabei einen Gewinn zu erzielen. Wie dieser Gewinn erzielt wird, spielt dabei keine Rolle. Er kann einerseits darin bestehen, eine Ware zu erwerben und aus dem späteren Verkauf oder der Nutzung der Ware Profit zu erzielen. Andererseits kann der Gewinn auch darin liegen, steuerlich relevante Verluste zu erwirtschaften, die man bei der eigenen Steuererklärung einkommensmindernd geltend machen kann¹⁸⁷. Gerade diese Gewinnerzielungsabsicht kann beim Bauherrenmodell fehlen: Will der Bauherr ein Eigenheim

¹⁸⁴ Auch der Begriff des Wertpapiers ist bei § 264a StGB teleologisch anders zu verstehen, als im Handelsrecht.

¹⁸⁵ Schmid in: Müller-Gugenberger/Bieneck: Wirtschaftsstrafrecht S. 621

¹⁸⁶ Richter: wistra 1987, 117, 118

¹⁸⁷ Schmidt-Lademann: WM 1986, 1241, 1242

oder eine selbst genutzte Eigentumswohnung errichten, so besteht kein Unterschied, ob er selbst tätig wird oder die Verwaltungs- und Baubetreuungsaufgaben durch einen Dritten im Rahmen eines Bauherrenmodells übernehmen lässt.

Wesentlich für den Bauherren als Kapitalanleger ist, dass er die Grunderwerbssteuer und seine Aufwendungen für das Bauherrenmodell sofort als Werbungskosten steuerlich absetzen kann. Aus diesem Grund werden gerade zum Jahresende so viele Verträge über Bauherrenmodelle übereilt abgeschlossen. Um eine wirtschaftliche Tätigkeit geht es dem Anleger nicht, sondern um eine private Steuerersparnis, die sich in Wirklichkeit als Steuerstundung auswirkt. Letztlich will der Anleger noch Eigentum an der zu erstellenden Wohnung erwerben. Es bleibt also bei einer rein privaten und keinesfalls unternehmerischen Tätigkeit des Bauherren/Anlegers¹⁸⁸.

Zu diesem Ergebnis gelangt auch Worms¹⁸⁹, indem er auf die Beziehung zwischen Anteil und Ergebnis abstellt. Ziel der Beteiligung an einem Bauherrenmodell ist der Erwerb von privatem Eigentum. Die Gesellschafterstellung in der GbR ist nur Mittel zum Zweck. Das Ergebnis der Beteiligung ist Privateigentum. Auch die Rendite, die er durch Vermarktung des Objekts zu erzielen wünscht, resultiert aus diesem Privateigentum. Es geht dabei nicht um eine gemeinsame wirtschaftliche Tätigkeit der Bauherren, sondern jeder verfolgt seine eigenen privaten Ziele.

Stellt man hingegen auf den Treuhänder ab, der die Anlegergesellschaft vertritt, so kann man dessen Tätigkeit als unternehmerisch qualifizieren. Dies wird insbesondere dann gelten, wenn er nicht nur ein sondern mehrere Bauherrenmodelle betreut. Daher könnte man die Bauherrenmodelle unter § 264a II StGB fassen¹⁹⁰. Allerdings ist es nicht das Unternehmen des Treuhänders, an dem die Beteiligung erfolgt, sondern die Bauherren-GbR¹⁹¹. Diese wird bei ihrer Tätigkeit nur durch den Treuhänder nach außen vertreten. Sofern sie selbst, wie geschildert, nicht die Voraussetzungen eines Unternehmens erfüllt, ist die Beteiligung des Bauherren auch keine Unternehmensbeteiligung.

¹⁸⁸ Pabst: rechtliche Risiken S. 37

¹⁸⁹ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 63; Worms: wistra 1987, 242,247

¹⁹⁰ Schönke/Schröder/Cramer: § 264a StGB Rn. 12; Tröndle/Fischer: § 264a StGB Rn. 19

¹⁹¹ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 29

Anders ist diese Frage jedoch zu beantworten, wenn die Bauherren-GbR auch später bei der wirtschaftlichen Verwertung des Objektes weiterhin bestehen bleibt. Sobald der Treuhänder mit Wirkung für die GbR beginnt, in großem Umfang Mietverträge zu schließen, ist diese Tätigkeit der Bauherren-GbR wohl schon als unternehmerisch zu qualifizieren. Lenkt man zudem dem Blick von einer reinen Wohnungseigentumsanlage auf eine Ferienhausanlage, so zeigt sich, dass ein erheblich höherer Aufwand zur Verwaltung erforderlich ist¹⁹².

In diesem Fall tritt die GbR, an der sich der Anleger beteiligt, im Rechtsverkehr nach außen auf. Das Bauobjekt wird mit Gewinnerzielungsabsicht vermarktet, so dass man diese Tätigkeit ohne weiteres als unternehmerisch qualifizieren kann¹⁹³. Etwas anderes soll jedoch dann gelten, wenn nicht die GbR, sondern die einzelnen Bauherren als Vermieter auftreten. Zwar ist der Bauherr an einem Unternehmen beteiligt, das das Risiko der Unvermietbarkeit auffangen soll. Dieses Unternehmen tritt jedoch in letzteren Fall nicht im Rechtsverkehr nach außen auf¹⁹⁴. Es käme danach für die Strafbarkeit des Initiators eines Bauherrenmodells mit Mietpoolregelung darauf an, wer als Vermieter der Wohnungen nach außen auftritt.

Dieses Ergebnis wird von Worms¹⁹⁵ bestritten. Zum einen erziele bei Eigentumswohnungen der Anleger seinen Gewinn nur aus der wirtschaftlichen Verwertung seiner eigenen Wohnung. Damit stamme dieser Gewinn nicht mehr aus der Beteiligung an dem Bauherrenmodell. Mithin fehle also der Bezug zwischen Anteil und Ergebnisbeteiligung, da das Bauherrenmodell auf Verschaffung von Privateigentum abziele¹⁹⁶. Weiterhin erfolge die Beteiligung zusätzlich zum Bauherrenmodell, so dass diese Beteiligung auch gesondert zu betrachten ist. Die Einlage, die der Anleger leiste, betreffe den Erwerb des Eigentums, nicht jedoch die Enttäuschung von Gewinnerwartungen durch schlechte Vermietbarkeit¹⁹⁷. Diese Auffassung übersieht, dass schon bei Werbung für die Beteiligung an der GbR die zukünftigen Mieteinnahmen einbezogen werden. Die Konstruktion, mit der um Anleger geworben wird, suggeriert

¹⁹² Richter: wistra 1987, 115, 118

¹⁹³ Flanderka/Heydel: wistra 1990, 256, 258

¹⁹⁴ Flanderka/Heydel: wistra 1990, 256, 258

¹⁹⁵ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagegesetz § 8 Rn. 65; Worms: wistra 1987, 242, 247

¹⁹⁶ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagegesetz § 8 Rn. 63

¹⁹⁷ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 91

den Kunden, dass sie ohne wesentliches Eigenkapital eine Wohnung erwerben können. Diese soll sich über die steuerlichen Vorteile und die Einnahmen aus der Vermietung geradezu selbst finanzieren. Fragen der steuerlichen Anerkennung der Verluste und der Auswirkungen beim individuellen Anleger, sowie das Mietausfallrisiko werden dabei selbstverständlich nicht aufgeworfen. Im Interesse eines effektiven Anlegerschutzes ist daher eine Aufspaltung des Vertragswerkes in Erwerb des Objekts einerseits und Beteiligung an dem Mietpool andererseits nicht sachgerecht, da beide über die Finanzierung miteinander verknüpft sind.

IV. Treuhandbeteiligungen - § 264a II StGB

§ 264a II StGB erweitert den Anwendungsbereich des Abs. I auf die Fälle, in denen der Anleger nicht direkt einen Anteil an fremdem Vermögen erwirbt, sondern der Anteilserwerb zivilrechtlich im Namen eines Treuhänders erfolgt. Damit werden nicht nur direkte, sondern auch indirekte Gesellschaftsbeteiligungen erfasst. Der Begriff des Unternehmens in Abs. II bezieht sich dabei nicht auf die treuhänderisch gehaltene Beteiligung. Gemeint ist vielmehr das Unternehmen des Treuhänders¹⁹⁸. Unbeachtlich ist dabei, dass der Gegenstand des Unternehmens des Treuhänders darin besteht, Anteile an anderen Unternehmen zu verwalten.

Ohne Abs. II wären Beteiligungen über einen Treuhänder nicht zu erfassen. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist hier in erster Linie an Treuhandkommanditisten bei Immobilienfondsgesellschaften oder bei sonstigen Gesellschaften, sowie Bauträger von Wohnbesitzwohnungen gem. § 12a Abs. 2 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes zu denken¹⁹⁹. Gemeinsam ist den zuerst genannten Konstruktionen, dass hier der Anleger zwar steuerrechtlich als Gesellschafter anzusehen ist. Zivilrechtlich jedoch stehen die Rechte aus der Gesellschaftsbeteiligung dem Treuhänder zu. Die Ausübung der Rechte aus der Gesellschafterstellung richtet sich nach dem zwischen Treuhänder und Kapitalanleger geschlossenen Vertrag.

¹⁹⁸ BT-Drucksache 10/318 S. 23

¹⁹⁹ BT-Drucksache 10/318 S. 23 f

Nicht hierher gehören die Beteiligungen, bei denen der Anleger den Anteil an dem Unternehmen erwirbt, jedoch die Ausübung der Rechte aus der Beteiligung durch einen Treuhänder erfolgt (sog. unechte Treuhand)²⁰⁰. Hier ist der Anleger zivil- und steuerrechtlich Inhaber des Anteils. Einer besonderen Zurechnungsnorm bedarf es daher nicht.

Eine Auslegung, die entsprechend der steuerrechtlichen Regelung auch die mittelbare Beteiligung an einem Unternehmen als von § 264a StGB erfasst sieht, würde den Rahmen der verfassungsrechtlich zulässigen Analogie sprengen. Gemeint ist in § 264a I StGB mit dem Begriff des Anteils, der eine Beteiligung am Gewinn eines Unternehmens gewähren soll, dem Wortlaut nach nur die unmittelbare Beteiligung als Gesellschafter. Nur in dieser Position kann der Anleger auch selbst seine Rechte aus der Gesellschafterstellung/Beteiligung ausüben. In den Fällen mittelbarer Beteiligung ist er auf die Ausübung seiner Rechte durch den Treuhänder angewiesen.

Demgegenüber wird diese Vorschrift teilweise nicht für erforderlich gehalten²⁰¹. Auch die Position des Treuhänders stelle ein Unternehmen dar, an dem dann der Anleger beteiligt sei. Damit sei das Merkmal des Anteils am Ergebnis eines Unternehmens erfüllt.

Dies entspricht jedoch nicht dem Willen des Anlegers und der steuerrechtlichen Würdigung dieser Konstellation: Der Anleger wünscht eine (mittelbare) Beteiligung an dem Unternehmen des Initiators der Kapitalanlage. Diese soll auch, wie sich aus der steuerrechtlichen Behandlung ergibt, maßgeblich für die Bewertung des "Anteils" des Anlegers sein. In diesem Sinne wird der Anleger auch als Mitunternehmer gesehen und steuerrechtlich entsprechend behandelt. Demgegenüber verbindet ihn mit dem Treuhänder ein zivilrechtlicher Vertrag, der kaum als eine Unternehmensbeteiligung anzusehen ist. Er regelt lediglich, wie der Treuhänder sich in der Gesellschafterstellung, die er für den Anleger hält, verhalten soll. Maßgeblich ist jedoch bei dieser Bewertung die individuelle Vertragsgestaltung.

²⁰⁰ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 66

²⁰¹ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 101

Wesentlich ist jedoch, worauf Worms zutreffend in anderem Zusammenhang hinweist, auch hier die Beziehung zwischen Anteil und Ergebnisbeteiligung²⁰². Das dem Anleger zuzurechnende Ergebnis resultiert nicht aus der Verwaltungstätigkeit des Treuhänders, sondern aus der wirtschaftlichen Betätigung desjenigen Unternehmens, an dem der Treuhänder den Anteil hält. Allein das Vorliegen einer Beteiligung im weitesten Sinne reicht dafür nicht aus. Dies ergibt sich, wie vorstehend geschildert, bereits aus der steuerrechtlichen Würdigung, die auf den Unternehmensanteil, jedoch nicht auf den Treuhänder abstellt. Ausschlaggebend für die Abgrenzung zwischen Abs. I und Abs. II ist daher, aus welcher Beteiligung das dem Anleger zuzurechnende Ergebnis resultieren soll.

Zusätzlich bewirkt die gesonderte Erwähnung der Treuhandbeteiligungen im Tatbestand eine Erhöhung der Rechtsklarheit und Tatbestandsbestimmtheit²⁰³.

Daher erfüllt das Unternehmen des Treuhänders²⁰⁴ nicht die Voraussetzungen des Abs. I. Zu Recht hat daher der Gesetzgeber die Vorschrift des Abs. II geschaffen, um auch die mittelbaren Beteiligungen erfassen zu können.

D. Vertrieb

Die Tat muss im Zusammenhang mit dem Vertrieb der in § 264a StGB aufgezählten Kapitalanlagen erfolgen. Dieses Tatbestandsmerkmal bezieht sich nur auf § 264a I Nr. 1 StGB. Dieser hat die Aufgabe, neue Anleger zu schützen, während sich Nr. 2 auf Anleger bezieht, die bereits einen Anteil erworben haben.

Das Tatbestandsmerkmal "Vertrieb" steht im Zusammenhang mit dem Merkmal "größerer Personenkreis". Wie dieses Merkmal dient es dazu, eine massenhafte, gleichartige Tatbegehung vielen Opfern gegenüber unter Strafe zu stellen. Die individuelle fehlerhafte Anlageberatung ist nicht Gegenstand des § 264a StGB. Unter Vertrieb ist damit eine auf den Absatz einer Vielzahl von Stücken gerichtete Tätigkeit zu verste-

²⁰² Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 63

²⁰³ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 66

²⁰⁴ Dabei ist zusätzlich darauf hinzuweisen, dass hier ein wirtschaftliches Tätigwerden am Markt erforderlich ist. Beschränkt sich der Treuhänder darauf, nur einen Kommanditanteil zu halten, so dürf-

hen²⁰⁵. Diese wendet sich an den Markt, d.h. an eine unbestimmte Anzahl potentieller Anleger. Diese kann jedoch vorher durch bestimmte abstrakte Kriterien eingegrenzt werden²⁰⁶. Es muss sich demnach um eine Werbemaßnahme handeln, die im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Ziel steht, Anleger einzuwerben. Nicht erfasst ist daher auch eine allgemeine Meinungsäußerung oder Presseerklärung, da diese in erster Linie der Unternehmen positiv darstellen und weitere Vertriebsmaßnahmen vorbereiten sollen²⁰⁷.

Soweit Möhrenschlager davon ausgeht, man könne durch dieses Tatbestandsmerkmal auch Vertriebsorganisationen erfassen²⁰⁸, ist dem zu entgegnen, dass Täter nur sein kann, wer in dem Prospekt fehlerhafte Angaben macht und daher für den Prospektinhalt Verantwortung trägt²⁰⁹. Daraus ergibt sich, dass Personen, die mit dem Vertrieb befasst sind, sich nur dann als Täter strafbar machen können, wenn sie auch an der Gestaltung des Prospektes mitgewirkt haben. Darüber hinaus bleibt nur eine mögliche Strafbarkeit wegen Beihilfe.

Das Merkmal "Vertrieb" hat in § 264a I Nr. 2 StGB keine Entsprechung. Die Werbung richtet sich in diesem Fall an Anleger, die bereits einen Anteil oder ein Wertpapier erworben haben. Dadurch ist der Tatbestand in dieser Alternative ausreichend begrenzt. Diese Anleger sind nach Ansicht des Gesetzgebers besonders schutzbedürftig, da sie sich zumeist wirtschaftlich aufgrund der vorangegangenen Anlageentscheidung gezwungen sehen können, die Einlage zu erhöhen²¹⁰.

te es an der erforderlichen Außenwirkung fehlen.

²⁰⁵ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 109; LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 41

²⁰⁶ siehe unten Seite 56 ff

²⁰⁷ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 110; Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 88

²⁰⁸ Möhrenschlager: wistra 1982, 201, 206

²⁰⁹ Siehe unten Seite 107 ff

²¹⁰ BT-Drucksache 10/318 S. 24

E. Tathandlung - Machen unrichtiger vorteilhafter Angaben/Verschweigen nachteiliger Tatsachen

Der Kern der Tathandlung liegt darin, dass der Täter hinsichtlich der Kapitalanlage unrichtige vorteilhafte Angaben macht oder nachteilige Tatsachen verschweigt.

I. Angaben und Tatsachen

Beim Begriff der Tatsache kann man noch unproblematisch auf § 263 StGB und den hier entwickelten Tatsachenbegriff zurückgreifen. Danach sind Tatsachen alle inneren und äußeren Vorgänge und Zustände, die beweisbar sind²¹¹. Keine Tatsachen sind demnach Werturteile, Meinungsäußerungen und Prognosen. Bei letzteren ist jedoch zu beachten, dass die Grundlage der Prognose als Tatsache anzusehen ist.

Demgegenüber weist der Begriff der Angabe noch Unklarheiten auf²¹². Wesentliche Bestandteile von Prospekten sind nicht nur im strengen Sinn beweisbare Beschreibungen des Anlagegegenstandes, sondern auch Aussagen über die zukünftige Entwicklung der Anlage bis hin zu Anpreisungen und Kaufempfehlungen. Damit gelangt man in den Bereich der Prognosen und Werturteile, die vom Begriff der Tatsache grundsätzlich nicht erfasst sind. Sie unterfallen aber bereits dem Wortsinn nach dem Begriff der Angabe in § 264a StGB. Danach wäre der Begriff der Angabe weiter als Tatsache.

Da diese Definition zu einer uferlosen Weite des Begriffs der Angabe führen würde, wird die Möglichkeit einer Beschränkung erwogen: Der Begriff der "Angabe" wird verstanden wie der moderne Tatsachenbegriff des § 263 StGB. Danach können auch Prognosen und Werturteile als Tatsachen erfasst werden, soweit Tatsachenkern und sog. innere Tatsachen betroffen sind. Wenn ein Gutachter die zukünftige Entwicklung eines Wertpapierfonds aufgrund unrichtiger gegenwärtiger Werte allzu positiv angibt, stellen die aktuellen Werte einen Tatsachenkern dar. Auch fielen hierunter die Anga-

²¹¹ statt vieler: Maurach/Schröder/Maiwald: Strafrecht BT/1 S. 475; Lackner/Kühl: § 263 StGB Rn. 4; Schönke/Schröder/Cramer: § 263 StGB Rn. 8; Tröndle/Fischer: § 263 Rn. 6

²¹² Grotherr: DB 1986, 2584, 2585 f; Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 121 ff; Otto: WM 1988, 729,

be, dass ein "führender Wirtschaftswissenschaftler" diesen Fonds empfehle²¹³. Wesentlich ist dabei, dass die Äußerung noch einen objektivierbaren Tatsachenkern enthält, auf dem die Prognose basiert. Insoweit ist kein Unterschied zwischen Angaben und Tatsachen auszumachen.

Zur Begründung der Strafbarkeit bei der Werbung für Kapitalanlagen kann man damit auch auf sog. innere Tatsachen abstellen²¹⁴. Unter inneren Tatsachen sind die persönlichen Überzeugungen und Absichten des Täters zur Tatzeit zu verstehen. In diesem Fall hieße das, der Täter täuscht den potentiellen Anleger über seine (aktuelle) Überzeugung hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung des Fonds.

Hierbei tauchen jedoch Probleme auf: Von der rein praktischen Seite her ist zweifelhaft, ob die zur Beantwortung dieser Frage wesentliche Einlassung des Täters im Strafverfahren wirklich glaubhaft ist. Nur allzu leicht wird hier das Vertrauen des Täters in seine eigene Konzeption beschworen werden. Nur in Extremfällen, die von vornherein auf eine einseitige Bereicherung des Täters abzielen, ist keine Ausflucht mehr möglich.

Worms sieht den Weg über innere Tatsachen oder Tatsachenkern als zweifelhaft an. Dabei bezieht er sich auf die Probleme, die der Tatsachenbegriff im Rahmen des § 263 StGB in den Fällen des Kapitalanlagebetruges aufwirft. Problematisch ist dabei die Kausalität zwischen Angabe und Vorstellung des Anlegers: Der Anleger wird nicht deshalb die Anlage zeichnen, weil er auf die Überzeugung des Täters vertraut, sondern weil er der angegebenen Prognose über die Entwicklung der Rendite glaubt²¹⁵. Damit kann das Vertrauen in die Überzeugung des Täters nie kausal zu einer Gefährdung des Vermögens des Anlegers führen, und diese unrichtige Angabe wird schwerlich erheblich sein. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass man kaum zwischen der inneren Überzeugung des Täters und seinen Angaben, die er gegenüber dem Anleger macht, trennen kann. Im Beispielsfall wird der Initiator

737 (unter Verweis auf S. 731); Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 69

²¹³ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 122

²¹⁴ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 122; Otto: WM 1987, 729, 737, 731; Pabst: rechtliche Risiken S. 13

²¹⁵ Worms: Anlegerschutz S. 325, 176ff; ders. in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 13

zugleich auch tatsächliche Anhaltspunkte haben, warum er selbst der im Prospekt prognostizierten Entwicklung nicht glaubt. Damit sind diese - nicht mitgeteilten - Anhaltspunkte zugleich Tatsachekern der Prognose und Gegenstand der Täuschung. Es ist kaum vorstellbar, dass ein Anleger einen Fonds zeichnen wird, dessen Initiator nicht von seinen eigenen Prognosen überzeugt ist. Ein Anleger wird in erster Linie den Angaben des Initiators vertrauen, da er die versprochene Rendite machen möchte. Er wird sich also zumeist keine Vorstellungen über die Einschätzung des Anbieters machen, sondern sich auf seine Worte verlassen. Entsprechend kommt es ihm in aller erster Linie tatsächlich darauf an, ob die Anlage den versprochenen Gewinn abwirft.

Eine Ausnahme stellen insoweit die Fälle dar, in denen der Täter über seine Absicht täuscht, dem Anleger den gesamten Gewinn der Anlage zukommen zu lassen. Hier ist in der Tat eine entsprechende relevante Täuschung gegeben. Der Täter legt eine Anlage vor, beabsichtigt jedoch schon bei Vertragsschluss, durch eine besondere Gebühr oder Vornahme zahlreicher ungerechtfertigter gebührenpflichtiger Buchungen allein durch die Kosten Gewinn zu machen. Soweit dabei jedoch der Täter sein Vorhaben dadurch umsetzt, dass er besondere - nicht gerechtfertigte - Gebühren erhebt oder anfallende Brokerprovisionen überhöht weitergibt, liegt schon eine Täuschung über gegenwärtige Tatsachen vor.

Demgegenüber verneint Otto das Schutzbedürfnis der Anleger, die sich auf reine Prognosen ohne erkennbaren Tatsachekern verlassen²¹⁶. Erst bei Bestehen eines Tatsachekerns sieht er ein ähnliches Schutzbedürfnis wie bei § 263 StGB. Dabei vernachlässigt er jedoch, dass der nicht sachkundige Anleger in Prospekten kaum klar unterscheiden kann zwischen reinen Anpreisungen und aus der Luft gegriffenen Renditeversprechen einerseits und klar fundierten Analysen andererseits. Andererseits trifft Otto damit den Kern der Kritik am Begriff der Angabe: Jede Formulierung in einem Prospekt ist damit unter den Begriff der Angabe zu fassen. Er erweist sich damit als zu ungenau, um verfassungsrechtlich haltbar zu sein. Demgegenüber hat der Tatsachenbegriff des § 263 StGB bereits eine recht klare Konturierung erfahren,

²¹⁶ Otto: WM 1987, 729, 737 Fn. 75

so dass es ohne Probleme möglich ist, auf diesen zurückzugreifen. Letztlich liefert auch der Gesichtspunkt der Nachprüfbarkeit einen klaren Ansatzpunkt für die Beurteilung, ob die Angaben unrichtig sind. Im Interesse einer Beschränkung dieses Begriffes ist er also an dem weiten Tatsachenbegriff i.S.d. § 263 StGB zu orientieren.

Reine Werturteile ohne jeden Tatsachenbezug hingegen sind auch aus dem Begriff der Angabe schon auszuschließen. Es würde den durch das Bestimmtheitsgebot und den ultima-ratio-Charakter des Strafrechts gezogenen Rahmen sprengen. Schließlich müssten reine Werturteile auch schon bei Subsumtion des Begriffes "unrichtig" ausscheiden, da sich eine Unrichtigkeit bei nur wertenden Aussagen kaum beweisen ließe.

Hier wird die Risikoverteilung zwischen Anleger und Initiator der Anlage greifbar: Geschützt wird der Anleger nur so weit, als er echten Informationen und "harten Fakten" vertraut. Alle anderen Äußerungen im Prospekt sind, auch wenn sie noch so werbewirksam sind, nicht von § 264a StGB erfasst. Auch § 4 UWG kennt diese Grenze: Werbung, die zwar zur Irreführung geeignet, aber nicht unwahr ist, erfüllt auch diesen Tatbestand nicht²¹⁷. Dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung wird noch im Rahmen der Frage nach der Erheblichkeit nachgegangen.

II. Unrichtige vorteilhafte Angaben

Problematischer ist die Frage zu beantworten, wann diese Angaben unrichtig sind. Bei Tatsachen ist die Unrichtigkeit relativ schnell nachweisbar: Tatsachen sind dann unrichtig, wenn sie von der Wirklichkeit abweichen. Das ist der Fall, wenn vorhandene Umstände als nicht vorhanden oder nicht vorhandene Umstände als vorhanden ausgegeben werden²¹⁸.

Schwieriger ist die Bestimmung der Unrichtigkeit bei Prognosen. Prognosen sind nach verbreiteter Definition dann unrichtig, wenn sie aus sachverständiger Sicht

²¹⁷ vgl. unten Seite 142 ff

²¹⁸ Otto: WM 1988, 721, 738 f; LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 54; Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 70

schlechterdings nicht mehr vertretbar erscheinen²¹⁹. Eine klare Grenze ist damit freilich nicht gezogen. Unklarheiten der wirtschaftlichen Einschätzung werden damit in die rechtliche Beurteilung einbezogen und zum Gegenstand des Urteils. Die Erleichterung, die der Begriff der Angabe schafft, nämlich, dass man sich keine Gedanken über die Abgrenzung zwischen Tatsachen und Werturteilen machen muss, wird durch die Frage nach der Unrichtigkeit der Angabe wieder hinfällig. Die Beurteilung der Unvertretbarkeit einer Prognose ist der Einschätzung des Sachverständigen überlassen. Inwieweit der Richter solche Gutachten inhaltlich überprüfen kann, ist kaum zu sagen, da sie einen erheblichen wirtschaftlichen Sachverstand voraussetzen. Dem trägt der Gesetzgeber zwar schon mit § 74c Nr. 5 GVG Rechnung, dennoch geht der Sachverstand des Gutachters über den des Gerichts hinaus. Es führt daher zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit, wenn man aus diesem Grund den Begriff der Angabe teleologisch reduziert und synonym zum Begriff "Tatsache" auslegt. Zur Bestimmung der Unrichtigkeit sind dann die vom Täter behaupteten Tatsachen an der Realität zu messen.

Worms löst diese Problematik dahingehend, dass er Angaben erst dann als unrichtig ansehen will, wenn diese als schlechthin nicht mehr vertretbar erscheinen²²⁰. Angabe ist hingegen bei Worms jede Äußerung mit Anlagebezug, insbesondere auch Werturteile und Prognosen. Unrichtig ist eine solche Angabe nur dann, wenn sich alle Sachverständigen über die Unrichtigkeit einig sind. Worms sieht den weiten Angabenbegriff als Sieg des Anlegerschutzes²²¹. Der Tatbestand erfordert jedoch eine Einschränkung durch den Begriff der Unrichtigkeit. Diesen legt Worms sehr eng aus, indem er verlangt, dass Prognosen schlechthin unvertretbar sind. Für Prognosen ersetzt er also die Unrichtigkeit durch Unvertretbarkeit. Dieser Begriff ist jedoch zu einer Einschränkung kaum geeignet, da er seinerseits einen weitgehenden Konsens der Fachwelt hinsichtlich der Beurteilung einer Prognose oder Berechnungsmethode voraussetzt. Erst dann kann man von einer Unvertretbarkeit sprechen. Ob eine Prognose jedoch als schlechthin unvertretbar und damit unrichtig anzusehen ist, kann

²¹⁹ Cerny: MDR 1987, 271, 276; Joecks: wistra 1986, 142, 146; Otto: WM 1988, 721, 738

²²⁰ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 70; ebenso Grotherr: DB 1986, 2584; 2586

²²¹ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 69

man nur in Extremfällen bejahen. Ein Schutz der Anleger vor fehlerhaften Prognosen ist damit nur in Ausnahmefällen gewährleistet. Zugleich muss Worms den Ausdruck "unrichtig" von seinem Wortsinn lösen, weil es bei Einschätzungsfragen nur ein Vertretbar/Unvertretbar, aber kaum ein Richtig und Falsch gibt. Letztlich ergeben sich daher erhebliche Unsicherheiten bei Beurteilung der Frage, ob eine Prognose unrichtig ist. Dieser Erkenntnis gibt auch Grotherr nach, der von demselben Ausgangspunkt auch bei Prognosen verlangt, dass diese nicht bloße Mutmaßungen sind, sondern auf nachprüfbaren Tatsachen beruhen²²². Er anerkennt damit, dass auch bei Prognosen das Wesentliche die sie tragenden Tatsachen sind. Auch aus diesem Grund ist bereits der Begriff der Angabe auf Tatsachen i.S.d. weiten Tatsachenbegriffs, der zu § 263 StGB entwickelt wurde, zu beschränken.

Diese Reduktion bedeutet auch keine Einschränkung der vom Gesetzgeber intendierten Reichweite des Angabenbegriffs, da man die Täuschung mittels einer Prognose auch i.S.d. Prognose mit Tatsachenkern als Täuschung über die wissenschaftliche Absicherung der Einschätzung verstehen kann. Damit wird nicht der Inhalt der Prognose, sondern ihre wissenschaftliche Begründung zum Gegenstand der Täuschung. Inwieweit diese erheblich sein kann, soll später erörtert werden.

Bedenklich ist zwar, dass, soweit ein Rückgriff auf innere Tatsachen erforderlich ist, sich hier für den Täter eine gute Gelegenheit ergibt, kaum widerlegbare Schutzbehauptungen aufzustellen. Kaum ein Täter wird zugeben, dass er an seine eigenen prospektierten Angaben selbst nicht geglaubt hat. Aber auch diese Schutzbehauptungen dürften sich mittels Sachverständigengutachten widerlegen lassen. Die Einlassung des Täters im Strafverfahren, ebenso wie das Gutachten, unterliegen der richterlichen Beweiswürdigung. Die Problematik der Schutzbehauptungen ist im Strafrecht nicht neu. Dieses Problem wird jedoch bei Erörterung des subjektiven Tatbestandes wieder auftreten.

Für die Vorteilhaftigkeit kommt es darauf an, ob durch die unrichtige Angabe die Entscheidung des Anlegers so beeinflusst werden soll, dass er tatsächlich die Anlage

²²² Grotherr: DB 1986, 2584, 2586

zeichnet²²³. Sinnvollerweise ist für die Vorteilhaftigkeit die Perspektive des Anlegers entscheidend. Das bedeutet, dass die unrichtige Angabe für eine positive Anlageentscheidung des Anlegers mit kausal sein muss. Mit anderen Worten: Die Offenbarung der wahren Verhältnisse hätte die Anlage aus Sicht des Anlegers in einem negativen Licht erscheinen lassen als die unrichtige Angabe²²⁴.

Nach Samson kommt es darauf an, wie sich die Angabe tatsächlich auf die Werthaltigkeit der Anlage auswirkt. Ist die Anlage mit der unrichtigen Angabe mehr wert als ohne sie, so ist die Angabe vorteilhaft²²⁵. Diese Auffassung mag aus Sicht eines Befürworters einer rein vermögensorientierten Auslegung zunächst konsequent erscheinen. Hat die Anlage einen geringeren Wert, als sie verspricht, würde jeder vernünftige Anleger vom Erwerb der Anlage absehen. Diese Ansicht zwingt jedoch zu einer genauen Abrechnung über die Kapitalanlage. Gerade dies ist nicht erwünscht, da sich hier erhebliche Beweisprobleme ergeben²²⁶. Überdies ist die Rendite der Anlage zwar ein wesentlicher Faktor, jedoch spielt bereits das Verlustrisiko eine wesentliche Rolle²²⁷. Dazu kommt, dass § 264a StGB nicht nur vor Vermögensschäden, sondern bereits vor Vermögensgefährdungen schützen soll. Dies vernachlässigt Samson ersichtlich bei seiner Betrachtung. Es kommt daher nicht auf die tatsächlichen Auswirkungen auf die Werthaltigkeit der Anlage, sondern auf die möglichen Auswirkungen auf die Werthaltigkeit der Anlage an. Jeder Umstand, der einen Anleger wegen seines Einflusses auf die Bewertung im Falle der wahrheitsgemäßen Aufklärung von einer Zeichnung abhalten kann, ist also vorteilhaft.

Die Frage ist dabei weiterhin, aus wessen Sichtweise die Vorteilhaftigkeit zu beurteilen ist: Aus der Sicht des konkret angesprochenen Anlegers oder aus der Sicht eines objektiven Dritten? Worms bezieht zugunsten letzterer Auffassung Stellung unter Berufung auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot²²⁸. Demgegenüber deu-

²²³ Cerny: MDR 1987, 271, 276; Otto: WM 1988, 721, 738; LK-Tiedemann: § 264a Rn. 59; Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 72

²²⁴ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 72

²²⁵ SK-Samson: § 264a StGB Rn. 35

²²⁶ näher zur Beweisproblematik beim Schaden vgl. unten Seite 131 ff

²²⁷ Worms: wistra 1987, 271, 273

²²⁸ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 72; ebenso: SK-Samson: § 264a StGB Rn. 36

tet Cramer an, dass er eher auf den angesprochenen Anleger abstellen will²²⁹. Da die Vorschrift selbst bereits auf einen größeren Kreis von Personen abstellt, ist jedenfalls die Sichtweise Cramers abzulehnen. Ein einzelner Anleger kann nicht ausschlaggebend sein. Dann wäre der Maßstab dem Zufall überlassen: Welcher Anleger als erster Strafanzeige erstattet, der wird zur Meßlatte der Vorteilhaftigkeit, weil anhand seiner Sichtweise zunächst nur geprüft werden kann, ob ein Anfangsverdacht vorliegt.

Es kann allenfalls auf einen typisierten Anleger ankommen. Wenn hingegen die meisten Autoren auf den typischen durchschnittlichen Anleger abstellen, so ist auch dieser Begriff zu weit. Welche Kenntnisse, welche Erfahrungen im Umgang mit wirtschaftlichen Informationen dieser hat, ist allein aus dem Begriff heraus nicht festzustellen. Daher bedarf dieser Begriff einer näheren Konkretisierung²³⁰.

Diese ist anhand des vom Täter angesprochenen Anlegerkreises vorzunehmen. Dabei ist besonders zu berücksichtigen, ob der Anleger über Vorerfahrungen verfügt, welchen Bildungsstand er besitzt, und ob er damit die Berechnungen des Täters nachvollziehen kann (Beispiel: Selbständige Zahnärzte oder Kleinanleger), ob der Anleger wirtschaftliche Auflistungen verstehen kann oder sich insoweit auf die Analyse des Täters verlassen muss. Damit ist als relevanter Maßstab der konkrete durch die konkrete Werbeaktion angesprochene Anleger anzusehen. Der Maßstab ist identisch mit dem bei Bestimmung des Tatbestandsmerkmals "erheblich" anzuwendenden Maßstab²³¹. Alle Angaben, die diesen Anleger zur Zeichnung positiv zu beeinflussen geeignet sind, sind vorteilhaft.

III. Nachteilige Tatsachen

Bezüglich der 2. Alternative (Verschweigen nachteiliger Tatsachen) kann hinsichtlich des Tatsachenbegriffs unproblematisch auf den bereits oben zitierten Tatsachenbegriff des § 263 StGB zurückgegriffen werden. Auch die Frage der Nachteiligkeit ist

²²⁹ Schönke/Schröder/Cramer § 264a Rn. 25

²³⁰ dazu näher unten Seite 86 ff

entsprechend der oben entwickelten Formel der Vorteilhaftigkeit zu beantworten: Nachteilig ist jede Tatsache, deren Mitteilung geeignet ist, den idealtypischen durch die konkrete Werbeaktion angesprochenen Anleger von einer Zeichnung der Anlage abzuhalten²³². Diese Alternative stellt ein echtes Unterlassungsdelikt dar, bei dem sich die Aufklärungspflicht²³³ unmittelbar aus § 264a StGB ergibt²³⁴.

Demgegenüber stellt Samson als Tathandlung auf das Verbreiten des Prospektes ab²³⁵. Dieses stelle stets ein aktives Tun dar, so dass im Verschweigen nachteiliger Tatsachen eine konkludente Täuschung zu sehen sei. Danach sei ein Unterlassen nur insoweit denkbar, als der Täter nach Verbreitung des Prospekts dazu verpflichtet ist, nachträglich sich ergebende Unrichtigkeiten zu korrigieren²³⁶. Eine derartige Verpflichtung kann sich nur aus § 13 StGB ergeben. Wie jedoch dann eine Garantspflicht zu begründen ist, wird nicht erklärt. Ein Vertragsverhältnis kommt allein durch die Verteilung des Prospekts noch nicht zustande. In der Verbreitung eines zu diesem Zeitpunkt noch korrekten Prospekts kann man auch bei nachträglich eintretender Unrichtigkeit wohl kaum ein gefahrbegründendes Tun sehen, so dass auch eine Garantstellung aus Ingerenz ausscheidet. Allenfalls kann man hier § 242 BGB zur Begründung einer Garantpflicht heranziehen. Dies ist jedoch nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen möglich und sicherlich nicht allein mit massenhaften Täuschungen bei Verbreitung eines Prospekts zu begründen. Da diese Tatbestandsmerkmal bei § 264a StGB sind, läge zugleich immer eine Garantpflicht vor, sämtliche potentiellen Anleger über diese Änderung zu informieren. Sofern die Prospekte über Steuerberater oder andere Dritte verteilt werden, ist dies kaum mehr möglich. Danach wird sich kaum eine Strafbarkeit wegen Unterlassens ergeben.

²³¹ vgl. unten S. 91 ff

²³² Cerny: MDR 1987, 271, 276; Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 220; Grotherr: DB 1986, 2584, 2587; Otto: WM 1988, 721, 738; Schniewind/Hausmann: BB 1986, Beilage 16, 26, 29

²³³ Zur Frage des Umfanges der Aufklärungspflicht später bei Erörterung der Erheblichkeit Seite 69 ff

²³⁴ Cerny: MDR 1987, 271, 276; Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 219, wohl mit Redaktionsfehler; Grotherr: DB 1986, 2584, 2587; Jaath: FS für Dünnebier, 583, 607; Joecks: wistra 1986, 142, 146; ders.: Kapitalanlagebetrug Rn. 55; Möhenschlager: wistra 1982, 201, 207; Otto: WM 1988, 721, 738; LK-Tiedemann: § 264a Rn. 61; Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 73; ders.: wistra 1987, 271, 272

²³⁵ SK-Samson: § 264a Rn. 50

²³⁶ SK-Samson: § 264a Rn. 52

Samson überschreitet weiterhin mit seiner Interpretation die Grenzen der Wortlautauslegung. Die Vorschrift stellt allein vom Satzbau her darauf ab, dass der Täter Angaben macht oder Tatsachen verschweigt. Dies sind die in § 264a StGB vorkommenden Verben, die die Tathandlung umschreiben. Eine andere Auslegung würde sich allenfalls ergeben, wenn § 264a StGB lauten würde: "Wer Prospekte verbreitet, die unrichtige Angaben enthalten, oder in denen Tatsachen verschwiegen werden...". In dieser Tatbestandsfassung wäre relevante Tathandlung das Verbreiten, während unerheblich wäre, wer Urheber der fehlerhaften Informationen ist. Es käme dann allein auf die Kenntnis des Täters von dem fehlerhaften Inhalt des Prospektes an.

Für eine entsprechende Auslegung des § 264a StGB ergeben sich aber auch nach dem Willen des Gesetzgebers keine Anhaltspunkte²³⁷. Auch die systematische Nähe zu § 263 StGB spricht gegen Samsons Auslegung. In beiden Normen liegt der Kern der Tathandlung auf der Täuschung des Opfers. Die Täuschung ist die einzige Handlung, die der Täter vornimmt, alles weitere geschieht ohne seine unmittelbare Mitwirkung. Auch hinsichtlich des sozialen Sinngehalts liegt der Schwerpunkt des Verhaltens auf der Täuschung, nicht auf der Verbreitung. Damit würde man alle Personen inkriminieren, die mit der Verbreitung des Prospektes befasst sind²³⁸. Danach ist Samsons Sichtweise abzulehnen. Daher ist die Tathandlung des § 264a StGB nicht im Verbreiten des fehlerhaften Prospektes, sondern in dem Einfluss auf seine inhaltliche Gestaltung zu sehen.

IV. Unvollständige Informationen

Problematisch ist jedoch, wie unvollständige Angaben tatbestandlich erfasst werden. Sind sie konkludent gemachte unrichtige Angaben²³⁹, oder werden insoweit nachteilige Tatsachen verschwiegen²⁴⁰? Im Ausgangspunkt sind unvollständige Angaben dem Verschweigen von Tatsachen vergleichbar. Beide zeichnen sich dadurch aus,

²³⁷ BT-Drucksache 10/318 S. 24

²³⁸ zur Frage nach dem Täter vgl. Seite 106 ff

²³⁹ so Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 217 ff; LK-Tiedemann: § 264a Rn. 56

dass der Prospekt über einen bestimmten Umstand gerade keine Aussage trifft. Dies spricht für eine Einordnung als Unterlassen. Demgegenüber kann sich auch aus dem Weglassen einer Information im Zusammenhang mit den positiv getätigten Angaben ein fehlerhaftes Bild der Anlage ergeben. Als Beispiel mag der Prospekt über die Errichtung einer Hotelanlage dienen, in dem verschwiegen wird, dass noch keine Baugenehmigung für das geplante Objekt vorliegt, aber schon ein fester Termin für den Baubeginn angegeben wird²⁴¹.

Dogmatisch stellt das Machen unrichtiger Angaben aktives Tun, das Verschweigen jedoch Unterlassen dar. Eine Strafbarkeit wegen Unterlassens erfordert eine Rechtspflicht zum Handeln. Diese ergibt sich bei § 264a StGB ohne Umweg über § 13 StGB unmittelbar aus dem Gesetz. Insofern ist die zweite Alternative des § 264a StGB ein echtes Unterlassungsdelikt. Auch unter diesem Gesichtspunkt kommt einer Einordnung der unvollständigen Angaben keine wesentliche Bedeutung zu, da keine besondere Garantenstellung festzustellen ist. Es ist auch kaum zwischen unrichtigen vorteilhaften Angaben und nachteiligen Tatsachen zu unterscheiden. Jede nachteilige Tatsache, die verschwiegen wird, kann man auch als die unrichtige - vorteilhafte - Angabe sehen, zu dem fraglichen Punkt gibt es keine weiteren anderslautenden Angaben. Wenn also in einem Prospekt über ein Bauvorhaben verschwiegen wird, dass noch keine Baugenehmigung erteilt ist, so kann man sich zum einen auf den Standpunkt stellen: Die Tatsache der Nicht-Erteilung der Genehmigung ist nachteilig und sie wird verschwiegen. Andererseits hat ein Prospekt stets den Anschein der Vollständigkeit. Insofern enthält er die vorteilhafte Angabe, dass dem Bauvorhaben keine ersichtlichen Hinderungsgründe entgegenstehen.

Die unvollständige Angabe ist dann als aktives Tun anzusehen, wenn sie besonders eng mit einer ausdrücklich erklärten Angabe verknüpft ist. Eine solche Verknüpfung liegt vor, wenn die fehlende Angabe quasi miterklärt ist und von einem idealtypischen durch die konkrete Werbeaktion angesprochenen Anleger aus dem Prospekt herausgelesen werden darf. Die im Prospekt dargestellten Angaben können nicht von der nicht mitgeteilten Tatsache getrennt werden, ohne dass der Sinn der Gesamt-

²⁴⁰ so Cerny: MDR 1987, 271, 276

aussage entstellt wird²⁴². Danach ist letztlich wie bereits bei § 263 StGB in jedem Einzelfall die vorhandene Erklärung des Täters auszulegen und dahingehend zu untersuchen, ob ein bestimmter Umstand miterklärt wurde, oder ob ein Fall des Verschweigens vorliegt. Eine wesentliche Bedeutung kommt diesem Unterschied jedoch nicht zu, da in diesem Fall das Unterlassen nicht an höhere Voraussetzungen als das aktive Tun geknüpft ist. Strafbarkeitslücken bestehen insoweit nicht.

V. Unechtes Unterlassen?

Fraglich ist, ob noch Raum für die Anwendung von § 13 StGB bleibt.

Seinem Wortlaut nach stellt § 264a StGB lediglich Vorgänge unter Strafe, die die Abfassung des Prospektes betreffen. Wenig erörtert ist hingegen die Frage des unrichtig gewordenen Prospektes und nach Aufsichts- und Kontrollpflichten.

Maßgeblicher Zeitpunkt ist für die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 264a StGB die Verbreitung. Sobald der Täter den Prospekt einem größeren Personenkreis die Kenntnisnahme ermöglicht, ist die Tat vollendet. Dies ist auch der späteste Zeitpunkt, bis zu dem nachteilige Tatsachen im Prospekt noch korrigiert werden können. Unerheblich ist die tatsächliche Kenntnisnahme durch Angehörige des größeren Personenkreises, da dies nicht mehr zum Tatbestand gehört. Wird also der Prospekt vor dem Versand unrichtig und haben die Prospektverantwortlichen davon Kenntnis, liegt beim Versand eine Täuschung i.S.d. § 264a StGB vor.

Wird der Prospekt erst nach Versand unrichtig, scheidet eine Strafbarkeit nach § 264a StGB, da der Prospekt zur Zeit des Versandes korrekt war. Es stellt sich aber die Frage nach Berichtigungspflichten. Ähnlich liegt die Konstellation, dass sich im Druck des Prospektes Fehler einschleichen, und der Prospekt ohne Kontrolle in den Versand gelangt. Hier liegt § 264a StGB mangels Vorsatzes des Prospektherstellers nicht vor. Es kommt aber die Verletzung von Aufsichtspflichten in Betracht²⁴³. Eng

²⁴¹ Beispiel nach Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 217

²⁴² Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 218

²⁴³ Grotherr: DB 1986, 2584, 2586 f

damit verbunden ist auch die Problematik der Überwachungspflichten der Unternehmenstätigkeit durch den Vorstand: Das Unternehmen gibt einen Prospekt heraus. Besteht eine strafbewehrte Pflicht des Vorstandes zur Überwachung der Fachabteilungen²⁴⁴?

Alle diese denkbaren Pflichten betreffen die Frage, inwieweit eine Pflicht zur Überwachung des Prospektes oder der Personen besteht, die mit der Erstellung des Prospektes tatsächlich befasst sind. Diese Pflichten können nur im Rahmen des § 13 StGB berücksichtigt werden. Sie fallen in den Bereich der umstrittenen Geschäftsherrenhaftung²⁴⁵. Danach ist eine Haftung der Unternehmensleitung anzunehmen, wenn das Handeln der Angestellten im Zusammenhang mit den im sachlichen Herrschaftsbereich eines Unternehmens liegenden Gefahrenquellen steht. Danach besteht eine generelle Garantenpflicht des Betriebsinhabers und leitender Funktionäre zur Verhinderung betriebsbezogener Straftaten²⁴⁶. Diese bezieht sich auch auf die vom Unternehmen verbreiteten Produkte²⁴⁷. Die Schutzpflichten richten sich jedoch in erster Linie auf Verhinderung von Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit²⁴⁸. Herleitung und Umfang dieser Pflicht sind jedoch im Einzelnen streitig und sollen angesichts ihres Umfanges nicht zum Gegenstand der vorliegenden Bearbeitung gemacht werden.

Problematisch ist insoweit jedoch die Frage des Vorsatzes. Bei Nichtbeachtung der Pflicht zur Beaufsichtigung nachgeordneter Abteilungen liegt hinsichtlich der Verfehlungen dieser Abteilungen gerade keine positive Kenntnis ihrer Handlungen und mithin auch kein Vorsatz vor. Da § 264a StGB jedoch Vorsatz voraussetzt, kommt - das Bestehen einer Geschäftsherrenhaftung unterstellt - in diesen Fällen keine Strafbarkeit der Aufsichtspflichtigen in Frage.

Festzuhalten bleibt daher, dass bei Bejahung einer Geschäftsherrenhaftung im oben dargestellten Umfang eine Verantwortlichkeit für nachträgliche Veränderungen am

²⁴⁴ OLG Köln: NZG 2000, 89 ff

²⁴⁵ Schmid in: Müller-Gugenberger: Wirtschaftsstrafrecht S. 728 f

²⁴⁶ Lackner/Kühl: § 13 StGB Rn. 14, m.w.N.; Schönke/Schröder/Stree: § 13 StGB Rn. 52 m.w.N.

²⁴⁷ BGHSt 37, 106, 116

²⁴⁸ BGHSt 37, 106, 107; zu weiteren Rechtsgütern siehe die Aufstellung bei LK-Jescheck: § 13 StGB

Prospekt, sowie zur Überwachung nachgeordneter Angestellter, die mit der Prospekterstellung befasst sind, mangels Vorsatzes kaum besteht.

F. Erhebliche Umstände

Besondere Probleme bereitet die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "erhebliche Umstände". Allgemein bekannt ist, dass die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe stets Schwierigkeiten bereitet. Da es sich hier um einen wertenden Begriff handelt, können letztlich nur die Rahmenbedingungen für diese Wertung herausgearbeitet werden. Viel gravierender ist ein weiteres Problem: Da sich der Gesetzgeber für eine rechtsformunabhängige Regelung des Kapitalanlagebetruges entschieden hat²⁴⁹, müssen auch die Kriterien für die Erheblichkeit allgemein gefasst werden und für alle Formen der Kapitalanlage gelten. Eine Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals muss demnach für die Beteiligung an einer Abschreibungsgesellschaft genauso Gültigkeit haben wie für den Erwerb von Anteilen an einem Warenderminfonds.

Der Gesetzgeber hat sich bei Schaffung dieser Norm an dem bestehenden § 265b StGB orientiert²⁵⁰. Entsprechend sieht er den Maßstab zur Bestimmung der Erheblichkeit in der Sichtweise eines verständigen durchschnittlich vorsichtigen Anlegers²⁵¹. Wie bereits geschildert, sah sich der Gesetzgeber angesichts der rechtsformunabhängigen Regelung zu einer konkreteren Fassung nicht in der Lage, jedoch kämen auch ähnliche Vorschriften in speziellen Rechtsgebieten (§ 399 AktG) nicht ohne diesen unbestimmten Rechtsbegriff aus. Eine Ausfüllung dieses Merkmals wurde daher der Rechtsanwendung überlassen. Der Gesetzgeber ging jedoch davon aus, dass sich die strafrechtliche Praxis an der zivilrechtlichen Rechtsprechung zur Prospekthaftung sowie den in der Beratungspraxis üblichen Fachkatalogen, Prospekten und Checklisten orientieren wird²⁵².

Rn. 45

²⁴⁹ BT-Drucksache 10/318 S. 24

²⁵⁰ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 3

²⁵¹ BT-Drucksache 10/318 S. 24

²⁵² BT-Drucksache 10/5058 S. 31

I. Am Kapitalmarktschutz orientierte Sichtweisen

1. Cerny

Bereits gegen die weite Formulierung des Tatbestands des § 264a StGB werden Einwände erhoben. Cerny²⁵³ spricht insoweit von einem möglichen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG), jedoch greift dieser Einwand seiner Ansicht nach im Ergebnis nicht durch. Grundsätzlich habe der Gesetzgeber die Pflicht, den Tatbestand so genau zu fassen, wie es ihm möglich sei. Demgegenüber sei jedoch hier aufgrund der Einbeziehung vieler Fallgestaltungen eine konkretere Fassung nicht möglich²⁵⁴. Dabei sei die Bestimmtheit durch das "Minimum aller vertretbaren Meinungen" gekennzeichnet. Letztlich könne danach nur erheblich sein, was auch von allen vertretbaren Auffassungen als erheblich angesehen werde. Grenze der Auslegung sei damit die dem Täter günstigste Auslegung. Daraus resultiere jedoch ein unzureichender Anlegerschutz²⁵⁵.

Maßgeblich für die Auslegung des Begriffs der Erheblichkeit sei daher zum einen der Ausschluss von Bagatellfällen, zum anderen die Orientierung der Auslegung am Schutzzweck des § 264a StGB. Diesen sieht Cerny in der Funktionsfähigkeit des freien Kapitalmarktes²⁵⁶. Dabei stelle sich der vom Gesetzgeber ins Auge gefasste Maßstab des verständigen durchschnittlich vorsichtigen Anlegers als für die Praxis ungeeignet dar. Es sind vielmehr nähere Kriterien erforderlich, um diesem Begriff Konturen zu geben. So sei ein Bezug zur konkreten Kapitalanlage herzustellen²⁵⁷. Auch die als Orientierungshilfe vom Gesetzgeber empfohlenen Checklisten und Prospektprüfungskataloge hält Cerny für ungeeignet. Sie seien zu wenig auf die individuelle Anlage zugeschnitten und gäben nicht die Wertung des konkreten Anlegers wieder²⁵⁸. Dies bedeutet bei Cerny für die Bestimmung der Erheblichkeit, dass unter Berücksichtigung der Umstände der konkreten Anlage zu prüfen ist, ob eine abstrakte Gefährdung für das Anlegervermögen vorliegt. Dies sei durch Vergleich der Inte-

²⁵³ Cerny: MDR 1987, 271, 275

²⁵⁴ BT-Drucksache 10/318 S. 24

²⁵⁵ Cerny: MDR 1987, 271, 276; ihm zustimmend Martin: criminal securities S. 175

²⁵⁶ Cerny: MDR 1987, 271, 272

²⁵⁷ Cerny: MDR 1987, 271, 277

ressenlage des Anlegers im Zeitpunkt der Anlageentscheidung und den tatsächlich prospektierten Eigentümlichkeiten des Anlageobjekts zu ermitteln²⁵⁹.

Der Ausschluss von Bagatellfällen ist stets die wesentliche Funktion des Begriffs "erheblich". Damit ist im Ergebnis nur negativ und in sehr weitem Rahmen umschrieben, welche Fälle gerade nicht erfasst sind. Damit wird nur klargestellt, dass die Fälle einiges Gewicht besitzen müssen. Wie dieses zu bestimmen ist, ergibt sich aus dieser Beschreibung nicht. Positiv hervorzuheben ist, dass Cerny den Schwerpunkt auf die konkret beworbene Kapitalanlage legt und nicht allgemein auf diese Art der Kapitalanlage. Maßgeblich ist die konkrete Konzeption in ihren konkreten Umständen. Hier endet jedoch die Ausführung von Cerny. Eine nähere Einordnung, wann die Werbung für eine konkrete Kapitalanlage das Vermögen der potentiellen Anleger gefährdet, unterbleibt. Cerny nimmt nicht zu der Frage Stellung, ob eine Enttäuschung von Gewinnerwartungen schon ausreicht, um § 264a StGB zu bejahen. Allerdings ist die Erheblichkeit nach Cerny anhand eines Vergleichs zwischen den Erwartungen des Anlegers einerseits und dem Prospektinhalt andererseits zu ermitteln. Damit ist zumindest der Rahmen der Sachverhaltsermittlung im Prozess abgesteckt: Mit welchen Vorstellungen sind die Anleger an diese Anlage herangegangen, welche Motive und Erwartungen haben sie bewogen, gerade diese Anlage zu zeichnen? Andererseits lässt sich die Übereinstimmung dieser Erwartungen mit dem tatsächlichen Prospektinhalt auch ohne nähere Probleme feststellen. Wann allerdings die Schwelle zur Erheblichkeit überschritten ist, vermag die Ansicht von Cerny letztlich nicht zu klären.

2. Geerds

Geerds will bei Bestimmung der Erheblichkeit nach den Handlungsvarianten unterscheiden: Täuscht der Täter den Anleger, indem er unrichtige vorteilhafte Angaben macht, so sind diese stets erheblich, da der Täter sie selbst für erheblich hält und durch Entstellung dieser Angabe positiv auf das Vorstellungsbild des Anlegers einwirken will. Die Erheblichkeit entfällt in dieser Situation erst dann, wenn die Angaben

²⁵⁸ Cerny: MDR 1987, 271, 277

²⁵⁹ Cerny: MDR 1987, 271, 278

überhaupt keinen Bezug zu Wert, Chancen oder Risiken der Kapitalanlage haben²⁶⁰. Auch unvollständige Angaben seien ein Fall der positiven Täuschung, so dass auch hier stets Erheblichkeit zu bejahen ist. In diesen Fällen entsteht durch Weglassen einzelner Informationen ein fehlerhaftes Gesamtbild der Anlage²⁶¹. Hinsichtlich des Verschweigens nachteiliger Tatsachen stellt Geerds auf den Inhalt der sich aus § 264a StGB ergebenden Aufklärungspflicht ab. Sie sei anhand des Rechtsgutes des Kapitalanlagebetruges zu bestimmen²⁶². Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist, dass der Anleger eine ausreichende Entscheidungsgrundlage benötigt, die jedoch allein durch den Prospekt gebildet werde. Dieser Prospekt sei andererseits das Werbematerial des Initiators der Kapitalanlage, durch die er sein Produkt vertreiben wolle. Diesen Konflikt will Geerds lösen, indem er zunächst darauf abstellt, ob der in Rede stehende Umstand sich auf Wert, Chancen und Risiken der Anlage auswirke²⁶³. Eine Aufklärungspflicht bestehe jedoch dann, wenn durch eine Fehlinformation oder fehlende Information der wirtschaftliche Zweck des Anlagegeschäfts gefährdet sei. Davon gelten jedoch zwei Ausnahmen: Eine Ausnahme betreffe die Umstände, die im Zuständigkeitsbereich des Anlegers selbst lägen. Der Initiator könne nicht alle individuellen Besteuerungsmerkmale und sonstigen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Anlegers berücksichtigen. Weiterhin bestehe auch keine Aufklärungspflicht für die typischen Risiken einer Kapitalanlage. Hier müsse sich der Anleger selbst informieren. Damit verbleibe eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der atypischen Risiken der konkreten Kapitalanlage.

Geerds nähert sich dem Problem hochdifferenziert, indem er auf die einzelnen Verhaltensalternativen (aktives Tun, konkludentes Verhalten und Unterlassen) abstellt. Dabei gelingt ihm jedoch für keinen der Bereiche eine klare Definition der Erheblichkeit. Beim aktiven Tun beschränkt er sich darauf, dass vorsätzlich²⁶⁴ falsch eingefügte Angaben in der Regel erheblich sind. Dabei schließt er zum einen - unzulässig - aus der subjektiven Tatseite auf Erfüllung der objektiven und ersetzt letztlich "erheblich" durch "vorsätzlich". Wann aber ausnahmsweise eine derart fehlerhafte Angabe

²⁶⁰ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 216

²⁶¹ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 218

²⁶² Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 221

²⁶³ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 222

²⁶⁴ Der Täter selbst hält diese Angaben für erheblich. Sind sie es jedoch unter objektiven Kriterien

nicht erheblich ist, teilt Geerds nur rudimentär mit. Im Grunde hat jede Information in einem Prospekt Bezug zu Wert, Chancen und Risiken. Die Informationen dienen dazu, die Kapitalanlage anzupreisen und den potentiellen Anleger über die Anlage in Kenntnis zu setzen. Die Frage ist vielmehr, wann denn eine Information für den Anleger eher unwichtig und damit unerheblich für die Anlageentscheidung ist.

Die konkludente Täuschung wird von Geerds mit der ausdrücklichen Täuschung identisch behandelt. Dabei verkennt er, dass die Täuschung nach seiner Auffassung nur dann als erheblich zu qualifizieren sind, wenn der Täter selbst vorsätzlich Angaben verschweigt. Allerdings muss ihm dabei zunächst nachgewiesen werden, dass er vorsätzlich durch Auslassung von Informationen ein falsches Bild von der Anlage zeichnet. Dieser Nachweis des Vorsatzes wird ohne objektive Prüfung der Erheblichkeit nicht möglich sein, so dass Geerds hier unweigerlich in einen Zirkelschluss gerät. Eine nähere objektive Umschreibung des Begriffes "erheblich" gelingt ihm nicht, da er lediglich Fälle zitiert, jedoch nicht aus diesen Fällen eine abstrakte Definition bildet²⁶⁵.

Unter Analyse der Interessenlage gelangt Geerds bei Erörterung der Unterlassensalternative zu dem Ergebnis, dass nur eine Aufklärung über atypische Risiken der Anlage erforderlich ist. Damit ersetzt er für den Fall der Begehung durch Unterlassen nur den Begriff "erheblich" durch "atypisch". Eine nähere Definition erfolgt nicht, statt dessen liefert er auch hier eine Auflistung von Fällen, in denen Erheblichkeit zu bejahen ist. Wie problematisch dies ist, zeigt sich daran, dass er zwar einerseits es nicht für nötig hält, dass bei Auslandsanlagen ein Hinweis auf allgemeine politische und klimatische Verhältnisse erfolgt. Andererseits hält er dann im nächsten Satz den Hinweis auf aktuellen Entwicklungen in dem betreffenden Land für erforderlich²⁶⁶. Diese Informationen sind dann meist der aktuellen Tageszeitung zu entnehmen. Wenn er schon voraussetzt, dass der potentielle Anleger sich selbst informiert, dann muss dies doch auch für aktuelle Entwicklungen gelten. Positiv an diesem Erklärungsansatz ist jedoch zu vermerken, dass er den Blick auf die beiderseitigen Inte-

nicht, so käme es zum straflosen Versuch.

²⁶⁵ ebenso Gäbhard: wesentliche Umstände S. 93

²⁶⁶ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 223

ressen lenkt und zu erklären versucht, welcher Seite man das Informationsrisiko für welche Faktoren zumuten kann.

Dennoch geht eine Belastung des potentiellen Anlegers mit dem Informationsrisiko für die typischen Risiken der betreffenden Anlage zu weit²⁶⁷. Wie immer wieder betont wird, stellt der Prospekt das wesentliche, wenn nicht sogar alleinige, Informationsmedium für den Anleger dar. Beim unkundigen Anleger ist daher der Prospektherausgeber auch zur Information des Anlegers über die grundsätzliche Struktur und die damit verbundenen Risiken verpflichtet. Dies entspricht auch der Wertung des § 37d I WpHG²⁶⁸ zur Termingeschäftsfähigkeit kraft Aufklärung: Auch hier muss eine Basisaufklärung des Anlegers erfolgen. Er braucht sich nicht selbst die grundlegenden Informationen über den Ablauf und die Risiken bei Warentermingeschäften zu besorgen²⁶⁹.

3. Otto

Im Ausgangspunkt ähnlich der Auffassung von Geerds geht auch Otto bei Auslegung des Merkmals "erheblich" vom Schutzgut des § 264a StGB aus. Als Rechtsgut sieht er den Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in das Funktionieren des Kapitalmarktes²⁷⁰, sowie sekundär den Schutz des Vermögens, wobei er Vermögen im Sinne der von ihm vertretenen personalen Vermögenslehre begreift²⁷¹. Ein rein vermögensrechtliches Verständnis dieser Vorschrift beschränkt seiner Ansicht nach den Anwendungsbereich zu sehr, da dann nur die Umstände erheblich sein können, die sich auf den Wert der Anlage auswirken. Er sieht demgegenüber die Erheblichkeit in Anlehnung an die Formulierung des Gesetzgebers²⁷² auch dann als gegeben, wenn über den Wert hinaus auch Chancen oder Risiken der Anlage betroffen sind²⁷³. Zur Ermittlung der Erheblichkeit ist eine Gesamtwürdigung der Risiko- und Chancenlage

²⁶⁷ ebenso Gäbhard: wesentliche Umstände S. 94

²⁶⁸ vormals § 53 II BörsG, geändert durch 4. Finanzmarktförderungsgesetz mit Wirkung vom 1.7.2002

²⁶⁹ ebenso Gäbhard: wesentliche Umstände S. 94

²⁷⁰ Otto: Jura 1989, 24, 31

²⁷¹ Otto: WM 1988, 729, 736

²⁷² BT-Drucksache 10/5058 S. 31

²⁷³ Otto: Jura 1987, 24, 31; ders: WM 1988, 729, 738

einerseits und der prospektierten Angaben andererseits erforderlich²⁷⁴. Erheblichkeit ist dann zu bejahen, wenn Wert, Chancen oder Risiken der Anlage tangiert sind und dadurch die Gefahr eines Vermögensschadens oder des zweckverfehlten Mitteleinsatzes seitens des Anlegers begründet wird.

Otto liefert eine grobe Skizze der Rahmenbedingungen zum Begriff "erheblich". Die Anwendung des personalen Vermögensbegriffs im Rahmen des § 264a StGB ist allerdings den schon bei § 263 StGB gegen diese Lösung erhobenen Einwänden ausgesetzt: § 263 StGB wird zum Delikt gegen die Dispositionsfreiheit. Da auch der Schutz der Funktionsfähigkeit des freien Kapitalmarktes letztlich der Dispositionsfreiheit dient, wäre nach Otto konsequent diese Doppelung des Rechtsguts nicht erforderlich. Eine nähere begriffliche Klärung erfolgt nicht, zumal der Beitrag in erster Linie wohl auch dazu dient, Anwendungsprobleme der neuen Vorschrift aufzuzeigen.

4. Tiedemann

Für Tiedemann und weitere Autoren ergibt sich die Auslegung des Begriffs "erheblich" unter Zuhilfenahme weiterer Vorschriften. So gibt es seit 1990 für Wertpapiere die VerkaufsprospektVO, die festlegt, welchen Inhalt Wertpapierprospekte haben müssen. Bei Verstoß gegen die Kriterien der VerkaufsprospektVO ist Erheblichkeit im Regelfall zu bejahen, bei Unterlassen weiterer Angaben allerdings wohl nur im Ausnahmefall zu begründen. Über den Inhalt der VerkaufsprospektVO hinaus gemachte Angaben werden ebenfalls im Regelfall erheblich sein²⁷⁵. Auch der Vergleich mit § 399 AktG wird gezogen²⁷⁶. Für Bezugsrechte und Unternehmensbeteiligungen lässt sich nach Tiedemann die Erheblichkeit anhand des § 265b StGB konkretisieren²⁷⁷. Auch, wie schon vom Gesetzgeber erwogen, sind Checklisten und Prüfungskataloge in eine Gesamtwürdigung einzubeziehen, wobei diesen lediglich Indizwirkung zukommt. Jedoch ist bei der Unterlassungsvariante eine restriktive Auslegung geboten. Solange Sachverständige unterschiedlicher Ansicht sein können, ist die

²⁷⁴ Otto: WM 1988, 729, 738

²⁷⁵ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 47

²⁷⁶ ebenso Grotherr: DB 1986, 2584, 2590; Schmidt-Lademann: WM 1986, 1241, 1242

²⁷⁷ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 48; Möhrenschlager: wistra 1982, 204, 206; Knauth: NJW 1987, 28, 31; Jaath: FS für Dünnebieber 583, 608

Schwelle des § 264a StGB nicht erreicht²⁷⁸. Aus Sicht des verständigen, durchschnittlich vorsichtigen Anlegers sind die Umstände zu ermitteln, die Einfluss auf Wert, Chancen und Risiken der Kapitalanlage haben. Dabei ist festzustellen, ob der Anleger richtig und vollständig über die Grundlagen der Anlageentscheidung informiert wurde, und ob der konkrete Umstand zu einer Schadensherbeiführung überhaupt geeignet war²⁷⁹. Eine Aufklärung über allgemeine Marktrisiken muss hingegen nicht erfolgen. Die Aufklärung muss sich vielmehr auf die atypischen speziellen Risiken der konkreten Kapitalanlage beziehen.

Durch seine Auslegung erreicht Tiedemann eine systematisch stimmige Interpretation des § 264a StGB. Er geht allerdings nur kurz auf die zur Auslegung heranzuziehenden Vorschriften ein. Unklar wirkt sein Verständnis der VerkaufsprospektVO: Wenn dort die wichtigsten Faktoren normiert sind, die nicht verschwiegen werden dürfen, warum sollen dann darüber hinaus gemachte Angaben häufig erheblich sein? Diese sind doch gerade nicht so wichtig, dass sie zum essentiellen Inhalt eines Verkaufsprospekts gehören. Auch sind die VerkaufsprospektVO und § 399 AktG aufgrund struktureller Unterschiede kaum auf Kapitalanlagen ohne Wertpapierbezug anwendbar, da diese z.B. nicht auf Vermeidung spezieller steuerlicher Risiken zugeschnitten sind. Es ergeben sich bei der Anwendung ähnliche Probleme wie bei der Bezugnahme auf Prospektprüfungskataloge und Checklisten: In diesen wird zum Teil auf Formalia Wert gelegt, die nicht ohne weiteres generell als erheblich anzusehen sind²⁸⁰. Als Beispiel mag dienen, dass nach § 5 Nr. 5 VerkaufsprospektVO der Prospekt Registergericht und Registernummer des emittierenden Unternehmens nennen muss. Ohne weiteres ist diese Information nicht erheblich, es sei denn, ein z.B. als GmbH firmierendes Unternehmen existiert gar nicht.

5. Gäbhard

Gäbhard stellt den Begriff des Risikos in das Zentrum ihrer Betrachtungen: Sie definiert als erheblich jeden Umstand, der für die konkrete Kapitalanlage ein über das allgemeine Unternehmerrisiko hinausgehendes spezielles Risiko innerhalb des Betei-

²⁷⁸ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 48

²⁷⁹ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 49

ligungsverhältnisses oder hinsichtlich der Realisierbarkeit des entworfenen Kapitalanlageangebotes im Rahmen einer ex-ante-Betrachtung bedeuten kann²⁸¹. Mit ihrer Definition vollzieht sie im Ansatz eine klare Abkehr von einem rein vermögensbezogenen Verständnis des § 264a StGB. Statt § 264a StGB über den Vermögensbezug zu definieren und ihn vom Betrug her zu verstehen, geht Gäbhard davon aus, dass § 264a StGB sicherstellen solle, dass der Anleger weiß, was er tut. Dabei belässt sie das allgemeine mit dem Erwerb einer Kapitalanlage verbundene Risiko beim Anleger und bürdet die Aufklärung über weitergehende Risiken dem Täter des § 264a StGB auf. Sie gelangt damit weg vom potentiellen Vermögensschaden hin zu einer Zuweisung von Risikosphären. Das Unternehmerrisiko wird dabei im wesentlichen durch eine Kasuistik definiert²⁸². Gleiches gilt für das spezielle Risiko der konkreten Kapitalanlage, das der Täter zu tragen hat, und aus dem sich die Aufklärungspflicht ergibt²⁸³. Dieses Risiko unterteilt sie in Risiken innerhalb des Beteiligungsverhältnisses und Risiken hinsichtlich der Realisierbarkeit des entworfenen Kapitalanlageangebotes. Maßstab der geforderten ex-ante-Betrachtung ist dabei der durchschnittlich vorsichtige Anleger aus der mittleren Bildungsschicht, der auch ohne wirtschaftliche oder juristische Fachkenntnisse über einen klaren Blick für die Bedeutung von Hinweisen im Prospekt auf spezielle Risiken verfügt²⁸⁴.

Gäbhard liefert eine klare Definition ihres Begriffes "erhebliche Umstände". Sie erkennt zutreffend, dass die Kapitalisierung von Risiken, der Ausdruck eines Risikos in Geld, kaum möglich ist, und stellt deshalb den Begriff des Risikos in das Zentrum ihrer Betrachtung. Allerdings muss sie die Grenze benennen, ab der der Anleger das Risiko nicht mehr zu tragen hat. Dies erfolgt dadurch, dass dem Anleger das Unternehmerrisiko nicht auferlegt wird. Hier setzt allerdings auch die Kritik an diesem Lösungsansatz an. Das Unternehmerrisiko wird lediglich anhand einer Kasuistik definiert. Es fehlt eine konkrete Definition²⁸⁵. Damit wird der Begriff "Unternehmerrisiko" unhandlich. Zu Recht hingegen stellt sie die Risikosphären des Prospektherausge-

²⁸⁰ ähnlich Cerny: MDR 1987, 271, 277

²⁸¹ Gäbhard: wesentliche Umstände S. 96 ff

²⁸² Gäbhard: wesentliche Umstände S. 110

²⁸³ Aufstellung bei Gäbhard: wesentliche Umstände S. 111 ff

²⁸⁴ Gäbhard: wesentliche Umstände S. 118

²⁸⁵ lediglich Aufzählung einzelner Faktoren, Gäbhard: wesentliche Umstände S. 110 f

bers einerseits und des Anlegers andererseits einander gegenüber. Insoweit stellt dieser Ansatz eine Weiterführung des Ansatzes von Geerds²⁸⁶ dar.

II. Am Vermögensschutz orientierte Sichtweisen

1. Worms

Worms geht von einer rein vermögensorientierten Sicht des § 264a StGB aus. Da die Täuschung allein zu einer uferlosen Weite des Tatbestands führe, diene das Merkmal "erheblich" der Tatbestandseinschränkung. Dabei ersetze es die im Rahmen des Betruges erforderliche Kausalität. Es sei also eine "hypothetische Kausalität" zu prüfen, in dem Sinne, dass erheblich nur die Täuschungen seien, die für einen Vermögensschaden beim Anleger kausal werden könne²⁸⁷. Diese Kausalität sei nicht aus der Sicht des durchschnittlich vorsichtigen Anlegers zu bestimmen, sondern objektivanlagebezogen zu ermitteln. Das bedeute, die Erheblichkeit einzelner Umstände sei von der jeweiligen Art der Anlage abhängig. Maßstab sei dabei ausschließlich die Frage, inwieweit das Vermögen des potentiellen Anlegers durch die Täuschung geschädigt werden könne²⁸⁸. Andererseits könne es nicht darum gehen, den Gesamtwert der Anlage zu ermitteln, da gerade kein Vermögensschaden vorausgesetzt ist. Vielmehr reiche die konkrete Wertbeeinträchtigung der Kapitalanlage aus²⁸⁹. Dabei verkenne Worms nicht, dass Chancen und Risiken der Anlage außerordentlich schwierig zu kapitalisieren sind²⁹⁰. Einer Orientierung an Prospektinhaltskatalogen gegenüber sei dabei jedoch Vorsicht geboten, da es entscheidend auf den Gesamteindruck der Anlage ankomme.

Worms' Arbeit²⁹¹ stellt die erste umfassende Analyse des Tatbestandes nebst zugrundeliegender Anlageformen und Interessenlagen dar. Im Interesse einer klaren Fassung des Merkmals "erheblich" definiert Worms dieses Merkmal nicht anhand

²⁸⁶ dazu oben Seite 73 ff

²⁸⁷ Worms: wistra 1987, 271, 272; ders.: Anlegerschutz S. 331 f

²⁸⁸ Worms: wistra 1987, 271, 272

²⁸⁹ Worms: wistra 1987, 271, 272 f; ders.: in Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 80

²⁹⁰ Worms: wistra 1987, 271, 273

²⁹¹ Worms: Anlegerschutz durch Strafrecht, jur. diss., Göttingen 1987

eines weiteren ausfüllungsbedürftigen Begriffes²⁹², sondern konkretisiert ihn auf Umstände, die eine konkrete Wertbeeinträchtigung nach sich ziehen. Damit steckt er eine recht klaren Rahmen für die Prüfung der Erheblichkeit ab. Leider führt er nicht näher aus, wie weit die Ermittlung der Grundlagen für eine konkret Wertbeeinträchtigung im Prozess gehen muss. Er lehnt lediglich ab, dass eine der Schadensermittlung bei § 263 StGB entsprechende Sachverhaltsermittlung zu erfolgen hat²⁹³. Zu Recht stellt er allerdings fest, dass der von § 264a StGB gewährte Schutz weiter reicht, als der Schutz des § 263 StGB²⁹⁴.

2. Joecks

Ebenso wie Cerny²⁹⁵ schließt auch Joecks bei Bagatellunrichtigkeiten ausdrücklich die Erheblichkeit aus²⁹⁶. Demgegenüber könne es aber auch nicht Aufgabe des Strafrechts sein, dem Anleger jegliches Risiko abzunehmen. Wesentlich ist zunächst, dass der zu prüfende Umstand einen konkreten Bezug zum Vermögen des Anlegers aufweist. Das ist der Fall, wenn er entweder den Wert der zu erwerbenden Kapitalanlage, die Sicherheit des eingezahlten Kapitals oder die Sicherheit der projizierten Gewinne oder Verluste berührt²⁹⁷. Das Verschweigen nachteiliger Tatsachen ist wie die unrichtigen vorteilhaften Angaben überdies noch auf Kausalität zwischen dem Verschweigen und der Zeichnung der Anlage zu überprüfen. Es ist also zu fragen, ob eine Mitteilung dieser Tatsachen den Anleger von einer Zeichnung der Anlage abgehalten hätte²⁹⁸ bzw. die Mitteilung der unrichtigen vorteilhaften Angaben den Anlageentschluss des Opfer veranlasst hat²⁹⁹. Dem Verstoß gegen Checklisten und Prospektprüfungskataloge kommt dabei lediglich Indizcharakter zu, da diese eine Fülle von Faktoren enthalten, die für den Anleger jedoch unterschiedlichen Stellen-

²⁹² Verwiesen sei nur auf den Ausspruch von Lampe: Kreditbetrug S. 49, zu § 265b StGB, der Richter werde "auf die Suche nach einem Maßstab geschickt", statt ihm einen solchen zu bieten.

²⁹³ Worms: wistra 1987, 271, 272 f

²⁹⁴ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 80

²⁹⁵ Zu Cerny unten Seite 72 f

²⁹⁶ Joecks: wistra 1986, 142, 146

²⁹⁷ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 163 f

²⁹⁸ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 165; ders: wistra 1986, 142, 146

²⁹⁹ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 196; ders: wistra 1986, 142, 147

wert haben³⁰⁰. Insoweit sind auch bei der Sachverhaltsermittlung durch den Richter oder StA nicht nur die allgemeinen Rahmenbedingungen einer Kapitalanlage, sondern die konkreten Umstände des Einzelfalles zu ermitteln³⁰¹. Dabei ist jedoch keine dem § 263 StGB vergleichbare Schadensberechnung anzustellen, da ein Vermögensschaden keine Voraussetzung des § 264a StGB ist³⁰². Vielmehr soll die Gefährdung der potentiellen Kapitalanleger durch einen bestimmten Prospekt und Berücksichtigung der spezifischen Risiken der konkret angebotenen Anlage festgestellt werden. Werden Vorteile und Nachteile, die sich gegenseitig aufheben, nicht mitgeteilt, so ist zu unterscheiden³⁰³: Betreffen sie denselben Faktor, ist eine Saldierung zulässig, betreffen sie verschiedene, erfolgt keine Saldierung, da die unterlassene Mitteilung den Anleger von der Zeichnung der Anlage abgehalten hätte³⁰⁴.

Die Argumentation von Joecks erinnert stark an die von Worms. Auch die Vorteile und Einwände entsprechen sich daher. Auch Joecks ermittelt die Erheblichkeit im Wege der Prüfung einer hypothetischen Kausalität, und erreicht dadurch eine gewisse Objektivität. Dazu trägt auch die Betonung der Notwendigkeit einer konkret-anlagebezogenen Betrachtungsweise bei. Jedoch rückt Joecks noch näher in Richtung einer Schadensberechnung i.S.d. § 263 StGB, indem er ausführt, es seien "bestimmte Rahmenbedingungen zum Zeitpunkt des Vertriebs des Prospektes zu recherchieren"³⁰⁵ und "über die abstrakte Betrachtung hinaus eine konkrete nötig, die auf die Besonderheiten des Einzelfalles abstellt"³⁰⁶. Er kann nicht erklären, wie genau die Sachverhaltsermittlung auszusehen hat: "Nötig ist die Prüfung, ob etwa die fehlende Kreditzusage den Wert der Anlage tangiert. Insoweit entbindet die Neuregelung des § 264a StGB den Strafrichter nicht von der Verpflichtung, mehrere Jahre später (nach dem Scheitern der Gesellschaft) in die Sachverhaltsermittlung einzutreten

³⁰⁰ So können gesellschaftliche Verflechtungen, die nicht mitgeteilt sind, durchaus nachteilig sein, weil sie vermuten lassen, dass auf diesem Wege unangemessene Vergütungen gezahlt werden. Sofern sich diese aber im üblichen Bereich bewegt, ist die Erheblichkeit der verschwiegenen Verflechtung nicht erheblich. Beispiel nach Joecks: wistra 1986, 142, 147

³⁰¹ Joecks: wistra 1986, 142, 146; zustimmend: Schniewind/Hausmann: BB 1986 (Beil. 16), 26, 30

³⁰² Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 165; zustimmend: Schniewind/Hausmann: BB 1986 (Beil. 16), 26, 30

³⁰³ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 167, 168

³⁰⁴ Joecks: wistra 1986, 142, 147

³⁰⁵ Joecks: wistra 1986, 142, 147

³⁰⁶ Joecks: wistra 1986, 142, 147 unter Hinweis auf die Grundsätze der zivilrechtlichen Prospekthaltung

ten und bestimmte Rahmenbedingungen zum Zeitpunkt des Vertriebs des Prospektes zu recherchieren. Man kann bei einer bloß abstrakten Gefährdung nicht stehen bleiben, will man nicht dem Gebot der Tatbestandsbestimmtheit zuwiderhandeln und die Tatbestandserfüllung in das Belieben einzelner Anleger(kreise) stellen: Es ist über die abstrakte Betrachtung hinaus eine konkrete nötig, die auf die Besonderheiten des Einzelfalles abstellt, sonst würde der Vertrieb solcher Kapitalanlagen praktisch unmöglich"³⁰⁷. Wie bestimmt sind die Rahmenbedingungen zum Zeitpunkt des Vertriebs, die der Strafrichter recherchieren soll? Wo liegt der Unterschied dieser Sachverhaltsermittlung zu einer Sachverhaltsermittlung, die die Feststellung eines Vermögensschadens zum Ziel hat? Hier ist der konkrete Unterschied zwischen Ermittlung der konkreten Vermögensbeeinträchtigung und Schadensberechnung nicht erkennbar. Verschärft wird diese Problematik noch dadurch, dass in den hier relevanten Fällen des Eingehungsbetruges der Schaden in Form der "schadensgleichen Vermögensgefährdung" vorliegt³⁰⁸. Ein Unterschied zwischen der schadensgleichen Vermögensgefährdung i.S.d § 263 StGB und der konkreten Vermögensbeeinträchtigung i.S.d. § 264a StGB ist nicht feststellbar.

Nicht vollständig nachvollziehbar ist auch seine Lösung der Saldierungsproblematik. Warum sich nicht mitgeteilte Umstände nur dann aufheben sollen, wenn sie denselben Faktor betreffen, ist nicht klar. Letztlich kann es darauf ankommen, auf welche Faktoren der Anleger besonderen Wert legt. Auch ist der "Faktor" als Abgrenzungskriterium kaum geeignet. Warum soll es nicht aufklärungspflichtig sein, wenn bei Berechnungen der Auslastung eines Hotels nicht mitgeteilt wird, dass ein Belegungsvertrag mit einem wichtigen Kunden wahrscheinlich gekündigt werden wird, andererseits jedoch genauso große Chancen bestehen, dass ein neuer Vertrag zustande kommt³⁰⁹? Die Einschätzung des Risikos, das der Anleger bereit ist, für seinen Gewinn einzugehen, ist Sache des Anlegers, nicht des Initiators der Geldanlage. Da es kein Maß für die Bewertung eines Risikos gibt, kann man auch nicht sagen, dass zwei Risiken gleich groß seien. Eine Kapitalisierung dieser Chance, einen neuen Vertrag abzuschließen ist ebenfalls kaum denkbar. Jeder Anleger wird also danach entscheiden, ob ihm der erstrebte Gewinn dieses Risiko wert ist.

³⁰⁷ Joecks: wistra 1986, 142, 147

3. Samson

Aus Sicht des reinen Vermögensschutzes vertritt Samson die Auffassung, die Erheblichkeit solle objektiv, d.h. ohne Orientierung an den Vorstellungen eines idealtypischen Anlegers bestimmt werden. Damit soll ausgeschlossen werden, dass "marottenhafte Gesichtspunkte" Eingang in die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals finden³¹⁰. Damit würde § 264a StGB ein Delikt gegen die Dispositionsfreiheit. Konsequenz ist für Samson eine Bestimmung der Erheblichkeit anhand des Vermögensschadens: Erheblich ist ein Umstand nur dann, wenn er den Wert der Kapitalanlage beeinflusst, und der wahre Wert der Kapitalanlage niedriger ist als der vom Anleger zu zahlende Preis³¹¹. Nur dann würde ein normaler Anleger von dem Erwerb der Anlage absehen³¹².

Mit seiner Auffassung gelingt Samson eine klare und weitgehend objektive Fassung des Begriffs "erheblich" ohne Rückgriff auf einen idealtypischen Anleger. Dieser wird quasi durch die Schadensberechnung ersetzt. Samson kann bestehende Strukturen und Ansichten zum Schadensbegriff anwenden und braucht keine neuen Begriffe und Definitionen zu bilden. Andererseits holt sich Samson die Nachteile des § 263 StGB quasi durch die Hintertür wieder in § 264a StGB herein³¹³. Die Schaffung der neuen Norm diene gerade dazu, Beweisprobleme im Rahmen des § 263 StGB bei Kapitalanlagen zu eliminieren. Bei dieser Deutung des § 264a StGB besteht kein Unterschied mehr zwischen Kapitalanlagebetrug und versuchtem Betrug. Der Anwendungsbereich des § 264a StGB schrumpft auf eine Erfassung der Extremfälle zusammen. Geschicktere Planungen beim Kapitalanlagebetrug sind nicht mehr zu erfassen.

³⁰⁸ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 314 f

³⁰⁹ Fall bei Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 167

³¹⁰ SK-Samson: § 264a StGB Rn. 40 ff, 48

³¹¹ SK-Samson: § 264a StGB Rn. 49

³¹² SK-Samson: § 264a StGB Rn. 43

³¹³ so auch Gäbhard: wesentliche Umstände S. 86; Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 80

III. Fazit

Positiver Kern sämtlicher Lösungsansätze war zum einen die am Rechtsgut orientierte und deshalb konsequente Auslegung des § 264a StGB. Zum anderen ist der Ausgangspunkt positiv zu bewerten, dass Bagatellunrichtigkeiten nicht unter § 264a StGB fallen. Dabei ist mit dem letzten Gesichtspunkt nicht viel gewonnen, denn zu bestimmen ist immer noch, wann eine Bagatellunrichtigkeit vorliegt. Damit wird nur "erheblich" durch sein Gegenteil ersetzt.

Die Vertreter eines institutionellen Rechtsgutsschutzes im Rahmen des § 264a StGB versuchen, die Probleme im Zusammenhang mit dem Begriff der Erheblichkeit mittels einer Kasuistik in den Griff zu bekommen. Lediglich Gäbhard gelangt zu einer Definition ihres Verständnisses der Erheblichkeit, muss aber auch letztlich eine Kasuistik zur Hilfe nehmen. Demgegenüber gelingt allen Vertretern einer am Vermögensschutz orientierten Auslegung eine recht klare Fassung des Begriffes. Sie stellen sehr deutlich die Funktion und den Zusammenhang zwischen den Interessen der beteiligten Parteien in den Mittelpunkt ihrer Betrachtungen: Es geht um Vermögen.

Maßgeblich für das Verständnis der Erheblichkeit können daher nur Faktoren sein, die Einfluss auf den Wert der Kapitalanlage haben. Da jedoch der Wert der Kapitalanlage nicht zur ermitteln ist, muss man auf andere Weise prüfen, ob eine Wertbeeinträchtigung vorliegen kann. Worms benutzt insoweit den Begriff der hypothetischen Kausalität. Insoweit bedeutet Kausalität den Zusammenhang zwischen einer Handlung und ihrem Erfolg. Worms muss also auch den Erfolg ermitteln. Damit ist hier erforderlich, den Wert der Kapitalanlage mit und ohne den möglicherweise wertbestimmenden Faktor festzustellen. Die Kausalität beantwortet jedoch nur die Frage nach der Zurechnung eines Erfolges, wobei unerheblich ist, ob es auf Eintreten oder, wie beim Unterlassungsdelikt, Ausbleiben ankommt. Hier geht es jedoch nicht um die Zurechnung der konkreten Wertbeeinträchtigung an den Täter, sondern um ihre Ermittlung. Erst dann ist eine Zurechnung an den Täter überhaupt feststellbar. Die Zurechnung ergibt sich dabei aus der Verantwortung des Täters für den Prospektinhalt.

Dabei ist zutreffend, dass nicht alle Kapitalanlagen gleich zu behandeln sind. Es kann durchaus unterschiedlich sein, was für die Beurteilung einer Beteiligung an einem Immobilienfonds wichtig ist, und was man im Zusammenhang mit dem Erwerb

einer stillen Beteiligung beachten muss. Daher ist auch eine anlagebezogene Betrachtung von Nöten.

Weiterhin ist der Umfang der Aufklärungspflicht einerseits abhängig von den individuellen Eigenschaften und Fähigkeiten der jeweiligen Anleger. Sie ist jedoch auch Ausdruck einer gewissen Risikoverteilung zwischen den beteiligten Parteien. Eine rein objektive Bestimmung des Begriffs der Erheblichkeit kann es damit nicht geben.

IV. Eigene Lösung

Wie man erkennen kann, haben verschiedene Faktoren Einfluss auf die Auslegung des Begriffs "erhebliche Umstände".

Die Auslegung des Begriffs "erheblich" muss sich am Rechtsgut des § 264a StGB, dem Vermögen des Anlegers, orientieren. Daraus ergibt sich, dass erheblich nur sein kann, was auch für den Vermögensträger, den Anleger, erheblich ist. Da die Vorschrift aber nicht auf einen individuellen Anleger abstellt³¹⁴, ist auch im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung objektiver Maßstab zu Grunde zu legen. Dabei ist man durch die Ablösung des Maßstabes vom individuell geschädigten Anleger³¹⁵, hin zu einer näher zu bestimmenden Gruppe von Anlegern vor der Berücksichtigung von "marottenhaften Gesichtspunkten"³¹⁶ sicher.

Insoweit kann erheblich nur sein, was der durchschnittlich vorsichtige Anleger seiner Anlageentscheidung zugrundelegen würde. Zu Recht wird an dieser Definition kritisiert, dass sie nur den Begriff erheblich durch einen anderen ausfüllungsbedürftigen Begriff ersetzt. Daher besteht Bedarf nach Konkretisierung.

Vergleichbar ist die Konstellation dem Fahrlässigkeitsdelikt. Hier kommt es auch auf die Bestimmung des einsichtigen und besonnenen Menschen in der Situation des Täters an. Im Unterschied dazu ist hier jedoch nicht die Täter- sondern die Opferperspektive entscheidend³¹⁷. Beim Fahrlässigkeitsdelikt ist die konkrete Perspektive des

³¹⁴ Wortlaut: größerer Kreis von Personen

³¹⁵ der meist zugleich auch Anzeigeerstatter ist

³¹⁶ SK-Samson: § 264a StGB Rn. 48

³¹⁷ Maurach/Schröder/Maiwald: Strafrecht BT/1 S. 481

Täters von Bedeutung. Es kommt auf den einsichtigen und besonnenen Menschen in der Lebenssituation des Täters, seinen Beruf, seinen Vorkenntnissen, seinen Gewohnheiten an³¹⁸.

Aus dieser Parallele ergeben sich zwei Wege zur Konkretisierung: Zum einen liegt dem Anleger im allgemeinen etwas am Wert der Kapitalanlage. Wichtig sind also für den Anleger alle Informationen, die einen Bezug zum Wert der Kapitalanlage aufweisen³¹⁹.

Als weiterer Aspekt zur Konkretisierung des Begriffs "erheblich" ergibt sich, dass eine Orientierung an einem abstrakt begriffenen Anleger zu ungenau ist. Wie bei der Fahrlässigkeit ist auch hier auf den Anleger in seiner konkreten Lebenssituation abzustellen. Daher ist hier der Maßstab eine durchschnittlich verständige Person der Gruppe, an die der Prospekt sich richtet und von deren Verständnis er ausgeht. Von einem selbständigen Zahnarzt, der in wirtschaftlichen Vorgängen allein dadurch erfahrener ist, dass er seine Abrechnungen selbst erstellt bzw. überprüfen muss, unterscheidet sich der wirtschaftlich eher unerfahrene "Kleinanleger" deutlich. Diese beiden Zielgruppen kann man kaum in dem durchschnittlich vorsichtigen Anleger zusammenfassen. Ein Durchschnitt ließe sich in diesem Beispiel nicht bilden. Entweder stellt man an die Geschäftserfahrenheit für den Kleinanleger zu hohe Anforderungen oder nimmt dem Zahnarzt Eigenverantwortung ab.

Richtigerweise wäre daher nach der Zielgruppe zu differenzieren. Zudem wird die Betrachtung damit auch konkreter, wie ja auch schon eine objektiv-anlagebezogene Betrachtung³²⁰ gefordert wird. Ebenso lässt sich diese mit einer objektiv-anlegerbezogenen Betrachtung verbinden. Maßgeblich für die Bestimmung der Vergleichsgruppe ist der durch die konkrete Werbemaßnahme angesprochene Personenkreis. Dieser gibt Auskunft darüber, auf welchen Grad an Geschäftserfahrenheit, Risikofreude, Abstraktionsfähigkeit etc. die Initiatoren treffen konnten³²¹. An dieser Zielgruppe ist letztlich auch das entsprechende Werbematerial (Prospekt etc.) ausge-

³¹⁸ Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben: § 15 Rn. 135

³¹⁹ Pabst: rechtliche Risiken S. 22 mit Beispielen

³²⁰ Pabst: rechtliche Risiken S. 21; Schröder NStZ 98, 552; Schönke/Schröder/Cramer Rn. 32; Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 77

³²¹ Gallandi: wistra 1987, 316, 317 m.w.N.

richtet. Ein Prospekt, mit dem man hofft, Zahnärzte zur Kapitalanlage in einen Wertpapierfonds zu bewegen, ist anders ausgerichtet, als dasselbe Produkt an Kleinanleger zu verkaufen. Schlüsse auf die Zielgruppe lassen sich bei Versendung aus den Anschriften, bei Auslage von Prospekten aber auch aus den Orten, an denen die Prospekte ausgelegt werden, ziehen.

Im Weiteren soll daher zunächst den Begriff der Vermögensrelevanz näher erläutert und eingegrenzt werden. Danach werden die Konsequenzen der Orientierung an der Zielgruppe dargestellt.

1. Vermögensrelevanz

Zunächst muss jeder erhebliche Umstand einen Bezug zum Vermögen des Anlegers haben. Das ist spätestens dann der Fall, wenn das Opfer eine Anlage zeichnet. In diesem Moment ist jedoch schon ein Eingehungsbetrug zu prüfen.

Vorher kann jedoch schon eine Gefährdung des Opfers bestehen, wenn der Prospekt die Konzeption der Kapitalanlage nicht korrekt wiedergibt. Ob aber dadurch tatsächlich der Wert der Kapitalanlage verändert wird, kann nur durch eine Prognose ermittelt werden. Grundlage der Prognose müssen die zur Zeit der Prospekterstellung bekannten oder erkennbaren Umstände sein. Das bedeutet, dass diese Prognose aus ex-tunc-Sicht vorgenommen wird.

Da es lediglich auf die Wahrscheinlichkeit einer Wertänderung ankommt, ist keine konkrete Wertberechnung der Anlage oder gar die Berechnung eines Schadens bzw. Ermittlung einer schadensgleichen Vermögensgefährdung durchzuführen, wie es für § 263 StGB erforderlich wäre. Entscheidend ist dabei, ob eine Wertänderung eintreten kann, nicht, wie hoch sie ausfällt.

Um dies eingrenzen zu können, kann man bestehende Prospektprüfungskataloge und Checklisten als Indiz heranziehen³²². Diese dienen ja letztlich auch der Abschätzung des Risikos. Auch tragen diese zu einer anlagebezogenen Betrachtungsweise

³²² Joecks: wistra 1986, 142, 147

bei, wie sie von Worms befürwortete wird. Die meisten Checklisten sind auf spezielle Anlagen bezogen³²³.

Der Wert der Prospektprüfungskataloge und Checklisten für die Feststellung der Erheblichkeit wird unterschiedlich gesehen.

Teilweise wird ihre Relevanz völlig abgelehnt. Sie zeigten nur ganz allgemein gehaltene Schwachstellen von Prospekten auf. Auch werde einzelnen Daten ein unterschiedlicher Stellenwert eingeräumt³²⁴. Die dort wiedergegebenen Umstände seien überwiegend schon kein tauglicher Täuschungsgegenstand, da sie "neutral" seien³²⁵. Insoweit ist beispielsweise die Handelsregisternummer ohne Belang für den Wert der Kapitalanlage. Gleiches gilt für die Namen der Initiatoren, wobei sie dann relevant sind, wenn es sich um bekannte Betrüger handelt. Es kommt also vielmehr auf die Funktion der entsprechenden Angabe im Prospektzusammenhang an als darauf, sich genau an eine Checkliste zu halten³²⁶.

Maßgeblich sollen aber nach wie vor Rechtsgut und Unrechtsgehalt des § 264a StGB sein. Die letzte Entscheidung, ob ein Umstand erheblich ist, darf nicht pauschal aus der Bezugnahme auf einen Prospektprüfungskatalog oder eine Checkliste gezogen werden³²⁷. Nur die materiellen Inhalte können für die Beurteilung der Erheblichkeit Bedeutung erlangen und müssen dann noch auf ihre konkrete Anwendbarkeit im Einzelfall überprüft werden³²⁸. Die Prospektprüfungskataloge und Checklisten sollen lediglich einen Mindestinhalt festlegen³²⁹. Damit käme einem Verstoß gegen Checklisten lediglich eine Indizwirkung für die Erheblichkeit des fraglichen Umstandes zu³³⁰.

³²³ vgl. die abgedruckten Prospektprüfungskataloge bei Worms: Anlegerschutz S. 379 ff; Gäbhard: wesentliche Umstände, Anhang II

³²⁴ Cerny: MDR 1987, 271, 277

³²⁵ gemeint ist wohl, ohne relevanten Einfluss auf den Wert der Kapitalanlage. SK-Samson: § 264a StGB Rn. 38

³²⁶ SK-Samson: § 264a StGB Rn. 38

³²⁷ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 220 f

³²⁸ Granderath: DB 1986, Beilage 18, 1, 7; Grotherr: DB 1986, 2584, 2588

³²⁹ Jaath: FS für Dünnebie, 583, 608

³³⁰ Joecks: wistra 1986, 141, 147; Knauth: NJW 1987, 28, 31; Otto: WM 1988, 729, 738; Pabst: rechtliche Risiken S. 26 f

Die dargestellten Grundauffassungen liegen nicht so weit auseinander, wie es zunächst den Anschein hat. Beiden Seiten geht es darum, eine sklavische Orientierung an den Prospektprüfungskatalogen und Checklisten zu vermeiden. Diese Extremposition wird jedoch in der Literatur nirgends vertreten.

Ganz ohne Zweifel können die Checklisten und Prospektprüfungskataloge einen gewissen Einfluss auf die Beurteilung der Erheblichkeit haben. Da sie sich oftmals auf bestimmte Formen der Kapitalanlage beziehen, ist damit zugleich der Kreis der für die konkrete Kapitalanlage relevanten Umstände leichter zu konkretisieren. Eine pauschale Übernahme ohne nähere Prüfung am § 264a StGB ist jedoch abzulehnen. Insoweit spricht aber der Gesetzgeber auch eindeutig von einer Orientierung an den Katalogen, nicht von einer sklavischen Übernahme ihres Inhaltes. Maßgeblich für die Beurteilung der Erheblichkeit eines Umstandes kann danach nur der Gesamteindruck von der Kapitalanlage sein³³¹, der zu einem Teil auch aus der Einordnung durch die Kataloge und Checklisten gebildet wird.

Weiterhin ist jedoch im Einzelfall zu prüfen, ob der verschwiegene oder fehlerhaft dargestellte Umstand tatsächlich eine Relevanz für den Wert der Kapitalanlage besitzt. Das ist der Fall, wenn sich das Risiko erhöht, dass die Kapitalanlage gar nicht wie beschrieben realisiert werden kann, dass die Gewinnaussichten für die einzelnen Anleger sinken, oder dass Mehrkosten entstehen, die von der Anlegern auszugleichen wären. Wesentlich ist dabei, dass es nur auf die Erhöhung des Risikos ankommt. Unwichtig ist insoweit, wie hoch Mehrkosten oder Gewinnminderung wären. Das sind Fragen, die die endgültige Schadensberechnung betreffen.

Erweist sich danach, dass statt des im Prospekt angekündigten "Profimanagements" das Unternehmen lediglich von Personen geführt wird, die nur über angelesene Börsenkenntnisse verfügen³³², so erhöht sich dadurch das Risiko unternehmerischer Fehlentscheidungen³³³. Diese gefährden den Bestand des Projektes insgesamt. Der Umstand wäre erheblich.

³³¹ Grotherr: DB 1986, 2584, 2588; Mutter: NStZ 1991, 421, 422; LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 48; Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 76

³³² Beispiel bei Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 131

³³³ Unerheblich ist jedoch, ob ein Profimanagement auch Fehlentscheidungen getroffen hätte.

Auch das folgende Beispiel zeigt, wie schwierig die Vermögensrelevanz eines Umstandes zu ermitteln ist: Wird beim Bau einer Hotelanlage der Erwerb des Baugrundes als abgeschlossen dargestellt, befinden sich die Initiatoren der Kapitalanlage jedoch noch in Verhandlungen mit den Eigentümern, so stellt sich die Situation als sehr problematisch dar. Zum einen kann jederzeit der Erwerb des Baugrundstücks noch scheitern. Die Kosten für den Baugrund sind nicht absehbar und steigen eventuell noch. Dadurch besteht das Risiko, dass der Gewinn der Anleger geschmälert wird oder Mehrkosten für die Anleger entstehen. Jedenfalls erweist sich das Unternehmen als mit mehr Risiken behaftet, die alle für die Werthaltigkeit der Anlage von Bedeutung sind, als der Prospekt angibt. Insofern wären die Angaben auch erheblich.

2. Zielgruppe

Daher stellt sich die Frage, wie eigentlich die entsprechende Zielgruppe zu bestimmen ist. Aus dem Ergebnis der Zielgruppenbestimmung lässt sich dann herleiten, welches Risiko ihr zuzumuten ist bzw. inwieweit diese Zielgruppe in der Lage ist, ihre Informationen selbst zu beschaffen.

Die objektiv-anlagebezogene Betrachtung erfordert, dass eine klare Bezugsgruppe zu bilden ist, die als Ausgangspunkt für die Risikozuweisung dient. Insoweit ist diese konkrete Betrachtung der Situation bei der Fahrlässigkeit vergleichbar.

Je nach Zielgruppe kann man bestimmte Kenntnisse hinsichtlich Geschäftserfahrung, politischer Allgemeinbildung, Lebenserfahrung oder Geschäftskenntnis voraussetzen. Dies beeinflusst erheblich die Risikozuweisung. Bei Engagement im Ausland ist bei einer Zielgruppe, die bereits Auslandsgeschäfte abgeschlossen hat oder typischerweise über Auslandskenntnisse verfügt, keine Aufklärung mehr erforderlich, was die Risiken eines Engagements im Ausland betrifft³³⁴. Dabei ist zu beachten, dass diese Engagements nicht nur in Europa erfolgen, sondern auch im außereuropäischen Ausland, wie z.B. Südamerika. Es ist also keine Mitteilung über politische Stabilität, Infrastruktur, Handelsabkommen oder Rechtsverfolgung erforderlich bzw.

³³⁴ Vgl. Beispiele bei Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 222 f

kann sehr kurz gehalten werden. Ähnlich ist keine Aufklärung erforderlich, wenn die Kunden aus der Zielgruppe schon Optionsgeschäfte getätigt haben und der Vermittler eine andere Option verkaufen möchte.

Als Kriterien, anhand derer die Zielgruppe zu konkretisieren ist, bieten sich namentlich Berufsstände, Kapitalvolumen der Anlage, Konzeption der Anlage, Vermögen der Anleger, Vorerfahrung oder Verbreitungsart an. Ein Steuersparmodell ist nur bei einem entsprechenden Steuervolumen des Anlegers wirklich sinnvoll. Dagegen kann in einen Aktienfonds jeder investieren unabhängig vom Vermögen. Andererseits kann auch die Kapitalanlage an eine ungeeignete Zielgruppe veräußert werden, dann ist die Beurteilung des Aufklärungsbedarfes recht einfach. Will man an Kleinanleger mit geringem Einkommen ein Steuersparmodell veräußern, das erhebliche Steuervorteile bringt, so ist dieses hier ungeeignet. Es muss eine Aufklärung darüber erfolgen, dass dieses Modell nur bei höherem Einkommen wirklich sinnvoll ist, weil dann die Sparmöglichkeiten voll ausgeschöpft werden können. Auch der Verbreitungsweg kann Aufschluss über die Zielgruppe geben: Ist die Anlage weit gestreut, wird also per Telefon oder eMail geworben, so dass die Kunden gar nicht ausgewählt werden, oder erfolgt die Werbung durch gezielte Zusendung der Prospekte? Wird eine Kontaktanzeige in einem Fachblatt geschaltet oder in einer allgemeinen Tageszeitung? Erfolgt der Vertrieb über eine Bank/Sparkasse oder über einen bestimmten Steuerberater mit einem bestimmten Mandantenstamm? Auch hier wird gezielt eine Personengruppe angesprochen, für die die konkrete Kapitalanlage interessant sein könnte.

Ergibt sich bei der Ermittlungen, dass die Zielgruppe sehr breit gefächert ist, so sind im Interesse eines effektiven Anlegerschutzes die Informationspflichten seitens der Prospektherausgeber sehr weit und umfassend zu ziehen. Dabei muss man jedoch im Auge behalten, dass die entsprechenden Umstände auch vom Vorsatz mit umfasst sein müssen. Das bedeutet, dass letztlich für die Bestimmung der Zielgruppe gerade die Auswahl durch die Prospektherausgeber und Vermarktung ausschlaggebend ist. Aufschluss über die Zielgruppe geben insoweit die Einlassungen des Beschuldigten, seiner Mitarbeiter, aber auch Unterlagen, die im Rahmen der Durchsuchung der Geschäftsräume sichergestellt werden. Auch ein Überblick über die Anleger, die tatsächlich einen Prospekt erhalten haben, kann letztlich bei der Ermittlung einer Zielgruppe und deren Vorkenntnissen helfen.

Jede Zielgruppe hat ihre eigenen Ansprüche an den Umfang der für sie erheblichen Informationen. Dieses Problem wird weiterhin noch dadurch beeinflusst, dass der Prospekt Werbung darstellt, für die besondere Regeln gelten.

Obwohl es um den Schutz des Anlegers geht, kann ihm dennoch nicht das gesamte Risiko eines wirtschaftlichen Engagements abgenommen werden³³⁵. Wesentlich ist lediglich, dass der Anleger genau weiß, worauf er sich einlässt³³⁶. Obendrein soll auch vermieden werden, dass Prospekte das Format von Versandhauskatalogen annehmen. Auch dies ist einer guten Information der Anleger abträglich. Letztlich ist auch dem Gesichtspunkt Rechnung zu tragen, dass es sich bei dem Prospekt um Werbung handelt, die in einem gewissen Umfang das beworbene Produkt positiv zeichnen und anpreisen darf³³⁷. Diese Überlegung findet ihre Grenze jedoch dort, wo Werbung der Wahrheitspflicht zuwiderläuft. Im Ergebnis müssen die wertrelevanten Umstände dem potentiellen Anleger zutreffend mitgeteilt werden. Die Abwägung muss daher zwischen den Eckpunkten "ausreichende Information des Anlegers ohne Zuviel an technischer Information" und andererseits "keine unzumutbare Belastung der Unternehmen mit Informationspflichten" liegen³³⁸.

Daher muss der Umstand auch der Risikosphäre des Prospektherausgebers zuzuordnen sein. Diese ist abhängig von der angepeilten Zielgruppe und deren Vorkenntnissen. Davon hängt ab, ob der Anleger vom Prospektherausgeber eine Aufklärung über einen bestimmten Punkt verlangen kann.

Dabei ist zwischen der Richtigkeit der gegebenen Informationen und ihrer Vollständigkeit zu unterscheiden. Die Frage der Richtigkeit betrifft den Tatbestand des aktiven Tuns. Der Täter darf keine unrichtigen Angaben im Prospekt machen. Was positiv in dem Prospekt steht, muss den Tatsachen entsprechen. Insoweit gilt der Verbot der Lüge.

³³⁵ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 69; Pabst: rechtliche Risiken S. 26

³³⁶ Hopt: Gutachten S. 16

³³⁷ vgl. unten Seite 140 ff

³³⁸ Hopt: Gutachten S. 105

Weiterhin ist der Prospektherausgeber aber auch verpflichtet, in einem gewissen Umfang den potentiellen Anleger aufzuklären. Das betrifft die Vollständigkeit der Angaben und die Frage, welche Umstände überhaupt mitgeteilt werden müssen.

Von der Ausgangsposition her hat der Initiator der Anlage einen Informationsvorsprung: Er - unterstellt man zumindest - soll die Branchenkenntnisse und nötigen wirtschaftlichen Informationen haben, um eine Kapitalanlage ertragreich durchzuführen. Andererseits ist der Anleger auch für seine Vermögensverhältnisse in erster Linie selbst verantwortlich. Zwar zeigen einzelne Gerichtsentscheidungen in die Richtung, dem Konsumenten die Verantwortung weitgehend abzunehmen³³⁹, jedoch führt dieser Weg in die Irre. Anhand der zitierten Entscheidung wird jedoch deutlich, dass manche Wünsche geeignet sind, die Eigenverantwortung des Konsumenten nachteilig zu beeinflussen. Dies gilt für Kapitalanlagen in besonderem Maße³⁴⁰.

Man kann kaum verhindern, dass Anleger auch unter Verstoß gegen die gesunden Grundsätze der Geldanlage ihr Geld in spekulative Anlagen investieren, um hohe Gewinne zu erzielen. Es ist Sache der Anleger, wem sie ihr Geld anvertrauen. Man kann nur dafür Sorge tragen, dass die Anleger wissen, was sie tun. Mit anderen Worten: Die Anleger müssen das Risiko kennen, das sie eingehen. Erst an dieser Stelle fällt die Verantwortung für möglicherweise entstehende Schäden dem Anleger selbst zu. Risikokenntnis sollte damit eine Strafbarkeit des Initiators einer Geldanlage stets ausschließen.

Schon oben wurde dargestellt, welche Risiken im Zusammenhang mit den verschiedenen in einem Prospekt dargestellten Umständen bestehen: Die Kapitalanlage kann undurchführbar werden, der Gewinn kann geringer sein, als angegeben, die Kosten können höher sein, als angegeben. Dem Anleger geht es bei Investitionen am freien Kapitalmarkt um zweierlei: Höchstmögliche Gewinne zum geringstmöglichen Risiko.

Bei der Frage nach den Risiken einer Kapitalanlage geht es um die Wahrscheinlichkeit, mit der ein bestimmter Umstand eintritt oder ausbleibt. Dabei ist jedoch für diesen Fall im Rahmen der Informationsbeschaffung zu differenzieren: Grundsätzlich muss sich derjenige die Informationen beschaffen, der aus ihnen einen Schluss zie-

³³⁹ "Haarverdicker"-Entscheidung, BGHSt 34, 199 ff ; BGH bei Dallinger, MDR 1972, 378

hen will. In diesem Fall geht es um Durchführbarkeit, Gewinn und Verlust der Anlage. Das wäre der Anleger. Übernimmt jedoch ein Dritter für den Anleger die Informationsbeschaffung, so ist er auch zu einer sorgfältigen Auswahl der Informationen verpflichtet, so dass der Anleger die Möglichkeit hat, aus den dargebotenen Informationen eigenständig seine Schlüsse zu ziehen. Das gilt ganz besonders, wenn der Prospekt die einzige Informationsquelle des Anlegers darstellt³⁴¹. In diesem Fall trägt jedoch der Dritte das Risiko der Informationsbeschaffung. Die Informationen müssen richtig und vollständig sein, so dass sich der Anleger ein Bild machen kann. Der Prospektherausgeber übernimmt es aus eigenem Antrieb und im eigenen Interesse, den Anleger über die zur Beurteilung der Gewinnträchtigkeit und des Risikos eines Verlustes relevanten Umstände in Kenntnis zu setzen. Damit trifft ihn jedoch wegen des o.g. Grundsatzes nicht die volle Informationspflicht, sondern er muss den Anleger nur über die zur Beurteilung der Werthaltigkeit der Kapitalanlage relevanten Umstände aufklären. Gäbhard verwendet hier den Begriff des Unternehmerrisikos - dieses muss der Anleger tragen - und des speziellen Risikos, das der Initiator/Prospektherausgeber zu tragen hat³⁴².

Problematisch am Begriff des Unternehmerrisikos ist, dass er eine in wirtschaftlichen Zusammenhängen erfahrene Person impliziert. Der Anleger wird jedoch nicht unternehmerisch tätig, sondern bleibt nach wie vor Privatmann. So sind auch die meisten Kapitalanlagemodelle darauf ausgelegt, dass der Anleger, wie im Falle der stillen Beteiligung, Geld gibt, mit dem der Initiator wirtschaften kann. Dabei hat jedoch der Anleger möglichst wenig Mitsprache- und Einflussnahmerechte³⁴³. Er soll also bei wirtschaftlicher Betrachtung gerade nicht die Entscheidungsbefugnisse eines Unternehmers haben. Mangels Unternehmereigenschaft scheidet im Ergebnis ja auch die Subsumtion des Bauherrenmodells unter § 264a StGB³⁴⁴. Warum dann ein Privatmann ein Unternehmerrisiko bei der Informationsbeschaffung tragen soll, ist letztlich nicht schlüssig. Gemeint mit dem Begriff "Unternehmerrisiko" ist vielmehr das allge-

³⁴⁰ Nicht umsonst hat sich in dieser Branche der Satz geprägt: "Gier frisst Hirn".

³⁴¹ Jaath: FS für Dünnebier, 583, 387; Worms: Anlegerschutz S. 94

³⁴² Gäbhard: wesentliche Umstände S. 96

³⁴³ Nicht umsonst erfreut sich die Kommanditgesellschaft bei Kapitalanlagen großer Beliebtheit. Gleiches gilt auch für Kapitalgesellschaften.

³⁴⁴ Siehe oben Seite 45 ff

meine Informationsrisiko, das jeder für seine Vorhaben grundsätzlich selbst zu tragen hat, unabhängig davon, ob er Unternehmer ist oder nicht.

Gäbhard kontrastiert den Begriff "Unternehmerrisiko" mit dem speziellen Risiko. Dieser Begriff steht für das besondere Risiko, das der konkreten Kapitalanlage innewohnt. Eine ähnliche Sichtweise findet sich auch bei Geerds, wenn er auf "atypische Besonderheiten der konkreten Anlage" abstellt³⁴⁵. Danach ergibt sich grundsätzlich die Differenzierung, dass jeder Anleger sich selbst über die Struktur und damit verbundenen Risiken des jeweiligen Anlagetyps zu informieren hat, jedoch alle Risiken, die sich aus der Konzeption der individuellen Anlage, insbesondere der beteiligten Firmen, ergeben, vom Initiator/Prospektherausgeber aufzuklären sind. Damit muss sich jeder Anleger z.B. beim Optionsgeschäft selbst über den "Hebeleffekt" informieren, der zu erheblichen Gewinnen, aber auch Verlusten führen kann. Die Aussagen über den konkreten Gegenstand der Option, die Faktoren, auf deren Grundlage der Initiator dem Anleger einen Gewinn bei seiner Option verspricht, liegen damit im Verantwortungsbereich des Initiators.

Diese Auffassung ist jedoch nur in den Fällen sinnvoll, in denen der Anleger planmäßig vorgeht, sich zunächst unabhängig informiert und dann erst konkreten Anlagemöglichkeiten zuwendet. Der Regelfall sieht hingegen so aus, dass der Initiator an den Anleger unter Versprechung erheblicher Gewinnmöglichkeiten herantritt und dies als ultimative und letzte Chance hinstellt, diesen Gewinn zu realisieren. Es wird seitens des Initiators ein erheblicher Druck auf den Anleger zum Abschluss des Geschäftes ausgeübt. Auch nutzt der Initiator gerade die Unerfahrenheit des Anlegers aus³⁴⁶. Er wird sich damit gerade Neukunden suchen, die noch keine Geldanlagen getätigt haben. Wenn der Verkäufer der Kapitalanlage einen schnellen Vertragsabschluss herbeiführen will, dann muss er auch zugleich die grundsätzliche Aufklärung übernehmen. Diese würde jedoch nach Ansicht von Geerds und Gäbhard, die jedoch abzulehnen sind, in den Risikobereich des Anlegers fallen, so dass über die Grundstruktur und die ihr innewohnenden Risiken nicht in erheblicher Weise getäuscht werden kann. Ein gänzlich unerfahrener Anleger ist hier ein leichteres Opfer

³⁴⁵ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 222

³⁴⁶ Worms: Anlegerschutz S. 95

für Täuschungsmanöver als ein erfahrener, der evtl. schon einige Anteile erworben hat.

Anhand der Zielgruppe lässt sich dann bestimmen, welches Risiko dem Anleger tatsächlich zuzumuten ist. Maßgeblich sind dabei insbesondere seine Vorkenntnisse und Erfahrung im Umgang mit Kapitalanlagen. Auf diese Weise ergibt sich auch bei Beurteilung der Erheblichkeit ein Unterschied zwischen der 1. und 2. Alternative des § 264a StGB: Wer schon eine entsprechende Kapitalanlage getätigt hat, weiß besser, worauf er sich einlässt, als ein absoluter Neuling. Eventuell haben die entsprechenden Personen auch schon Geld bei den fraglichen Kapitalanlagen verloren. In diesem Fall dürfte in der Regel davon auszugehen sein, dass die Anleger vorgewarnt sind. Andererseits wird diese Methode auch oft eingesetzt, um die Anleger zu neuen Geschäften zu ködern: "Diesmal hat es nicht geklappt, aber für das nächste Mal ist die Anlage totsicher". Dies ändert jedoch nichts daran, dass die entsprechenden Anleger gewarnt sind. Daher bedürfen sie in diesen Fällen nicht derselben Aufklärung wie Neulinge, soweit sie sich in derselben Form der Kapitalanlage engagieren.

Etwas anderes gilt jedoch in den Fällen der 2. Alternative. Hier erweitert der Anleger eine bestehende finanzielle Beteiligung. Soweit die betreffenden Anleger aber im Sinne einer Kapitalerhöhung tätig werden, sehen sie sich hingegen einem besonderen Druck ausgesetzt. Dieser besonderen Situation wollte der Gesetzgeber durch § 264a I Nr. 2 StGB Rechnung tragen.

Am schwierigsten zu beantworten ist die Frage nach der Einteilung der Risikosphären. Maßgeblich ist, wie ausgeführt, die angesprochene Zielgruppe. Hiernach bestimmt sich zunächst, welches Risiko die fragliche Gruppe von Anlegern überhaupt zu tragen in der Lage ist. Entscheidend können dabei folgende Gesichtspunkte sein: Welche Vorkenntnisse hat die Gruppe der Anleger? Auf welchen Informiertheitsgrad hoffte der Initiator zu treffen? Inwieweit sind die Anleger in der Lage, das angebotene Zahlenmaterial zu durchschauen und auf Schlüssigkeit zu überprüfen? Ausgehend von der Grundkonstellation, dass der Prospekt die einzige und wesentlichste Informationsquelle des Anlegers darstellt, liegt das Informationsrisiko auch in erster Linie beim Initiator der Anlage. Er hat durch den Prospekt nicht nur die Information des Anlegers über die konkrete Anlage, sondern auch die Grundinformation des Anlegers übernommen. Der Grund liegt darin, dass der Prospekt dazu dient, beim Anleger sofort eine Anlageentscheidung herbeizuführen, ohne weitere Informationen

sofort eine Anlageentscheidung herbeizuführen, ohne weitere Informationen einzuholen. Dem Anleger wird suggeriert, dass der Prospekt alle für ihn zur Beurteilung des Risikos und der Rentabilität der Anlage erforderlichen Informationen enthalte. Damit muss der Prospekt, auch was die Grundlagen angeht, richtig und vollständig sein. Er darf nicht die grundlegenden Fragen der jeweiligen Anlage verfälscht wiedergeben.

Eine vergleichbare Situation ergibt sich bei der Börsentermingeschäftsfähigkeit kraft Aufklärung gemäß § 37d I WpHG³⁴⁷. Ähnlich dieser muss auch bei anderen Kapitalanlagen der Anleger über die grundlegenden Risiken des Geschäfts durch seinen Geschäftspartner informiert werden. Nur so ist sichergestellt, dass der Anleger bei Zeichnung der Anlage auch wirklich weiß, worauf er sich einlässt. Obendrein ist sogar eine wiederholte Aufklärung nach § 37d I 3 WpHG vorgeschrieben.

Demgegenüber darf diese Argumentation nicht auf eine einseitige Belastung der Prospektherausgeber und Initiatoren der Kapitalanlage hinauslaufen. Bürdet man dem Prospektherausgeber mit o.g. Begründung das gesamte Informationsrisiko auf, müssten die Prospekte erheblich an Umfang zunehmen³⁴⁸. Sie enthalten dann sicherlich sämtliche Informationen, die für den Anleger unter allen möglichen Gesichtspunkten relevant sein könnten. Letztlich wirkt sich dieses Vorgehen jedoch wiederum zulasten des potentiellen Anlegers aus, denn eine solche Fülle von Informationen kann er kaum aufnehmen oder gar verstehen.

Man muss daher dem Anleger zumuten, sich einen gewissen Teil der Informationen über die von ihm zu zeichnenden Kapitalanlagen selbst zu beschaffen. Hier bietet sich auch wieder die vom Prospektherausgeber/Initiator der Anlage ins Auge gefassete Zielgruppe als Maßstab an. Von geschäftserfahrenen Personen ist mehr Eigeninitiative bei Beschaffung eigener Informationen zu erwarten, als bei Personen, die keine umfangreicheren Geschäfte zu tätigen pflegen. Viele Kunden lesen z.B. ausgiebig Testzeitschriften, holen von verschiedenen Händlern Informationen ein und machen eine Bedarfsanalyse, bevor sie sich ein Auto kaufen. Das gilt auch für andere Arten von Geschäften³⁴⁹. Offenbar geht man jedoch davon aus, dass Kapitalanleger sich

³⁴⁷ vormals § 53 II BörsG, geändert durch 4. Finanzmarktförderungsgesetz mit Wirkung vom 1.7.2002

³⁴⁸ Grotherr: DB 1986, 2584, 2591

³⁴⁹ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 221

keine entsprechenden Informationen beschaffen. Dabei besteht an entsprechender Literatur in beiden Fällen kein Mangel. Die schnelle Verfügbarkeit zusätzlicher Informationen spricht jedoch wieder dafür, dem Anleger die Beschaffung gewisser Grundinformationen selbst zu überlassen.

Nach welchen Kriterien ist jedoch zu bestimmen, ob ein Anleger sich Grundinformationen selbst beschaffen und vor allem das entsprechende Risiko tragen muss? In erster Linie kommt hier wiederum die Geschäftserfahrenheit in Frage. Evtl. spielt die finanzielle Höhe des Engagements auch eine Rolle. Dieses steht jedoch bei Ausgabe des Prospektes noch gar nicht fest.

Weiterhin ist von Bedeutung für die Risikoverteilung, dass es sich auch bei Kapitalanlageprospekten um Werbung handelt. Der Anleger muss daher davon ausgehen, dass ihn der Prospekt zur Zeichnung der Anlage verleiten soll und aus diesem Grund das Produkt in einem sehr günstigen Licht darstellt³⁵⁰. Dieses Argument versucht Geerds dahingehend umzudrehen, dass der Prospekt vom Vertreiber der Kapitalanlage in eigenem Interesse herausgegeben wird und daher der Anleger erwarten kann, dass der Prospekt ein vollständiges und ausgewogenes Bild der Anlage zeichnet³⁵¹. Dies widerspricht aber eklatant dem Gedanken, dass es sich um Werbung handelt, die ja Informationen weglassen darf³⁵². Im Zweifel will der Prospektherausgeber oder Initiator den Anleger nicht auf die Nachteile der Kapitalanlage aufmerksam machen oder diese herunterspielen.

Noch ein weiteres Argument spricht für eine Risikoverlagerung zugunsten des Anlegers: Vergleicht man einen Erwerber einer Kapitalanlage mit dem Erwerber eines Autos, so ist der Autokäufer vor fehlerhaften Anpreisungen strafrechtlich lediglich im Rahmen des § 263 StGB geschützt. Dieser ist jedoch auf Sonderfälle beschränkt. Eine Aufklärungspflicht ist hier immer besonders zu begründen. Schutz vor explizit falschen Informationen bietet § 263 StGB ohne weiteres. Allerdings ergeben sich auch Aufklärungspflichten: Der Autokäufer braucht nicht damit zu rechnen, einen Unfallwagen zu erwerben. Insoweit wird dem Autokäufer die Überprüfung der Kauf-

³⁵⁰ Worms: Anlegerschutz S. 92 f

³⁵¹ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 221

³⁵² vgl. Seite 142 ff

sache auf Fehler abgenommen. Er darf sich auf die Angaben des Händlers verlassen. Das Problem bei Kapitalanlagen besteht jedoch darin, dass die Leistung nicht gegenständlich ist (Auto), sondern abstrakt. Hier ist eine Überprüfung wesentlich schwieriger möglich. Ein Auto kann man Probe fahren und von allen Seiten auf evtl. Schäden hin untersuchen. Eine Gesellschaftsbeteiligung besteht demgegenüber nur aus den jeweiligen Vertragsbedingungen. Dies erschwert die Beurteilung der Werthaltigkeit und Risiken einer Anlage erheblich.

Demnach hat sich zwar grundsätzlich der Anleger seine Informationen selbst zu beschaffen. Diese Grundsatz ist jedoch durch verschiedene Faktoren stark eingeschränkt. Abhängig von der Geschäftsgewandtheit des Anlegers kann auch eine Information über die Grundlagen eines Geschäfts dem Prospektherausgeber zufallen. Je unerfahrener der Anleger, desto umfassender muss die Information seitens des Prospektherausgebers erfolgen. Dabei darf der Informationsgehalt nicht durch ein Zuviel an Information verschleiert werden. Vielmehr muss der Anleger aufgrund des Prospektes in die Lage versetzt werden, die Werthaltigkeit der Kapitalanlage selbst festzustellen.

3. Ausschluss von Bagatellen

Schließlich dient der Begriff der Erheblichkeit dem Ausschluss von geringfügigen Umständen. Letztlich sind damit aber schon alle Umstände erfasst, die schon gar nicht den Wert beeinflussen bzw. auch sonst unter keinen weiteren Tatbestand zur Eingrenzung des Begriffes der Erheblichkeit fallen. Damit ist nur die maximale Grenze dieses Merkmals definiert. Es werden an dieser Stelle lediglich Umstände ausgeschlossen, die völlig irrelevant für den Wert der Anlage sind und unter keinem denkbaren Gesichtspunkt irgendeine Vermögensrelevanz entwickeln können³⁵³.

4. Zusammenfassung der Elemente des Begriffs "erheblich"

Erheblich sind nur die Umstände, die ein durchschnittlich vorsichtiger Anleger zur Beurteilung der Kapitalanlage benötigt. Das können ausgehend vom Rechtsgut des

³⁵³ vgl. S. 89

§ 264a StGB zunächst nur diejenigen Umstände sein, die eine Relevanz für das Vermögen des Anlegers haben. Eine solche Relevanz ist gegeben, wenn bestimmte Risiken für den Anleger in Wahrheit höher sind, als im Prospekt dargestellt. Diese Risiken betreffen die Durchführbarkeit der Kapitalanlage, den versprochenen Gewinn und die dem Anleger entstehenden Kosten.

Allein die Vermögensrelevanz eines Umstandes verpflichtet jedoch noch nicht zu einer Aufklärung. Der Umstand muss zusätzlich noch in den Kreis der Faktoren gehören, über die der Prospekthersteller informieren muss. Das sind die Faktoren, die in seinen Risikobereich fallen. Die Beantwortung dieser Frage hängt in erster Linie davon ab, auf welchen Grad von Informiertheit und Vorerfahrung der Prospektherausgeber zu treffen erwartete. Mithin ist also zunächst die vom Prospektherausgeber angepeilte Zielgruppe zu ermitteln. Von dieser hängt letztlich der Umfang der Aufklärungspflichten ab.

5. Konsequenzen

Diskutiert wird im Rahmen der Frage nach der Erheblichkeit auch die Frage nach der Möglichkeit einer Kompensation von verschwiegenen nachteiligen Tatsachen bzw. erfolgten vorteilhaften unrichtigen Angaben mit ebenfalls nicht erfolgten Angaben, die sich positiv auf die Bewertung der Anlage auswirken. Anhand verschiedener Fallkonstellationen wird erörtert, ob ein Umstand nicht erheblich ist, wenn seine für den Anleger nachteilige Wirkung dadurch quasi neutralisiert wird, dass der Initiator einen weiteren Umstand nicht angibt, der sich jedoch im Endeffekt zugunsten des Anlegers auswirkt.

Zu Recht erkennt Joecks, dass die Zulassung der Saldierung eine vollständige wertmäßige Beurteilung der Anlage nach sich ziehen würde, die jedoch gerade nicht gewünscht ist³⁵⁴. Soweit jedoch von der fehlerhaften Information i.S.d. § 264a StGB³⁵⁵ nur ein bestimmter Faktor des Prospekts betroffen sei, könne eine Saldierung durch-

³⁵⁴ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 166

³⁵⁵ Ich meine hier sowohl verschwiegene nachteilige Tatsachen als auch die Mitteilung unrichtiger vorteilhafter Angaben.

geführt werden³⁵⁶. Eine konkrete Begründung für diese Differenzierung fehlt jedoch: Wenn ein Anleger von vornherein wüsste, dass die Vermietung eines Objektes nicht gesichert ist, wird ihn das in jedem Fall von der Zeichnung der Anlage abhalten, gleich, ob die Finanzierungskosten geringer sind, als angegeben, oder ob aufgrund der Marktsituation eine Vermietung in jedem Fall möglich ist³⁵⁷. Letzteres würde über den Prospekt hinausgehendes Wissen des Anlegers voraussetzen, welches oftmals nicht vorhanden ist. Selbst, wenn dieses Wissen vorhanden ist, führt die mangelnde Gewissheit der Vermietung dazu, dass der Anleger nicht kaufen wird. Allein das höhere Risiko, dass eine Vermietung entgegen der Darstellung im Prospekt nicht gesichert ist, hielte ihn von der Zeichnung der Anlage ab.

Auch die Bewertung der verschwiegenen und mitgeteilten Faktoren wirft dieselben Probleme auf, wie sie bereits oben geschildert worden sind. Um auf das bereits geschilderte Beispiel von Joecks³⁵⁸ zurückzugreifen: Wann ist die Wahrscheinlichkeit des Neuabschlusses von Mietverträgen so hoch, dass sie das Scheitern der ursprünglich geplanten Verträge aufwiegen kann? Hier stellt sich erneut das Problem, wie Risiken zu kapitalisieren und damit zu vergleichen sind. Allein die Ungewissheit der weiteren Entwicklung der Kapitalanlage würde einen Kaufinteressenten schon abschrecken.

Eine andere Frage betrifft die Behandlung von Betriebsgeheimnissen. Das Dilemma liegt auf der Hand: Der Initiator will einen bestimmten Faktor für sich und seine Kunden gewinnbringend nutzen. Das funktioniert aber nur, wenn die Konkurrenz diese Möglichkeit nicht entdeckt. Daher darf er nicht damit werben. Andererseits ist er zur Aufklärung über alle erheblichen Umstände verpflichtet. Dass ein Umstand, der gerade den Gewinn der Anlage einbringen soll, erheblich ist, bedarf keiner näheren Erläuterung. Solange sich dieser Faktor rein positiv auf die Anlage auswirkt, darf er verschwiegen werden: Das Verschweigen vorteilhafter Tatsachen wird nicht von § 264a StGB erfasst. Soweit daher Innenprovisionen oder Kick-backs bei steuerbegünstigten Kapitalanlagen eine erhöhte Verlustzuweisung ermöglichen, sind diese

³⁵⁶ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 167

³⁵⁷ Beispiel bei Joecks: wistra 1986, 142, 147

³⁵⁸ Joecks: wistra 1986, 142, 147

Umstände nicht nachteilig und deshalb auch nicht offenbarungspflichtig³⁵⁹. Die Problematik "Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse" wird jedoch erst dann relevant, wenn sie nachteilige Tatsachen darstellen und verschwiegen werden oder im Wege unrichtiger vorteilhafter Angaben geschönt werden. Als Betriebsgeheimnis kommen die Privatinsolvenz eines Geschäftsführers oder schwache Kapitaldecke eines beteiligten Unternehmens in Frage. In diesen Fällen geht jedoch der Anlegerschutz dem Geheimhaltungsinteresse des Initiators vor³⁶⁰. Ansonsten liefe der von § 264a StGB gewährleistete Schutz leer: Man kann viele Faktoren bei Kalkulation als "Geschäftsgeheimnis" deklarieren und damit den Weg zu einer Manipulation des Prospekts öffnen. Damit entpuppt sich diese Problematik im wesentlichen als Scheinproblem: Entweder das Geschäftsgeheimnis wirkt sich positiv aus, dann ist ohnehin § 264a StGB nicht einschlägig. Wirkt sich hingegen das Geschäftsgeheimnis negativ aus, so ist dem Anlegerschutz der Vorzug zu geben. Der Anleger soll wissen, worauf er sich einlässt. Weiß ein Anleger, dass ein Unternehmen kurz vor der Insolvenz steht, wird er davon absehen, sein Geld hier zu investieren³⁶¹.

Sollte dennoch ein Umstand verschwiegen werden, der für den Erfolg der Kapitalanlage nachteilig wäre, andererseits aber sehr gewichtige Gründe trotzdem für eine Geheimhaltung sprechen, so wäre in diesen Ausnahmefällen auch eine Lösung über § 34 StGB denkbar³⁶².

G. Größerer Kreis von Personen

Gemeinhin wird das Tatbestandsmerkmal "größerer Kreis von Personen" so definiert, dass die Individualität des einzelnen Anlegers hinter den gemeinsamen Merkmalen der Gruppe zurücktritt³⁶³. Dies ist nicht anhand einer bestimmten Anzahl umworbener Anleger zu bestimmen. Maßgeblich ist hier auch die vom Initiator ins Auge gefasste Zielgruppe. Anhand der vom Initiator geplanten Marketingstrategie ist zu ermit-

³⁵⁹ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 226 f; LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 52. Genau anders ist jedoch der Fall zu beurteilen, wenn durch Innenprovisionen die gewinnträchtig anzulegende Summe gemindert wird, Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 227; a.A: Pabst: rechtliche Risiken S. 19

³⁶⁰ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 69

³⁶¹ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 228

³⁶² LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 69

teln, ob der Initiator individuell ausgewählte Personen angesprochen oder eine Gruppe nach allgemeinen Kriterien ausgewählt hat. Ausschlaggebend ist insofern jedoch nicht allein die Planung einer Werbekampagne, sondern die Umsetzung. Das bedeutet, die Prospekte müssen auch tatsächlich in Umlauf gelangt sein. Eine Kenntnisnahme seitens der umworbenen Anleger ist jedoch nicht erforderlich. Ausgeschlossen werden soll lediglich die individuelle Auswahl einzelner potentieller Anleger. Das ist der Fall, wenn die Anleger nach Kriterien ausgewählt werden, die allen gemeinsam sind. Joecks problematisiert in diesem Zusammenhang, dass die Anleger über die Mandantschaft eines Steuerberaters ausgewählt werden³⁶⁴. Für das Tatbestandsmerkmal "größerer Personenkreis" differenziert er danach, ob der Steuerberater die Mandanten auswählen soll, denen er die Anlage anbietet. Ist diese Frage zu bejahen, so sind die potentiellen Anleger für den Initiator unbekannt und damit nur allgemein bestimmt. Sollen allerdings im Beispielsfall 10 Prospekte an Mandanten verteilt werden und der Steuerberater hat nur 10 Mandanten, dann liegt nach Joecks eine individuelle Bestimmung vor. Das Merkmal "größerer Personenkreis" ist nicht erfüllt. Dies kann aber allenfalls dann gelten, wenn der Initiator weiß, dass der Steuerberater nur so wenige Mandanten hat und ihm auch die persönlichen Daten vorher schon näher bekannt sind. Es kommt auf die Auswahl nach generellen Kriterien an, nicht darauf, ob nur wenige Personen diese Kriterien überhaupt erfüllen. Wenn der Initiator die Kapitalanlage an die Mandanten eines bestimmten Steuerberaters verkaufen will, so liegt ein allgemeines Kriterium vor. Das gilt zumindest insofern, als die Mandanten dem Initiator vorher nicht bekannt sind. Bei Bekanntheit liegt die Vermutung nahe, dass eine Auswahl nach individuellen Kriterien erfolgt ist.

In der Konstellation des § 264a II StGB hingegen ist ein Kriterium schon vorbestimmt: Die Auswahl erfolgt aus dem Kreis der bereits beteiligten Anleger. Allerdings kann auch aus dieser Gruppe eine bestimmte Anzahl nach weiteren allgemeinen Auswahl Gesichtspunkten bestimmt werden, denen dann ein Prospekt mit dem Ziel der Einlageerhöhung übermittelt wird. Daran zeigt sich, dass auch der Gesetzgeber da-

³⁶³ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 113

³⁶⁴ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 115

von ausgeht, dass durch eine vorhandene Beteiligung die Anleger nicht so weit individualisiert werden, dass das Merkmal "größerer Personenkreis" entfällt³⁶⁵.

An diesem Merkmal zeigt sich auch erneut die Problematik der mündlichen Darstellung: Eine mündliche Darstellung kann allenfalls in Form eines Vortrages vor einer Anzahl potentieller Anleger noch eine generelle Aufklärung darstellen. Ein persönliches Beratungsgespräch, in dem dann ein Prospekt übergeben wird, ist keineswegs als abstrakt anzusehen. Sofern also die Anleger individuell beraten werden und der Vermittler auf ihre eigenen Vorstellungen und Fragen eingeht, liegt hinsichtlich der mündlichen Darstellung eine Individualtäuschung vor. Anders aber insoweit Tiedemann³⁶⁶: Bei einer Vielzahl aufeinander folgender Einzelgespräche, sei es an der Haustür oder am Telefon, soll dann keine Individualtäuschung vorliegen, wenn sachlich identische Angaben gemacht werden. Sofern die Vermittler also geschult sind und einem vorgegebenen Konzept beim Vertrieb der Kapitalanlage folgen, ist das Tatbestandsmerkmal des "größeren Personenkreises" erfüllt.

In die gleiche Richtung - Ausklammerung der Individualtäuschung - zielt auch die Voraussetzung, dass die Täuschung im Zusammenhang mit dem Vertrieb oder dem Angebot auf Erhöhung einer Kapitalanlage erfolgen muss. Das bedeutet, dass ein reiner Bericht oder eine Meinungsäußerung über bestimmte Anlagemöglichkeiten nicht ausreicht. Es muss der Prospekt oder die Darstellung im Zusammenhang mit einer auf Absatz einer größeren Stückzahl einer Kapitalanlage gerichteten Tätigkeit stehen. Diese Vertriebsmaßnahme richtet sich an den Markt und damit an einen größeren Personenkreis.

Gegen die Ausklammerung der Individualtäuschung hat Worms Bedenken geäußert³⁶⁷. Aus Sicht des reinen Vermögensschutzes als Rechtsgut des § 264a StGB ist die Ausklammerung der Individualtäuschung unnötig. Eine Gefährdung des Anlegervermögens tritt sowohl bei einer massenhaften als auch einer individuellen Täuschung ein.

³⁶⁵ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 116

³⁶⁶ LK-Tiedemann: § 264a Rn. 44

³⁶⁷ Worms: Anlegerschutz S. 336

Nach der hier vertretenen Auffassung jedoch ist dieses Merkmal im Zusammenhang mit dem Begriff der "erheblichen Umstände" zu sehen³⁶⁸. Es dient der Objektivierung der Anforderungen die die einzelnen Anleger an den Umfang und Inhalt der Informationen in einem Anlageprospekt stellen. Weiterhin unterstreicht dieses Merkmal den Charakter der Vorschrift als abstraktes Gefährdungsdelikt.

H. Täter und Teilnehmer

Täter eines Kapitalanlagebetruges ist, wer "in einem Prospekt (...) unrichtige vorteilhafte Angaben macht oder nachteilige Tatsachen verschweigt". § 264a StGB kann also von jedermann verwirklicht werden.

Viele Personen sind mit dem Prospekt befasst: Dies sind zunächst die Initiatoren, die die grundlegende Konzeption der Kapitalanlage vornehmen. Dabei können sie durch ein Team von Rechtsanwälten, Steuerberater o.ä. beraten werden. Diese erstellen gemeinsam einen Plan für das Anlageprojekt. Die Werbung der Anleger wird entweder von dem Initiatorenteam selbst übernommen oder durch ein Marketingunternehmen, das den Prospekt entwirft. Der eigentliche Vertrieb der Anteile erfolgt entweder wiederum über eigenes Personal der Anlagegesellschaft oder durch externe Steuerberater, Rechtsanwälte oder spezielle Vertriebsunternehmen, aber auch Banken und Sparkassen. Auch direkte Versendung der Prospekte an bestimmte potentielle Kunden ist möglich. Dabei treten auch Hilfspersonen in Erscheinung, deren Strafbarkeit zumindest theoretisch auch erwogen wird³⁶⁹: Die Sekretärin, die den Entwurf des Prospektes schreibt, der Setzer, der für den Druck zuständig ist oder der Postbote, der die fehlerhaften Prospekte ausliefert. In diesem Umfeld von Personen, die mit der Erstellung und dem Vertrieb der Kapitalanlage befasst sind, ist zunächst zwischen Tätern und Teilnehmern i.w.S. zu unterscheiden.

³⁶⁸ vgl. oben Seite 91 ff

³⁶⁹ Maurach/Schröder/Maiwald: Strafrecht BT, Band 2, S. 481; Joecks: wistra 1987, 412, 148

I. Täter

Täter ist nach herrschender Lehre, wer die Tatherrschaft hat. Das ist die Person, die nach ihrem Willen die Tatausführung steuern, ablaufen lassen oder hemmen kann. Das Gesetz erfasst alle diejenigen, die "im Zusammenhang mit dem Vertrieb (...) in Prospekten (...) unrichtige vorteilhafte Angaben machen oder nachteilige Tatsachen verschweigen".

Als Täter kommt nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut der Norm der Täuschende in Frage. Dies ergibt sich aus dem Satzbau: Die relevante Tätigkeit ist "Angaben machen oder Tatsachen verschweigen". Diese Sichtweise deckt sich auch mit dem hier bevorzugten Rechtsgut: eine Gefährdung für das Vermögen der Anleger tritt durch fehlerhafte Informationen in einem Prospekt ein. Der Kern der Tathandlung liegt also darin, dass ein Prospekt mit fehlerhaftem Inhalt hergestellt wird.

Fraglich ist jedoch, ob die Täterkreise danach differieren können, ob es um aktives Tun (vorteilhafte unrichtige Angaben machen) oder ein Unterlassen (nachteilige Tatsachen verschweigen) geht³⁷⁰. Während beim aktiven Tun nur die Personen strafbar sein können, die gestaltend am Prospekt mitgewirkt haben, bestünde die Möglichkeit, den Kreis der Verantwortlichen für Unterlassen weiter zu ziehen. Das wesentliche Argument für eine Gleichbehandlung beider Fälle liefert Tiedemann gleich mit: Da es für die Täterschaft immer nur auf Umstände innerhalb eines Prospekts ankommt, trifft dies auf beide Alternativen zu. Unterlassen kann damit auch nur derjenige, der auch durch aktives Tun strafbar sein kann³⁷¹.

Dies ist eine Auslegung, die durch den klaren Bezug zum Prospekt Rechtssicherheit bietet und sich gut in das System einfügt. Wollte man eine andere Ansicht verfolgen, bedürfte es weiterer Kriterien, um den Kreis der Verantwortlichen für die Aufklärung der Anleger im Zusammenhang mit einem Prospekt einzugrenzen. Diese Kriterien sind jedoch unmittelbar aus dem Gesetz nicht ersichtlich.

³⁷⁰ LK-Tiedemann: § 264a Rn. 80

³⁷¹ LK-Tiedemann: § 264a Rn. 80; ebenso: OLG Köln: StV 2000, 28, 30

So ergibt sich, dass in dem von Joecks zitierten Fall³⁷², dass der Setzer den Prospektinhalt ändert, eine Strafbarkeit des Setzers, da er innerhalb des Prospektes durch Veränderung des Inhaltes falsche Informationen verbreitet. Gleiches gilt auch für die Sekretärin, die bei Erstellung der Texte vorsätzlich Änderungen vornimmt, die über den wahren Inhalt der Kapitalanlage hinwegtäuschen. Wer hingegen keinen Einfluss auf den Inhalt des Prospektes hat, wie z.B. ein Bürobote, der den Prospekt mit dem fehlerhaften Inhalt von einem Zimmer zum anderen transportiert, kommt hingegen als Täter nicht in Frage.

II. Mittelbare Täterschaft

Allgemein³⁷³ differenziert man zutreffend zwischen denjenigen Personen, die als Initiatoren der Kapitalanlage und den Prospekt inhaltlich abfassen, und denjenigen, die mit dem Vertrieb befasst sind.

Dabei sind Initiatoren und Prospekthersteller stets als Täter anzusehen. Nur sie können "in" dem Prospekt täuschen, da sie wesentlichen Einfluss auf die Gestaltung haben. Lediglich für die besondere Situation, dass diese durch einen ihrer eigenen Berater getäuscht werden, nehmen die Verfasser teilweise eine mittelbare Täterschaft an³⁷⁴. Problematisch dabei ist jedoch, ob die beratenden Hintermänner eine solche Wissensherrschaft erlangen, dass die Initiatoren der Kapitalanlage überhaupt nicht wissen, dass sie selbst getäuscht werden. Die Anforderungen an die Tatherrschaft des mittelbaren Täters und das deliktische Defizit des Werkzeugs sind recht hoch. Es ist kaum anzunehmen, dass sie in der Praxis erreicht werden. Soweit sie selbst die fehlerhaften Angaben ihrer Berater durchschauen, käme allenfalls noch Anstiftung oder die Konstellation des Täters hinter dem Täter in Frage.

³⁷² Joecks: wistra 1986, 142, 148

³⁷³ Cerny: MDR 1987, 271, 275; Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 213 Fn. 74; Jehl: DB 1987, 1772, 1774f; Otto: WM 1988, 729, 739; Schmidt-Lademann: WM 1986, 1241, 1243; Schniewind/Hausmann: BB 1986, Beilage 16, 26, 31 f; LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 76 f

³⁷⁴ Cerny: MDR 1987, 271, 275; Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 219; Schmidt-Lademann: WM 1986, 1241, 1243; LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 77; Worms: wistra 1987, 271, 274

III. Mittäterschaft und Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der mit dem Vertrieb befassten Personen

Bei den im Vertrieb tätigen Personen gelangen die einzelnen Autoren zu unterschiedlichen Ergebnissen. Ein Teil der Autoren³⁷⁵ kommt hier zu einer Bestrafung, wenn die Vertriebspersonen sich den Prospektinhalt in Kenntnis seiner Fehlerhaftigkeit zu eigen machen. Das sei dann der Fall, wenn sie nicht darauf hinweisen, keinen Einfluss auf die Prospektgestaltung gehabt zu haben³⁷⁶. Dies trifft jedoch nur dann zu, wenn Kapitalanlagebetrug, so wie auch die zivilrechtliche culpa in contrahendo, eine Haftung für Vertrauensmissbrauch darstellt. Beim Kapitalanlagebetrug geht es jedoch um Täuschung durch Vorlage eines fehlerhaften Prospektes. Mit anderen Worten: Es kommt auf den Inhalt des Schriftstückes, nicht jedoch auf die Inanspruchnahme von Vertrauen bei den Vertragsverhandlungen an³⁷⁷.

Daher lehnen einige Autoren zu Recht eine Strafbarkeit der nur im Vertrieb tätigen Personen als Täter ab. Der Grund dafür liegt weiterhin im Wortlaut der Vorschrift: § 264a StGB stellt es unter Strafe, "in" einem Prospekt fehlerhafte Angaben zu machen. Wer jedoch mit der Herstellung des Prospektes selbst nichts zu tun hat, kommt nicht mehr als Täter oder Mittäter in Frage, da er keinen kausalen Beitrag zur Unrichtigkeit des Prospektes leistet. Insoweit können sich im Vertrieb tätige Personen nur wegen Mittäterschaft oder sukzessiver Beihilfe³⁷⁸ strafbar machen.

Ist von vornherein eine Vertriebsorganisation fest eingeplant, so kommt eine Zurechnung der Herstellung des unrichtigen Prospektes nur nach den Grundsätzen der Mittäterschaft in Frage. Es muss also schon ein aufgabenteiliges Vorgehen der Beteiligten geplant sein.

Damit stellt sich die Frage, wann die Voraussetzungen für Beihilfe oder Mittäterschaft erfüllt sind und wie die Abgrenzung zwischen beiden Beteiligungsformen hinsichtlich

³⁷⁵ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 92; Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 219; Pabst: rechtliche Risiken S. 42

³⁷⁶ Worms: wistra 1987, 271, 274

³⁷⁷ Schmidt-Lademann: WM 1986, 1241, 1242

³⁷⁸ Sofern man der Rechtsprechung in der Begründung dieser Konstruktion folgt. Problematisch ist es jedoch, eine Kausalität der Beihilfehandlung bzw. Förderung der Haupttat nachzuweisen, wenn die Beihilfehandlung der Vollendung der Haupttat zeitlich nachfolgt, so aber Jehl: DB 1987, 1772, 1774

des Vertriebspersonals zu erfolgen hat. Das Kriterium, das die Grenze zwischen Beihilfe und Mittäterschaft zieht, ist die Tatherrschaft³⁷⁹.

Tatherrschaft hat grundsätzlich nur, wer den Prospektinhalt gestaltet. Der fehlerhafte Prospektinhalt stellt eine Gefahr für das Vermögen der potentiellen Anleger dar. Insofern stellt sich das reine Verteilen des Prospektes in Abhängigkeit von dem Prospektherausgeber als untergeordnetes Verhalten dar, das Mittäterschaft nicht begründen kann.

Mittäterschaft basiert auf dem Gedanken des arbeitsteiligen Vorgehens auf der Grundlage eines gemeinsamen Tatentschlusses³⁸⁰ und führt zu einer Zurechnung der beiderseitigen Tatbeiträge. Daher ist ein Kriterium zu suchen, das die Zurechnung der Erstellung des fehlerhaften Prospektes an die im Vertrieb tätigen Personen ermöglicht und im Rahmen eines Gesamtgeschehens die Herstellung des Prospektes und seine Verbreitung als gleichberechtigte Teilakte erscheinen lässt. Erst dann, wenn weitere Umstände hinzutreten, die gemäß dem gemeinsamen Tatplan im eigenen Verantwortungsbereich des Vertriebspersonals liegen und als Teil eines arbeitsteiligen Vorgehens erscheinen, kann man das Vertriebspersonal als Mittäter ansehen. Die einen eigenen Verantwortungsbereich begründenden Umstände können besonders Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die Verbreitung des Prospektes sein. Die Konkretisierung der vom Prospektherausgeber ausgewählten Zielgruppe wäre hier als Beispiel zu nennen. Entscheidend ist insoweit aber, dass dem Vertrieb noch ein eigener Entscheidungsspielraum verbleibt. Kann jedoch von einem gemeinsamen Tatplan keine Rede sein, da seitens des Prospektherausgebers dem Anlagevermittler schon klare Vorgabe über Ort und Zielgruppe gemacht werden, stellt sich für die Beteiligten die Vermittlungstätigkeit als untergeordneter Vorgang dar. Je enger also die Vorgaben und damit auch die Steuerung des Vertriebs durch den Prospektherausgeber sind, desto weniger kann man bezüglich des Vertriebes Mittäterschaft bejahen.

Maßgeblich bei der Beurteilung der Situation, wenn Prospekthersteller und Prospektverbreitender nicht identisch sind, ist demnach die gemeinsame Absprache der Par-

³⁷⁹ Schönke/Schröder/Cramer: Vorbemerkungen zu §§ 25 ff StGB Rn. 88

³⁸⁰ Lackner/Kühl: § 25 StGB Rn. 11; Schönke/Schröder/Cramer: Vorbemerkungen zu §§ 25 ff StGB

teilen, die bei Herstellung und Verbreitung des Prospektes zugrunde liegt. Dasselbe gilt in der Konstellation, dass zwischen Herstellung und Verbreitung des Prospektes ein Betriebsübergang liegt. Verbreitet der neue Firmenchef den unrichtigen Prospekt in Kenntnis der Unrichtigkeit, den der alte Firmenleiter noch hergestellt hat, so ist auch hier die Absprache wesentlich, die dem Betriebsübergang zugrunde liegt. Hat der alte Inhaber seinem Nachfolger mitgeteilt, dass ein innovatives Konzept zur Finanzierung einschließlich Prospekt vertriebsbereit ist und spielte dieses neue Konzept auch eine Rolle bei der Vereinbarung über den Kaufpreis, dann wäre darin ein gemeinsamer Tatplan zu sehen. Wäre mit Rücksicht auf das neue Konzept der Kaufpreis höher veranschlagt worden, könnte man mit dieser Absprache Mittäterschaft begründen. Der alte und der neue Firmeninhaber profitieren beide von dem neuen geplanten Finanzierungskonzept: Der alte Inhaber in Form einer Wertsteigerung seiner Firma, der neue Inhaber durch Umsetzung des Konzeptes.

Erfolgt der Betriebsübergang ohne Absprache im Wege der feindlichen Übernahme oder von Todes wegen, so kann dem Nachfolger mangels gemeinsamen Tatplans die Herstellung des Prospektes nicht zugerechnet werden. Mangels eigenen Einflusses auf den Prospektinhalt kann er nicht Täter sein, während eine Zurechnung des Verhaltens des alten Betriebsinhabers mangels gemeinsamen Tatplans scheitert. Er nutzt lediglich die vom Vorgänger geschaffene Situation aus und wäre danach bei Vorliegen der Voraussetzungen als Gehilfe anzusehen.

Einzelne Autoren erwägen daneben eine Strafbarkeit der Vertriebspersonen als Täter dadurch, dass sie selbst beraten und damit eigene - ggf. mündliche - Darstellungen erstellen³⁸¹. Das dürfte allerdings meistens am Erfordernis der Vollständigkeit scheitern. Auch wenn die Darstellung nur mündlich erfolgt, dürfte sie zumeist nur den vorhandenen Prospekt ergänzen ohne dabei jedoch selbst Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben. Darüber hinaus stellt sich noch das Problem des Nachweises im Prozess. Hier ist ja allenfalls Zeugenbeweis möglich. Nach mehreren Jahren erinnert sich niemand mehr, was genau gesprochen wurde.

Rn. 84 f

³⁸¹ Otto: WM 1988, 729, 739; LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 75; a.A.: Schmidt-Lademann: WM 1986, 1241, 1242

Soweit jedoch keine Information, sondern schlichte Weitergabe des Prospektes ohne Eigeninteresse erfolgt, z.B. durch den Briefträger³⁸², wäre einerseits mangels gemeinsamen Tatplans, andererseits wegen untergeordneter Tätigkeit des Postboten die Grenze für Mittäterschaft nicht erreicht. In diesem Fall käme allenfalls Beihilfe in Frage.

Innerhalb des Teams, das den Prospekt herausgibt, ist zu klären, wie stark der Einfluss einzelner Beteiligter auf die Gestaltung des Prospekts ist. Relativ unproblematisch ist die Konstellation in kleinen Firmen, die mit wenig Personal arbeiten. Hier wird es meist einen oder einige weniger Personen geben, die gemeinschaftlich die Kapitalanlage entwerfen und den Prospekt konzipieren. Bei Arbeitsteilung und Beratung durch externe Steuerberater oder Rechtsanwälte stellt sich die Situation schon wesentlich schwieriger dar. Jede Abteilung hat nur einen Teil vor sich, nur wenige Personen durchschauen die Gesamtplanung oder können insoweit gar Einfluss nehmen. Die erste Hürde besteht schon darin, dass sämtliche Beteiligte Kenntnisse von den Umständen der geplanten Täuschung haben müssen. Die einzelnen Tatbeiträge führen darüber hinaus nur dann zu einer Strafbarkeit als Mittäter, wenn sie von Bedeutung für die Täuschung innerhalb des Prospekts sind. Die Tatbeiträge müssen innerhalb der Gestaltung einen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Lesers ausüben. Ideen, die nicht in den Prospekt Eingang gefunden haben, führen evtl. zu einer psychischen Beihilfe, jedoch nicht zur Mittäterschaft.

Mittäter kann daher nur sein, wer im Zusammenwirken mit dem Prospektherausgeber fehlerhafte Prognosen, Expertisen oder Gutachten erstellt, die Eingang in den Prospekt finden. Da die Einflussnahme auf Gestaltung und Inhalt des Prospektes entscheidend für die Frage der Täterschaft ist, sind hier meist die Ideenlieferanten und in der Konzeption tätigen Personen vom Risiko der Strafbarkeit betroffen. Insoweit gelten die allgemeinen Grundsätze der Mittäterschaft. Maßgeblich ist insoweit die Kenntnis des Mittäters vom Gesamtzusammenhang.

Soweit sich die Initiatoren jedoch externer Personen zum Vertrieb ihrer Produkte bedienen, kommt eine Mittäterschaft unter dem Gesichtspunkt des Interesses an der Tat nur in Frage, wenn sie ein wirtschaftliches Eigeninteresse am Erfolg der Tat ha-

³⁸² Beispiel bei Maurach/Schröder/Maiwald: Strafrecht BT 1 S. 529

ben, mithin also Provision für die Vermittlung erhalten. Erfolgt der Vertrieb durch Banken, ist diese Abhängigkeit jedenfalls nicht einfach zu belegen, da diese aufgrund der größeren Produktpalette nicht auf die Vermittlung einer bestimmten Kapitalanlage angewiesen sind. Eine Mittäterschaft scheidet damit in den meisten Fällen aus. Wie man im Zusammenhang mit Beihilfe argumentieren kann, sei am Beispiel der Banken erläutert.

Banken beteiligen sich an Kapitalanlagen auf zwei Wegen: Einmal im Rahmen des Vertriebes von Anlagen, darüber hinaus jedoch auch als Kreditgeber. Auch sind sie in Anlagegeschäfte insoweit involviert, als sie als Hausbank in Prospekten genannt werden, und so sich die Initiatoren das Renommee der jeweiligen Bank zunutze machen können. Immer wieder geraten Banken ins Gerede, wenn eine Kapitalanlage zusammengebrochen ist. Hauptvorwurf ist insoweit: Die Bank bzw. der Berater hat den Anleger nicht vor dieser Kapitalanlage gewarnt. Banken haben oftmals den Vorteil, indem sie die Kreditzinsen einstreichen, andererseits aber nicht das finanzielle Risiko haben, das ja der Anleger trägt. Obendrein haben sich auch die im Vergleich zum Kleinanleger höhere Kompetenz, das Risiko von Kapitalanlagegeschäften abzuschätzen. Bankenangestellte kommen dann als Gehilfen oder sogar Mittäter in Frage. Mittäterschaft liegt aufgrund des Eigeninteresses insbesondere dann nahe, wenn sie über die reine Vermittlung der Anlage hinaus auch die Finanzierung für den Anleger übernehmen. In diesem Fall erzielen sie aus dem Geschäft sogar einen eigenen Gewinn.

Täterschaftliche Begehung scheidet stets, wie oben bereits erläutert, da die Bank den Prospekt nicht selbst herausgibt und damit auf die Unrichtigkeit des Prospektes keinen Einfluss hat³⁸³. Soweit die Bank allein zur Finanzierung, jedoch nicht zur Vermittlung der Anlage auftritt, kommt eine Strafbarkeit im Zusammenhang mit § 264a StGB nicht in Betracht. Jehl verneint hier zutreffend eine Mittäterschaft und ebenso Beihilfe. Sein Kernargument lautet, dass die Bank in dieser Situation nur die Kreditwürdigkeit des Kunden, nicht jedoch den Erfolg des von ihm geplanten Engagements prüft. Eine solche Überprüfung ist auch seitens der Kreditinstitute kaum zu leisten, soweit sie mit Anlageprodukten konfrontiert werden, die sie selbst nicht füh-

³⁸³ Jehl: DB 1987, 1772, 1774 f; anders Pabst: rechtliche Risiken S. 42 f

ren. Damit fehlt es stets an der Kenntnis der Unrichtigkeit des Prospektes³⁸⁴. Anders wäre sicherlich zu entscheiden, wenn es um die Finanzierung von Anlagen geht, die die Bank selbst in ihrer Produktpalette hat. Hier gelten die Ausführungen zum Vertrieb durch eine eigene Vertriebsstruktur.

Soweit sich eine Beteiligung der Banken aus der Vermittlung der Kapitalanlage ergeben kann, ist Voraussetzung der Strafbarkeit eines Bankangestellten als Gehilfe zunächst einmal, dass ihm die Kenntnis des Prospektinhaltes nachgewiesen werden kann und er darüber hinaus auch das Risiko zutreffend eingeschätzt hat. Weiterhin muss er sich bewusst gewesen sein, die Haupttat - den Kapitalanlagebetrug - zu fördern.

Insoweit ist dabei jedoch stets der Vorsatz problematisch. Wenigstens *dolus eventualis* muss vorliegen. Dies setzt voraus, dass der fragliche Bankangestellte zumindest ernsthaft für möglich hält, dass die Kapitalanlage nicht rentabel oder sicher genug ist. Ein Nachweis der Voraussetzungen der inneren Tatseite ist jedoch zumeist recht schwer möglich, da kaum andere Beweismittel als die Angaben des Bankangestellten selbst zur Verfügung stehen. Aussagen Dritter über die seine Einschätzung werden kaum vorkommen. Allenfalls kann man aus der Offensichtlichkeit des Prospektfehlers darauf schließen, dass er dem Bankangestellten nicht entgangen sein kann.

Der Wille zur Förderung der Haupttat ist daher nur schwer zu belegen³⁸⁵. Die Banken selbst haben keinerlei Vorteile, wenn sie zum Scheitern verurteilte Kapitalanlagen vertreiben. Demgegenüber kann der Ruf eines Bankhauses leiden, wenn dort Kapitalanlagen vertrieben oder finanziert werden, die unseriös sind.

Insgesamt kann man sagen, dass Täter i.S.d. § 264a StGB nur sein kann, wer maßgeblich mit der Herausgabe des Prospektes zu tun hat. Tätigkeit im Vertrieb kann in Sonderfällen bei erheblicher Bedeutung und eigener Entscheidungsbefugnis als Mitäterschaft angesehen werden. Hauptsächlich dürfte hier Beihilfe vorliegen, wobei sich Probleme mit dem Doppelvorsatz des Gehilfen ergeben.

³⁸⁴ Jehl: DB 1987, 1772, 1775

³⁸⁵ Jehl: DB 1987, 1772, 1775; Schmidt-Lademann: WM 1986, 1241, 1243

Fazit: Die betrügerische Anlagevermittlung selbst ist nicht täterschaftlich zu erfassen, jedenfalls nicht als selbstständige Straftat. Sie bleibt ein Anhängsel des Kapitalanlagebetruges, obendrein sogar mit Strafmilderung (§ 27 II StGB). Scheitert die Strafbarkeit des Haupttäters, so ist eine Bestrafung dolos handelnder Personen im Vertrieb unter dem Gesichtspunkt des § 264a StGB³⁸⁶ nicht möglich.

IV. Probleme dieser Sichtweise

Damit entsteht der Eindruck, dass der schwerere Vorwurf sich an diejenigen richtet, die den Prospekt inhaltlich gestalten, während der Vertrieb als untergeordnete Tätigkeit erscheint. Aus Sicht der Öffentlichkeit liegt die Problematik genau andersherum: Gewarnt wird vor den Methoden im Strukturvertrieb³⁸⁷. Hier werden in erster Linie die potentiellen Anleger durch professionell geschultes Vertriebspersonal überredet, die entsprechenden Anlagen zu zeichnen³⁸⁸. Der persönliche Eindruck im ersten Gespräch ist ein wesentlicher Faktor, der ein Eingehen des Anlegers auf die Vermittlungstaktik des Täters begünstigt³⁸⁹. Zumeist ist er sogar wichtiger als der tatsächliche gedruckte Prospekt. Ein ganz wesentliches Problem ergibt sich, wenn die mündlichen Versprechungen weiter reichen als der Inhalt des Prospektes. Im Prospekt werden nur zutreffende Angaben gemacht, der Anleger schließt das Geschäft jedoch unter dem Eindruck des weitergehenden mündlichen Gespräches ab³⁹⁰. Mangels Nachweises der Vollständigkeit der mündlichen Darstellung scheidet eine Strafbarkeit der Vertriebsperson aus § 264a StGB. Da der Prospekt korrekt ist, fehlt es für die Beihilfe zu § 264a StGB an der Haupttat. Dass dieser - mündliche - Vermittlungsweg nicht von § 264a StGB erfasst ist, stellt zwar zu recht einen wesentlichen Gegenstand der Kritik an dieser Vorschrift dar³⁹¹. Da aber die Inhalte der Gespräche, wie zuvor geschildert, nicht beweisbar sind, würde auch die Änderung des § 264a StGB

³⁸⁶ Eine Strafbarkeit als fremdnütziger Betrug steht wiederum den besonderen Problemen des Betrugstatbestandes gegenüber, die bereits an anderer Stelle erörtert wurden.

³⁸⁷ Vgl. dazu den Gesprächsleitfaden für Telefonverkäufer, Worms: Anlegerschutz S. 97 ff

³⁸⁸ Gallandi: wistra 1987, 316, 319

³⁸⁹ Liebel/Oemichen: Motivanalyse S. 109

³⁹⁰ vgl. Martin: commodities fraud S. 167

³⁹¹ Martin: commodities fraud S. 161 ff

zur Erfassung des Anlagevertriebs auf mündlichem Wege nicht zu einem besseren Anlegerschutz führen.

Problematisch sind auch die Auswirkungen auf die zivilrechtliche Prospekthaftung: Der Gesetzgeber hat durch Einführung des § 264a StGB den Kreis der Haftenden erweitert. § 823 II BGB gewährt bei Verletzung eines Schutzgesetzes Schadensersatz. Ein Schutzgesetz in diesem Sinne ist auch § 264a StGB³⁹². Täter bzw. Gehilfen im Rahmen dieser Norm können auch Vertriebspersonen sein. Während im Rahmen der bisherigen zivilrechtlichen Prospekthaftung lediglich Prospektherausgeber für die Inanspruchnahme von Vertrauen haften, macht sich hier auch strafbar und damit i.S.d. § 823 II BGB schadensersatzpflichtig, wer sich an der Verbreitung des Prospektes beteiligt³⁹³. Diese Haftung betrifft Vertriebsgesellschaften, aber auch Banken und Sparkassen. Im Unterschied zur bisherigen Prospekthaftung ist jedoch der Verschuldensmaßstab höher: Eine Haftung nach § 823 II BGB i.V.m. § 264a StGB setzt Vorsatz voraus. Demgegenüber reicht für die bisherige Prospekthaftung Fahrlässigkeit. Irrelevant für das Zivilrecht ist dabei jedoch, ob es sich um Täter oder Teilnehmer handelt. Soweit eine Strafbarkeit im Zusammenhang mit § 264a StGB bejaht wurde, sind auch die Voraussetzungen der Haftung gemäß § 823 II BGB gegeben.

Damit erlangt § 264a StGB gerade im Zivilrecht eine erhebliche Bedeutung. Entsprechend wurde die neue Vorschrift hier auch begeisterter aufgenommen als im Strafrecht. Selbst der BGH in Zivilsachen hat sich schon mit dieser Strafvorschrift beschäftigt³⁹⁴. Demgegenüber sind veröffentlichte strafgerichtliche Entscheidungen nicht zu finden.

I. Vorsatz

Inhalt des Vorsatzes bei § 264a StGB sind die Kenntnisse und Vorstellungen, die der Täter von den objektiven Tatbestandsmerkmalen des § 264a StGB hat. Dabei genügt

³⁹² Jehl: DB 1987, 1772, 1773; Schniewind/Hausmann: BB 1986, Beilage 16, 26, 32

³⁹³ Schniewind/Hausmann: BB 1986, Beilage 16, 26, 33

³⁹⁴ BGHZ 116, 7; BGH wistra 1992, 214; BGH WM 1995, 730

dolus eventualis als Voraussetzung³⁹⁵. Weitere besondere Absichten setzt § 264a StGB im Gegensatz zu § 263 StGB nicht voraus. Allerdings weist § 264a StGB relativ viele normative Tatbestandsmerkmale auf. Diese haben die Besonderheit, dass nicht nur ein einfaches Bedeutungsverständnis des Täters erforderlich ist, sondern er muss darüber hinaus auch die Wertung des Gesetzes nachvollziehen können³⁹⁶. Typisches normatives Tatbestandsmerkmal ist das Merkmal erheblich, jedoch fallen unter diesem Gesichtspunkt auch die Merkmale vorteilhaft und nachteilig auf.

Der Täter muss also zunächst eine konkrete Vorstellung davon haben, was für eine Kapitalanlage er vertreibt, wo die Risiken liegen, und was er in seiner Werbeschrift darüber mitgeteilt hat. Dabei muss er sich auch eine Vorstellung davon machen, was die potentiellen Anleger sich dabei denken sollen. Soweit der Täter bestimmte Angaben nicht in den Prospekt aufnimmt, muss er es zusätzlich für möglich halten, dass Anleger diesen Tatsachen erhebliche Bedeutung beimessen. Soweit er unrichtige Angaben macht, muss er wissen, dass die Anleger den Prospekt falsch verstehen³⁹⁷. Mit anderen Worten: Der Täter muss erkennen, dass zwischen seinem Vorhaben und der Schilderung des Vorhabens im Prospekt in wichtigen Punkte Abweichungen bestehen.

I. Beweisprobleme

Beweismittel sind insoweit in erster Linie die eigenen Angaben des Beschuldigten. Inwieweit sie von Schönfärberei oder Schutzbehauptungen geprägt sind, ist Tatfrage³⁹⁸. Dies lässt sich meist unter Zuhilfenahme weiterer Beweismittel beurteilen. Die Angaben des Beschuldigten fügen sich dann nicht in das Gesamtbild aller Beweismittel ein. Wichtig sind daher die Angaben der Opfer, wie sie den Prospekt verstanden haben. Für die rechtliche Würdigung ist jedoch nicht die individuelle Sicht eines bestimmten Opfers, sondern eine abstraktere Betrachtung maßgeblich. Daher dürfen hier nicht pauschal die Aussagen einzelner Opfer übernommen werden. Vielmehr

³⁹⁵ Statt vieler: Lackner/Kühl: § 264a StGB Rn. 15; Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 94

³⁹⁶ "Parallelwertung in der Laiensphäre"; Schönke/Schröder/Cramer: § 15 Rn. 43; Tröndle/Fischer: § 16 StGB Rn. 11; Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 203f

³⁹⁷ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 200

sind auch im Prozess als Grundlage der rechtlichen Würdigung die Vorstellungen, Erwartungen und Vorkenntnisse der Zielgruppe zu ermitteln. Dazu ist in Abhängigkeit vom konkreten Prozessverlauf eine Beweisaufnahme erheblichen Umfangs erforderlich. Dieses Problem ist jedoch nicht zu umgehen. Zu den Zeugenaussagen kommen der Prospekt oder die Darstellung und weitere Unterlagen des Täters³⁹⁹ im Rahmen des Urkundsbeweises. Auch die Begutachtung durch einen Sachverständigen wird meist erforderlich sein. In der Zuständigkeit des Landgerichts ist durch Schaffung der Wirtschaftsstrafkammer nach § 74c I Nr. 5 GVG dem Bedürfnis nach einer besonderen wirtschaftsrechtlichen Befähigung der Richter Rechnung getragen.

II. Irrtümer

Dennoch sind die Angaben des Beschuldigten relevant für die weitergehenden Frage nach Irrtümern, wenn sich Abweichungen zwischen seinen Angaben und den übrigen Beweismitteln ergeben. Hier wird ein bevorzugtes Feld für Anlagebetrüger liegen beim Versuch, der Strafbarkeit zu entgehen⁴⁰⁰. Der Glaube daran, dass die Kapitalanlage wie geschildert auch funktioniert, wird in diesen Fällen durch die Verteidigung sicherlich sehr gern beschworen.

Der Schwerpunkt der Irrtümer wird dabei am ehesten bei der Kenntnis einzelner bewertungsrelevanter Umstände und der Durchführung der Bewertung liegen. Betroffen sind also die Tatbestandsmerkmale "Angabe/Tatsache" und "erheblich". Eher selten dürften demgegenüber Irrtümer über das Merkmal "Prospekt/Darstellung/Übersicht" sein. Es handelt sich dabei um deskriptive Merkmale, deren Bedeutung ohne weitere rechtliche Bewertung zu erfassen ist.

Irrtümer über die Erheblichkeit oder die Aufklärungspflicht im Rahmen des Unterlassungstatbestandes sind nach § 17 StGB zu behandeln, soweit sie die rechtliche Bewertung betreffen⁴⁰¹. Kennt der Initiator jedoch einem Umstand nicht, der aufgrund seiner Erheblichkeit mitteilungs pflichtig wäre, so unterliegt er hingegen einem Irrtum

³⁹⁸ Joecks: wistra 1987, 142, 147; Schniewind/Hausmann: BB 1986, Beilage 16, 26, 31

³⁹⁹ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 209

⁴⁰⁰ Cerny: MDR 1987, 271, 279; SK-Samson: § 264a Rn. 54

⁴⁰¹ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 210

gemäß § 16 I StGB⁴⁰². Ähnlich verhält es sich auch mit Irrtümern über den Verbreitungsgrad des Prospektes. Insbesondere in den Fällen der Verbreitung eines individuellen Konzepts für einen kleineren Personenkreis dürfte wegen fehlerhafter Einschätzung der Reichweite der Verbreitung § 17 StGB vorliegen⁴⁰³. Wird hingegen ein Konzept ohne Wissen des Initiators weiter verbreitet, liegt eher § 16 I StGB nahe.

Für am Wirtschaftsverkehr teilnehmende Personen dürfte aber der Tatbestandsirrtum nach § 16 I StGB eher selten sein. Soweit sich die Initiatoren sogar bei der Konzeption der Kapitalanlage sachkundig beraten lassen, ist ein Irrtum dieser Art kaum plausibel. Sollte insoweit aber eine Täuschung seitens des sachkundigen Beraters erfolgen, kann ein Irrtum vorliegen, der je nach Fallkonstellation nach § 16 I StGB den Vorsatz oder nach § 17 StGB als unvermeidbarer Verbotsirrtum die Schuld des Initiators ausschließen kann⁴⁰⁴. Dann läge seitens des Beraters eine mittelbare Täterschaft oder möglicherweise die Konstellation "Täter hinter dem Täter" vor.

Zu beachten ist nach Worms beim Einsatz von Vertriebspersonen, dass für sie keine Pflicht zur Überprüfung des Prospektmaterials besteht⁴⁰⁵. Eine Strafbarkeit unter dem Gesichtspunkt des Unterlassens ist daher insoweit nicht begründbar. Dieses Verhalten wird vom Gesetz jedoch ohnehin nicht unter Strafe gestellt. Strafbar ist nur, wer in einem Prospekt unrichtige Angaben macht oder in diesem Prospekt Tatsachen verschweigt. Dabei ergibt sich die Pflicht, nachteilige Tatsachen mitzuteilen, für die Prospektherausgeber direkt aus § 264a StGB. Insoweit besteht für Vertriebspersonal weder eine Prüfpflicht noch eine daraus herzuleitende Anzeigepflicht⁴⁰⁶. Damit besteht kein Ansatzpunkt für einen entsprechenden Vorsatz.

III. Irrtümer bei Prognosen

Problematisch ist weiterhin die Frage des Vorsatzes bei Prognosen. Auf der objektiven Seite des Tatbestandes erfasst der Begriff "Angaben" auch Prognosen. Diese

⁴⁰² Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 208

⁴⁰³ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 210

⁴⁰⁴ Schniewind/Hausmann: BB 1986, Beilage 16, 26, 31; Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 213

⁴⁰⁵ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 94

⁴⁰⁶ so zu Recht Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 94

sind dann als unrichtig anzusehen, wenn sie aus sachverständiger Sicht schlechthin nicht mehr als vertretbar anzusehen sind. In dieser Konstellation kann sich der Beschuldigte stets mit der Behauptung verteidigen, er habe die Prognose für vertretbar gehalten. Das ist der Fall, wenn er angenommen hat, seine Ansicht stimme mit denen der meisten Sachverständigen in dieser Frage überein. Der Irrtum betrifft hier die Abweichung zwischen seiner und den sachverständigen Ansichten und liegt damit im tatsächlichen Bereich. Folglich handelt der Täter in dieser Konstellation nicht vorsätzlich. Dies setzt jedoch voraus, dass die Einschätzung des Täters nicht als bloße Schutzbehauptung entlarvt werden kann.

J. Fälle des § 264a StGB im Lichte anderer Vorschriften

I. Betrug

Um die Frage zu beantworten, wie sich § 264a StGB zum Betrug verhält, ist es zunächst erforderlich, die Anwendbarkeit des § 263 StGB auf die Fälle des § 264a StGB zu erörtern.

Betrug setzt bekanntlich in objektiver Hinsicht eine Täuschungshandlung durch den Täter, Irrtumserregung, Vermögensverfügung und Vermögensschaden voraus. Diese Tatbestandsmerkmale sind durch das Erfordernis der Kausalität miteinander verbunden. Auf der subjektiven Seite erfordert § 263 StGB Vorsatz, sowie die Absicht, sich oder einen Dritten rechtswidrig zu bereichern. Diese Voraussetzung beinhaltet auch das Merkmal der Stoffgleichheit.

1. Täuschung

Auf den ersten Blick haben Kapitalanlagebetrug und § 263 StGB viele Gemeinsamkeiten: Beide knüpfen an eine Täuschungshandlung seitens des Täters an. Während § 264a StGB es hiermit jedoch bewenden lässt und das Mittel der Täuschung näher qualifiziert, setzt Betrug noch voraus, dass es tatsächlich zu einer Schädigung des Opfers kommt. Alle Elemente dieser Kausalkette sind dabei mit erfasst.

a) Tatsachen

Gegenstand der Täuschungshandlung sind Tatsachen. Wie bereits oben dargestellt, sind darunter innere und äußere Vorgänge und Zustände zu verstehen, die beweisbar sind. Problematisch ist besonders die Anwendbarkeit auf Prognosen oder Werturteile: Während Prognosen wegen ihres Zukunftsbezuges aus dem Tatsachenbegriff ausscheiden, sind Werturteile mangels objektiver Beweisbarkeit nicht erfasst. Demgegenüber unterfallen die der Prognose wie auch dem Werturteil zugrundeliegenden gegenwärtigen Daten ohne weiteres dem Tatsachenbegriff. Damit sind die Erzielbarkeit eines bestimmten Mietzinses für ein Objekt - ganz zu schweigen von der Frage der Vermietbarkeit - die Entwicklung des Aktienkurses und die zukünftige Zinsbelastung keine Tatsachen. Hier ist keine Täuschung über das Ergebnis möglich, da dieses in der Zukunft liegt. Allerdings basiert, wie oben geschildert, jede Prognose über die Entwicklung auf gegenwärtigen Tatsachen, aus denen sich auf die zukünftige Entwicklung schließen lässt⁴⁰⁷. Wenn die beispielhaft genannte Mietwohnung in einem heruntergekommenen Stadtteil liegt, für den zur Zeit kein Sanierungskonzept besteht, stehen die künftige Vermietbarkeit und die Erzielbarkeit eines hohen Mietzinses in Frage. Ohne jede Frage als Täuschung zu bewerten ist es in diesem Fall, wenn der Täter erklärt, die Wohnung sei hervorragend gelegen und deshalb unproblematisch vermietbar. Wird dieser Umstand nicht mitgeteilt, so stellt sich später im Rahmen der Täuschungshandlung die Frage, ob diese Tatsache konkludent miterklärt wurde oder eine Rechtspflicht zur Mitteilung bestand⁴⁰⁸.

Weiterhin kann der Täter aber auch über Prognosen täuschen, selbst wenn er deren Grundlagen zutreffend wiedergibt. Es gibt verschiedene Wege, eine künftige wirtschaftliche Entwicklung vorauszusagen. Grundsätzlich ist der Täter dabei nicht daran gehindert, die für ihn günstigste Berechnungsmethode zu wählen. Eine Täuschung kann jedoch darin bestehen, dass es auch weitere Berechnungsmethoden gibt, die im konkreten Fall zu einem anderen Ergebnis führen und von der Mehrzahl der Wissenschaftler vertreten werden⁴⁰⁹. Diese Täuschung kann darin liegen, dass der Täter

⁴⁰⁷ Schönke/Schröder/Cramer § 263 Rn. 8; Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 288; Otto: WM 1988, 729, 731

⁴⁰⁸ Siehe zu dieser Frage unten Seite 124 ff

⁴⁰⁹ Hier stellt sich sodann die später zu behandelnde Frage nach der Aufklärungspflicht, vgl. Seite 125 ff

pauschal "führende Wirtschaftsforschungsinstitute" als Referenz benennt, während Untersuchungen über die Entwicklung dieses Umstandes überhaupt nicht existieren. Als Beispiel mag dienen, dass der Täter damit wirbt, dass ein international bekanntes Wirtschaftsforschungsinstitut von einer Wertsteigerung der im Fonds enthaltenen Aktien von 15% innerhalb des nächsten halben Jahres ausgehe. Sofern dem Täter mehrere Berechnungsmethoden zur Verfügung stehen, ist er nicht gehindert, sich die für ihn günstigste auszusuchen. Allerdings darf er die anderen Berechnungsmethoden nicht verschweigen, zumindest dann, wenn sie von der vom Täter gewählten Berechnungsmethode deutlich abweichen, indem er dem Anleger durch Beschränkung der Darstellung auf seine Berechnungsmöglichkeit eine eindeutige und zweifelsfreie Berechnung der Wertsteigerung vorgaukelt⁴¹⁰.

Für den Betrug muss begründet werden, inwieweit sich gerade die Täuschung über die Quelle der Information auf die Entscheidung des Anlegers ausgewirkt hat. Angesprochen ist damit die Frage nach der Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum. Diese wird gemeinhin nach der Äquivalenztheorie ermittelt. Sie basiert auf einem Vergleich des tatsächlichen Täterverhaltens mit einem gedachten alternativen Täterverhalten. Dabei sind die Auswirkungen auf das Verhalten des Getäuschten Gegenstand einer Prognose. § 264a StGB soll sicherstellen, dass der Anleger sich im Klaren darüber ist, welchen Gewinn er erzielen kann und mit welchen Risiken dies verbunden ist. Daher reicht es aus, zu wissen, dass die vom Anbieter vorgeschlagene Berechnungsmethode nicht die einzig vertretbare ist. Der Anbieter seinerseits ist durchaus berechtigt, die ihm günstigste Methode darzustellen. Dabei muss er zugleich angeben, dass noch andere Methoden existieren, und zu welchen Ergebnissen sie gelangen. § 264a StGB lässt die fehlerhafte (= wissenschaftlich nicht haltbare) Prognose zur Begründung der Strafbarkeit genügen, soweit sie einen erheblichen Umstand betrifft. Dabei ist die Renditeberechnung stets als erheblich anzusehen, da sie den Kernbereich der geplanten Anlage darstellt.

Tatsachen i.S.d. § 263 StGB können aber auch die inneren Überzeugungen des Täters sein. Das bedeutet, dass eine Täuschung über die innere Tatsache (= Überzeugung) des Täters erfolgen kann, ob diese Anlage den versprochenen Gewinn ab-

⁴¹⁰ Für eine umfassende Aufklärung bei fachmännischem Auftreten des Anlagevermittlers: BGHSt 30, 177, 180 f

wirft⁴¹¹. Diese Ansicht ist jedoch auf heftige Kritik gestoßen: Eine Feststellung ist insoweit besonders bei Schweigen des Angeklagten sehr schwierig. Hier kann man allenfalls über Indizien eine Ahnung von den eigenen Einschätzungen des Täters hinsichtlich der Tatumstände gewinnen⁴¹². In der Praxis ist an dieser Stelle eine peinlich genaue Sachverhaltsaufklärung erforderlich, um letztlich auch seine Vorstellung der Einflussnahme auf die Vorstellungen des Opfers unter dem Gesichtspunkt des Vorsatzes zu belegen. Weiterhin stellt sich ein Folgeproblem: Hat sich der Anleger überhaupt eine Vorstellung von der inneren Überzeugung des Täters gemacht? Im Regelfall dürfte ihn lediglich die prognostizierte Rendite interessieren⁴¹³. Die Überzeugung des Täters von der korrekten Berechnung ist damit im Rahmen des sachgedanklichen Mitbewusstseins zu erfassen. Wie bereits oben ausgeführt⁴¹⁴, spielt aber nicht allein die Überzeugung des Täters, sondern auch der Inhalt der Überzeugung nebst seiner Tatsachengrundlagen eine wesentliche Rolle für den Anleger. Daher kann man in diesem Rahmen durchaus über innere Tatsachen eine relevante Täuschung begründen.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Einordnung der Prospekte als Werbung muss § 263 StGB nicht ausscheiden, soweit es um fehlerhaft dargestellte Tatsachen geht⁴¹⁵. Auch sehr marktschreierische Werbung enthält Tatsachengrundlagen, die korrekt darzustellen sind. Die Hauptschwierigkeit besteht insoweit lediglich darin, aus der Menge der Informationen und Anpreisungen die Tatsachengrundlagen herauszufiltern. Zu beachten ist, dass bei der Beurteilung von Werbung zwar keine Verpflichtung zur Vollständigkeit besteht, jedoch die Inhalte wahrheitsgemäß wiedergegeben werden müssen.

Im Bereich der Prognose erfordert also § 263 StGB eine genaue Feststellung, inwieweit und wodurch der Täter auf die Vorstellung des Irrenden Einfluss genommen hat. Beim Kapitalanlagebetrug hingegen ist dieser Umstand in zweierlei Hinsicht beschränkt: Einmal fehlt das Tatbestandsmerkmal "Irrtum", zum anderen sind auch

⁴¹¹ Otto: WM 1988, 729, 731

⁴¹² Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 286; Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 13

⁴¹³ vgl. Untersuchung von Liebel/Oehmichen: Motivanalyse S. 88

⁴¹⁴ vgl. oben Seite 59 ff

⁴¹⁵ Vgl. BGHSt 34, 199, 201 f; Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 286

Prognosen⁴¹⁶ erfasst. Es genügt damit zu ermitteln, ob die Prognose wissenschaftlich unhaltbar ist. Für § 263 StGB ist demgegenüber festzustellen, ob die Prognose schlüssig oder ausdrücklich von falschen Voraussetzungen ausgeht und das Vorstellungsbild des Anlegers in zurechenbarer Weise beeinflusst hat.

b) Ausdrückliche Täuschung

Die Täuschungshandlung kann dadurch erfolgen, dass der Täter Tatsachen unrichtig nennt oder Zusammenhänge durch Weglassen von Tatsachen in zu günstigem Licht erscheinen lässt. Die erste Variante besteht zunächst in aktivem Tun. Der Täter nennt hier ausdrücklich Tatsachen, die nicht bestehen. Mit anderen Worten: Seine Darstellung ist falsch, er zeichnet ein unzutreffendes Bild von der Wirklichkeit. Hier liegt stets eine Täuschung über Tatsachen vor⁴¹⁷.

c) Konkludente Täuschung

Problematischer zu erfassen ist das schlüssige Vorspiegeln von Tatsachen. Hier werden Tatsachen nicht ausdrücklich ausgesprochen, sondern miterklärt, so dass der Anleger ein verzerrtes Bild von der Anlage erhält⁴¹⁸. Der Wortlaut der Erklärung des Täters ist nicht unwahr, jedoch stimmt der sich daraus ergebende Eindruck nicht mit den Tatsachen überein. Darin liegt zugleich die Parallele zur Täuschung durch Unterlassen: Der Täter erklärt eine Tatsache nicht ausdrücklich, so dass das Opfer einem Irrtum unterliegt. Der Unterschied besteht jedoch darin, dass bei der konkludenten Täuschung der Erklärung des Täters ein der Wahrheit nicht entsprechender Sinn innewohnt. Demgegenüber ergibt sich bei der Täuschung durch Unterlassen die Täuschung daraus, dass der Täter die Entstehung oder Verfestigung eines Irrtums beim Opfer nicht verhindert⁴¹⁹.

Wann dies in Abgrenzung zum Verschweigen von Tatsachen der Fall ist, kann kaum pauschal beantwortet werden. Als Illustration mag ein Beispiel aus der Kasuistik zum Betrug dienen, wonach derjenige, der einen Scheck zur Tilgung einer Schuld gibt,

⁴¹⁶ h.M. Joecks: wistra 1986, 142, 145; Worms: wistra 1987, 271, 271; vgl. aber S. 58 ff

⁴¹⁷ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 290; Schönke/Schröder/Cramer: § 263 Rn. 13

⁴¹⁸ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 291; Schönke/Schröder/Cramer: § 263 Rn. 14

zugleich schlüssig erklärt, der Scheck sei nach seiner Überzeugung gedeckt⁴²⁰. Demgegenüber soll in der Annahme des Schecks keine schlüssige Erklärung darüber liegen, dass er auch geschuldet sei. Jedoch stellt die Aufforderung zur Erbringung einer nicht geschuldeten Leistung demgegenüber die Behauptung dar, die Leistung sei geschuldet⁴²¹. Gerade ein Prospekt für eine Kapitalanlage zeichnet sich als Werbeschrift dadurch aus, dass Umstände, die einen Anleger von der Zeichnung der Anlage abzuhalten geeignet sind, eher nicht angegeben bzw. verschleiert werden. Wann jedoch ein Umstand miterklärt worden ist - illustrativ ist der Ausspruch "beredetes Schweigen" - oder ein Schweigen im eigentlichen Sinn vorliegt, vermag man kaum einheitlich zu sagen. Sicherlich kann man davon ausgehen, dass bei positiver Angabe eines Umstandes zugleich die Abwesenheit seines Gegenteils erklärt ist. Gibt der Prospekt einen festen Termin zum Baubeginn an, so ist damit erklärt, dass einem Baubeginn zu diesem Termin auch keine Hinderungsgründe entgegenstehen. Damit ist demnach schlüssig erklärt, dass der Erwerb des Baugrundes durch die Anlagefirma gesichert ist, und eine Baugenehmigung vorliegt. Fehlt eine dieser schlüssig miterklärten Tatsachen, so liegt eine Täuschung durch aktives Tun vor.

d) Täuschung durch Unterlassen

Demgegenüber erfordert eine Täuschung durch Verschweigen von Tatsachen⁴²² bei § 263 StGB eine Garantenstellung gemäß § 13 StGB. Dabei kommen namentlich Ingerenz, Vertrag, sowie Treu und Glauben als Grundlagen in Betracht.

1) Ingerenz

Eine Garantenstellung aus Ingerenz kommt bei vorausgehendem gefahrbegründenden Verhalten des Täters in Frage⁴²³. Hier kann sie sich unter dem Gesichtspunkt der Planung einer Anlage ergeben, die schon von ihrer Konzeption her nicht die in sie gesetzten Erwartungen befriedigen kann. Der Täter eröffnet so einen von ihm

⁴¹⁹ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 298; Schönke/Schröder/Cramer: § 263 Rn. 18

⁴²⁰ Lackner/Kühl § 263 Rn. 11

⁴²¹ Lackner/Kühl § 263 Rn. 9; Schönke/Schröder/Cramer: § 263 Rn. 16c, 17a; überhaupt scheint die Annahme einer konkludenten Erklärung sehr vom gewünschten Ergebnis abzuhängen, so Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 292

⁴²² Gemeint ist hier das Unterlassen, das keine schlüssige Erklärung darstellt.

überschauten, für Anleger risikobehafteten Bereich. Nach Worms⁴²⁴ sei jedoch hierbei auch der Charakter des Prospekts als Werbeschrift zu berücksichtigen. Da Werbung bedinge, dass positive Aspekte der Anlage herausgestellt würden, sei hier dieser Konflikt zwischen Interessen des Anlegers hinsichtlich wahrheitsgemäßer Information und des Anbieters auf effektive Bewerbung seiner Anlage dahingehend zu lösen, dass eine Aufklärungspflicht nur für explizit unrichtige Angaben besteht. Da explizit unrichtige Angaben ohnehin nicht erlaubt sind, ist dies dieselbe Konstellation wie beim aktiven Tun⁴²⁵. Es geht hier ja gerade darum, die strafrechtliche Einstandspflicht für fehlerhafte Informationen zu untersuchen. Worms weist jedoch auf den im Kern zutreffenden Punkt hin, dass es sich hier um Werbung handelt. Grundsätzlich ist es danach jedoch nicht pflichtwidrig, in der Werbung nachteilige Tatsachen zu verschweigen. Dieses Verhalten wird ja auch von dem speziell auf Werbung zugeschnittenen § 4 UWG nicht erfasst⁴²⁶. Da das Weglassen von Informationen in der Werbung sozialadäquat ist, kann man insoweit wohl kaum eine Pflichtwidrigkeit des Anbieters begründen. Über eine Garantenstellung aus Ingerenz kann man das Verschweigen von Informationen in Prospekten im Rahmen des § 263 StGB im Regelfall daher nicht erfassen.

2) Vertrag

Eine weitere Möglichkeit, hier eine Garantenstellung zu begründen, liegt in der vertraglichen Grundlage⁴²⁷. Zunächst besteht bei Zusendung des Prospektes kein Vertrag zwischen Anbieter der Kapitalanlage und dem potentiellen Anleger. Eine vertragliche Bindung kommt frühestens mit Zeichnung der Anlage zustande. Demgegenüber ergeben sich vertragliche Beziehungen jedoch zu ggf. in Anspruch genommenen Anlageberatern. Wer hier unvollständig berät, kann sich wegen fremdnützigem Betrug strafbar machen. Dies führt jedoch zu einer eigentümlichen Situation: Berät ein Anlageberater einen Kunden unter Zuhilfenahme eines unrichtigen Prospekts und unterlässt eine Aufklärung in bestimmten wesentlichen Punkten, so ist der Anlageberater wegen versuchten Betruges durch Unterlassen, der Emittent hingegen unter

⁴²³ Schönke/Schröder/Stree: § 13 Rn. 32

⁴²⁴ Worms: Anlegerschutz S. 188

⁴²⁵ vgl. oben Seite 124 ff

⁴²⁶ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 347; näher zu dieser Frage vgl. unten S. 145 ff

dem Gesichtspunkt § 263 StGB gar nicht strafbar, sofern es nicht zur Zeichnung der Anlage kommt. Aus dem Beratungsvertrag ist der Anlageberater zur korrekten Information verpflichtet. Diese Pflicht trifft jedoch nicht den Emittenten. Es besteht allein durch Übergabe des Prospektes noch kein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien. Der Emittent betreibt Werbung und ist damit auch berechtigt, in der Werbung unvollständige Informationen zu verbreiten. Erst § 264a StGB schließt diese Strafbarkeitslücke.

Dann allerdings ergeben sich immer noch Unterschiede im Strafmaß: Der Prospektherausgeber hätte aus § 264a StGB nur eine geringere Strafe zu erwarten als der Anlageberater aus § 263 StGB. Beide haben jedoch an der Entstehung des Irrtums beim Anleger zusammengewirkt. Zu rechtfertigen ist diese Ungleichbehandlung nur unter zwei Gesichtspunkten: Zum einen trägt die geringere Strafandrohung bei § 264a StGB der Nähe dieser Vorschrift zur Werbung Rechnung. Weiterhin verzichtet § 264a StGB auf weitergehende Voraussetzungen wie Irrtum des Anlegers, Vermögensverfügung und Vermögensschaden. Allein die Täuschung reicht zur Erfüllung des Tatbestandes aus. Wegen der niedrigeren Anforderungen im Vergleich zum Betrug, wodurch auch zugleich ein versuchter Betrug mit erfasst sein kann, ist auch ein geringeres Strafmaß erforderlich. Weiterhin ist das Verhalten des Emittenten noch als Beteiligung am Betrug des Anlageberaters zu erfassen (§§ 26, 27 StGB).

3) Treu und Glauben

Eine Garantenstellung vor Abschluss des Vertrages kann sich jedoch aus Treu und Glauben ergeben. Die Voraussetzungen einer solchen Garantenstellung sind nur ausnahmsweise gegeben. Vorausgesetzt ist ein besonderes Vertrauensverhältnis⁴²⁸. Zu nennen ist hier insbesondere der Fall, dass ein Gebrauchtwagenhändler den Kunden darüber aufzuklären hat, dass es sich bei dem Fahrzeug um einen Unfallwagen handelt. Allgemein lässt sich sagen, dass eine solche Garantenstellung nur in besonders krassen Fällen angenommen werden kann, so z.B. wenn ein besonderer Missbrauch vorliegt. Das ist auch dann anzunehmen, wenn für den Getäuschten viel Geld auf dem Spiel steht. Ein besonderes Vertrauensverhältnis ist bei einem Erstkon-

⁴²⁷ Schönke/Schröder/Stree: § 263 Rn. 28

⁴²⁸ Schönke/Schröder/Cramer § 263 Rn. 23

takt per Prospekt wohl kaum anzunehmen. Worauf soll redlicherweise der potentielle Anleger auch vertrauen, wenn ihm ungefragt ein Prospekt ins Haus geschickt wird? Lediglich dann, wenn ein Anlagevermittler persönlichen Kontakt zu dem potentiellen Anleger aufnimmt, kann man über das Entgegenbringen von Vertrauen nachdenken⁴²⁹. In diesem Fall nutzt der Anlageberater auch die Situation, um auf den potentiellen Kunden Druck zum Abschluss des Geschäftes auszuüben. Dies geschieht in der Regel dadurch, dass dem Kunden der Erwerb als einmalige Chance dargestellt wird, die verstreicht, wenn der Kunde nicht sofort zugreift und die Anlage zeichnet⁴³⁰. Hier ist nicht in erster Linie Vertrauen die Basis, auf der das Geschäft zustande kommt, sondern die Angst, eine einmalige Chance auf Gewinn zu verpassen⁴³¹. Dennoch geben einige Opfer von Kapitalanlagebetrug an, Vertrauen zum Täter gehabt zu haben⁴³². Eine Garantenstellung auf dieser Basis setzt jedoch ein besonderes Vertrauensverhältnis voraus, angesichts dessen die Verletzung von Vermögensinteressen der Anleger als besonders missbräuchlich erscheint. Einerseits kann sich dies aus einem besonderen Maß an in Anspruch genommenem Vertrauen⁴³³, andererseits aus einem hohen finanziellen Aufwand seitens der Opfer ergeben⁴³⁴. Gegen ein besonderes Vertrauensverhältnis spricht, dass es sich hier um ein quasi typisiertes Vertrauensverhältnis handelt, das von Telefonverkäufern - ganz gleich, um welches Produkt es geht - zu ihren Kunden planmäßig aufgebaut wird. Letztlich ist, wie ausgeführt, auch nicht das Vertrauen in erster Linie für den Abschluss des Vertrages wesentlich, sondern vielmehr die erwartete Rendite. Im Wege über einen hohen finanziellen Aufwand der Opfer ist schon eher ein entsprechendes Vertrauensverhältnis zu begründen. Dies gilt auch dann, wenn es nur um mehrfache Beteiligung z.B. an einem Aktienfonds geht, sofern der Anlagehändler insgesamt eine hohe Beteiligung anstrebt. Die Höhe der finanziellen Beteiligung allein kann jedoch nicht ausschlaggebend für das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses sein. Zum einen lässt sich kein konkreter Betrag festlegen, ab dem man ein Vertrauensverhältnis anneh-

⁴²⁹ So im Ergebnis auch Garz-Holzmann: Missbrauch der Berlinförderung S. 80

⁴³⁰ eindrucksvoll: Worms: Anlegerschutz S. 95 ff mit Darstellung eines Leitfadens für Telefonverkäufer; Rühl: Finanzhaie S. 112 ff

⁴³¹ So wird auch in der viktimologischen Untersuchung des BKA Vertrauen nur als sehr geringe Motivation zur Zeichnung der Anlage angegeben; Liebel/Oehmichen: Motivanalyse S. 88

⁴³² ca. 75% der Befragten in dieser Untersuchung; Liebel/Oehmichen: Motivanalyse S. 85 ff

⁴³³ Schönke/Schröder/Cramer: § 263 Rn. 23

⁴³⁴ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 301

men muss. Zum anderen ist aus viktimologischer Sicht das Vertrauen des Opfers in die Angaben des Täters vom Verhältnis zwischen dem einzusetzenden Kapital und dem eigenen Vermögen relevant⁴³⁵. Damit sind keine klaren Voraussetzungen für das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses bestimmbar. Die Anwendung einer Garantienstellung aus Treu und Glauben bleibt also ganz seltenen Ausnahmefällen vorbehalten⁴³⁶.

4) Vorteil des § 264a StGB

Infolge der Schwierigkeiten, einen Betrug durch Unterlassen zu begründen, erlangt die Grenze zwischen der konkludenten Erklärung und dem Unterlassen entscheidende Bedeutung. Hier hat § 264a StGB eine Erleichterung geschaffen, da ausdrücklich eine Offenbarungspflicht bei nachteiligen Tatsachen besteht. Mit § 263 StGB kann man viele Fälle werbebedingter Unvollständigkeit von Prospekten nicht erfassen.

2. Irrtum

Aufgrund der Täuschung des Täters muss ein Irrtum bei dem potentiellen Anleger entstehen. Ein Irrtum ist dann unproblematisch zu bejahen, wenn der Anleger den Prospekt liest und zur Grundlage seiner Anlageentscheidung macht. Wie bereits mehrfach betont, wird der Prospekt zumeist das einzige Informationsmedium sein, dessen sich der Anleger zwecks Findung seiner Entscheidung bedient. Als problematisch wird teilweise angesehen, wenn der Anleger Zweifel am Erfolg der Anlage hat⁴³⁷. Die von Worms zitierten Fälle, in denen der Täter die Anlage ohne Kenntnis des Prospekts die Anlage zeichnet⁴³⁸, dürften selten sein⁴³⁹ und nur dann vorkommen, wenn auch eine persönliche Beratung stattfindet, in der der Anleger überredet

⁴³⁵ so sind auch im Melkmaschinenfall (BGHSt 16, 321ff) bei Bestimmung des individuellen Schadenseinschlages die persönlichen Verhältnisse des Opfers zu berücksichtigen (S. 328 f)

⁴³⁶ ebenso Jaath: FS für Dünnebier, 583, 603; Joecks: Kapitalanlagebetrug, Rn. 301

⁴³⁷ Im Strafrecht bestanden Tendenzen, unter diesem Gesichtspunkt ein Mitverschulden des Opfers bei Entstehung des Irrtums zu berücksichtigen. Diese Ansichten haben sich jedoch nicht durchsetzen können. Dazu Worms: Anlegerschutz S. 282 m.w.N.; Gäbhard: wesentliche Umstände S. 103 m.w.N.

⁴³⁸ Worms: Anlegerschutz S. 189 Fn. 242; ders. in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 19

⁴³⁹ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 309

wird. Dann kommt zumindest die Strafbarkeit des Beraters wegen der fehlerhaften mündlichen Beratung in Betracht. Zu Recht weist Worms jedoch darauf hin, dass es einer genauen Feststellung des Irrtums durch Zeugenvernehmung des geschädigten Anlegers bedarf und nicht schon aus der Unrichtigkeit des Prospekts auf einen Irrtum des Anlegers geschlossen werden kann⁴⁴⁰.

Damit stellt sich die Frage nach dem Grad der Fehlvorstellung. Das Fehlen jeglicher Vorstellung einer wahren Tatsache (*Ignorantia facti*)⁴⁴¹ oder die reine Vorstellung, die Anlage werde schon Gewinn abwerfen, reichen nicht aus⁴⁴². Minimalanforderung an den Irrtum ist daher, dass der Anleger den Prospekt vor Zeichnung zumindest zur Kenntnis nimmt. Weiterhin muss er den Prospekt als Teil seiner Entscheidungsgrundlage ansehen. Damit ist dann jedoch der Irrtum des Anlegers auch hinreichend dargetan. Auch der aus Risikofreude investierende Anleger⁴⁴³ geht das Risiko nur ein, weil auch er von einer Chance auf Gewinn ausgeht. Letztlich dürfte daher in den meisten Fällen ein Irrtum des Anlegers zu beweisen sein.

Dies gilt auch für die Fälle eines Irrtums über eine innere Überzeugung des Täters⁴⁴⁴. Auch hier ist im Rahmen der Sachverhaltsermittlung festzustellen, ob und inwieweit sich der Anleger geirrt hat. Während die innere Tatsache noch relativ leicht durch Auslegung zu ermitteln ist⁴⁴⁵, wird dieses Ergebnis aber dann im Rahmen des Irrtums korrigiert. Nachzuweisen ist im Prozess, dass tatsächlich eine konkrete Fehlvorstellung des Anlegers über diesen Punkt vorgelegen hat. Soweit der Anleger aus bodenlosem Leichtsinne die Anlage gezeichnet hat, und deshalb die Tat nicht strafwürdig erscheint, besteht noch die Möglichkeit, über die Strafzumessung eventuell bestehende Ungerechtigkeiten auszugleichen⁴⁴⁶.

⁴⁴⁰ Worms: Anlegerschutz S. 189;

⁴⁴¹ Lackner/Kühl: § 263 Rn. 18

⁴⁴² Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 19; Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 309; Martin: commodities fraud S. 189 f.; h.M. Daher soll auf die dogmatische Kontroverse um die Voraussetzungen des Irrtums bei § 263 StGB nicht eingegangen werden.

⁴⁴³ Selbst diesen Anlegertyp gibt es, vgl. Liebel/Oehmichen: Motivanalyse S. 87f, 193

⁴⁴⁴ vgl. oben Seite 58 ff

⁴⁴⁵ auch wenn die Auslegung sich sehr am gewünschten Ergebnis orientieren mag; Worms: wistra 1987, 242, 243 f

⁴⁴⁶ Garz-Holzmann: Missbrauch der Berlinförderung S. 85

Die Feststellung eines Irrtums liegt, wie sonst bei § 263 auch, im tatsächlichen Bereich. Wegen der Komplexität eines Anlageobjekts gibt es eine Fülle von möglichen Irrtümern. Eine Übereinstimmung des Prospektfehlers mit der Vorstellung des getäuschten Anlegers dürfte aber zu ermitteln sein.

§ 264a StGB verzichtet auf dieses Merkmal; ein Irrtum ist nicht vorausgesetzt. Dadurch wird eine Vorverlagerung der Strafbarkeit erreicht.

3. Vermögensverfügung

Eine Vermögensverfügung liegt in einem Verhalten, das unmittelbar den Vermögensschaden herbeiführt. Das ist in den Fällen des Kapitalanlagebetruges ohne weiteres schon dann der Fall, wenn der Anleger mit dem Anbieter einen Vertrag abschließt. Zu diesem Zeitpunkt verpflichtet er sich dem Anbieter gegenüber, den anzulegenden Betrag zu zahlen, so dass nun ein Eingehungsbetrag vorliegt. Spätestens mit Zahlung ist jedoch von einer Vermögensverfügung auszugehen. Probleme bei Feststellung dieses Tatbestandsmerkmals bestehen in den praktisch vorhandenen Fällen nicht⁴⁴⁷.

4. Schaden

Der Schaden stellt das Kernproblem des Betruges in Anlagefällen dar. Er kommt in Form des Eingehungs- oder Erfüllungsschadens vor. Beide Formen stellen verschiedene Schadensberechnungsmöglichkeiten dar, bei denen jeweils auf einen unterschiedlichen Zeitpunkt der Schadensentstehung abgestellt wird. Gemeinsam ist beiden Berechnungsmöglichkeiten, dass die Einbuße im Vermögen des Anlegers durch Saldierung zweier Beträge ermittelt wird. Beim Eingehungsbetrag werden der Wert der einander gegenüberstehenden Verpflichtungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, beim Erfüllungsbetrag der Wert der tatsächlich geflossenen Zahlungen ermittelt. Ein Schaden besteht in beiden Fällen dann, wenn sich ein negativer Saldo zu Lasten des Opfers zwischen der Vermögenslage vor und nach der Verfügung ergibt.

⁴⁴⁷ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 311

Abgesehen von den dogmatischen Problemen und Unterschieden zwischen beiden Berechnungsmethoden⁴⁴⁸ liegt das Hauptproblem im Bereich des Kapitalanlagebetruges bei der Wertermittlung. Sofern es um die Fälle der Täuschung neu zu gewinnender Anleger geht, kommt in der Regel zunächst ein Eingehungsbetrug in Betracht⁴⁴⁹. Während der Wert der Verpflichtung des Anlegers einfach festzustellen ist - er besteht im Regelfall im Anlagebetrag - gibt es jedoch bei der Gegenleistung Probleme: Im Rahmen des Eingehungsbetruges ist besonders der Wert der Beteiligung selbst im Rahmen der Gesamtsaldierung schwierig zu ermitteln. Man stelle sich vor, den Wert der Beteiligung an einem Aktienfonds zu ermitteln: Hier spielen die Entwicklung jeder einzelnen Aktie, die Reaktion der Organisatoren auf Kursschwankungen und letztlich auch die Reaktion des Anlegers selbst eine Rolle. Diese Faktoren sind kaum zu kapitalisieren. Besondere Probleme bereitet auch die Feststellung, um welchen Betrag der Wert der Anlage gemindert ist, wenn über ein Risiko, dass die Kurse steigen oder fallen, getäuscht wurde. Hier ist nur das "Ob" des Eintritts des verschwiegenen Ereignisses unbekannt, nicht der Betrag, um den dann der Wert der Anlage gemindert ist. Die genauen finanziellen Auswirkungen auf die Beteiligung sind damit nicht bestimmbar.

Ein weiterer Umstand, der erhebliche Probleme aufwirft, ergibt sich, wenn das Scheitern der Anlage erst Jahre nach Zeichnung aufgedeckt wird. Hier sind weit in der Vergangenheit liegende Umstände zu ermitteln und zu bewerten. Der Wert eines Unternehmens oder einer Unternehmensbeteiligung ist nach Jahren kaum noch konkret zu ermitteln. Dies gilt insbesondere auch für Anlagen, die keinen festen Marktpreis haben, oder für die ein Sekundärmarkt gänzlich fehlt (z.B. geschlossene Fonds)⁴⁵⁰. Andererseits verlangt der BGH insoweit eine "Schadensberechnung auf Heller und Pfennig", wenn er auch selbst anerkennen muss, dass dies in manchen Fällen kaum zu leisten ist⁴⁵¹. Es ist aber zu ermitteln, dass schon in dieser Situation des Eingehungsbetruges der Leistungsverpflichtung der Anleger gegenüber die Leistungsverpflichtung der Initiatoren der Kapitalanlage nicht in der Lage war, den ver-

⁴⁴⁸ vgl. Garz-Holzmann: Missbrauch der Berlinförderung S. 86-94

⁴⁴⁹ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 315; Jaath: FS für Dünnebier, 583, 591; Worms: Anlegerschutz S. 191

⁴⁵⁰ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 98; Otto: WM 1988, 729, 732; Worms: Anlegerschutz S. 70 f

⁴⁵¹ BGH5 StR 740/77 (unveröffentlicht), abgedruckt bei Joecks: Kapitalanlagebetrug S. 202; BGH5 StR 389/86 (unveröffentlicht), abgedruckt bei Joecks: Kapitalanlagebetrug S. 203 f

sprochenen oder überhaupt einen Gewinn abzuwerfen. Hier zeigen sich die Folgen, wenn man Prognosen oder Werturteile als täuschungsrelevante Tatsache anerkennt⁴⁵²: Soweit die Auswertung von Tatsachen und die Beurteilung ihrer zukünftigen Entwicklung verschiedenen Personen oder Sachverständigen überlassen bleibt, ergeben sich stets Abweichungen in den Ergebnissen. Welche Berechnungsmethode der Anbieter zur Ermittlung seiner Rendite wählt, ist grundsätzlich ihm überlassen. Sie muss nur wirtschaftlich vertretbar sein. Anzuraten ist jedoch, dass sie sich mit der Methode deckt, die ein Sachverständiger in einem möglichen Prozess wählen wird. Eine konkrete Schadensberechnung ist damit nur sehr schwer möglich, so dass dann, wenn kein konkreter Mindestschadens feststellbar ist, Freispruch erfolgen muss. Alternativ ist in dubio pro reo die günstigste Berechnungsweise zugrunde zu legen. Dabei liegt ein Schaden nur bei negativem Saldo zulasten des Anlegers vor. Bestand eine noch so geringe, aber nicht gänzlich vernachlässigenswerte Gewinnchance, so kann diese im Zweifel einen Schaden entfallen lassen.

Entscheidend ist damit, dass der Anleger im Ergebnis so viel Kapital aus der Anlage herausbekommt, wie er einzahlt. Ergibt eine realistische Bewertung der im Prospekt genannten Gewinnerwartung einen geringeren Betrag, der jedoch immer noch über der Einlageleistung liegt, so ergibt die Saldierung der gegenseitigen Ansprüche einen Gewinn für den Anleger, und § 263 StGB muss in diesem Fall ausscheiden. § 263 StGB schützt den Anleger nur davor, Vermögensverluste zu erleiden, nicht jedoch sein Vertrauen, einen bestimmten weitergehenden Gewinn zu machen⁴⁵³. Einen Schaden erleidet, wer glaubt, eine Gewinnmöglichkeit zu erwerben, die jedoch in Wahrheit gar nicht besteht⁴⁵⁴. Der Schaden entfällt jedoch, wenn die Chance zwar besteht, aber einen geringeren als den erwarteten Ertrag liefert⁴⁵⁵. Nur in Ausnahmefällen kann sich unter dem Gesichtspunkt des individuellen Schadenseinschlages etwas anderes ergeben, wenn der Anleger durch Erwerb der Anlage seine Lebensgrundlage gefährdet⁴⁵⁶ oder die Anlage für ihn gar nicht brauchbar ist⁴⁵⁷. Die Vorstel-

⁴⁵² Dies wird von einigen Autoren als große Neuerung des § 264a StGB gelobt, vgl. oben S. 58

⁴⁵³ Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 200; Otto: FS für Pfeiffer, 69, 79

⁴⁵⁴ Aus diesem Grund stellt ein Schneeballsystem immer einen Betrug dar: die Gelder der Kunden werden nicht gewinnbringend angelegt, sondern zur Zahlung von "Erträgen" an die anderen Anleger verwendet. Eine Gewinnmöglichkeit aus einer Kapitalanlage besteht nicht.

⁴⁵⁵ Maurach/Schröder/Maiwald: Strafrecht BT/1 S. 504

⁴⁵⁶ BGHSt 16, 321, 331

lung, eine Kapitalanlage werfe ganz besonders viel Gewinn ab, ist keine Frage der Brauchbarkeit der Anlage⁴⁵⁸.

Diese Fragen der Schadensberechnung stellen sich genauso im Rahmen des Erfüllungsschadens. Die Leistung des Anlegers steht wie beim Eingehungsbetrug in Heller und Pfennig fest: Es ist der Betrag seiner Beteiligung. Demgegenüber verschafft der Initiator der Kapitalanlage dem Anleger lediglich eine Gewinnerzielungsmöglichkeit. Diese besteht in einer Beteiligung an einem Unternehmen (z.B. bei einem Fonds oder einer stillen Beteiligung) oder dem Erwerb eines Gegenstandes (z.B. eines Aktienpakets).

Als Illustration dieser Problematik mag die Rechtsprechung zur Schadensberechnung bei Warenterminoptionen dienen: Die den Obergerichten zur Entscheidung vorliegenden Fälle zeichneten sich alle dadurch aus, dass der Angeklagte den Anlegern beim Verkauf von Warenterminoptionen zwar den Gesamtaufschlag auf die Prämie bestehend aus ausländischer Brokerprovision und eigener Provision ausgewiesen, jedoch die Summe durch die eigene Provision so deutlich erhöht hatte, dass die Gewinnchancen der Anleger entsprechend niedriger waren. Der Anleger kann durch die Option erst dann Gewinn ziehen, wenn die Wertsteigerung der Ware größer ist als die Summe aus Optionsprämie und Provisionen. Dabei wiesen die Initiatoren darauf hin, dass die Prämie weitergegebene Kosten ausländischer Broker und eigene Provision enthielt. Die genauen Anteile wurde jedoch nicht ausgewiesen.

Das OLG München ging stets davon aus, dass die Option, die der Anleger für sein Geld erhielt, entwertet sei, da der Anleger bei den "normalen" Kursschwankungen kaum eine Chance habe, in die Gewinnzone zu gelangen. Die erworbene Gewinnchance sei damit wertlos. Ein Schaden bestehe also in dem gesamten vom Anleger gezahlten Betrag⁴⁵⁹.

Das OLG Hamburg hingegen beurteilte einen ähnlich gelagerten Fall ganz anders: Es stellte fest, dass ein gewisser Prozentsatz der Kunden trotz des hohen Aufschla-

⁴⁵⁷ Beispielsweise der Verkauf einer Steuersparimmobilie an einen Anleger, der nur wenig Steuern zahlt.

⁴⁵⁸ Seelmann: NJW 1980, 2545, 2551

⁴⁵⁹ OLG München NJW 1980, 794, 794f

ges noch Gewinn gemacht hatte. Daraus schlossen die Richter, dass mitnichten die Gewinnchance völlig entwertet sei. Dieses Ergebnis wird auch mit dem spekulativen Charakter dieser Geldanlage begründet. Der Spekulationsgewinn der Anlage wird durch so viele Unwägbarkeiten beeinflusst, dass von einer generellen Wertlosigkeit der Option nicht die Rede sein könne⁴⁶⁰.

Der BGH versucht, eine vermittelnde Lösung zu finden: Nachdem der 3. Senat zunächst dem OLG München in der Frage der Schadensberechnung gefolgt war⁴⁶¹, stellte der 5. Senat darauf ab, ob der Kunde zu einer sinnvollen Ausübung der Option abhängig von der zur Zeit des Vertragsschlusses zu erwartenden Marktentwicklung überhaupt in der Lage war⁴⁶². Damit wird eine genaue Schadensberechnung noch problematischer, da nunmehr im Nachhinein - die Fälle ereigneten sich offenbar um das Jahr 1979 herum und lagen zur Zeit der BGH-Entscheidung schon 3 Jahre zurück - die zur Zeit des Erwerbs der Optionen für die spätere Entwicklung relevanten Faktoren zu ermitteln und auf damaliger Grundlage zu bewerten waren. Damit entscheidet letztlich ein aus ex-tunc-Sicht zu bewertendes Kundenverhalten über die Strafbarkeit des Verkäufers. Wenn man sich vor Augen führt, wie schwierig jetzt die Beurteilung der zukünftigen Entwicklung einer Option ist, vervielfachen sich die Probleme, wenn man diese Beurteilung erst 4 Jahre nach Erwerb der Option nachzuvollziehen gedenkt. Obendrein müssen diese Umstände auch vom Vorsatz des Täters umfasst sein⁴⁶³.

Dieses Beispiel illustriert anschaulich die Probleme, die sich im Rahmen der Schadensberechnung stellen. In vielen Fällen des Kapitalanlagebetruges geht es um den Erwerb einer Gewinnchance. Diese Chance ist dadurch gekennzeichnet, dass sie sowohl hinsichtlich "Ob" als auch "Wieviel" eintreten, aber auch ausbleiben kann. Ihr Spiegelbild ist das Risiko, dass sich die Chance nicht realisiert. Deutlich zeigt sich an diesen Fällen auch die Korrespondenz zwischen dem Inhalt der Täuschung und dem Vermögensschaden: Ein Schaden ist immer dann zu bejahen, wenn der Anleger vom Täter darüber getäuscht wird, dass es sich nicht um einen sicheren Gewinn, sondern

⁴⁶⁰ OLG Hamburg NJW 1980, 2593, 2594

⁴⁶¹ BGHSt. 31, 115, 116

⁴⁶² BGH NJW 1983, 292, 292; auf die Linie dieser Rechtsprechung schwenkte auch das OLG München NJW 1983, 1917, 1918 ein.

⁴⁶³ Zur Vorsatzfrage unten Seite 137 ff

nur um eine Gewinnmöglichkeit handelt⁴⁶⁴. In diesem Fall verkennt das Opfer, dass es für sein Geld keine sichere, quasi garantierte Gegenleistung, sondern eine Gewinnchance erhält. Da es aber mit Einsatz seines Vermögens gerade keine Spekulation beabsichtigt, ist hier ein Schaden in Höhe des eingesetzten Betrages anzunehmen. Der Anleger wird also über den Inhalt des abzuschließenden Geschäfts getäuscht.

Sobald der Anleger weiß, dass er mit seinem Geld spekuliert, ist hingegen ein Schaden nicht mehr so leicht zu begründen. Hier zeigt sich das eingangs bereits erwähnte Bewertungsproblem. Einerseits ist eine Fülle von Faktoren zu ermitteln, die Einfluss auf den Wert einer Unternehmensbeteiligung⁴⁶⁵ haben. Hier ist zu berücksichtigen, dass ein solches Verfahren erst dann durch Anzeige seitens des Anlegers eingeleitet wird, wenn die erworbene Anlage sich tatsächlich nicht als gewinnträchtig herausgestellt hat. Das ist meist erst Jahre nach Erwerb der Anlage der Fall⁴⁶⁶. Die Ermittlung aller relevanten Umstände ist dann kaum noch möglich.

Andererseits stellt sich auch das Problem der Bewertung verschiedener Faktoren nicht pekuniärer Art. Als Beispiel mag die oben zitierte Rechtsprechung zum Warendermingeschäft dienen: Um welchen Betrag ist der Wert der Option dadurch gemindert, dass die Chance, in die Gewinnzone zu gelangen, infolge des Aufschlags geringer ist⁴⁶⁷?

In allen diesen Fällen ist mangels eindeutiger Feststellung eines Schadens der entsprechende Faktor nicht in die Rechnung einzustellen, um die für den Täter günstigste Betrachtungsweise zugrunde zulegen. Im Ergebnis ist dann kein Schaden und damit keine Strafbarkeit gegeben, wenn der Betrag, den der Anleger für die Beteiligung bezahlt hat, dem so ermittelten Wert der Beteiligung entspricht⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Ebenso Worms: Anlegerschutz S. 193

⁴⁶⁵ oder anderen Kapitalanlage

⁴⁶⁶ Jaath: FS für Dünnebier 583, 592; Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 319

⁴⁶⁷ vgl. Seelmann: NJW 1980, 2545, 2551

⁴⁶⁸ so für den zitierten Fall zum Warendermingeschäft OLG Hamburg: NJW 1980, 2593 f; Seelmann: NJW 1980, 2545, 2551

5. Kausalität

Darüber hinaus stellen sich auch Probleme bei der Frage der Kausalität ein. Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum ist bei nachgewiesener Täuschung seitens des Prospektherausgebers oder Anlageberaters und entsprechendem Irrtum des Anlegers problemlos zu begründen. Dies setzt nur den Nachweis eines "entsprechenden" Irrtums voraus.

Die Entscheidung des Anlegers wird jedoch durch viele Faktoren beeinflusst. Worms⁴⁶⁹ weist jedoch zu Recht auf den Stellenwert hin, den die Gewinnversprechen für den Anleger haben. Seiner Auffassung nach motiviere in erster Linie die Rendite die Anleger zur Investition. Empirische Untersuchungen bei Opfern von Kapitalanlagebetrug haben dieses Ergebnis weitgehend bestätigt⁴⁷⁰. Daher muss genau ermittelt werden, welche Fakten der Anleger im konkreten Fall zur Grundlage seiner Anlageentscheidung gemacht hat. Sofern der Anleger gerade aufgrund der zugesagten Höhe der Rendite die Anlage zeichnet, ist eine Täuschung über die Risiken der Anlage nicht kausal für die Anlageentscheidung, wenn der Anleger die entsprechenden Hinweise im Prospekt nicht zur Kenntnis nimmt und sich demnach auch keine Gedanken darüber macht. Hier ist eine genaue Ermittlung hinsichtlich der vom Anleger zugrundegelegten Umstände vonnöten. Pauschal lässt sich die Frage nach der Kausalität insoweit nicht klären.

Die Kausalität zwischen Vermögensverfügung und Schaden bereitet keine besonderen Problem. Zu beachten ist lediglich, dass sich der Irrtum des Anlegers auf die dem konkreten Schaden zugrundeliegenden Elemente beziehen muss. Resultiert der Schaden aus anderen Faktoren, als sich der Anleger vorstellte, scheidet Betrug aus.

6. Vorsatz

Der Nachweis des subjektiven Tatbestands eines Betruges ist zumeist am schwierigsten. Betrug erfordert vorsätzliches Handeln des Täters. Das bedeutet, er muss die wesentlichen Vorgänge kennen und eine Schädigung des Anlegers zumindest

⁴⁶⁹ Worms: Anlegerschutz S. 190

⁴⁷⁰ Liebel/Oehmichen: Motivanalyse S. 87f

billigend in Kauf nehmen i.S. des *dolus eventualis*. Bei gut vorbereiteter Einlassung ist oftmals der Schädigungsvorsatz kaum beweisbar⁴⁷¹. Hier setzen sich die Probleme des objektiven Tatbestandes im subjektiven fort. Der Täter muss eine Vorstellung von den Umständen des objektiven Tatbestands gehabt haben. Gerade dann, wenn es um Beurteilungs- und Bewertungsfragen geht, ist einem annähernd sachkundigen Angeklagten seine Einlassung schwerlich zu widerlegen, selbst wenn sie den Ausführungen des Sachverständigen zuwiderläuft. Es muss dem Angeklagten stets seine Kenntnis nachgewiesen werden, dass seine Konzeption der Kapitalanlage so überhaupt keine Rendite abwerfen konnte, bzw. dass seine Beurteilung der Entwicklungschancen der Anlage nicht realisierbar war. Ohne Probleme sind hier hingegen die Fälle, in denen der Täter für die eingezahlten Beträge keine Gegenleistung erbringen, sondern sie gleich in die eigene Tasche wirtschaften wollte. Diese offenkundigen Betrugsfälle sind allerdings auch im objektiven Tatbestand bereits wenig problematisch⁴⁷².

7. Bereicherungsabsicht

Damit korrespondiert auch die Bereicherungsabsicht. Ist dem Täter ein Betrugsvorsatz nachzuweisen, so bereitet die Bereicherungsabsicht keine wesentlichen Probleme mehr. Wenn hingegen bereits nicht klar ist, dass der Täter die Anleger tatsächlich schädigen wollte, da er von einer positiven Prognose ausging, so ist damit zugleich auch der Nachweis der Bereicherungsabsicht problematisch⁴⁷³.

8. Verhältnis zu § 264a StGB

Als Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass einige jetzt von § 264a StGB geregelten Sachverhalte zwar auch unter § 263 StGB subsumiert werden können, insbesondere der Nachweis jedoch erhebliche Probleme bereitet. Das Merkmal der Täuschungshandlung ist unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung Tun/Unterlassen schwierig nachweisbar. Hier tritt aber kein neues oder spezifisches Problem auf. Die-

⁴⁷¹ Jaath: FS für Dünnebier S. 583, 591

⁴⁷² Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 328

⁴⁷³ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 329

se Frage ist in vielen Fällen bereits entschieden worden, und kann trotz ihrer recht problematischen Handhabung weitgehend als geklärt angesehen werden. Speziell im Bereich der Täuschung durch Unterlassen hingegen ist der Schutzbereich des § 263 StGB sehr eng, da sich eine Garantenstellung kaum begründen lässt, soweit nicht das Verhalten eines Anlageberaters oder mit der Beratung befassten Steuerberaters oder Rechtsanwalts in Rede steht. Der Irrtum weist die bekannten betrugstypischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung einer positiven Fehlvorstellung auf.

Weitere Probleme bestehen im Rahmen der Schadensberechnung. Diese sind bedingt dadurch, dass es sich bei Anlagebetrug meist um die Konstellation des Eingehungsbetruges handelt. Bei der dadurch bewirkten deutlichen Vorverlagerung der Strafbarkeit ist der zeitliche Abstand zur Aufdeckung der Tat - meist Scheitern der Anlage, verbunden mit einer Schädigung der Anleger - so erheblich, dass rein tatsächlich eine Aufklärung der bewertungsrelevanten Umstände zur Zeit des Erwerbs der Anlage kaum mehr möglich ist. Die Schwierigkeiten betreffen insoweit die Schadensfeststellung aus der Ex-tunc-Perspektive. Diese Probleme haben ihr Spiegelbild im subjektiven Tatbestand. Zu erfassen sind hier zumeist nur die eindeutigen Täuschungsfälle. Soweit die Sicht des Täters, die Anlage könne noch Gewinn abwerfen, nur einigermaßen vertretbar erscheint, ist der Schädigungsvorsatz kaum zu bejahen. Lediglich eindeutige Fälle können unter § 263 StGB subsumiert werden.

II. Untreue - § 266 StGB

Der Untreuetatbestand kommt regelmäßig im Zusammenhang mit § 264a StGB in den Fällen des Abs. II in Frage⁴⁷⁴. Er setzt eine bestehende Beziehung rechtlicher oder tatsächlicher Art zwischen den Beteiligten voraus⁴⁷⁵. Auch § 264a II StGB betrifft die Fälle einer Täuschung innerhalb eines bestehenden Anlageverhältnisses. Diese Konstellation ist jedoch in § 264a I StGB nicht gegeben, da dieser sich lediglich auf die Vertragsanbahnung bezieht. Die fehlerhafte Anlageberatung selbst ist nicht nach § 266 zu erfassen.

⁴⁷⁴ Knauth: NJW 1987, 28, 32; LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 85

⁴⁷⁵ Lackner/Kühl § 266 Rn. 2; Otto: WM 1988, 729, 733; Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagegerecht § 8 Rn. 26

Weiterhin ist sehr genau hinsichtlich der Gestaltung der jeweiligen Vertragsverhältnisse zu differenzieren: Beinhaltet der Vertrag zwischen Anleger und Initiator der Kapitalanlage, dass der Initiator für Rechnung des Anlegers Wertpapiere kauft, ein Depot verwaltet und damit die Möglichkeit erhält, den Anleger zu verpflichten, so liegt eine Untreue nahe⁴⁷⁶. Hier ist die Sorge für fremdes Vermögen wesentlicher Inhalt des zwischen Anleger und Initiator geschlossenen Vertrages. Demgegenüber ist Untreue eher fernliegend, wenn der Initiator ein fertiges Produkt zu einem von vornherein feststehenden Preis verkauft, wie dies z.B. bei einer Gesellschaftsbeteiligung der Fall ist.

Größere Relevanz besitzt § 266 im Falle des Ersterwerbs von Kapitalanlagen jedoch für die Anlageberater und den Vertrieb. Hier können bei Anlageberatung durch Steuerberater oder Rechtsanwälte, aber auch bei Kreditinstituten Vermögensbetreuungspflichten im Rahmen von Beratungsverträgen bestehen, die eine Strafbarkeit gem. § 266 StGB auslösen. Der Prospektherausgeber ist jedoch insoweit mangels Vermögensbetreuungspflicht nicht betroffen.

Hinsichtlich der Berechnung der Vermögensnachteils kann auf die entsprechenden Ausführungen beim Betrug verwiesen werden⁴⁷⁷.

III. § 4 UWG

Eine weitere Vorschrift, die beim Vertrieb von Kapitalanlagen in Betracht kommt, ist § 4 UWG.

Gegenstand dieser Vorschrift sind "Waren oder gewerbliche Leistungen". Diesem Begriff unterfallen auch alle Arten von Kapitalanlagen⁴⁷⁸. Unter Waren lassen sich alle handelbaren Gegenstände verstehen⁴⁷⁹. Handelbar i.S.d. BGB sind Sachen und Rechte. Zu den Rechten gehören u.a. auch Beteiligungen an Gesellschaften, so dass Fonds aller Art erfasst sind. Soweit die Kapitalanlage über einen Gegenstand erfolgt (z.B. eine Eigentumswohnung), ist diese eine Sache und damit ebenfalls eine

⁴⁷⁶ Otto: WM 1988, 729, 733

⁴⁷⁷ Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 28

⁴⁷⁸ Otto: WM 1988, 729, 734

Ware i.S.d. § 4 UWG. Treuhandbeteiligungen stellen gewerbliche Leistungen dar, da kraft des Treuhandverhältnisses der Treuhänder zur Geschäftsbesorgung für den Treugeber verpflichtet ist.

1. Rechtsgut und Struktur

Geschützt werden durch § 4 UWG in erster Linie die Lauterkeit und Wahrhaftigkeit des geschäftlichen Lebens im Bereich der Kundenwerbung. Darüber hinaus wird § 4 UWG mittlerweile auch als Vorfeldtatbestand zum Betrug interpretiert und soll insofern sowohl die Dispositionsfreiheit des Verbrauchers, nicht etwa dessen Vermögen, als auch das Vermögen der Mitbewerber vor Schädigung schützen⁴⁸⁰. Er füllt daher eine Lücke, die der Schutz durch § 263 StGB noch lässt - dieser betrifft bekanntlich nicht die Dispositionsfreiheit⁴⁸¹.

Dieser Kunstgriff ist jedoch, ähnlich wie oben bei § 264a StGB schon erörtert⁴⁸², auch hier nicht erforderlich. Ausgehend von der grundsätzlich individualschützenden Funktion der Rechtsgüter ist auch hier das Vermögen nur gegen eine weitere Angriffsform geschützt: Vermögensschaden durch Täuschung und Irreführung des Verbrauchers mittels Werbung. Auch der Schutz des Vermögens der Mitbewerber auf dem Markt, wie zuvor dargestellt, ist auf diese Weise erklärbar. Auch § 4 UWG dient daher dem Vermögensschutz.

In Formulierung und Struktur ist er § 264a StGB nicht unähnlich⁴⁸³. Auch diese Vorschrift lässt die Täuschung zur Tatbestandserfüllung genügen und setzt keinen Vermögensschaden voraus. Ebenso reicht zur Tatbestandserfüllung die Individualtäuschung nicht, sondern die Täuschungshandlung muss gegenüber einem größeren Kreis von Personen erfolgen. Auch die Interessenlage gleicht § 264a StGB: Ebenso wie dort liegt die Vorschrift im Spannungsfeld zwischen Verbraucheraufklärung und

⁴⁷⁹ Jaath: FS für Dünnebier 583, 594

⁴⁸⁰ Erbs/Kohlhaas/Diemer: § 4 UWG Rn. 2; Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 333; Grebing: wistra 1982, 83, 85; Lampe: FS für Lange S. 456, 474f

⁴⁸¹ Lackner/Kühl: § 263 StGB Rn. 2

⁴⁸² vgl. oben Seite 23 ff

⁴⁸³ vgl. Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 337

Kundenwerbung⁴⁸⁴. Hier ist jedoch der Zusammenhang zu beiden Bereichen allein aufgrund der systematischen Stellung im UWG schon klarer: Gegenstand des UWG ist die Regelung der Grenzen von Werbung.

Unterschiedlich ist jedoch die Tathandlung geregelt. § 264a StGB hat ausdrücklich auch eine Unterlassungsvariante. Diese fehlt bei § 4 UWG, so dass im Falle unterlassener Aufklärung eine Strafbarkeit nur in Verbindung mit § 13 StGB in Frage kommt.

2. Objektive Voraussetzungen des § 4 UWG

a) Unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben

Die Tathandlung setzt objektiv voraus, dass der Täter unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben macht. Der Begriff der Angabe ist identisch mit dem modernen Tatsachenbegriff des § 263 StGB⁴⁸⁵. Er umfasst zunächst Tatsachen, d.h. innere und äußere Vorgänge und Zustände, die beweisbar sind. Weiterhin werden auch Prognosen und Werturteile erfasst, soweit sie einen Tatsachenkern aufweisen⁴⁸⁶. Nicht tatbestandsmäßig sind danach Informationen, die nur der Anpreisung dienen und keinerlei nachprüfbaren Inhalt haben⁴⁸⁷. Damit ist dieser Begriff identisch mit dem Angabenbegriff des § 264a StGB, der auch eine gewisse Nähe zu Tatsachen erfordert⁴⁸⁸. Er trägt der Tatsache Rechnung, dass Werbung ihre Wirkung nicht allein aus der Mitteilung von Tatsachen zieht. Vielmehr bedient sich Werbung eines positiv bewertenden Vokabulars, um das zu bewerbende Produkt in einem möglichst vorteilhaften Licht erscheinen zu lassen.

Diese Angaben müssen unwahr und zur Irreführung geeignet sein. Unklar ist das Verhältnis beider Begriffe. Üblicherweise wird der Begriff "unwahr" objektiv, der Begriff "zur Irreführung geeignet" subjektiv bestimmt. Unwahr sind Angaben demnach,

⁴⁸⁴ Grebing: wistra 1982, 83, 85

⁴⁸⁵ Otto: WM 1988, 729, 734

⁴⁸⁶ Erbs/Kohlhaas/Diemer: § 4 UWG Rn. 8

⁴⁸⁷ Waschmittelwerbung: "Weißer als weiß"

⁴⁸⁸ vgl. oben Seite 58 ff

wenn sie mit der objektiven Wahrheit nicht übereinstimmen⁴⁸⁹. Zur Irreführung geeignet ist eine Angabe dann, wenn sie wenigstens einen Teil des durch die Werbung angesprochenen Personenkreises dazu veranlassen kann, sie für wahr zu halten und sich täuschen zu lassen⁴⁹⁰. Nach Auffassung von Lampe kommt es hingegen auch für die Frage der Unwahrheit auf den Empfänger der Information an⁴⁹¹. Maßgeblich ist, wie er die Äußerung verstehen durfte. Damit bestimmt Lampe beide Begriffe subjektiv. Ein Unterschied zwischen ihnen sei somit nicht mehr auszumachen. Der Verstoß gegen die Wahrheitspflicht gehe zurück auf das Missverhältnis zwischen dem Sinn, den der Mitteilungsempfänger der Werbung beilegt, und der Wirklichkeit. Die einzige Funktion, die einer objektiven Bestimmung des Begriffs unwahr danach noch zukomme, sei die, unwahre, aber nicht zur Irreführung geeignete Angaben aus der Strafbarkeit auszunehmen. Damit sei jedoch dieses Tatbestandsmerkmal in der Praxis bedeutungslos⁴⁹².

Wichtig bei Lösung dieser Problematik ist, sich die Funktion dieser Vorschrift bewusst zu machen. Aufgabe des § 4 UWG ist, die Allgemeinheit vor unwahrer Werbung zu schützen⁴⁹³. Andererseits ist jedoch auch anerkannt, dass Werbung durchaus das beworbene Produkt in einem positiven Licht darstellen darf, zumal auch der Werbeadressat dies weiß⁴⁹⁴. Werbung darf einseitig die Vorteile eines Produkts herausstellen und braucht nicht vollständig zu sein⁴⁹⁵. Schon aus diesem Grund ist gerade gegenüber besonders marktschreierischer Werbung Zurückhaltung geboten. Sinn der Werbung ist ja, den Kaufentschluss des Kunden zu beeinflussen. Damit trägt auch der Adressat der Werbung seinen Teil der Verantwortung, ob er der Werbung glaubt oder nicht. Eine Grenze zur erlaubten Werbung wird dadurch gezogen, dass kumulativ Irreführung und unwahre Angaben als Werbemittel ausgeschlossen werden. Soweit Werbung auch der Information des Kunden und nicht nur der Anpreisung der Ware dient, stellt sie eine wesentliche Quelle für die Beschaffung von Auskünften

⁴⁸⁹ Erbs/Kohlhaas/Diemer: § 4 UWG Rn. 12; Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 342

⁴⁹⁰ Erbs/Kohlhaas/Diemer: § 4 UWG Rn. 18

⁴⁹¹ Lampe: FS für Lange S. 461; ähnlich Otto: WM 1988, 729, 734, der für beide Begriffe auf den Empfängerhorizont abstellt, sie jedoch nicht zu einer Einheit zusammenfasst.

⁴⁹² Otto: WM 1988, 729, 734

⁴⁹³ Jaath: FS für Dünnebier, 583, 594

⁴⁹⁴ Jaath: FS für Dünnebier, 583, 596

⁴⁹⁵ Erbs/Kohlhaas/Diemer: § 4 UWG Rn. 13; Richter: wistra 1987, 117, 119; Jaath: FS für Dünnebier S. 596

über Beschaffenheit der Ware für die Kunden dar. Deshalb muss sie wahrheitsgemäß sein. Da aber eine gewisse Beeinflussung zulässig ist, steckt die Beschränkung auf wahre Angaben die Grenze: Eine Beeinflussung des Kunden soll nur durch die Form der Werbung möglich sein, nicht jedoch durch den Inhalt der Werbeaussage. Andernfalls wäre die Nennung beider Begriffe - "unwahr" und "zur Irreführung geeignet" - ohne Sinn⁴⁹⁶. Daher sind mit Meyer/Möhrenschlager⁴⁹⁷ Angaben, die zwar nach obiger Definition zur Irreführung geeignet, jedoch bei objektiver Betrachtung wahr sind, entgegen Lampe⁴⁹⁸ aus der Strafbarkeit auszuschließen. Somit sind die Begriffe wie folgt auszulegen:

Bei der Subsumtion der Begriffe "unwahr" und "zur Irreführung geeignet" ist zunächst nach Wortlaut, dann auch nach dem Empfängerhorizont die Aussage der Werbung zu ermitteln. Dabei sind auch Handelsbräuche und Verkehrsauffassung einzubeziehen⁴⁹⁹. Anschließend ist ein Vergleich durchzuführen: Hinsichtlich des Begriffes "unwahr" muss zum Vergleich die Wirklichkeit bzw. die Auffassung des Durchschnittspublikums herangezogen werden⁵⁰⁰. Der Begriff "Wahrheit" ist stets objektiv zu bestimmen⁵⁰¹. Soweit es um die Bestimmung der Eignung zur Irreführung geht, ist darauf abzustellen, ob ein nicht unwesentlicher Teil des angesprochenen Personenkreises die Angabe als wahr ansehen und sich täuschen lassen kann. Zu Recht weist Richter darauf hin, dass beide Maßstäbe gerade bei Werbung, die sich an unbedarfte Bevölkerungskreise richtet, oft identisch sein werden⁵⁰². Bei Beurteilung der Strafbarkeit dürfen jedoch nicht die Kenntnisstand einzelner Bevölkerungsgruppen über die Strafbarkeit entscheiden. Daher ist bei Bestimmung der Wahrheit von einem objektiven Maßstab auszugehen.

⁴⁹⁶ Erbs/Kohlhaas/Diemer: § 4 UWG Rn. 12

⁴⁹⁷ Erbs/Kohlhaas/Diemer: § 4 UWG Rn. 12; Solf in: Wabnitz/Janovsky: Handbuch Kap. 14 Rn. 57; Meyer/Möhrenschlager: WiVerw 1982, 21, 23 f; ebenso Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 342

⁴⁹⁸ Lampe: HWiStR - Unlautere Werbung S. 3; unklar insoweit ders.: FS für Lange S. 461

⁴⁹⁹ Richter: wistra 1987, 117, 119

⁵⁰⁰ Hier besteht Einigkeit: unklar Lampe: FS für Lange S. 461; zustimmend ders.: HWiStR - Unlautere Werbung S. 3; Erbs/Kohlhaas/Diemer § 4 UWG Rn. 14; Meyer/Möhrenschlager: WiVerw 1982, 21, 24

⁵⁰¹ vgl. insoweit den Begriff der Tatsache bei § 263: hier ist Nachprüfbarkeit wesentliches Kriterium.

⁵⁰² Richter: wistra 1987, 117, 119; ebenso Meyer/Möhrenschlager: WiVerw 1982, 21, 24

b) Tathandlung - Abgrenzung konkludentes Tun/Unterlassen

Eng mit dieser Problematik verknüpft ist die Frage, wie hier aktives Tun von Unterlassen abzugrenzen ist. Der Tatbestand erfasst nach seiner Formulierung ausdrücklich nur das aktive Tun (wer...unwahre oder zur Irreführung geeignete Angaben *macht*...). Besondere Brisanz erhält hier wie bei § 263 StGB die Abgrenzung des konkludenten Verhaltens vom Unterlassen. Eine schlüssige Erklärung liegt dann vor, wenn ein Umstand nicht ausdrücklich erklärt wird, jedoch den Umständen nach bei natürlicher Betrachtungsweise miterklärt ist. Die schlüssige Erklärung schwingt in der tatsächlichen Erklärung mit. Problematisch ist dabei, dass Werbung andererseits nicht zur Vollständigkeit verpflichtet ist. Strafbares Unterlassen ist damit nur in besonders gelagerten Fällen möglich. Allerdings ist die Werbeaussage in ihrer Gesamtheit zu betrachten und zu würdigen⁵⁰³. Entsteht dabei ein Gesamteindruck, der ein unwahres und zur Irreführung geeignetes Bild von dem Produkt zeichnet, so liegt eine konkludente Angabe vor⁵⁰⁴. Ausschlaggebend ist also die Nähe zu der nicht ausdrücklich genannten Informationen: Kann man sie schon aus den gegebenen Informationen erschließen, sind sie konkludent miterklärt. Gibt der Gesamteindruck jedoch über einen bestimmten Umstand keine Auskunft, so liegt hierin eine Täuschung durch Unterlassen, die dann unter den weiteren Voraussetzungen des § 13 StGB strafbar sein kann.

Als Beispiel soll ein Fall des Kammergerichts dienen⁵⁰⁵: Der Angeklagte, der ein Möbelhaus betreibt, hatte in Anzeigen günstigen Wohnraum angeboten, jedoch dann die endgültige Vermietung davon abhängig gemacht, dass die Mieter bei ihm Möbel einkauften. Das KG hat unter Berufung auf die Entscheidung des BGH⁵⁰⁶ auf die Gesamtwirkung der Anzeige abgestellt und den Angeklagten wegen § 4 UWG verurteilt. Eine Offenbarung von Informationen sei immer dann geboten, wenn ein wesentlicher Umstand verschwiegen werde, dessen Angabe geeignet wäre, den Entschluss des durch die Werbung angesprochenen Personenkreises zur Vornahme bestimmter mit der Werbung erstrebter Handlungen zu beeinflussen. Wesentlicher Umstand sei

⁵⁰³ BGHSt. 2, 139, 145

⁵⁰⁴ Otto: WM 1988, 729, 734

⁵⁰⁵ KG JR 1973, 428, 428

⁵⁰⁶ s.o. BGHSt. 2, 139, 145

hier, dass die Vermietung der Wohnung von einer Leistung abhängig gemacht werde, die üblicherweise im Zusammenhang mit der Vermietung von Wohnraum nicht verlangt wird. Da die Anzeige den Gesamteindruck einer normalen Wohnungsanzeige vermittele, macht der Vermieter insoweit unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben.

Tiedemann ordnet in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung des KG⁵⁰⁷ den Fall als Unterlassungstat ein. Die Gesamtbetrachtung zur Beurteilung der Wahrheit der Werbung führe nicht weiter, da die mitgeteilten Informationen für sich genommen wahr seien, die Unwahrheit sich aber erst daraus ergebe, dass der Empfänger der Werbung davon ausgehe, dass alle wesentlichen Umstände mitgeteilt seien. Dies setze nämlich voraus, dass Werbung die stillschweigende Erklärung enthielte: "Das ist alles, was man zur Beurteilung des Produktes wissen muss". Da jedoch Werbung unvollständig sein dürfe und diese Erklärung daher auch der Werbung nicht beigegeben werden könne, bleibe nur der Weg über ein unechtes Unterlassungsdelikt⁵⁰⁸. Damit falle die unvollständige Werbung stets in den Bereich des Unterlassens⁵⁰⁹. Dieses Ergebnis stößt jedoch von der Wertung her auf Bedenken: Je schwerwiegender und unerwarteter der verschwiegene Umstand ist - wer rechnet schon damit, dass er eine Wohnung nur dann bekommt, wenn er bei dem Vermieter Möbel kauft - desto höher sind die Anforderungen an eine Strafbarkeit, da zusätzlich noch gemäß § 13 StGB Garantenstellung und Entsprechensklausel vorliegen müssen⁵¹⁰. Diesen Bedenken begegnet Tiedemann zumindest teilweise, indem er bei Teilnahme am Wirtschaftsverkehr eine Garantenstellung aus Treu und Glauben bejahen will⁵¹¹. Zur Entsprechensklausel nimmt er hingegen nicht Stellung. Diese Lösung des Problems greift jedoch insoweit zu kurz, als eine Garantenstellung aus Treu und Glauben nur in absoluten Sonderfällen bejaht wird und keineswegs so verallgemeinerungsfähig ist, wie Tiedemann annimmt⁵¹². Der Grund liegt in der Konturlosigkeit dieser Garantenstellung. Grebing hingegen stellt auf die zum Betrug entwickelte Abgrenzung zwischen konkludentem Tun und Unterlassen ab. Wichtig ist jedoch,

⁵⁰⁷ in JR 1973, 429 f

⁵⁰⁸ Tiedemann: JR 1973, 429, 430

⁵⁰⁹ Tiedemann: JZ 1986, 865, 872

⁵¹⁰ Grebing: wistra 1982, 86, 87

⁵¹¹ Tiedemann: JR 1973, 429, 430

dabei zu berücksichtigen, dass Werbung selektiv arbeiten darf. Es muss auf den Zusammenhang zwischen den in der Werbung gegebenen Informationen und der verschwiegenen Information ankommen. Andererseits muss Werbung jedoch auch den wahren Gehalt des Angebots angeben⁵¹³. Stellt sich, wie im vorliegenden Fall die Vermietung einer Wohnung in Wahrheit als Vermietung mit Verkauf von Möbeln heraus, so ist diese Wahrheit nicht gewährleistet. Die Anzeige zeichnet schlüssig ein fehlerhaftes Bild des Angebots.

Gibt hingegen die Werbeaussage auch nicht schlüssig ein fehlerhaftes Bild des Angebots wieder, so kommt eine Strafbarkeit durch Unterlassen nur in den zitierten Ausnahmefällen in Betracht. Soweit sich danach Strafbarkeitslücken ergeben, sind sie hinzunehmen⁵¹⁴.

3. subjektive Voraussetzungen

Der subjektive Tatbestand erfordert neben Vorsatz auch die Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Damit letzteres Merkmal erfüllt ist, reicht es nicht allein aus, wenn nur unrichtige Angaben gemacht werden. Erforderlich ist darüber hinaus, dass das Angebot nicht nur als günstig, sondern als besonders günstig erscheint. Nicht erforderlich ist dabei ein Vergleich mit Konkurrenzprodukten⁵¹⁵. Der Werbende muss lediglich eine Eigenschaft seines Produktes hervorheben. Auf die Vorstellung der Kunden von dieser Eigenschaft will der Werbende bei § 4 UWG durch unwahre oder zur Irreführung geeignete Angaben einwirken. Nach seiner Vorstellung muss also eine Kausalbeziehung zwischen der beabsichtigten Fehlvorstellung der Kunden und den vom Werbenden gemachten Angaben bestehen. Dass tatsächlich ein falscher Eindruck bei den Kunden von den Eigenschaften des Produkts entsteht, ist nicht erforderlich⁵¹⁶. Dies ergibt sich schon aus der Konstruktion als erfolgskupiertes Delikt. Der Täter muss zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes wissen, dass die Kunden seinen Angaben glauben und daraufhin das

⁵¹² Grebing: wistra 1982, 83, 87

⁵¹³ KG: JR 1973, 428, 428

⁵¹⁴ Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 348

⁵¹⁵ Erbs/Kohlhaas/Diemer: § 4 UWG Rn. 62; Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 355

⁵¹⁶ Meyer/Möhrenschlager: WiVerw 1982, 21, 23

Produkt erwerben können. Diese Vorstellung muss ihm im Prozess nachgewiesen werden. Damit kann man keineswegs mit Richter sagen, die subjektiven Anforderungen seien gering⁵¹⁷. Zwar führt er zur Begründung aus, dass zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes schon *dolus eventualis* ausreicht, und auch dieser Täter mit dem Ziel, ein besonders günstiges Angebot hervorzurufen, handeln könne. Wegen dieser Möglichkeit seien die Voraussetzungen der Absicht, ein besonders günstiges Angebot hervorzurufen, gering zu halten. Dem ist jedoch zu entgegenen, dass eine solche Konstellation kaum vorstellbar ist. Der Begriff der Absicht deutet stets auf zielgerichtetes Handeln hin. Der Sprachgebrauch des Gesetzes macht deutlich, dass in den Fällen überschießender Innentendenz der Inhalt der Absicht Ziel des Täters sein muss. Dieses ist jedoch im Rahmen des *dolus eventualis* nicht möglich. Der mit *dolus eventualis* handelnde Täter hat kein im Rahmen der Tatbestandserfüllung liegendes Ziel. Ihm können nur bestimmte Umstände der Tat i.S.d. *dolus directus* 2. Grades bewusst sein. Damit ergibt sich von der Theorie her für den mit *dolus eventualis* handelnden Täter tatsächlich ein Widerspruch. Diese ist jedoch nicht in der von Richter vorgeschlagenen Weise zu lösen, dass die Anforderungen an die Absicht zu reduzieren sind, sondern man muss beide subjektiven Elemente unabhängig voneinander feststellen. Erst dann ergibt sich, ob der Täter den subjektiven Tatbestand erfüllt. Weder die überschießende Innentendenz noch die Vorsatzform können für das jeweils andere subjektive Merkmal präjudiziell sein.

Identisch mit § 264a StGB ist die Problematik betreffend die Feststellung des subjektiven Tatbestandes. Man wird jedoch sagen können, dass die besondere Absicht um so eher zu bejahen ist, je deutlicher eine unwahre Angabe vorliegt. In den Fällen einer ausdrücklichen unwahren Angabe ist die Absicht kaum auszuschließen. Ein Täter würde kaum die Eigenschaften seines Produktes falsch beschreiben, wenn er sich nicht einen besseren Werbeeffect und damit mehr Gewinn davon verspräche. Schwieriger zu begründen ist hingegen in den Fällen der schlüssigen Täuschung, wann die geforderte Absicht gegeben ist.

⁵¹⁷ Richter: *wistra* 1987, 117, 118

4. Verhältnis zu § 264a StGB

§ 4 UWG ist in den Verhandlungen über die Schaffung des § 264a StGB als Auffangtatbestand angesehen worden⁵¹⁸. Das ist insoweit zutreffend, als er im Vergleich zu § 264a StGB sämtliche Formen der Werbung erfasst. Dies führt zu den bekannten Problemen bei der Interpretation des von der Interessenlage her ähnlich gelagerten § 264a StGB⁵¹⁹. Hinsichtlich der Umschreibung der Tathandlung ist er jedoch enger. Die Tat kann aufgrund der Eigenheiten der Werbung nur unter den Einschränkungen des § 13 StGB durch Unterlassen begangen werden. Dieses Problem wird bei § 264a StGB durch die Ausgestaltung als echtes Unterlassungsdelikt behoben.

Weiterhin ist § 4 UWG nicht an eine vollständig erscheinende Darstellung der relevanten Umstände gebunden, so dass auch Telefonverkäufer sich nach dieser Vorschrift strafbar machen können⁵²⁰. Dies ist ein Umstand, der gerade im Zusammenhang mit § 264a StGB immer wieder kritisiert wird⁵²¹. Dennoch stellen sich bei § 4 UWG ähnliche Beweisprobleme wie bei § 264a StGB ein, weil das gesprochene Wort flüchtiger ist als das im Prospekt geschriebene.

Im Gegensatz zu § 264a StGB ist § 4 UWG als Privatklagedelikt ausgestaltet (§ 374 I Nr. 7 StPO). Das ist verwunderlich, weil es bei § 4 UWG aufgrund der Begehung einem größeren Kreis von Personen gegenüber keinen eindeutigen Verletzten gibt. Letztlich ist jeder Verletzter, an den sich die Werbung richtet. Andererseits sind privatklageberechtigt nicht nur die Adressaten der Werbung, sondern auch die anderen Gewerbetreibenden und Interessenverbände (§§ 22 II, 13 I Nr. 1, 2, 4 UWG). Aus dieser ausdrücklichen Regelung ergibt sich, dass die anderen Gewerbetreibenden und Interessenverbände nicht Verletzte i.S.d. § 374 I StPO sind.

§ 264a StGB und § 4 UWG sind weiterhin Officialdelikte. Das gilt nach Nr. 260 RiStBV für § 4 UWG nur dann, wenn eine nicht geringfügige Rechtsverletzung vorliegt. Diese ist zu bejahen, wenn es sich nicht nur um einen leichteren Rechtsverstoß

⁵¹⁸ Jaath: FS für Dünnebier, S. 594; Richter: wistra 1987, 117, 118

⁵¹⁹ vgl. oben Seite 91 ff

⁵²⁰ Otto: WM 1989, 721, 735

⁵²¹ vgl. oben Seite 109 ff

handelt und er nicht die Interessen eines eng umgrenzten Personenkreises berührt⁵²².

Das Strafmass bei § 264a StGB ist höher ausgefallen. Damit ist es möglich, dem weitergehenden Risiko für Anlegervermögen und den Kapitalmarkt bei der Strafzumessung Rechnung zu tragen.

§ 4 UWG weist trotz seiner Stellung im Vorfeld des Betruges - weitere Gemeinsamkeit mit § 264a StGB - keine Regelung über tätige Reue auf. Angesichts des geringen Strafmasses und insbesondere der Ausgestaltung als Privatklagedelikt ist eine Regelung über tätige Reue nicht erforderlich. Sofern der Täter den Schaden wieder ausgeglichen hat, kann diesem Umstand dadurch Rechnung getragen werden, dass entweder Strafen am unteren Rand des Strafrahmens des § 4 UWG ausgesprochen, oder der Geschädigte auf den Privatklageweg verwiesen wird.

§ 4 UWG erscheint angesichts der teilweise erheblichen Schäden im Kapitalanlagebereich nicht als geeignetes Instrument zur Bekämpfung von Anlagekriminalität⁵²³.

IV. Börsenstrafrecht

§§ 61, 23 I BörsG⁵²⁴ stellen die Verleitung Unerfahrener zu Börsenspekulationsgeschäften unter Strafe. Diesen Vorschriften liegt - wie auch § 264a StGB - der Gedanke zugrunde, dass jeder riskante Geschäfte abschließen kann, solange er weiß, worauf er sich einlässt. Auch durch diese Vorschrift soll nur der entsprechende Informationsstand gewährleistet werden.

⁵²² Unterhalb dieser Schwelle wäre § 4 UWG zugleich Privatklage- und Officialdelikt. Gegen diese Einordnung des § 4 UWG wendet sich Maiwald (GA 1970, 32, 48 f): Da Privatklage- und Antragsdelikte auf dem Gedanken der Selbstverantwortung und der Aussöhnung beruhen, müssten Privatklagedelikte zugleich auch Antragsdelikte sein.

⁵²³ Aus diesen Gründen hält auch Otto: WM 1989, 721, 735 den auf Anleger bezogenen Schutz durch § 4 UWG nicht für ausreichend.

⁵²⁴ Erneuert durch das 4. Finanzmarktförderungsgesetz vom 1.7.2002. Die Normen sind wortgleich mit dem ehemaligen § 89 BörsG.

1. Börsenspekulationsgeschäfte

Der Begriff des Börsenspekulationsgeschäfts ist in § 23 II BörsG legal definiert. Es kommen zwei Formen in Betracht: An- und Verkaufsgeschäfte mit aufgeschobener Lieferzeit und Optionen auf solche Geschäfte. Diese sind nicht nur beschränkt auf Geschäfte an einer inländischen Börse, sondern es sind auch ausländische Börsenspekulationsgeschäfte erfasst. Ziel eines Börsenspekulationsgeschäfts ist dabei, unter Zuhilfenahme der aufgeschobenen Lieferzeit aus Kursschwankungen am Markt einen Gewinn zu ziehen. Das Börsenspekulationsgeschäft ist damit seinem Sinn nach ein Differenzgeschäft i.S.d. § 764 BGB⁵²⁵. Steht dabei nicht die Gewinnerzielungsabsicht, sondern ein anderer Zweck (z.B. Absicherung gegen Kursschwankungen mittels eines Hedge-Geschäftes⁵²⁶) im Vordergrund, so liegt kein Börsenspekulationsgeschäft vor. Eine Abgrenzung, die regelmäßig nur aufgrund des Sinnzusammenhanges verschiedener Geschäfte zu treffen ist, stellt sich damit hinsichtlich des Nachweises als problematisch dar.

Eine Abgrenzung zum Begriff der Kapitalanlage ist jedoch nicht zwingend erforderlich⁵²⁷. Gemeinsam ist dem Spekulationsgeschäft und der Kapitalanlage jedoch die Gewinnerzielungsabsicht des Anlegers. Maßgeblich beim Differenzgeschäft ist jedoch, den Gewinn aus dem Wertgefälle einer Ware im Rahmen der zeitliche Preisentwicklung zu ziehen, ohne dass dabei ein Warenaustausch stattfindet. Erfolgt demgegenüber ein Warenaustausch, so liegt jedenfalls kein Differenz- und damit kein Börsenspekulationsgeschäft mehr vor. Es kann sich jedoch noch um eine Kapitalanlage handeln.

Dabei erfassen §§ 61, 23 I BörsG nicht nur das unmittelbar an der Börse betriebene Termingeschäft, sondern auch das fondsmässig durchgeführte Geschäft⁵²⁸. Oft genug wird in der Praxis versucht, die Beteiligung an einem Optionsfonds oder sogar direkt an einem Termingeschäft als relativ risikofreie Möglichkeit der Gewinnerzielung

⁵²⁵ Palandt⁵⁴: BGB § 764 Rn. 8; Rössner/Worms in Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 9 Rn. 18; die Vorschrift ist mittlerweile durch das 4. Finanzmarktförderungsgesetz mit Wirkung vom 1.7.2002 weggefallen. Eine Regelung der Finanztermingeschäfte findet sich nunmehr in §§ 37d ff WpHG.

⁵²⁶ Rössner/Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 9 Rn. 21

⁵²⁷ Rössner/Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 9 Rn. 20

⁵²⁸ Insoweit erfasst der Gesetzgeber in § 89 BörsG sowohl die unmittelbare Beteiligung als auch die mittelbare Beteiligung am Börsenspekulationsgeschäft.

und damit als Kapitalanlage anzubieten. Soweit man jedoch mit der Struktur der entsprechenden Geschäfte im Ansatz vertraut ist, kann man erfassen, dass die Kurschwankungen eine klare Aussage, ob überhaupt Gewinn zu erzielen ist, und in welcher Höhe er denn anfällt, kaum zulassen.

Damit überschneiden sich in diesem Bereich § 264a StGB und §§ 61, 23 I BörsG. Wenn auch § 264a StGB in erster Linie für Kapitalanlagen gilt, so schließt das nicht aus, dass diese Vorschrift auch auf Fälle von Börsenspekulationsgeschäften Anwendung finden kann. Umgekehrt gelten §§ 61, 23 I BörsG auch für das mittelbar betriebene Börsenspekulationsgeschäft, also Fondsgeschäfte.

2. Tatbestandliche Voraussetzungen des § 23 I BörsG

Problematisch zu beantworten ist die Frage nach der Unerfahrenheit des Anlegers. Ausgehend vom Wortsinn könnte man darüber nachdenken, dass unerfahren jeder Anleger ist, der noch keine Börsentermingeschäfte vorgenommen hat. In diesem Falle wäre allerdings eine Werbung von Neukunden ausgeschlossen. Vielmehr muss demnach die theoretische Kenntnis des Ablaufs und der wertbestimmenden Faktoren eines Börsentermingeschäfts ausreichen, um Unerfahrenheit zu verneinen⁵²⁹. Kreditinstitute haben daher eine Informationsbroschüre "Basisinformationen über Börsentermingeschäfte" erstellt, mit der eine grundlegende Information interessierter Anleger und eine Börsentermingeschäftsfähigkeit kraft Information (§ 37d WpHG) geschaffen werden soll. Zur Beseitigung der Unerfahrenheit reicht es nicht aus, dass der Anleger abstrakt weiß, dass diese Geschäfte riskant sind und er das eingesetzte Geld verlieren kann. Vielmehr ist erforderlich, dass dem Anleger die unterschiedlichen Faktoren und ihr Einfluss auf den Wert des Termingeschäfts bekannt sind. Der Anleger braucht keine Spezialkenntnisse aufzuweisen. Es reichen Kenntnisse der Grundlagen und Grundbegriffe der Geschäfte aus⁵³⁰.

Weiterhin setzt § 23 I BörsG voraus, dass der Anleger unter Ausnutzung der Unerfahrenheit verleitet wird, Börsentermingeschäfte abzuschließen. Während das Ausnutzen lediglich Kausalität zwischen Unerfahrenheit des Anlegers und Abschluss des

⁵²⁹ Rössner/Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 9 Rn. 27

Börsentermingeschäftes bedeutet⁵³¹, kommt es für das Verleiten auf eine Willensbeeinflussung, vergleichbar der Situation bei der Anstiftung an: Der Täter weckt beim Opfer den Entschluss, sich an einem Börsenspekulationsgeschäft zu beteiligen⁵³². Ein eigener Wille des Anlegers ist für den Abschluss des Geschäftes Voraussetzung, so dass seitens des Täters eine Einflussnahme auf die Willensbildung des Anlegers ausreicht. Nicht erforderlich ist hingegen, dass diese Einflussnahme durch unlautere Mittel geschieht. Ist dies aber der Fall, z.B. Täuschung⁵³³, so kommt konkurrierend § 264a StGB in Frage.

Der Täter muss gewerbsmäßig handeln. Das bedeutet, dass die Verleitung unerfahrener Anleger zu Börsenspekulationsgeschäften eine ständige Einnahmequelle bieten soll⁵³⁴.

Für Vorsatz genügt bereits dolus eventualis. Es reicht also aus, wenn der Täter nur für möglich hält, dass der potentielle Anleger unerfahren in Börsentermingeschäften ist und die Reichweite seiner Entscheidung nicht abschätzen kann. Insbesondere beim Erstanleger ist dies zu erwarten⁵³⁵.

Für die Fälle eines Verleitens des Anlegers zu Börsentermingeschäften unter Einsatz einer Täuschung liegen §§ 61, 23 I BörsG und § 264a StGB nebeneinander vor. Dennoch sind §§ 61, 23 I BörsG nicht obsolet. Da sie jegliche Form des Verleitens erfassen, schützen sie potentielle Anleger umfassender, als das bei § 264a StGB der Fall ist. Dabei sind die Anwendungsbereiche beider Normen hinsichtlich der Gegenstände der Tat nicht deckungsgleich. Während §§ 61, 23 I BörsG nur Börsentermingeschäfte betreffen, bezieht sich § 264a StGB auf jegliche Form der Kapitalanlage⁵³⁶. Aus diesem Grund ist hier für Gesetzeskonkurrenz⁵³⁷ kein Raum.

⁵³⁰ Rössner/Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 9 Rn. 33

⁵³¹ Rössner/Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 9 Rn. 45

⁵³² Rössner/Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 9 Rn. 46

⁵³³ Insofern ist die Parallele von Rössner/Worms zur Anstiftung nicht schlüssig, da die Anstiftung einen eigenen Tatentschluss des Angestifteten voraussetzt. Bei einer Täuschung jedoch scheidet der eigene Tatentschluss an einer irrumsbedingten Fehlvorstellung des Angestifteten. Hier wäre die Situation eher der mittelbaren Täterschaft vergleichbar.

⁵³⁴ Rössner/Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 9 Rn. 47

⁵³⁵ Rössner/Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 9 Rn. 48

⁵³⁶ oben Seite 40 ff

⁵³⁷ entgegen Worms: Anlegerschutz S. 352

K. Konkurrenzen

Eine wesentliche Rolle für die Konkurrenzverhältnisse zu anderen Delikten spielt bei § 264a StGB die Frage nach dem Rechtsgut.

I. Verhältnis zu § 263 StGB

Im Verhältnis zu § 263 StGB bedeutet das folgendes: Schützen beide Normen ausschließlich das Vermögen, kommt zunächst Spezialität im klassischen Sinn in Frage⁵³⁸. Dabei ist ein Tatbestand einem anderen gegenüber spezieller, wenn er dessen Merkmale umfasst und noch wenigstens ein weiteres Merkmal enthält⁵³⁹. § 264a StGB ist hinsichtlich des Tatobjekts enger, da sich die Täuschung auf einen bestimmten Gegenstand⁵⁴⁰ beziehen muss. § 263 StGB ist aber hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen enger, weil ja ein Vermögensschaden erforderlich ist⁵⁴¹. Anders formuliert: Nicht jeder Kapitalanlagebetrug enthält einen Betrug, weil Betrug zusätzlich einen Vermögensschaden verlangt. Andererseits enthält auch nicht jeder Betrug den Kapitalanlagebetrug, da dieser sich nur auf bestimmte Tatobjekte bezieht. Spezialität kommt demnach als Konkurrenzverhältnis nicht in Frage.

Einige Autoren vertreten mit anderer Begründung, dass es sich um einen Fall der Subsidiarität handelt⁵⁴². Der vollendete Kapitalanlagebetrug trete dabei hinter dem vollendeten Betrug zurück. Das soll sogar beim Zusammentreffen mit versuchtem Betrug gelten. Dieses Verhältnis ergebe sich daraus, dass § 264a StGB ein Gefährdungsdelikt, § 263 StGB hingegen ein Verletzungsdelikt sei.

Zu demselben Ergebnis kommt Knauth⁵⁴³, der jedoch von der Verschiedenheit der Rechtsgüter ausgeht. Er spricht in diesem Zusammenhang von materieller Subsidia-

⁵³⁸ Maurach/Schröder/Maiwald: Strafrecht BT/1 S. 481

⁵³⁹ Schönke/Schröder/Stree: Vorbem. §§ 52 ff StGB Rn. 110

⁵⁴⁰ Wertpapiere, Bezugsrechte oder Anteile, die eine Beteiligung an dem Ergebnis eines Unternehmens gewähren sollen

⁵⁴¹ Cerny: MDR 1987, 271, 278; Geerds: Wirtschaftsstrafrecht S. 231f; Mutter: NStZ 1991, 421, 422; Richter: wistra 1987, 117, 120; LK-Tiedemann: § 264a Rn. 82

⁵⁴² Joecks: wistra 1986, 142, 148; Joecks: Studienkommentar § 264a StGB Rn. 6; Worms in: Assmann/Schütze: Kapitalanlagerecht § 8 Rn. 96; Granderath: DB 1986, Beilage 18, 1, 7; ebenso SK-Samson: § 264a StGB Rn. 57

⁵⁴³ Knauth: NJW 1987, 28, 32

rität und stellt ebenfalls auf den Zusammenhang zwischen Gefährdungs- und Verletzungsdelikt ab. Soweit aber das Verletzungsdelikt § 263 StGB im Versuchsstadium geblieben ist, soll Tateinheit mit § 264a StGB vorliegen.

Treffen ein Gefährdungs- und ein Verletzungsdelikt zusammen, so stellt das Gefährdungsdelikt eine mitbestrafte Vortat des Verletzungsdeliktes dar. Das ist zumindest der Fall, wenn dasselbe Rechtsgut betroffen ist und die Gefährdung nicht über die Verletzung hinausreicht. Dann ist das Gefährdungsdelikt als notwendiges Durchgangsstadium zum Verletzungsdelikt anzusehen⁵⁴⁴. Im Ergebnis tritt die mitbestrafte Vortat - hier § 264a StGB - hinter der Haupttat - § 263 StGB - zurück. Da im Versuch des Verletzungsdeliktes § 263 StGB zugleich die Vollendung des Gefährdungsdeliktes § 264a StGB liegt, und mithin das Unrecht des § 263 StGB noch nicht vollständig erfüllt ist, kommt in dieser Situation Idealkonkurrenz in Betracht⁵⁴⁵.

II. Verhältnis zu § 266 StGB

Nach der hier vertretenen Ansicht schützen § 266 und § 264a StGB ebenfalls dasselbe Rechtsgut.

Auch hier scheidet wie schon beim Betrug Spezialität aus, da die Umschreibungen der Tathandlungen in den Normen nicht deckungsgleich sind. § 266 StGB setzt gegenüber § 264a StGB zusätzlich eine Vermögensbetreuungspflicht voraus. Da § 264a StGB im vorvertraglichen Bereich angesiedelt ist, kommt hier eine Vermögensbetreuungspflicht kaum in Betracht.

Ein Konkurrenzverhältnis zu § 264a I StGB ergibt sich nur, wenn zugleich mit der Übergabe des Prospektes eine Beratung durch den Prospektherausgeber im Rahmen eines Beratungsvertrages stattfindet. In diesen Fällen dürften beide Normen in Idealkonkurrenz zueinander stehen, um klarzustellen, dass sowohl der Prospekt fehlerhaft war, als auch mündlich falsch beraten wurde.

⁵⁴⁴ BGHSt 8, 243, 244; Lackner/Lackner: Vor § 52 Rn. 33; Schönke/Schröder/Cramer: Vorbem §§ 52 ff Rn. 120, 129

⁵⁴⁵ Knauth: NJW 1987, 28, 32

Zu demselben Ergebnis gelangt man in den Fällen des § 264a II StGB. Bei Verkauf neuer Anteile an bereits beteiligte Anleger kann sich aus dem bestehenden Verhältnis der Vertragspartner eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB ergeben. Wegen der Verschiedenheit der Angriffsformen kommt jedoch trotz Identität der Rechtsgüter in diesem Fall Idealkonkurrenz in Frage, da die Strafbarkeit in beiden Fällen das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis voraussetzt.

Nach Ansicht einzelner Autoren ist regelmäßig ein Zusammentreffen von § 266 StGB mit § 264a II StGB möglich⁵⁴⁶. Ein Zusammentreffen in Idealkonkurrenz ist daher nur denkbar, wenn sich dieselbe Handlung zugleich als Täuschung und als Treupflichtverletzung darstellt⁵⁴⁷.

III. Verhältnis zu § 4 UWG

Das Konkurrenzverhältnis zu § 4 UWG ist ähnlich wie schon beim Betrug zu bestimmen. Hier sind beide Vorschriften hinsichtlich der Rechtsgüter deckungsgleich. Auch § 4 UWG soll das Vermögen der Kunden vor Schädigung durch täuschende und irreführende Werbung schützen.

Unterschiede ergeben sich jedoch aus der Tatbestandsfassung. Soweit es um aktives Tun geht, ist § 4 UWG weiter als § 264a StGB. Die Tatobjekte des Kapitalanlagebetruges werden durch den (weiteren) Begriff "Ware" in § 4 UWG erfasst. Demgegenüber enthält § 4 UWG keine Unterlassungsalternative.

Auch nach anderer Auffassung liegen die Rechtsgüter nah beieinander. Laut Tiedemann⁵⁴⁸ schützen beide Tatbestände einerseits die Vermögenssphäre und darauf die bezogene Dispositionsfreiheit, andererseits aber zusätzlich die wettbewerbliche Ordnung. Dabei beschränkt sich § 264a StGB jedoch auf den Bereich der Ordnung des Kapitalmarktes. Damit kommt hier als Konkurrenzverhältnis Spezialität in Betracht⁵⁴⁹. Dieses Ergebnis trifft für die Begehung durch aktives Tun zu. Da § 4 UWG durch Unterlassen allenfalls in Verbindung mit § 13 StGB strafbar ist, scheidet Spezi-

⁵⁴⁶ Knauth: NJW 1987, 28, 32; Richter: wistra 1987, 117, 120

⁵⁴⁷ so zum Verhältnis § 263 StGB/§ 266 StGB: Lackner/Kühl: § 266 StGB Rn. 23

⁵⁴⁸ LK-Tiedemann. § 264a StGB Rn. 84

alität des § 264a StGB für diese Alternative wegen der engeren Voraussetzungen der §§ 4 UWG, 13 StGB aus. Insoweit besteht Idealkonkurrenz.

So soll nach Richter § 264a StGB teilweise § 4 UWG verdrängen, teilweise ergänzen⁵⁵⁰. Wann er welche Möglichkeit vorzieht, führt er jedoch nicht aus. Er spricht von einem Bereich, in dem beide Normen deckungsgleich seien. Daher ist § 264a StGB gegenüber § 4 UWG spezieller, da er sich nur auf genau benannte beworbene Gegenstände bezieht, § 4 UWG demgegenüber für jeden Gegenstand der Werbung gilt. Damit ist § 4 UWG jedoch dann noch anwendbar, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 264a StGB nicht vorliegen.

Mit dieser Begründung wird § 4 UWG als Rettungsanker verstanden, soweit Bauherrenmodelle nicht von § 264a StGB erfasst sind. Dies gilt jedoch nur soweit, als in dem Prospekt für ein Bauherrenmodell unrichtige Angaben gemacht werden. Wie die Analyse des § 4 UWG gezeigt hat, ist jedoch der Nachweis einer Garantenstellung und damit die Begründung der Unterlassungsalternative kaum möglich⁵⁵¹. In diesem Bereich besteht für Anleger damit nur noch ein Schutz durch § 263 StGB, soweit wiederum dessen Voraussetzungen beweisbar sind. Letztlich ergibt sich in diesem Bereich dann eine gewisse Strafbarkeitslücke.

Geht man allerdings entgegen der hier vertretenen Auffassung von der Verschiedenheit der Rechtsgüter aus, so kommt man wegen Teilidentität der Ausführungshandlungen zu Idealkonkurrenz⁵⁵². Danach schützt § 264a StGB das Anlegervermögen, § 4 UWG jedoch die wettbewerbliche Ordnung. Durch Nennung beider Vorschriften im Urteil wird im Sinne der Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz deutlich, dass die Tat dicht am Betrug liegt, und dass sie nicht nur einen Wettbewerbsverstoß darstellt.

⁵⁴⁹ so Otto: WM 1987, 721, 739

⁵⁵⁰ Richter: wistra 1987, 117, 120; SK-Samson: § 264a StGB Rn. 57

⁵⁵¹ Worms: wistra 1987, 242, 244

⁵⁵² Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 269

IV. Verhältnis zu §§ 61, 23 I BörsG

Konkurrenz mit §§ 61, 23 I BörsG tritt recht selten auf. Dies ist besonders dann der Fall, wenn man davon ausgeht, dass Spekulationsgeschäfte nicht von § 264a StGB erfasst werden. Wie geschildert, kommt dies besonders bei fondsmässig betriebenen Geschäften vor⁵⁵³.

Nimmt man Verschiedenheit der Rechtsgüter an, so käme man zu Idealkonkurrenz⁵⁵⁴. Das setzt aber voraus, dass die Verleitung zum Börsentermingeschäft durch Täuschung in einem Prospekt erfolgt. Im Gegensatz zu §§ 61, 23 I BörsG erfasst § 264a StGB weiterhin nur die massenhafte Begehung.

Bei Identität der Rechtsgüter muss wegen unterschiedlicher Begehungsweise Spezialität ausscheiden. Daher wäre auch hier Idealkonkurrenz zu bejahen.

L. Verfahrensrechtliches

Zuständig ist - bei instanzialer Zuständigkeit der Landgerichte - dort die Wirtschaftsstrafkammer (§ 74c I Nr. 5 GVG). Auf diese Weise soll das Verfahren in Wirtschaftsstrafsachen von besonders erfahrenen Richtern entschieden werden.

Die Behandlung des Kapitalanlagebetruges erfolgt in der Praxis wegen der damit zumeist verbundenen Betrugsstrafbarkeit des Täters nach §§ 153a, 154 StPO⁵⁵⁵.

Die Verjährung beträgt nicht 6 Monate, wie in den einschlägigen Landespressegesetzen vorgesehen⁵⁵⁶. Vielmehr ist die 5jährige Frist nach § 78 III Nr. 4 StGB anzuwenden, da gewerbliche Veröffentlichungen, wie Prospekte, den Landespressegesetzen nicht unterliegen⁵⁵⁷. Die Verjährung beginnt mit Abschluss der Verbreitungshandlung. Das ist der Zeitpunkt, in dem die die unrichtigen Angaben enthaltenden

⁵⁵³ vgl. oben S. 151 ff

⁵⁵⁴ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 83

⁵⁵⁵ Flanderka/Heydel: wistra 1990, 256, 256

⁵⁵⁶ Worms: wistra 1987, 271, 275; Joecks: Kapitalanlagebetrug Rn. 243 ff

⁵⁵⁷ BGHSt 40, 385, 389 f; OLG Köln: StV 2000, 28, 29

Prospekte einem größeren Kreis von potentiellen Anlegern aufgrund eines Handelns des Täters zugänglich sind⁵⁵⁸.

M. Tätige Reue - § 264a III StGB

In § 264a III StGB findet sich eine Regelung über tätige Reue. Eine solche Regelung wird oftmals eingefügt, wenn ein neuer Tatbestand geschaffen wird, der den für die Strafbarkeit relevanten Zeitpunkt vorverlegt und damit einen Versuch oder eine Vorbereitungshandlung zu einem eigenen Straftatbestand erhebt. Trotz formeller Tatbestandsverwirklichung erweckt die Tat bei wertender Betrachtung den Eindruck, nicht vollendet zu sein⁵⁵⁹. Durch die Regelung der tätigen Reue soll verhindert werden, dass dem Täter die Möglichkeit genommen wird, durch Rücktritt vom Versuch Straffreiheit zu erlangen. Bei tätiger Reue ist jedoch Strafbefreiung des Täters die Ausnahme. Es besteht meist die Möglichkeit einer Strafmilderung bis hin zu einem Absehen von Strafe⁵⁶⁰.

Im Falle des § 264a StGB geht die Regelung weiter: Sie sieht kein Absehen von Strafe vor, sondern lässt eine Bestrafung ganz entfallen. Der Täter hat also gar keine Strafe verwirkt, wenn er verhindert, dass auf Grund der Tat die durch den Erwerb oder die Erhöhung bedingte Leistung erbracht wird. Der Täter muss also verhindern, dass bei dem Anleger ein Schaden im Sinne eines Erfüllungsbetrugs eintritt. Diese Regelung entspricht sehr klar dem Rücktritt. Der Satz 2 ist genau § 24 II StGB nachgebildet und regelt den Fall, dass der Anleger aus anderen Gründen die Leistung nicht erbringt.

Problematisch an dieser Regelung sind die unterschiedlichen Auswirkungen auf eine Strafbarkeit wegen Kapitalanlagebetruges und versuchten oder vollendeten einfachen Betruges: Eine Strafbarkeit wegen § 264a StGB entfällt, wenn der Täter die Entstehung des Schadens verhindert. Ein gleichzeitig verwirklichter versuchter Betrug wird dabei von der allgemeinen Rücktrittsregelung erfasst und entfällt ebenfalls.

⁵⁵⁸ OLG Köln: StV 2000, 28, 29

⁵⁵⁹ Krack: NSTZ 2001, 505, 505

⁵⁶⁰ Lackner/Kühl: § 24 StGB Rn. 29

Hat der Täter allerdings nach den Grundsätzen über den Eingehungsbetrag eine Strafe wegen vollendeten Betruges verwirkt, gilt die tätige Reue nach § 264a III StGB insoweit nicht.

Worms sieht diese Regelung als Wertungswiderspruch⁵⁶¹. Sinnvoll sei tätige Reue nur dann, wenn sie auch den zugleich verwirklichten Eingehungsbetrag erfasse. Dann stehe aber das gesamte Regelungskonzept in Frage, weil durch § 264a StGB der Anlegerschutz gerade verbessert werden solle, de facto aber durch eine Eliminierung des Eingehungsbetruges das Gegenteil erreicht werde. Worms möchte das Problem dadurch beheben, dass er nicht auf den Zeitpunkt der Erbringung der Leistung, sondern auf den Eintritt des Vermögensschadens abstellt. Damit passe § 264a StGB zu § 263 StGB. Auch bleibe die "goldene Brücke" für den Täter erhalten.

Nachteilig an dieser Sichtweise ist jedoch, dass damit letztlich die Regelung der tätigen Reue leer läuft: Vollendungszeitpunkt eines Eingehungsbetruges ist die Zeichnung der Anlage durch den Anleger. Ein Abstellen auf diesen Zeitpunkt würde die Möglichkeit des Täters, Straffreiheit zu erlangen, stark einschränken. Die Intention des Gesetzgebers, dem Täter die Rückkehr zur Legalität zu ermöglichen, würde dadurch unterlaufen.

Anders sieht Otto⁵⁶² diese Problematik: Sie ist für ihn gar nicht vorhanden. Wenn ein Eingehungsbetrag neben § 264a StGB vollendet ist, so macht sich der Täter insoweit strafbar⁵⁶³.

Hier könnte man als Nachteil anführen, dass der Täter hinsichtlich des Kapitalanlagebetruges Straffreiheit erlangt und sich plötzlich einer schwereren Strafe wegen Betruges ausgesetzt sieht⁵⁶⁴. Demgegenüber konkurriert die Strafbarkeit wegen Betruges ohnehin idealiter mit der Strafbarkeit aus § 264a StGB, so dass sich der Täter von Anfang an wegen beider Delikte strafbar macht.

⁵⁶¹ Worms: Anlegerschutz S. 346f

⁵⁶² Otto: WM 1988, 729, 739

⁵⁶³ ebenso Krack: NStZ 2001, 505, 506

⁵⁶⁴ Worms: Anlegerschutz S. 346

Nach Tiedemann⁵⁶⁵ gilt die Regelung der tätigen Reue nicht nur für den Fall, dass die Leistung nicht erbracht wird, sondern auch für den Fall, dass der Täter die fehlerhaften Angaben richtigstellt. Dies ergibt sich aus der Formulierung, dass die Leistung "auf Grund der Tat" nicht erbracht wird. Ansonsten vertritt Tiedemann eine Beschränkung der Anwendung des Eingehungsbetruges, damit dem Täter die Möglichkeit der Strafbefreiung erhalten bleibt: Die Regeln über den Eingehungsbetrag sollen nicht zur Anwendung kommen, wenn gleichzeitig ein Kapitalanlagebetrag vorliegt⁵⁶⁶. Joecks⁵⁶⁷ argumentiert ähnlich: Damit die Anreizfunktion des § 264a III StGB erhalten bleibt, soll entweder der Eingehungsbetrag abgelehnt oder die Regelung des § 264a III StGB analog auf diesen angewendet werden.

Für beide Fälle gibt es keine stichhaltige juristische Konstruktion. Zur Begründung beruft sich Joecks einmal darauf, dass es keine Verurteilungen wegen Eingehungsbetruges gibt, bei denen der Täter kurz nach Vertragsschluss die Vertiefung des Schadens verhindert hat. Warum es hier nicht zur Verurteilung kam, ist aber eine ganz andere Frage und wird von Joecks auch nicht weiter ausgeführt. Möglicherweise können hier §§ 153 f StPO zur Anwendung gekommen sein. Das Argument ist zwar praxisnah, bietet jedoch keine dogmatische Lösung. Weiterhin stellt Joecks darauf ab, dass eine analoge Anwendung der Regeln über tätige Reue auf den Eingehungsbetrag möglich wäre. Auch diesem Argument fehlt letztlich die Schlagkraft⁵⁶⁸.

Wenn man aus Sicht der Rechtsgutslehren argumentiert, hat Ottos Ansicht - sofern man sich auf seine Prämissen⁵⁶⁹ einlässt - etwas für sich: Beseitigt der Täter die von ihm geschaffene Gefahr für das eine Rechtsgut, so tangiert das noch lange nicht das andere Rechtsgut. Verhindert also der Täter durch sein Eingreifen eine Vertiefung des Schadens für den Kapitalmarkt - verletzt wird dieses Rechtsgut ja schon durch die Täuschung, so befreit ihn das nicht von der Verantwortung für die Schädigung des Vermögens des Anlegers durch den Eingehungsbetrag. Wenn auch dieses Ar-

⁵⁶⁵ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 70 ff

⁵⁶⁶ LK-Tiedemann: § 264a StGB Rn. 71

⁵⁶⁷ Joecks: Kapitalanlagebetrag Rn. 266f

⁵⁶⁸ siehe zu dieser Frage unten S. 163 f

⁵⁶⁹ Otto sieht neben dem Vermögen, wie oben S. 23 ff geschildert, auch die Funktionsfähigkeit des freien Kapitalmarktes als Rechtsgut des § 264a StGB an.

gument sehr akademisch klingt, so zeigt es doch deutliche Parallelen zur Herzberg-schen Schuld erfüllungslehre⁵⁷⁰. Danach ergibt sich der Grund für die Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch daraus, dass der Täter die Verpflichtung, ein Rechtsgut nicht zu schädigen, missachtet und dadurch eine "Schuld" auf sich lädt. Dieser Verpflichtung kommt er jedoch nach, wenn er letztlich seine auf Schädigung des Rechtsgutes gerichtete Handlung aufgibt. Um seine Schuld wegen des Kapitalanlagebetruges zu erfüllen, muss der Täter etwas anderes tun, als er tun muss, um seine Schuld hinsichtlich des einfachen Betruges zu erfüllen.

Kriminalpolitisch näherliegend ist jedoch das Argument der "Goldenen Brücke" für den Täter: Der Täter erhält für seine Rückkehr zur Legalität eine Belohnung in Form der Straffreiheit oder Strafreduzierung von der bereits verwirkten Strafe.

Die Ansicht, die den Eingehungsbetrag neben § 264a StGB zurückdrängen will, zugleich aber die Funktionsfähigkeit des freien Kapitalmarktes als Rechtsgut ansieht, setzt sich in Widerspruch zu den eigenen Prämissen und behandelt hier § 264a StGB als Delikt gegen das Vermögen. Andernfalls stünden die Vertreter dieser Ansicht gar nicht vor der Frage, hier eine Harmonisierung herbeiführen zu müssen. Tiedemann vertritt die Dopplung der Rechtsgüter bei § 264a StGB. Der Schutz des Kapitalmarktes soll jedoch bei § 264a StGB Vorrang haben. Konsequenterweise ist damit eine getrennte Behandlung. Allerdings steht dem auch das kriminalpolitische Argument der "goldenen Brücke" gegenüber: Der Anreiz für den Täter, durch Wiedergutmachung Straffreiheit zu erlangen, ist höher, wenn sich die Strafbefreiung auf beide Normen bezieht.

Dieses kriminalpolitische Ziel ist jedoch derzeit durch keine Auslegung zu erreichen. Weder die Zurückdrängung des Eingehungsbetruges für den Fall der Kollision mit Kapitalanlagebetrug noch eine analoge Anwendung der Regelung des § 264a III StGB auf den Eingehungsbetrag ist tragfähig.

Gegen die Ansicht, die den Eingehungsbetrag zurückdrängen will, spricht, dass sie nicht zum Schadensbegriff des § 263 StGB passt. Genauer: Die Auslegung des Schadensbegriffes bei § 263 StGB muss geändert werden, damit die Vorschrift mit

⁵⁷⁰ Herzberg: FS für Lackner, 325 ff

§ 264a StGB harmoniert. Das wäre aber das Ende des Eingehungsbetruges, da man ihn nicht für einen Sonderfall abschaffen, für alle anderen Fälle aber weiter anwenden kann.

Die Analogie zu § 264a III StGB ist grundsätzlich denkbar. Analogie setzt eine Regelungslücke und Interessenidentität voraus. Hier besteht sogar eine bewusste Regelungslücke⁵⁷¹. Diese darf man nicht per Analogie füllen⁵⁷². Gegen diese Konstruktion spricht weiterhin, dass es für Täter des Kapitalanlagebetruges eine erweiterte Möglichkeit gäbe, auch hinsichtlich des Betruges Straffreiheit zu erlangen, die eine un gerechtfertigte Privilegierung dieser Täter gegenüber "normalen" Betrügern darstellt⁵⁷³.

Zudem fehlt es an einer Interessenidentität. Tätige Reue dient dazu, bei Vorverlagerung der Strafbarkeit durch ein Gefährdungsdelikt dem Täter die beim entsprechenden Verletzungsdelikt bestehende Möglichkeit zu erhalten, durch Abstandnehmen von der Tat straffrei zu werden. Beim Betrug liegen die Dinge jedoch anders: Betrug ist ein Verletzungsdelikt, kein Gefährdungsdelikt, das Strafbarkeit vorverlagert. Ein Schaden - der tatbestandliche Erfolg - kann beim Betrug auch in Form eines Eingehungsbetruges vorliegen. Auch wenn dabei der Schaden als "schadensgleiche Vermögensgefährdung" vorliegt, ändert dies an der grundsätzlichen Einordnung des Betruges als Verletzungsdelikt nichts. Die Erweiterung des Schadensbegriffes auf die dem Schaden unmittelbar vorausgehende Gefährdungen ist eine Folge des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffes, wonach die Zuordnung eines Gegenstands zum Vermögen einer Person nicht nur vom Innehaben einer Rechtsposition, sondern auch von einer wirtschaftlichen Betrachtung abhängt⁵⁷⁴. Danach stellt sich ein Vermögen bei wirtschaftlicher Betrachtung auch dann als geschädigt - und nicht nur gefährdet - dar, wenn sich der Gesamtwert infolge der Gefährdung der Geltendma-

⁵⁷¹ BT-Drucksache 10/318 S. 25 unter Verweis auf die Materialien zu § 265 b StGB. Dort wurde diese Frage diskutiert und dahingehend entschieden, dass tätige Reue solange möglich sein solle, als kein Schaden eingetreten sei - Protokolle der Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform 7 S. 2785 ff, insb. Dr. Müller-Emmert S. 2789

⁵⁷² Creifelds: Rechtswörterbuch, Stichwort: "Analogie"

⁵⁷³ Richter: wistra 1987, 117, 120

⁵⁷⁴ Maurach/Schröder/Maiwald: Strafrecht BT/1 S. 454

chung oder Verteidigung der seine Gesamtmasse formenden Rechte verringert hat⁵⁷⁵.

Zu Recht hingegen weist Joecks auf die Konkurrenz zwischen § 264a StGB und § 4 UWG hin⁵⁷⁶. Hier hat sich der Täter mit der Täuschung bereits nach beiden Normen strafbar gemacht. Allerdings gibt es bei § 4 UWG keine entsprechende Regelung über die Strafbefreiung. Andererseits ist § 4 UWG ein Privatklagedelikt. Es ermöglicht aber hingegen die Verweisung auf den Privatklageweg und damit eine rein prozessuale, aber keine strafrechtsdogmatische Lösung. Auch aus Sicht von Richter stehen die beiden Tatbestände nebeneinander⁵⁷⁷.

Auch hier läuft die Regelung der tätigen Reue bei § 264a StGB leer: Wenn der Täter die Folgen seiner Tat verhindert, lebt § 4 UWG wieder auf und ermöglicht insoweit eine Bestrafung. Dadurch wird letztlich dem Täter der Anreiz genommen, fehlerhafte Informationen in seinen Prospekten richtig zu stellen. Dabei ist gerade in dieser Konstellation erforderlich, dass der Täter hinsichtlich beider Delikte gleich behandelt wird: Sie schützen dasselbe Rechtsgut.

Nach bestehender Rechtslage ist die Friktion hinzunehmen, dass ein Täter zwar beim Kapitalanlagebetrug strafbefreiend tätige Reue üben kann, jedoch zugleich wegen Eingehungsbetruges ggf. strafbar bleibt. Unter dem o.g. Gesichtspunkt der "goldenen Brücke" zugunsten des Täters ist jedoch eine Gesetzesänderung, wie von Worms vorgeschlagen⁵⁷⁸, zu erwägen.

⁵⁷⁵ Maurach/Schröder/Maiwald: Strafrecht BT/1 S. 462

⁵⁷⁶ Obwohl hier ein ähnlicher Konflikt bei der tätigen Reue wie zwischen § 264a StGB und § 263 StGB auftritt, wird diese Konstellation nicht näher diskutiert. Das liegt wohl daran, dass die Strafdrohung bei § 263 StGB höher ist, und es sich um ein Officialdelikt handelt.

⁵⁷⁷ Richter: wistra 1987, 117, 120

⁵⁷⁸ Worms: Anlegerschutz S. 348

FAZIT

A. Zusammenfassung

§ 264a StGB ist ein von § 263 StGB unabhängiges Delikt mit eigener Funktion im System des Betruges und verwandter Delikte. Es ist dem allgemeinen Betrugstatbestand vorgelagert, da es das Vermögen der Anleger vor Gefährdung durch fehlerhafte Prospekte schützen soll. Dies geschieht dadurch, dass die Entscheidungsgrundlage der Anleger durch das Täuschungsverbot abgesichert wird. Die potentiellen Anleger sollen wissen, worauf sie sich einlassen. Unwahre oder unvollständige Informationen könnten dazu veranlassen, für sich wirtschaftliche nachteilige Geschäfte abzuschließen.

Diese Sichtweise wirkt sich auf die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe der Vorschrift aus. Um festzustellen, ob Umstände im Prospekt für die Anlageentscheidung des Anlegers relevant sind, ist auf das Verständnis eines durchschnittlich vorsichtigen Anlegers abzustellen. Der Begriff bedarf jedoch der Konkretisierung. Diese erfolgt in Anlehnung an die Begriffsbildung beim Fahrlässigkeitsdelikt. Hier ist bekanntlich auf die besonnene Person in der konkreten Situation des Täters abzustellen. Beide Ausgangspunkte der Überlegung zusammen bewirken zum einen, dass erheblich nur Umstände sein können, die eine Relevanz für den Wert der Kapitalanlage besitzen. Insoweit ist festzustellen, ob durch Bekanntgabe aller Umstände (in der Unterlassungsalternative) bzw. korrekte Angabe der Umstände (in der Begehungsalternative) eine Änderung bei der Beurteilung der Kapitalanlage hinsichtlich Durchführbarkeit, Gewinn oder Kosten für den Anleger eintreten kann. Ist diese Frage zu bejahen, muss man jedoch weiterhin noch prüfen, ob eine Aufklärung über diesen Umstand auch für die Zielgruppe, für die der Prospekt erstellt ist, erfolgen muss. Diese ist durch Subsumtion des Begriffes "größerer Kreis von Personen" zu ermitteln. Der durch § 264a StGB gewährleistete Schutz soll nicht in jeder Hinsicht erfolgen, sondern nur so weit, als wirklich ein Schutzbedürfnis besteht. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Anleger z.B. mangels Geschäftserfahrung nicht in der Lage sind, sich über alle relevanten Umstände der Kapitalanlage selbst zu infor-

mieren. Dies betrifft besonders den Bereich der Information über die Grundfragen der jeweiligen Kapitalanlage, wie z.B. den Optionshandel.

Dabei kann man ein Raster aufstellen, das die Abwägung zwischen dem Interesse des Initiators an Werbung der Anleger, zum anderen das Interesse der Anleger an vollständiger, richtiger und beeinflussungsfreier Information ermöglichen soll. Es ist zu unterscheiden zwischen Basisinformation über die Struktur der jeweiligen Kapitalanlage und besonderen Informationen über die konkrete Kapitalanlage. Die Unterscheidung soll danach erfolgen, ob die Informationen auch generell auf andere Kapitalanlagen dieses Typs zutreffen - dann würden sie zu den Basisinformationen zählen.

Je nach Geschäftserfahrung und Vorkenntnissen dieser Gruppe kann man dann leichter feststellen, ob es dieser Zielgruppe zumutbar ist, sich eine bestimmte Basisinformation selbst zu beschaffen. Soweit potentielle Anleger in wirtschaftlichen Fragen weniger erfahren sind, müssen auch die Basisinformationen über den Prospekt vermittelt werden. Risiken innerhalb der konkreten Kapitalanlage, die dem Einblick der Anleger weitgehend entzogen sind, müssen generell durch die Initiatoren aufgeklärt werden. Hier stehen den Anlegern gar keine alternativen Informationsquellen zur Verfügung.

Auch für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gelten keine anderen Regeln. Hierbei ist zu beachten, dass zwar das Interesse des Anlegers an vollständiger und richtiger Information, sowie des Kapitalmarktschutzes höher zu bewerten ist, als das Interesse des Unternehmers an der Geheimhaltung seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Dabei ist allerdings sehr genau zu prüfen, ob diese Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sich tatsächlich nachteilig auf den Erfolg der Kapitalanlage auswirken. Nur dann besteht überhaupt dem Grunde nach eine Aufklärungspflicht. Jedoch sind Konstellationen denkbar, in denen der Erfolg der Kapitalanlage durch Preisgabe dieser Informationen gefährdet würde. Nur in diesen Situationen kann das Verschweigen von wesentlichen Informationen gerechtfertigt sein. Diese dürften jedoch eine sehr selten vorkommende Ausnahme darstellen.

Die Einschränkung, die aufgrund der uferlosen Weite allein des Tatbestandsmerkmals Täuschung erforderlich ist, erfolgt durch die Beschränkung der Täuschung auf

erhebliche Umstände. Dabei besteht sowohl ein Verbot der Kundgabe unrichtiger Angaben, als auch eine Aufklärungspflicht hinsichtlich nachteiliger Tatsachen. Gerade hier erlangt die Frage nach der Erheblichkeit wesentliche Bedeutung. Ein Unterschied zwischen Angaben und Tatsachen ist hingegen nicht auszumachen, so dass auch die Abgrenzungsproblematik zwischen schlüssig mitgeteilten Angaben und verschwiegenen Tatsachen entfällt.

Diese erheblichen Umstände beziehen sich auf Wertpapiere, Bezugsrechte und Anteile, die eine Beteiligung an dem Ergebnis eines Unternehmens gewähren sollen. Der Begriff des Wertpapiers ist dabei nicht im klassischen Sinne zu verstehen. Da aufgrund computerisierter Abwicklung und Verwaltung von Wertpapierdepots das Papier selbst erheblich an Bedeutung verloren hat, ist für das Vorliegen eines Wertpapiers i.S.d. § 264a StGB auf die Funktion zur Kapitalbeschaffung, den Schutz durch Gutgläubensvorschriften und die Vertretbarkeit aufgrund massenhafter Ausgabe abzustellen.

Bezugsrechte sind nicht im aktienrechtlichen Sinn, sondern im Wortsinn zu verstehen. Damit stellen sie ein Stammrecht dar, das durch Leistung von Kapital erworben wird und zu dem Bezug von Leistungen berechtigt. Damit erfasst § 264a StGB auch Wertpapier- und Warenterminoptionen.

Ein Anteil, der eine Beteiligung an dem Ergebnis eines Unternehmens gewähren soll, liegt bei jeder gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an einem sich wirtschaftlich betätigenden Unternehmen vor. Dabei werden dem Anleger Ergebnisse des Unternehmens zugeschrieben. Dies kann durch steuerrechtlich relevante Zuschreibung von Verlusten erfolgen, wie es bei der Abschreibungsgesellschaft der Fall ist, oder durch Auszahlung von Gewinnen, wie bei einer stillen Beteiligung oder einem partiarischen Darlehen. Nicht erfasst ist die Beteiligung an einem Bauherrenmodell, da die Bauherrengesellschaft nur eine reine Innengesellschaft darstellt, die sich nicht am Rechtsverkehr nach außen beteiligt.

Damit ist insbesondere die Frage nach Einbeziehung der Wertpapier- und Warenterminoptionen, partiarischen Darlehen und Bauherrenmodelle entschieden. Über § 264a II StGB werden auch Treuhandkonstellationen in Form der sog. echten Treu-

hand erfasst. Der Rahmen des § 264a StGB ist im Sinne eines effektiven Anleger-schutzes sehr weit gesteckt, so dass viele Formen der Kapitalanlage erfasst werden.

Das Täuschungsinstrumentarium besteht aus Prospekten, Darstellungen und Übersichten. Der Kernbegriff ist dabei der Prospekt. Dieser ist eine Werbeschrift, die oftmals aufwändig produziert ist. Wesentliches Kriterium für das Vorliegen eines Prospektes ist, dass er den Anschein der Vollständigkeit erweckt. Das gilt auch, wenn in einer Werbeschrift darauf hingewiesen wird, dass man noch einen Hauptprospekt anfordern kann, sofern die Werbeschrift schon als vollständig erscheint.

Während der Prospekt schriftlich abgefasst sein muss, reicht für eine Darstellung oder Übersicht jede andere Form der Übermittlung aus. Es kann sich also auch um Bild- oder Tonträger handeln. Auch mündliche Erläuterungen und Präsentationen im Internet sind grundsätzlich erfasst. Es stellt sich hier aber immer das Problem, dass im Nachhinein im Prozess der Eindruck der Vollständigkeit nicht mehr zu belegen ist. Gerade im Falle der Telefonverkäufer wird der Anleger in der Regel eher überredet als überzeugt, so dass hier kaum von einem Eindruck der Vollständigkeit die Rede sein kann. Telefonverkäufer betonen stark die Rendite, verschweigen aber dabei Risiken oder besondere Bedingungen der Anlage. Daher ist die telefonische Vermittlung von Kapitalanlagen leider meist nicht von § 264a StGB erfasst.

Die Frage, wer Täter des § 264a StGB sein kann, ist danach zu beantworten, wer in dem Prospekt Angaben machen kann. Entscheidend ist also, wer Einfluss auf Inhalt und Gestaltung des Prospektes hat. Das betrifft namentlich die Personen, die tatsächlich die Werbetexte erstellen oder sonst maßgeblich auf den konkreten Inhalt Einfluss nehmen. Werden Personen - Rechtsanwälte oder Steuerberater - lediglich beratend tätig, ohne konkrete Anweisungen für die Textgestaltung zu geben, kommt es auf die Übersicht über die Prospekterstellung und die Bedeutung ihres Handelns für die Gestaltung des Prospekts an. Je nach Konstellation kommen hier Mittäterschaft oder mittelbare Täterschaft bei überlegenem Wissen in Betracht.

Wer den Prospekt lediglich verbreitet und mit seiner Hilfe Anleger wirbt, kann sich lediglich wegen Beihilfe strafbar machen. Täterschaftliche Beteiligung ist nach Druck des Prospektes nicht mehr möglich, da der Täter keinen Einfluss mehr auf den Prospektinhalt ausüben kann. Je wesentlicher jedoch die Bedeutung einer bestimmten

Vertriebsperson oder -organisation (Strukturvertrieb) für die Verbreitung der Kapitalanlage nach dem Tatplan der Beteiligten ist, desto eher erreicht man auch die Schwelle der Mittäterschaft. Erst bei erheblicher Bedeutung kann man eine Zurechnung der Herstellung des Prospektes an die im Vertrieb tätigen Personen auf der Grundlage arbeitsteiligen Vorgehens bejahen.

In subjektiver Hinsicht setzt § 264a StGB Vorsatz voraus. Soweit Unterlagen über die Konzeption der Kapitalanlagen bestehen und im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens beschlagnahmt worden sind, können sie durchaus Indizwirkung für den Vorsatz haben. Letztlich ist man jedoch zur Feststellung des Vorsatzes zum erheblichen Teil auf die Einlassung des Beschuldigten angewiesen. Irrtümer dürften sich im Wesentlichen im Bereich des Verbotsirrtums abspielen.

Aufgrund seiner starken Vorverlagerung der Strafbarkeit gegenüber § 263 StGB und dem damit verbundenen Ausschluss des strafbefreienden Rücktritts vom Versuch wurde die Vorschrift um eine Regelung zu tätigen Reue ergänzt. Diese ermöglicht dem Täter bis zur Erbringung der Leistung durch den Anleger noch Straffreiheit von § 264a StGB zu erlangen.

Darüber hinaus kommen noch weitere Delikte im Bereich des Kapitalanlagebetruges in Frage, die zu § 264a StGB in Konkurrenz treten können. Namentlich sind dies §§ 263, 266 StGB, 4 UWG, 61, 23 I BörsG.

§ 263 StGB ist zur Verfolgung von Taten im Bereich des Kapitalanlagebetruges wesentlich weniger geeignet. Zwar sind die Tathandlungen im Bereich des aktiven Tuns identisch. Hinsichtlich des Unterlassens erfordert jedoch § 263 StGB stets eine Garantenstellung i.S.d. § 13 StGB. Diese ist meist kaum zu begründen. Als Folgeproblem resultieren Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Unterlassen und konkludentem Tun. Probleme ergeben sich weiterhin im Rahmen der Feststellung der Kausalität zwischen den täuschenden Angaben im Prospekt und dem Irrtum des Anlegers. Bei korrekter Darstellung innerhalb des Prospektes hätte der Schaden vermieden werden müssen. Als weiteres erhebliches Anwendungsproblem erweist sich die Feststellung des Vermögensschadens. Dieser liegt i.d.R. als Eingehungsschaden vor. Die Voraussetzungen sind jedoch meist mehrere Jahre nach Zeichnung der Anlage nicht mehr nachweisbar. Hier bestehen zwar keine Auslegungsprobleme. Die

dennoch bestehenden Anwendungsprobleme resultieren aus mangelnder Nachweisbarkeit, da die Beweiskraft der Beweismittel im Laufe der Jahre nachlässt.

Vergleichbare Anwendungsschwierigkeiten hinsichtlich des Vorliegens eines Vermögensschadens wirft § 266 StGB auf. Diese Vorschrift ist nicht geeignet, strafwürdiges Verhalten des Prospektherausgebers zu erfassen, da sie stets eine Vermögensbetreuungspflicht voraussetzt. Damit ist er gerade im Hauptanwendungsfall des § 264a StGB nicht anwendbar. Bei der Information über Kapitalanlagen besteht meist noch kein Vertragsverhältnis, aus dem sich eine Vermögensbetreuungspflicht ergeben könnte. Konkurrenz zwischen beiden Normen ist allenfalls möglich, wenn bestehende Beteiligungen erweitert werden.

Im Rahmen des § 4 UWG ist zunächst die Täuschungshandlung enger gefasst als bei § 264a StGB. Der Grund liegt darin, dass die Angaben nicht nur fehlerhaft, sondern darüber hinaus noch zur Irreführung geeignet sein müssen. Problematisch ist insbesondere das Verhältnis beider Tatbestandsmerkmale zueinander. Ebenso wie bei § 263 StGB ist auch bei § 4 UWG das Unterlassen nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 13 StGB strafbar. Da Werbung aber zulässigerweise auch mit Weglassen von Informationen arbeiten darf, ist eine Garantenstellung nur sehr schwierig zu begründen und dürfte die Ausnahme bleiben. Als weitere Parallele zu § 263 StGB werden nur Tatsachen im Sinne des aktuellen Verständnisses des Tatsachenbegriffes erfasst. Weiterhin ist § 4 UWG hinsichtlich der subjektiven Anforderungen enger als § 264a StGB. Während für § 264a StGB Vorsatz ausreicht, setzt § 4 UWG noch die Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen voraus. § 4 UWG wird gemeinhin als eine Art Auffangtatbestand zu § 264a StGB gesehen. Diese Funktion kann er jedoch nur recht unvollkommen erfüllen, da er namentlich im Unterlassenbereich wesentlich enger ist als § 264a StGB. Ebenso ist der subjektive Bereich stärker eingeschränkt.

Spezieller als § 264a StGB erfassen §§ 61, 23 I BörsG die Verleitung Unerfahrener zum Abschluss von Börsenspekulationsgeschäften. Unerfahren ist, wer keine Grundkenntnisse über Ablauf und wertbestimmende Faktoren des Börsentermingeschäfts hat. Unter Ausnutzung der Unerfahrenheit zum Abschluss eines Börsentermingeschäfts verleitet wird dieser, wenn der Täter das Opfer ursächlich nach Art einer Anstiftung (Wecken des Tatentschlusses) zum Geschäftsabschluss beeinflusst. An die-

ser Stelle ergibt sich die Parallele zu § 264a StGB: Erfolgt diese Beeinflussung durch Täuschung, so liegt auch ein Kapitalanlagebetrug nahe. Da insoweit die reine Täuschung ausreicht, das Opfer jedoch nicht unerfahren sein muss, ist damit § 264a StGB weiter als §§ 61, 23 I BörsG. Im Gegensatz dazu ist für §§ 61, 23 I BörsG gleichgültig, welche Bedeutung der Umstand hat, über den der Täter täuscht. Wesentlich ist die Einflussnahme auf die Entscheidung des Opfers. Dennoch dürfte in den meisten Fällen diese Täuschung einen erheblichen Faktor betreffen, damit sich das Opfer dadurch auch zum Abschluss des Börsentermingeschäfts veranlassen lässt.

Insgesamt ergibt sich, dass § 264a StGB zwar einige Überschneidungen mit bestehenden Normen aufweist, aber dennoch einen relativ klar umrissenen eigenen Anwendungsbereich aufweist. Dieser Anwendungsbereich beruht, insbesondere im Verhältnis zu § 263 StGB, nicht allein darauf, dass die Voraussetzungen einer Strafbarkeit wegen Betruges nicht nachweisbar sind, sondern darauf, dass § 263 StGB bestimmte Fälle nicht erfasst.

B. Ergebnis

Daher kann man entgegen dem Eindruck, der angesichts der zu Beginn dieser Arbeit wiedergegebenen Statistik entsteht, diese Norm keinesfalls als entbehrlich betrachten. Ein Blick auf die bislang in der Literatur geführte Diskussion um die Auslegung dieser Norm zeigt zwar gewisse Schwachstellen auf, an denen gegebenenfalls auch Nachbesserungsbedarf besteht. Dies betrifft namentlich die fehlende Einbeziehung von Bauherrenmodellen und Probleme bei der Erfassung des Telefonhandels mit Kapitalanlagen.

Dennoch hat die Vorschrift im Rahmen der Diskussion entgegen ursprünglich bestehender Bedenken eine relativ klare Konturierung erfahren. Insoweit ist es auch nicht verwunderlich, dass gerade die Zivilgerichte § 264a StGB dankbar aufgenommen haben und in Prospekthaftungsprozessen anwenden. Letztlich ist auf diese Weise die zivilrechtliche Prospekthaftung quasi kodifiziert worden.

Weiterhin besitzt die Norm auch eine gewisse generalpräventive Wirkung. Wenn auch das Inkrafttreten der Vorschrift zunächst zu einer Überreaktion führte, dass sämtliche Prospekte bei Inkrafttreten der Vorschrift vom Markt genommen waren⁵⁷⁹, so normalisierte sich dieser Zustand schnell wieder. Angesichts des infolge der Wiedervereinigung stark gewachsenen Marktes für Kapitalanlagen erhöhte sich auch die Aufmerksamkeit der Strafverfolgungsbehörden, wie die Studie des BKA aus dem Jahre 1991 zeigt⁵⁸⁰. Auch Verbraucherschutzverbände beobachten ständig den freien Kapitalmarkt. Eine entsprechende Zusammenarbeit ist für die Strafverfolgungsbehörden in RiStBV Nr. 236 vorgesehen.

Insoweit bedarf es nicht in erster Linie der Verurteilung einzelner Anlagebetrüger, sondern die Existenz der Vorschrift allein hat in Verbindung mit den aktuellen Ereignissen am Kapitalmarkt zu einer Sensibilisierung der beteiligten Gruppen beigetragen.

Zu einer wirksamen präventiven Bekämpfung des Kapitalanlagebetruges ist damit § 264a StGB geeignet. Wesentlich ist nur, dass die Vorschrift auch entsprechend eingesetzt wird. Die Zeit spielt damit bei Anwendung der Vorschrift eine entscheidende Rolle. Ist ein Anleger erst einmal seiner Ansicht nach geschädigt worden, greift § 263 StGB ein und geht § 264a StGB vor⁵⁸¹. § 264a StGB ermöglicht jedoch ein Tätigwerden, bevor überhaupt ein Schaden entstanden ist. Damit ist § 264a StGB für die nachträgliche Bekämpfung betrügerischer Aktivitäten auf dem Kapitalanlagemarkt weder gemacht noch geeignet. Wie jedoch auch schon die Analyse der PKS im Vergleich zur Strafverfolgungsstatistik gezeigt hat, entfaltet § 264a StGB seine Wirkungen in erster Linie im Bereich der Prävention, da er ein frühzeitiges Eingreifen der Strafverfolgungsbehörden bei Verdacht auf betrügerische Manipulationen am freien Kapitalmarkt ermöglicht.

⁵⁷⁹ LK/Tiedemann: § 264a StGB Rn. 8

⁵⁸⁰ Liebel/Oehmichen: Motivanalyse S. 5 f

⁵⁸¹ so auch Schröder: NStZ 1998, 552, 553

LITERATURVERZEICHNIS

- Achenbach, Hans** Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1986, 1835 - 1841
- Amelung, Knut** Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, GA 1977, 1 – 17
- Arzt, Gunther** Strafrecht, Besonderer Teil, Bielefeld, 2000
- Weber, Ulrich**
- Assmann, Heinz-Dieter** Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Auflage, München 1997
- Schütze, Rolf**
- Berz, Ulrich** Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz - eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten, München 1986
- Birkelbach, Jörg** Katzungold, c't 1997, Heft 12, 158 - 160
- Böhrer, Werner** Anlagebetrug - ein zeitgenössisches Delikt, Kriminalistik 1997, 793 - 797
- Bottke, Wilfried** Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland - Lösungen und Defizite, wistra 1991, 1 - 10 und wistra 1991, 52 - 56
- Bottke, Wilfried** Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibungen, Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts - Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, herausgegeben von Bernd Schünemann, Köln 1994, 109 - 124

- Cerny, Jochen** § 264 a StGB - Kapitalanlagebetrug, gesetzlicher Anlegerschutz mit Lücken, MDR 1987, 271 - 279
- Creifelds, Carl**
Weber, Klaus Rechtswörterbuch, 15. Auflage, München 1999
- Erbs, Georg**
Kohlhaas, Max
Ambs, Friedrich Strafrechtliche Nebengesetze, Band 4, München, Loseblattsammlung, Stand Februar 2004
- Flanderka, Fritz**
Heydel, Reinhart Strafbarkeit des Vertreibs von Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodellen gem. § 264a StGB, wistra 1990, 256 - 258
- Frisch, Wolfgang** Funktion und Inhalt des „Irrtums“ in Betrugstatbestand in: Festschrift für Paul Bockelmann, herausgegeben von Arthur Kaufmann, München 1979, S. 647 - 661
- Gäbhard, Babette** Das Tatbestandsmerkmal der "wesentlichen Umstände" beim Kapitalanlagebetrug § 264a StGB, jur. Diss., Freiburg 1993
- Gallandi, Volker** § 264a StGB - der Wirkung nach ein Mißgriff?, wistra 1987, 316 - 319
- Gallandi, Volker** Straftaten von Bankverantwortlichen und Anlegerschutz, wistra 1989, 125 - 129
- Garz-Holzmann, Karin** Die strafrechtliche Erfassung des Mißbrauchs der Berlinförderung durch Abschreibungsgesellschaften, jur. diss., Berlin 1983
- Geerds, Detlev** Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz, Lübeck 1992

- Granderath, Peter** Das zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, DB 1986, Beilage 16, 1 - 12
- Grebing, Gerhardt** Strafrecht und unlauterer Wettbewerb - zur Reform des § 4 UWG, wistra 1982, 83 - 91
- Grotherr, Siegfried** Der neue Straftatbestand des Kapitalanlagebetrugs (§ 264a StGB) als Problem des Prospektinhalts und der Prospektgestaltung, DB 1986, 2584 - 2591
- Hassemer, Raimund** Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, jur. habil., Berlin 1981
- Haft, Fritjof** Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Auflage, München 1997
- Herzberg, Rolf Dietrich** Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, Festschrift für Karl Lackner, herausgegeben von Ingeborg Puppe, Berlin 1987, 325 - 366
- Hopt, Klaus** Inwieweit empfiehlt sich eine allgemeine gesetzliche Regelung des Anlegerschutzes? Gutachten für den 51. Deutschen Juristentag, München 1976
- Jaath, Karl-Ernst** Zur Strafbarkeit der Verbreitung unvollständiger Prospekte über Vermögensanlagen, Festschrift für Hans Dünnebier zum 75. Geburtstag, herausgegeben von Ernst-Walter Hanack, Peter Rieß, Günter Wendisch, Berlin New York 1982, 583 - 609

- Jehl, Hanswerner** Die allgemeine vertrauensrechtliche und die deliktsrechtliche Prospekthaftung der Banken und Versicherungen unter dem Blickwinkel des neuen § 264a StGB, DB 1987, 1772 - 1776
- Jescheck, Hans-Heinrich**
Weigend, Thomas Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996
- Joecks, Wolfgang** Anleger- und Verbraucherschutz durch das 2. WiKG, wistra 1986, 142 - 149
- Joecks, Wolfgang** Der Kapitalanlagebetrug - Strafrechtliche Risiken beim Vertrieb steuerbegünstigter Kapitalanlagen, Köln 1987
- Joecks, Wolfgang** Strafgesetzbuch - Studienkommentar, 4. Auflage, München 2003
- Keidel, Stefan** Das Internet bietet Betrügern schnelle Wege zum Anleger, Handelsblatt vom 26.8.1997, 35
- Kindhäuser, Urs** Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts - Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, herausgegeben von Bernd Schünemann, Köln 1994, 125 - 134
- Knauth, Alfons** Kapitalanlagebetrug und Börsendelikte im zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1987, 28 - 33
- Krack, Ralf** Die Tätige Reue im Wirtschaftsstrafrecht, NSTZ 2001, 505 - 511

- Krekeler, Wilhelm**
Tiedemann, Klaus
Ulsenheimer, Klaus
Weinmann, Günther
- Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Heidelberg, Loseblattsammlung, Stand: 1990
- Krey, Volker**
Hellmann, Uwe
- Strafrecht Besonderer Teil, Band 2 Vermögensdelikte, 13. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, 2002
- Lackner, Karl**
Kühl, Kristian
- Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Auflage, München 2001
- Lampe, Ernst**
- Der Kredibetrug (§§ 263, 265b StGB), Berlin 1980
- Lampe, Ernst**
- Strafrechtlicher Schutz gegen irreführende Werbung (§ 4 UWG), Festschrift für Richard Lange, herausgegeben von Berlin 1976, 455 - 476
- Leipziger Kommentar**
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, herausgegeben von Burkhardt Jaehnke u.a., Band 1, 11. Auflage, Berlin 2003
- Leipziger Kommentar**
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, herausgegeben von Burkhardt Jaehnke u.a., Band 6, 11. Auflage, Köln 1996
- Liebel, Herrmann**
Oehmichen, Joachim
- Motivanalyse bei Opfern von Kapitalanlagebetrug, BKA Forschungsreihe, Bd. 26, Wiesbaden 1992
- Maiwald, Manfred**
- Literaturbericht: Strafrecht Besonderer Teil - Vermögensdelikte, ZStW 96 (1984), 66 - 106
- Maiwald, Manfred**
- Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, Festschrift für Reinhart Maurach, herausgegeben von Friedrich-Christian Schroeder und Heinz Zipf, Karlsruhe 1972, 9-23

- Maiwald, Manfred** Die Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren, GA 1970, 32 - 56
- Martin, Siegmund** Aktuelle Probleme bei der Bekämpfung des Kapitalanlageschwindels, wistra 1994, 127 - 132
- Martin, Siegmund** Criminal securities and commodities fraud - Kapitalanlagebetrug im US-amerikanischen Recht, jur. diss., Heidelberg 1993
- Maser, Axel** Bauherrenmodelle im Spiegel der neueren Gesetzgebung und Rechtsprechung, NJW 1980, 961 - 967
- Maurach, Reinhart** Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1 Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 9. Auflage, Heidelberg 2003
- Schroeder, Friedrich-Christian**
- Maiwald, Manfred**
- Meyer, Klaus** Möglichkeiten des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, WiVerw 1982, 21 - 40
- Möhrenschlager, Manfred**
- Möhrenschlager, Manfred** Der Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, wistra 1982, 201 - 208
- Müller-Gugenberger, Christian** Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, 3. Auflage, Köln, 2000
- Bieneck, Klaus**
- Mutter, Stefan** § 264a StGB: Ausgewählte Probleme rund um ein verkanntes Delikt, NStZ 1991, 421 - 422
- Otto, Harro** Die Tatbestände gegen Wirtschaftskriminalität im StGB, Jura 1989, 24 - 35

- Otto, Harro** Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 6. Auflage, Berlin New York 2002
- Otto, Harro** Neue und erneut aktuelle Formen betrügerischer Anlageberatung und ihre strafrechtliche Ahndung, Festschrift für Gerd Pfeiffer, herausgegeben von Otto Friedrich Feiherr von Gamm, Peter Raisch, Köln Berlin Bonn München 1988, 69 - 85
- Otto, Harro** Strafrechtliche Aspekte der Anlageberatung, WM 1988, 729 - 740
- Palandt, Otto** Bürgerliches Gesetzbuch, 54. Auflage, München 1995
- Palandt, Otto** Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, München 2003
- Pabst, Günter** Rechtliche Risiken bei Konzeption und Vertrieb von Kapitalanlagen, Heidelberg 1989
- Richter, Hans** Strafbare Werbung beim Vertrieb von Kapitalanlagen, wistra 1987, 117 -120
- Rühl, Reinhold** Achtung, Finanzhaie - so werden Kapitalanleger betrogen, Niedernhausen/Ts. 1996
- Schmidt-Lademann, Walter** Zum neuen Straftatbestand "Kapitalanlagebetrug" (§ 264a StGB), WM 1986, 1241 - 1243
- Schniewind, Friedrich**
Hausmann, Rainer Anlegerschutz durch Strafrecht, BB 1986, Beilage 16, 26 - 34
- Schönke, Adolf**
Schröder, Horst Strafgesetzbuch, 26. Auflage, München 2001
- Schröder, Christian** Die Einführung des Euro und der graue Kapitalmarkt, NSTZ 1998, 552 - 555

- Schröder, Horst** Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?, JZ 1967, 522 - 525
- Schubart, Martin** Das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht, ZStW 92 (1980), 80 - 106
- Schünemann, Bernd** Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 1986, 439 - 443
- Seelmann, Kurt** Betrug beim Handel mit Rohstoffoptionen, NJW 1980, 2545 - 2551
- Systematischer Kommentar** Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 201 - 266b StGB, herausgegeben von Hans-Joachim Rudolphi, Eckhard Horn und Erich Samson, Neuwied, Loseblattsammlung
- Tiedemann, Klaus** Anmerkung zu KG JR 1973, 428 - 429, JR 1973, 429 - 430
- Tiedemann, Klaus** Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber, JZ 1986, 865 - 874
- Tröndle, Herbert**
Fischer, Thomas Strafgesetzbuch, 51. Auflage, München 2003
- Voss, Robert** Vorfeldstrafbarkeit und Vorfeldtatbestände im Vermögensstrafrecht, jur. diss., Göttingen 2000
- Wabnitz, Heinz-Bernd**
Janovsky, Thomas Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2. Auflage, München 2004
- Weber, Ulrich** Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG), NStZ 1986, 481 - 488

- Wessels, Johannes**
Hillenkamp, Thomas Strafrecht Besonderer Teil/2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 25. Auflage, Heidelberg 2002
- Wohlers, Wolfgang** Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, Berlin 2000
- Worms, Alexander** § 264a StGB - ein wirksames Remedium gegen den Anlageschwindel, wistra 1987, 242 - 248 und wistra 1987, 271 - 276
- Worms, Alexander** Anlegerschutz durch Strafrecht, jur. diss., Köln, 1987

LEBENS LAUF

Ich wurde am 19.10.1967 als Sohn meiner Eltern, Norbert Borchard, geb. am 26.01.1940, und Ingrid Borchard, geb. Bergen, geb. am 15.02.1943, in Göttingen geboren.

Vom 01.08.1974 bis zum 31.07.1978 besuchte ich die Bonifatiuschule in Göttingen.

Zum 1.08.1978 wechselte ich auf das Max-Planck-Gymnasium in Göttingen, wo ich am 04.06.1987 das Abitur bestand.

Nach dem Abitur leistete ich meinen Wehrdienst vom 01.07.1987 bis zum 30.09.1988 beim 4. Luftwaffenausbildungsregiment in Essen-Kupferdreh und beim Fernmelde-sektor C in Osterode ab.

Zum Sommersemester 1989 schrieb ich mich an der Georg-August-Universität in Göttingen im Fachbereich Rechtswissenschaft ein. Nach acht Semestern Studium der Rechtswissenschaft meldete ich mich zum ersten Staatsexamen. Dieses bestand ich am 02.11.1993.

Am 1.02.1994 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Niedersachsen beim OLG Celle ein. Mit 2. Staatsexamen legte ich am 26.04.1996 ab.

Nach vorübergehender Tätigkeit als Rechtsanwalt nahm ich im November 1997 eine Dissertation an der Georg-August-Universität in Göttingen bei Prof. Dr. M. Maiwald im Bereich Strafrecht auf.

Seit 1.10.2003 arbeite ich bei der Niedersächsischen Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege als Dozent.

Göttingen, den 23.08.04



(Oliver Borchard)