

23. Kapitel

Compliance zur Vermeidung von strafbarem Verleiten zu Börsenspekulationsgeschäften, §§ 26, 49 BörsG

Literatur: *Achilles-Baumgärtel* Über die Notwendigkeit zur Einschränkung der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 89 I BörsG, NSTZ 1998, 603; *Bergmann* Vereinigungen zum Abschluss verbotener Finanztermingeschäfte als fehlerhafte Verbände?, ZBB 2008, 160; *Bröker* § 89 BörsG in der neueren Rechtsprechung – Ein Überblick, Zugleich eine Anmerkung zu den beiden Urteilen des OLG Bremen vom 10. August 1992, Az. S 45/90 und 46/90, wistra 1993, 161; *Gehrmann/Zacharias* Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Unerfahrenheit“ in §§ 26, 49 BörsG im Lichte des WpHG, WiJ 2012, 89; *Hagemann* „Grauer Kapitalmarkt“ und Strafrecht, 2005; *Imo* Börsentermin- und Börsenoptionsgeschäfte, Zugleich eine strafrechtliche Untersuchung bekannt gewordener Manipulationen im Warentermin- und Warenterminoptionshandel, Band 1, 1988; *Leitner/Rosenau* (Hrsg.) Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017; *Matt/Renzikowski* (Hrsg.) Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013; *Park* Anm. zu BGH, Urteil v. 22.8.2001, 3 StR 191/01, wistra 2002, 107; *ders.* Kapitalmarktstrafrechtliche Neuerungen des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes, BB 2003, 1513; *Schlüchter* Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Kommentar mit einer kriminologischen Einführung, 1987; *Schröder* Aktienhandel und Strafrecht, 1994; *ders.* Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl. 2015; *Schwark* Der Börsentermin- und Differenzeinwand im Optionsscheinhandel, WM 1988, 921; *Stöcklein* Verleitung zu Börsenspekulationsgeschäften und Strafvermeidung durch Corporate Compliance, Das Verhältnis zwischen Wertpapier-Compliance und dem Straftatbestand der Verleitung zu Börsenspekulationsgeschäften (§§ 49, 26 BörsG), Eine „vergessene Norm“ des Anleger-schutzes, 2014; *Trüg* Ist der Leerverkauf von Wertpapieren strafbar?, NJW 2009, 3202.

A. Grundsätzliche Bedeutung für Compliance

I. Überblick über das Delikt und seine Bedeutung

- 1 § 49 BörsG ist die letzte verbliebene **Strafvorschrift des BörsG¹** und nimmt als Blankettstrafgesetz Bezug auf § 26 BörsG als Ausfüllungsnorm.² Dadurch wird es unter Strafe gestellt, **Menschen, die in Börsenspekulationsgeschäften unerfahren sind, unter Ausnutzung dieser Unerfahrenheit zum Abschluss von Börsenspekulationsgeschäften (oder der Beteiligung hieran) zu verleiten.**

1 *Park* BB 2003, 1513, 1517; *Wabnitz/Janovsky/Benner* 9. Kap. Rn. 221; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer* Vorb. § 23 BörsG Rn. 4; instruktiv zur Geschichte der Norm und zur Gesetzgebungsgeschichte *Stöcklein* S. 13 ff.

2 Vgl. *Hagemann* „Grauer Kapitalmarkt“ und Strafrecht, 395 f.; *Baumbach/Hopt/Kumpan* § 49 BörsG Rn. 1; *Erbs/Kohlhaas/Wehowsky* B 155, Anm. zu § 26 BörsG; *Leitner/Rosenau/Poepping* § 26 BörsG Rn. 1. Zur geschichtlichen Entwicklung *Bröker* wistra 1993, 161 f.; *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 1 f.; *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 770; *Böttger/Szesny* Kap. 6 Rn. 232; *Erbs/Kohlhaas/Wehowsky* B 155, § 49 BörsG Rn. 1.

Das Delikt wird als strafrechtlich **praktisch wenig bedeutsam**³ bis bedeutungslos⁴ 2 angesehen. Da es aber auch noch in der jüngeren Vergangenheit zu Gerichtsverfahren gekommen ist und sich auch aktuellere höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu finden lässt,⁵ hat diese Strafbarkeit jedenfalls eine **gewisse Relevanz**.⁶ Daraus ergibt sich auch ihre – gewisse – Bedeutung für Fragen der **Compliance**. Allerdings ist die Strafvorschrift weithin wenig bekannt. Sogar unter Börsenpraktikern und Mitarbeitern der Aufsichtsbehörden scheint sie mitunter unbekannt zu sein. Der ersten Aufgabe von Compliance, Bewusstsein für das geltende Recht zu schaffen⁷ und die Mitarbeiter von Unternehmen zu schulen, kommt daher im Hinblick auf diese Strafvorschrift besondere Bedeutung zu.

II. Überblick über die Darstellung

Um zu evaluieren, über welche Kenntnisse Unternehmensangehörige verfügen, die als potentielle Täter oder Teilnehmer in Betracht kommen, muss im Anschluss zunächst dieser Personenkreis definiert werden (dazu sogleich Rn. 4). Dieser Personenkreis ist sodann zu schulen und über die konkreten persönlichen und unternehmensbezogenen Strafbarkeits- bzw. Haftungsrisiken zu informieren bzw. für diese zu sensibilisieren, die deshalb im Anschluss beleuchtet werden (Rn. 5–11). Im Anschluss daran werden die übrigen Merkmale des objektiven Tatbestands beleuchtet. Um die Frage, wie die Strafbarkeit vermieden werden kann, beantworten zu können, wird dabei zunächst die Tathandlung genau betrachtet (Rn. 16–42). Zentrale Bedeutung kommt dabei dem Merkmal der „Unerfahrenheit in Börsenspekulationsgeschäften“ zu, das deshalb nicht isoliert von der Tathandlung untersucht werden kann. Aus den Ergebnissen ergeben sich dann die Anforderungen, die an eine die **Haftung vermeidende Aufklärung** zu stellen sind (Rn. 44–58) und daher für Schulungen und auch sonstige Compliance-Maßnahmen besonders interessant sein dürften. Danach werden die übrigen Merkmale des objektiven Tatbestands (Rn. 59–70) und des subjektiven Tatbestands (Rn. 71–77) vorgestellt, die den Anwendungsbereich aufgrund der weitergehenden Anforderungen, die sie formulieren, zum Teil einschränken und sich dann als **Ausnahmen** verstehen lassen. Liegen diese Ausnahmen vor, dann besteht kein Strafbarkeits- bzw. Haftungsrisiko. Im Rahmen der Risiko-Evaluation ist es daher sinnvoll, auf diese Merkmale genaues Augenmerk zu richten, um zu ermitteln, ob überhaupt ein relevanter Anwendungsbereich für (weitergehende) Compliance-Maßnahmen eröffnet ist.

3 *Park* wistra 2002, 107; *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 6; *Leitner/Rosenau/Poeppling* § 26 BörsG Rn. 2; *Schwark/Zimmer/Schwark* § 26 BörsG Rn. 1; *Böttger/Szesny* Kap. 6 Rn. 230; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer* Vor § 23 BörsG Rn. 5 und § 49 Rn. 5; vergleichbar *Bröker* wistra 1993, 161; *Otto* WM 1988, 729, 736; kritisch dagegen *Stöcklein* S. 12.

4 *Wabnitz/Janovsky/Benner* 9. Kap. Rn. 221 ff., vor allem Rn. 231.

5 Vgl. etwa *BGH* wistra 2008, 149; *BGH* wistra 2002, 22; *BGH* NStZ 2000, 36; s. auch die Übersicht über die OLG-Rechtsprechung zu Beginn der 1990er Jahre von *Bröker* wistra 1993, 161, 165 f.

6 So auch *Gehrman/Zacharias* WiJ 2012, 89, 90; *Hagemann* „Grauer Kapitalmarkt“ und Strafrecht, 395; *Park* BB 2003, 1513, 1517; *Stöcklein* S. 2 ff., 12; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer* § 49 BörsG Rn. 5; ebenso schon *Bröker* wistra 1993, 161.

7 Dazu ausführlich *Stöcklein* S. 203 ff.

B. Unternehmensbezüge: Täterschaft, Teilnahme, unternehmensbezogene Haftung

I. Tütereigenschaft

- 4 Gleich zu Beginn soll darauf hingewiesen werden, dass das Verleiten zum Börsenspekulationsgeschäft ein **Sonderdelikt** in Bezug auf das Merkmal „**gewerbsmäßig**“ ist, da dieses beim Täter vorliegen muss (dazu ausführlich unten unter Rn. 77).⁸ Im Übrigen handelt es sich aber um ein **Allgemeindelikt**.⁹ Typischerweise werden als Täter zwar Mitarbeiter von Finanzdienstleistungsunternehmen bzw. Banken in Betracht kommen, die Kunden ein Börsenspekulationsgeschäft vermitteln oder bei dessen Abschluss beraten.¹⁰ Darüber hinaus kann das Delikt aber auch von **jedermann** sonst begangen werden.¹¹ Sorgfältige Compliance wird sich daher nicht auf diese typischen Berufsfelder beschränken, sondern auch sonstige Betätigungsfelder prüfend in den Blick nehmen, um auszuschließen, dass es in diesen Bereichen zu strafrechtlich relevanten Verstößen kommt.

II. Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung

- 5 Die **Beteiligung** richtet sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 25 ff. StGB.¹² In Unternehmen wird als Täter zunächst nur der Mitarbeiter in Betracht kommen, der einen Kunden tatsächlich zum Börsenspekulationsgeschäft verleitet (vgl. Rn. 4). Handeln die Mitarbeiter auf Anweisung der **Geschäftsleitung**, dann kommt für die Mitglieder der Leitungsebene zumindest eine **Anstiftung** in Betracht, möglicherweise auch – insbesondere wenn sie dadurch eine eigene Einnahmequelle erschließen wollen (vgl. Rn. 73) – bei entsprechendem Tatbeitrag eine Form der **Mittäterschaft**.
- 6 Werden die Mitarbeiter mit Kundenkontakt gar nicht oder nur sehr schlecht geschult, kann dies im Einzelfall dazu führen, dass sie gar nicht erkennen, dass sie einen Unerfahrenen verleiten, weil sie selbst unerfahren sind (s. dazu unten Rn. 35). In diesem Fall nutzen sie die Unerfahrenheit der Kunden nicht bewusst aus, handeln insoweit nicht tatbestandsmäßig. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung handelt es sich beim Verleiten nicht um eine Handlung, die nur eigenhändig begangen werden kann.¹³ Verleiten kann man einen anderen vielmehr durchaus durch das Zwischenschalten anderer Personen – ein einfaches Beispiel hierfür sind Boten, die den Inhalt einer Erklärung gar nicht zur Kenntnis nehmen oder nicht verstehen. Häufiger werden unzureichend geschulte Mitarbeiter die Umstände zwar verstehen, sich aber

8 *Hagemann* „Grauer Kapitalmarkt“ und Strafrecht, 405; Erbs/Kohlhaas/*Wehowsky* B 155, § 49 BörsG Rn. 14; *Leitner/Rosenau/Poepping* § 26 BörsG Rn. 5.

9 *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer* § 49 BörsG Rn. 9.

10 *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 43; *Leitner/Rosenau/Poepping* § 26 BörsG Rn. 5; *Schröder* Kapitalmarkts-trafrecht, Rn. 855; *Schwark/Zimmer/Schwark* § 26 BörsG Rn. 1; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer* § 49 BörsG Rn. 9.

11 *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 43; *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 855; *Böttger/Szesny* Kap. 6 Rn. 230; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer* § 49 BörsG Rn. 9.

12 *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 855; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer* § 49 BörsG Rn. 73.

13 So aber *Stöcklein* S. 168.

nicht bewusst sein, eine Straftat zu begehen. Sie unterliegen dann einem – möglicherweise vermeidbaren – Verbotsirrtum nach § 17 StGB. In beiden Konstellationen besteht ein gewisses **Strafbarkeitsdefizit der Mitarbeiter**. Macht sich die Geschäftsleitung ein solches Defizit zunutze, dann kommt deshalb eine Strafbarkeit wegen **mittelbarer Täterschaft** nach §§ 26 Abs. 1, 49 BörsG, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB in Betracht.¹⁴ Fehlt ein solches Strafbarkeitsdefizit bei den Mitarbeitern, machen sie sich also selbst als Täter strafbar, dann scheidet eine mittelbare Täterschaft i.d.R. aus.¹⁵

Allerdings wird vertreten, dass die **Täterschaft kraft Organisationsherrschaft** auch auf §§ 26, 49 BörsG angewandt werden kann, wenn die Geschäftsleitung die Verleitung von Unerfahrenen zu Börsenspekulationsgeschäften zum Gegenstand der Geschäftstätigkeit macht und die Mitarbeiter im Rahmen einer ausgeprägten Hierarchie als austauschbare Teile einer Maschinerie erscheinen.¹⁶ Voraussetzung wäre dann – wie stets für diese Form der mittelbaren Täterschaft –, dass die Geschäftsleitung aufgrund ihrer starken Leitungsmacht und den an die nachrangigen Hierarchiestufen weitergegebenen Anweisungen das Gesamtgeschehen lenkend in den Händen hält, das „deliktische Geschehen maßgeblich prägt und beeinflusst“.¹⁷ Diese Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ ist allerdings höchst umstritten und eigentlich für mafiöse Organisationsformen und staatliche Machtapparate entwickelt worden.¹⁸ Ob ein gewöhnliches Wirtschaftsunternehmen damit vergleichbar ist, ist eine Frage des Einzelfalls, der man mit großer Skepsis entgegenblicken kann. Die Konsequenzen dieser Rechtsfigur wären zum einen, dass eine strafrechtliche Haftung selbst dann angenommen werden kann, wenn die Geschäftsleitung keine Kenntnis von den konkreten einzelnen Verleitungen hat.¹⁹ Zum anderen wird erwogen, dass die Haftung unabhängig davon eintritt, ob der einzelne Mitarbeiter selbst vorsätzlich den Kunden verleitet.²⁰

Duldet die Geschäftsleitung das Vorgehen einzelne Mitarbeiter lediglich (vorsätzlich), ohne es selbst angestoßen zu haben oder zu fördern, so scheidet sowohl eine Haftung wegen Anstiftung als auch wegen (psychischer) Beihilfe aus.²¹ Allerdings ist dann an eine Strafbarkeit wegen **Unterlassens** zu denken. Die wegen § 13 StGB notwendige Rechtspflicht zum Tätigwerden ließe sich mit dem Gedanken der **Geschäftsherrenhaftung** begründen.²² Der BGH hat in seiner jüngeren Rechtsprechung Tendenzen gezeigt, eine daraus resultierende Rechtspflicht zum Tätigwerden anzunehmen.²³ Für den Fall, dass ein Mitarbeiter unter Nutzung der betrieblichen Infrastruktur im Interesse des Unternehmens Kunden zu Börsenspekulationsgeschäften verleitet, dürfte das Kriterium der Betriebsbezogenheit der Tat nicht zweifelhaft sein.²⁴

Liegen die Voraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung nicht vor (oder lehnt man diese Figur ab), so kommt für die Geschäftsleitung eine Ordnungswidrigkeit nach § 130 Abs. 1 OWiG (ggf. unter Einbeziehung von § 9 OWiG) wegen **Aufsichtspflicht-**

14 Dies lehnt *Stöcklein* S. 168, ab, der eine mittelbare Täterschaft für unmöglich hält.

15 Zur mittelbaren Täterschaft 20. Kap. Rn. 41 ff.

16 Vgl. *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 857; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer § 49 BörsG Rn. 74.

17 *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 857; vgl. Graf/Jäger/Wittig/Waßmer § 49 BörsG Rn. 74.

18 Zur Täterschaft kraft Organisationsherrschaft 20. Kap. Rn. 68 („Täter hinter dem Täter“).

19 *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 857.

20 Vgl. *BGHSt* 48, 331, 342; 40, 218 ff.

21 Vgl. *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 856; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer § 49 BörsG Rn. 74.

22 So auch Graf/Jäger/Wittig/Waßmer § 49 BörsG Rn. 74

23 *BGH NJW* 2012, 1237 ff.

24 Vgl. *Matt/Renzikowski/Haas* StGB, § 13 Rn. 73.

verletzung in Betracht.²⁵ Die Pflicht zur Aufklärung Unerfahrener ist eine betriebsbezogene Pflicht, die den Inhaber trifft, der in diesem Fall vorsätzlich (ggf. auch nur fahrlässig) Aufsichtsmaßnahmen über seine Mitarbeiter, die Kunden zu Börsenspekulationsgeschäften verleitet haben, unterlassen hat.

III. Rechtsfolgen für Unternehmen

1. Unternehmensgeldbuße

- 10 An § 130 OWiG anknüpfend, aber ggf. unmittelbar aus §§ 26, 49 BörsG folgend (wenn das Delikt durch ein Organmitglied oder eine Person in leitender Stellung begangen oder dessen Begehung vorsätzlich trotz Garantenstellung nicht verhindert wurde),²⁶ ist bei **juristischen Personen bzw. Personenvereinigungen zusätzlich eine Geldbuße** nach § 30 OWiG möglich. Diese kann nach § 30 Abs. 4 OWiG auch isoliert gegen die juristische Person bzw. Personengesellschaft verhängt werden, wenn der Täter nicht verfolgt wird oder werden kann. Sofern die Geldbuße an §§ 26, 49 BörsG, also an eine Vorsatztat (Rn. 71), anknüpft, liegt ihre Obergrenze nach § 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 OWiG bei **zehn Mio. EUR**. Reicht dieses Höchstmaß nicht aus, um die Gewinne, die durch die Verleitung zu Börsenspekulationsgeschäften erzielt wurden, zu übersteigen, so kann wegen §§ 17 Abs. 4 S. 2, 30 Abs. 3 OWiG diese Grenze auch überschritten werden.²⁷

2. Zivilrechtliche Haftung und Schutzgesetz eigenschaft

- 11 Die Vorgängerstrafnorm des § 89 a.F. BörsG ist als **Schutzgesetz** i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB eingestuft worden.²⁸ Für die nun in §§ 26, 49 BörsG geregelte Strafbarkeit wird dies ebenso gesehen,²⁹ wobei hier genau genommen § 26 BörsG als Schutzgesetz ausreicht.³⁰ Das Vorsatzerfordernis, das über § 49 BörsG (wegen § 15 StGB) hinzutritt, lässt sich auch aus dem Begriff des „Ausnutzens“ ableiten (vgl. dazu unten Rn. 35). Daraus ergeben sich zivilrechtliche Haftungsrisiken für Vermögensschäden der Verleiteten.³¹

C. Schutzzweck im Regelungskontext

I. Gesetzlicher Kontext: BörsG statt WpHG

- 12 Um die Merkmale des objektiven und subjektiven Tatbestandes im Folgenden (ab Rn. 16) so genau wie möglich bestimmen zu können, um daraus die Anforderungen an wirksame Compliance-Maßnahmen ableiten zu können, sind zunächst einige grundle-

25 Darauf weist auch Graf/Jäger/Wittig/Waßmer § 49 BörsG Rn. 74, hin.

26 Darauf stellt Graf/Jäger/Wittig/Waßmer § 49 BörsG Rn. 86, ab.

27 Näher zur Verbandsgeldbuße 20. Kap. Rn. 157 ff.

28 Wabnitz/Janovsky/Benner 9. Kap. Rn. 223; Bröker wistra 1993, 161; Hagemann „Grauer Kapitalmarkt“ und Strafrecht, 395.

29 Schwark/Zimmer/Schwark § 26 BörsG Rn. 8; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer § 49 BörsG Rn. 3.

30 Allein darauf stellt Baumbach/Hopt/Kumpan § 26 BörsG Rn. 3, auch ab.

31 Diese werden allerdings zum Teil als für die Praxis wenig bedeutsam angesehen, vgl. die kritische Bestandsaufnahme von Wabnitz/Janovsky/Benner 9. Kap. Rn. 223.

gende Überlegungen zum Schutzzweck (und damit zum strafrechtlich geschützten Rechtsgut) erforderlich. Denn auf diesen wird bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale immer wieder zurückgegriffen. Einen ersten Anhaltspunkt dazu liefert der gesetzliche Kontext, in dem die Strafvorschrift steht. Der früher ebenfalls im BörsG geregelte Kursbetrug³² wurde 2002 durch Art. 2 des 4. FFG³³ als Verbot der Kurs- und Marktpreismanipulation in den damaligen §§ 20a, 38 WpHG neu geregelt.³⁴ Auch der Straftatbestand des Insiderhandels ist im WpHG (heute unter Inbezugnahme der MAR) geregelt. Deshalb wird § 49 BörsG teilweise als Fremdkörper angesehen, der ebenfalls **in das WpHG gehöre**.³⁵ Im deutlichen Unterschied zu den Strafnormen des WpHG schützen §§ 26, 49 BörsG aber nicht ein abstraktes Rechtsgut wie die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes oder ein darauf bezogenes Vertrauen.³⁶ Sie dienen auch nicht einem überindividuellen Vermögensschutz.³⁷ Anders als bei den Straftaten des WpHG geht es bei §§ 26, 49 BörsG nicht darum, ein abstraktes Schutzniveau zu errichten, indem die Einhaltung von Mindeststandards strafrechtlich durchgesetzt und so für alle Interessierten ein chancengleicher Markt erzeugt wird. Stattdessen steht im Vordergrund der Schutz des Einzelnen.³⁸ Denn mit dem Merkmal der „Unerfahrenheit in Börsenspekulationsgeschäften“ stellt das Gesetz auf ein **individuelles Merkmal** ab. Spekulanten sollen davor geschützt werden, Vermögensschäden dadurch zu erleiden, dass sie sich verspekulieren.³⁹ Insofern liegen deutliche systematischer Unterschied vor, der durch eine Einordnung im WpHG verwischt werden würde.⁴⁰

II. Deliktsstruktur und Rechtsgut

Aus diesem Grund ist einer Ansicht, die die Börse als durch diese Strafvorschrift **13** (zumindest auch) geschützt ansieht,⁴¹ eine Absage zu erteilen.⁴² Nach h.M. schützt die Vorschrift das **Vermögen** der Verleiteten.⁴³ Der Eintritt eines Vermögensschadens

32 Dazu ausführlich *Schröder* Börsenhandel und Strafrecht, 59 ff.; vgl. *Park* BB 2003, 1513.

33 Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz) vom 21.6.2002, BGBl I 2002, 2010.

34 Graf/Jäger/Wittig/Waßmer Vor § 23 BörsG Rn. 4; vgl. *Park* BB 2003, 1513.

35 Böttger/Szesny Kap. 6 Rn. 230; vgl. Wabnitz/Janovsky/Benner 9. Kap. Rn. 221 f. und Rn. 236; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer § 49 BörsG Rn. 8; wertungsfrei *Gehrmann/Zacharias* WiJ 2012, 89 f., die es lediglich bemerkenswert finden, dass diese Strafvorschrift nicht in das WpHG überführt wurde. Kritisch gegenüber einer Verortung im WpHG *Stöcklein* S. 184 ff., mit ausführlicher Begründung.

36 *Gehrmann/Zacharias* WiJ 2012, 89. Dazu, dass die Strafnormen des WpHG dies schützen, *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 109 (für die Insiderdelikte) und Rn. 372 (für die Marktmanipulation), m.w.N.

37 Dieser wird für die Insiderdelikte und die Marktmanipulation angenommen von *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 109 und Rn. 373.

38 Vgl. *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 3: „Die Strafvorschrift dient dem Schutz von Personen [...]“.

39 *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 3; *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 771.

40 Ebenso *Stöcklein* S. 188.

41 *Schlüchter* 2. WiKG, 150.

42 Vergleichbar *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 4, der darauf hinweist, dass Börsenspekulationsgeschäfte nach § 26 Abs. 2 BörsG nicht an einer Börse geschlossen werden müssen. Graf/Jäger/Wittig/Waßmer § 49 BörsG Rn. 3, sieht im Schutz des Börsenwesens nur einen Reflex.

43 *Gehrmann/Zacharias* WiJ 2012, 89; *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 3; *Leitner/Rosenau/Poepping* § 26 BörsG Rn. 1; *Schlüchter* 2. WiKG, 150; *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 771 f.; *Stöcklein* S. 12; Böttger/Szesny Kap. 6 Rn. 231; *Trüg* NJW 2009, 3202, 3206; Graf/Jäger/Wittig/Waßmer § 49 BörsG Rn. 3.

wird vom Gesetz allerdings nicht verlangt.⁴⁴ Der objektive Tatbestand ist vielmehr auch erfüllt, wenn der Verleitete Gewinne aus dem Börsenspekulationsgeschäft erzielt.⁴⁵ Die Norm ist daher als ein **abstraktes Vermögensgefährdungsdelikt** angesehen worden.⁴⁶ Das Gesetz sieht angesichts dieser Vorverlagerung in § 49 BörsG **keine Versuchsstrafbarkeit** vor, der Versuch ist daher wegen § 23 Abs. 1 StGB straflos.⁴⁷ Allerdings muss man sich fragen, ob das Vermögen das (zumindest einzige) geschützte Rechtsgut sein kann. Denn die Gefährdung des Vermögens ist ebenso wenig Tatbestandsmerkmal. Zwar lässt sich annehmen, dass Spekulationsgeschäfte aufgrund ihrer Komplexität risikobehaftet und für eine Kapitalanlage ungeeignet sind,⁴⁸ sodass man eine latente Vermögensgefährdung jedem Geschäftsabschluss unterstellen kann. Andererseits muss man bedenken, dass weder das Verleiten an sich verboten ist,⁴⁹ noch dass dem einzelnen versagt ist, aus eigenem Antrieb zu spekulieren. Die Vermögensgefahr muss in diesen Fällen aber nicht geringer sein.

- 14 Das Delikt enthält eine **eigennützige Komponente** des Täters dadurch, dass dieser **gewerbsmäßig** handeln muss (dazu detailliert unten unter Rn. 73–76).⁵⁰ Daraus kann, muss aber keine gesteigerte Gefährlichkeit für das Vermögen des Verleiteten erwachsen. Der Einschätzung, §§ 49, 26 BörsG schützten (nur) das Vermögen, liegt daher wohl die nicht ausgesprochene Vermutung zugrunde, dass die Tathandlung – insbesondere im Merkmal des Ausnutzens der Unerfahrenheit – auf eine Übervorteilung oder Benachteiligung des Opfers abzielt.⁵¹ Möglicherweise werden die mit der „Gewerbsmäßigkeit“ zusammenhängenden angestrebten Einkünften auch als Kehrseite eines Verlustes beim Verleiteten gesehen,⁵² wie es der Betrug nach § 263 Abs. 1 StGB im Merkmal der „Stoffgleichheit“ von Schaden und erstrebter Bereicherung voraussetzt.
- 15 Beides ist indessen **nicht zwingend** der Fall. Wer etwa für Spekulationsempfehlungen oder die Vermittlung von Geschäften eine **Gewinnbeteiligung** erhält (oder sogar für Verluste einstehen muss), wird an einem positiven Ausgang des Geschäfts (und gerade nicht an einer Benachteiligung des Verleiteten, da diese ihn selbst ebenfalls benachteiligen würde) interessiert sein.⁵³ Auch bei einem unabhängig vom Geschäftsausgang zu entrichtenden Entgelt wird es im Interesse des Täters liegen, dass das Geschäft für den Verleiteten Gewinne bringt, wenn der Täter den Verleiteten als Inte-

44 *Gehrmann/Zacharias* WiJ 2012, 89; *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 5; *Achenbach/Ransiek/Schröder* 10. Teil Kap. 2 Rn. 231; *ders.* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 772; *Böttger/Szesny* Kap. 6 Rn. 231.

45 *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 24; *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 772; *Trüg* NJW 2009, 3202, 3206; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer* § 49 BörsG Rn. 4.

46 *Gehrmann/Zacharias* WiJ 2012, 89; *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 5; *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 772; *Stöcklein* S. 12; *Böttger/Szesny* Kap. 6 Rn. 231; *Trüg* NJW 2009, 3202, 3206; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer* § 49 BörsG Rn. 4.

47 *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 5; *Graf/Jäger/Wittig/Waßmer* § 49 BörsG Rn. 4.

48 So etwa *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 772. *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 22 f., stellt heraus, dass es sich bei Börsenspekulationsgeschäften nicht um eine Form der Kapitalanlage handelt.

49 *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 29; *Schlüchter* 2. WiKG, 150.

50 *Erbs/Kohlhaas/Wehowsky* B 155, § 49 BörsG Rn. 11.

51 So ist etwa auch der „typische Anwendungsfall“ gebildet, den *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 7, in seiner Kommentierung wiedergibt.

52 Vgl. auch dazu *Park/Park* Kap. 6.2. Rn. 7.

53 Eine solche Situation deutet *Schröder* Kapitalmarktstrafrecht, Rn. 787, für Banken an, die ihren Kunden Termingeschäfte an Terminbörsen vermitteln, für die Sicherheiten zu leisten sind. Da die Bank selbst das Ausfallrisiko tragen könnte, werde die Bank darauf achten, dass das Risiko für ihren Kunden kalkulierbar sei.

ressenten für weitere Empfehlungen oder Vermittlungen halten will und an einer langfristigen Kundenbeziehung interessiert ist. In derartigen Provisionsfällen fehlt es zudem an jeglicher Stoffgleichheit des Vorteils des Täters mit einem etwaigen Nachteil des Verleiteten. Denkbar ist zudem, dass der Täter vom sicheren positiven Ausgang eines Spekulationsgeschäftes (und damit von dessen relativer Risikolosigkeit) überzeugt ist, das Opfer aber aufgrund einer generellen Ablehnung von Finanz- oder Börsengeschäften vor dem Geschäft zurückschreckt.⁵⁴ Auch in solchen Fällen strebt der Täter keine Schädigung des Opfers an, sondern eher dessen **Vorteil**. Gerade weil das Verleiten nur unter Ausnutzung der Unerfahrenheit strafbar ist,⁵⁵ spricht daher einiges dafür, die **Willens- und Entschließungsfreiheit** des Opfers als zumindest mitgeschützt anzusehen.

D. Merkmale des objektiven Tatbestands

I. Tathandlung: Verleiten unter Ausnutzen der Unerfahrenheit

1. Überblick

Um die für Compliance-Bestrebungen relevante Frage beantworten zu können, welche Anforderungen an ein regelkonformes Verhalten zu stellen sind, sodass strafrechtliche Risiken vermieden werden, ist eine genaue Betrachtung des einzuhaltenden Verbotes unentbehrlich. § 26 Abs. 1 BörsG verbietet es, einen anderen Menschen unter Ausnutzung von dessen Unerfahrenheit in Börsenspekulationsgeschäften zum Abschluss solcher Geschäfte oder zur Beteiligung daran gewerbsmäßig zu verleiten. Dieses **Verleiten** ist also die **pönalisierte Tathandlung**. Regelkonform und strafrechtlich unbeachtlich ist daher die Empfehlung, ein Börsenspekulationsgeschäft abzuschließen, bereits dann, wenn niemand unter Ausnutzung seiner Unerfahrenheit hierzu verleitet wird.⁵⁶ 16

2. Allgemeines zur Unerfahrenheit

§ 26 Abs. 1 BörsG setzt beim Opfer eine „**Unerfahrenheit in Börsenspekulationsgeschäften**“ voraus. Der gesetzliche Wortlaut bezieht die Unerfahrenheit also **nicht auf eine Fertigkeit** („erfahrener Börsenspekulant“, „erfahren im Spekulieren an der Börse“),⁵⁷ sondern auf ein Geschäft, also eine spezifische Form des Vertrags. Dieser ist das Ergebnis eines Verhandlungs- oder Überzeugungsprozesses, der in einem Vertragsschluss mündet. Die Präposition „in“ passt zu einem solchen Ergebnis nicht recht. Wir sprechen auch nicht davon, dass jemand „in Testamenten“, „in Gedichten“, „in Bauwerken“, „im Lotto“ oder „in Kleinkindern“ erfahren oder unerfahren sei. Dies zeigt, dass der Begriff nicht glücklich gewählt wurde und auslegungsbedürftig 17

54 Ähnlich Erbs/Kohlhaas/Wehowsky B 155, § 49 BörsG Rn. 11.

55 Darin sieht Graf/Jäger/Wittig/Waßmer § 49 BörsG Rn. 1, den „Unrechtskern“ dieses Delikts.

56 Vgl. auch Park/Park Kap. 6.2. Rn. 31, der betont, dass das Verleiten nur strafbar ist, wenn dazu die Unerfahrenheit ausgenutzt wird.

57 Ungenau daher *Achilles-Baumgürtel* NStZ 1998, 603, 605, die vom Begriff des „unerfahrenen Spekulanten“ her argumentiert.