



Jan-Lieven 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 Anlegerschutzes

Einführung in die Thematik

Erläuterungen und systematische Einordnung

Die in zwei Teile untergliederte Dissertation, trägt den Titel „Verleitung zu Börsenspekulationsgeschäften und Strafvermeidung durch Corporate Compliance“.

Im Zentrum beider Teile stehen demnach die §§ 49, 26 des Börsengesetzes.

Nach dieser Strafvorschrift wird bestraft, wer einen „unerfahrenen“ Anleger zu einem „Börsenspekulationsgeschäft“ „verleitet“ und hierbei dessen „Unerfahrenheit“ zu einem Geschäftsabschluss „ausnutzt“. Schutzzweck dieser als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestalteten Norm ist folglich ein frühzeitiger Vermögensschutz und somit der Anlegerschutz an sich.

Schwerpunkt der Dissertation war herauszufinden, welche Rolle die §§ 49, 26 BörsG im heutigen Normgesamtgefüge anlegerschützender Vorschriften des Kapitalmarktrechts einnehmen. Denn dieser Straftatbestand ist nicht etwa erst aufgrund der wirtschaftlichen Ereignisse der letzten Jahre vom Gesetzgeber eingeführt worden, sondern er feiert im Jahr 2011 sein 115 jähriges Bestehen. Über diesen langen Zeitraum hinweg ist eine Fülle neuer anlegerschützender Vorschriften in Kraft getreten. Daher wurden vor allem mögliche gegenseitig befruchten-de Einflüsse des WpHG, KWG und des BGB auf den Straftatbestand der §§ 49, 26 BörsG im Rahmen der Arbeit gezielt untersucht.

Anlegerschutz wird heutzutage auf verschiedene Weise durch den Gesetzgeber gewährleistet. Schützende Vorschriften lassen sich sowohl im Zivilrecht, im öffentlichen Recht als auch im Strafrecht wiederfinden. Innerhalb der verschiedenen Rechtsmaterien lässt sich jedoch ein divergierender Schutzcharakter konstatieren. So ist primäres Ziel des „zivilrechtlichen Anlegerschutzes“ die Gewährleistung von Individualschutz. Als Ausprägung der im BGB verankerten Schutzmecha-nismen sollen nur z.B. die §§ 138 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 ff. und 823 ff. BGB Erwähnung finden. Primäres Ziel der Vorschriften des WpHG und des KWG, als Vorschriften des öffentlich-rechtlichen Aufsichtsrechts, ist wiederum die Sicherstellung von Institutionenschutz, also die Sicherstellung des Schutzes des Marktes und seiner Funktionsfähigkeit an sich. Anlegerschutz kann in diesem Fall grund-sätzlich nur mittelbar und reflexartig gewährleistet werden. Das Strafrecht begeht im Bereich des Anlegerschutzes demgegenüber einen „Spagat“. Denn es existie- ren sowohl primär das Individuum als auch primär überindividuell schützende Strafvorschriften.

Als überindividuell schützende Strafvorschriften sind beispielsweise die §§ 38 Abs. 2, 39 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 20a WpHG (Verbot der Marktmanipulation) und §§ 38 Abs. 1 Nr. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG (Verbot von Insidergeschäften) als Strafvorschriften des WpHG heranzuziehen. Der Betrug i.S.d. § 263 StGB z.B. und der Straftatbestand der Verleitung zu Börsenspekulationsgeschäften gem. §§ 49, 26 BörsG sind hingegen primär individuell schützender Natur.

Alle diese Normen der verschiedenen Rechtsgebiete können bei einer gleichzeitigen Beachtung und Befolgung durch Praxis und Rechtsprechung einen möglichst effektiv verzahnten Anlegerschutz gewährleisten.

Interessanterweise wird dem Straftatbestand gem. der §§ 49, 26 BörsG in diesem anlegerschützenden Normgepräge durch Literatur und Praxis jedoch eine nur marginale Bedeutung beigemessen bzw. es wird gar dessen Existenzberechtigung in Frage gestellt. Hauptanliegen der Dissertation war es daher, Gründe für dieses bestehende Meinungsbild herauszufinden und herauszuarbeiten, ob es tatsächlich sinnhaft wäre, diesen das Individuum und sein Vermögen schützenden Straftatbestand vollends streichen zu lassen.

Im Ergebnis konnte festgestellt werden, dass der Straftatbestand durchaus eine Existenzberechtigung besitzt und diesem, wie zu zeigen sein wird, als anlegerschützende Vorschrift eine nicht zu unterschätzende Funktion zukommt.

Vor allem in Zeiten nach der Finanzkrise der Jahre 2007/2008 und der Lehman-Pleite, ist der Ruf nach möglichst frühzeitigen anlegerschützenden Mechanismen durch Allgemeinheit, Legislative und Exekutive exponentiell lauter geworden. Gerade die §§ 49, 26 BörsG stellen eine „klassische“ anlegerschützende Strafvorschrift dar, welche zudem noch als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestattet ist, einen Vermögensschaden gar nicht erst voraussetzt und somit als am zeitlich frühesten ansetzende Strafvorschrift im Bereich des Anlegerschutzes gesehen werden kann. Die §§ 49, 26 BörsG gewährleisten daher als „kleine Schwester“ des Betrugs i.S.d. § 263 StGB einen zeitlich viel früher ansetzenden Rechtsschutz als dieser und können bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen zu diesem in Tateinheit stehen.

Nicht zu unterschätzen ist hauptsächlich aber die strafrechtlich flankierende Wirkung der §§ 49, 26 BörsG v.a. im Hinblick auf die Wohlverhaltens- und Organisationspflichten des WpHG, welche ihre Ausprägung in den §§ 31 ff. WpHG gefunden haben.

Genau in dieser flankierenden Wirkung des Straftatbestandes ist auch dessen korrelierendes Potential im Bereich „Corporate Compliance“ zu suchen gewesen, was Anlass zur Untersuchung im zweiten Teil gegeben hat. Die „Compliance-Regelungen“ des KWG und WpHG haben gerade dafür zu sorgen, dass

anlegerschützende Vorschriften durch Wertpapierdienstleistungsunternehmen eingehalten werden.

Es wurde schwerpunktmäßig auf den Bereich des „Wertpapier-Compliance“ abgestellt, also auf die Compliance-Vorschriften des WpHG und KWG, denn Straftaten i.S.d. §§ 49, 26 BörsG werden überwiegend im Rahmen von Wertpapierge- schäften durch Anlageberater bzw. -vermittler begangen, welche für Wertpapier- dienstleistungsunternehmen tätig sind. Die wohl bekannteste Tätergruppe ließ sich bis zum Erlass der „Cold Calling-Allgemeinverfügung“ der BAWe im Jahr 1999 im Bereich der telefonischen Kaltakquise wiederfinden. Normadressaten der Straf- vorschrift sind bis heute hauptsächlich Anlageberater bzw. -vermittler von Wertpapier- dienstleistungsunternehmen.

Normadressaten der Vorschriften des WpHG sind wiederum grundsätzlich Wert- papierdienstleistungsunternehmen. Gezielt wurde daher in diesem Zusammen- hang der Fragestellung nachgegangen, ob Wertpapierdienstleistungsunternehmen gesetzlich verpflichtet werden, präventive Mechanismen durch Compliance zu integrieren, welche speziell Straftaten nach den §§ 49, 26 BörsG berücksichtigen und deren Begehung erschweren können. Im Endeffekt musste diese Frage bejaht werden. Wertpapierdienstleistungsunternehmen haben im Wege ihrer Organisationspflichten gem. der §§ 33 ff. WpHG auch den Straftatbestand der Verleitung zu Börsenspekulationsgeschäften zu berücksichtigen. Hierbei ist nicht unbedingt Voraussetzung, dass diese den Straftatbestand explizit als Straftatbestand im Rah- men der eigenen Compliance-Funktion integrieren. Voraussetzung ist aber, dass ein delinquentes Vorgehen i.S.d. §§ 49, 26 BörsG von der eigenen Compliance- Funktion von vornherein notwendig zu berücksichtigen ist. Dies bedeutet nichts anderes, dass im Wege der Organisationspflichten des WpHG das jeweilige Wert- papierdienstleistungsunternehmen dafür zu sorgen hat, dass Straftaten nach §§ 49, 26 BörsG im eigenen Unternehmen durch deren Anlageberater bzw. -vermittler möglichst nicht begangen werden können.

Die Organisationspflichten des WpHG sind allerdings, wie oben schon ausge- führt werden konnte, überindividueller Natur, denn sie dienen dem Institutionen- schutz. Ein effektiver Anlegerschutz kann allein aufgrund dieser Vorschriften nicht gewährleistet werden. Um den Anleger vor Handlungen i.S.d. §§ 49, 26 BörsG zu schützen, bedarf es wiederum einer individuell-schützenden Strafvorschrift.

Aber auch die Wohlverhaltenspflichten der §§ 31 ff. WpHG, welche zumindest partiell individualschützenden Charakter aufweisen, verdeutlichen die strafrechtlich flankierende Bedeutung der §§ 49, 26 BörsG. Denn v.a. im Wege der Informati- onspflichten, als Ausprägung der Wohlverhaltenspflichten der §§ 31 ff. WpHG, soll nur sichergestellt werden können, dass der Anleger alle von seinem Anlageberater

bzw. -vermittler überlieferten Informationen verstehen kann und nicht, dass er sie auch tatsächlich versteht. Gerade diesen Schutz gewährleisten jedoch die §§ 49, 26 BörsG und gehen somit weit über die Voraussetzungen des WpHG hinaus.

Bemerkenswerterweise musste jedoch festgestellt werden, dass die Existenz des Straftatbestandes der Bankenpraxis gänzlich unbekannt ist. Die bestehende allgemeine Unbekanntheit des Straftatbestandes an sich, kann hierfür keine Erklärung sein dürfen. Richtet sich doch diese Strafnorm zuvörderst an die im Wertpapierdienstleistungsunternehmen beschäftigten Anlageberater- bzw. -vermittler. Gründe für die nur marginale Bekanntheit der Norm sind vielfältig und werden im Rahmen der Dissertation untersucht.

Schon an dieser Stelle ist jedoch anzumerken, dass eine „stiefmütterliche Behandlung“ eines Straftatbestandes nur dann zwingend zu Zweifeln an dessen Existenzberechtigung führen muss, wenn durch anderweitige Normen ein äquivalenter Rechtsschutz gewährleistet oder schlicht keine Schutzbedürftigkeit des Anlegers in diesem Bereich erkannt werden kann. Gerade diese Voraussetzungen liegen beim Straftatbestand der Verleitung zu Börsenspekulationsgeschäften aber nicht vor. Das Strafrecht bietet anderweitig keinen vergleichbaren Rechtsschutz. Die Existenzberechtigung der Norm besteht mithin in einem möglichst weit vorgelagerten strafrechtlichen Vermögensschutz. Allein die Tatsache der relativen Unbekanntheit der Norm, kann hierbei nicht an deren Sinnhaftigkeit zweifeln lassen. Die Notwendigkeit des Bestehens eines von den §§ 49, 26 BörsG gewährleisteten Rechtsschutzes wiederum, wurde in heutigen Zeiten gerade durch die Finanzkrise der letzten Jahre mehr als deutlich.

Gang der Untersuchung

Im Kern wird die Frage aufgeworfen, welches anlegerschützende Potential in den §§ 49, 26 BörsG steckt und ob das einzelne Wertpapierdienstleistungsunternehmen verpflichtet ist, diese Strafvorschrift im Wege von „Compliance“ zu beachten. Ebenso wird die Frage gestellt, wie dieses mögliche strafrechtliche Potenzial der §§ 49, 26 BörsG durch die Implementierung präventiver Mechanismen im Wege von Compliance optimal genutzt werden kann. Bezuweckt wird hiermit die Untersuchung direkter, schon bestehender Schutzmöglichkeiten des Anlegers, gleichermaßen aber auch die Frage nach Schutzmaßnahmen des einzelnen, durch Anlageberater bzw. Anlagevermittler handelnden Wertpapierunternehmens vor Reputationsschäden, Haftungsschäden und aufsichtsrechtlichen Sanktionen aufgrund der §§ 49, 26 BörsG.

Konkret wendet sich der erste Teil den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Straftatbestandes zu. Hierbei fand eine aktuelle Aufarbeitung alter aber auch neuer Meinungsstreitigkeiten des Straftatbestandes statt. Eine einheitliche Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale durch Literatur und Rechtsprechung ließ sich hierbei nicht konstatieren. Dies mag zunächst nicht verwundern, werden doch die meisten Tatbestandsmerkmale verschiedener Straftatbestände in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich ausgelegt. Verwunderlich ist im Rahmen der §§ 49, 26 BörsG jedoch nicht nur die teilweise recht unterschiedliche Auslegung der bestehenden Tatbestandsmerkmale, sondern der auch noch heute bestehende Streit um Grundsatzfragen und die vereinzelt aufkommende Frage der Existenzberechtigung der Norm. Exemplarisch kann diesbezüglich die neue, im Jahr 2010 erstmals erschienene Kommentierung der §§ 49, 26 BörsG durch den Münchener Kommentar herangezogen werden. Hierbei gestellte Fragen bezüglich der Verfassungsmäßigkeit der Norm, die dort aufgeführten zivilrechtlichen Bedenken, Fragen zur Irrtumsproblematik und der Existenzberechtigung der Norm etc. zeugen eher von einer noch heute bestehenden Unsicherheit im Umgang mit dem Straftatbestand, welche es zu beseitigen gilt. Gerade dieses Vorhaben stellt ein Hauptanliegen des ersten Teils der Arbeit dar. Denn es scheint verwunderlich, weswegen eine 115 Jahre alte Norm sich dermaßen unangepasst im Normgesamtgefüge darstellen sollte. Wie zu zeigen sein wird, kommt den §§ 49, 26 BörsG auch heute noch eine nicht zu unterschätzende Relevanz im Bereich des Anlegerschutzes zu. Im Zuge der Aufarbeitung verschiedener Probleme im Rahmen des Straftatbestandes, bedurfte es daher auch eines vertiefteren Blickes in die Vergangenheit des Straftatbestandes, um heute noch bestehende Probleme besser verstehen zu können und auch einzelne „Scheinprobleme“ aufzudecken, deren Ursprung festzustellen war. Diese oftmals fortgesetzten „Scheinprobleme“ sorgen auch noch heute für eine Diskrepanz zwischen Literaturansicht und der Rechtsprechung des BGH.

Zentral zu behandelndes Tatbestandsmerkmal der Strafvorschrift ist zum einen das „Börsenspekulationsgeschäft“, zu welchem der Täter sein Opfer verleitet haben muss und zum anderen die vom Täter hierzu auszunutzende „Unerfahrenheit“ des Anlegers.

Für den Begriff des „Börsenspekulationsgeschäfts“ ergibt sich diese zentrale Gewichtung aus dem Umstand, dass er Grund für die Ausgestaltung des Straftatbestandes als abstraktes Gefährdungsdelikt ist. An diesen Begriff knüpft sich nämlich der Gedanke, dass „Börsenspekulationsgeschäfte“ per se als für den Privatanleger und sein Vermögen gefährlich angesehen werden. Er stellt gewollt eine eigenständige Begrifflichkeit dar und lässt sich nicht etwa synonym mit dem Begriff des Börsentermin- bzw. des heute verwendeten Begriffs des Finanztermingeschäfts

setzen. Auch hier lassen sich die Gründe im divergierenden Regelungsgehalt der verschiedenen Begrifflichkeiten wiederfinden. Anhand der Begriffe des Börsentermin- bzw. Finanztermingeschäfts werden dem Finanzmarkt Regelungen aufgezeigt, welche beim Wertpapierhandel zu beachten sind. Es sind demzufolge Begriffe zur Vereinheitlichung und Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Wertpapiermarktes mit dem Ziel des Institutionenschutzes. Diese Vorgaben müssen zur Handhabbarkeit einheitlich und starr geregelt sein. Im Vergleich dazu muss im Bereich des Individualschutzes eine möglichst große Flexibilität vorhanden sein, um den Schutzbereich der Norm effektiv gestalten zu können. Der Begriff des „Börsenspekulationsgeschäfts“ als rein strafrechtlicher Begriff stellt ein solches zwingend dynamisch-anlegerschützendes Tatbestandsmerkmal dar. Hierbei geht es also nicht um die Effektivität und den Schutz eines funktionierenden Marktes, sondern um einen effektiven Schutz des Anlegers. Demzufolge richtet sich die Intention des Schutzbürges im Bereich der Börsenspekulationsgeschäfte nach dem Schutzbedürfnis des Anlegers und nicht nach den „Spielregeln“ des Wertpapiermarktes. Aufgrund der Tatsache, dass der Wortlaut die äußerste Grenze für eine Auslegung darstellt, hat allerdings eine möglichst genaue Auslegung des Begriffs des „Börsenspekulationsgeschäfts“ stattzufinden, um diesen für die Rechtsanwendung handhabbar zu machen.

Es findet daher einleitend eine intensive Auseinandersetzung mit dem Tatbestandsmerkmal der „Börsenspekulationsgeschäfte“ statt. Im Rahmen dieses Themengebietes wird anhand einer vergleichenden Produktanalyse aufgezeigt werden können, wann ein Börsenspekulationsgeschäft im Sinne des Straftatbestandes vorliegt und wann nicht. Eine vorgenommene Begutachtung einzelner Finanzprodukte hat eine verhältnismäßig intensive Beschäftigung bedurft, denn zur Bestimmung des Vorliegens eines Börsenspekulationsgeschäfts ist eine einfache Unterteilung allein in Produktarten (Zertifikate, Optionsscheine etc.) nicht tauglich. Aufgrund der Vielzahl der in Deutschland bestehenden derivativen Finanzprodukte und sonstigen Hebelprodukte, konnte zwar in diesem Rahmen lediglich auf die gängigsten Produkte eingegangen werden. Anhand der im Rahmen der Arbeit vorgenommenen beispielhaften Darstellung, konnten jedoch Kriterien zur Handhabbarkeit aufgezeigt und herausgearbeitet werden, welche eine Bestimmung auch unerwähnter Finanzprodukte möglich machen sollte.

Das Bestehen von „Börsenspekulationsgeschäften“ ist Grund für die Existenz der Strafvorschrift, weswegen es, nach der Beleuchtung der geschichtlichen Seite, einleitend an den Anfang der Untersuchung zu stellen war. Aus der Darstellung der Begrifflichkeit des „Börsenspekulationsgeschäfts“, kann das bestehende Schutzbedürfnis der Anleger, also der „Schutzgrund“ der Norm nachvollzogen werden.

Einen zweiten Schwerpunkt im Bereich der Tatbestandsmäßigkeit bildet die Auslegung des Begriffs der „Unerfahrenheit“.

Anhand dieses Regulativs wird deutlich, dass der Gesetzgeber zwar per se Börsenspekulationsgeschäfte als gefährlich erachtet, diese jedoch nicht grundsätzlich unterbinden will. Unterbinden will er sie jedoch dann, wenn ein Ungleichgewicht im Rahmen der Vertragsgespräche vorhanden ist, welches den Anleger benachteiligt. Kann der Anleger die Tragweite des konkreten Börsenspekulationsgeschäfts nicht verlässlich überblicken, so besteht eine Interessendifferenz, welche dem Anleger eine schutzwürdige Position zukommen lässt. Aufgabe v.a. von bei Wertpapierdienstleistungsunternehmen handelnden Anlageberatern- bzw. -vermittlern ist daher, eine divergierende Interessenssymmetrie in Form einer beim Anleger bestehenden Unerfahrenheit zu beseitigen, wollen sie nicht strafrechtlich in Erscheinung treten. Flankiert und unterstrichen wurde diese Pflicht zur Vermeidung von Interessendifferenzen bei Finanzgeschäften jüngst vom BGH in seiner „Swap-Entscheidung“ in BGH ZR XI 33/10, Urteil vom 22.03.2011. Wann genau jedoch ein Anleger unerfahren im Sinne der Vorschrift ist, ist jeweils im konkreten Einzelfall zu bestimmen und kann nicht pauschal erfolgen. Kriterien zur Bestimmung der Unerfahrenheit bilden in diesem Abschnitt einen Schwerpunkt.

Hierbei wurden auch neuere Entwicklungen des Kapitalmarktrechts umfassend berücksichtigt und auf deren beeinflussenden Charakter auf das Tatbestandsmerkmal der „Unerfahrenheit“ untersucht.

Im Fokus stand diesbezüglich die Beeinflussung der Wohlverhaltenspflichten und Organisationspflichten des WpHG auf das Tatbestandsmerkmal der „Unerfahrenheit“. Zu hinterfragen war hierbei, ob es Aufklärungs- bzw. Informationspflichten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen gibt, welche sich als Kompensationspflichten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen herausstellen könnten. Mitarbeiter eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens wären dann schon auf diesem Wege verpflichtet, eine bestehende „Unerfahrenheit“ des Anlegers herauszustellen und zu kompensieren. In diesem Fall müsste im Bereich der Individualberatung eine „Unerfahrenheit“ eines Anlegers zwingend beseitigt werden, wodurch der Straftatbestand wohl nur selten zum Zuge kommen würde. Wie zu zeigen sein wird, stellen die Wohlverhaltenspflichten, v.a. die Informationspflichten des WpHG jedoch gerade keine Kompensationspflichten in Bezug auf die „Unerfahrenheit“ des Anlegers dar. Die Organisationspflichten des WpHG können wiederum nur reflexartig zur Beseitigung einer möglichen „Unerfahrenheit“ des Anlegers beitragen. Ihnen ist der Zugang zur jeweiligen Individualberatung, aufgrund ihrer lediglich organisationsrechtlichen Struktur, versperrt.

Berücksichtigt wurden in diesem Rahmen sowohl die im WpHG durch das „Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung“ vom 31.07.2009 als auch die durch das „Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz“ (AnsFuG) vom 05.04.2011 eingetretenen Änderungen.

Im zweiten Teil der Untersuchung soll aufgezeigt werden können, inwieweit dieser Straftatbestand mit dem Themengebiet „Compliance“ korreliert. Hierbei wird schwerpunktmäßig auf den Bereich des „Wertpapier-Compliance“ abgestellt. Denn Straftaten i.S.d. §§ 49, 26 BörsG werden überwiegend im Rahmen von Wertpapiergeschäften begangen.

In diesem Rahmen war der Fragestellung nachzugehen, ob Wertpapierdienstleistungsunternehmen gesetzlich verpflichtet werden, präventive Mechanismen durch Compliance zu integrieren, welche die §§ 49, 26 BörsG berücksichtigen und deren Begehung erschweren können. Anschließend war einerseits zu eruieren, was Wertpapierdienstleistungsunternehmen für zivilrechtliche, aufsichtsrechtliche, straf- und ordnungsrechtliche Konsequenzen bei Nichtumsetzung dieser präventiven Mechanismen drohen können und andererseits, welche Konsequenzen diesen Normadressaten aus der Tatsache erwachsen, wenn z.B. Straftaten gem. §§ 49, 26 BörsG aufgrund eines mangelnden bzw. mangelhaften Compliance-Systems durch Mitarbeiter begangen werden. Neben der Geschäftsleitung war im strafrechtlichen Bereich auch ein besonderes Augenmerk auf den Compliance-Beauftragten eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens zu richten. Dies nicht nur in Hinblick auf das viel diskutierte obiter dictum des BGH in BGH 5 StR 394/08 vom 17.07.2009 bezüglich der Garantenstellung des Compliance-Officers, sondern gerade auf Grund der aktuellen Änderung des § 12 Abs. 3 Satz 2 WpDVerOV im Wege des AnsFuG vom 05.04.2011, durch welche der Compliance-Officer partiell ein Aufsichts- und Weisungsrecht im Falle des Vorliegens einer „konkreten Gefahr“ zukommen können muss. Ohne konkrete Handlungsvorgaben durch die Geschäftsleitung, droht dem Compliance-Beauftragten hierbei ein unkalkulierbarer strafrechtlicher Haftungsumfang zuzukommen. Ein Versuch, diese missliche Lage für Wertpapierdienstleistungsunternehmen handhabbar zu machen, soll in der Arbeit aufgezeigt werden.

Daneben fand eine Untersuchung darüber statt, in welchem Bereich Wertpapierdienstleistungsunternehmen bestehende begrenzte Bereichsausnahmen schließen können, um ihre Compliance-Funktion zu optimieren. Es war hierbei konkret danach zu fragen, wie weit die eigene Compliance-Funktion zu ziehen ist, wenn man eigene Finanzprodukte durch andere Finanzdienstleister anbieten

lässt. Auch konnten den Unternehmen Problemfelder aufgezeigt werden, welche bei Berücksichtigung der §§ 49, 26 BörsG im Rahmen der eigenen Compliance-Funktion ggf. bestehen und gar bußgeldrelevante Folgen haben können. Konkret ging es hierbei um die Frage, wie Wertpapierdienstleistungsunternehmen den ebenfalls im Zuge des AnsFüG neu eingefügten § 34d WpHG bestmöglich Beachtung schenken können. Denn die §§ 49, 26 BörsG werden überwiegend von Anlageberatern bzw. Anlagevermittlern begangen und stehen somit in einem mittelbaren Bezug zu § 34d Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WpHG.

Ebenfalls zu beachtende Regularien stellen Allgemeinverfügungen der BaFin dar. In einem direkten Kontext zu den §§ 49, 26 BörsG steht die „Cold Calling-Allgemeinverfügung“ der BaFin aus dem Jahre 1999. Vertieft wurde hierbei der Frage nachgegangen, ob Wertpapierdienstleistungsunternehmen gesetzlich verpflichtet werden, diese Allgemeinverfügung auch im Rahmen der eigenen Compliance-Funktion zu berücksichtigen bzw. wie eine Berücksichtigung dieser bestenfalls stattfinden sollte. Dies wiederum v.a. vor dem Hintergrund, die Begehung der §§ 49, 26 BörsG durch eigene Mitarbeiter bestenfalls zu vermeiden.

In dem abschließenden Teil der Dissertation wurden die gefundenen Ergebnisse in Rahmen von Gesprächen mit Compliance-Praktikern in leitender Stellung, behandelt und erörtert. Als Referenz dienten hierfür insgesamt 5 Probanden (vier Großbanken und eine Kapitalanlagegesellschaft). Hauptsächlich wurde hierbei der Frage nachgegangen, ob der Straftatbestand gem. §§ 49, 26 BörsG explizit im Rahmen der eigenen Compliance-Funktion Beachtung findet. Überraschenderweise war sämtlichen Befragten der Straftatbestand gänzlich unbekannt. Ein Mangel der jeweiligen Compliance-Funktion konnte jedoch aufgrund dessen alleine nicht direkt festgestellt werden. Die genauen Gründe hierfür finden im Rahmen des letzten Teils eine vertiefte Auseinandersetzung.

Zu beachten ist jedoch nachdrücklich, dass ein mangelhafter Anlegerschutz nicht nur zivilrechtliche bzw. aufsichtsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann sondern gerade auch strafrechtliche. Dies speziell durch die §§ 49, 26 BörsG. Folglich beginnt der strafrechtliche Schutz schon in einem Stadium, in dem ein Vermögensschaden des Anlegers nicht einmal vom Vorsatz des Täters umfasst sein muss. Durch „Compliance-Vorgaben“ kann der Straftatbestand seine präventive Wirkung verstärken aber auch gleichzeitig dafür sorgen, dass dieser nur selten von Unternehmensmitarbeitern begangen wird. Sein Schattendasein wird der Straftatbestand auch dann - zum mindestens in der strafrechtlichen Gerichtspraxis - demzufolge auch bei einer optimalen Beachtung durch die Compliance-Funktion nicht beseitigen können. Hauptschutzfunktion des Straftatbestandes liegt jedoch in dessen Präventivwirkung und nicht in dessen

forensischer Präsenz. Diese gilt es effizient zu nutzen. Neue gesetzliche Regelungen sind in diesem Bereich entbehrlich. Es hat lediglich eine konsequente Anwendung der §§ 49, 26 BörsG durch Rechtsprechung und Literatur stattzufinden. Im Bereich „Compliance“ hat wiederum eine ausdrückliche Implementierung der §§ 49, 26 BörsG durch die „Compliance-Praxis“ zu erfolgen, damit diese Normen ihre präventive Warnfunktion bestmöglich ausüben können.

Wie wiederum eine Implementierung der §§ 49, 26 BörsG im Rahmen der gesetzlich verpflichtenden Compliance-Funktion möglichst effizient stattfinden kann, soll im Wege der vorliegenden Dissertation aufgezeigt werden.