

und auf dieser Basis ohne Anmeldung und Freigabe vollzogen wird, im Prognosezeitraum dann aber doch ausreichende Inlandsauswirkungen eintreten. So mögen die Gründer einer Gemeinschaftsunternehmens davon ausgegangen sein, dass das neu zu gründende Gemeinschaftsunternehmen in keinem Geschäftsjahr innerhalb des Prognosezeitraums Inlandsumsätze von mehr als 5 Mio. Euro erzielt und in diesem Zeitraum auch nicht auf einem Inlandsmarkt einen Marktanteil von mehr als 5 % erreicht, während die entsprechenden Schwellen innerhalb des Prognosezeitraums dann doch überschritten werden.

Ob in einem solchen Fall gegen das Vollzugsverbot verstoßen wurde, hängt davon ab, ob im Zeitpunkt des Vollzugs als maßgeblichem Zeitpunkt für die Beurteilung der Anwendbarkeit der Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB⁵³ gemessen an dem Prognosemaßstab ausreichende Inlandsauswirkungen gegeben waren. Dies wird im Streitfall vom Bundeskartellamt nachzuweisen sein, das für die Anwendbarkeit der deutschen Fusionskontrolle die Darlegungslast trägt,⁵⁴ wovon offenbar auch das Merkblatt implizit ausgeht (vgl. Tz. 10).

Kann das Bundeskartellamt nicht nachweisen, dass gemessen an dem Prognosemaßstab im Zeitpunkt des Vollzugs ausreichende Inlandsauswirkungen innerhalb des Prognosezeitraums zu erwarten waren, ist von der Wirksamkeit des Vollzugs auszugehen. Dass innerhalb des Prognosezeitraums entgegen der Prognose der beteiligten Unternehmen doch spürbare Inlandsauswirkungen eingetreten sind, lässt die Wirksamkeit des Vollzugs unberührt.

IV. Fazit und Ausblick

1. Das neue Merkblatt zu Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle konkretisiert die Voraussetzungen, unter denen ein Zusammenschlussvorhaben keine ausreichenden Inlandsauswirkungen hat und infolgedessen nicht unter die deutsche Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB fällt.

2. Das Bundeskartellamt billigt dem Kriterium spürbarer Inlandsauswirkungen jedenfalls für Zusammenschlüsse mit mehr als zwei beteiligten Unternehmen weiterhin eigenständige Bedeutung neben den Umsatzschwellen nach § 35 GWB zu. Daher fällt z.B. ein im Ausland zu gründendes Gemeinschaftsunternehmen auch zukünftig nicht in den Anwendungsbereich der deutschen Fusionskontrolle, wenn es nicht zu spürbaren Inlandsauswirkungen kommt.

3. Die Einführung umsatz- bzw. marktanteilbezogener Safe Harbours durch das neue Merkblatt erhöht grundsätzlich die Rechtssicherheit und ist zu begrüßen.

4. Soweit eine Prognose zu Umsätzen oder Marktanteilen des Zielunternehmens innerhalb eines Prognosezeitraums von drei bis fünf Jahren erforderlich ist, wird die Beurteilung von Inlandsauswirkungen für die beteiligten Unternehmen allerdings weiterhin mit Unsicherheiten verbunden bleiben. Vor diesem Hintergrund dürfte daher in Zweifelsfällen auch zukünftig oftmals vorsorglich angemeldet werden.

Dr. Mathias Stöcker, RA, ist Counsel bei Shearman & Sterling LLP, Frankfurt a.M. Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist das deutsche und europäische Kartellrecht. Er berät und vertritt Unternehmen in Kartellverfahren und Fusionskontrollverfahren vor dem Bundeskartellamt und der Europäischen Kommission.



⁵³ Vgl. zum Vollzugszeitpunkt als maßgeblichem Zeitpunkt für die Berechnung der nach § 35 GWB relevanten Umsatzerlöse bei Vollzug ohne Anmeldung *Bechtold*, GWB, 7. Aufl. 2013, § 35 Rn. 32; *Mäger*, in: Münchener Kommentar zum Kartellrecht, 2008, § 38 GWB Rn. 19; *Paschke*, in: Frankfurter Kommentar, Stand Januar 2011, § 35 GWB Rn. 10.

⁵⁴ Vgl. Studienvereinigung Kartellrecht e.V., Stellungnahme vom 30.1.2014 zum Konsultationsentwurf des Merkblatts, Tz. 3; International Bar Association (Merger Working Group of Antitrust Committee), Stellungnahme vom 17.2.2014 zum Konsultationsentwurf des Merkblatts, S. 15.

BGH: Kapitalanlagebetrug – Verbreitung unrichtiger Informationen in Emissionsprospekt

BGH, Urteil vom 24.6.2014 – VI ZR 560/13

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2014-1857-3](#)

unter www.betriebs-berater.de

AMTLICHE LEITSÄTZE

a) Der objektive Tatbestand des § 264a Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter durch Äußerungen in einem der dort genannten Werbemittel tatsachenbezogene Informationen verbreitet, die aufgrund ihres unrichtigen Inhalts geeignet sind, bei potentiellen Anlegern Fehlvorstellungen über die mit einem bestimmten Anlageobjekt verbundenen Risiken zu erzeugen. Erforderlich ist, dass die in der Bestimmung genannten Werbemittel den der Anlagegesellschaft und ihrer Vertriebsorganisation zuzurechnenden „internen“ Bereich verlassen haben und einem größeren Kreis potentieller Anleger zugänglich gemacht wurden.

b) Unrichtige Informationen im Sinne des § 264a Abs. 1 StGB verbreitet auch derjenige, der nachträglich unrichtig gewordene Werbemittel im Sinne des § 264a Abs. 1 StGB gegenüber einem größeren Kreis anderer, bislang noch nicht angesprochener Anleger (weiter) verwendet,

indem er sie nach Eintritt der Unrichtigkeit zusendet, auslegt, verteilt oder sonst zugänglich macht.

BGB § 823; StGB § 264a

SACHVERHALT

Die Klägerin nimmt die Beklagten zu 3 und 4 auf Schadensersatz im Zusammenhang mit ihrer Beteiligung an der V. C. GmbH & Co. KG (nachfolgend: V. KG) in Anspruch.

Die im November 2000 gegründete V. KG bietet Kapitalanlagemöglichkeiten an. Ihre Komplementärin ist die Beklagte zu 2. Treuhandkommanditistin ist die Beklagte zu 1. Der Beklagte zu 3 war bis zum 31.7.2001 Geschäftsführer der Beklagten zu 2. Der Beklagte zu 4 war Geschäftsführer der Beklagten zu 1. Die Klägerin schloss am 12.9.2001 durch Unterzeichnung eines als „Beitrittserklärung und Treuhandvertrag“ bezeichneten Vertragsformulars mit der Beklagten zu 1 einen Treuhandvertrag. Danach sollte die Beklagte zu 1 mittelbar die Beteiligung der Klägerin an der V. KG bewirken, indem sie im eigenen Namen, aber für Rechnung der Klägerin eine Kommanditbeteiligung an der Gesellschaft erwarb und als Treuhänderin verwaltete. Die Klägerin

verpflichtete sich, eine Einlage in Höhe von 82 574 Euro sowie einen Ratenausgabebauschlag von 5 % zu erbringen. Die Beteiligungssumme war in 95 monatlichen Raten von je 912,66 Euro zu zahlen. Mit dem Treuhandvertrag wurde die Beteiligung der Klägerin als atypisch stille Gesellschafterin an der S. – AG abgelöst. Bei der Zeichnung durch die Klägerin lag der Emissionsprospekt der V. KG vom 5.1.2001 vor. Danach war der Unternehmensgegenstand der Gesellschaft der Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung von Offenen Immobilienfonds-, Unternehmensbeteiligungsfonds- und sonstigen Fondsanteilen sowie von Immobilien, Wertpapieren und Unternehmensbeteiligungen als direkte Investition jeweils für eigene Rechnung und im eigenen Namen. Unter Punkt E II 2 des Prospektes wurde der Vertriebs-Rahmen-Vertrag der V. KG mit dem Vertriebsunternehmen C. GmbH dargestellt. Zur Stornohaftung ist u. a. ausgeführt:

„Stellt ein durch die C. GmbH vermittelter Treugeber bei einer Kombination mit mindestens 10% Sofortzahlungsquote die Zahlung zwischen der ersten und fünfzehnten Monatsrate ein, ist durch die C. GmbH die vorschüssig ausgezahlte Vermittlungsprovision für den Vertrag mit Ratenzahlung anteilig bis auf einen Betrag von 1/x, wobei für x die jeweils individualvertraglich vereinbarte Ratenzahlungsdauer (max. 240 Monate) einzusetzen ist, für jede geleistete Monatsrate zurückzuzahlen.

Stellt ein durch die C. GmbH vermittelter Treugeber bei einem Vertrag mit einer Rateneinlage die Zahlung zwischen der ersten und dreißigsten Rate ein, ist durch die C. GmbH die vorschüssig ausgezahlte Vermittlungsprovision anteilig bis auf einen Betrag von 1/x, wobei für x die jeweils individualvertraglich vereinbarte Ratenzahlungsdauer (max. 240 Monate) einzusetzen ist, für jede geleistete Monatsrate zurückzuzahlen.“

Die vorstehend zitierte Stornohaftungsregelung änderten die V. KG und die C. GmbH durch Nachtragsvereinbarung vom 15.1.2001 u. a. wie folgt ab:

„Stellt ein durch die Auftragnehmerin vermittelter Treugeber bei einer Kombination von monatlichen Rateneinlagen mit mindestens 10% Sofortzahlungsquote die Zahlung zwischen der 1. und der 15. Monatsrate ein, ist durch die Auftragnehmerin die vorschüssig ausgezahlte Vermittlungsprovision für den Ratenzahlungsanteil anteilig bis auf einen Betrag von 1/15 für jede geleistete Monatsrate zurückzuzahlen.

Stellt ein durch die Auftragnehmerin vermittelter Treugeber bei einem Vertrag mit monatlichen Rateneinlagen die Zahlung zwischen der 1. und der 30. Monatsrate ein, ist durch die Auftragnehmerin die vorschüssig ausgezahlte Vermittlungsprovision anteilig bis auf einen Betrag von 1/30 für jede geleistete Monatsrate zurückzuzahlen.“

Die Klägerin verlangt unter Berufung auf mehrere Prospektmängel die Rückabwicklung der Beteiligung und entgangenen Gewinn. Sie begehrt die Zahlung von 42 615,71 Euro nebst Zinsen und die Feststellung, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, die Klägerin von ihrer Kommanditistenhaftung freizustellen, beides Zug um Zug gegen Übertragung ihrer Rechte aus der Beteiligung. Das LG hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat – nach Aufhebung eines Beschlusses gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch das Bundesverfassungsgericht – die Berufung der Klägerin zurückgewiesen, soweit die Klage gegen die Beklagten zu 3 und 4 abgewiesen worden ist. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin hatte Erfolg.

AUS DEN GRÜNDEN

Ausführungen des Berufungsgerichts

- 10 A. Das Berufungsgericht führt aus, der Klägerin stehe gegen die Beklagten zu 3 und 4 ein Schadensersatzanspruch nicht zu ...
- 12–13 Der Emissionsprospekt sei zwar insoweit fehlerhaft gewesen, als darin noch die ursprüngliche Stornohaftungsregelung wiedergegeben worden sei. Nach der zwischen der V. KG und der Vertriebsgesellschaft C. GmbH getroffe-

nen Nachtragsvereinbarung vom 15.1.2001 hätten die vorschüssig ausgezahlten Provisionen in geringerem Umfang an die V. KG zurückgezahlt werden sollen, als dies aus dem Prospekt ersichtlich gewesen sei. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 264a StGB seien von den Beklagten zu 3 und 4 indes nicht erfüllt worden. Denn der Prospekt sei auf den 5.1.2001 datiert gewesen und damit auf einen Zeitpunkt vor Abschluss der maßgebenden Nachtragsvereinbarung vom 15.1.2001. Die Klägerin habe nicht vorgetragen, dass der Prospekt erst nach dem 15.1.2001 in den Verkehr gebracht worden sei. Die mögliche Tathandlung der Beklagten zu 3 und 4 nach § 264a StGB sei zum Zeitpunkt des Abschlusses der Nachtragsvereinbarung bereits vollendet und beendet gewesen, weil der Prospekt zu diesem Zeitpunkt bereits einem größeren Personenkreis zur Kenntnis gelangt sei. Für den Straftatbestand des § 264a StGB komme es nicht auf die zivilrechtliche Pflicht an, einen einmal verbreiteten Prospekt zu aktualisieren, wenn sich der für die Anlagendeckung maßgebliche Sachverhalt wesentlich ändere.

Schadensersatzansprüche der Klägerin aus § 823 Abs. 2 BGB, § 264a Abs. 1 Nr. 1 StGB

A. ... B. ... II. ... 2. Die Revision wendet sich ... mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Klägerin ständen keine Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB, § 264a Abs. 1 Nr. 1 StGB gegen die Beklagten zu 3 und 4 zu. 23

§ 264a StGB ist Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB zugunsten des einzelnen Kapitalanlegers

a) Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Bestimmung des § 264a StGB Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten des einzelnen Kapitalanlegers ist (vgl. Senatsurteil vom 8.1.2013 – VI ZR 386/11, VersR 2013, 504 Rn. 13 m. w. N.; BGH, Urteile vom 21.10.1991 – II ZR 204/90, BGHZ 116, 7, 12 ff.; vom 11.4.2013 – III ZR 79/12, WM 2013, 1016 Rn. 37 m. w. N.). 24

Begründung des Berufungsgerichts trägt die Verneinung eines Verstoßes gegen dieses Schutzgesetz nicht

b) Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann ein Verstoß der Beklagten zu 3 und 4 gegen dieses auch den Schutz der Klägerin als Kapitalanlegerin bezweckende Gesetz nicht verneint werden. 25

Regelungsgehalt des § 264a Abs. 1 Nr. 1 StGB

aa) Gemäß § 264a Abs. 1 Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Wertpapieren, Bezugsrechten oder von Anteilen, die eine Beteiligung an dem Ergebnis eines Unternehmens gewähren sollen, in Prospekten oder in Darstellungen oder Übersichten über den Vermögensstand hinsichtlich der für die Entscheidung über den Erwerb oder die Erhöhung erheblichen Umstände gegenüber einem größeren Kreis von Personen unrichtige vorteilhafte Angaben macht oder nachteilige Tatsachen verschweigt. Gemäß § 264a Abs. 2 StGB gilt Abs. 1 entsprechend, wenn sich die Tat auf Anteile an einem Vermögen bezieht, das ein Unternehmen im eigenen Namen, jedoch für fremde Rechnung verwaltet. 26

Täter eines Kapitalanlagebetrugs

bb) Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, dass die Beklagten zu 3 und 4 als Täter eines Kapitalanlagebetrugs gemäß § 264a Abs. 1 Nr. 1 StGB in Betracht kommen. Das Berufungsgericht hat keine entgegenstehenden Feststellungen getroffen. Der Kapitalanlagebetrug ist kein Sonderdelikt. Täter kann jeder sein, der im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Kapitalanlagen falsche Angaben macht, sofern nach strafrechtlichen Kriterien eine Zurechnung täterschaftlicher Verantwortlichkeit gerechtfertigt ist (vgl. Senatsbeschluss 27

vom 2.2.2010 – VI ZR 254/08, juris Rn. 7; BT-Drucks. 10/318, S. 24; MünchKommStGB/Wohlers/Mühlbauer, 2. Aufl., § 264a Rn. 16, 95 ff. m. w. N.; Tiedemann/Vogel in Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., § 264a Rn. 101 m. w. N.).

Der Emissionsprospekt fällt in den Anwendungsbereich des § 264a Abs. 1 Nr. 1 StGB

- 28 cc) Nach den getroffenen Feststellungen fällt der Emissionsprospekt in den Anwendungsbereich des § 264a Abs. 1 Nr. 1 StGB. Denn der Prospekt bezieht sich auf den Erwerb von Kommanditanteilen an der V. KG und steht damit im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Anteilen, die eine Beteiligung an dem Ergebnis eines Unternehmens gewähren sollen; die Einschaltung eines Treuhänders steht der Anwendung des § 264a Abs. 1 StGB gemäß § 264a Abs. 2 StGB nicht entgegen (vgl. OLG München, Urteil vom 18.7.2007 – 20 U 2052/07, juris Rn. 33; BT-Drucks. 10/318, S. 22 f.; Fischer, StGB, 61. Aufl., § 264a Rn. 8, 19; Tiedemann/Vogel in Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., § 264a Rn. 46 ff., 52 ff.; MünchKommStGB/Wohlers/Mühlbauer, 2. Aufl., § 264a Rn. 46, 50 ff.; siehe auch BVerfG, NJW 2008, 1726).

Der Prospekt enthielt unrichtige vorteilhafte Angaben hinsichtlich entscheidungserheblicher Umstände über den Erwerb der Anlage

- 29 dd) Für das Revisionsverfahren ist ferner davon auszugehen, dass der Prospekt unrichtige vorteilhafte Angaben hinsichtlich der für die Entscheidung über den Erwerb der Anlage erheblichen Umstände gemäß § 264a Abs. 1 StGB enthielt. Nach den insoweit auch von der Revisionserwiderung mit der Gegenrüge nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts war der Prospekt insofern fehlerhaft, als die darin wiedergegebene Regelung über die Stornohaftung im Verhältnis zum Vertriebsunternehmen C. GmbH mit Nachtragsvereinbarung vom 15.1.2001 zum Nachteil der V. KG geändert worden ist. Da das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob der Prospektfehler für die Entscheidung über den Erwerb der Beteiligung erheblich war, ist die Erheblichkeit zugunsten der Revision zu unterstellen.

Die Ansicht des OLG, wonach die mögliche Tathandlung der Beklagten zu 3 und 4 i. S. v. § 264a StGB zum Zeitpunkt des Abschlusses der Nachtragsvereinbarung schon beendet gewesen sei, ist unzutreffend

- 30 ee) Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, wonach die mögliche Tathandlung der Beklagten zu 3 und 4 im Sinne des § 264a StGB zum Zeitpunkt des Abschlusses der Nachtragsvereinbarung vom 15.1.2001 schon beendet gewesen sei, weil der Prospekt bereits zuvor einem größeren Personenkreis zur Kenntnis gelangt sei, und wonach die Weiterverwendung des Prospekts nach dessen erstmaliger Veröffentlichung nicht mehr zur tatbestandsmäßigen Handlung gehöre.

Der objektive Tatbestand des § 264a Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Prospekt den „internen“ Bereich der Anlagegesellschaft und ihrer Vertriebsorganisation verlässt

- 31 (1) Der objektive Tatbestand des § 264a Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter durch Äußerungen in einem der dort genannten Werbemittel tatsächliche Informationen verbreitet, die aufgrund ihres unrichtigen Inhalts geeignet sind, bei potentiellen Anlegern Fehlvorstellungen über die mit einem bestimmten Anlageobjekt verbundenen Risiken zu erzeugen (vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl., § 264a Rn. 13; Tiedemann/Vogel in Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., § 264a Rn. 64 f.; 84). Dabei muss er die unrichtigen oder unvollständigen Werbemittel gegenüber einem größeren Kreis von Personen verwenden. Die Bestimmung soll potentielle Kapitalanleger vor

möglichen Schädigungen schützen und zugleich die Funktion des Kapitalmarkts sichern. Unter einem größeren Kreis von Personen sind deshalb eine so große Zahl potentieller Anleger zu verstehen, dass deren Individualität gegenüber dem sie zu einem Kreis verbindenden potentiell gleichen Interesse an der Kapitalanlage zurücktritt. Erfasst werden öffentlich gemachte Angebote gegenüber einem zahlenmäßig unbestimmten Anlegerpublikum wie im Falle der Medienwerbung oder durch das Auslegen oder Aushängen der Werbemittel in öffentlich zugänglichen Räumen. Unter den Tatbestand fällt aber auch die Direktwerbung durch Post, Fax, E-Mail und dergleichen, wenn sie massenhaft erfolgt (vgl. Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, BT-Drucks. 10/318 S. 23 f.; Fischer, a. a. O., Rn. 17; Tiedemann/Vogel in Leipziger Kommentar, a. a. O., Rn. 65 f.). Erforderlich ist, dass die in der Bestimmung genannten Werbemittel den der Anlagegesellschaft und ihrer Vertriebsorganisation zuzurechnenden „internen“ Bereich verlassen haben und einem größeren Kreis potentieller Anleger zugänglich gemacht wurden (vgl. Tiedemann/Vogel in Leipziger Kommentar, a. a. O. Rn. 82, 84, 90; Perron in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 264a Rn. 37; Fischer, a. a. O., Rn. 13, 18; SK-StGB/Hoyer, § 264a Rn. 17 [Stand: September 2007]; MünchKommStGB/Wohlers/Mühlbauer, 2. Aufl., § 264a Rn. 101; Bosch in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl., § 264a Rn. 20; Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, BT-Drucks. 10/318 S. 23 r. Sp. Abs. 2 a. E.).

Waren vor Abschluss der Nachtragsvereinbarung erst vereinzelt potentielle Anleger angesprochen worden, so wäre die mögliche Tathandlung mangels Erreichens eines größeren Kreises potentieller Anleger jedenfalls nicht vollendet gewesen

(2) Vor diesem Hintergrund beanstandet die Revision zu Recht, dass das Berufungsgericht die Darstellung des Beklagten zu 3 in der letzten mündlichen Verhandlung vom 28.11.2012 bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt hat, wonach die von der Vertriebsgesellschaft C. GmbH mit dem Vertrieb der Beteiligungen beauftragten selbständigen Handelsvertreter die im Prospekt vom 5.1.2001 vorgesehene Stornoregelung nicht akzeptiert hätten. Aus diesem Grund habe der Geschäftsführer der Vertriebsgesellschaft, Dr. H., beim Beklagten zu 3 darauf gedrungen, die Stornoregelung abzuändern, „sonst verkauft das keiner“. Nach Abänderung der Stornohaftungsregelung hätten sich der Beklagte zu 3 und Dr. H. die Frage gestellt, ob sie den Prospekt zurückziehen sollten. Das sei allerdings nicht in Betracht gekommen, weil sie „dann den Vertrieb ohne Arbeit gelassen hätten“. Es sei notwendig gewesen, dass der Fonds schnell platziert würde und dazu hätte es der Prospekte bedurft. Diese Darstellung hat sich die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2012 ausdrücklich zu Eigen gemacht und in ihrem Schriftsatz vom 31.12.2012 nochmals pointiert hervorgehoben. Sie hat darin insbesondere ausgeführt, dass die Handelsvertreter sich geweigert hätten, unter den bestehenden und für sie extrem ungünstigen Stornierungsbedingungen den Vertrieb aufzunehmen. Sie hätten die Vermittlung der Beteiligungen erst nach Abschluss der Nachtragsvereinbarung aufgenommen. Diesen Vortrag der Klägerin hätte das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung nicht außer Betracht lassen dürfen. Er war im Kern schon Gegenstand des Vorbringens der Klägerin in der mündlichen Verhandlung. Jedenfalls hätte das Berufungsgericht die mündliche Verhandlung wieder eröffnen müssen, da der Beklagte zu 3 – wie die Revision zu Recht beanstandet – diese Tatsachen erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2012 vorgetragen und die Klägerin insoweit ein Schriftsatzrecht beantragt hatte. Waren die Prospekte vor Abschluss der Nachtragsvereinbarung vom 15.1.2001 aber nur den mit dem Vertrieb der Beteiligung beauftragten Han-

delsvertretern zugänglich gemacht worden und hatten diese eine Vermittlung der Anlage unter Berufung auf die ungünstige Storno Haftungsregelung abgelehnt, so wäre der Prospekt vom 5.1.2001 vor der Nachtragsvereinbarung noch nicht dem Anlegerpublikum zugänglich gemacht worden.

- 35 Waren vor Abschluss der Nachtragsvereinbarung erst vereinzelt potentielle Anleger angesprochen worden, so wäre die mögliche Tathandlung mangels Erreichens eines größeren Kreises potentieller Anleger jedenfalls nicht vollendet (vgl. Tiedemann/Vogel in Leipziger Kommentar, a.a.O. Rn. 84; Perron in Schönke/Schröder, a.a.O. Rn. 37; Fischer, a.a.O., Rn. 13, 18; Münch-KommStGB/Wohlers/Mühlbauer, a.a.O. Rn. 101; Bosch in Satzger/Schluckebier/Widmaier, a.a.O. § 264a Rn. 20).

Rechtsfehlerhaftes Übergehen des von der Klägerin unter Beweis gestellten Sachvortrags, die Nachtragsvereinbarung sei sogar noch vor der Herausgabe der ersten Prospekte an den Vertrieb getroffen worden

- 36 (3) Die Revision beanstandet auch zu Recht, dass das Berufungsgericht dem unter Beweis gestellten Sachvortrag der Klägerin nicht nachgegangen ist, die Nachtragsvereinbarung sei sogar noch vor der Herausgabe der ersten Prospekte an den Vertrieb getroffen worden. Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag rechtsfehlerhaft als prozessual unbeachtlich und einer Beweisaufnahme nicht zugänglich gewürdigt. Entgegen seiner Auffassung war es einer Beweiserhebung nicht deshalb entzogen, weil die Klägerin ihre Behauptung ohne jegliche Anhaltspunkte aufgestellt hätte. Die darlegungsbelastete Partei ist grundsätzlich nicht gehindert, Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genauen Kenntnisse hat, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält. Unzulässig wird ein solches prozessuales Vorgehen erst dort, wo die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt (vgl. Senatsurteil vom 25.4.1995 – VI ZR 178/94, VersR 1995, 852, 853; Senatsbeschluss vom 18.3.2014 – VI ZR 128/13, juris Rn. 6; BGH, Urteile vom 4.3.1991 – II ZR 90/90, NJW-RR 1991, 888, 890 f.; vom 8.5.2012 – XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 40; vom 4.2.2014 – XI ZR 398/12, HBKR 2014, 200 Rn. 16; BVerfG, WM 2012, 492, 493, jeweils m. w. N.; Hk-ZPO/Saenger, 5. Aufl., § 284 Rn. 47; Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., Vor § 284 Rn. 5). Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist allerdings Zurückhaltung geboten. In der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte vorliegen (vgl. Senatsurteil vom 25.4.1995 – VI ZR 178/94, a.a.O.; BGH, Urteil vom 8.5.2012 – XI ZR 262/10, a.a.O.).
- 37 Danach durfte das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin nicht als unbeachtliche Behauptung „ins Blaue“ ansehen. Vielmehr ergaben sich aus den Angaben des Beklagten zu 3 in der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2012 Anhaltspunkte für das Vorbringen der Klägerin ...

Auch derjenige verbreitet unrichtige Informationen i. S. v. § 264a Abs. 1 StGB, der nachträglich unrichtig gewordene Werbemittel gegenüber einem zuvor noch nicht angesprochenen Kreis potentieller Anleger verwendet

- 38 (4) Aber auch wenn der Prospekt vor Abschluss der Nachtragsvereinbarung bereits einem größeren Kreis potentieller Anleger zugänglich gemacht worden sein sollte, kann ein Verstoß der Beklagten zu 3 und 4 gegen § 264a Abs. 1 StGB mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht verneint werden.
- 39 (a) Die Revision weist zu Recht darauf hin, dass auch derjenige unrichtige Informationen im Sinne des § 264a Abs. 1 StGB verbreitet, der nachträglich unrichtig gewordene Werbemittel im Sinne des § 264a Abs. 1 StGB gegenüber einem größeren Kreis anderer, bislang noch nicht angesprochener Anleger

(weiter) verwendet, indem er sie nach Eintritt der Unrichtigkeit zusendet, auslegt, verteilt oder sonst zugänglich macht (vgl. OLG München, OLGR 2004, 239, 240; NK-StGB/Hellmann, 4. Aufl., § 264a Rn. 41 a.E.; Joecks in Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl., 10. Teil 1. Kap. Rn. 45; Tiedemann/Vogel in Leipziger Kommentar, a.a.O. § 264a Rn. 82 mit Fn. 91; MünchKommStGB/Wohlers/Mühlbauer, a.a.O. § 264a Rn. 62; siehe auch OLG München, Urteil vom 9.2.2011 – 15 U 3789/10, juris Rn. 58; SK-StGB/Hoyer, § 264a Rn. 17 f. [Stand: September 2007]; a.A. OLG Naumburg, Urteil vom 5.8.2004 – 2 U 42/04, juris Rn. 13 ff.). Die Verwirklichung des Tatbestandes wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Prospekt bereits zu einem Zeitpunkt, als er noch richtig war, gegenüber einem größeren Kreis potentieller Anleger verwendet worden ist. In diesem Zusammenhang kommt es auch nicht darauf an, wann ein durch Verbreitung gedruckter Prospekte begangener Kapitalanlagebetrug beendet ist (vgl. dazu OLG Köln, NJW 2000, 598, 599; OLG München, OLGR 2004, 239, 240; Perron in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 264a Rn. 42; Tiedemann/Vogel in Leipziger Kommentar, 12. Aufl., § 264a Rn. 127; MünchKommStGB/Wohlers/Mühlbauer, 2. Aufl., § 264a Rn. 111; Fischer, StGB, 61. Aufl., § 264a Rn. 18; NK-StGB/Hellmann, 4. Aufl., § 264a Rn. 73, 88). Denn durch die Verwendung eines (noch) richtigen Prospekts wird der Tatbestand des § 264a StGB nicht verwirklicht. Eine Straftat, die vollendet oder beendet sein könnte, liegt nicht vor.

(b) Das Berufungsgericht wird deshalb die Darstellung des Beklagten zu 3 in der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2012, die sich die Klägerin ausdrücklich zu Eigen gemacht hat, zu berücksichtigen haben, wonach die mit dem Vertrieb der Beteiligung beauftragten Handelsvertreter die aufgrund der zwischenzeitlich getroffenen Nachtragsvereinbarung unrichtig gewordenen Prospekte im ausdrücklichen Einverständnis des Beklagten zu 3 und auf dessen Veranlassung gegenüber einem verbleibenden größeren Kreis anderer Anleger weiter verwendet haben, um den Fonds schnell zu platzieren.

Vorsätzliches Handeln des Beklagten zu 4

ff) Die Revision wendet sich auch mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Beklagte zu 4 habe nicht vorsätzlich gehandelt, da er keine Kenntnis von der Unrichtigkeit des Prospekts gehabt habe. Sie rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht bei seiner Entscheidungsfindung unter Beweis gestelltes Vorbringen der Klägerin nicht berücksichtigt hat ... [wird ausgeführt].

Zurückverweisung und Hinweise an das Berufungsgericht

III. Das Berufungsurteil war aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die erforderlichen Feststellungen treffen kann (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 S. 1 ZPO). Das Berufungsgericht wird dabei Gelegenheit haben, sich gegebenenfalls auch mit den weiteren Einwänden der Parteien – insbesondere zum Vorliegen des für Schadensersatzansprüche der Klägerin aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 826 BGB erforderlichen Vorsatzes der Beklagten und der von der Revisionserwiderung im Schriftsatz vom 20.6.2014 erhobenen Gegenrüge – zu befassen. Es wird dabei zu berücksichtigen haben, dass die von der Rechtsprechung entwickelte Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens (vgl. BGH, Urteile vom 16.11.1993 – XI ZR 214/92, BGHZ 124, 151, 159 f., BB 1994, 305; vom 8.5.2012 – XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 29 m. w. N.) nicht für die Feststellung der Voraussetzungen eines Straftatbestandes gilt (vgl. Senatsurteil vom 5.3.2002 – VI ZR 398/00, VersR 2002, 613). Soweit dem von der Revision angeführten Senatsurteil vom 19.7.2011 (VI ZR 367/09, VersR 2011, 1276 Rn. 21) etwas anderes zu entnehmen sein sollte, wird daran nicht festgehalten.

BB-Kommentar

„Die Differenzierung des BGH nach Anlegerkreisen ist zu begrüßen“

PROBLEM

Die V GmbH & Co. KG begab am 5.1.2001 einen Emissionsprospekt für eine Kapitalanlage, an der sich Anleger vermittelt durch die Treuhandkommanditistin C-GmbH beteiligen konnten. Die im Emissionsprospekt wiedergegebene Stornohaftungsklausel wurde am 15.1.2001 durch Nachtragsvereinbarung zwischen V und C durch eine, für die V vergleichsweise nachteilige Stornohaftungsklausel ersetzt. Eine entsprechende Änderung des Prospekts erfolgte nicht. Die Klägerin, der der Emissionsprospekt vom 5.1.2001 vorlag, schloss im September 2001 mit der C einen Vertrag, in dem C sich dazu verpflichtete, im eigenen Namen, aber für Rechnung der Klägerin eine Kommanditbeteiligung an der V zu bewirken. Die Klägerin verpflichtete sich im Gegenzug, eine Einlage zu leisten.

Unter Berufung auf Prospektmängel verlangte sie später die Rückabwicklung der Beteiligung und entgangenen Gewinn aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a StGB (Kapitalanlagebetrug). Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Ihre Berufung wurde teilweise zurückgewiesen. Das Berufungsgericht vertrat die Auffassung, dass der Emissionsprospekt zwar fehlerhaft gewesen sei, als darin noch die ursprüngliche Stornohaftungsregelung wiedergegeben worden sei. Allerdings sei die Tathandlung des § 264a StGB bereits vor dem 15.1.2001 vollendet und beendet gewesen, weil bereits zu diesem Zeitpunkt der ursprüngliche Prospekt einem größeren Personenkreis zur Kenntnis gelangt sei. Für den Straftatbestand des § 264a StGB komme es nicht auf die zivilrechtliche Pflicht an, einen einmal verbreiteten Prospekt zu aktualisieren, wenn sich der für die Anlageentscheidung maßgebliche Sachverhalt wesentlich ändere. Die Revision der Klägerin gegen diese Erwägungen war erfolgreich: Der BGH hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache an das Berufungsgericht zurück.

ZUSAMMENFASSUNG

Der BGH hat zunächst festgestellt, dass der Prospekt durch die Nachtragsvereinbarung zwischen V und C über die Stornohaftungsklausel fehlerhaft war, als die darin wiedergegebenen Regelungen über die Stornohaftung am 15.1.2001 geändert worden ist. Bis zu diesem Zeitpunkt sei ein vollendeter und beendeter Kapitalanlagebetrug entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht begangen worden. Der Prospekt sei bis zum 15.1.2001 nämlich allenfalls den mit dem Vertrieb der Beteiligung beauftragten Handelsvertretern zugänglich gemacht worden. Diese hätten eine Vermittlung der Anlage allerdings unter Berufung auf die für sie ungünstige Stornohaftungsregelung abgelehnt. Für die Tatbestandsverwirklichung des § 264a StGB sei es aber erforderlich, dass die in der Bestimmung genannten Werbemittel den der Anlagegesellschaft und ihrer Vertriebsorganisation zuzurechnenden „internen“ Bereich verlassen haben und einem größeren Kreis potentieller Anleger zugänglich gemacht wurden. Selbst wenn vereinzelt potentielle Anleger angesprochen worden seien, wäre die Tat mangels Erreichens eines größeren Kreises potentieller Anleger nicht vollendet gewesen.

Und auch wenn der Prospekt einem größeren Kreis potentieller Anleger zugänglich gemacht worden wäre, hinderte dies nach Ansicht des BGH die Annahme eines Kapitalanlagebetruges nach dem 15.1.2001 nicht: Auch derjenige verbreite unrichtige Informationen i.S.d. § 264a StGB, der

nachträglich unrichtige Werbemittel gegenüber einem größeren Kreis anderer, bislang noch nicht angesprochener Anleger (weiter) verwendet, indem er sie nach Eintritt der Unrichtigkeit zusendet, auslegt, verteilt oder sonst zugänglich macht. Dass der Prospekt bereits zu einem Zeitpunkt, als er noch richtig war, gegenüber einem größeren Kreis potentieller Anleger verwendet worden ist, hindere die Tatbestandsverwirklichung nicht. Die Verwendung des (noch) richtigen Prospekts verwirkliche den Tatbestand des § 264a StGB nicht.

PRAXISFOLGEN

Der BGH hat in seiner Entscheidung zunächst eine verwirrende Äußerung des Berufungsgerichts „geradegerückt“. Wer einen richtigen Prospekt gegenüber einem größeren Kreis potentieller Anleger verwendet, verwirklicht – „natürlich!“ möchte man ausrufen – auch dann nicht den Tatbestand des § 264a StGB, wenn der Prospekt nachträglich aufgrund später eintretender Umstände unrichtig wird. Dies bedingt schon der Koinzidenzgedanke, demzufolge die Merkmale des objektiven und des subjektiven Tatbestandes sowie Rechtswidrigkeit und Schuld (grundsätzlich) zeitlich zusammentreffen müssen, um Strafbarkeit zu begründen. Dementsprechend liegt auch eine be- oder vollendete Straftat nicht vor, die die Verfolgung des späteren (Weiter-) Verbreitens des dann unrichtigen Prospekts als Nachtat sperren könnte.

Das Urteil des BGH macht zudem deutlich, dass das weitere Verbreiten des nachträglich unrichtigen Tatmittels dem Tatbestand des § 264a StGB nur dann unterfällt, wenn es gegenüber einem *anderen* größeren Kreis potentieller Anleger erfolgt. Dies folgt zunächst dem Grundgedanken, dass der Vertrieb eines Prospekts nach dessen erstmaliger Veröffentlichung nicht mehr zur tatbestandsmäßigen Tathandlung des § 264a StGB gehört (vgl. insoweit noch übereinstimmend OLG R Naumburg 2005, 235-238). Wird aber ein anderer als der ursprüngliche Kreis potentieller Anleger mit dem unrichtig gewordenen Prospekt angesprochen, kommt eine Strafbarkeit wegen Kapitalanlagebetrugs in Betracht. Diese Differenzierung nach Anlegerkreisen überzeugt, weil die Adressierung anderer, ursprünglich nicht betroffener Schutzguträger – selbst wenn die Tathandlung äußerlich identisch bleibt und lediglich „fortwirkt“ – die Annahme einer neuen Tat begründet. In dieser Rechtsprechung (die die h.M. bestätigt) liegt keine Übertragung der (rückwärts gerichteten) zivilrechtlichen Berichtungspflicht auf die strafrechtliche Prospekthaftung. Erst dann, wenn weitere potentielle Anleger durch den unrichtig gewordenen Prospekt akquiriert werden sollen, ist eine Berichtigung des Prospekts fällig. Im Schrifttum wird in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass ein „unrichtiges“ Werbemittel i.S.d. § 264a StGB durchaus weiterverwendet werden kann, wenn in einem weiteren, gegenüber jedem Adressaten zeitgleich verwendeten Tatmittel auf die Fehlangabe explizit hingewiesen und diese richtiggestellt wird (*Wohlers/Mühlbauer*, in: MK-StGB, 2. Aufl. 2014, § 264a Rn. 57).

Dr. André-M. Szesny, LL.M., ist Rechtsanwalt und Partner der Wirtschaftskanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek und Lehrbeauftragter an der Hochschule Fresenius für Wirtschaft und Medien. Er ist als Strafverteidiger in Wirtschaftsstrafsachen tätig und berät Unternehmen und Einzelpersonen in Fragen der Compliance und des Unternehmensstrafrechts.

