§§ 329-410, WpÜG, Österreichisches Übernahmerecht

5. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-72896-9
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

dings Anstifter sein. Die Gründungsprüfer (§ 33 Abs. 2) können keine Täter, wohl aber Gehilfen sein, weil ihnen die Tätereigenschaft fehlt (→ Rn. 113). Wegen Verletzung der Berichtspflicht können sie allerdings als Täter nach § 403 strafbar sein.

3. Machen falscher Angaben oder Verschweigen erheblicher Umstände. Die **Tathandlungen** des Gründungsschwindels nach § 399 Abs. 1 Nr. 2 bestehen darin, dass in den im Gesetz genannten Berichten falsche Angaben gemacht oder erhebliche Umstände verschwiegen werden. Der Tatbestand verwendet damit zur Beschreibung der Tathandlung die gleichen Merkmale, die auch der Gründungsschwindel nach § 399 Abs. 1 Nr. 1 benutzt (vgl. hierzu iE die Erläuterungen beim Gründungsschwindel nach § 399 Abs. 1 Nr. 1 → Rn. 55 ff.). **117**

4. Gegenstand der falschen Angaben. Die falschen oder unvollständigen Angaben müssen in den im Gesetz genannten **Berichten** gemacht werden. Angaben, die in anderen Berichten enthalten sind, fallen nicht unter den Tatbestand. Es handelt sich danach um den Bericht über die Gründung der Gesellschaft nach § 32, um den Bericht über die Nachgründung nach § 52 Abs. 3 sowie um den Bericht über die Gründungsprüfung durch den Vorstand und den Aufsichtsrat nach § 34 Abs. 2. **118**

Das Gesetz schreibt iE vor, über **welche Tatsachen** zu berichten ist (näher → § 32 Rn. 11 ff.; → § 34 Rn. 20 ff.; → § 52 Rn. 30). Bei allen drei Berichten verlangt das Gesetz nicht, dass die falschen Angaben „zum Zweck der Eintragung" gemacht werden. Das hat für den Umfang und für die Vollendung der Tat Bedeutung. Im Gegensatz zu den Tathandlungen des Gründungsschwindels nach § 399 Abs. 1 Nr. 1 müssen die falschen Angaben nicht geeignet sein, die Eintragung zu bewirken.[226] **119**

Durch den Verzicht auf das einschränkende Tatbestandsmerkmal „zum Zweck der Eintragung" fallen unter diese Tatvariante grundsätzlich auch solche Falschangaben, die für die Eintragung unerheblich sind.[227] **120**

Vor dem Hintergrund des Schutzzweckes des § 399 (→ Rn. 4 f., → Rn. 110) ist eine **einschränkende Auslegung** zu fordern. Entscheidend ist also, ob die Angaben geeignet wären, das Vertrauen der Gläubiger der Gesellschaft oder sonstiger interessierter Personen in die Korrektheit der Handelsregistereintragungen und ihrer Grundlagen zu erschüttern, wenn sie ihnen bekannt wären.[228] Eine solche rechtsgutsorientierte Auslegung führt zu überzeugenden Ergebnissen.[229] **121**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Eine **falsche Angabe** kann grundsätzlich auch vorliegen, wenn in dem Prüfungsbericht vermerkt wird, dass die Verfasser des Berichts die Gründung der Gesellschaft geprüft haben, obwohl das nicht geschehen ist.[230] Die Angabe, ob eine der wesentlichen Schutzvorschriften des AktG für die Gründung einer Aktiengesellschaft befolgt worden ist, hat für alle Interessierten eine erhebliche Bedeutung. Eine solche Angabe bezieht sich nicht nur auf das Prüfungsverfahren, sondern auch auf das Ergebnis der Prüfung, weil dieses eine Prüfung voraussetzt. **122**

Die **Strafbarkeit** der falschen Angabe **kann allerdings** entfallen, wenn der Täter einen an sich richtigen Prüfungsbericht ohne eigene Prüfung unterzeichnet, obwohl er das versichert. Hier fehlt es zwar an dem Vorgang der Prüfung. Dieser kann sich aber nicht zum Nachteil der an den Vermögensverhältnissen der Gesellschaft und an den sonstigen für ihre Vertrauenswürdigkeit wesentlichen Umständen interessierten Personen auswirken. Es würde daher regelmäßig auch nicht ihr Vertrauen in die Wahrhaftigkeit der Handelsregistereintragungen und ihre Grundlagen erschüttern, wenn sie von ihnen wüssten.[231] **123**

---

[226] Großkomm AktG/*Otto* Rn. 130; Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 120; BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 216.
[227] BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 216 mwN.
[228] Ähnlich Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 121; BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 217.
[229] IErg ebenso Großkomm AktG/*Otto* Rn. 131; Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 121.
[230] Graf/Jäger/Wittig/*Temming* Rn. 27.
[231] Zust. Großkomm AktG/*Otto* Rn. 132.

124 **5. Subjektiver Tatbestand.** Wie alle Tatbestände des § 399 verlangt der Gründungsschwindel durch unrichtige Berichte vorsätzliches Handeln; bedingter **Vorsatz** reicht aus. Der Täter muss deshalb mindestens mit der Möglichkeit rechnen, dass er zu dem Täterkreis gehört und dass die von ihm gemachten Angaben in dem Bericht falsch oder unvollständig sind.

125 **6. Irrtum.** Bei einem **Irrtum** sind die §§ 16, 17 StGB heranzuziehen. Im Wesentlichen ergeben sich bei diesem Tatbestand die gleichen Probleme, wie bei § 399 Abs. 1 Nr. 1. Es kann deshalb auf die dort gemachten Erläuterungen verwiesen werden (vgl. → Rn. 102 ff.). Der Täter unterliegt einem Subsumtionsirrtum, wenn er bei einer verdeckten Sacheinlage meint, keine entsprechenden Angaben in dem Gründungsbericht machen zu müssen.[232]

IV. Schwindel bei der öffentlichen Ankündigung von Aktien (Abs. 1 Nr. 3)

126 **1. Allgemeines.** Dieser Tatbestand des „Ankündigungsschwindels" beschreibt die mit Strafe bedrohte Handlung nicht abschließend, sondern verweist auf die Ausfüllungsvorschrift des § 47 Nr. 3. Tathandlung ist danach das Machen falscher oder unvollständiger Angaben in einer öffentlichen Ankündigung von Aktien, wenn es vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister oder in den ersten zwei Jahren nach der Eintragung geschieht.

127 Außerdem muss der Täter in der Absicht handeln, die Aktien in den Verkehr einzuführen. **Geschützt** werden deshalb von diesem Tatbestand in erster Linie die an dem Erwerb der Aktien interessierten Personen, die auf die Richtigkeit der Angaben in der öffentlichen Ankündigung vertrauen.[233] Da es sich bei diesen Angaben aber um solche handeln muss, die zum Zweck der Gründung gemacht worden sind oder die sich auf Einlagen oder Sachübernahmen beziehen, welche zu einer Schädigung der Gesellschaft geführt haben, geht es dabei um die gleichen Angaben, die der Handelsregistereintragung zu Grunde liegen. Für den geschützten Personenkreis ist § 399 Abs. 1 Nr. 3 **Schutzgesetz** iSv § 823 Abs. 2 BGB (→ Rn. 5).[234]

128 § 399 Abs. 1 Nr. 3 ist wie die übrigen Tatbestände des § 399 ein **abstraktes Gefährdungsdelikt** (vgl. → Rn. 7).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

129 **2. Täterkreis und Beteiligung.** Im Gegensatz zu allen übrigen Tatbeständen des § 399 ist § 399 Abs. 1 Nr. 3 kein Sonderdelikt, welches die Tätereigenschaft von besonderen persönlichen Voraussetzungen abhängig macht (vgl. → Rn. 12).[235] Täter dieses Allgemeindelikts kann **jedermann** sein, dh jeder, der für die öffentliche Ankündigung der Aktien verantwortlich ist und der ursächlich bewirkt, dass die in ihr enthaltenen Angaben an die Öffentlichkeit gelangen.[236] Adressaten der Norm sind vorrangig Emittenten,[237] „IPO-Führer" (Initial Public Offering) und Konsortialbanken.[238]

130 Ob jemand **Täter oder Teilnehmer** ist, richtet sich nicht nach besonderen persönlichen Merkmalen, sondern nach seinem Tatbeitrag und seiner Willenslage. Das Gesetz verlangt nicht, dass der Täter eine für die Ankündigung maßgebende richtungsweisende oder sonst für die Publizierung verantwortliche Stellung hat.[239] Eine solche Stellung kann lediglich ein Beweisanzeichen für die Bedeutung des Tatbeitrags sein und Schlüsse auf die Tätereigenschaft zulassen. Bürokräfte etc. generell aus dem Tatbestand der Vorschrift herauszunehmen, weil diese regelmäßig keine besonders wichtige Rolle bei der öffentlichen Ankündigung spielen,[240] ist sachlich nicht geboten.

---

[232] Vgl. auch Großkomm AktG/*Otto* Rn. 136.
[233] *Schröder,* Aktienhandel und Strafrecht, 1994, 44; iErg auch BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 227.
[234] Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 12.
[235] Ebenso BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 228.
[236] So auch Achenbach/Ransiek/Rönnau/*Ransiek* WiR-HdB 8. Teil 3. Kap. Rn. 58.
[237] Vgl. Hüffer/Koch/*Koch* § 47 Rn. 9.
[238] BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 229.
[239] Hölters/*Müller-Michaels* Rn. 69; aA Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 126; BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 231.
[240] Vgl. Achenbach/Ransiek/Rönnau/*Ransiek* 8. Teil 3. Kap. Rn. 58; MüKoStGB/*Weiß* Rn. 80.

Eine Teilnahme setzt allerdings ein vorsätzliches Handeln des Haupttäters voraus (§§ 26, 27 StGB). Ist der Ankündigende selbst gutgläubig, kann der eigentliche Urheber der falschen oder unvollständigen Angaben in der öffentlichen Ankündigung nur zur Verantwortung gezogen werden, wenn er als **mittelbarer Täter** gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB durch Täuschung oder durch sonstige Einflussnahme die von dem anderen irrtümlich gemachten Angaben bewirkt.[241] **131**

3. Machen falscher Angaben oder Verschweigen erheblicher Umstände in der öffentlichen Ankündigung. Nach § 399 Abs. 1 Nr. 3 muss der Täter in einer öffentlichen Ankündigung von Aktien falsche Angaben machen oder erhebliche Umstände verschweigen. Damit verwendet auch dieser Tatbestand hinsichtlich der Tathandlung die gleichen Merkmale, die sich in den anderen Tatbeständen des § 399 Abs. 1 finden (vgl. hierzu ausführlich die Erläuterungen bei dem Gründungsschwindel nach § 399 Abs. 1 Nr. 1; → Rn. 55 ff.). **132**

Diese falschen oder unvollständigen Angaben müssen in einer **öffentlichen Ankündigung** gem. § 47 Abs. 3 gemacht werden. Eine öffentliche Ankündigung ist jede (schriftliche oder mündliche) Mitteilung, die sich an einen nicht enger begrenzten Personenkreis wendet und in der das Angebot zum Erwerb der von den Gründern übernommenen Aktien enthalten ist (→ § 47 Rn. 25).[242] **133**

Der Begriff der öffentlichen Ankündigung erfasst auch **Mitteilungen,** die sich an einen bestimmten und begrenzten Teil der Öffentlichkeit richten, wie zB an den Kundenkreis einer Bank oder eines Anlageberaters, wenn es sich bei ihnen nicht nur um einzelne Personen, sondern um eine größere Gruppe von Personen handelt.[243] Sie müssen aber nach außen gerichtet sein; interne Mitteilungen der Gesellschaft, die für Außenstehende nur zugänglich, nicht aber bestimmt sind (wie etwa Rundschreiben an die Arbeitnehmer der Gesellschaft), gehören nicht dazu. Ferner auch keine Mitteilungen, die sich an einzelne außenstehende Personen richten. Ein besonderes Werben oder Anpreisen, das über die bloße Ankündigung hinausgeht, braucht die Mitteilung nicht zu enthalten.[244] **134**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Unter den Begriff der öffentlichen Ankündigung fallen Veröffentlichungen in Zeitungen, Zeitschriften oder anderen Druckschriften, wie Prospekte oder Postwurfsendungen, der Aushang in den Schalterräumen, in Büros oder Schaufenstern von Banken, Sparkassen, anderen Kreditinstituten oder Anlageberatern, aber auch der Börsenzulassungsprospekt oder ein Unternehmensbericht.[245] Ferner gehören dazu mündliche Mitteilungen in Rundfunk, Fernsehen oder in öffentlichen Vorträgen bei entsprechenden Veranstaltungen sowie in Informationsportalen im Internet.[246] **135**

Gegenstand der Ankündigungen müssen die Aktien der Gesellschaft sein, die bei ihrer Gründung geschaffen (§ 23 Abs. 2, § 24) und Dritten **erstmalig angeboten** werden.[247] Die im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum zu § 47 Nr. 3 teilweise für möglich gehaltene entsprechende Anwendung auf junge Aktien bei einer Kapitalerhöhung sowie auf Wandelschuldverschreibungen[248] (→ § 47 Rn. 33 ff.) ist wegen des im Strafrecht geltenden Analogieverbots gem. Art. 103 Abs. 2 GG nicht möglich.[249] **136**

Aus der Verweisung auf die Ausführungsschrift des § 47 Nr. 3 (mit der weiteren Verweisung auf § 46 Abs. 1) ergibt sich ferner, dass der objektive Tatbestand des § 46 Abs. 1 oder 2 verwirklicht sein muss. Daher erfüllen nur solche falschen oder unvollständigen Angaben den Tatbestand des § 399 Abs. 1 Nr. 3, die entweder in der Ankündigung die Angaben **137**

[241] Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 137; BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 232.
[242] BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 239.
[243] Vgl. auch Großkomm AktG/*Otto* Rn. 148; BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 239.
[244] Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 128.
[245] *Schröder,* Aktienhandel und Strafrecht, 1994, 42.
[246] BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 239.
[247] Ebenso BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 240.
[248] Vgl. Hüffer/Koch/*Koch* § 47 Rn. 12 mwN.
[249] So auch Achenbach/Ransiek/Rönnau/*Ransiek* WiR-HdB 8. Teil 1. Kap. Rn. 11; BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 240; Bürgers/Körber/*Pelz* Rn. 16.

wiederholen, die zum Zweck der Gründung der Gesellschaft gemacht worden sind (§ 46 Abs. 1), oder die sich auf Einlagen (Bar- und Sacheinlagen) und auf Sachübernahmen beziehen, die von den Gründern eingebracht worden sind[250] (→ § 46 Rn. 23, 42) und die zu einer Schädigung der Gesellschaft geführt haben.[251] Nach aA soll der Tatbestand erweiternd dahin ausgelegt werden, dass auch solche Falschangaben erfasst werden, die zwar nicht für die Eintragungsfähigkeit, aber für die Beurteilung der Lage der Gesellschaft und des Wertes ihrer Anteile erheblich sind.[252] Das ist nur insoweit anzunehmen, als es sich um Angaben handelt, die zum Zweck der Eintragung gemacht worden sind und die geeignet sind, die Eintragung zu bewirken (→ Rn. 63 ff.). Auf darüberhinausgehende Angaben kann der Tatbestand wegen des im Strafrecht geltenden Analogieverbots (Art. 103 Abs. 2 GG) nicht erstreckt werden.

138 **4. Einführungszweck.** Zweck der öffentlichen Ankündigung muss die **Markteinführung** der Aktien sein. Falsche oder unvollständige Angaben, die im Zusammenhang mit bereits eingeführten Aktien, zB über ihre Bewertungsumstände im Börsenhandel gemacht werden, fallen deshalb nicht unter diesen Tatbestand. Insoweit kann sich eine Strafbarkeit jedoch nach § 264a StGB ergeben.

139 Erforderlich ist, dass die Ankündigung **objektiv geeignet** ist, diesen Zweck zu erreichen,[253] und dass der Täter subjektiv die Absicht hat, die Aktien in den Verkehr einzuführen. Nur die Eignung der Ankündigung zu diesem Zweck gehört zum objektiven Tatbestand. Wegen der inneren Tatseite vgl. die nachstehenden Ausführungen (→ Rn. 143 ff.).

140 **In den Verkehr** einführen heißt, Gelegenheit zum Erwerb der Aktien geben.[254] Unter Verkehr ist hier nicht nur der Börsenhandel (vgl. §§ 36, 71, 78 BörsG), sondern die Eröffnung der Möglichkeit zum Erwerb der Aktien schlechthin zu verstehen,[255] gleichgültig, ob sie an einer (inländischen oder ausländischen Börse) zum Börsenhandel zugelassen sind. Zu der Einführung der Aktien in den Verkehr selbst braucht es nicht gekommen zu sein. Die Verkehrseinführung ist nur der mit der öffentlichen Ankündigung angestrebte Erfolg.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

141 **5. Zeitliche Grenzen.** Strafbar ist der Schwindel bei der öffentlichen Ankündigung der Aktien nur, wenn die falschen oder unvollständigen Angaben in der öffentlichen Ankündigung **vor der Eintragung** der Aktiengesellschaft in das Handelsregister oder in den ersten zwei Jahren **nach der Eintragung** gemacht werden.

142 Im Schrifttum ist umstritten, ob es sich bei dieser zeitlichen Begrenzung der Strafbarkeit um eine **objektive Bedingung der Strafbarkeit**[256] handelt, auf die sich der Vorsatz nicht zu erstrecken braucht, oder um ein objektives Tatbestandsmerkmal, das vom Vorsatz umfasst sein muss. Überwiegend und zu Recht wird angenommen, dass es sich insoweit um einen wesentlichen Umstand des Tatunrechts handele, auf das sich der (bedingte) Vorsatz erstrecken muss.[257]

143 **6. Subjektiver Tatbestand.** § 399 Abs. 1 Nr. 3 erfordert ein **(bedingt) vorsätzliches Handeln.**

144 **Bedingter Vorsatz** liegt dann vor, wenn der Täter die Möglichkeit der Verwirklichung des Tatbestandes kennt und diese billigend in Kauf nimmt. Von der Kenntnis des Täters muss erfasst sein, dass sich sein Handeln auf die im Rahmen des § 47 Nr. 3 genannten

---

[250] Vgl. auch Großkomm AktG/*Otto* Rn. 145; Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 129.
[251] Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 129.
[252] BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 240.
[253] Großkomm AktG/*Otto* Rn. 147; Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 132.
[254] Vgl. Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 132; MüKoStGB/*Weiß* Rn. 86.
[255] *Schröder,* Aktienhandel und Strafrecht, 1994, 42.
[256] Zur Problematik der Rechtsfigur der objektiven Bedingung der Strafbarkeit vgl. Schönke/Schröder/*Lenckner* StGB Vor § 13 Rn. 124 ff.
[257] Großkomm AktG/*Otto* Rn. 144; Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 131; Graf/Jäger/Wittig/*Temming* Rn. 32; Bürgers/Körber/*Pelz* Rn. 18; *Schröder,* Aktienhandel und Strafrecht, 1994, 42; aA noch → 4. Aufl. 2017, Rn. 143 *(Schaal).*

Vorgänge bezieht; hierzu ist auch die Kenntnis bzgl. der in § 47 Nr. 3 aufgeführten Frist zu zählen.[258]

Ferner muss der Täter die **Absicht** haben, mit den falschen oder unvollständigen Angaben in der öffentlichen Ankündigung die Aktien in den Verkehr einzuführen.[259] Die Einführung der Aktien ist der Erfolg, den der Täter erreichen will. Diesen Erfolg strebt der Täter auch an, wenn er dessen Eintritt nur für möglich hält (vgl. → Rn. 101). **145**

7. Irrtum. Bei einem Irrtum sind die §§ 16, 17 StGB anzuwenden. Insofern wird auf die Erläuterungen in → Rn. 102 ff. verwiesen, die hier sinngemäß herangezogen werden können. **146**

8. Tätige Reue. Erfolgt die öffentliche Ankündigung in einem Prospekt, so wird **§ 264a StGB** verwirklicht. § 264a Abs. 3 bestimmt, dass unter anderem derjenige nicht bestraft wird, der freiwillig verhindert, dass auf Grund der Tat die durch den Erwerb oder die Erhöhung bedingte Leistung erbracht wird (tätige Reue). In der Lit.[260] wird eine Erstreckung des § 264a Abs. 3 StGB auf den Fall des § 399 Abs. 1 Nr. 3 erwogen, weil der in beiden Vorschriften geregelte Sachverhalt in wesentlichen Punkten vergleichbar ist. **147**

Der Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue ist nicht auf § 399 Abs. 1 Nr. 3 auszudehnen. Einer solchen analogen Anwendung stünde entgegen, dass durch § 399 Abs. 1 Nr. 3 ein bestimmter Täterkreis erfasst wird, der im Regelfall besonderes Vertrauen genießt. Dieser Unterschied kann vom Gesetzgeber als bedeutsam angesehen werden.[261] **148**

V. Kapitalerhöhungsschwindel (Abs. 1 Nr. 4)

1. Allgemeines. Der Kapitalerhöhungsschwindel beschreibt, ebenso wie die übrigen Tatbestände des § 399, als **Blankettnorm** die mit Strafe bedrohte Handlung nicht abschließend, sondern verweist für die Einzelnen in Betracht kommenden Tatformen auf bestimmte Ausfüllungsvorschriften des AktG. Der Gesamttatbestand ergibt sich daher erst aus einer Gesamtschau des § 399 Abs. 1 Nr. 4 und der einzelnen Ausfüllungsvorschriften (vgl. → Rn. 9). **149**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

In der Sache ähneln die einzelnen Tathandlungen des Kapitalerhöhungsschwindels dem Gründungsschwindel nach § 399 Abs. 1 Nr. 1. Er erfasst ähnliche Verhaltensweisen, die sich nur dadurch unterscheiden, dass es hier nicht um die Gründung der Gesellschaft, sondern um die Erhöhung ihres Grundkapitals geht.[262] Die **Tathandlung** knüpft dabei an alle drei Formen der Kapitalerhöhung an. Es geht um die Kapitalerhöhung gegen Einlagen (§§ 182–191), um die bedingte Kapitalerhöhung (§§ 192–201) und um die Kapitalerhöhung mit genehmigtem Kapital (§§ 202–206), die teilweise unterschiedliche Voraussetzungen für die Anmeldung aufstellen. Falschangaben bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§§ 207–220) wird gesondert in dem Tatbestand des § 399 Abs. 2 erfasst (vgl. → Rn. 225 ff.).[263] **150**

Auch bei dem Kapitalerhöhungsschwindel sind die Tathandlungen dadurch beschränkt, dass die falschen oder unvollständigen Angaben **zum Zweck der Eintragung** in das Handelsregister gemacht werden müssen. **151**

Geschütztes Rechtsgut ist bei diesem Tatbestand ebenfalls das Vertrauen der Allgemeinheit in Gestalt der Gesellschaftsgläubiger und der sonst interessierten Öffentlichkeit in die Wahrhaftigkeit der Handelsregistereintragungen und deren Grundlagen sowie individuelle Vermögensinteressen (vgl. → Rn. 4).[264] Der Kapitalerhöhungsschwindel ist **Schutzgesetz** iSd § 823 Abs. 2 BGB, wenn der geschützte Personenkreis im Vertrauen **152**

[258] BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 328.
[259] BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 330.
[260] *Schröder,* Aktienhandel und Strafrecht, 1994, 43 ff.
[261] Großkomm AktG/*Otto* Rn. 161.
[262] Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 139; BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 243.
[263] Vgl. BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 243.
[264] Vgl. Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 11.

auf die Richtigkeit der zum Handelsregister gemachten Angaben einen Schaden erlitten hat (→ Rn. 5).[265] Geschützt werden insbesondere Personen, die im Vertrauen auf die Richtigkeit der zum Handelsregister gemachten Angaben aus einer Kapitalerhöhung hervorgegangene neue Aktien erwerben.[266]

153 Die Vorschrift ist ein **abstraktes Gefährdungsdelikt** (→ Rn. 7).[267]

154 **2. Täterkreis und Beteiligung.** Täter des Kapitalerhöhungsschwindels können nach dem Gesetzeswortlaut nur die Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrats sein. Es handelt sich bei diesem Tatbestand deshalb um ein **echtes Sonderdelikt** (zu den sich hieraus ergebenden Folgen für die Beteiligung → Rn. 34 ff.).[268]

155 **Mitglied des Vorstands** ist jeder, der durch den Aufsichtsrat oder in dringenden Fällen durch das Gericht dazu bestellt worden ist (vgl. näher → Rn. 19 ff.). Die Anmeldung der Ausgabe von Bezugsaktien bei einer bedingten Kapitalerhöhung obliegt nach § 201 Abs. 1 allein dem Vorstand.[269] Die Mitglieder des Aufsichtsrats können aber unter Umständen Mittäter oder mittelbare Täter sein.

156 **Mitglied des Aufsichtsrats** ist, wer von den Gründern der Gesellschaft oder dem Gericht dazu bestellt, von der Hauptversammlung gewählt oder nach § 101 Abs. 2 entsandt worden ist (vgl. näher → Rn. 27 ff.). Nach der eindeutigen Regelung des § 399 Abs. 1 Nr. 4 können alle Mitglieder des Aufsichtsrats Täter sein. Diese Bestimmung der Tätereigenschaft durch das Gesetz kann nicht unter Hinweis auf andere Vorschriften des AktG berichtigend ausgelegt werden.[270]

157 Von den Aufsichtsratsmitgliedern kommen aber praktisch nur der **Vorsitzende** oder sein **Stellvertreter** als unmittelbare Täter in Betracht, weil nur diese Personen bei der Anmeldung der Kapitalerhöhung durch Einlagen (§ 184 Abs. 1), der bedingten Kapitalerhöhung (§ 195 Abs. 1), der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung durch Einlagen (§ 188 Abs. 1) oder der Anmeldung der Kapitalerhöhung mittels genehmigten Kapitals (§ 203 Abs. 1 iVm § 188 Abs. 1) mitzuwirken haben. Der stellvertretende Vorsitzende nach § 107 Abs. 1 S. 3 nur, wenn er den Vorsitzenden vertritt, weil dieser verhindert ist. Diese Zuständigkeitsregelung schließt allerdings nach zutreffender Ansicht nicht aus, dass **andere Mitglieder** des Aufsichtsrats Mittäter oder mittelbare Täter sein können, wenn sie die eigentlichen Urheber der falschen oder unvollständigen Angaben sind oder durch Täuschung oder andere Einflussnahme den gutgläubigen Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu diesen Angaben veranlasst haben.[271]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

158 Der **Abwickler** kann dagegen kein Täter sein, obwohl auch er theoretisch eine Kapitalerhöhung bewirken könnte.[272]

159 **Anstiftung (§ 26 StGB) oder Beihilfe (§ 27 StGB)** kann von jedermann begangen werden. Wer eine Bestätigung über eine Zahlungsgutschrift ausstellt und dem Vorstandsvorsitzenden der Aktiengesellschaft aushändigt und es ihm auf diese Weise ermöglicht, von der Bestätigung Gebrauch zu machen und bei dem Handelsregister zu erwirken, dass die Durchführung der Kapitalerhöhung eingetragen wird, kann deshalb wegen Beihilfe gem. § 27 StGB strafbar sein.[273] Ebenso derjenige, der eine falsche Bankbestätigung nach § 188

---

[265] BGHZ 105, 121 (124) = NJW 1988, 2794 (2795); Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 12; K. Schmidt/Lutter/*Oetker* Rn. 15.

[266] BGH NZG 2005, 976 (977); OLG Hamm BeckRS 2015, 0257 Rn. 224.

[267] BGH NStZ 2016, 205; Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 13.

[268] Großkomm AktG/*Otto* Rn. 163.

[269] Ebenso *Baumbach/Hueck* Rn. 17; vgl. BGH GA 1977, 340.

[270] Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 140; Graf/Jäger/Wittig/*Temming* Rn. 34; aA Großkomm AktG/*Otto* Rn. 165.

[271] BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 244; wohl auch Graf/Jäger/Wittig/*Temming* Rn. 34; Achenbach/Ransiek/Rönnau/*Ransiek* WiR-HdB 8. Teil 3. Kap. Rn. 65 aus Garantenstellung; abl. MüKoStGB/*Kiethe* Rn. 96.

[272] *Meyer* GA 1966, 109 (110); Großkomm AktG/*Otto* Rn. 163; Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 139; BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 245.

[273] BGHZ 105, 121 (133 f.) = NJW 1988, 2794 (2797).

Abs. 2, § 37 Abs. 1 ausstellt, wonach der auf eine Kapitalerhöhung eingezahlte Betrag sich endgültig in der freien Verfügung des Vorstands befinde.[274]

3. Machen falscher Angaben oder Verschweigen erheblicher Umstände. Die eigentliche Tathandlung besteht auch bei dem Kapitalerhöhungsschwindel darin, dass der Täter bei der Anmeldung der im Gesetz bezeichneten Kapitalerhöhungen falsche Angaben macht oder erhebliche Umstände verschweigt. Auf die entsprechenden Erläuterungen bei dem Gründungsschwindel nach § 399 Abs. 1 Nr. 1 kann verwiesen werden (→ Rn. 55 ff.). **160**

Die **Einbringung des Kapitals** steht sinngemäß dem Begriff der Einzahlung auf Aktien gleich (vgl. → Rn. 71 ff.). In beiden Fällen sollen die Angaben bei der Anmeldung erkennen lassen, ob und in welcher Höhe der Vorstand der Aktiengesellschaft über das Kapital frei verfügen kann.[275] Zu beachten ist aber, dass nach neuer Rspr. die Aktiengesellschaft über den Einlagebetrag verfügen darf. Die Versicherung hat nur noch dahin zu lauten, dass der Betrag der Einzahlung zur freien Verfügung der Geschäftsleitung für die Zwecke der Aktiengesellschaft eingezahlt und auch in der Folge nicht an den Einleger zurückgezahlt worden ist.[276] Beispielsweise steht das eingebrachte neue Kapital nicht zur freien Verfügung des Vorstandes, wenn der eingeforderte Betrag für die neuen Aktien auf ein Bankkonto eingezahlt wird und die Ansprüche aus diesem Konto an einen Dritten zur Sicherung einer Darlehensforderung verpfändet worden sind,[277] ferner auch nicht, wenn bei Einzahlung einer Bareinlage vereinbart wird, dass mit ihr ein Vorfinanzierungskredit zurückgezahlt wird[278] oder bei wirtschaftlicher Betrachtung die Begleichung einer (Managementfee-)Forderung erfolgen soll[279] und damit in Wahrheit eine Sacheinlage vorliegt, wenn der Tilgungsbetrag mit dem Einzahlungsbetrag verrechnet wird[280] oder wenn die Gesellschaft eine Darlehensforderung zunächst tilgt und der Darlehensgläubiger und Aktionär alsdann seiner Bareinlagepflicht genügt.[281] Ebenso wird die Verpflichtung zur Einbringung des Kapitals nicht dadurch erfüllt, dass Mittel der Gesellschaft zur Zahlung verwendet werden, die rechtsgrundlos als Gewinnausschüttung ausgezahlt worden sind.[282] Dagegen kann Geld, auch falls es durch eine Straftat erlangt worden ist, wie zB betrügerisch eingeworbenes Kapital, tatsächlich zur freien Verfügung stehen.[283] **161**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die **Zeichnung des neuen Kapitals** ist die Verpflichtung zur Übernahme der neuen Aktien. Wie sie zu erfolgen hat, bestimmt § 185. Sie ist mit dem Merkmal der Übernahme der Aktien (→ Rn. 68 ff.) zu vergleichen.[284] Der Kapitalerhöhungsschwindel erfasst alle Umstände, die bei der Anmeldung dieses Vorgangs angegeben werden müssen. Unter diese Tathandlung fallen deshalb auch falsche Angaben über Einzahlungen, die im Zusammenhang mit der Zeichnung des neuen Kapitals gemacht worden sind. Überschneidungen mit falschen oder unvollständigen Angaben über die Einbringung des neuen Kapitals können dabei vorkommen. Sie sind nach den allgemeinen Grundsätzen der Konkurrenzlehre zu lösen (vgl. → Rn. 245 ff.). **162**

Die Merkmale **Ausgabebetrag der Aktien** und **Sacheinlagen** sind mit den gleich lautenden Begriffen des Gründungsschwindels identisch (vgl. → Rn. 85 ff., → Rn. 92 ff.). **163**

4. Gegenstand der falschen Angaben. Die falschen oder unvollständigen Angaben müssen sich auf bestimmte Vorgänge beziehen, die bei der Erhöhung des Grundkapitals **164**

[274] BGH NJW 2005, 3721 (3724); *Döser* NJW 2006, 881; Bürgers/Körber/*Pelz* Rn. 2.
[275] Vgl. auch BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 251.
[276] BGHZ 150, 197 (201) = NJW 2002, 1716 (1718); BGH NZG 2005, 976 (977); vgl. zum Begriff der freien Verfügbarkeit → Rn. 74 ff., → Rn. 81 ff.; zust. BeckOGK/*Hefendehl* Rn. 256; *Kamanabrou* NZG 2002, 702 (705 f.); Roth/Altmeppen/*Roth* GmbHG § 57 Rn. 7.
[277] BGH GA 1977, 340 (341).
[278] BGHZ 96, 231 (242) = NJW 1986, 837 (840).
[279] OLG Hamm BeckRS 2015, 0257 Rn. 207, 225 ff.
[280] BGHZ 110, 47 (63) = NJW 1990, 982 (985 f.).
[281] BGHZ 118, 83 (93) = NJW 1992, 2222 (2224).
[282] Vgl. OLG Stuttgart ZIP 2004, 909; Graf/Jäger/Wittig/*Temming* Rn. 38.
[283] BGH BeckRS 2004, 1099.
[284] Vgl. *Meyer* AG 1966, 109 (110).

besondere Bedeutung besitzen. Bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen nach §§ 182–191 und bei der Kapitalerhöhung mit genehmigtem Kapital nach §§ 202–206 handelt es sich dabei um folgende Vorgänge:

165 **a) Einbringen des bisherigen Kapitals.** Angaben über diesen Vorgang müssen nach den § 184 Abs. 2, § 203 Abs. 3 S. 4 gemacht werden. Dabei sind die Vorschriften der § 182 Abs. 4 und § 203 Abs. 3 S. 1–3 zu beachten.

166 **b) Zeichnung des neuen Kapitals.** Angaben über diesen Vorgang müssen nach den § 188 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, § 203 Abs. 1 gemacht werden. Dabei ist § 185 zu beachten. Die Angaben müssen ein Verzeichnis des Vorstandes enthalten, aus denen die Zeichner, die auf sie entfallenden Aktien sowie die von ihnen geleisteten Einzahlungen hervorgehen. Da § 188 Abs. 2 auch auf § 36 Abs. 2 verweist, müssen die Angaben auch Erklärungen darüber enthalten, ob die eingezahlten Beträge zur freien Verfügung (zu diesem Begriff vgl. → Rn. 74 ff., → Rn. 81 ff.) des Vorstandes stehen.[285]

167 **c) Einbringung des neuen Kapitals.** Angaben über diesen Vorgang müssen nach den Vorschriften der § 188 Abs. 1, Abs. 2 und § 203 Abs. 1 gemacht werden. Über § 188 Abs. 2 gelten auch die Vorschriften der § 36 Abs. 2 und § 37 Abs. 1, dh in der Anmeldung muss auch die Erklärung enthalten sein, dass das neue Kapital zur freien Verfügung des Vorstandes steht.

168 **d) Ausgabebetrag der Aktien.** Nach den § 188 Abs. 1 und Abs. 2 sowie nach § 203 Abs. 1 muss die Anmeldung Angaben über diesen Vorgang enthalten. Dabei ist nach § 37 Abs. 1 auch der Betrag anzugeben, zu dem die Aktien ausgegeben worden sind, was eingezahlt worden ist und ob diese Beträge zur freien Verfügung des Vorstandes stehen.

169 **e) Sacheinlagen.** Schon bei der Anmeldung des Beschlusses über die Kapitalerhöhung gegen Einlagen sind Angaben über die Sacheinlagen zu machen. Ihnen ist der Bericht über die Prüfung der Sacheinlagen beizufügen (§ 184 Abs. 1 S. 2). Bei der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung müssen nach § 188 Abs. 3 Nr. 2, der auch für eine Kapitalerhöhung mit genehmigtem Kapital gilt (§ 203 Abs. 1), die entsprechenden Verträge beigefügt werden. Die Angaben müssen nach § 188 Abs. 2 auch die Erklärung enthalten, dass die Sacheinlagen vollständig geleistet worden sind (§ 36a Abs. 2, § 37 Abs. 1). Bei verdeckten Sacheinlagen gelten dieselben Grundsätze wie bei dem Gründungsschwindel nach § 399 Abs. 1 Nr. 1 (vgl. → Rn. 79).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

170 **f) Bedingte Kapitalerhöhung.** Hierbei bedarf es dagegen keiner Angaben über die Einbringung des bisherigen Kapitals und über die Zeichnung des neuen Kapitals. Erforderlich sind aber Angaben über die Sacheinlagen (§ 195 Abs. 1, § 194). Ihnen sind die entsprechenden Verträge und der Prüfungsbericht beizufügen (§ 195 Abs. 2 Nr. 1). Bei der Anmeldung der Ausgabe von Bezugsrechten sind Angaben über die Ausgabe der Aktien, über die Einbringung des neuen Kapitals und über den Ausgabebetrag der Aktien zu machen (§ 201).

171 **g) Bekanntmachung nach § 183a Abs. 2 S. 1 iVm § 37a Abs. 2.** Bei einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlage ordnet § 183 Abs. 3 S. 2 grundsätzlich eine Prüfung durch einen oder mehrere Prüfer an. Hiervon abweichend ermöglicht § 183a den Verzicht auf eine solche externe Prüfung, sofern die Voraussetzungen des § 33a Abs. 1 gegeben sind. Damit die Aktionäre ihr Recht zur Erzwingung einer Neubewertung der Sacheinlage (§ 183a Abs. 3) ggf. effektiv ausüben können, muss dann aber gem. § 183a Abs. 2 S. 1 der Vorstand das Datum des Beschlusses über die Kapitalerhöhung sowie die Angaben nach § 37a Abs. 1 und 2 in den Gesellschaftsblättern, und damit im elektronischen Bundesanzeiger (§ 25), bekannt machen. Zu den nach § 37a Abs. 2 erforderlichen Angaben → Rn. 97. Nach den Gesetzesmaterialien[286] gilt der Straftatbestand wegen der Verweisung in § 194 Abs. 5 auch

[285] Großkomm AktG/*Otto* Rn. 169.
[286] Begr. RegE, BT-Drs. 16/11642, 43.