

Gemäß § 124 Abs. 2 GWB bleiben § 19 MiLoG und § 21 AEntG, § 21 SchwarzArbG sowie § 98c des Aufenthaltsgesetzes ausdrücklich unberührt.

Mit der Definition des Unternehmensbegriffs in § 1 Abs. 4 WRegG-E werden künftig auch Unternehmer der freien Berufe erfasst, die in punkto Zuverlässigkeit nicht den Vorschriften der Gewerbeordnung unterliegen. Sie können damit ebenso von Ausschlussnormen betroffen werden.

Entscheidungskommentare

Kapitalmarktstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Tobias Eggers, Dortmund

Keine Strafbarkeitslücke bei Marktmanipulation und Insiderhandel

Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 16.01.2017 - 5 StR 532/16

Keine Woche nach Verkündung des „Ersten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte“ vom 30. Juni 2016 (nachfolgend: „1. FiMaNoG“)¹ ist im kapitalmarkt(straf)rechtlichen Schrifttum eine kontroverse Diskussion um die Frage ausgebrochen, ob aufgrund des zeitlichen Auseinanderfallens des Inkrafttretens des 1. FiMaNoG am 02.07.2016 und der Anwendbarkeit der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 (nachfolgend: „MAR“) am 3. Juli 2016 eine 24-stündige Ahndungslücke entstanden ist. Die wohl herrschende Auffassung bejaht dies.² Wegen des in § 2 Abs. 3 StGB geregelten Meistbegünstigungsprinzips (*lex mitior-Grundsatz*) seien ihr zufolge zudem sämtliche Verstöße gegen die §§ 38, 39 WpHG a.F., die vor dem 2. Juli 2016 begangen worden waren und über die bis zu diesem Tag nicht rechts- bzw. bestandskräftig entschieden worden sind, sanktionslos.

I. Die Entscheidung

Der 5. Strafsenat hat diese Auffassung innerhalb seines Beschlusses vom 10.01.2017 nunmehr ausdrücklich abgelehnt. Ihm zufolge sei es „durch die Neufassung von § 38 Abs. 3 Nr. 1, § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG zum 02. Juli 2016 (...) zu keiner Lücke in der Ahndbarkeit von Insiderhandel und Marktmanipulation gekommen.“ „Die Abweichung des Inkrafttretens der Änderungen des Wertpapierhandelsgesetzes (2. Juli 2016) vom Beginn der unmittelbaren Anwendbarkeit der maßgeblichen Bezugsnormen der Marktmissbrauchsverordnung in den Mitgliedsstaaten habe nicht zur Folge, dass die Verweisungen des Gesetzes auf die gemeinschaftlichen Vorschriften am 2. Juli 2016 ‚ins Leere‘ gegangen und Marktmanipulationen an diesem Tag nicht mit Strafe (...) bedroht gewesen wären. Die Bezugnahmen in § 38 Abs. 3 Nr. 1, § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG auf Art. 14 und 15 der Marktmissbrauchsverordnung führten vielmehr dazu, dass diese Vorschriften der Verordnung bereits vor ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit ab dem 2. Juli 2016 durch den Bundesgesetzgeber im Inland für (mit)anwendbar erklärt worden seien.“³ Der Umstand, dass die MAR als solche erst ab dem

¹ BGBl. I 1514.

² So etwa Gaede, wistra 2017, 41 ff.; Bülte/Müller, NZG 2017, 205 ff.; Lorenz/Zierden, HRRS 2016, 443 ff.; Rossi, ZIP 2016, 2437 ff.; Rothenfuß, Generalamnestie im Kapitalmarktrecht?, Börsen-Zeitung vom 07.07.2016, Ausgabe 128, S. 13; sodann ders./Jäger, NJW 2016, 2689 ff.; Szesny, BB 2017, 515 (516); für das Marktmanipulationsverbot auch Bergmann/Vogt, wistra 2016, 347 ff.; a.A. BaFin, Keine Strafbarkeitslücke im Kapitalmarktrecht, Meldung vom 08.07.2016, abrufbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2016/pm_160708_bz_keine_ahndungsluecke.html; RegB 2. Finanzmarktnovellierungsgesetz, BT-Drs. 18/10936, S. 218 f.; Klöhn/Büttner, ZIP 2016, 1801 ff.; auf der Grundlage einer „berichtigenden Auslegung“ auch Brand/Hotz, NZG 2017, 238, 239.

³ BGH, Beschl. v. 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16, Rn. 8.

03.07.2016 anwendbar ist, stehe dem ebenso wenig entgegen, wie der Wortlaut der neugefassten §§ 38 und 39 WpHG oder verfassungsrechtliche Erwägungen.⁴

II. Würdigung

Dieser Entscheidung ist nicht zuletzt in Anbetracht des in Art. 103 Abs. 2 GG geregelten Bestimmtheitsgebots ausdrücklich zu widersprechen.

1. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG

Zwar ist es rechtlich durchaus möglich, dass der deutsche Gesetzgeber europarechtliche Vorschriften, die für sich allein gesehen (noch) nicht anwendbar sind, im Wege eines (statischen!) Verweises in Bezug nimmt und dergestalt zum Bestandteil der geltenden nationalen Rechtsordnung macht.⁵ Einer gesonderten „Inkooperationsnorm“ bedarf es dann nicht.⁶ Die Verweise in § 39 WpHG auf die Vorgaben der MAR gehen folglich nicht „ins Leere“. In Bezug genommen wird jedoch nicht die MAR als solche, sondern nur der in den §§ 38, 39 WpHG konkret genannte Artikel.⁸ Dies bedeutet für den in § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG normierten Bußgeldtatbestand bzw. die in § 38 Abs. 1 Nr. 2 WpHG geregelte Strafvorschrift, dass zwar das in Art. 15 MAR normierte Verbot der Marktmanipulation bereits am 02.07.2016 innerhalb Deutschlands galt, die in Art. 12 MAR geregelte Definition jedoch noch nicht anwendbar war, da es hinsichtlich dieser Vorschrift ebenso wie bezüglich der flankierenden Regelungen in Art. 7-11 MAR an einer konkreten Inbezugnahme fehlte. Ein bloß mittelbarer Verweis, bspw. über Art. 15 MAR, genügt insoweit nicht.

Vor diesem Hintergrund mangelte es dem Bußgeldtatbestand des § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG ebenso wie der Strafvorschrift des § 38 Abs. 1 Nr. 2 WpHG am 02.07.2016 an der nach Art. 103 Abs. 2 GG erforderlichen Bestimmtheit. Denn ohne jegliche weitergehende Konkretisierung ist der in Art. 15 MAR verwendete Begriff der „Marktmanipulation“ nicht geeignet, ein erlaubtes Marktverhalten – für den Normadressaten vorhersehbar – von einer straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlich relevanten Praxis abzugrenzen.⁹

2. Fehlende Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands von §§ 38, 39 WpHG

Selbst wenn man dies für den Bereich der Insiderdelikte anders sehen wollte¹⁰, bestand am 02.07.2016 auch aus einem anderen Grund eine Ahndungslücke: Neben der Zuwiderhandlung gegen das in Art. 14 MAR bzw. 15 MAR geregelte Verbot setzt das nationale Recht sowohl in § 38 Abs. 3 WpHG als auch in § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG nämlich voraus, dass der Täter durch sein Verhalten gerade „gegen die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) (...) verstößt“. Anders als der 5. Strafsenat meint¹¹, handelt es sich bei dieser Formulierung keinesfalls nur um die rechtlich betrachtet irrelevante Folge einer bestimmten Gesetzgebungstechnik, sondern um ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal, das ebenfalls erfüllt sein muss.¹² Dies war jedoch am 02.07.2016 schon theoretisch unmöglich, da die MAR an diesem Tag nicht anwendbar war und gegen (noch) nicht anwendbares bzw. geltendes Recht nicht verstoßen werden kann.¹³

3. Das Gesetzgebungsverfahren

Auch wenn der Regierungsentwurf eines „Zweiten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte“ (nachfolgend: „2. FiMaNoG“) vom

⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16, Rn. 10 ff.

⁵ Bergmann/Vogt, wistra 2016, 347, 349.

⁶ So aber Rothenfuß/Jäger, NJW 2016, 2689, 2691.

⁷ So auch BGH Beschl. v. 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16 Rn.

⁸ Bergmann/Vogt, wistra 2016, 347, 349.

⁹ Bergmann/Vogt, wistra 2016, 347, 349.

¹⁰ So Bergmann/Vogt, wistra 2016, 347, 349 mit der wenig überzeugenden Begründung, dass der Normadressat anders als im Falle der Marktmanipulation allein schon aus dem Begriff des „Insidergeschäft“ das „erlaubte vom verbotenen und unter Strafe gestellten Verhalten hinreichend deutlich“ abgrenzen könne.

¹¹ BGH, Beschl. v. 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16, Rn. 11.

¹² Vgl. Bülte/Müller, NZG 2017, 205, 208 f.

¹³ Vgl. Bülte/Müller, NZG 2017, 205, 208 f.

23.01.2017 nun Gegenteiliges verlauten lässt¹⁴, entspricht die Annahme der Existenz einer temporären Ahnungslücke am 02.07.2016 letzten Endes auch dem Willen des Gesetzgebers, wie er innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens zum 1. FiMaNoG zum Ausdruck gekommen ist.¹⁵ Weder in dem finalen Gesetzesbeschluss noch in den vorgelagerten Gesetzesentwürfen findet sich ein ausdrücklicher oder angedeuteter Verweis darauf, dass der Gesetzgeber den einschlägigen Vorschriften der MAR geschweige denn der MAR als Ganzes bereits einen Tag vor deren europarechtlich festgelegter Anwendbarkeit auf nationaler Ebene Geltung verleihen wollte.¹⁶ Den Gesetzesmaterialien lässt sich in ihrer Zusammenschau vielmehr entnehmen, dass die Anordnung des 02.07.2016 als Datum für das Inkrafttreten des 1. FiMaNoG lediglich auf einem Versehen beruhte. So sah der ursprüngliche Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften aufgrund europäischer Rechtsakte“ vom 16.10.2015 hierfür noch den 03.07.2016 vor. Erst innerhalb des Regierungsentwurf eines „Ersten¹⁷ Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften aufgrund europäischer Rechtsakte“ vom 01.06.2016 wurde festgelegt, dass „die Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 2014/57/EU und der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 (...) zum 2. Juli 2016“ in Kraft treten“. Ganz offensichtlich ging man dabei irrtümlicherweise davon aus, dass es sich hierbei um den „in diesen Rechtsakten bestimmten Anwendungszeitpunkt“ handelt.¹⁸

4. Die Regelung des § 51 WpHG-E

Neben den aufgezeigten „Begründungsschwächen“ ist auch der Zeitpunkt der Entscheidung des 5. Strafsenats bemerkenswert. Am Tag seiner Beschlussfassung – dem 10.01.2017 – existierte bereits seit rund 3 Wochen der Regierungsentwurf eines 2. FiMaNoG. Anders als noch der vorangegangene Referentenentwurf vom 29. September 2016 sieht die Gesetzesinitiative der Bundesregierung zumindest seit dem 19.12.2016 mit § 51 WpHG-E („Übergangsvorschriften für Verstöße gegen §§ 38, 39“) eine Lösung der im Schrifttum kontrovers diskutierten Problematik einer temporären Ahnungslücke vor.¹⁹ § 51 WpHG-E ordnet an, dass Straftaten nach § 38 WpHG sowie Ordnungswidrigkeiten nach § 39 WpHG in der bis zum Ablauf des 1. Juli 2016 geltenden Fassung abweichend von § 2 Abs. 3 StGB bzw. § 4 Abs. 3 OWiG nach den zum Zeitpunkt der Tat geltenden Bestimmungen geahndet werden bzw. geahndet werden können.²⁰ Nach Auffassung der Bundesregierung solle dergestalt die Unsicherheit beseitigt werden, die durch das vorgezogene Inkrafttreten des 1. FiMaNoG entstanden ist. Ziel sei es, durch die ausdrückliche Erklärung der Anwendbarkeit des Tatzeitrechts „für Straftaten nach § 38 WpHG und Ordnungswidrigkeiten nach § 39 WpHG, die unter Geltung der §§ 38, 39 WpHG in der bis zum Ablauf des 1.7.2016 geltenden Fassung begangen wurden“ Rechtssicherheit herzustellen.²¹

Vor diesem Hintergrund hätte sich der 5. Strafsenat durch bloßes Zuwarten erheblichen Begründungsaufwand sowie die (berechtigte) Kritik des Schrifttums an seiner Entscheidung²² ersparen können. Denn selbst wenn in Folge der zeitlichen Diskrepanz zwischen Inkrafttreten des 1. FiMaNoG am 2. Juli 2016 und Anwendbarkeit der MAR am 3. Juli 2016 eine Ahnungslücke bestanden hätte, wäre die verfahrensgegenständliche Verurteilung durch das LG Hamburg ab Inkrafttreten von § 51 WpHG-E möglicherweise rechtmäßig geworden, hält man eine punktuelle Außerkraftsetzung des *lex mitior*-Grundsatzes für vereinbar mit höherem Recht.²³ Nimmt man das nicht an, müsste im Einzelfall gut begründet sein, dass ein schutzwürdiges Vertrauen in eine solche Art von Gesetzeslücke geschaffen wurde und dass eine Verletzung dieses Vertrauens durch rückwirkende Außerkraftsetzung des Meistbegünstigungsprinzips in einem solchen Fall dessen Wesensgehalt berühren.

¹⁴ BT-Drucks. 18/10936, S. 218 (Vorabfassung), wonach die die Straf- und Bußgeldtatbestände der §§ 38, 39 WpHG „einen Tag vor Geltung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 in Kraft gesetzt (wurden), damit die entsprechenden Bußgeldvorschriften die Voraussetzungen der Bestandschutzregelung in Art. 30 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 erfüllen. Dem entsprechend äußerte sich bereits die BaFin in ihrer Pressemitteilung vom 08.07.2016.

¹⁵ Vgl. Brand/Hotz; NZG 2017, 236, 239; Szesny, BB 2017, 515 (516).

¹⁶ Anders BGH, Beschl. v. 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16, Rn. 10; PM BaFin vom 8. Juli 2016; Klöhn/Büttner, ZIP 2016, 1801, 1804

¹⁷ Hervorhebung durch den Verfasser.

¹⁸ So u.a. auch Lorenz/Zierden, HRRS 2016, 443, 444; Brand/Hotz, NZG 2017, 236, 239;

¹⁹ BT-Drucks. 18/10936, S. 218 f. (Vorabfassung).

²⁰ BT-Drucks. 18/10936, S. 10 (Vorabfassung).

²¹ BT-Drucks. 18/10936, S. 219 (Vorabfassung).

²² Vgl. nur Brand/Hotz, NZG 2017, 238, 238 f.; Bülte/Müller, NZG 2017, 205, 210 f.; Szesny, BB 2017, 515 (517).

²³ Ablehnend: Rossi, ZIP 2016, 2437, 2446 f.; Gaede, wistra 2017, 41, 48 f.

III. Zusammenfassung und Ausblick

Wenn schon nicht mit der Entscheidung des 5. Strafsenats vom 10.01.2017, hätte sich die Kontroverse um eine „Generalamnestie im Kapitalmarktrecht“ aufgrund des zeitlichen Versatzes zwischen dem 1. FiMaNoG und der MAR wohl spätestens mit Inkrafttreten von § 51 WpHG-E²⁴ nur kleinere Wellen geschlagen.

Nichtsdestotrotz wäre die Annahme verfehlt, dass die europäisch veranlasste Reform des Marktmissbrauchsrechts überhaupt keine Lücken gegenüber der früheren deutschen Rechtslage geschaffen hat. Insoweit bleibt auf Seiten der Literatur bislang weitestgehend unbeachtet und wurde auch vom 5. Strafsenat des BGH in seinem Verwerfungsbeschluss nicht thematisiert, dass Marktmanipulationen nach geltendem Recht überhaupt nicht mehr durch ein bloßes Unterlassen begangen werden können.²⁵ Dem steht nämlich die Regelung des Marktmanipulationsverbots in Art. 15, 12 MAR entgegen. Allen voran deren Wortlaut führt nach zutreffender Ansicht nicht nur dazu, dass § 38 Abs. 1 WpHG im Gegensatz zu § 38 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. §§ 39 Abs. 2 Nr. 11, 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 WpHG a.F. kein echtes Unterlassungsdelikt mehr regelt. Er hat zudem zur Folge, dass die Begründung einer Unterlassenstrafbarkeit unter Rückgriff auf die allgemeine Regelung des § 13 Abs. 1 StGB, jedenfalls wegen fehlender Modalitätenäquivalenz ausscheidet.

Aufgrund des in § 2 Abs. 3 StGB, Art. 49 Abs. 3 Satz 3 GRC und Art. 7 EMRK normierten Meistbegünstigungsprinzips entfaltet dieser Umstand nicht nur Wirkung für die Zeit nach Inkrafttreten des 1. FiMaNoG. Die seit dem 02.07.2016 bestehende Ahndungslücke im Bereich des Unterlassens hat infolge dessen auch die Straflosigkeit sämtlicher bislang nicht rechtskräftig abgeurteilter Verstöße gegen § 38 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. §§ 39 Abs. 2 Nr. 11, 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 WpHG a.F. zur Folge. Anders als im Falle der lediglich temporär bestehenden und nur aufgrund eines gesetzgeberischen Versehens eingetretenen Ahndungslücke kann diese Konsequenz auch durch einen nachträglichen Eingriff des nationalen Gesetzgebers nicht vermieden werden. Da der europäische Gesetzgeber die pflichtwidrige Nichtoffenlegung kapitalmarktrelevanter Informationen dauerhaft aus dem Anwendungsbereich des Marktmanipulationsverbots ausgeklammert hat, würde eine Aufhebung des Meistbegünstigungsprinzips zumindest in diesem Fall zwangsläufig an den Grenzen von Art. 49 Abs. 1 Satz 3 und Art. 52 GRC scheitern.

²⁴ Gemäß dessen Art. 26 Abs. 1 wäre dies am Tag nach der Verkündung des 2. FiMaNoG der Fall.

²⁵ Ausführlich hierzu *Sajnovits/Wagner*, Marktmanipulation durch Unterlassen? - Untersuchung der Rechtslage unter MAR und FiMaNoG sowie der Konsequenz für Alt-Taten -, WM 2017 (erscheint demnächst).

Eigentums- und Vermögensstrafrecht

Rechtsanwältin Dr. Sabine Ottow, Hamburg

Ein jeder Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, der zugleich eine Hauptpflichtverletzung darstellt, soll den Tatbestand der Untreue begründen

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15¹

Sind die in § 93 Abs. 1 AktG normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und ist damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die

¹ NJW 2017, 578 = NZG 2017, 116.