



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 142/15

vom

25. Februar 2016

Nachschlagewerk: ja

BGHSt: nein

Veröffentlichung: ja

WpHG § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 38 Abs. 2 Nr. 1

StPO § 261

Das Tatbestandsmerkmal "sonstige Täuschungshandlungen" im Sinne des § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG entspricht bei einer am Inhalt der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) sowie der Durchführungsrichtlinie 2003/124/EG vom 22. Dezember 2003 orientierten Auslegung dem Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes.

Zur Feststellung einer Einwirkung auf den Börsenpreis im Sinne des § 38 Abs. 2 Nr. 1 WpHG.

BGH, Beschluss vom 25. Februar 2016 - 3 StR 142/15 - LG Kleve

- 2 -

in der Strafsache
gegen

wegen Marktmanipulation

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung des Beschwerdeführers am 25. Februar 2016 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kleve vom 7. November 2014 im Ausspruch über den Verfall von Wertersatz mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Marktmanipulation in drei Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt, den Verfall von Wertersatz in Höhe von 3,5 Millionen Euro angeordnet und von einer Entscheidung über einen Adhäsionsantrag abgesehen. Hiergegen richtet sich die auf die Rügen der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es unbegründet.

2 I. Nach den von der Strafkammer getroffenen Feststellungen organisierten der Angeklagte und der gesondert verfolgte S. in drei Fällen für Dritte die Gründung einer Aktiengesellschaft. Als Gegenleistung ließen sie sich einen Teil der jeweiligen Aktien zum Verkauf auf eigene Rechnung übertragen. Diese brachten sie auf Schweizer Konten verschiedener, durch S. gegründeter bzw. erworbener Offshore-Firmen ein; bezüglich zweier dieser Konten war der Angeklagte allein Verfügungsbefugter. Sodann bewarben der Angeklagte und S. dem gemeinsamen Tatentschluss entsprechend zwischen Dezember 2006 und Juni 2008 die im Freiverkehr unter anderem der Frankfurter Börse gehandelten Wertpapiere in der Absicht, für diese einen Markt zu schaffen und dadurch - wenn möglich - eine Kurssteigerung hervorzurufen, um einen möglichst großen Gewinn bei deren Verkauf zu erzielen. Dies geschah zum einen durch den Versand von Mitteilungen über elektronische Börsenbriefe, zum anderen durch Telefonmarketing seitens der V. AG, einer Finanzgesellschaft, deren Vorstand der Angeklagte zur Tatzeit angehörte. Die Börsenbriefe enthielten eine Verknüpfung zum jeweiligen Impressum, in dem dargelegt war, dass der Herausgeber Positionen an der behandelten Aktie halten könne. Der von S. zwischen Dezember 2006 und Januar 2008 abgewickelte Verkauf der Wertpapiere erbrachte Erlöse von mehr als 24 Millionen Euro. Hiervon gingen 8.195.446 € auf Konten ein, bezüglich derer der Angeklagte Verfügungsbefugnis besaß. Durch Barauszahlungen bzw. mittels Überweisungen ließ S. dem Angeklagten 441.875 € zukommen.

3 Das Landgericht hat eine Strafbarkeit nach § 38 Abs. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 2, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG, § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV in der zur Tatzeit geltenden Fassung angenommen, wobei es von einer selbständigen Handlung des Angeklagten für jede gegründete Gesellschaft ausgegangen ist. Die Bewerbung der verschiedenen Aktien ohne genügenden Hinweis auf das

eigene Halten von Positionen stelle eine Täuschungshandlung dar. Dabei sei der Bestand der Wertpapiere auf den Konten der Offshore-Gesellschaften dem Angeklagten als Mittäter zuzurechnen. Durch 53 der insgesamt 107 durch Börsenbriefe versendeten Mitteilungen sei auf den Börsenpreis eingewirkt worden. Hierfür spreche bereits der Umstand, dass die jeweiligen Aktien vor der ersten Werbemaßnahme am Markt unbekannt waren und es neben den Empfehlungen durch den Angeklagten und S. nur wenige substantielle Informationen zu den Unternehmen gab. Die Überzeugung von einer Einwirkung hat die - sachverständig beratene - Strafkammer dann gewonnen, wenn Umsatz und Anzahl der Käufer zu einem Ereignis stark anstiegen und mindestens dem Zweifachen eines Vergleichswertes entsprachen. Dabei hat sie als Ereignis die beiden Handelstage nach Veröffentlichung der Empfehlung verstanden. Die für beide Tage zu bestimmenden Mittelwerte bei Umsatz- und Käuferzahlen hat sie derart bestimmt, dass die Werte des ersten Tages doppelt gewichtet wurden, da die Marktreaktion am ersten Tag höher sei als am Folgetag. Der Vergleichswert selbst habe sich aus den einwirkungsfreien Tagen errechnet, also den Tagen vor, zwischen und nach den Ereignissen.

- 4 Hinsichtlich des Verfalls von Wertersatz hat sich das Landgericht von folgenden Erwägungen leiten lassen: Unmittelbar erlangt sei bei der vom Angeklagten und S. praktizierten Form der Marktmanipulation die Gewinnchance, die ohne Preis eingebuchte Aktie in großen Mengen zu hohen Kursen zu veräußern. Diese Chance hätten der Angeklagte und S. durch den Verkauf der Wertpapiere realisiert. Da nicht deren Verkauf selbst verboten sei, sei nur der Sondervorteil erlangt worden; diesen hat das Landgericht auf 75% der Verkaufserlöse geschätzt. Dabei habe der Angeklagte neben den ihm ausgezahlten Geldern jedenfalls die Beträge selbst erlangt, die auf Konten eingegangen waren, bezüglich derer er über eine Einzelvertretungsberechtigung verfügte.

Dementsprechend ist das Landgericht zu einem Wertersatzverfallsbetrag in Höhe von 6.477.990,70 € (75% von [8.195.446 € + 441.875 €]) gelangt. Hinsichtlich des 3,5 Millionen Euro übersteigenden Betrages hat das Landgericht gemäß § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB von einer Anordnung abgesehen. Einer weiteren Reduzierung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB habe es nicht bedurft.

5 II. Die Verfahrensbeanstandungen, mit denen die Revision die Zurückweisung zweier gegen den Sachverständigen gerichteter Befangenheitsanträge sowie eines Beweisantrags als rechtsfehlerhaft rügt, weil das Landgericht sich mit einzelnen in den Anträgen gegen die Unparteilichkeit bzw. gegen die Sachkunde des Sachverständigen erhobenen Beanstandungen nicht ausdrücklich auseinandergesetzt habe, greifen nicht durch.

6 1. Mit Beschluss vom 28. April 2014 hat das Landgericht einen Mitarbeiter des Referats Marktanalyse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (nachfolgend: BaFin) mit der Erstattung eines Gutachtens zu der Frage beauftragt, ob und inwieweit durch die Veröffentlichungen in Börsenbriefen auf die Kurse der verfahrensgegenständlichen Aktien eingewirkt worden sei. Nach Vorlage des schriftlichen, aber noch vor Erstattung des mündlichen Gutachtens hat der Angeklagte den Sachverständigen wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Dies hat er zum einen darauf gestützt, es fehle innerhalb der Behörde an einer ausreichenden Trennung zwischen den Abteilungen Marktanalyse und Ermittlung, weshalb nicht unwahrscheinlich sei, dass Mitarbeiter der erstgenannten Abteilung einseitig belastende Auffassungen der zweiten übernehmen. Zum anderen hat der Angeklagte geltend gemacht, die Ausführungen im schriftlichen Gutachten stellten die Neutralität des Sachverständigen in Frage. Diesen Antrag hat die Strafkammer ebenso zurückgewiesen wie einen zweiten Befangenheitsantrag gegen den Sachverständigen, der aus eige-

nem Antrieb ein Ergänzungsgutachten vorgelegt hatte, nachdem er von dem Ermittlungsführer der BaFin in diesem Verfahren darauf aufmerksam gemacht worden war, dass die Vollständigkeit von Meldedaten für einen Teil des zu begutachtenden Zeitraums nicht gewährleistet gewesen sei. Auch dem Beweis Antrag der Verteidigung auf Einholung eines weiteren Gutachtens ist der Erfolg versagt geblieben. Insoweit hat sich das Landgericht auf seine - auch durch den Sachverständigen vermittelte - eigene Sachkunde berufen. Mit Blick auf das Vorbringen der Revision gilt hierzu:

- 7 2. Die Einwände der Revision, das Landgericht habe keine Feststellungen zum Inhalt der Gespräche zwischen dem Sachverständigen und dem Ermittlungsführer der BaFin getroffen bzw. sich nicht damit auseinandergesetzt, ob der Sachverständige mit Ermittlungen gegen den Angeklagten im Ursprungsverfahren beschäftigt war, dringen nicht durch.
- 8 Ob die Besorgnis der Befangenheit berechtigt ist, ist eine Rechtsfrage. Ein Ermessen steht dem Tatgericht insoweit nicht zu (BGH, Urteil vom 1. November 1955 - 5 StR 329/55, BGHSt 8, 226, 233 f.; KK-Senge, StPO, 7. Aufl., § 74 Rn. 18; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 74 Rn. 21 mwN). Dabei gelten für die Prüfung, ob der Tatrichter den einen Sachverständigen ablehnenden Antrag mit Recht zurückgewiesen hat, nicht die Grundsätze der Beschwerde, sondern die der Revision. Da das Revisionsgericht mithin an die vom Instanzgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegten Tatsachen gebunden ist, ist es erforderlich, dass das Tatgericht in seinem Ablehnungsbeschluss darlegt, von welchen Tatsachen es ausgeht (BGH, Beschluss vom 22. Juli 2014 - 3 StR 302/14, NStZ 2014, 663, 664). Daraus folgt indes nicht, dass das Tatgericht gehalten wäre, selbst Umstände zu ermitteln, die möglicherweise die Besorgnis der Befangenheit begründen könnten. Vielmehr ist der

Ablehnungsgrund vom Antragsteller gemäß § 74 Abs. 3 StPO glaubhaft zu machen. Dieser ist daher gehalten, Tatsachen vorzutragen und so weit zu beweisen, dass das Gericht sie für wahrscheinlich hält (Meyer-Goßner/Schmitt aaO, § 26 Rn. 7 mwN). Insbesondere kann er sich auf das Zeugnis des Abgelehnten berufen (vgl. KK-Senge aaO, Rn. 8).

9 Hinreichend konkret war hier insoweit allein der vom Angeklagten erhobene Vorwurf, der Sachverständige habe für eine Eingangsbestätigung hinsichtlich einer Anzeige wegen Verdachts der Marktmanipulation in Bezug auf Aktien verantwortlich gezeichnet, die Gegenstand eines Parallelverfahrens seien. Von diesem Umstand ist das Landgericht bei seiner Entscheidung aber ersichtlich ausgegangen; es hat daraus lediglich keinen Grund für eine Besorgnis der Befangenheit abgeleitet. Dies ergibt sich aus den Ausführungen der Strafkammer, die bloße Weitergabe von Dokumenten belege keine inhaltliche Befassung mit dem erhobenen Vorwurf durch den Sachverständigen, der eine solche selbst glaubhaft verneint habe. Hiergegen ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern.

10 3. Soweit die Revision darüber hinaus mit ihrer Beanstandung, die Besorgnis der Befangenheit folge aus der strukturellen Verknüpfung der Referate Marktanalyse und Ermittlung innerhalb der BaFin, die Ansicht vertritt, deren Mitarbeiter schieden generell als Sachverständige aus, steht dem bereits die Regelung des § 40a Abs. 1 Satz 2 WpHG entgegen. Zwar hat das Gericht bei der Auswahl des Sachverständigen nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO darauf zu achten, dass dieser im Vorfeld nicht selbst ermittelnd tätig war und er das Gutachten eigenverantwortlich und frei von jeder Beeinflussung erstatten kann (vgl. Vogel in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 40a Rn. 7; allgemein BayObLG, Urteil vom 25. April 1951 - RR III 81/51, BayObLGSt 1949-51, 390;

Meyer-Goßner/Schmitt aaO, § 73 Rn. 9). Aus § 40a Abs. 1 Satz 2 WpHG folgt jedoch unmittelbar, dass insoweit die grundsätzliche Weisungsgebundenheit eines Mitarbeiters der BaFin bei der Erfüllung seiner Dienstpflichten nicht genügt, um diesen als Gutachter auszuschließen. Eine etwaige Mitwirkung des bestellten Sachverständigen an den Ermittlungen hat die Strafkammer - wie dargelegt - nicht feststellen können, konkrete Anhaltspunkte, die für dessen Beeinflussung durch Kollegen sprechen, hat die Revision nicht aufgezeigt.

11 4. Wenn die Ablehnung eines Beweisantrags auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens mit eigener, auch durch den ersten Sachverständigen vermittelter Sachkunde begründet worden ist, ist das Tatgericht grundsätzlich gehalten, sich mit den im Antrag erhobenen Beanstandungen gegen das Erstgutachten im Einzelnen auseinanderzusetzen (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Januar 2010 - 2 StR 535/09, BGHSt 55, 5, 8 f.). Dies gilt allerdings nicht, soweit die geltend gemachten Mängel nach anerkannten wissenschaftlichen Maßstäben offensichtlich nicht bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 1999 - 1 StR 618/98, BGHSt 45, 164, 166). Gemessen hierin ist die Entscheidung der Strafkammer nicht zu beanstanden.

12 Ob der hinzugezogene Sachverständige über die erforderliche Sachkunde verfügt, ist danach zu bestimmen, was von ihm zu verlangen ist. Er hat dem Gericht diejenige Sachkunde zu vermitteln, die dieses benötigt, um die sich stellenden Rechtsfragen beantworten zu können (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt aaO, Vor § 72 Rn. 8). Vorliegend hat das Landgericht den Sachverständigen herangezogen, um die Frage beantworten zu können, ob durch die Empfehlungen des Angeklagten und S. auf den Börsenpreis der von diesen gehaltenen Aktien eingewirkt wurde. Die entsprechende Überzeugung hat das Landgericht vorrangig durch eine Betrachtung der Entwicklung der Umsatz- und Käuferzah-

len gewonnen. Dementsprechend lag die vornehmliche Aufgabe des Sachverständigen in der Zusammentragung der insoweit maßgeblichen Handelsdaten (vgl. MüKoStGB/Pananis, 2. Aufl., § 38 WpHG Rn. 241). Dass ihm hierfür die erforderliche Sachkunde gefehlt habe, hat der Verteidiger im Rahmen des Beweisantrags nicht geltend gemacht. Dessen diesbezügliche Qualifikation ist angesichts des im Antrag selbst dargelegten Ausbildungs- und Berufserfahrungsstands auch im Übrigen nicht zweifelhaft.

13 III. Die aufgrund der Sachrüge gebotene materiellrechtliche Nachprüfung des Urteils hat zum Schuld- und Strafausspruch keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Die Strafkammer hat zutreffend eine Strafbarkeit gemäß § 38 Abs. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 2, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG bejaht (vgl. zum sog. Scalping schon BGH, Urteil vom 6. November 2003 - 1 StR 24/03, BGHSt 48, 373).

14 1. Der Senat hat keine durchgreifenden Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des die Strafbarkeit begründenden Regelungsgefüges (vgl. zur Regelungstechnik des WpHG allgemein bereits BGH, Urteil vom 27. November 2013 - 3 StR 5/13, BGHSt 59, 80, 83 f.); dieses ist insbesondere ausreichend bestimmt. Im Einzelnen:

15 a) Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit sowie die Art und das Maß der Strafe so konkret zu umschreiben, dass der Bürger als Normadressat anhand des gesetzlichen Tatbestands voraussehen kann, ob ein Verhalten strafbar ist. Damit wird zugleich sichergestellt, dass der Gesetzgeber und nicht die Verwaltung oder die Rechtsprechung über die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens entscheidet (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09 u.a., BVerfGE 130, 1, 43). Da zu starre und kasuistische Gesetze indes der Vielgestaltigkeit des

Lebens und dem Wandel der Verhältnisse nicht gerecht würden, sind weder Generalklauseln noch unbestimmte Rechtsbegriffe noch der Umstand, dass zur Auslegung auf andere Gesetze zurückgegriffen werden muss, von vornherein zu beanstanden (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 15. März 1978 - 2 BvR 927/76, BVerfGE 48, 48, 56; vom 25. Juli 1962 - 2 BvL 4/62, BVerfGE 14, 245, 252). Bei einem solchen anderen Gesetz kann es sich auch um eine Rechtsverordnung handeln, solange diese die gesetzliche Regelung nur spezifiziert und keine neue Strafbarkeit begründet (BVerfG, Beschluss vom 6. Mai 1987 - 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 329, 342).

16 b) In Anlehnung an diese Grundsätze wird in der Literatur das Tatbestandsmerkmal der "sonstigen Täuschungshandlungen" in § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG als zu unbestimmt erachtet (vgl. Tripmaker, wistra 2002, 288, 292; Moosmayer, wistra 2002, 161, 169; kritisch auch: Park/Sorgenfrei, Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl., §§ 20a, 38 Abs. 2, § 39 Abs. 1, 2 WpHG Rn. 214). § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV könne als Auslegungshilfe nicht herangezogen werden, da dieser keine Täuschungshandlung umschreibe. Denn es sei davon auszugehen, dass die Empfänger von Aktienempfehlungen annehmen, dass der Werbende selbst Positionen hinsichtlich des Finanzinstruments eingegangen ist (so Schömann, Die Strafbarkeit der Marktmanipulation gemäß § 38 Abs. 2 WpHG unter besonderer Berücksichtigung des Phänomens des Scalpings, 2010, 132 ff.; Kudlich, JR 2004, 191, 194).

17 c) Dem ist im Ergebnis nicht zu folgen. Der Senat kann offenlassen, ob das Tatbestandsmerkmal der "sonstigen Täuschungshandlungen" bereits durch einen Vergleich mit den übrigen Alternativen des § 20a Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. durch die Auslegung des Begriffs der Täuschung im Rahmen des § 263 Abs. 1 StGB in einem Maße präzisiert wird, dass der Normadressat erkennen

kann, welche Verhaltensweisen ihm unter Androhung von Strafe untersagt sind (so BGH, Urteil vom 6. November 2003 - 1 StR 24/03, BGHSt 48, 373, 383 f.; Beschluss vom 4. Dezember 2013 - 1 StR 106/13, NJW 2014, 1896, 1897; zustimmend Schröder, Handbuch Kapitalmarktraferecht, 3. Aufl., Rn. 546; ablehnend: Altenhain in Hirte/Möllers, Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl., § 38 Rn. 24; Schmitz, JZ 2004, 526, 527). Die erforderliche Klarheit erlangt die Vorschrift jedenfalls durch eine am Inhalt der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) (ABl. L 96 vom 12. April 2003 S. 16) orientierte Auslegung (ebenso MüKoStGB/Panaris aaO, Rn. 223; wohl auch Schmitz aaO, 528). Dem kann im dogmatischen Ansatz nicht entgegengehalten werden, eine richtlinienkonforme Auslegung setze ihrerseits eine den Erfordernissen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit genügende nationale Norm bereits voraus (so aber Altenhain in Hirte/Möllers aaO mwN); denn die Bestimmtheit oder Unbestimmtheit einer Norm ist nicht absolut. Sie hängt vielmehr - wie dargelegt - davon ab, ob begriffliche Weiten durch anerkannte Auslegungsmethoden hinreichend reduziert werden können. Hierzu gehört jedenfalls dann, wenn wie hier der nationale Gesetzgeber europarechtliche Vorgaben umsetzt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 6. November 2003 - 1 StR 24/03, BGHSt 48, 373, 378 ff.), eine an diesen Vorgaben orientierte Interpretation der Tatbestandsmerkmale.

18 In der Sache erweist sich zwar die in Art. 1 Nr. 2 Buchst. b) der genannten Richtlinie enthaltene Definition der nach Art. 5 der Richtlinie zu untersagenden Marktmanipulation als "Geschäft oder Kauf- bzw. Verkaufsaufträge unter Vorspiegelung falscher Tatsachen oder unter Verwendung sonstiger Kunstgriffe oder Formen der Täuschung" für sich betrachtet kaum als präziser als die Regelung des § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG. Die unbestimmten Rechtsbegriffe

werden indes ausgefüllt durch die in Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie sowie die in Art. 5 der Durchführungsrichtlinie 2003/124/EG vom 22. Dezember 2003 aufgeführten Beispiele. Als ein solches Beispiel nennt die Richtlinie ausdrücklich die Ausnutzung eines gelegentlichen oder regelmäßigen Zugangs zu den traditionellen oder elektronischen Medien durch Abgabe einer Stellungnahme zu einem Finanzinstrument, wobei zuvor Positionen bei diesem eingegangen wurden, ohne dass der Öffentlichkeit gleichzeitig dieser Interessenkonflikt auf ordnungsgemäße und effiziente Weise mitgeteilt wird, unabhängig davon, ob die Empfehlung für sich betrachtet sachlich gerechtfertigt war. Hierdurch erhält zum einen § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG die erforderliche Klarheit; zum anderen stellt § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV lediglich dessen Spezifizierung dar (aA MüKoStGB/Panaris aaO, Rn. 233), die nicht für sich erst die Strafbarkeit begründet. Darauf, dass die Richtlinie - insoweit enger als die nationale Regelung, die lediglich auf eine Preiseinwirkungseignung abstellt - für die Annahme einer Marktmanipulation an den Abschluss eines Geschäfts bzw. an entsprechende Aufträge durch den Täuschenden anknüpft, kommt es bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals "sonstige Täuschungshandlungen" und damit der Bestimmtheit des Merkmals der Täuschung nicht an.

19 2. Das Landgericht ist auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zu Recht von einer Tatbegehung durch den Angeklagten ausgegangen.

20 a) Bei § 38 Abs. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 2, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG handelt es sich nicht um ein Sonder-, sondern um ein Jedermannsdelikt. Damit finden die allgemeinen Regeln über Täterschaft und Teilnahme Anwendung. Ohne die Möglichkeit einer Zurechnung der Kundgabe bzw. des Haltens von Positionen - sei es über § 25 Abs. 2 StGB, sei es über § 25 Abs. 1 Alternative 2

StGB - liefe der Schutzzweck der Norm leer (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2013 - 1 StR 106/13, NJW 2014, 1896, 1897 f.; OLG München, Beschluss vom 3. März 2011 - 2 Ws 87/11, NJW 2011, 3664, 3666; Brand, NJW 2014, 1900; Trüg, NStZ 2014, 558, 559 f.; MüKoStGB/Pananis aaO, Rn. 249; Altenhain in Hirte/Möllers aaO, Rn. 105; Schömann aaO, S. 152). Der Einwand der Revision, entgegen den Ausführungen des Landgerichts könne die Entgegennahme von Erlösen die Mittäterschaft nicht tragen, da auch der Gehilfe nur selten rein altruistisch handle, geht fehl, da die Strafkammer in der Höhe der Beteiligung lediglich ein Indiz für das eigene Tatinteresse des Angeklagten gesehen hat. Darüber hinaus hat sie rechtsfehlerfrei darauf abgestellt, dass der Angeklagte das Modell S. vorstellte, das Vorgehen mit diesem gemeinsam plante sowie im Vorfeld wesentliche Tatbeiträge - Werbung von Interessenten, Unterstützung der Firmeninhaber bei der Erstellung von Corporate News als Grundlage für die Kaufempfehlungen - erbrachte. Dementsprechend war ihm gemäß § 25 Abs. 2 StGB das Halten der Aktien durch S. als Vertreter der Offshore-Unternehmen (§ 14 Abs. 1 StGB) ebenso zuzurechnen wie das Verbreiten der Empfehlungen über die Börsenbriefe durch diesen.

- 21 b) Diese Kundgaben waren mit keinem angemessenen und wirksamen Hinweis auf den bestehenden Interessenkonflikt verbunden. Der bloße Verweis auf die theoretische Möglichkeit eines solchen lässt den erforderlichen Bezug zu der konkreten Situation vermissen (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2013 - 1 StR 106/13, NJW 2014, 1896, 1899; OLG München aaO, 3665; Stoll in Hirte/Möllers aaO, § 20a Anh. I - § 4 MaKonV Rn. 39). Ob daneben - wie das Landgericht meint (ebenso Fleischer, ZBB 2008, 137, 144) - der Hinweis schon deshalb nicht in wirksamer Weise erteilt wurde, weil dieser nur über eine Verknüpfung zum jeweiligen Impressum und den dortigen Angaben zu erreichen war, bedarf daneben keiner Entscheidung.

- 22 3. Das Landgericht hat schließlich den erforderlichen Taterfolg - die Einwirkung auf den Börsenpreis - rechtsfehlerfrei festgestellt.
- 23 a) Auf den Börsenpreis, der nach § 24 Abs. 1 Satz 2 BörsG auch im Rahmen des Freiverkehrs an einer Wertpapierbörse festgestellte Preise umfasst, wird nach gängiger Definition eingewirkt, wenn er künstlich - das heißt gegen die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse am Markt - erhöht, abgesenkt oder auch nur stabilisiert wird (siehe BGH, Urteil vom 27. November 2013 - 3 StR 5/13, BGHSt 59, 80, 87 f.; OLG Stuttgart, Urteil vom 4. Oktober 2011 - 2 Ss 65/11, NJW 2011, 3667, 3669; Vogel in Assmann/Schneider aaO, § 38 Rn. 51). Ob in der vorliegenden Konstellation, in der sich die Täuschung auf das Verschweigen des eigenen Wertpapierbesitzes beschränkt, tatsächlich von einer Beeinflussung des Preises gegen die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse am Markt gesprochen werden kann, bedarf keiner endgültigen Entscheidung. Wollte man dies verneinen, bedürfte die Umschreibung des Einwirkens für die hiesige Fallkonstellation einer Modifikation; denn bei Täuschungen im Sinne von § 20a Abs.1 Satz 1 Nr. 3 WpHG in der Form des Scalpings kann ein Einwirken auf den Börsenpreis nicht wegen eines der Empfehlung entsprechenden Potentials der Aktie negiert werden (so schon BGH, Urteil vom 6. November 2003 - 1 StR 24/03, BGHSt 48, 373, 382); andernfalls liefe die Regelung in diesen Fällen leer.
- 24 b) Entscheidend ist, dass die manipulative Handlung kausal für die weitere Preisentwicklung ist (BGH, Urteil vom 27. November 2013 - 3 StR 5/13, BGHSt 59, 80, 87 f.). Für die diesbezügliche tatrichterliche Überzeugungsbildung gilt - wie auch sonst - § 261 StPO. Es geht hinsichtlich des Erfordernisses der Einwirkung auf den Börsenpreis weder um die Anerkennung eines auf der Wahrscheinlichkeit eines typischen Geschehensablaufs beruhenden An-

scheinsbeweises (aA Schömann aaO, S. 60 f.; Altenhain in Hirte/Möllers aaO, Rn. 118) noch um eine Feststellung "Pi mal Daumen" (aA Schröder aaO, Rn. 567). Rechtsfehlerfreie richterliche Überzeugung ist subjektive Gewissheit auf hinreichender Tatsachengrundlage. Auf deren Basis müssen die vom Tatgericht gezogenen Schlüsse möglich, nicht dagegen schlechterdings zwingend sein (siehe auch Vogel in Assmann/Schneider aaO, § 38 Rn. 54). Es besteht weiterhin auch in dem Bereich des Wertpapierhandels kein Anlass, zugunsten des Angeklagten Sachverhaltsvarianten zu unterstellen, für die es keinerlei Anhaltspunkte gibt (vgl. BGH, Urteil vom 11. Januar 2005 - 1 StR 478/04, NStZ-RR 2005, 147, 148). Der erforderliche Umfang an Tatsachenfeststellung, aufgrund derer der Schluss auf eine Preiseinwirkung gezogen werden kann, bestimmt sich demnach nach den Umständen des Einzelfalls. In diesem Sinne sind auch die Ausführungen der Rechtsprechung zu verstehen, wonach Befragungen von Marktteilnehmern nicht erforderlich und stattdessen Vergleiche von bisherigem Kursverlauf und Umsatz, die Kurs- und Umsatzentwicklung des betreffenden Papiers am Tag der tatbestandlichen Handlung sowie die Ordergröße als Indizien ausreichend seien (vgl. BGH, Urteil vom 6. November 2003 - 1 StR 24/03, BGHSt 48, 373, 384; Beschluss vom 4. Dezember 2013 - 1 StR 106/13, NJW 2014, 1896, 1899 f.).

- 25 c) Nach diesen Maßstäben ist die Überzeugungsbildung des Landgerichts - eingedenk des eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfungsmaßstabs (vgl. etwa BGH, Urteil vom 21. März 2013 - 3 StR 247/12, BGHSt 58, 212, 213 f.) - nicht zu beanstanden. Die Revision zeigt weder Verstöße gegen Denkgesetze noch Lücken oder Widersprüche in der Beweiswürdigung auf. Die Argumentation der Strafkammer ist vielmehr ohne weiteres nachvollziehbar. Sie beruht auf der Überlegung, dass die empfohlenen Aktien weitgehend unbekannt waren und dementsprechend im Vorfeld der Stellungnahmen durch S.

und den Angeklagten kaum - wenn auch vereinzelt, weshalb ein Börsenpreis nicht erst bewirkt wurde (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 27. November 2013 - 3 StR 5/13, BGHSt 59, 80, 88 f.) - gehandelt wurden (zur Maßgeblichkeit der Liquidität des Wertpapiers auch Vogel in Assmann/Schneider aaO, § 38 Rn. 56; Park/Sorgenfrei aaO, Rn. 269). Wenn in unmittelbarer zeitlicher Folge zu der Versendung einer Stellungnahme, mit der das Potential der Aktien gepriesen wird, Umsatz und Käuferzahlen um mindestens das Doppelte anstiegen, so ist der Schluss auf einen Zusammenhang zwischen Empfehlung und Preisfestsetzung nicht nur möglich, sondern sogar naheliegend. Dies gilt umso mehr, als - womit sich die Strafkammer ebenfalls auseinandergesetzt hat - andere Ursachen nicht zu erkennen waren, die allein für die Entwicklung verantwortlich zeichnen konnten. Dass bei der Überzeugungsbildung die konkrete Kursentwicklung keine maßgebende Rolle gespielt hat, erklärt sich schon daraus, dass - wie regelmäßig bei unbekanntem und daher kaum gehandelten Aktien - das primäre Ziel des Angeklagten und S. darin bestand, eine entsprechende Nachfrage zu schaffen.

26 4. Durch die Annahme von lediglich drei materiellrechtlich selbständigen Taten ist der Angeklagte jedenfalls nicht beschwert.

27 IV. Die Anordnung des Verfalls von Wertersatz kann allerdings - wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat - keinen Bestand haben. Die Prüfung des § 73c Abs. 1 StGB stellt sich als zum Nachteil des Angeklagten rechtsfehlerhaft dar.

28 Abgesehen davon, dass das Landgericht das systematische Verhältnis der beiden Alternativen der Vorschrift verkannt hat (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 26. März 2009 - 3 StR 579/08, NStZ 2010, 86), erweisen sich schon angesichts der Höhe des im Raum stehenden Betrages die Ausführungen der Strafkam-

mer sowohl mit Blick auf die Ermessensausübung im Rahmen des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB als auch mit Blick auf die Möglichkeit des Vorliegens einer noch weitergehenden unbilligen Härte im Sinne von § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB als zu pauschal. Darüber hinaus wird die Angabe des Landgerichts im Rahmen der Ausführungen zu dem Verfall, nach den eigenen Angaben des Angeklagten verfüge dieser noch über Vermögen in Höhe von rund 3 Millionen Euro, von den Feststellungen zu dessen Person nicht getragen. Dort hat die Strafkammer zwar verschiedene Vermögenswerte aufgeführt. Diese addieren sich indes lediglich auf 2,15 Millionen Euro. Darüber hinaus handelt es sich bei 1,53 Millionen Euro um diverse Gesellschaftsvermögen und damit nicht - jedenfalls nicht ohne Weiteres - um Vermögen des Angeklagten als dem von der Verfallsanordnung Betroffenen. Der Hinweis der Strafkammer auf die wirtschaftliche Berechtigung des Angeklagten bleibt in diesem Zusammenhang unklar. Um einen Vermögenswert des Angeklagten handelt es sich zwar bei dessen Eigentumswohnung im Wert von rund 600.000 €. Dazu, ob bzw. in welcher Höhe diese bezahlt, finanziert oder sonst belastet ist, verhält sich das Urteil jedoch ebenfalls nicht.

29 V. Die Verfallsentscheidung bedarf daher insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

30 1. Dem Generalbundesanwalt ist auch dahin zuzustimmen, dass sich das Landgericht mit Blick auf § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB mit der Frage einer Informationsdeliktshaftung nach § 826 BGB hätte beschäftigen müssen (siehe BGH, Beschluss vom 27. Januar 2010 - 5 StR 254/09, NStZ 2010, 326). Entgegen dessen Ansicht belegen die bislang getroffenen Feststellungen solche Ansprüche indes nicht ohne Weiteres. Denn Schaden und Gesetzesverstoß allein

begründen die Annahme der Sittenwidrigkeit noch nicht. Die besondere Verwerflichkeit des Verhaltens muss sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben. Erforderlich ist mithin eine Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände (vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 2011 - XI ZR 51/10, NJW 2012, 1800, 1803). Dabei wird auch in den Blick zu nehmen sein, dass nach den getroffenen Feststellungen die Angaben über die Aktien selbst zutreffend waren (vgl. Vogel in Assmann/Schneider aaO, § 38 Rn. 91). Dieser Umstand steht indes der Bejahung eines Schadens nicht von vorneherein entgegen. Denn § 826 BGB stellt insoweit nicht auf die Verletzung bestimmter Rechte oder Rechtsgüter ab; als Schaden ist vielmehr neben jeder nachteiligen Einwirkung auf die Vermögenslage jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses, etwa das wirtschaftliche Selbstbestimmungsrecht, und jede Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung anzusehen (BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 402/02, NJW 2004, 2971, 2972). Es genügt also, wenn die Käufer die Aktien tatsächlich nicht erworben hätten, wenn sie darüber informiert worden wären, dass der Angeklagte und S. selbst die empfohlenen Aktien gehalten haben. Hiervon wird wegen der verfallsausschließenden Wirkung des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB im Zweifel auszugehen sein (vgl. BGH, Beschlüsse vom 12. Dezember 2013 - 3 StR 267/13, juris Rn. 27 f.; vom 1. Oktober 2015 - 3 StR 102/15, juris Rn. 17).

31 Sollte demnach im Grundsatz lediglich eine Feststellung nach § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO in Betracht kommen, wird die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer zu beachten haben, dass nach § 2 Abs. 3, Abs. 5 StGB Tathandlungen als Grundlage einer solchen ausscheiden, die vor dem 1. Januar 2007 begangen wurden (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2008 - 4 StR 502/07, NJW 2008, 1093). Dabei ist bei Mittäterschaft auf den Zeitpunkt

abzustellen, zu dem einer der Mittäter einen gegenseitig zurechenbaren Tatbeitrag geleistet hat (BGH, Urteil vom 24. März 1999 - 3 StR 240/98, NJW 1999, 1979).

32 2. Der Senat vermag der in der Literatur vielfach vertretenen Ansicht nicht zu folgen, eine Verfallsanordnung scheidet bei informationsgestützten Manipulationen schon deshalb aus, weil unmittelbar aus diesen Taten nichts erlangt werde und das spätere Ausnutzen des zuvor manipulierten Börsenpreises keinen unmittelbar aus der Tat erlangten Vermögenszuwachs darstelle (vgl. MüKoStGB/Panaris aaO, Rn. 255; Park/Sorgenfrei aaO, Rn. 300; Fuchs/Waßmer, WpHG, § 38 Rn. 84). Im vorliegenden Fall deuten die Feststellungen sogar darauf hin, dass zumindest in der weit überwiegenden Anzahl der Transaktionen der Taterfolg in Form der Einwirkung auf den Börsenpreis nicht durch täuschungsbedingte Drittgeschäfte, sondern durch Eigengeschäfte der Angeklagten in Form von Verkäufen ihnen wirtschaftlich zuzurechnender Aktien herbeigeführt wurde. In dieser Konstellation gehört der Aktienverkauf noch zur Tatbestandserfüllung, so dass es nahe liegt, den für die Aktien erzielten Erlös jedenfalls so weit als erlangt im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB anzusehen, als er aufgrund der durch das Scalping verursachten Wertsteigerung der Aktien erzielt wurde.

33 Soweit die Einwirkung auf den Börsenpreis durch Drittgeschäfte hervorgerufen wurde und sich das Eigengeschäft der Angeklagten erst daran anschloss, ist der Verkauf der Aktien durch diese nicht mehr Teil der Tatbestandserfüllung. Da aber aus der Tat alle Vermögenswerte erlangt sind, die dem Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2013 - 3 StR 5/13, BGHSt 59, 80, 92), wäre dann die in Folge dieser Einwirkung eingetretene

Wertänderung der vom Täter gehaltenen, jedoch bei deren Empfehlung verschwiegenen Aktien maßgebend. Diese Wertänderung wird oftmals in dem Kursgewinn liegen (vgl. Altenhain in Hirte/Möllers aaO, Rn. 161; Schönhöft, Die Strafbarkeit der Marktmanipulation gemäß § 20a WpHG, 2006, S. 180; Schömann aaO, S. 168; Vogel in Assmann/Schneider aaO, § 38 Rn. 95). Sollte das Landgericht mit seinem Hinweis auf die Chance des Angeklagten und S. , die Aktien zu hohen Kursen zu veräußern, auf diesen abgestellt haben, so wäre dessen Bezifferung mit 75% der Verkaufserlöse im Wege der Schätzung (§ 73b StGB) nicht nachvollziehbar. Denn der im Urteil dargestellten Übersicht über die Kursentwicklung im Tatzeitraum ist zu entnehmen, dass die Werte der einzelnen Aktien gegenüber demjenigen vor dem ersten Ereignis lediglich zwischen 12% und 35% gestiegen sind.

34 3. Das neue Tatgericht wird sich auch näher mit der Frage zu befassen haben, ob der Angeklagte Mitverfügungsgewalt an den Werten hatte, die auf Konten gebucht wurden, bezüglich derer er Einzelvertretungsvollmacht besaß. Denn insoweit handelte es sich um Konten der Offshore-Unternehmen. In Vertretungsfällen gemäß § 73 Abs. 3 StGB, in denen der Täter als Organ, Vertreter oder Beauftragter (§ 14 StGB) oder als sonstiger Angehöriger einer juristischen Person für diese handelt und die Vermögensmehrung bei der juristischen Person eintritt, kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass der Täter Verfügungsgewalt an dem Erlangten hat. Regelmäßig ist vielmehr davon auszugehen, dass die juristische Person über eine eigene Vermögensmasse verfügt, die vom Privatvermögen des Täters zu trennen ist. Für eine Verfallsanordnung gegen den Täter bedarf es daher auch in Fällen einer - legalen - Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen einer über die faktische Verfügungsgewalt hinausgehenden Feststellung, dass dieser selbst etwas erlangt hat, was zu einer Änderung seiner Vermögensbilanz geführt hat. Eine solche Feststellung

rechtfertigende Umstände können etwa darin zu sehen sein, dass der Täter - was vorliegend nach den getroffenen Feststellungen naheliegen könnte - die juristische Person nur als formalen Mantel seiner Tat nutzt, eine Trennung zwischen seiner eigenen Vermögenssphäre und derjenigen der Gesellschaft aber nicht vornimmt, oder darin, dass jeder aus der Tat folgende Vermögenszufluss an die Gesellschaft sogleich an den Täter weitergeleitet wird (BGH, Urteile vom 23. Oktober 2013 - 5 StR 505/12, NStZ 2014, 89, 93; siehe auch BVerfG, Beschluss vom 14. Juni 2004 - 2 BvR 1136/03, StV 2004, 409, 410 f.).

35 4. Soweit das Landgericht hinsichtlich des tatsächlichen Vorgangs des Erlangens (vgl. BGH, Urteil vom 12. August 2003 - 1 StR 127/03, juris Rn. 5) auch auf die Aushändigung bzw. Überweisung von insgesamt 441.875 € von S. an den Angeklagten abgestellt hat, wird zu beachten sein, dass Voraussetzung für eine Anordnung nach §§ 73, 73a StGB ist, dass das Erlangte aus

einer abgeurteilten Tat stammen oder für eine solche erhalten worden sein muss (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Januar 2003 - 3 StR 421/02, NStZ 2003, 422, 423). Dies könnte vor dem Hintergrund der Einstellung vergleichbarer Manipulationsvorwürfe bezüglich weiterer Aktien gemäß § 154 Abs. 1 StPO fraglich sein.

Becker

RiBGH Hubert befindet sich
im Urlaub und ist daher
gehindert zu unterschreiben.
Becker

Schäfer

RiBGH Mayer ist erkrankt
und daher gehindert zu
unterschreiben.
Becker

Spaniol