



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 210/16

vom
8. August 2018
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen Beihilfe zur Marktmanipulation

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung der Beschwerdeführer am 8. August 2018 einstimmig gemäß § 349 Abs. 2 StPO beschlossen:

Die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 24. November 2015 werden als unbegründet verworfen.

Jeder Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten wegen Beihilfe zur vorsätzlichen Marktmanipulation zu Freiheitsstrafen verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt und in Höhe eines Betrages von 220.000 € den Wertersatzverfall bei gesamtschuldnerischer Haftung angeordnet. Die hiergegen gerichteten, auf Sach- und Verfahrensrügen gestützten Revisionen der Angeklagten decken keinen Rechtsfehler zu ihrem Nachteil auf (§ 349 Abs. 2 StPO). Der Erörterung bedarf nur Folgendes:

- 2 Das Landgericht hat die im Jahr 2012 begangene Tat der Angeklagten zutreffend als Vergehen der Beihilfe zur vorsätzlichen Marktmanipulation bewertet, die zum Zeitpunkt der Tat gemäß §§ 38 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. §§ 39 Abs. 1 Nr. 2, 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und Abs. 5 Wertpapierhandelsgesetz aF i.V.m. § 4 Abs. 3 Nr. 2 Markt konkretisierungsverordnung mit Strafe

bedroht war; der Strafzumessung hat es jeweils den gemäß §§ 27, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafrahmen des § 38 Abs. 1 Wertpapierhandelsgesetzes aF zugrunde gelegt, der Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe androht.

3 Entgegen der Auffassung der Revisionen haben die nach Verkündung des tatgerichtlichen Urteils eingetretenen weitreichenden gesetzlichen Änderungen des Wertpapierhandelsgesetzes nicht zu einer für die Angeklagten günstigeren Rechtslage geführt, die im Revisionsverfahren zu berücksichtigen wäre (§ 354a StPO, § 2 StGB).

4 Hinsichtlich des strafbewehrten Verbots der Marktmanipulation bestand zu keinem Zeitpunkt eine Ahnungslücke, die über das Meistbegünstigungsprinzip des § 2 Abs. 3 StGB die Annahme von Straffreiheit nach sich zöge (1.). Darüber hinaus hat der Gesetzgeber zur Beseitigung eventueller Auslegungsunsicherheiten beschlossen, dem Wertpapierhandelsgesetz (künftig: WpHG) mit § 52 eine Übergangsvorschrift für Altfälle der §§ 38, 39 WpHG einzufügen, die in ihrem Absatz 1 für „Straftaten nach § 38 in der bis zum Ablauf des 1. Juli 2016 geltenden Fassung“ abweichend von § 2 Abs. 3 StGB bestimmt, dass diese nach dem Tatzeitrecht geahndet werden. Der Gesetzgeber hat damit auf die im Schrifttum geäußerten Bedenken reagiert, wonach die durch das Erste Gesetz zur Novellierung der Finanzmarktvorschriften aufgrund europäischer Rechtsakte (1. Finanzmarktnovellierungsgesetz – 1. FiMaNoG) vom 30. Juni 2016 (BGBl. I 2016, S. 1514) bewirkten Änderungen des WpHG eine Ahnungslücke für Insiderhandel und Marktmanipulation bewirkt und über die Anwendung des lex-mitior-Grundsatzes des § 2 Abs. 3 StGB ungewollt eine „Generalamnestie“ für noch nicht rechtskräftig abgeurteilte Altfälle herbeigeführt worden sein könnte. Die durch das Zweite Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG) vom 23. Juni 2017 (BGBl. I 2017,

S. 1693) in das WpHG eingefügte Übergangsvorschrift begegnet – ebenso wie die seit dem 3. Januar 2018 geltende inhaltsgleiche und durch Artikel 12 des Gesetzes zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie vom 17. Juli 2017 (BGBl. I 2017, S. 2446) beschlossene Nachfolgevorschrift des § 137 WpHG – weder verfassungsrechtlichen Bedenken noch gerät sie in Konflikt mit Art. 49 Abs. 1 Satz 3 der Charta der Europäischen Union (2.).

5 1. Die durch das Erste Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz – 1. FiMaNoG) – vom 30. Juni 2016 (BGBl. I 2016, S. 1514) – bewirkten und zum 2. Juli 2016 in Kraft getretenen gesetzlichen Änderungen haben im Bereich strafbarer Marktmanipulation nicht zu einer Ahnungslücke an diesem Tag mit der Folge geführt, dass unter Berücksichtigung des Meistbegünstigungsprinzips des § 2 Abs. 3 StGB von Straflosigkeit auszugehen wäre.

6 Der Senat teilt die vom Bundesverfassungsgericht (vgl. Beschlüsse der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Mai 2018 – 2 BvR 463/17, ZIP 2018, 1126 ff. und vom 13. Juni 2018 – 2 BvR 375/17, 2 BvR 1785/17, WM 2018, 1251) als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehene Auslegung der §§ 38 Abs. 3 Nr. 1, 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG in der Fassung des 1. FiMaNoG durch den 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16, BGHSt 62, 13 ff.). Der Gesetzgeber hat das in der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch enthaltene Verbot von Insiderhandel und Marktmanipulation in Umsetzung der Vorgaben der Zweiten Marktmissbrauchsrichtlinie (MAD II) durch die mit dem 1. FiMaNoG erfolgte ausdrückliche Bezugnahme in den Vorschriften der §§ 38, 39 WpHG zur Umschreibung des strafbaren Verhaltens einen Tag früher

als dem in der Marktmissbrauchsverordnung bestimmten Geltungsbeginn am 3. Juli 2016 im Inland in Kraft gesetzt; das Verbot der Marktmanipulation war daher auch am 2. Juli 2016 mit Strafe bedroht.

7 a) Die Novellierung der Vorschriften des WpHG durch das 1. FiMaNoG hat unter anderem zu einer Veränderung der Strafvorschriften im Hinblick auf die Umschreibung des strafbaren Verhaltens des Insiderhandels und der Marktmanipulation geführt. Das vormals in § 20a WpHG enthaltene Verbot der Marktmanipulation, das darin eine Legaldefinition erfuhr, wurde aufgehoben und das strafbare Verhalten der Marktmanipulation nunmehr durch eine Bezugnahme auf die im Jahr 2014 in Kraft getretene und seit dem 3. Juli 2016 in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union unmittelbar geltende Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung – künftig: MAR) und das darin in Art. 15 normierte Verbot der Marktmanipulation umschrieben (vgl. § 39 Abs. 3d Nr. 2, § 38 Abs. 1 Nr. 2 WpHG).

8 aa) Die Straf- und Bußgeldvorschriften der §§ 38, 39 WpHG waren und sind als Blankettnormen ausgestaltet; sie nehmen zur Umschreibung des straf- bzw. bußgeldbewehrten Verhaltens unmittelbar Bezug auf die MAR (BGH, Beschluss vom 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16, BGHSt 62, 13, 14 f.). Der Umstand, dass der Gesetzgeber die Bezugnahme auf die MAR sprachlich unterschiedlich gefasst und die MAR dabei – wie etwa in § 38 Abs. 3 WpHG geschehen – teilweise vollständig und präzise unter Angabe der Fundstelle im Amtsblatt der Europäischen Union, teilweise aber auch – schlagwortartig verkürzt – als „Verordnung (EU) Nr. 596/2014“ in Bezug genommen hat (vgl. § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG), deutet nicht auf einen inhaltlichen Unterschied hin. In allen Fällen handelt es sich – anders als etwa in § 1 Abs. 1 Nr. 6e WpHG mit seiner ausdrücklichen Bezugnahme auf die MAR „in ihrer jeweils geltenden Fassung“ –

um statische Verweisungen (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16, BGHSt 62, 13, 18 f.; Rothenfuß/Jäger, NJW 2016, 2689, 2691; Hippeli, jurisPR-HaGesR 2/2017, Anm. 5; Kudlich, ZBB/JBB 2017, 72, 75; Klöhn/Büttner, ZIP 2016, 1801, 1805; aA Köpferl, ZIS 2017, 201, 209; siehe auch Poelzig, NZG 2016, 528, 537). Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass die MAR seit dem Jahr 2016 ihrerseits mehrfach Berichtigungen und Veränderungen erfahren hat (vgl. Stage, jurPR-StrafR 3/2018 Anm. 1; Lienert, HRRS 2017, 265, 268).

9 bb) Der Gesetzgeber des 1. FiMaNoG hat in Umsetzung der Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2016 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (ABl. L 173 vom 12. Juni 2014, S. 179) die Strafdrohungen verschärft, indem er eine Versuchsstrafbarkeit auch für die vorsätzliche Marktmanipulation eingeführt (vgl. § 38 Abs. 4 WpHG nF) sowie mit § 38 Abs. 5 WpHG nF einen als Verbrechen ausgestalteten Qualifikationstatbestand geschaffen hat. Die durch das 1. FiMaNoG geschaffene Rechtslage erscheint sonach bei der gebotenen konkreten Gesamtbetrachtung nicht als das gemäß § 2 Abs. 3 StGB mildere Recht (zum Meistbegünstigungsprinzip und zu der gebotenen konkreten Betrachtungsweise siehe BGH, Urteil vom 4. Juli 2018 – 5 StR 46/18, juris Rn. 19 mwN).

10 b) Zwar hat der Gesetzgeber den Zeitpunkt des Inkrafttretens des 1. FiMaNoG auf den 2. Juli 2016 bestimmt, während die Vorschriften der MAR, auf welche die Straf- und Bußgeldvorschriften der §§ 38, 39 WpHG nunmehr verweisen, gemäß Art. 39 Abs. 2 MAR erst ab dem 3. Juli 2016 in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union Geltung erlangt haben und für die Normadressaten unmittelbar verbindlich geworden sind. Die Frage, ob es sich dabei – worauf die Gesetzesmaterialien (vgl. BT-Drucks. 18/7482, S. 1 einerseits und S. 80 andererseits) sowie der geringe zeitliche Abstand des Inkrafttre-

tens beider Regelungswerke hindeuten könnte – um ein gesetzgeberisches Versehen (Möllers/Herz, JZ 2017, 445; Szesny, BB 2017, 515, 517) oder um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung handelte (vgl. BaFin, Pressemitteilung vom 8. Juli 2016; Pananis, NSTZ 2017, 234, 237; Klöhn/Büttner, ZIP 2016, 1801, 1806), ist nunmehr in letzterem Sinne entschieden. Der Gesetzgeber hat in den Gesetzesmaterialien zum 2. FiMaNoG ausdrücklich festgehalten, dass eine vorzeitige Umsetzung der MAR beabsichtigt gewesen sei und diese gesetzgeberische Absicht in den Gesetzesmaterialien nur unvollkommen Ausdruck gefunden habe (vgl. BR-Drucks. 813/16, S. 258; so schon Klöhn/Büttner, ZIP 2016, 1801, 1808).

11 Eine vorzeitige Bezugnahme auf die in der MAR enthaltenen Verhaltensgebote und -verbote im Hinblick auf Insiderhandel und Marktmanipulation war rechtstechnisch möglich. Die MAR trat gemäß § 39 Abs. 1 MAR am zwanzigsten Tag nach ihrer am 12. Juni 2014 erfolgten Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union „in Kraft“ und wurde damit Teil des Unionsrechts (Art. 297 AEUV). Sie führte von diesem Zeitpunkt an zu einer (mittelbaren) Bindung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (vgl. Möllers/Herz, JZ 2017, 445, 447). Eine Bezugnahme auf sie zur Begründung nationaler Verhaltensgebote und -verbote wurde damit zwanglos möglich (vgl. BVerfG, Beschluss vom 3. Mai 2018 – 2 BvR 463/17, Rn. 24 f., ZIP 2018, 1126, 1129; aA Szesny, BB 2017, 515, 517).

12 c) Die Auslegung der §§ 38, 39 WpHG in der Fassung des 1. FiMaNoG unter Berücksichtigung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte und gesetzgeberischem Willen ergibt, dass das Verbot der Marktmanipulation in Fällen, in denen die Tathandlung einen Einwirkungserfolg in dem dort genannten Sinne herbeigeführt hat, auch am 2. Juli 2016 unter Strafe gestellt war. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung ging die in den §§ 38, 39 WpHG nF enthal-

tene Verweisung auf die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 am 2. Juli 2016 nicht gleichsam „ins Leere“ mit der Folge, dass es an diesem Tag an einer den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügenden Strafvorschrift gefehlt hätte und das Verbot der Marktmanipulation an diesem Tag nicht strafbewehrt gewesen wäre (aA Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, 2689, 2690; Gaede, wistra 2017, 41, 42 ff.; Rossi, NJW 2017, 969; Szesny, BB 2017, 515, 517 ff.; Bülte/Müller NZG 2017, 205, 210 f.).

13 aa) § 38 Abs. 1 Nr. 2 und § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG in der Fassung vom 2. Juli 2016 umschreiben das Vergehen der strafbaren Marktmanipulation nunmehr dahin, dass sich strafbar mache, wer gegen die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 verstößt, indem er vorsätzlich oder leichtfertig entgegen Artikel 15 MAR eine Marktmanipulation begeht und dadurch auf den inländischen Börsenkurs oder Marktpreis eines Finanzinstruments einwirkt. Die Umschreibung des strafbewehrten Verhaltens als „Verstoß“ gegen die MAR setzt nicht voraus, dass diese Verordnung in allen Mitgliedstaaten für die Normadressaten bereits unmittelbare Geltung erlangt hat (Kudlich, ZBB/JBB 2017, 72, 74; Bergmann/Vogt, NZWiSt 2017, 146, 151; aA Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, 2689, 2690; Gaede, wistra 2017, 41, 44; Szesny, BB 2017, 515, 517; Bülte/Müller, NZG 2017, 205, 209 f.).

14 (a) Der Gesetzgeber hat in den §§ 38, 39 WpHG in der Fassung des 1. FiMaNoG die Regelungstechnik der Verweisung gewählt, die regelmäßig allein den Verzicht bedeutet, den Text der in Bezug genommenen Vorschriften in ihrem vollen Wortlaut in die Verweisungsnorm aufzunehmen (BVerfG, Beschluss vom 3. Mai 2018 – 2 BvR 463/17, ZIP 2018, 1126, 1128). Auf die Frage, ob die Bezugsnorm ihrerseits eine Rechtsfolge ausspricht oder bereits oder noch „gilt“, kommt es nicht an (BVerfG, Beschluss vom 3. Mai 2018 – 2 BvR 463/17, aaO mwN). Eine wirksame Bezugnahme setzt voraus, dass die

in Bezug genommenen Vorschriften den Normadressaten durch Veröffentlichung bekannt gemacht worden sind (BVerfG, Beschluss vom 3. Mai 2018 – 2 BvR 463/17, aaO). Dies ist vorliegend durch die am 12. Juni 2014 erfolgte Veröffentlichung der MAR im Amtsblatt der EU geschehen.

15 (b) Die in den §§ 38, 39 WpHG enthaltene Formulierung des Verbots als „Verstoß gegen die Verordnung“, das mit einer Konjunktion („indem“) dahin erläutert wird, dass – beispielsweise – in § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG das in Art. 15 MAR enthaltene Verbot der Marktmanipulation angesprochen ist, setzt nicht voraus, dass die MAR zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verbotsnorm ihrerseits bereits für die Normadressaten unmittelbar Geltung erlangt hat (aA Bülte/Wick, ZWH 2017, 318, 320; Rothenfuß/Jäger, NJW 2016, 2689, 2690; Gaede, wistra 2017, 41, 44; Szesny, BB 2017, 515, 517). Der Strafgesetzgeber, der von Rechts wegen nicht gehindert ist, zur Umschreibung strafbaren Verhaltens auf einen Rechtsakt zu verweisen, der nicht mehr existiert, ist von Rechts wegen auch nicht gehindert, auf eine Rechtsvorschrift Bezug zu nehmen, die gegenüber dem einzelnen Normadressaten noch keine unmittelbare Geltung entfaltet (vgl. BVerfG, Beschluss vom 3. Mai 2018 – 2 BvR 463/17, aaO). Der Gesetzeswortlaut steht mithin einer Auslegung der §§ 38, 39 WpHG nicht entgegen, dass sie auch vor dem 3. Juli 2016 begangene Verstöße gegen die in der MAR enthaltenen Gebote und Verbote erfasst (vgl. BVerfG, Beschluss vom 3. Mai 2018 – 2 BvR 463/17, juris Rn. 25; aA Möllers/Herz, WuB 2017, 309, 312; Gaede, wistra 2017, 41, 43 ff.; Rothenfuß/Jäger, NJW 2016, 2689, 2691; Wessing/Janssen, EWiR 2017, 165, 166; Bülte/Wick, ZWH 2017, 318, 320).

16 (c) Soweit gegen ein solches Wortlautverständnis eingewandt worden ist, dass damit dem Tatbestandsmerkmal des „Verstoßes gegen die Verordnung“ jeder eigenständige Bedeutungsgehalt abgesprochen werde und eine solche

Auslegung gegen das „Verschleifungsverbot“ verstoße (Bülte/Müller NZG 2017, 205, 208 f.), vermag der Senat dem nicht zu folgen. Der Gesetzeswortlaut belegt vielmehr durch den mit einer Konjunktion („indem“) eingeleiteten erläuternden Nebensatz, dass der „Verstoß gegen die MAR“ nicht als ein zusätzliches und eigenständiges Tatbestandsmerkmal zu verstehen ist (zutreffend Bergmann/Vogt, NZWiSt 2017, 146, 150). Die mit der ausdrücklichen Bezugnahme auf die MAR verbundene Hervorhebung der Rechtsquelle, der das bei Strafe verbotene Verhalten entlehnt ist, dient ersichtlich der Klarstellung, dass es sich (nunmehr) um europarechtliche Verhaltensgebote und -verbote und nicht (mehr) um solche des nationalen Rechts handelt. Eine eigenständige strafbarkeitsbegrenzende Funktion kommt der gewählten Formulierung demgegenüber nicht zu (vgl. Kudlich, ZBB/JBB 2017, 72, 74; Bergmann/Vogt, NZWiSt 2017, 146, 150; aA Bülte/Müller NZG 2017, 205, 208).

17 bb) Eine Auslegung der §§ 38, 39 WpHG unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens ergibt, dass der Gesetzgeber des 1. FiMaNoG in den §§ 38, 39 WpHG auf die MAR unabhängig davon Bezug nehmen wollte, dass diese erst ab dem 3. Juli 2016 in den Mitgliedstaaten unmittelbare Geltung erlangte und zunächst (noch) keine unmittelbaren Verhaltenspflichten für die Normadressaten begründete (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16, juris Rn. 10, BGHSt 62, 13, 17).

18 (a) Der Gesetzgeber verfolgte mit den durch das 1. FiMaNoG bewirkten Änderungen des Wertpapierhandelsgesetzes das Ziel, die nationalen Regelungen an das europäische Rechtsregime anzupassen und die Initiativen des europäischen Gesetzgebers, die dieser aus Anlass der Finanzkrise mit dem Ziel der Verbesserung der Transparenz und der Sicherung der Integrität der Märkte sowie zum Schutz der Anleger ergriffen hatte, aufzunehmen und umzusetzen (vgl. BT-Drucks. 18/7482, S. 1). Die zum 2. Juli 2014 in Kraft getretene Richt-

linie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (ABl. L 173 vom 12. Juni 2014 – Marktmissbrauchsrichtlinie – CRIM-MAD) und die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung – MAR), die unter anderem auf eine europaweite Vereinheitlichung der Regeln zur Verhinderung des Marktmissbrauchs sowie auf eine Verschärfung der Sanktionen für Insiderhandel und Marktmanipulation zielten, sollten fristgerecht umgesetzt werden. Der nationale Gesetzgeber beabsichtigte, die europäische Richtlinie 2014/57/EU sowie die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 im Verhältnis „1:1“ in das deutsche Recht umzusetzen (vgl. BT-Drucks. 18/7482, S. 3). Die bisherigen Vorschriften des WpHG zu Insiderhandel und Marktmanipulation sollten zu diesem Zweck überarbeitet und in weiten Teilen aufgehoben werden (BT-Drucks. 18/7482, S. 2). Zugleich sollten die Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbestände der Marktmanipulation und des Insiderhandels im Wertpapierhandelsgesetz an die Vorgaben der Richtlinie 2014/57/EU angepasst und verschärft werden (vgl. BT-Drucks. 18/7482, S. 3). Der in den Gesetzesmaterialien klar zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers ging dahin, im „Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie 2014/57/EU und mit der Wertung des bisher geltenden nationalen Rechts“ im Bereich der Marktmanipulation vorsätzliches Handeln in schwerwiegenden Fällen unter Strafe zu stellen (BT-Drucks. 18/7482, S. 64). Damit belegen die Gesetzesmaterialien zweifelsfrei den gesetzgeberischen Willen, eine lückenlose Ahndung von Insiderhandel und Marktmanipulation mit dem Mittel des Strafrechts zu gewährleisten, wie dies bereits vor der unmittelbaren Geltung von MAR und Marktmissbrauchsrichtlinie der Fall war.

- 19 (b) Zwar hat der Gesetzgeber die Aufhebung der bisherigen Strafvorschriften und die Neufassung der Straftatbestände unter Bezugnahme auf die MAR auch damit begründet, dass „die Verbote von Insiderhandel und Marktmanipulation nunmehr überwiegend in der ab dem 3. Juli 2016 unmittelbar geltenden Verordnung (EU) Nr. 596/2014 enthalten seien“ (vgl. BT-Drucks. 18/7482, S. 3). Diese Erwägung spricht jedoch nicht gegen den gesetzgeberischen Willen, die in der MAR enthaltenen Verhaltensgebote und -verbote in Bezug auf Insiderhandel und Marktmanipulation vorzeitig in Bezug zu nehmen, zumal in der Entwurfsbegründung zum 2. FiMaNoG betont wird, dass „die Absicht des Gesetzgebers, die straf- oder bußgeldbewehrten Vorschriften der Verordnung [...] vorzeitig für anwendbar zu erklären“ in der Gesetzesbegründung nicht hinreichend deutlich hervorgetreten sei (vgl. BR-Drucks. 813/16, S. 258).
- 20 (c) Der nationale Gesetzgeber beabsichtigte mithin, am strafbewehrten Verbot der Marktmanipulation festzuhalten und die nationale Rechtslage an das europäische Rechtsregime, insbesondere an die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung – ABl. L 173 vom 12. Juni 2014), die am 3. Juli 2016 im Inland unmittelbar Geltung erlangt hat, anzupassen.
- 21 cc) Die Auslegung der §§ 38, 39 WpHG dahin, dass der Gesetzgeber die MAR mit dem 1. FiMaNoG im Inland bereits zum 2. Juli 2016 und damit vorzeitig in Kraft gesetzt hat, gerät nicht in Konflikt mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG (vgl. BVerfG, Beschluss vom 3. Mai 2018 – 2 BvR 463/17, ZIP 2018, 1126, 1128; aA Gaede, wistra 2017, 41, 44 f.; Rossi NJW 2017, 966, 969; Bergmann/Vogt, NZWiSt 2017, 146, 150 f.). Die Normen sind – ungeachtet des Umstands, dass der in Bezug genommene Art. 15 MAR das Verbot der Marktmanipulation selbst nicht im Einzelnen umschreibt, sondern es insoweit

eines Rückgriffs auf die in den Art. 7, 8 und 12 MAR enthaltenen Begriffsbestimmungen bedarf – hinreichend bestimmt (BGH, Beschluss vom 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16, BGHSt 62, 13, 19; aA Pananis, NStZ 2017, 234, 237; Bergmann/Vogt, wistra 2016, 347, 351).

22 dd) Soweit schließlich bezweifelt worden ist, ob der nationale Gesetzgeber unter Berücksichtigung der durch Art. 288 Abs. 2 AEUV angeordneten unmittelbaren Wirkung einer EU-Verordnung die Kompetenz habe, die Vorschriften der MAR durch eine nationale Regelung vorzeitig für anwendbar zu erklären (vgl. Rothenfußer, AG 2017, 149, 151; Rossi, NJW 2017, 966, 969), teilt der Senat diese Bedenken nicht. Der nationale Gesetzgeber hat nicht über den zeitlichen Anwendungsbereich der Marktmissbrauchsverordnung disponiert, sondern – ohne dass dies mit Unionsrecht in Konflikt geriete – durch eine nationale Strafnorm auf das Unionsrecht Bezug genommen und dieses vorzeitig umgesetzt (vgl. Möllers/Herz, WuB 2017, 309, 311). Der nationale Gesetzgeber hat damit eine bereits existierende europäische Norm, deren unmittelbare Geltung nur deshalb in die Zukunft verlegt worden ist, um den Mitgliedstaaten bis spätestens zum 3. Juli 2016 eine Anpassung ihrer nationalen Rechtsordnungen zu ermöglichen, in seinem Hoheitsgebiet schon früher für anwendbar erklärt; der Anwendungsvorrang des Unionsrechts wird dadurch nicht in Frage gestellt (Möllers/Herz, JZ 2017, 445, 447; Kudlich, ZBB/JBB 2017, 72, 74; aA Rossi, ZIP 2016, 2437, 2441 f.; Lorenz/Zierden, HRRS 2016, 443, 447; Rothenfußer, AG 2017, 149, 151). Es steht dem nationalen Gesetzgeber frei, eine Bindung der Normadressaten an eine in Kraft getretene EU-Verordnung in seinem Hoheitsgebiet vorzeitig herbeizuführen (zutreffend Möllers/Herz, WuB 2017, 309, 311; vgl. auch Lienert, HRRS 2017, 265, 266; Hippeli, jurisPR-HaGesR 2/2017, Anm. 5). Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Möglichkeit den Intentionen des europäischen Ordnungsgebers im Kapitalmarktrecht zuwiderlaufen könnte, sind weder der MAR noch sonstigen europäischen Rechtsakten, die sich auf die

Frage der Ahndung von Insiderhandel und Marktmanipulation beziehen, zu entnehmen (Möllers/Herz, WuB 2017, 309, 311; ebenso Gaede, wistra 2017, 41, 43; aA Rothenfußer, AG 2017, 149, 151). Art. 30 Abs. 1 Unterabsatz 2 MAR spricht im Übrigen von „Verstößen“ gegen einzelne Artikel der MAR vor dem 3. Juli 2016 und belegt damit, dass gegen einzelne Artikel noch vor dem Geltungsbeginn verstoßen werden kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 3. Mai 2018, juris Rn. 25, ZIP 2018, 1126, 1129).

23 d) Es liegt mithin – anders als in der Fallkonstellation, die dem Urteil des 4. Strafsenats vom 23. Juli 1992 (4 StR 194/92, NStZ 1992, 535, 536 [Kälbermast]) zugrunde lag – keine ungewollte Ahnungslücke vor, auf die das einfachrechtlich in § 2 Abs. 3 StGB verankerte Meistbegünstigungsprinzip Anwendung finden könnte.

24 2. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit dem durch das Zweite Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG – in das Wertpapierhandelsgesetz eingefügten § 52 WpHG nunmehr für Altfälle eine Übergangsvorschrift geschaffen, die heute ohne inhaltliche Änderung als § 137 WpHG gilt. Die Übergangsvorschrift bestimmt in ihrem Absatz 1, dass bis zum Ablauf des 1. Juli 2016 begangene Straftaten nach § 38 WpHG abweichend von § 2 Abs. 3 StGB nach dem Tatzeitrecht geahndet werden.

25 Damit hat der Gesetzgeber (auch) für Vergehen der Marktmanipulation das einfachgesetzlich in § 2 Abs. 3 StGB verankerte Meistbegünstigungsprinzip außer Kraft gesetzt und die Fortgeltung des Tatzeitrechts angeordnet. Er handelte dabei ausweislich der Gesetzesmaterialien (vgl. BR-Drucks. 813/16, S. 258 ff.; siehe auch BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2018 – 2 BvR 375/17, 2 BvR 1785/17, WM 2018, 1251, 1252) mit dem Ziel, eventuelle Unsicherheiten zu beseitigen und klarzustellen, dass Verstöße gegen die MAR nach dem Wil-

len des Gesetzgebers lückenlos mit Strafe bedroht sein sollten. Das gesetzgeberische Handeln zielte erkennbar zugleich darauf ab, die Wirkungen einer möglichen Ahndungslücke für Altfälle zu begrenzen, wie dies bereits früher in anderen Fallkonstellationen geschehen ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29. November 1989 – 2 BvR 1491/87, 2 BvR 1492/87, BVerfGE 81, 132 zu § 7a FPersG aF; OLG Stuttgart, Urteil vom 6. November 1998 – 1 Ss 437/98, NStZ-RR 1999, 379 zu § 30a BNatschG aF; siehe auch Schützendübel, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, (2012), S. 89 ff.; Schröder, ZStW 112 (2000), 44, 45).

26 Die Übergangsregelung des § 52 Abs. 1 WpHG bzw. § 137 Abs. 1 WpHG, die für Straftatbestände zwingend die Anwendung des Tatzeitrechts anordnet, begegnet weder verfassungsrechtlichen noch europarechtlichen Bedenken.

27 a) Das in § 2 Abs. 3 StGB verankerte Meistbegünstigungsprinzip ist nach herrschender Auffassung, von der abzurücken kein Anlass besteht, nicht verfassungsrechtlich fundiert (BGH, Beschluss vom 2. April 1996 – GSSt 2/95, BGHSt 42, 113, 120; BVerfG, Beschluss vom 29. November 1989 – 2 BvR 1491/87, 2 BvR 1492/87, BVerfGE 81, 132, 136; Beschluss vom 18. September 2008 – 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769, 3770; Bülte/Müller, NZG 2017, 205, 212; aA Gaede, wistra 2017, 41, 45). Der Gesetzgeber ist sonach nicht gehindert, das einfachgesetzliche Meistbegünstigungsprinzip durch einfaches Gesetz zu suspendieren, wenn und soweit die Regelung im Übrigen verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht. Dies ist für die vorliegend allein maßgebliche Norm des § 52 Abs. 1 bzw. § 137 Abs. 1 WpHG der Fall. Sie ordnet – anders als der jeweilige Absatz 2 für das Recht der Ordnungswidrigkeiten – zwingend an, dass Tatzeitrecht anzuwenden ist. Die Norm

genügt daher dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) und begegnet auch im Übrigen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

28 b) Die Übergangsvorschrift des § 52 Abs. 1 bzw. § 137 Abs. 1 WpHG gerät – ungeachtet aller Einzelheiten zu Schutzbereich und Schrankenregime – nicht in Konflikt mit Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-GrCharta.

29 Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-GrCharta verpflichtet die Gerichte dazu, in Fällen, in denen der Gesetzgeber nach Begehung einer Straftat durch Gesetz eine mildere Strafe einführt, diese mildere Strafe zu verhängen. Der Schutzbereich der Garantie ist nicht berührt. Denn es fehlt an einer Ahnungslücke und damit zugleich an den tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-GrCharta, der eine durch den Gesetzgeber geschaffene spätere günstigere Rechtslage voraussetzt.

30 Der Senat kann daher offen lassen, ob Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-GrCharta – anders als § 2 Abs. 3 StGB – nur ein einfaches Milderungsgebot gewährleistet und nicht gebietet, auch mildere Zwischenrechtslagen zu berücksichtigen (in diesem Sinne Schützendübel, aaO, S. 112 f.; Bülte/Müller, NZG 2017, 205, 213; aA Möllers/Herz, JZ 2017, 445, 450; Gaede, wistra 2017, 41, 47; ders., wistra 2011, 365, 368; Eser, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Art. 49 Rn. 34 sowie Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl., Art. 49 Rn. 15). Offen bleiben kann auch, ob die Übergangsvorschrift als ein das Grundrecht des Art. 49 Abs. 1 EU-GrCharta in verhältnismäßiger Weise einschränkendes Gesetz im Sinne des Art. 52 Abs. 1 EU-GrCharta angesehen werden könnte (in diesem Sinne Möllers/Herz JZ 2017, 445, 450) oder ob die Garantie des Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-GrCharta tatsächlich der nachträglichen Korrektur einer mit europarechtlichen Vorgaben in Konflikt geratenden „gesetzgeberischen Fehlleistung“ entgegenstehen könnte

(vgl. Gaede, wistra 2011, 365, 372; zur „Korrekturpflicht“ des Gesetzgebers zur Beseitigung eines „unionsrechtswidrigen Zustands“ vgl. Bergmann/Vogt, wistra 2016, 347, 351 f., aA Gaede, wistra 2011, 365, 372 f.).

Schäfer

Bartel

Wimmer

Grube

Schmidt