



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 106/13

vom

4. Dezember 2013

BGHSt: ja
BGHR: ja
Nachschlagewerk: ja
Veröffentlichung: ja

WpHG § 38 Abs. 2 i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 2, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3
MaKonV § 4 Abs. 3 Nr. 2
StGB § 25 Abs. 2

1. Beim Straftatbestand des § 38 Abs. 2 i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 2, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV handelt es sich um ein Jedermannsdelikt, für das die allgemeinen Regeln zu Täterschaft und Teilnahme gelten.

2. Die Strafbarkeit nach diesen Vorschriften setzt nicht voraus, dass der Täter mit mehr als fünf Prozent an der betroffenen Gesellschaft beteiligt ist.

BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2013 - 1 StR 106/13 - LG Stuttgart

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

wegen verbotener Marktmanipulation

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 4. Dezember 2013 beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 12. Oktober 2012 hinsichtlich der Feststellungen nach § 111i Abs. 2 StPO aufgehoben (Ziffer II. des Tenors); diese Feststellungen entfallen (§ 349 Abs. 4 StPO).
2. Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten gegen das vorbezeichnete Urteil werden verworfen (§ 349 Abs. 2 StPO).
3. Jeder Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten wegen verbotener Marktmanipulation verurteilt und gegen den Angeklagten M. eine Freiheitsstrafe von drei Jahren und zwei Monaten sowie gegen die Angeklagten E. und O. jeweils Freiheitsstrafen von einem Jahr und neun Monaten bzw. einem Jahr und zehn Monaten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde, verhängt. Zudem hat es festgestellt, dass hinsichtlich des Angeklagten M. wegen eines Geldbetrages von 25.660.856,02 Euro, hinsichtlich des Angeklagten E. wegen eines Geldbetrages von 549.294,01 Euro sowie hinsichtlich des Angeklagten O. wegen eines Geldbetrages von 3.540.491,06 Euro nur deshalb nicht auf Wertersatzverfall erkannt wird, weil Ansprüche Verletzter entgegenstehen.

2 Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten mit ihren jeweils auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revisionen. Die Rechtsmittel haben nur in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg, im Übrigen sind sie unbegründet.

I.

3 1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

4 Der Angeklagte M. brachte sich Anfang des Jahres 2006 in den fast vollständigen Besitz der Freihandelsaktien der D. Inc. (im Folgenden: D.), einer Gesellschaft zur Entdeckung und Förderung von Rohstoffen. Gemeinsam mit dem gesondert Verfolgten G. entschloss sich der Angeklagte M. , den Börsenpreis der Aktie D. durch massive Empfehlungen - unter Verschweigen der eigenen Aktienbestände und den darin liegenden Interessenkonflikten - zu steigern, um die eigenen Aktien mit Gewinn verkaufen zu können. Der Angeklagte M. übertrug etwa die Hälfte des Aktienbestandes auf G. , der die Vermarktung der Aktie übernehmen sollte. Der gesondert Verfolgte G. „sollte auf sein Netzwerk von vermeintlichen Börsenjournalisten zurückgreifen und diese in Form aufeinander abgestimmter gemeinsamer Vorgehensweise im Einzelnen dirigieren“. Deswegen nahm der Angeklagte M. zumindest billigend in Kauf, dass G. sich zur Umsetzung des Plans der Hilfe weiterer Personen bediente.

5 Im Zeitraum vom 15. Mai 2006 bis 15. Juni 2006 ließen der Angeklagte M. und der gesondert Verfolgte G. die Aktie in zahlreichen Medien nachhaltig zum Kauf empfehlen, wobei die Kapitalanlage u.a. wegen der Beteiligung eines bekannten Geologen sowie eines von diesem eingebrachten Explorationsprojekts als lukrative Investition dargestellt wurde. Regelmäßig wurden Empfehlungen mittels konkreten Kaufpreislimits ausgesprochen. Ein operatives Geschäft betrieb die Gesellschaft nicht.

6 An der Vermarktungskampagne beteiligten sich in Absprache mit G. und in Kenntnis von dessen Empfehlungen auch die Angeklagten E. und O. . E. erhielt im Mai 2006 von G. 100.000 D. Aktien und veröffentlichte im Gegenzug am 15. Mai 2006 als „Initialzündung“ eine Empfehlung der Aktie im Nachrichtenmagazin FOCUS sowie in der Folgezeit weitere Empfehlungen in den von ihm herausgegebenen Börsenbriefen „Blue Sky Level“ und „Commodity Stock Investor“. O. erhielt - vermittelt durch G. - im April 2006 mehr als eine Million D. Aktien außerbörslich zu einem deutlich unter dem Börsenkurs liegenden Kaufpreis, veröffentlichte im Gegenzug ab dem 22. Mai 2006 Empfehlungen in seinem Börsenbrief „Rohstoffraketen“ und bewarb die Aktie im Rahmen eines Anlegerseminars. Teilweise wurden die Empfehlungen engmaschig mit dem gesondert Verfolgten G. abgestimmt. Dieser empfahl die Aktie in seinem Börsenbrief „bullVestor“, warb weitere Verfasser von Börsenbriefen für Empfehlungen gegen Entgelt an und organisierte Werbeanzeigen in überregionalen Printmedien. In keiner der Veröffentlichungen wurden die Aktienbestände der Angeklagten offengelegt; Disclaimer bzw. Warnhinweise in den per Email versandten Börsenbriefen oder auf den betreffenden Homepages enthielten lediglich pauschale Hinweise darauf, dass Herausgeber und Mitarbeiter Positionen der in den Veröffentlichungen besprochenen Wertpapieren halten können.

7 Nachdem die Aktie D. nach ihrer erstmaligen Börsennotierung am 24. Februar 2006 nahezu umsatzlos blieb, steigerte sich der Börsenpreis der D. Aktien aufgrund der Veröffentlichungen von 2,10 Euro im Zeitpunkt der ersten Veröffentlichung am 15. Mai 2006 auf 18,10 Euro am 15. Juni 2006. Nach Abschluss der Vermarktungskampagne fiel der Aktienkurs wieder ab; am 30. Juni 2006 betrug er noch 2,92 Euro. Im Laufe der Jahre 2006 und 2007 gingen Umsatz und Kurs nach und nach vollends zurück, bis die Aktie D. wieder ohne nennenswertes Handelsvolumen war und der Kurs gegen Null tendierte. Die Angeklagten nutzen die Kurssteigerungen zum gewinnbringenden Verkauf der Aktien aus. Insgesamt erzielten der Angeklagte M. 25.660.856,02 Euro, der Angeklagte E. 549.294,01 Euro und der Angeklagte O. 3.540.491,06 Euro aus dem Verkauf der Aktien, wobei die Verkäufe zum Teil erst nach dem Abschluss der Vermarktungskampagne erfolgten.

8 2. Das Landgericht hat das Geschehen als von den Angeklagten gemeinschaftlich (§ 25 Abs. 2 StGB) begangene verbotene Marktmanipulation in Form des sog. „scalping“ gemäß § 38 Abs. 2 WpHG i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 2, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG, § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV, jeweils in der zur Tatzeit geltenden Fassung, gewertet.

II.

9 Der Verurteilung der Angeklagten steht kein Verfahrenshindernis entgegen.

10 1. Die Verfolgung der den Angeklagten zur Last gelegten verbotenen Marktmanipulation ist nicht verjährt. Die sechsmonatige presserechtliche Verjährungsfrist gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 PresseG BW (zur Bestimmung des anzuwendenden Landesrechts vgl. BGH, Beschluss vom 29. November 1994 - 3 StR 221/94, NJW 1995, 893) greift nicht. Die Vorschrift bezieht sich auf die Strafverfolgung von Vergehen und Verbrechen, die durch Veröffentlichung oder Verbreitung von Druckwerken strafbaren Inhalts begangen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Mai 2004 - 1 StR 187/04, wistra 2004, 339; BGH, Urteil vom 21. Dezember 1994 - 2 StR 628/94, BGHSt 40, 385). Ein solches Presseinhaltsdelikt liegt hier entgegen der Auffassung der Revision nicht vor. Zwar erfolgten die sonstigen Täuschungshandlungen i.S.v. § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG jedenfalls zum Teil durch Veröffentlichung von Empfehlungen in Druckwerken i.S.v. § 7 PresseG BW. Durch die Veröffentlichungen allein sind jedoch noch nicht alle Merkmale des Straftatbestands erfüllt. Es bedarf über die sonstige Täuschungshandlung hinaus noch einer Einwirkung auf den inländischen Börsen- oder Marktpreis eines Finanzinstruments (§ 38 Abs. 2 WpHG).

11 2. Der Grundsatz der Spezialität steht der strafrechtlichen Verfolgung des Angeklagten M. wegen verbotener Marktmanipulation nicht entgegen.

12 a) Die Revision macht geltend, die Auslieferung des Angeklagten M. aus Österreich sei jedenfalls auch wegen des Vorwurfs des Betruges erfolgt. Eine Verurteilung ausschließlich wegen verbotener Marktmanipulation sei mit dem Spezialitätsgrundsatz nicht vereinbar. Bei diesem Tatbestand handle es sich nach österreichischem Recht lediglich um eine Verwaltungsübertretung, die allein eine Auslieferung mangels beiderseitiger Strafbarkeit nicht hätte stützen können.

b) Der Spezialitätsgrundsatz ist nicht verletzt. Der Angeklagte M. wurde nicht wegen einer „anderen Tat“ verurteilt, als derjenigen, die der Übergabe zugrunde lag (§ 83h Abs. 1 Nr. 1 IRG).

14 Der dem Spezialitätsgrundsatz zugrunde liegende Tatbegriff umfasst den gesamten mitgeteilten Lebenssachverhalt, innerhalb dessen der Verfolgte einen oder mehrere Straftatbestände erfüllt haben soll (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 2. November 2010 - 1 StR 544/09, BGHR IRG § 83h Abs. 1 Nr. 1 Spezialitätsgrundsatz 2 mwN). Der Begriff der „anderen Tat“ i.S.d. § 83h Abs. 1 Nr. 1 IRG knüpft allein an die Beschreibung der Straftat in der Auslieferungsbewilligung, diese wiederum an den Europäischen Haftbefehl an. Eine „andere Tat“ liegt nicht vor, wenn sich die Angaben im Europäischen Haftbefehl und diejenigen im späteren Urteil hinreichend entsprechen (BGH, Beschluss vom 2. November 2010 - 1 StR 544/09, BGHR IRG § 83h Abs. 1 Nr. 1 Spezialitätsgrundsatz 2; EuGH, Urteil vom 1. Dezember 2008 - Rechtssache C-388/08, NStZ 2010, 35). Das ist hier der Fall.

15 Der der Verurteilung zugrunde liegende Lebenssachverhalt entspricht dem Lebenssachverhalt, der dem ersuchten Staat im ausschließlich auf den Vorwurf der verbotenen Marktmanipulation gestützten Europäischen Haftbefehl vom 16. Februar 2011 mitgeteilt wurde. Diesen Lebenssachverhalt haben sowohl das Landesgericht Korneuburg im Beschluss vom 9. Juni 2011 („Gegen die im bezughabenden Europäischen Haftbefehl geschilderte Sachverhalts- und Verdachtslage liegen keine Bedenken vor, so dass davon auszugehen ist.“) als auch im Beschwerdeverfahren das Oberlandesgericht Wien im Beschluss vom 26. Juli 2011 („Nach dem genannten Europäischen Haftbefehl ist M. verdächtig, ...“; „Dabei ist von dem im Europäischen Haftbefehl angeführten Sachverhalt auszugehen ...“) ihren Entscheidungen zugrunde gelegt.

16 Der Umstand, dass der ersuchte Staat die dem Angeklagten M. zur Last gelegte Tat unter Berücksichtigung der von der Staatsanwaltschaft mit Schreiben vom 12. Mai 2011 mitgeteilten - dem damaligen Ermittlungsstand entsprechenden - Verdachtslage als „gewerbsmäßig schweren Betrug nach §§ 146, 147 Abs. 3, 148 zweiter Fall StGB“ gewürdigt hat, lässt die Identität der Tat unberührt. Von der Möglichkeit, die Auslieferung von einer Bedingung abhängig zu machen (vgl. § 72 IRG), hat Österreich keinen Gebrauch gemacht. Allein aus dem Hinweis auf die Geltung des Spezialitätsgrundsatzes ergibt sich nicht, dass die Auslieferung nur unter der Bedingung bewilligt sein soll, dass eine Verurteilung des Angeklagten M. wegen Betruges erfolgt. Dementsprechend kann auf sich beruhen, ob die Urteilsfeststellungen nicht auch hinreichende Anhaltspunkte für die Feststellung eines Betruges ergeben.

III.

17 Die von den Angeklagten erhobenen Verfahrensrügen decken keine den Bestand des Urteils gefährdenden Rechtsfehler auf. Sie bleiben aus den in den Antragsschriften des Generalbundesanwalts zutreffend dargelegten Gründen ohne Erfolg.

IV.

18 Die auf die Sachrüge vorzunehmende Nachprüfung des angefochtenen Urteils hat hinsichtlich des Schuld- und Strafausspruchs keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben. Die Feststellungen belegen eine verbotene Marktmanipulation gemäß § 38 Abs. 2 WpHG i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 2,

§ 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG, § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV in der zur Tatzeit gültigen Fassung, für die seitdem Unrechtskontinuität besteht.

19 Der Senat erachtet - trotz der verschiedentlich im Schrifttum geäußerten Zweifel (Altenhain in KölnerKommentar-WpHG, 2. Aufl., § 38 Rn. 23, 24; Kutzner, WM 2005, 1401; Moosmayer, wistra 2002, 161; Sorgenfrei in Park-Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl., Teil 3 Kap. 4 Rn. 61 ff., 214; Schömann, Die Strafbarkeit der Marktmanipulation gemäß § 38 Abs. 2 WpHG S. 132 f.) - die die Strafbarkeit begründenden Regelungen für verfassungsgemäß (ebenso Fleischer in Fuchs, WpHG, § 20a Rn. 72; Vogel in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., vor § 20a Rn. 26 ff., 30; Mock in KölnerKommentar-WpHG, 2. Aufl., § 20a Rn. 94 ff.). Wie auch bei der Vorgängervorschrift des § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG aF (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 6. November 2003 - 1 StR 24/03, BGHSt 48, 373, 383 f.), die mit Ausnahme der Manipulationsabsicht dem geltenden § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG entspricht, besteht kein Anlass zu Zweifeln an der Verfassungsgemäßheit.

20 Der näheren Erörterung bedürfen darüber hinaus lediglich folgende Gesichtspunkte:

21 1. Die Veröffentlichungen der Kaufempfehlungen für die D. Aktie durch die Angeklagten E. und O. sowie den gesondert Verfolgten G. im Nachrichtenmagazin FOCUS, in den Börsenbriefen sowie in verschiedenen überregionalen Printmedien stellen sonstige Täuschungshandlungen dar, die geeignet waren, auf den inländischen Börsenpreis eines Finanzinstruments einzuwirken (§ 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG).

22 Nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 der auf Grundlage von § 20a Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 WpHG erlassenen Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung (MaKonV)

sind sonstige Täuschungshandlungen in diesem Sinne insbesondere auch „die Nutzung eines gelegentlichen oder regelmäßigen Zugangs zu traditionellen oder elektronischen Medien durch Kundgabe einer Stellungnahme oder eines Gerüchts zu einem Finanzinstrument oder dessen Emittenten, nachdem Positionen über dieses Finanzinstrument eingegangen worden sind, ohne dass dieser Interessenkonflikt zugleich mit der Kundgabe in angemessener und wirksamer Weise offenbart wird“. Diese Regelung setzt Art. 1 Nr. 2 Buchst. c. 3. Spiegelstrich der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation - Marktmissbrauchsrichtlinie - (ABl. L 96 vom 12. April 2003 S. 16) in deutsches Recht um (vgl. BR-Drucks. 18/05 S. 17).

23 a) Die drei Angeklagten und der gesondert Verfolgte G. haben vor Veröffentlichung der Kaufempfehlungen in erheblichem Umfang D. Aktien erworben. Sie haben sodann jeweils Stellungnahmen zu D. veröffentlicht, ohne auf den Interessenkonflikt hinzuweisen, der durch das Innehaben eigener Aktien an D. begründet worden ist.

24 aa) Die Angeklagten O. und E. sowie der gesondert Verfolgte G. haben die daraus resultierenden Interessenkonflikte nicht in angemessener und wirksamer Weise zugleich mit den von ihnen veröffentlichten Kaufempfehlungen offengelegt.

25 bb) Dem Angeklagten M., der selbst keine Empfehlungen zur Aktie D. abgegeben hat, waren diese veröffentlichten Kaufempfehlungen nach den Grundsätzen der Mittäterschaft zuzurechnen (§ 25 Abs. 2 StGB).

26 Der Senat teilt nicht die Auffassung der Revision des Angeklagten M., bei der verbotenen Marktmanipulation nach § 38 Abs. 2 WpHG i.V.m. § 39

Abs. 1 Nr. 2, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG, § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV handele es sich um ein Sonderdelikt, so dass tauglicher Täter nur sein könne, wer sich selbst bei Kundgabe der Empfehlung aufgrund eigener Positionen an dem empfohlenen Finanzinstrument in einem Interessenkonflikt befinde. Vielmehr handelt es sich um ein Jedermannsdelikt, für das die allgemeinen Regeln zu Täterschaft und Teilnahme gelten. Eine Einschränkung des Täterkreises entspricht weder dem Wortlaut noch dem Schutzzweck der Norm.

27 (1) Der Straftatbestand des § 38 Abs. 2 i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 2 WpHG ist als Allgemein- bzw. Jedermannsdelikt formuliert („wer..., wird bestraft“) und enthält keine Beschränkung auf eine bestimmte Tätergruppe. Gleiches gilt für die Verbotsnorm des § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG, die sich ebenfalls an jedermann und nicht an eine bestimmte Personengruppe richtet. Auch der Wortlaut des § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV („Kundgabe ... nachdem Positionen ... eingegangen worden sind, ohne dass dieser Interessenkonflikt ... offenbart wird“), der - ohne strafbarkeitsbegründende Wirkung (zur KuMaKV vgl. BGH, Urteil vom 6. November 2003 - 1 StR 24/03, BGHSt 48, 373, 383) - die Tatbestandsalternative der „sonstigen Täuschungshandlung“ konkretisiert, enthält keine Einschränkung dahin, in welcher Person der Interessenkonflikt eingetreten sein muss (OLG München, Beschluss vom 3. März 2011 - 2 Ws 87/11, NJW 2011, 3664).

28 (2) Das Verbot der Marktmanipulation gemäß § 20a WpHG, das jede Täuschung verbietet, die geeignet ist, auf den inländischen Börsenpreis eines Finanzinstruments einzuwirken, begründet bei der Abgabe von Kaufempfehlungen eine Pflicht zur Offenlegung von aufgrund eingegangener Positionen (vgl. Stoll in KölnerKommentar-WpHG, 2. Aufl., § 20a Anh. I - § 4 MaKonV Rn. 36) am empfohlenen Finanzinstrument bestehenden Interessenkonflikten. Ein zur

Einwirkung auf den Börsenpreis geeigneter Interessenkonflikt besteht über den Fall, dass der Empfehlende selbst eigene Positionen des empfohlenen Finanzinstruments hält (Stoll in KölnerKommentar-WpHG, 2. Aufl., § 20a Anh. I - § 4 MaKonV Rn. 36; BR-Drucks. 18/05 S. 17), hinaus in gleicher Weise, wenn mehrere Personen - Positionshalter einerseits, Empfehlender andererseits - gemeinschaftlich zusammenwirken (vgl. OLG München, Beschluss vom 3. März 2011 - 2 Ws 87/11, NJW 2011, 3664). Bei einer Beschränkung des Täterkreises auf Personen, die bei Kundgabe der Empfehlung eigene Positionen des betreffenden Finanzinstruments halten, würde weder die Zuverlässigkeit und Wahrheit der Preisbildung und damit die Funktionsfähigkeit der geregelten Kapitalmärkte noch das Vermögen der Anleger hinreichend geschützt, mithin der Schutzzweck der Norm leerlaufen (zum Schutzzweck von § 20a WpHG vgl. Übersicht zum Meinungsstand bei Vogel in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 20a Rn. 26 ff.; Altenhain in KölnerKommentar-WpHG, 2. Aufl., § 38 Rn. 2 ff.). Denn das Verbot des § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG i.V.m. § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV ließe sich dann durch eine arbeitsteilige Vorgehensweise umgehen (OLG München, Beschluss vom 3. März 2011 - 2 Ws 87/11, NJW 2011, 3664).

29 (3) Damit finden die allgemeinen Regeln über Täterschaft und Teilnahme Anwendung (Altenhain in KölnerKommentar-WpHG, 2. Aufl., § 38 Rn. 151; Waßmer in Fuchs, WpHG, § 38 Rn. 67; vgl. auch Vogel in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 20a Rn. 54). Handeln - wie hier - mehrere Personen gemeinschaftlich, reicht es daher aus, wenn eine von ihnen Positionen an dem Finanzinstrument hält und eine andere unter Nutzung eines Medienzugangs eine Stellungnahme oder ein Gerücht zu diesem Finanzinstrument abgibt bzw. äußert, ohne den bestehenden Interessenkonflikt zugleich in angemessener und wirksamer Weise offenzulegen. Dass das Landgericht den Angeklagten M.

als Mittäter gemäß § 25 Abs. 2 StGB angesehen hat, ist im Hinblick auf seine maßgebliche Beteiligung an der Planung, die Schaffung und Steuerung der Voraussetzungen zur Umsetzung dieser Planung, nämlich sich in den Besitz fast sämtlicher Freihandelsaktien zu bringen und diese sodann etwa zur Hälfte zu manipulativen Vermarktungszwecken an G. zu übertragen, sowie sein angesichts der immer noch gehaltenen eigenen Aktienbestände erhebliches Eigeninteresse revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

30 b) Die durch § 38 Abs. 2 WpHG i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 2, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG strafbewehrte Pflicht zur Offenlegung der eingegangenen Position an der D. Aktie entfällt auch nicht im Hinblick auf die Wertung des § 34b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WpHG i.V.m. § 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 der auf der Grundlage von § 34b Abs. 8 WpHG erlassenen Verordnung über die Analyse von Finanzinstrumenten (FinAnV).

31 Danach darf eine Finanzanalyse nur weitergegeben oder öffentlich verbreitet werden, wenn unter anderem Umstände und Beziehungen, die bei den Erstellern, den für die Erstellung verantwortlichen juristischen Personen oder mit diesen verbundenen Unternehmen Interessenkonflikte begründen können, zusammen mit der Finanzanalyse offengelegt werden. Offenlegungspflichtige Informationen über Interessenkonflikte liegen insbesondere vor, wenn wesentliche Beteiligungen zwischen den vorbezeichneten Personen und Unternehmen bzw. den für diese tätigen und an der Erstellung der Finanzanalyse mitwirkenden Personen und Unternehmen und den Emittenten, die selbst oder deren Finanzinstrumente Gegenstand der Finanzanalyse sind, bestehen. Als wesentlich gilt dabei gemäß § 5 Abs. 3 Satz 2 FinAnV eine Beteiligung in Höhe von mehr als fünf Prozent des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft. Diese Regelungen setzen Art. 6 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2003/125/EG der Kommis-

sion vom 22. Dezember 2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die sachgerechte Darbietung von Anlageempfehlungen und die Offenlegung von Interessenkonflikten (ABl. L 339 vom 24. Dezember 2003 S. 73) in deutsches Recht um.

32 aa) Die Revisionen machen geltend, bei Finanzanalysten - und um solche handele es sich bei den Angeklagten E. und O. - sei für die Frage, ob bei einer Beteiligung an dem betreffenden Finanzinstrument ein offenzulegender Interessenkonflikt vorliege, die Regelung des § 34b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WpHG i.V.m. § 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 FinAnV als *lex specialis* maßgeblich. Da die Angeklagten E. und O. jeweils für sich genommen zu keinem Zeitpunkt mehr als fünf Prozent des Grundkapitals der D. hielten, seien sie zu einer Offenlegung der eigenen Positionen bei Empfehlung der Aktie nicht verpflichtet gewesen.

33 bb) Dem folgt der Senat nicht. Es kann offen bleiben, ob es sich bei den durch die Angeklagten O. und E. veröffentlichten Kaufempfehlungen um Finanzanalysen i.S.v. § 34b Abs. 1 Satz 1 WpHG handelt. Gleiches gilt für die Frage, ob bei gemeinschaftlichem Handeln mehrerer Personen für die Bestimmung der Beteiligungsquote die Beteiligungen der Mittäter zusammenzurechnen wären, was freilich angesichts von Sinn und Zweck der Vorschrift des § 38 Abs. 2 WpHG i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 2, § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG und den Grundsätzen mittäterschaftlicher Begehungsweise nahe liegt. Darauf kommt es aber nicht an, da es einer solchen Beteiligungsquote nicht bedarf.

34 Denn jedenfalls ergibt sich aus § 34b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WpHG für Finanzanalysten keine Privilegierung im Hinblick auf die Strafbarkeit wegen verbotener Marktmanipulation. Entgegen einer im Schrifttum, freilich ohne nähere Begründung, vertretenen Auffassung (vgl. Sorgenfrei in Park, Kapitalmarktstraf-

recht, 3. Aufl., Teil 3 Kap. 4 Rn. 213; Fleischer in Fuchs, WpHG, § 20a Rn. 67; Stoll in KölnerKommentar-WpHG, 2. Aufl., § 20a Anh. I - § 4 MaKonV Rn. 38; Vogel in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 20a Rn. 234) wird die Strafbarkeit gemäß § 38 Abs. 2 WpHG i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 2, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG auch für Finanzanalysten nicht durch den an die fünfprozentige Beteiligungsquote geknüpften Offenlegungsmaßstab gemäß § 34b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WpHG i.V.m. § 5 FinAnV limitiert. Denn die die Strafbarkeit gemäß § 38 Abs. 2 WpHG i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 2, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG betreffenden Regelungen enthalten spezielle und gegenüber denjenigen für die Annahme einer Ordnungswidrigkeit gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 4 (heute Nr. 5), § 34b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WpHG i.V.m. § 5 FinAnV selbständig zu beurteilende Voraussetzungen.

35 (1) Nach dem Wortlaut von § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG und § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV, der die Tatbestandsvariante der sonstigen Täuschungshandlung im Sinne der Strafnorm des § 38 Abs. 2 WpHG i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 2 WpHG konkretisiert, liegt bei fehlender Offenlegung von über das Finanzinstrument eingegangenen Positionen zugleich mit der Kundgabe der Stellungnahme in angemessener und wirksamer Weise stets - unabhängig vom Umfang der Positionen - eine sonstige Täuschungshandlung vor. Es ist ausweislich der Materialien auch nicht ersichtlich, dass der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber die Möglichkeit einer Ausnahme für den Fall, dass es sich bei der Stellungnahme um eine Finanzanalyse handelt, erwogen hätte (vgl. nur BT-Drucks. 14/8017, BT-Drucks. 14/8601, BT-Drucks. 15/3174, BT-Drucks. 16/4028 zu § 34b WpHG; Entwurf des Bundesministeriums der Finanzen mit Begründung, abgedruckt in ZBB 2004, 422 zu § 5 FinAnV; BT-Drucks. 14/8017, BT-Drucks. 15/3174 zu § 20a WpHG; BR-Drucks. 18/05 zur MaKonV).

36 (2) Sonstige Gründe, die für eine solche Ausnahme im Sinne einer Privilegierung des Finanzanalysten als des typischen Normadressaten der Strafnorm des § 38 Abs. 2 WpHG sprechen könnten, sind nicht ersichtlich. Sie würden auch den Belangen der Zuverlässigkeit und Wahrheit der Preisbildung und damit der Funktionsfähigkeit der geregelten Kapitalmärkte sowie dem Schutz des Vermögens der Anleger und mithin dem Schutzzweck des § 38 Abs. 2 WpHG i.V.m. § 20a WpHG (Überblick zum Meinungsstand bei Vogel in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 20a Rn. 26 ff.; Altenhain in KölnerKommentar-WpHG, 2. Aufl., § 38 Rn. 2 ff.) zuwiderlaufen. Die geschützten Rechtsgüter wären jedenfalls durch die täuschende Empfehlung eines Finanzanalysten gegenüber dem nicht als solchen Handelnden nicht weniger gefährdet.

37 (3) Demgegenüber soll durch § 34b WpHG das Vertrauen der Anleger in die Sorgfalt, Neutralität und Integrität derjenigen, die Finanzanalysen erstellen, geschützt werden (BT-Drucks. 14/8017, S. 92). Ein vorsätzlicher Verstoß gegen die Offenlegungspflichten aus § 34b Abs. 1 Satz 2 i.V.m. der Finanzanalyseverordnung (FinAnV) stellt eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 (damals Nr. 4) WpHG dar. Dem Ordnungswidrigkeitstatbestand liegt ein vom Gesetzgeber als für das geschützte Rechtsgut generell gefährlich bewertetes Verhalten des Finanzanalysten zugrunde. Mit dem Erreichen einer fünfprozentigen Beteiligungsquote wird unwiderleglich vermutet, dass bei einer Finanzanalyse wegen der mit der Beteiligungsquote typischerweise einhergehenden Eigeninteressen der Analysten kein ausreichendes Vertrauen in die Sorgfalt, Neutralität und Integrität der Analyse gewährleistet werden kann. Das der Ordnungswidrigkeit zugrunde liegende, das Rechtsgut beeinträchtigende Verhalten wird allein durch die Weitergabe oder Veröffentlichung der Analyse trotz Erreichens der Beteiligungsquote konstituiert.

38 (4) Für einen Rückgriff auf diese gesetzlich festgeschriebene unwiderlegliche Vermutung ist zur Limitierung der Strafbarkeit aus § 38 Abs. 2 WpHG kein Raum. Denn eine Strafbarkeit wegen verbotener Marktmanipulation gemäß § 38 Abs. 2 WpHG i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 2, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG setzt neben der sonstigen Täuschungshandlung - hier der Nichtoffenlegung des Interessenkonflikts aufgrund eingegangener Positionen über das Finanzinstrument - die Einwirkung auf den Börsenpreis und damit den Nachweis einer konkreten und gegenüber §§ 34b, 39 Abs. 1 Nr. 4 (heute Nr. 5) WpHG andersartigen Beeinträchtigung voraus. Dieser für die Strafbarkeit erforderliche qualifizierte Einwirkungsgrad auf das Schutzgut des § 38 WpHG - unabhängig vom Umfang der eingegangenen Positionen - beschreibt nach der gesetzgeberischen Konzeption abschließend den Taterfolg. Zudem qualifiziert es die Tat zum strafbaren Delikt gegenüber der hierzu in einem Stufenverhältnis stehenden Ordnungswidrigkeit gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 2 WpHG i.V.m. § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG, bei der das Vorliegen lediglich einer Eignung zur Preiseinwirkung ausreicht. Der Rückgriff auf eine gesetzlich festgeschriebene und durch eine Verordnung konkretisierte Vermutung zur Annahme eines generell gefährlichen Verhaltens für das Vertrauen in Finanzanalysten ist wegen des in § 38 Abs. 2 WpHG anderweitig hergestellten Rechtsgutsbezugs nicht veranlasst.

39 (5) Die Schwelle für die Annahme eines generell gefährlichen Verhaltens für das Rechtsgut des § 34b WpHG, die der Verordnungsgeber ab einer Beteiligungsquote von fünf Prozent des Grundkapitals für überschritten erachtet, steht auch sonst in keiner Beziehung zum Straftatbestand des § 38 Abs. 2 WpHG. Es handelt sich bei § 34b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 4 (heute Nr. 5) WpHG einerseits und § 38 Abs. 2 WpHG andererseits um unterschiedliche Deliktstypen, die miteinander nicht über das in ihnen beschriebene Unrecht in Verbindung stehen. Ist nämlich tatsächlich auf den Börsenpreis im Sinne des

§ 38 Abs. 2, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG eingewirkt worden, ist der tatbestandliche Erfolg dieses Delikts eingetreten. Es kommt nicht darauf an, ob Umstände vorliegen, die generell geeignet gewesen wären, zudem auf das Vertrauen der Anleger in die Sorgfalt, Neutralität und Integrität derjenigen, die Finanzanalysen erstellen, einzuwirken, mithin den tatbestandlichen Erfolg der Ordnungswidrigkeit gemäß § 34b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 4 (heute Nr. 5) WpHG zu begründen.

40 c) Der Pflicht zur Offenlegung des bestehenden Interessenkonflikts in angemessener und wirksamer Weise zugleich mit der Veröffentlichung der Kaufempfehlungen sind die Angeklagten nicht durch die in den per Email versandten Börsenbriefen enthaltenen oder auf den Internet-Homepages platzierten Disclaimer bzw. Risikohinweise nachgekommen. Es kann dahinstehen, ob lediglich die Art der eingegangenen Positionen (Stoll in KölnerKommentar-WpHG, 2. Aufl., § 20a Anh. I - § 4 MaKonV Rn. 38, 39; Vogel in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 20a Rn. 234) oder auch die Absicht, die Positionen alsbald wieder aufzulösen (Schröder, HdB Kapitalmarktstrafrecht Rn. 559, 560), offenzulegen ist. Jedenfalls reichen - wie hier - pauschal gehaltene Hinweise, wonach Herausgeber und Mitarbeiter potenziell Positionen der in den Veröffentlichungen behandelten Wertpapiere halten können, ohne dass auf den konkret bestehenden Interessenkonflikt eingegangen wird, nicht aus (OLG München, Beschluss vom 3. März 2011- 2 Ws 87/11, NJW 2011, 3664; Stoll in KölnerKommentar-WpHG, 2. Aufl., § 20a Anh. I - § 4 MaKonV Rn. 39).

41 2. Das Landgericht hat auf tragfähiger Grundlage die für den Straftatbestand des § 38 Abs. 2 WpHG - zusätzlich zu den Voraussetzungen des § 39 Abs. 1 Nr. 2 WpHG - erforderliche Einwirkung auf den Börsenpreis der D. Aktie festgestellt.

42 a) Für die Beurteilung der Frage, ob durch die marktmanipulative Handlung tatsächlich eine Einwirkung auf den Börsenpreis eingetreten ist, dürfen angesichts der Vielzahl der - neben der Tathandlung - regelmäßig an der Preisbildung mitwirkenden Faktoren keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Vergleiche von bisherigem Kursverlauf und Umsatz sowie die Kurs- und Umsatzentwicklung des betreffenden Papiers können eine Kurseinwirkung hinreichend belegen; eine Befragung der Marktteilnehmer ist nicht veranlasst (BGH, Urteil vom 6. November 2003 - 1 StR 24/03, BGHSt 48, 373 zu § 20a Abs. 1 Nr. 2 WpHG aF; BGH, Beschluss vom 27. Januar 2010 - 5 StR 224/09, NStZ 2010, 339).

43 Die vom Landgericht festgestellte Kursentwicklung belegt tragfähig eine Einwirkung der Empfehlungen auf den Börsenpreis. Der Kursanstieg der D. Aktie, die vor Veröffentlichung der ersten Empfehlung im Nachrichtenmagazin FOCUS am 15. Mai 2006 entweder umsatzlos geblieben war oder nur wenige Käufer aufwies, im unmittelbaren zeitlichem Zusammenhang mit den im Zeitraum vom 15. Mai 2006 bis 15. Juni 2006 veröffentlichten Kaufempfehlungen von 2,10 Euro auf 18,10 Euro spiegelt die Auswirkungen der Kaufempfehlungen wieder. Dabei ist nicht zu beanstanden, dass das sachverständig beratene Landgericht - anders als bei den Veröffentlichungen am 15. Mai 2006 bzw. am 22. Mai 2006 - bei den im Zeitraum 23. Mai 2006 bis 15. Juni 2006 veröffentlichten Empfehlungen aufgrund der zeitlich eng beieinander liegenden Veröffentlichungen keine isolierte Betrachtung der Auswirkungen jeder einzelnen

Veröffentlichung, sondern eine solche der im maßgeblichen Zeitraum erfolgten Veröffentlichungen in ihrer Gesamtheit vorgenommen hat. Denn die Veröffentlichungen waren aufeinander abgestimmt und Teil einer koordinierten Vermarktungskampagne, so dass jedenfalls eine Gesamtschau der Auswirkungen der Veröffentlichungen, die das Landgericht als einheitliche Tat gewertet hat, die Annahme einer Einwirkung auf den Börsenpreis rechtfertigt.

44 b) Entgegen der Auffassung der Revisionen musste das Landgericht nicht der Frage nachgehen, ob der Kursverlauf ein anderer gewesen wäre, wenn zusammen mit den Veröffentlichungen der Aktienbesitz der Angeklagten ordnungsgemäß offengelegt worden wäre.

45 In der Abgabe der Kaufempfehlungen durch die Angeklagten liegt eine konkludente sonstige Täuschung i.S.v. § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG durch aktives Tun. Die Kaufempfehlungen beinhalteten die stillschweigende Erklärung, dass sie nicht mit dem sachfremden Ziel der Kursbeeinflussung zu eigen-nützigen Zwecken bemakelt waren (BGH, Urteil vom 6. September 2003 - 1 StR 24/03, BGHSt 48, 373). Bei dieser Sachlage - Täuschung durch aktives Tun - bedarf es entgegen der Auffassung der Revisionen nicht der Feststellung eines „Pflichtwidrigkeitszusammenhangs“ bzw. des Kursverlaufs bei „rechtmäßigem Alternativerhalten“. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Beschluss des 3. Strafsenats vom 20. Juli 2011 (3 StR 506/10, wistra 2011, 467) zur Marktmanipulation durch irreführende Angaben in einer Presseerklärung. Die dort verwendete Formulierung „Die Feststellung (...), dass es ohne die irreführenden Angaben in (...) der Presseerklärung zu keiner Kurssteigerung gekommen wäre, weist keinen Rechtsfehler auf“ beschreibt lediglich das Erfordernis der Kausalität zwischen Tathandlung und Einwirkung auf den Börsenpreis.

46 c) Die verschiedentlich im Schrifttum geäußerten Bedenken, es fehle bei Kaufempfehlungen ohne Offenlegung eingegangener Positionen an der Preiseinwirkungseignung bzw. der Kausalität für die Preiseinwirkung, da die Offenlegung die Empfehlungswirkung allenfalls verstärken würde und deshalb das Verschweigen derartiger Positionen für den Anleger wenig bedeutsam sei (Schönhöft, Die Strafbarkeit der Marktmanipulation gemäß § 20a WpHG, S. 141; Schröder, HBd Kapitalmarktstrafrechts Rn. 559), greifen zu kurz. Erst durch die Offenlegung kann eine autonome Entscheidung des Anlegers - auch unter Berücksichtigung eines bei dem Empfehlenden bestehenden Interessenkonflikts - gewährleistet werden. Wird dieser offen gelegt, kann der Anleger in seine Kaufentscheidung auch das Halten eigener Aktien des Empfehlenden mit der Möglichkeit des Verkaufs bei Kurssteigerung einbeziehen.

47 3. Auch die Strafzumessung hält revisionsgerichtlicher Prüfung stand. Es ist unter dem Gesichtspunkt der verschuldeten Auswirkungen der Tat nicht zu beanstanden, dass das Landgericht den hohen Erlös aus den Transaktionen mit der D. Aktie - auch soweit sie erst nach Abschluss der Vermarktungskampagne am 15. Juni 2006 erfolgten - strafscharfend gewertet hat.

V.

48 Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen gemäß § 111i Abs. 2 StPO halten revisionsgerichtlicher Überprüfung allerdings nicht stand.

49 Die Regelung des § 111i Abs. 2 StPO ist erst durch das Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten vom 24. Oktober 2006 (BGBl. I 2350) geschaffen worden und am 1. Januar 2007 in Kraft getreten. Ihrer Anwendung auf bereits vor diesem Zeitpunkt beendete Taten steht § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 3 StGB entgegen, wonach insoweit das mildere alte Recht gilt, nach dem diese bedingte Verfallsanordnung nicht möglich war (vgl. BGH, Beschlüsse vom 10. April 2013 - 1 StR 22/13, NStZ-RR 2013, 254 mwN; und vom 23. Oktober 2008 - 1 StR 535/08, NStZ-RR 2009, 56).

50 Die Tat nach § 38 Abs. 2 WpHG i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 2, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG war nach den landgerichtlichen Feststellungen jedenfalls bereits vor dem 1. Januar 2007 mit dem Herbeiführen des tatbestandlichen Erfolgs beendet (vgl. Altenhain in KölnerKommentar-WpHG, 2. Aufl., § 38 Rn. 157; Waßmer in Fuchs, WpHG, § 38 Rn. 89, Vogel in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 38 Rn. 86). Im Jahr 2007 fand keine Einwirkung auf den Börsenpreis, also keine zum Tatbestand gehörende Handlung mehr statt. Dass der Börsenpreis im Jahre 2007 aufgrund von Handlungen aus 2006 noch beeinflusst gewesen sein mag, ist demgegenüber für die Frage der Tatbeendigung unerheblich (Altenhain in KölnerKommentar-WpHG, 2. Aufl., § 38 Rn. 157). Dies gilt auch, soweit die Angeklagten nach 2006 noch von dem erhöhten Börsenpreis profitiert haben.

51 Danach ist für Feststellungen gemäß § 111i Abs. 2 StPO kein Raum. Der Senat hebt das Urteil daher insoweit ohne die zugrunde liegenden Feststellungen auf; die Feststellungen nach § 111i Abs. 2 StPO entfallen (entsprechend § 354 Abs. 1 StPO).

52

Darauf, ob die von der Strafkammer ohne jede Begründung getroffene Entscheidung andernfalls rechtlich Bestand haben könnte, kommt es daher nicht an. Eine Zurückverweisung zur erneuten Prüfung einer Verfallsanordnung nach § 73 Abs. 1 Satz 1, § 73a StGB kommt wegen des Verschlechterungsverbots (§ 358 Abs. 2 StPO) nicht in Betracht.

VI.

53 Der nur geringe Teilerfolg der Revisionen rechtfertigt es nicht, die Angeklagten von den durch ihre Rechtsmittel entstandenen Kosten und notwendigen Auslagen freizustellen.

RiBGH Dr. Wahl ist urlaubsbedingt ortsabwesend und daher an der Unterschriftsleistung verhindert.

Jäger

Jäger

Cirener

Radtko

Mosbacher