

Betriebs Berater

10 | 2017

Recht | Wirtschaft | Steuern

6.3.2017 | 72. Jg.
Seiten 513–575

DIE ERSTE SEITE

Dr. Stefan Sax, LL.M. RA, und **Dr. Artur M. Swierczok**, LL.M., MSt., RA
Das neue Insolvenzanfechtungsrecht kommt

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. André-M. Szesny, LL.M., RA
Doch keine Strafbarkeitslücke im Marktmissbrauchsrecht? –
Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 10.1.2017 – 5 StR 532/16 | 515

Bastian Finkel, RA, und **Ulrich Ruchatz**, LL.M. oec., RA
Präventive Dokumentationsobliegenheiten von Gesellschaftsorganen zur Minimierung
von Haftungsrisiken und Beweisschwierigkeiten | 519

STEUERRECHT

Dr. Tobias Hagemann, **Dr. Christian Kahlenberg** und **Prof. Dr. Adrian Cloer**, RA/StB
BB-Rechtsprechungsreport Internationales Steuerrecht 2015/2016 (Teil I) | 534

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Michael Deubert, WP/StB, **Dr. Stefan Lewe**, WP/StB, und **Sandra Roland**, StBin
Aufteilung der Gesamtanschaffungskosten bei Umwandlungen mit gemischten
Gegenleistungen | 554

ARBEITSRECHT

Prof. Dr. Gregor Thüsing
Fünf Schritte zu einem besseren Entgelttransparenzgesetz | 565

Dr. André-M. Szesny, LL.M., RA

Doch keine Strafbarkeitslücke im Marktmissbrauchsrecht? – Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 10.1.2017 – 5 StR 532/16

Im Zuge der Neuregelung des Marktmissbrauchsrechts ist die Frage aufgekomen, ob durch das Inkrafttreten der neuen Sanktionsvorschriften einen Tag, bevor die Marktmissbrauchsverordnung als maßgebliche Bezugsregelung in Deutschland anwendbar war, eine Ahndungslücke u.a. für Insiderhandel und Marktmanipulation entstanden ist. Bejahendenfalls wäre eine Sanktionierung bis dahin begangener, aber noch nicht abgeurteilter Kapitalmarktdelikte wegen des strafrechtlichen Meistbegünstigungsprinzips nicht möglich. Der BGH hat jetzt eine solche Ahndungslücke verneint. Der Beitrag setzt sich mit dem Beschluss des 5. Strafsenats auseinander und kommt zu einem gegenteiligen Ergebnis.

I. Einführung

Im Zuge eines weiteren Europäisierungsschubs¹ passt der Gesetzgeber das Kapitalmarktrecht an die Vorgaben der Zweiten Marktmissbrauchsrichtlinie (Market Abuse Directive – MAD II)² und der Marktmissbrauchsverordnung (Market Abuse Regulation – MAR)³ an. Die durch das Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz (1. FiMaNoG)⁴ geschaffenen Neuregelungen im WpHG betreffen u.a. die Straf- und Bußgeldvorschriften der §§ 38, 39 WpHG.⁵ Deren tatbestandlicher Inhalt speiste sich bis vor Kurzem aus den dem WpHG selbst zu entnehmenden Ge- und Verbotsvorschriften, insbesondere den Insiderverboten in § 14 WpHG a.F., den Marktmanipulationsverboten in § 20a WpHG a.F. oder auch den Transparenzvorschriften der §§ 15f. WpHG a.F. Diese Verweisungs-(„Blankett“-)Technik ist verfassungsrechtlich abgesichert und gerade im Hinblick auf Straf- und Bußgeldandrohungen, die der Durchsetzung von Wirtschaftsverwaltungsrecht dienen, verbreitet.⁶ Durch die gem. Art. 17 Abs. 1 1. FiMaNoG am 2.7.2016 in Kraft getretenen Neuregelungen wurden die bis dahin einschlägigen Insider- und Marktmanipulationsverbote der §§ 14, 20a WpHG a.F. wie auch verschiedene der Durchsetzung der Kapitalmarktintegrität dienenden Gebote aufgehoben. Die diese Ge- und Verbote zuvor in Bezug nehmenden Straf- und Bußgeldvorschriften der §§ 38, 39 WpHG verweisen seit diesem Tag konsequenter Weise nicht mehr auf diese, sondern auf die nunmehr in der MAR geregelten Pflichttatbestände. Die MAR wurde am 12.6.2014 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht und ist gem. Art. 39 Abs. 1 MAR am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung „in Kraft getreten“. Die meisten ihrer Vorschriften, insbesondere auch das Insiderverbot des Art. 14 MAR und das Marktmanipulationsverbot des Art. 15 MAR, sowie die zugehörigen Begriffsbestimmungen sind gem. Art. 39 Abs. 2 MAR jedoch erst ab dem 3.7.2016 in den Staaten der Europäischen Union als unmittelbar geltendes Recht anwendbar.⁷ Ein solches

Aufschieben des Geltungszeitpunktes ermöglicht es den Mitgliedstaaten und den Organen der Union, auf der Grundlage des Rechtsakts die ihnen vorab obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen, die sich als unerlässlich für dessen spätere vollständige unmittelbare Anwendung erweisen.⁸

Der Umstand, dass das WpHG a.F. bereits am 2.7.2016 außer Kraft trat, die neuen Verweisungsziele der Straf- und Bußgeldtatbestände aber erst seit dem 3.7.2016 unmittelbare Geltung entfalten, führte zu einer Diskussion darüber, ob am 2.7.2016 begangene Verstöße gegen Insider- und Marktmanipulationsverbote straflos bleiben, weil das neue Verweisungsziel – die MAR – an diesem Tag noch nicht anwendbar war. Eine solche 24-stündige Ahndungslücke hätte gleichzeitig zur Folge, dass bis dahin begangene, aber noch nicht abgeurteilte straf- oder bußgeldbedrohte Verstöße nicht mehr sanktionierbar wären. Denn wegen des sog. Meistbegünstigungsprinzips (oder *lex mitior*-Grundsatzes) der §§ 2 Abs. 3 StGB, 4 Abs. 3 OWiG ist immer das zwischen Tat und Verurteilung geltende mildeste Gesetz anzuwenden. Das mildeste Gesetz wäre dasjenige am 2.7.2016, wenn dieses keine Sanktionierung von Marktmissbrauch vorsah.

II. Der Beschluss des 5. Strafsenats

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) hat der Diskussion um die Frage nach einer Strafbarkeitslücke in seiner Entscheidung vom 10.1.2017 mit dem Leitsatz „Durch die Neufassung von § 38 Abs. 3 Nr. 1, § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG zum 2.7.2016 ist es zu keiner Lücke in der Ahndbarkeit von Insiderhandel und Marktmanipulation gekommen“⁹ ein vorläufiges¹⁰ Ende gesetzt. Der Senat hatte über die Revision zweier Revidenten zu entscheiden, von denen einer durch das LG Hamburg zu einer empfindlichen Geldbuße wegen leichtfertigen

1 Gaede, wistra 2017, 41.

2 RL 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014, ABl. L 173/179.

3 Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014, ABl. L 173, 1.

4 Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz v. 30.6.2016, BGBl. I 2016, 1514.

5 Hinweis auf Eggers/Gehrmann/Szesny, WiJ 2016, 123 ff.

6 Näher zu dieser Blankettechnik Szesny, in: AnwKomm/StGB, 2. Aufl. 2015, Vor §§ 324 ff., Rn. 31.

7 Dass gem. Art. 39 Abs. 1 MAR die Marktmissbrauchsverordnung bereits am 12.6.2014 in Kraft trat, ändert an dem in Art. 39 Abs. 2 MAR definierten Zeitpunkt der unmittelbaren Anwendbarkeit in den Mitgliedstaaten nichts; vgl. insoweit auch die Ausführungen von Lorenz/Zierden, HRRS 2016, 443, 446, die für die begriffliche Abgrenzung auch den englischen und französischen Verordnungstext zu Rate ziehen.

8 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524 f., Rn. 7 (in diesem Heft); EuGH, 17.11.2011 – C-412/10, NJW 2012, 441, 442, Rn. 24.

9 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524 f., Rn. 7 (in diesem Heft). Der Leitsatz findet sich auf dem Deckblatt der unter www.bundesgerichtshof.de abrufbaren Entscheidung und in BB 2017, 193.

10 Es ist nicht bekannt, ob die Beschwerdeführer sich gegen den Beschluss des BGH mit der Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht wenden.

ger Marktmanipulation verurteilt worden war, gegen die andere Revidentin war Drittverfall aufgrund der Verurteilung eines Nichtrevidenten wegen vorsätzlicher Marktmanipulation angeordnet worden. Die Revisionsführer hatten das Urteil des LG Hamburg bereits im April 2016 mit der Sachrüge angegriffen; erst danach – Anfang Juli 2016 – trat das neue Marktmissbrauchsrecht in Kraft. Deshalb hat der 5. Strafsenat, der im Hinblick auf die erhobene Sachrüge keine Rechtsfehler erkannt hatte, lediglich die Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips erörtert. Dies mit dem Ergebnis, dass die mit Inkrafttreten des 1. FiMaNoG gegenüber der Rechtslage im Zeitpunkt der Urteilsverkündung eingetretenen Änderungen nicht zu einer gegenüber dem Tatzeitrecht günstigeren Rechtslage geführt haben, die gem. § 2 Abs. 3 StGB bzw. § 4 Abs. 3 OWiG auf die Taten anzuwenden gewesen wären. Die Abweichung des Inkrafttretens der Änderungen des WpHG (am 2.7.2016) vom Beginn der unmittelbaren Anwendbarkeit der MAR in den EU-Mitgliedstaaten (ab 3.7.2016) habe nicht zur Folge, dass die Verweisungen des WpHG „ins Leere“ gingen und Marktmanipulation an diesem Tag nicht mit Strafe oder mit Geldbuße bedroht gewesen wäre.¹¹

Der Senat begründet dies vor allem mit dem Willen des Gesetzgebers, eine lückenlose Anschlussregelung für das außer Kraft gesetzte WpHG a. F. zu schaffen: Der Gesetzgeber habe mit der Ausgestaltung der §§ 38, 39 WpHG als Blankettvorschriften rechtlich darauf verzichtet, den Text der in Bezug genommenen Vorschriften in vollem Wortlaut in die Verweisungsnorm aufzunehmen.¹² Die Auslegung der verweisenden Normen des WpHG ergebe, dass ihre Gültigkeit nicht von derjenigen der Rechtsnorm abhängig ist, auf die verwiesen wird.¹³ Es sei der Wille des deutschen Gesetzgebers ersichtlich, unionsrechtliche Vorschriften ungeachtet ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit im nationalen Recht in eine Blankettnorm aufzunehmen.¹⁴ Er habe dabei eine lückenlose Ahndung von Marktmissbrauch erreichen wollen und sei hierzu durch die MAD I auch verpflichtet gewesen.¹⁵ Bemerkenswerter Weise geht der Senat – anders als die BaFin¹⁶ – zumindest von der (naheliegenden) Möglichkeit aus, dass es sich bei der datumsmäßigen Abweichung um ein Versehen des Gesetzgebers handeln könnte.¹⁷ Darauf komme es bei der Ermittlung des gesetzgeberischen Willens aber nicht an.

Auch der Wortlaut der Sanktionsregelungen stehe der Annahme einer vorweggenommenen Anwendung der MAR nicht entgegen. Die WpHG-Tatbestände n. F. formulierten zwar „wer gegen die Verordnung (EU) Nr. 596/2017 [...] verstößt, indem er ...“. Ein solcher „Verstoß“ liege auch dann vor, wenn die in Bezug genommenen Vorschriften der MAR bereits vor dem darin bestimmten Zeitpunkt ihrer unmittelbaren Anwendung (3.7.2016) durch den Bundesgesetzgeber für „(mit)anwendbar“ erklärt wurden.¹⁸ Dies habe der Gesetzgeber ersichtlich gewollt.

Auch verfassungsrechtlich sei nichts zu erinnern: Der Gesetzgeber dürfe im Rahmen der Verweisungstechnik bei Blankettvorschriften auch auf Vorschriften anderer Normgeber verweisen,¹⁹ soweit die Blankettnormen dem Bestimmtheitsgebot genügen.²⁰ Diese müssten hinreichend klar erkennen lassen können, worauf sich die Verweisung bezieht; zudem müsse auch die ein Blankettstrafgesetz ausfüllende Vorschrift den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG (Bestimmtheitsgebot) ggf. in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG (Gesetzlichkeit freiheitsbeendender Maßnahmen) genügen.²¹ Erforderlich sei hierzu, dass die in Bezug genommenen Vorschriften dem Rechtsanwender durch eine frühere ordnungsgemäße Veröffentlichung zu-

gänglich sind, was bei der MAR „ohne Weiteres erfüllt“ sei.²² Es handle sich zudem um verfassungsrechtlich unproblematische statische Verweisungen insoweit, als bereits konkrete, in Kraft befindliche Normen der MAR in Geltung gesetzt worden seien.²³ Dass die in Bezug genommenen Verbotstatbestände der Art. 14 und 15 MAR die Tathandlungen nicht umschreiben, sondern ein Verständnis der Begriffe „Insiderhandel“ und „Marktmanipulation“ vielmehr voraussetzen, sei unschädlich, weil der Gesetzgeber bei seinem Verweis die Verbotsvorschriften „mit all ihren Bezügen in nationales Recht umsetzt und nicht etwa durch eine punktuelle Verweisung nur auf die jeweilige Verbotsnorm eine *lex imperfecta* schafft“.²⁴

Die Verbotsregelungen der MAR seien mitsamt ihren Bezugsvorschriften auch „noch hinreichend transparent“. Bei dieser Bewertung sei zu berücksichtigen, „dass es sich bei den Adressaten der Verbote aus dem Kreis der natürlichen Personen in der Regel um solche mit einer fachspezifischen Ausbildung handelt; soweit dies nicht der Fall ist, obliegt es ihnen kraft der von ihnen ausgeübten Funktion, sich fachlich fortzubilden und gegebenenfalls beraten zu lassen“.²⁵

Schließlich habe der deutsche Gesetzgeber Art. 14 und 15 MAR bereits ab dem 2.7.2016 für anwendbar erklären dürfen.²⁶ Ein Widerspruch zu Art. 39 Abs. 2 MAR, der die unmittelbare Anwendbarkeit der MAR insgesamt für ab dem 3.7.2016 bestimmt, bestehe nicht. Die Vorschrift räume den Mitgliedstaaten lediglich eine bestimmte Zeit ein, binnen derer sie die notwendigen Vorschriften zur Umsetzung des neuen Marktmissbrauchsregimes zu schaffen hätten. Sie verbiete jedoch nicht die Anordnung früherer Anwendbarkeit einzelner Regelungen.²⁷ Auch die MAD II stehe einer vorzeitigen Anwendungserklärung durch den nationalen Gesetzgeber nicht entgegen.²⁸ Der Senat setzt sich damit Stimmen im Schrifttum²⁹ entgegen, die in der Regelung des Art. 39 Abs. 2 MAR einen „umgekehrten Anwendungsvorrang“ zugunsten des nationalen Rechts annehmen.

III. Anmerkungen

Die Annahme einer Gesetzeslücke am 2.7.2016 und die ihr konsequenterweise folgende Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips der §§ 2 Abs. 3 StGB, 4 Abs. 3 OWiG hätte zur Folge, dass die Verfolgung sämtlicher vor diesem Tag begangener, bislang aber nicht abgeurteilter Marktmissbrauchshandlungen einer gesetzlichen Amnestie zum Opfer gefallen wären. Denn wird materielles Recht nach Tatbeendigung und

11 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524 f., Rn. 8 (in diesem Heft).

12 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524 f., Rn. 9 (in diesem Heft).

13 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 526, Rn. 10 (in diesem Heft).

14 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 526, Rn. 10 (in diesem Heft).

15 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 526, Rn. 10 (in diesem Heft).

16 BaFin, Presseerklärung vom 8.7.2016, abrufbar unter www.bafin.de.

17 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 526, Rn. 10 (in diesem Heft).

18 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 526, Rn. 11 (in diesem Heft).

19 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 526, Rn. 13 (in diesem Heft).

20 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 526, Rn. 14 (in diesem Heft).

21 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 526, Rn. 14 (in diesem Heft).

22 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 526, Rn. 15 (in diesem Heft).

23 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 526, Rn. 16 (in diesem Heft). In dieser Formulierung entlarvt der Senat sich allerdings insoweit selbst, als die Frage der *Geltung* ja Gegenstand der Prüfung ist, der Senat die Geltung hier aber voraussetzt und als Argument gegen das Bestehen einer Regelungslücke am 2.7.2016 einsetzt. Das ist zirkelschlüssig.

24 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 526, Rn. 20 (in diesem Heft).

25 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 527, Rn. 22 (in diesem Heft) unter Verweis auf BVerfGE 26, 186, 204; 49, 48, 57.

26 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 527, Rn. 23 (in diesem Heft).

27 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 527, Rn. 24 (in diesem Heft).

28 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 527, Rn. 25 (in diesem Heft).

29 Lorenz/Zierden, HRRS 2016, 443, 447.

vor der Entscheidung über die Tat geändert, ist dem Urteil das mildeste Gesetz und damit die für den Angeklagten bzw. Betroffenen günstigste Rechtslage anzuwenden (sog. *lex mitior*-Grundsatz).³⁰ Dies wäre der Zustand der Straflosigkeit am 2.7.2016. Das bereitet naturgemäß Unbehagen; das wäre eine ungerechtfertigte, ja ungerechte Entkriminalisierung strafbedürftigen Verhaltens.³¹ Der Beschluss des Senats befriedigt also das kriminalpolitische Gewissen.

Mit seiner Entscheidung bestätigt der Senat im Ergebnis, nicht aber in der Begründung, eine von der BaFin in einer sehr zügig nach den ersten Hinweisen auf eine Ahndungslücke³² veröffentlichten Pressemitteilung³³ niedergelegten Ansicht, der Gesetzgeber habe sich bewusst für eine Erstreckung des Anwendungszeitraumes der Art. 14 und 15 MAR um einen Tag, nämlich beginnend am 2.7.2016, entschieden und dies entsprechend umgesetzt. Zur Begründung führt die BaFin Art. 30 Abs. 1 Unterabs. 2 MAR als angebliche³⁴ Bestandsschutzregelung an. Gemäß dieser Vorschrift können die Mitgliedstaaten beschließen, keine Regelungen über verwaltungsrechtliche Sanktionen festzulegen, sofern Verstöße bis zum 3.7.2016 nach nationalem Recht bereits strafrechtlicher Sanktion unterliegen. Der Senat lässt diese Vorschrift in der Begründung seiner Entscheidung zu Recht außen vor. Zum einen findet sich weder im Text noch in der Begründung des 1. FiMaNoG irgendein Hinweis auf Art. 30 Abs. 1 Unterabs. 2 MAR. Zudem konstituiert diese Vorschrift keinen Sanktionstatbestand, sondern wirkt allein auf Rechtsfolgenebene.³⁵ Sie setzt einen Straf- bzw. Bußgeldtatbestand also voraus. Die BaFin ist damit die Antwort schuldig geblieben, auf welche Art und Weise die angeblich bewusste Vorwegnahme angeordnet gewesen sein soll.³⁶

Gleichwohl nimmt der Senat den grundsätzlichen Gedanken der BaFin einer bewussten Vorwegnahme der Anwendbarkeit der Art. 14 und 15 MAR auf, indem er den Nachweis eines entsprechenden gesetzgeberischen Willens ins Zentrum seiner Entscheidung stellt, der sich mit Verfassungs- und europäischem Recht vereinbaren lasse. Das wirkt allerdings schon deshalb nicht überzeugend, weil der Senat ja selbst von der Möglichkeit ausgeht, dass gerade nicht der gesetzgeberische Wille zum Inkrafttreten am 2.7.2016 geführt hat, sondern ein Fehler des Gesetzgebers.³⁷ Die Annahme eines solchen Versehens liegt auch nahe: Denn hätte der Gesetzgeber die Marktmissbrauchsverbote der MAR einen Tag früher als zum in Art. 39 Abs. 2 MAR vorgesehenen Zeitpunkt in Deutschland zur Anwendung gelangen lassen wollen, wäre eine entsprechende klare gesetzliche Regelung das probate Mittel gewesen, nicht aber die schlichte Schaffung von Verweisungsnormen, die einen offenen Widerspruch zu den Regeln des Verweisungsziels (insbesondere Art. 39 Abs. 2 MAR) schaffen. Für einen Mangel „gebotener Sorgfalt bei der europäisierten Strafgesetzgebung“³⁸ spricht auch, dass bislang weder die Motive des Gesetzgebers noch die für die These einer gewollten gesetzlichen Regelung streitenden Behörden eine Erklärung dafür liefern, dass und – vor allem – warum der bundesdeutsche Gesetzgeber sich für eine vorzeitige unmittelbare Anwendung der Marktmissbrauchsvorschriften der MAR für nur einen Tag (!) entschieden haben sollte. Das Gegenteil scheint belegt: Im Regierungsentwurf des 1. FiMaNoG wird nämlich irrig von einer unmittelbaren Anwendung der MAR ab dem 2.7.2016 – und nicht richtigerweise ab dem 3.7.2016 – ausgegangen.³⁹ Die Änderungen des WpHG sollten ausdrücklich nicht vor, sondern gleichzeitig mit dem in MAR und MAD II bestimmten Geltungsbeginn in Kraft treten.⁴⁰

Deshalb widerstrebt es bereits methodisch, aus einer wohl fehlerhaften Abweichung der Daten des Inkrafttretens des WpHG n.F. (2.7.2016) und der unmittelbaren Geltung der MAR (3.7.2016) einen gesetzgeberischen Willen herzuleiten. Handelte es sich tatsächlich um einen Fehler bei der Datumsangabe, dann kann daraus doch kaum gefolgert werden, der Gesetzgeber habe die Regeln der MAR früher als in Art. 39 Abs. 2 MAR ausdrücklich vorgesehen zur Anwendung gelangen lassen *wollen*.

Nichts anderes ergibt sich, wenn man einen (wohl anzunehmenden) grundsätzlichen Willen des Gesetzgebers unterstellt, eine lückenlose Ahndung von Marktmissbrauch im Zuge der Neuordnung des Kapitalmarktstraf- und -bußgeldrechts sicherzustellen. Das führt aber zu der vom Senat nicht beantworteten Frage, warum der bloße Wille zur Schaffung lückenloser Ahndungsmöglichkeiten im Kapitalmarktstrafrecht ausreichen sollte, wenn dieser Wille tatsächlich nicht auch umgesetzt wird⁴¹ – und sei es auch nur versehentlich.

Soweit der Senat auf die allgemeinen Voraussetzungen zulässiger Blankettgesetzgebung durch Verweise auf *anwendbares* Recht eingeht,⁴² können diese Ausführungen unwidersprochen bleiben. Sie helfen indes nicht weiter für die hier relevante Frage, ob ein Blankettverweis auf (noch) *nicht* anwendbares Recht zulässig ist. Dem Senat zufolge reicht es aus, dass der Verweis in den §§ 38, 39 WpHG n.F. auf die MAR statisch ist. Das allein genügt indes nicht, weil die Ge- und Verbote der MAR ausweislich Art. 39 Abs. 2 MAR ja gerade erst ab dem 3.7.2016 Anwendung fanden, sich also erst ab diesem Tage verpflichtend an den Normadressaten richteten. Hier stellt sich schon die Frage, ob die für die ausreichende Bestimmtheit erforderliche Wirksamkeit⁴³ des Verweisungsziels überhaupt schon gegeben ist. Selbst wenn man aber davon ausginge, dass schon mit dem Inkrafttreten der MAR am 12.6.2014 deren Wirksamkeit begründet wurde, waren hierdurch die Pflichten, die sich aus diesen Vorschriften ergeben, noch nicht adressiert.⁴⁴ Der Umstand allein, dass der Gesetzgeber auf diese Regelungen verweist, begründet deren Anwendbarkeit gerade nicht. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus dem Wortlaut der Straf- und Bußgeldnormen, die einen „Verstoß“ gegen die MAR voraussetzen: Verstoßen werden kann nur gegen *anwendbares* Recht. Der Verweis auf unanwendbares Recht macht dieses eben noch nicht anwendbar. Der Senat unterliegt insofern einem Zirkelschluss. Denn wenn die in Bezug genommene Norm des Unionsrechts noch keine Außenwirkung entfaltet, kann auch der (Voll-)Straftatbestand nicht greifen.⁴⁵

30 Gaede, wistra 2017, 41, 42.

31 Klöhn/Büttner, ZIP 2016, 1801 ff.; Gaede, wistra 2017, 41, 42.

32 Erstmals hat Rothenfußer, Börsen-Zeitung vom 2016, 13, auf die mutmaßliche Ahndungslücke hingewiesen.

33 BaFin, Presseerklärung vom 8.7.2016, abrufbar unter www.bafin.de.

34 Dies mit guten Gründen bestreitend Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, 2689, 2692.

35 Ebenso Lorenz/Zierden, HRRS 2016, 443, 445.

36 Vgl. Gaede, wistra 2017, 41, 42.

37 BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 526, Rn. 10 (in diesem Heft).

38 So die Überschrift des Beitrages von Gaede, wistra 2017, 41 ff.

39 RegE, BR-Drs. 19/16, 93; BT-Drs. 18/7482, 48; ebenso Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, 2690; Lorenz/Zierden, HRRS 2016, 443, 444; Klöhn/Büttner, ZIP 2016, 1801, 1803: „Es scheint, als sei diese 24-Stunden-Lücke im Gesetzgebungsverfahren nicht bemerkt worden.“

40 RegE, BT-Drs. 18/7482, 80; Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, 2690.

41 Ablehnend insoweit Gaede, wistra 2017, 41 ff.; Rossi, ZIP 2016, 2437 ff.; Lorenz/Zierden, HRRS 2016, 443 ff.; Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, 2689 ff.; a. A. Klöhn/Büttner, ZIP 2016, 1801 ff.

42 Vgl. BGH, 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BB 2017, 524, 526, Rn. 13 ff. (in diesem Heft)

43 BGH, 23.7.1992 – 4 StR 194/92, NStZ 1992, 535 f.; Gaede, wistra 2017, 41, 43; Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, 2689, 2691.

44 Ausführlich zur terminologischen Differenzierung Rossi, ZIP 2016, 2437, 2440 f.

45 Rossi, ZIP 2016, 2437, 2440.

Legt man die Auffassung des Senats zugrunde, durch den gesetzgeberischen Verweis auf die MAR seien schon am 2.7.2016 die dortigen Marktmissbrauchsverbote nebst ihrer Bezugsnormen in Anwendung gebracht, führte das an diesem Tag zu der Annahme, dass etwa auch Ad-hoc-Publizitätspflichten, Vorschriften zu director's dealings und Insiderverzeichnissen an diesem Tag ausgelöst waren, obwohl Art. 39 Abs. 2 MAR doch genau dies für den 2.7.2016 ausdrücklich noch nicht vorsah. Bei Lichte betrachtet dürften – wenn bereits an diesem Tag die für die §§ 38, 39 WpHG n.F. maßgeblichen Regelungen der MAR anwendbar waren – zahllose bußgeldbedrohte Verstöße gegen diese Vorschriften begangen worden sein, weil sich der Rechtsanwender bestenfalls am Anwendungsdatum 3.7.2016 orientiert haben dürfte. Selbst die BaFin hat in ihren Publikationen stets den 3.7.2016 als maßgebliches Datum definiert und den Kapitalmarkt dementsprechend instruiert.⁴⁶ Das wiederum führt zu der Frage, wie es dem Rechtsanwender möglich gewesen sein soll, die gesetzgeberisch angeblich gewollte Vorwegnahme der Anwendung der Vorschriften der MAR zu erkennen. Der Senat verweist insoweit auf einen im Bereich des Marktmissbrauchsrechts mutmaßlich regelhaft auftretenden Tätertypen mit einschlägiger Ausbildung oder zumindest Finanzmarktkenntnis, die ihn in die Lage versetzt, die Voraussetzungen der Strafbarkeit in diesem speziellen Terrain zu erkennen. Das verfängt aber nicht. Denn diesem Erkenntnisgewinn steht die Vorschrift des Art. 39 Abs. 2 MAR, die die unmittelbare Anwendung in den EU-Mitgliedstaaten ausdrücklich auf den 3.7.2016 festlegt, entgegen. Und wie bereits dargestellt, finden sich in Bezug auf die Neuregelung des WpHG keinerlei Hinweise darauf, dass der deutsche Gesetzgeber die unmittelbare Anwendung zeitlich vorziehen wollte.

Damit ist der Befund der (vor Veröffentlichung des BGH-Beschlusses erschienenen) überwiegenden Ansicht im Schrifttum bestätigt, dass es der Bundesgesetzgeber versäumt hat, eine verfassungsgemäße Regelung zu schaffen, die die Ahndung von Marktmissbrauch am 2.7.2016 gewährleistet. Die Heilungsbemühungen des Senats zur Egalisierung der 24-Stunden-Lücke verfangen nicht. Wäre dies anders, liegt die Frage auf der Hand, wie die Rechtsprechung in vergleichbaren Konstellationen mit längeren Zeiträumen umgehen mag, also Lücken von mehr als einem Tag – etwa zwanzig oder fünfzig Tagen.

Angesichts des gefundenen Ergebnisses kann auch offenbleiben, ob – wie gelegentlich thematisiert – die Regelung des Art. 39 Abs. 2 MAR einen „umgekehrten Anwendungsvorrang“ zugunsten des nationalen Rechts vorschreibt.⁴⁷ Der Senat erkennt einen solchen mit guten Gründen nicht: Es ist nicht ersichtlich, dass der europäische Verordnungsgeber ein Verbot aufgestellt hätte, die von ihm aufgestellten Regeln vor dem 3.7.2016 in den Mitgliedstaaten zur Anwendung gelangen zu lassen.

IV. Fazit

Mit dem Befund der Ahndungslücke sollten Gesetzgeber und Rechtsprechung leben – auch wenn dies rechtspolitisch unbefriedigend erscheint. Der BGH hat es versäumt, dem Gesetzgeber den nicht hoch genug einzuschätzenden Stellenwert der Wahrung von Form und Sorgfalt bei der Legislative vor Augen zu halten. Form und Sorgfalt sind unabdingbare Grundlagen für einen zuverlässigen und transparenten Rechtsstaat. Sie haben einen bislang streng beachteten Eigenwert,⁴⁸ den es dringend zu konservieren gilt.

Stattdessen hat sich der 5. Strafsenat dazu hinreißen lassen, nachträglich einen mutmaßlichen gesetzgeberischen Willen zur Vorwegnahme des Anwendungszeitraums der MAR zu konstruieren, der nun das Heilmittel zur Vermeidung einer befürchteten Ahndungslücke sein soll. Ein solcher Wille lässt sich indes nicht aus den Gesetzesmaterialien ableiten; im Gegenteil stünde er sogar im Widerspruch zu diesen. Und der grundsätzlich anzunehmende übergeordnete Wille des Gesetzgebers, Marktmissbrauch im Zuge der Umgestaltung des Kapitalmarktrafrechts lückenlos zu ahnden, reicht nicht aus, die entstandene Strafbarkeitslücke zu verhindern. Denn ein solcher Wunsch allein schafft nicht die Voraussetzungen von Strafbarkeit; es bedarf vielmehr seiner verfassungs- und europarechtlich abgesicherten tatsächlichen Umsetzung. Diese ist hier misslungen mit der bitteren Konsequenz der Nichtahndbarkeit von Marktmissbrauch, der vor dem 3.7.2016 begangen und bis dahin noch nicht abgeurteilt war. Denn eine nachträgliche Korrektur dürfte ausgeschlossen sein.⁴⁹ Und dennoch verbietet sich jegliche Verschleifung des Bestimmtheits- wie auch des hier tangierten Gesetzmäßigkeitsprinzips zur Vermeidung der höchst unerwünschten Wirkung des *lex mitior*-Grundsatzes.⁵⁰

Dr. André-M. Szesny, LL.M., ist Rechtsanwalt und Partner der Wirtschaftskanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek und Lehrbeauftragter für Wirtschaftsstrafrecht an der Hochschule Fresenius. Er ist als Strafverteidiger in Wirtschaftsstrafsachen tätig und berät Unternehmen und Einzelpersonen in Fragen der Compliance und des Unternehmensstrafrechts.



⁴⁶ Vgl. *Rothenfußer/Jäger*, NJW 2016, 2689, 2691.

⁴⁷ So *Lorenz/Zierden*, HRRS 2016, 443, 447.

⁴⁸ Ähnlich *Gaede*, wistra 2017, 41, 45.

⁴⁹ Näher *Gaede*, wistra 2017, 41, 46 ff.; *Rothenfußer/Jäger*, NJW 2016, 2689, 2694 f.

⁵⁰ Vgl. BVerfG, 19.12.2002 – 2 BvR 666/02, wistra 2003, 255, 257 f. in Bezug auf § 370 Abs. 6 AO a.F.