3 1/PE 190 - 372

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht ZIP

37. Jahrgang
Heft 27
8. Juli 2016

Herausgeber:
RA Dr. Bruno M. Kübler
(Geschäftsführender Herausgeber)
Prof. Dr. Reinhard Bork
Prof. Dr. Wolfgang Lüke
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Hanns Prütting
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Karsten Schmidt

Herausgeberbeirat:
Prof. Dr. Holger Altmeppen
Vors. Richter am BGH Prof. Dr. A. Bergmann
Prof. Dr. Georg Bitter
Prof. Dr. Moritz Brinkmann
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. C.-W. Canaris
Prof. Dr. Ulrich Ehricke
Prof. Dr. Horst Eidenmüller
Prof. Dr. Dr. h. c. Holger Fleischer
Prof. Dr. Walter Gerhardt
RA Dr. Burkard Göpfert
Vors. Richter am BGH a. D. Prof. Dr. W. Goette
MinDir. Marie Luise Graf-Schlicker
Prof. Dr. Mathias Habersack
Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfram Henckel
Prof. Dr. Florian Jacoby
RA/StB Dr. Günter Kahlert
Vors. Richter am BGH Prof. Dr. G. Kayser
RA Dr. Bernd Klasmeyer
Prof. Dr. Lars Klöhn
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Marcus Lutter
Prof. Dr. Christoph G. Paulus
Vors. Richter am BGH a. D. Dr. h. c. V. Röhricht
Prof. Dr. Carsten Schäfer
Prof. Dr. Christoph Thole
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter Ulmer
RA Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen

Inhaltsverzeichnis

ZIP-aktuell

BGH: Indizien für eine Zahlungseinstellung ..... A 51 Nr. 195
BGH zur Verlängerung des Vertrags mit Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH ..... A 51 Nr. 196
BGH zur Tätigkeitsvergütung zwischen geschäftsführenden Gesellschaftern ..... A 51 Nr. 197
BGH zur Einlösung der Rabatt-Coupons von Mitbewerbern .... A 51 Nr. 198
BGH zum Vorkaufsrecht ..... A 51 Nr. 199
BGH zur Werbung mit Kundenbewertungen im Internet ..... A 52 Nr. 200
BFH zur USt-Berichtigung bei vorläufiger Insolvenzverwaltung .... A 52 Nr. 201
BAG: Mindestlohn für Bereitschaftszeiten ..... A 52 Nr. 202
EU: RL gegen Steuervermeidung durch Unternehmen ..... A 52 Nr. 203

UNIVERSITÄTSBIBLIOTHEK AUGSBURG

Aufsätze

Carsten Herresthal, Regensburg — Die Kündigung von Bausparverträgen durch die Bausparkasse 1257
Christian Kersting, Düsseldorf — Organhaftung für Kartellbußgelder 1266

Rechtsprechung

Bank- und Kreditsicherungsrecht

LG Frankfurt/M. 21. 6. 2016 – 2-12 O 114/15 — **EuGH-Vorlage zur Auslegung der Europäischen Bankensanierungsrichtlinie („HETA")** 1275

Internet — **www.zip-online.de**: Volltexte ab Heft 1/1980 mit komfortabler Suchfunktion und zitierfähigen Fundstellen – für ZIP-Abonnenten kostenfrei

37. Jahrgang
Heft 51–52
23. Dezember 2016/S. 2437

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht ZIP

Aufsätze

Matthias Rossi[*)]

Blankettstrafnormen als besondere Herausforderung an die Gesetzgebung – Amnestie als Folge des zu frühen Inkrafttretens des 1. FiMaNoG

Bei der Umsetzung kapitalmarktrechtlicher EU-Vorschriften durch das 1. FiMaNoG ist dem Gesetzgeber ein schwerer Fehler unterlaufen. Es ist ihm nicht gelungen, einen nahtlosen Austausch der Bezugsnormen von Blankettvorschriften im WpHG anzuordnen. Dies führt nicht nur zu einer eintägigen Ahndungslücke, sondern bewirkt über den europarechtlich als Grundrecht gewährleisteten lex mitior-Grundsatz eine umfassende Amnestie – eine Konsequenz, die selbst der Gesetzgeber nicht ohne Weiteres rückgängig machen kann.

I. Einleitung

Blankettstrafgesetze sind eine besondere Ausprägung der Gesetzestechnik von Verweisungen.[1)] Sie normieren selbst nur die Strafdrohung, knüpfen tatbestandlich aber vollständig oder teilweise an eine außerstrafrechtliche Norm an. Ein kompetenzteilender Bundesstaat bringt es dabei mit sich, dass auch ebenenübergreifende Verweisungen notwendig sind. Der Trennung von Straf- und Sachkompetenz wird insoweit durch die weitgehend anerkannte Zulässigkeit sog. echter Blankettvorschriften Rechnung getragen. Dementsprechend sind auch Verweisungen in nationalen Gesetze auf EU-Verordnungen zulässig[2)] und gängige Praxis. Sie tragen dem Umstand Rechnung, dass Verordnungen der EU unmittelbar geltendes Recht in den Mitgliedstaaten sind und weder einer nationalen Umsetzung bedürfen noch eine solche grundsätzlich überhaupt zulassen.[3)] Die Verweisung auf EU-Verordnungen ist insofern europarechtlich durch Art. 288 Abs. 2 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV vorgegeben und verfassungsrechtlich vom Anwendungsbefehl des Art. 23 Abs. 1 GG umfasst[4)] – die Beachtung der Kompetenzzuweisung und die Wahrung der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Grenzen einmal unterstellt.

Ungeachtet der grundsätzlichen Kritik an der Blankettgesetzgebung, die nämlich jedenfalls tendenziell den ultima ratio-Charakter des Strafrechts zu unterlaufen droht,[5)] birgt diese Blankettstrafgesetze charakterisierende Verweisungstechnik eine erhebliche Gefahr für die Begründung von Strafbarkeitslücken,[6)] wenn und weil bei Rechtsänderungen kein nahtloser Übergang von der alten auf eine neue Bezugsnorm gelingt. So ist es jüngst auch im Kapitalmarktrecht geschehen:

Die Marktmissbrauchsverordnung, für die sich unter Verweis auf die englische Bezeichnung „Market Abuse Regulation" auch in Deutschland die Abkürzung MAR durchgesetzt hat,[7)] ist am 12. 6. 2014 im Amtsblatt der EU verkündet worden und ausweislich ihres Art. 39 Abs. 1 zwanzig Tage später, am 2. 7. 2014, in Kraft getreten. Allerdings gelten die weitaus meisten Bestimmungen der MAR ausweislich ihres Art. 39 Abs. 2 erst seit dem 3. 7. 2016. In den dazwischenliegenden zwei Jahren hatten die Mitgliedstaaten gem. Art. 39 Abs. 3 MAR Zeit, vereinzelte in der MAR benannte Vorgaben in nationales Recht umzusetzen. Derselbe Zeitraum stand ihnen auch für die Umsetzung der zweiten Marktmissbrauchsrichtlinie (MAD II) zur Verfügung.[8)]

---

*) *Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre an der Universität Augsburg. Der Beitrag geht auf eine Anfrage aus der Praxis zurück.*

1) *Schützendübel*, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, 2012, S. 60.

2) Vgl. statt vieler *Schützendübel* (Fußn. 1), S. 65 m. w. N., u. a. auf BVerfG RIW/AWD 1979, 132, 133; BVerfG, Kammerbeschl. v. 9. 10. 1990 – 2 BvR 157/90, juris.

3) Zum Normwiederholungsverbot, verstanden als grundsätzliches Verbot der Mitgliedstaaten, Verordnungen der EU „umzusetzen" oder in parallelen nationalen Vorschriften zu „doppeln"; vgl. EuGH v. 14. 12. 1971 – Rs 43/71, Slg. 1971, 1039 – Politi/Ministero delle finanze; EuGH v. 3. 7. 1974 – Rs 9/74, Slg. 1974, 773 – Casagrande/Landeshauptstadt München; EuGH v. 31. 1. 1978 – Rs 94/77, Slg. 1978, 99 – Zerbone; s. *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., 2016, Art. 4 EUV Rz. 102.

4) Zu solchen unionsrechtsakzessorischen Verweisungen vgl. *Schützendübel* (Fußn. 1), S. 68 ff.

5) Deutlich *Hellmann*, in: Festschrift Krey, 2010, S. 169, 181.

6) Zu Vermeidungsmöglichkeiten vgl. *Harms/Heine*, in: Festschrift Amelung, 2009, S. 393, 398 ff.

7) VO (EU) Nr. 596/2014 v. 16. 4. 2014, ABl 2014 L 173, 1.

8) RL 2014/57/EU v. 16. 4. 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Market Abuse Directive – MAD II), ABl 2014 L 173, 179.

Der deutsche Gesetzgeber hat die MAR und die MAD II mit dem 1. FiMaNoG vom 30. 6. 2016 umgesetzt, das am 1. 7. 2016 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde und in Bezug auf zahlreiche Vorschriften ausweislich seines Art. 17 Abs. 1 am 2. 7. 2016 in Kraft getreten ist – fristgerecht also vor Ablauf der Umsetzungsfrist. Mit der Änderung sind u. a. die Insider- und Marktmanipulationsverbote der §§ 14 und 20a WpHG a. F.[9] aufgehoben und ihre straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Bewehrung in den §§ 38, 39 WpHG a. F. durch einen direkten Verweis auf die MAR ersetzt worden.[10] Typologisch sind durch diesen Wechsel der Bezugsnormen in den Verweisungsvorschriften des WpHG aus unechten echte Blankettvorschriften geworden, weil auf Normen außerhalb desselben Gesetzes und vor allem auch eines anderen Normsetzers Bezug genommen wird.

Allerdings zählen die alten Bezugsnormen zu den Vorschriften, die bereits am 2. 7. 2016 außer Kraft getreten sind, während die neuen erst ab 3. 7. 2016 galten. In der Folge könnten u. a. Insiderhandel und Marktmanipulation jedenfalls am 2. 7. 2016 nicht als Straftat und Ordnungswidrigkeit verfolgbar gewesen sein – eine Strafbarkeitslücke, die sich wegen des strafrechtlichen lex mitior-Grundsatzes des § 2 Abs. 3 StGB auf alle Verfahren auswirken könnte, die nicht bis zum 2. 7. 2016 durch eine rechtskräftige Entscheidung beendet waren. Gleiches gilt nach § 4 Abs. 3 OWiG für Ordnungswidrigkeiten nach § 39 WpHG i. V. m. der MAR. In diesem Falle käme der Fehler des Gesetzgebers einer – sicherlich ungewollten – Generalamnestie gleich.[11]

Vor diesem Hintergrund stellen sich unabhängig von speziellen kapitalmarkt- und strafrechtlichen Betrachtungen eine konkrete sowie zwei weitere allgemeine verfassungs- und europarechtliche Fragen. Bezogen auf das 1. FiMaNoG ist zunächst festzustellen, ob es am 2. 7. 2016 tatsächlich eine Ahndungslücke gab (II). Sodann ist zu prüfen, ob sich diese Strafbarkeitslücke über den lex mitior-Grundsatz zwingend zu einer Generalamnestie ausweitet (III) oder ob, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Beschränkungen der Gesetzgeber solche weitreichenden Folgen unterbinden kann (IV).

II. Ahndungslücke am 2. 7. 2016

1. Irrelevante Ursachen des vorzeitigen Inkrafttretens

Über die Ursachen, die zur Diskrepanz zwischen dem Außerkrafttreten der alten und der Geltung der neuen strafbegründenden Vorschrift und damit zu der jedenfalls eintägigen, womöglich dauerhaften Ahndungslücke geführt haben, kann nur spekuliert werden.

Einerseits liegt die Vermutung nahe, dass es sich um ein Versehen gehandelt hat[12] bzw. dass die Differenzierung zwischen dem Inkrafttreten der MAR am 2. 7. 2014, ihrer Geltung ab dem 3. 7. 2016 (0 Uhr) und der Umsetzungspflicht bis zum, also vor dem 3. 7. 2016 den deutschen Gesetzgeber überfordert hat. Außer Frage dürfte wohl jedenfalls stehen, dass der Gesetzgeber weder eine temporäre Ahndungslücke öffnen noch gar eine umfassende Generalamnestie im Kapitalmarktstrafrecht anordnen wollte. Denn verfolgt man die Genese des Gesetzes, war jedenfalls dem zuständigen Referat im Bundesfinanzministerium noch bewusst, dass die Neuregelungen mit der Anwendbarkeit der MAR am 3. 7. 2016 in Kraft treten müssen.[13] Zwar sah bereits der Regierungsentwurf demgegenüber vor, dass die Vorschriften zur Umsetzung der MAR „zum 2. Juli 2016 und damit zum in diesen Rechtsakten bestimmten Anwendungszeitpunkt in Kraft" treten.[14] Bei diesem Datum beließ es auch der Finanzausschuss des Bundestages, obwohl er sich durchaus mit der Inkrafttretens-Vorschrift befasst hat.[15] Doch in der (ausgesprochen kurzen) Plenardebatte im Bundestag schließlich ist deutlich die Intention artikuliert worden, die Strafvorschriften beizubehalten und sogar zu verschärfen.[16] Die zeitliche Überleitung von den alten auf die neuen Bezugsnormen der Blankettvorschriften wurde hier freilich nicht thematisiert. Auch bei der Prüfung des Gesetzes durch das Bundespräsidialamt wurde die Diskrepanz zwischen dem Außerkrafttreten der alten und dem Inkrafttreten der neuen Bezugsnormen der Blankettvorschriften offensichtlich nicht gesehen. Ein Versehen, ein Übersehen?

Die BaFin dementiert und verdeutlicht damit zugleich ihre Rolle im Verfahren zum Erlass des 1. FiMaNoG. In einer Erklärung nach Inkrafttreten des Gesetzes weist sie darauf hin, dass das Inkrafttreten zum 2. 7. 2016 nicht versehentlich, sondern „vor dem Hintergrund der Bestandschutzregelung in Art. 30 Abs. 1 Unterabs. 2 MAR bewusst gewählt" wurde[17] – eine Argumentation, die (vielleicht) das politische Wollen beschreibt, das rechtliche Dürfen aber missachtet, wie sogleich dargelegt wird.

Letztlich ist der „Wille des Gesetzgebers"[18] in diesem Fall aber ohnehin irrelevant, und auch der grundsätzliche Streit zwischen der subjektiven und objektiven Theorie ist nicht berührt, weil dieser Streit allein um die Auslegungsziele geführt wird,[19] während unstreitig ist, dass nicht durch Auslegung ermittelt werden kann, was außerhalb des Wortlauts des Gesetzes liegt.[20] Nach dem insofern deutlichen Wortlaut des Art. 17 1. FiMaNoG treten die nationalen Bezugsnormen zum 2. 7. 2016 außer Kraft, während die europäischen nach Art. 39 Abs. 2 MAR erst ab dem 3. 7. 2016 gelten bzw. anwendbar sind.[21] Da aber die Frage, ob die europarechtlichen Normen der MAR bereits vor ihrer Anwendbarkeit geeignete Bezugsnormen nationaler strafrechtlicher Blankettvorschriften sind, jedenfalls nicht vom Willen des nationalen Gesetzgebers abhängt, sind die Ursachen für den schweren gesetzestechnischen Fehler rechtlich irrelevant.

9) Vgl. Art. 1 Nr. 12 und Nr. 22 1. FiMaNoG.
10) Vgl. die von Art. 1 Nr. 35 und Nr. 36 1. FiMaNoG bewirkten Änderungen der Art. 38 Abs. 3 und Art. 39 WpHG.
11) So *Rothenfußer/Jäger*, NJW 2016, 2689; ebenso *Lorenz/Zierden*, HRRS 2016, 764 ff.; anders *Klöhn/Büttner*, ZIP 2016, 1801; differenzierend *Bergmann/Vogt*, wistra 2016, 347.
12) So *Rothenfußer/Jäger*, NJW 2016, 2689, 2690.
13) Vgl. Art. 14 Abs. 4 FiMaNoG-RefE v. 16. 10. 2015 sowie die Erläuterungen auf S. 2 und S. 263.
14) BT-Drucks. 18/7482, S. 80.
15) BT-Drucks. 18/8099, S. 95 (zu Art. 17 = Art. 16 RefE).
16) Vgl. etwa den Redebeitrag von MdB *Christian Petry*, BT PlenProt 18/16205.
17) Pressemitteilung der BaFin v. 8. 7. 2016.
18) Instruktiv *Wischmeyer*, JZ 2015, 957 ff.
19) Vgl. die Zusammenfassung bei *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2016, S. 122 ff.; *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaats, 2015, S. 342.
20) Vgl. nur BVerfGE 71, 108, 115; BVerfGE 128, 193.
21) Zu den inhaltsgleichen Begriffen Geltung (wie in Art. 39 Abs. 2 MAR verwendet) und Anwendbarkeit siehe nachfolgend unter 2.3.

2. Erfordernis einer anwendbaren Bezugsnorm

Bei unionsrechtsakzessorischen Blankettstrafgesetzen bleibt der nationale Straftatbestand insoweit unvollständig, als die tatbestandliche Umschreibung des strafbaren Verhaltens ganz oder teilweise auf Unionsrecht verweist.[22] Der („Voll-")Straftatbestand wird erst durch die Zusammenschau von unionsrechtlicher Bezugsnorm und nationaler Verweisungsnorm gebildet.[23] Es entsteht insofern ein rechtsebenenübergreifender Gesamtstraftatbestand, dessen einzelne Teile ihren jeweiligen Charakter aber nicht verlieren. Dementsprechend sind unionsrechtsakzessorische Straftatbestände von einem rechtsquellen- und rechtsebenenübergreifenden Charakter, sie sind hybrider oder dualistischer Natur.[24] Als Konsequenz dieses besonderen Konstrukts setzt die Strafbarkeit nach einem solchen echten Blankettstrafgesetz voraus, dass beide Komponenten, die nationale Verweisungsnorm wie auch die europäische Bezugsnorm, überhaupt anwendbar sind. Sind die Anwendungsvoraussetzungen der europäischen Bezugsnorm nicht erfüllt, bleibt die nationale Verweisungsnorm unvollständig und vermag für sich genommen keine Strafbarkeit zu begründen.[25] Sie läuft ins Leere.[26]

Dies indes wird namentlich von der BaFin,[27] darüber hinaus aber auch in ersten Aufsätzen bestritten.[28] Für die in Bezug genommene Norm einer Blankettvorschrift genüge es, dass sie in Kraft sei, eine darüber hinausgehende Anwendbarkeit sei nicht erforderlich.[29] Mit der europaverfassungsrechtlich gebotenen Differenzierung von Existenz, Wirksamkeit und Anwendbarkeit von Rechtsnormen lässt sich dieses Ergebnis nicht vereinbaren.

2.1 Existenz, Wirksamkeit, Anwendbarkeit von Rechtsnormen

Ab welcher der zahlreichen Phasen eines Rechtsetzungsverfahrens eine Norm Wirkungen und gegebenenfalls auch Vorwirkungen erzeugt,[30] ist insbesondere für die Bestimmung bzw. den Verlust schutzwürdigen Vertrauens und wegen (verfassungs-)prozessualer Konsequenzen von immenser Relevanz und dementsprechend durchaus umstritten. Nach dem Abschluss der eigentlichen politischen Willensbildung in den gesetzgebenden Körperschaften bieten Gegenzeichnung, Ausfertigung, Verkündung, Inkrafttreten und etwaige Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit vielfältige Anknüpfungspunkte.

Auch im Unionsrecht begründet die Annahme eines Rechtsakts im jeweiligen – regelmäßig im ordentlichen – Gesetzgebungsverfahren noch kein Recht. Vielmehr sind nach Art. 297 AEUV die Unterzeichnung, die Veröffentlichung und das Inkrafttreten konstitutive Voraussetzungen, damit aus der politischen Verständigung in den am Rechtsetzungsverfahren beteiligten Organen auch tatsächlich Recht werden kann. Im Einzelnen beendet die Unterzeichnung das Gesetzgebungsverfahren in formaler Hinsicht und bekundet zugleich, dass das Verfahren im Einklang mit den primärrechtlichen Vorgaben durchgeführt wurde.[31] Die anschließende Veröffentlichung im Amtsblatt der EU bewirkt die Existenz des Rechtsakts, die ihrerseits Grundvoraussetzung dafür ist, dass ein Rechtsakt überhaupt Rechtswirkungen entfalten kann.[32] Diese Rechtswirkungen erlangt eine Rechtsnorm mit ihrem (ordnungsgemäßen) Inkrafttreten,[33] das nicht mehr Bestandteil des Gesetzgebungsverfahrens, sondern Teil der normativen Regelung des Gesetzes ist, also den materiellen Gehalt des Gesetzes betrifft und deshalb dem Gesetzgeber vorbehalten ist.[34] Dies hat das Inkrafttreten mit der Anwendbarkeit gemein, die ebenfalls materieller Gegenstand des Rechtsakts selbst ist. Gleichwohl sind Inkrafttreten und Anwendbarkeit von Gesetzen bzw. von Rechtsakten der EU streng voneinander zu trennen: Die Anwendbarkeit ist kein Element des Inkrafttretens.[35] Sie wird nicht von der Verfassung bzw. vom Primärrecht determiniert, sondern vom jeweiligen Rechtsetzer selbst festgelegt. Dementsprechend kann der Anwendungsbereich einer Verordnung nicht nur in sachlicher, persönlicher oder räumlicher, sondern eben auch in zeitlicher Hinsicht geregelt sein. Inkrafttreten und zeitliche Anwendbarkeit können zwar – und werden zumeist auch – zusammenfallen,[36] müssen es aber nicht.[37] Vielmehr kann der Beginn der Anwendbarkeit – in den (europa)verfassungsrechtlichen Grenzen der Rückwirkung – ausnahmsweise sogar vor dem Inkrafttreten einer Rechtsnorm liegen oder eben, verfassungs- und europarechtlich grundsätzlich unbedenklich, – wie im Fall der MAR – erst auf ein späteres Datum gelegt werden.[38] Die Unterscheidung von Inkrafttreten und Anwendbarkeit ist für den Rechtsetzer mithin ein Instrument zur Differenzierung zwischen einzelnen Normen desselben Rechtsakts oder auch nach den Wirkungen für verschiedene Adressatenkreise.

22) *Satzger*, in: Sieber/Satzger/v. Heintschell-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., 2014, § 9 Rz. 20.
23) *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl., 2014, § 11 Rz. 19; unter Verweis auf *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 187.
24) Das Strafrecht spricht von janusköpfigen Normen, vgl. *Satzger* (Fußn. 22), § 9 Rz. 23; *Ambos* (Fußn. 23), § 11 Rz. 24.
25) *Schützendübel* (Fußn. 1), S. 75.
26) So *Rothenfußer/Jäger*, Börsenzeitung v. 7. 7. 2016, S. 13; *Rothenfußer/Jäger*, NJW 2016, 2689; ebenso *Lorenz/Zierden*, HRRS 2016, 443.
27) Pressemitteilung der BaFin v. 8. 7. 2016.
28) *Klöhn/Büttner*, ZIP 2016, 1801, 1808; *Bergmann/Vogt*, wistra 2016, 347, 348 f.
29) *Bergmann/Vogt*, wistra 2016, 347, 348 f., verlangen immerhin noch eine hinreichende Bestimmtheit der in Bezug genommenen Normen und gelangen deshalb insgesamt zu einem differenzierenden Ergebnis.
30) Grundlegend *Kloepfer*, Vorwirkung von Gesetzen, 1974, passim.
31) *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: 7/2016, Art. 297 AEUV Rz. 6 ff.
32) EuGH v. 29. 5. 1974 – Rs 185/73, Slg. 1974, 607 – Hauptzollamt Bielefeld/König; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Aufl., 2014, § 11 Rz. 91; *Krajewski/Rösslein* (Fußn. 31), Art. 297 AEUV Rz. 21 m. w. N.
33) *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fußn. 32), § 11 Rz. 94; *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 4, 7. Aufl., 2015, Art. 297 AEUV Rz. 7; für das deutsche Recht *BMJ*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl., 2008, Rz. 438.
34) Vgl. für das nationale Recht BVerfGE 42, 263, 283; *Ossenbühl*, HStR V, 3. Aufl., 2007, § 102 Rz. 74; *Schneider*, Gesetzgebung, 3. Aufl., 2002, § 15 Rz. 517. Das verfassungsrechtlich in Art. 82 Abs. 2 Satz 2 GG bzw. primärrechtlich in Art. 297 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 2 AEUV vorgesehene automatische Inkrafttreten nach einer bestimmten Frist ist rein subsidiärer Natur – vgl. *Butzer*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: 7/2016, Art. 82 Rz. 287.
35) *Weckerling-Wilhelm*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, 2013, § 10 Rz. 49; *Geismann* (Fußn. 33), Art. 297 AEUV Rz. 11.
36) Diesen Grundfall vor Augen, wird häufig nicht hinreichend zwischen Inkrafttreten und zeitlichem Anwendungsbereich unterschieden, vgl. etwa *Bauer*, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl., 2015, Art. 82 Rz. 25.
37) Für das nationale Recht *BMJ* (Fußn. 33), Rz. 438; für das Unionsrecht vgl. EuGH v. 17. 11. 2011 – Rs C-412/10, Slg. 2011, I-11603, Rz. 24 – Homawoo.
38) *Geismann* (Fußn. 33), Art. 297 AEUV Rz. 11.

2.2 Unsichere Terminologie

Diese allgemeinen Grundsätze der Rechtsetzung, die sowohl für die nationale als auch für die europäische Gesetzgebung gelten, geraten generell und gerade auch bei der Beurteilung der Blankettverweisung im durch das 1. FiMaNoG geänderten WpHG aus dem Blick, weil nicht nur in der Fachliteratur, sondern auch in den Rechtsakten selbst keine einheitliche Terminologie verwendet wird. Der Grund dafür liegt darin, dass das Primärrecht mit der Unterzeichnung, der Veröffentlichung und dem Inkrafttreten nur äußere Ereignisse, nicht aber deren Wirkungen begrifflich umschreibt. Und die VO 1182/71, die für die Bestimmung der Fristen, Daten oder Termine von Rechtsakten der Union maßgeblich ist,[39] vermischt beide Aspekte, wenn sie in Art. 4 zwischen dem Inkrafttreten, dem Wirksamwerden und dem Anwendungsbeginn von Rechtsakten differenziert. Sie verdeutlicht insofern zwar immerhin, dass es zwischen der Wirksamkeit und der Anwendbarkeit Unterschiede gibt, erklärt aber nicht, wo der Unterschied zwischen dem Inkrafttreten und der Wirksamkeit liegen soll. Noch unverständlicher ist, dass in Bezug auf das Ende dieser drei Aspekte zwar vom „Ablauf der Wirksamkeit" und vom „Ablauf der Anwendbarkeit", hinsichtlich des Inkrafttretens aber vom „Ablauf der Geltungsdauer" gesprochen wird. Damit wird der neue Begriff der Geltung eingeführt, der auch vom europäischen Gesetzgeber in den zahlreichen Rechtsakten der Union, darunter in Art. 39 MAR, verwendet wird.

2.3 Geltung i. S. v. Art. 39 Abs. 2 MAR meint Anwendbarkeit

Wie Art. 39 MAR, so differenziert etwa auch die VO Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in Art. 91 zwischen Inkrafttreten und Geltung. Ebenso unterscheidet die Datenschutzgrundverordnung in Art. 99 DSGVO zwischen Inkrafttreten und Geltung. Ganz bewusst soll die zeitliche Differenzierung hier bewirken, dass die organisatorischen Regelungen sowie die in ihnen enthaltenden Vorgaben für die Mitgliedstaaten bereits ab dem Inkrafttreten verbindlich sein sollen, während die Datenverarbeitung selbst erst nach Ablauf des Übergangszeitraums den Vorgaben der DSGVO genügen muss.[40] Für die sog. Rom II-VO, die ebenfalls zwischen dem Inkrafttreten und der Geltung unterscheidet,[41] hat der EuGH insoweit festgehalten, „dass der Gesetzgeber den Zeitpunkt des Inkrafttretens vom Zeitpunkt des Beginns der Anwendung der Regelung, die er erlässt, unterscheiden darf, indem er den letztgenannten Zeitpunkt gegenüber dem erstgenannten hinausschiebt. Eine solche Vorgehensweise kann es insbesondere, sobald der Rechtsakt in Kraft getreten und damit Teil der Rechtsordnung der Union geworden ist, den Mitgliedstaaten oder den Organen der Union ermöglichen, auf der Grundlage dieses Rechtsakts die ihnen obliegenden vorab bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen, die sich als unerlässlich für dessen spätere vollständige Anwendung auf sämtliche Rechtssubjekte, für die er gilt, erweisen."[42]

Dieses Urteil ist in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung. Es hält zunächst einmal fest, dass ein Rechtsakt (selbstverständlich) zwischen Inkrafttreten und Anwendbarkeit unterscheiden darf. Es betont zudem, dass maßgeblich für die Außenwirkung eines Rechtsakts gegenüber sämtlichen Rechtssubjekten allein die Anwendbarkeit, nicht schon das Inkrafttreten ist. Und schließlich klärt es die Begrifflichkeiten. Denn obwohl Art. 32 Rom II-VO wie auch die anderen genannten Bestimmungen in ihren jeweiligen deutschen Fassungen[43] davon sprechen, dass die Verordnungen erst von einem späteren Zeitpunkt an „gelten", übersetzt der EuGH diese vom Rechtsakt verwendete Begrifflichkeit mit der Anwendung. Geltung im Sinne der Verordnungen meint insofern Anwendung, besser vielleicht Anwendbarkeit. Damit findet der EuGH auch in der deutschen Sprache zurück zum allgemeinen sowie vor allem zum Sprachgebrauch der VO 1182/71.

2.4 Unterschied zwischen Wirksamkeit und Anwendbarkeit

Überträgt man diese Begrifflichkeiten auf Art. 39 MAR, wird deutlich, dass die gesamte MAR nach ihrem Art. 39 Abs. 1 bereits am 2. 7. 2014 wirksam geworden ist, die meisten ihrer Vorschriften nach Art. 39 Abs. 2 MAR aber erst seit dem 3. 7. 2016 anwendbar sind. Die frühzeitige Wirksamkeit war allein für die Mitgliedstaaten, für diese aber vor allem deshalb von großer Bedeutung, weil sie seitdem umfassend an den in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gebunden sind. Das frühzeitige Inkraftsetzen der MAR führt i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV insoweit zu weitreichenden Vorwirkungen, die sich in zahlreichen Handlungs- und Unterlassungspflichten äußern,[44] und ist, das zeigen die o. g. weiteren Beispiele der Rom II- oder der Datenschutzgrundverordnung, ein zunehmend eingesetztes Instrument, um den Übergang einer Regelungsmaterie von der mitgliedstaatlichen auf die unionsrechtliche Ebene zu bewerkstelligen, bevor das auf diese Art harmonisierte oder gar vereinheitlichte Recht auf alle Rechtsunterworfenen Anwendung findet. Im Einzelnen sind die von Verordnungen ausgehenden Vorwirkungen – anders als die von Richtlinien[45] – bislang ebenso wenig geklärt[46] wie die Frage, ob die Form der Verordnung – und sei es auch nur partiell – für den Inhalt und die Funktion einer Richtlinie gewählt werden darf. Die anerkannte Offenheit der Handlungsformen sowie die Wahlfreiheit der Unionsorgane[47] spricht aber (jenseits allgemeiner legistischer Bedenken) gegen eine Formenstrenge und für die Zulässigkeit der Kombination der beiden Hauptformen ab-

39) VO (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 v. 3. 6. 1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine, ABl 1971 L 124, 1.
40) Deutlich *Jenny*, in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl., 2016, Art. 99 DSGVO Rz. 2; vgl. auch *Pauly*, in: Paal/Pauly, DSGVO, 2017, Art. 99 Rz. 1 f.
41) Vgl. Art. 31 und 32 VO 864/2007, ABl 2007 L 199, 40.
42) EuGH Slg. 2011, I-11603, Rz. 24 ff. – Homawoo.
43) Zu den Begrifflichkeiten in anderen Sprachen vgl. *Bergmann/Vogt*, wistra 2016, 347, 348; *Lorenz/Zierden*, HRRS 2016, 443, 446.
44) Zu Art. 4 Abs. 3 EUV vgl. statt vieler *Kahl* (Fußn. 3), Art. 4 EUV Rz. 38 ff.
45) Vgl. etwa EuGH v. 18. 12. 1997 – Rs C-129/96, Slg. 1997, I-7411 – Inter-Environnement Wallonie/Région wallonne; EuGH v. 5. 2. 2004 – Rs C-157/02, Slg. 2004, I-1477 – Rieser Internationale Transporte; EuGH v. 22. 11. 2005 – Rs C-144/04, Slg. 2005, I-9981 = ZIP 2005, 2171 (m. Bespr. *Thüsing*, S. 2149) – Mangold, dazu EWiR 2005, 869 *(Brock/Windeln)*; EuGH v. 14. 6. 2007 – Rs C-422/05, Slg. 2007, I-4749 – Kommission/Belgien.
46) Vgl. aber etwa *Saxinger*, EuZW 2009, 449.
47) Statt vieler *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: 7/2016, Art. 288 AEUV Rz. 74 ff.

strakt-genereller Rechtsetzung. Mit Blick auf die Rechtsprechung zu den Vorwirkungen von Richtlinien erscheint es insbesondere unbedenklich, die Mitgliedstaaten zu einem früheren Zeitpunkt als die übrigen Rechtssubjekte in die Pflicht zu nehmen. Die damit einhergehende differenzierte Wirkung von Rechtsakten *gegenüber* den Mitgliedstaaten einerseits und *in* den Mitgliedstaaten andererseits wird im Übrigen auch aus der Skoma-Lux-Rechtsprechung des EuGH deutlich. Hier hat der EuGH klargestellt, dass die fehlende Übersetzung eines Rechtsakts auch im betroffenen Mitgliedstaat nicht generell die Wirksamkeit, sondern nur die Anwendbarkeit des fraglichen Rechtsakts ausschließt.[48]

2.5 Anwendbarkeit der Bezugsnorm als Voraussetzung für Strafbarkeit

Vor dem Hintergrund dieser Differenzierung zwischen Wirksamkeit und Anwendbarkeit kommen Normen, die zwar in Kraft getreten, gleichwohl aber noch nicht anwendbar sind, als Bezugsnormen für Blankettverweisungen jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn die gesamte aus Verweisungs- und Bezugsvorschrift bestehende Norm Außenwirkung gegenüber den Bürgern entfalten soll, wie dies charakteristisch für strafrechtliche Blankettvorschriften ist. Wenn die in Bezug genommene Norm des Unionsrechts noch keine Außenwirkung entfaltet, kann auch der („Voll-")Straftatbestand nicht greifen.[49] Zwar bleibt ein Verweis auf die Bezugsnorm schon vor ihrer Anwendbarkeit in einem tatsächlichen, gesetzestechnischen Sinne möglich,[50] er führt insbesondere weder zur Nichtigkeit noch auch nur zur (Unions-)Rechtswidrigkeit der nationalen Verweisungsnorm. Doch ein solcher Verweis entfaltet keine unmittelbare[51] rechtliche Wirkung. Jede andere Deutung[52] missachtete den Willen des europäischen Verordnungsgebers und damit den Anwendungsvorrang des Unionsrechts.

Ob sich die Verweisungsnorm eines starren oder eines dynamischen Verweises bedient und ob die in Bezug genommene Norm des Unionsrechts dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügt oder nicht,[53] ist zwar für die Beurteilung der materiellen Rechtmäßigkeit des Gesamtstraftatbestandes von Bedeutung, für die Frage ihrer vorzeitigen Anwendbarkeit dagegen irrelevant.[54] Auch unabhängig von der Beurteilung ihrer Bestimmtheit waren die vom WpHG in Bezug genommenen Normen der MAR am 2. 7. 2016 nicht anwendbar, so dass etwaige an diesem Tag begangene „Verstöße" weder als Straftrat noch als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden können.

3. Keine Implementierung der MAR in das nationale Recht

Die BaFin[55] und mit ihr ein Beitrag in der Literatur[56] bauen indes eine Argumentation auf, die wohl darauf hinauslaufen soll, dass die in Bezug genommenen Regeln der MAR am 2. 7. 2016 zwar nicht als Unionsrecht, aber doch als nationales Recht gegolten hätten. Just zu diesem Zwecke (und vor dem Hintergrund der Bestandsschutzregelung in Art. 30 Abs. 1 Unterabs. 2 MAR) sei das 1. FiMaNoG bewusst zum 2. 7. 2016 in Kraft gesetzt worden. Allerdings ist die zugrunde liegende Argumentation – jedenfalls aus der Perspektive des Verfassungs- und Europarechts – nicht überzeugend[57] und zudem von keinerlei Relevanz für die Frage, ob am 2. 7. 2016 eine Ahndungslücke bestand oder nicht.

3.1 Unklarheit des Art. 30 MAR

Normativer Anknüpfungspunkt der Argumentation ist Art. 30 Abs. 1 Unterabs. 2 MAR. Nach dieser Vorschrift „können die Mitgliedstaaten beschließen, keine Regelungen für [bestimmte] Sanktionen festzulegen, sofern diese Verstöße bis zum 3. Juli 2016 gemäß dem nationalen Recht bereits strafrechtlichen Sanktionen unterliegen".

Diese Regelung ist, orientiert man sich nur am Wortlaut, durchaus widersprüchlich. Denn sie knüpft an Verstöße gegen die MAR vor dem 3. 7. 2016 an, obwohl die MAR erst ab dem 3. 7. 2016 gilt. Der kapitalmarktrechtlich unbefangene Leser der Vorschrift versteht den Verweis auf die genannten Verstöße aber ohne Weiteres sinngemäß nicht als formale, sondern als inhaltliche Bezugnahme: Wenn ein Verhalten, das ab dem 3. 7. 2016 bestimmte Tatbestände der MAR verwirklicht, vor dem 3. 7. 2016 bereits diesen Tatbeständen entsprechende Vorschriften des nationalen Rechts verletzte und strafrechtlich sanktioniert war, dann können die Mitgliedstaaten beschließen, keine weiteren verwaltungsrechtlichen Sanktionen vorzusehen.[58]

Ob eine solche teleologische Auslegung mit dem Wortlaut der Vorschrift noch in Einklang zu bringen ist, muss an dieser Stelle nicht geklärt werden. Denn entscheidend ist, dass der nationale Gesetzgeber den Widerspruch, den diese europarechtliche Vorschrift bei wörtlicher Betrachtung in sich trägt, keinesfalls dadurch auflösen kann, dass er die MAR einen Tag vor ihrer europarechtlich angeordneten Geltung zur Anwendung kommen lässt,[59] und auch nicht dadurch beseitigt hat, dass er für den 2. 7. 2016 inhaltsgleiches nationales Recht erlassen hat.

3.2 Zeitliche Anwendbarkeit der MAR außerhalb nationaler Kompetenz

Die von *Klöhn/Büttner* vorgebrachten Hinweise auf zwei vergangene Fälle, in denen der deutsche Gesetzgeber EU-Verord-

48) EuGH v. 11. 12. 2007 – Rs C-161/06, Slg. 2007, I-10841, Rz. 56 ff. – Skoma-Lux.
49) Vgl. *Harms/Heine* (Fußn. 6), S. 393, 397.
50) Ebenso *Rothenfußer/Jäger*, NJW 2016, 2689, 2691.
51) Mittelbar kann eine Verweisung auf eine erst in der Zukunft anwendbare Bezugsnorm insofern von rechtlicher Bedeutung sein, als sie das Entstehen schutzwürdigen Vertrauens ausschließt.
52) *Bergmann/Vogt*, wistra 2016, 347, 349, halten die MAR „für lediglich suspendiertes Recht" und eine Bezugnahme deshalb wohl auch für rechtlich möglich.
53) Skeptisch in Bezug auf Directors' Dealings-Meldungen nach Art. 19 Abs. 1 MAR *Rothenfußer/Jäger*, NJW 2016, 2689, 2693; a. A. insoweit *Bergmann/Vogt*, wistra 2016, 347, 349; diese halten dagegen den allgemeinen Marktmanipulationstatbestand des § 39 Abs. 3 Nr. 2 WpHG für zu unbestimmt. Zutreffend ist allgemein, dass bei Blankettstrafgesetzen neben der Strafnorm auch die jeweiligen Bezugsnormen den Anforderungen aus Art. 103 Abs. 2 GG unterliegen, vgl. BVerfGE 37, 201, 209; BVerfGE 75, 329, 342, 344 ff., vgl. jüngst BVerfG v. 3. 11. 2016 – 2 BvL 1/15, Rz. 42.
54) Anders wohl *Klöhn/Büttner*, ZIP 2016, 1801, 1807; *Bergmann/Vogt*, wistra 2016, 347, 349 f.
55) Pressemitteilung der BaFin v. 8. 7. 2016.
56) *Klöhn/Büttner*, ZIP 2016, 1801, 1804.
57) Skeptisch auch *Lorenz/Zierden*, HRRS 2016, 443, 444.
58) So wohl auch *Rothenfußer/Jäger*, NJW 2016, 2689, 2692.
59) So aber *Klöhn/Büttner*, ZIP 2016, 1801, 1806 f.

nungen bereits frühzeitig umgesetzt hätte,[60] tragen nicht und sind irreführend. Abgesehen davon, dass die genannten Beispiele allenfalls eine politische Praxis, nicht aber deren europarechtliche Zulässigkeit indizierten, sind die in Bezug genommenen europarechtlichen Vorschriften in beiden Fällen nicht durch ein nationales Gesetz vorzeitig für anwendbar erklärt worden, wie dies nun für das 1. FiMaNoG reklamiert wird. Vielmehr ist den entsprechenden Vorschriften dadurch zu einer vorzeitigen Anwendung verholfen worden, dass der nationale Gesetzgeber inhaltsgleiche nationale Vorschriften erlassen hat. Nicht die europarechtlichen Vorschriften wurden vor ihrem Inkrafttreten angewendet, sondern inhaltsgleiches nationales Recht. Dies gilt nicht nur sehr deutlich für das Kleinanlegergesetz, nach dem bestimmte Regelungen von MiFID/MiFIR inhaltsgleich in das WpHG eingeführt wurden, sondern auch im Falle des Fahrgastrechteverordnung-Anwendungsgesetzes. Dass dieses nur zwei Paragraphen umfassende Gesetz im Wesentlichen aus einem Verweis auf die entsprechende EU-Verordnung bestand, ändert nichts an seinem nationalen Charakter. Wie bei der Ratifizierung eines völkerrechtlichen Vertrags, bei dem in Deutschland nur der innerstaatliche Umsetzungsakt, nicht der völkerrechtliche Vertrag selbst angewendet wird, hat vor dem Inkrafttreten der europarechtlichen Fahrgastrechteverordnung nur das deutsche Fahrgastrechteverordnung-Anwendungsgesetz Geltung erlangt. Diese Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Rechtsquellen war dem nationalen Gesetzgeber seinerzeit wohl auch bewusst, denn er hat, um dem unionsrechtlichen Normwiederholungsverbot Rechnung zu tragen, in der zweiten Vorschrift des nationalen Anwendungsgesetzes das Außerkrafttreten des Gesetzes just zu dem Zeitpunkt angeordnet, zu dem die EU-Verordnung in Kraft trat.

Beide Fälle unterscheiden sich also deutlich von der Inkrafttretensregelung des Art. 17 1. FiMaNoG, die nach Lesart der BaFin und von *Klöhn/Büttner* mit der vorzeitigen Anwendbarkeit der MAR in Deutschland etwas anordnen will, was sie nicht anordnen kann. Denn selbst wenn „der Gesetzgeber" den Willen gehabt haben sollte, bestimmte Vorschriften der MAR bereits zum 2. 7. 2016 in Kraft treten zu lassen, so fehlte ihm hierfür doch die erforderliche Kompetenz. Die Regelung der Geltung einer EU-Verordnung steht nicht zur Disposition des nationalen Gesetzgebers: Die Mitgliedstaaten dürfen auf das Datum oder die Modalitäten des Wirksamwerdens einer Verordnung keinen Einfluss nehmen.[61] Die Inkrafttretensregelung des Art. 17 1. FiMaNoG erstreckt sich allein auf das nationale Recht und umfasst deshalb die Streichung der bisherigen nationalen Bezugsnormen der Blankettvorschriften, nicht aber die Geltung der künftigen unionsrechtlichen Bezugsnormen. Der rechtsebenen- und also rechtsquellenübergreifende Charakter echter Blanketttatbestände steht einer einseitigen Anwendungserklärung der MAR durch den nationalen Gesetzgeber entgegen.

3.3 Unterlassene Überführung der MAR in inhaltsgleiches nationales Recht

Insbesondere kann die Inkrafttretensregelung des Art. 17 Abs. 1 1. FiMaNoG nicht als nationales Anwendungsgesetz, vergleichbar etwa dem Fahrgastrechteverordnung-Anwendungsgesetz, verstanden werden, als „Ratifikationsnorm" sozusagen. Erstens wird die MAR von der Norm gar nicht unmittelbar in Bezug genommen, weshalb sie den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen nicht genügte, zweitens ist in keiner Weise erkennbar, dass eine solche Regelung vom Gesetzgeber intendiert gewesen wäre, und drittens fehlte dann eine entsprechende Außerkrafttretensregelung, die ab dem 3. 7. 2016 eine parallele Anwendbarkeit von MAR einerseits und national übernommenen MAR verhinderte. Im Übrigen fragt sich, weshalb eine solche antizipierte Anwendbarkeit der MAR nicht in § 50 WpHG aufgenommen wurde, der ja gerade verschiedene Übergangsvorschriften zur MAR enthält. Der Umstand, dass hier keine Regelungen zu den Blankettverweisungen der §§ 38, 39 WpHG getroffen wurde, spricht deutlich gegen die Annahme eines entsprechenden gesetzgeberischen Willens und vor allem auch gegen die temporäre Inkorporierung der Bezugsnormen der MAR in das nationale Recht.[62]

Ungeachtet dieser sehr eindeutigen und deshalb auch ohne Weiteres erkennbaren Kompetenzlage offenbart sich bei der vom BMF (oder von der BaFin) gewählten Strategie, wenn sie denn tatsächlich verfolgt wurde, ein merkwürdig formales Verständnis von den Vorgaben des Europarechts. Wäre dem Anliegen des Art. 30 Abs. 1 Unterabs. 2 MAR denn wirklich Rechnung getragen, wenn in Deutschland die verlangten strafrechtlichen Sanktionen nur für einen Tag – für eine logische Sekunde, ist man versucht zu sagen – gegolten hätten? Noch dazu, wo der 2. 7. 2016, worauf *Klöhn/Büttner* gerne hinweisen, ein Samstag war? Und hat Deutschland eigentlich den in der Vorschrift verlangten Beschluss gefasst und dies der Kommission und der ESMA in ihren Einzelheiten gemeldet, wie es Art. 30 Abs. 1 Unterabs. 2 MAR weiter verlangt?

4. Teilergebnis

All diese offenen Fragen mögen für die Suche nach der politischen Verantwortlichkeit für den schweren gesetzestechnischen Fehler relevant sein. Für die Beurteilung der Rechtslage am 2. 7. 2016 sind sie dagegen ohne Bedeutung. Unabhängig davon, ob die Inkrafttretensregelung des Art. 17 1. FiMaNoG auf einem Versehen, auf einer Vermischung des Ablaufs der Umsetzungsfrist mit dem Geltungsbeginn der MAR oder auf einer Strategie beruht, galten die tatbestandlich von den Blankettverweisungen in §§ 38 und 39 WpHG in Bezug genommenen Vorschriften der MAR weder in der gesamten EU noch auch nur in Deutschland bereits am 2. 7. 2016. Die Verweisungen in §§ 38, 39 WpHG bezogen sich deshalb auf Rechtsvorschriften der MAR, die ausweislich des Art. 39 MAR am 2. 7. 2016 noch nicht galten und nach dem allein maßgeblichen Willen des europäischen Rechtsetzers auch

60) Wegen fehlenden Umsetzungsbedarfs von Verordnungen ist bereits diese von *Klöhn/Büttner*, ZIP 2016, 1801, 1806 f. verwendete Begrifflichkeit missverständlich.

61) *Nettesheim* (Fußn. 47), Art. 288 AEUV Rz. 101, unter Verweis auf EuGH v. 10. 10. 1973 – Rs 34/73, Slg. 1973, 981 – Fratelli Variola Spa/Amministrazione delle finanze dello Stato; EuGH v. 2. 2. 1977 – Rs 50/76, Slg. 1977, 137 – Amsterdam Bulb BV/Produktschap voor siergewassen; EuGH Slg. 1978, 99 – Zerbone.

62) Ebenso *Rothenfußer/Jäger*, NJW 2016, 2689, 2692.

nicht gelten sollten. Die Verweise in den § 38 Abs. 3, § 39 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 und 3a WpHG auf die Vorschriften der MAR gingen deshalb am 2. 7. 2016 ins Leere. Am 2. 7. 2016 bestand insofern eine Lücke in der Strafbarkeit bzw. Sanktionierung als Ordnungswidrigkeit.

III. Avancieren der Ahndungslücke zur Amnestie

Diese Ahndungslücke aktiviert den lex mitior-Grundsatz i. S. d. § 2 Abs. 3 StGB und § 4 Abs. 3 OWiG (1), dessen Anwendung weder durch eine telelogische Reduktion ausgeschlossen werden kann (2) noch durch das unionsrechtliche Effektivitätsgebot beschränkt ist (3). Die Ahndungslücke avanciert insofern zu einer umfassenden Amnestie (4).

1. Aktivierung des lex mitior-Grundsatzes

Die Strafbarkeitslücke im Kapitalmarktrecht am 2. 7. 2016 erfüllt alle Voraussetzungen des lex mitior-Grundsatzes, der für das Strafrecht in § 2 Abs. 3 StGB, für das Ordnungswidrigkeitenrecht in § 4 Abs. 3 OWiG verankert ist. Der Gesetzesbegriff dieser Vorschriften umfasst nach gefestigter Rechtsprechung „den gesamten Rechtszustand, von dem die Strafe abhängt,"[63] und erstreckt sich bei echten Blankettnormen deshalb über die nationale Verweisungsnorm hinaus auch auf die unionsrechtliche Bezugsnorm. Ein Gesetz ist insbesondere auch dann milder, wenn die Straf- bzw. Bußgeldandrohung völlig entfällt. Ob die Milderung vom Gesetzgeber intendiert war oder auf einem Versehen beruht, ist irrelevant.[64]

Die Ausnahme für Zeitgesetze nach § 2 Abs. 4 StGB bzw. § 4 Abs. 4 OWiG greift nicht. Es handelt sich weder bei dem Blanketttatbestand in seiner Gesamtheit noch bei den Verweisungsnormen im WpHG oder den Bezugsnormen in der MAR um „Zeitgesetze". Der rechtspolitisch motivierte Versuch, sämtliche unionsrechtliche Bezugsnormen als Zeitgesetze i. S. v. § 2 Abs. 4 StGB zu qualifizieren, lässt sich „dogmatisch" nicht begründen[65] und weder mit dem Wortlaut des § 2 Abs. 4 StGB bzw. des § 4 Abs. 4 OWiG noch dem der entsprechenden unionsrechtlichen Bezugsnormen und deshalb insgesamt nicht mit dem verfassungsrechtlichen Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG vereinbaren. Das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG schließt jede Rechts-„Anwendung", die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, aus.[66]

2. Teleogische Reduktion des lex mitior-Grundsatzes?

Ebenso wenig mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar[67] ist der allein politisch nachvollziehbare Versuch, den lex mitior-Grundsatz intendierten Strafmilderungen vorzubehalten und unbeabsichtigte Milderungen oder gar Ahndungslücken im Wege einer teleologischen Reduktion vom Tatbestand auszunehmen.[68] Hinter diesem Ansatz steckt das allgemeine Unbehagen, dass einzelne Beschuldigte, Angeschuldigte und Angeklagte nicht aufgrund einer materiellen Entscheidung des Gesetzgebers, sondern „nur" aufgrund eines formellen Fehlers ohne Sanktion „davonkommen". Doch das BVerfG hat dem Versuch, eine Strafbarkeitslücke dadurch zu schließen, dass eine versehentlich falsch in Bezug genommene Norm als „Redaktionsversehen" bezeichnet und im Wege der Auslegung durch die richtige Norm ersetzt wurde, als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG eine deutliche Absage erteilt.[69]

Im Falle des 1. FiMaNoG sind nur die Wirkungen, nicht aber die Ursachen für das frühzeitige Inkraftsetzen einzelner seiner Vorschriften bekannt. Einerseits dürfte klar sein, dass der Gesetzgeber keine auch nur eintägige Ahndungslücke begründen wollte, andererseits bleibt unklar, ob und warum Teile des 1. FiMaNoG am 2. 6. 2016 in Kraft getreten sind. Soweit die BaFin, die sicher nicht der authentische Interpret des Gesetzgebers ist, die Umstände und Intentionen innerhalb der gesetzlichen Willensbildung zutreffend beschreibt und das frühzeitige Inkrafttreten des 1. FiMaNoG bewusst gewählt wurde, liegt dem – wenn überhaupt – ein Motivirrtum des Gesetzgebers, sicher aber kein Redaktionsfehler in dem Sinne zugrunde, dass „die Gesetzesredaktoren lediglich versehentlich einen anderen Ausdruck gewählt oder im Text belassen haben, als sie beabsichtigten."[70] Dieser Fehler des Gesetzgebers kann wegen des Vorbehaltes des Gesetzes und des rechtsstaatlichen und strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots aber nicht im Wege der Auslegung durch die Strafverfolgungsbehörden oder durch die Gerichte behoben werden, sondern allenfalls durch den Gesetzgeber selbst, sofern ihm das Verfassungs- und Europarecht einen entsprechenden Spielraum belässt, sofern er aber auch seinen Fehler überhaupt erkennt und eingesteht.

3. Europarechtliches Effektivitätsgebot als Anwendungsverbot des lex mitior-Grundsatzes?

Auch das unionsrechtliche Effektivitätsgebot, das sich als Konzentrat des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV ableitet,[71] vermag weder die Anwendung noch die Wirkungen des nationalen lex mitior-Grundsatzes zu hindern. Zwar misst der EuGH diesem Grundsatz durchaus die Funktion und die Kraft zu, nationales Recht, das der praktischen Wirksamkeit, also der effektiven Durchsetzung, von Unionsrecht entgegensteht, nicht nur unionsrechtskonform auslegen, sondern gegebenenfalls sogar vollständig außer Anwendung lassen zu müssen, wie etwa die Modifizierungen des § 48 VwVfG bei der Rücknahme unionsrechtswidriger Beihilfen zeigen.[72] Insofern lässt sich durchaus fragen, ob die Anwendung der lex mitior-Regel unterbleiben muss, damit den Sanktionsvorgaben des unionsrechtlichen Marktmissbrauchsrechts hinreichend Rechnung getragen wird.

Indes ist der Geltungs- und Anwendungsanspruch des Unionsrechts nur marginal dadurch verletzt, dass am 2. 7. 2016 eine Ahndungslücke bestand. Gravierender wird der Verstoß

63) Grundlegend BGHSt 20, 177, 181; vgl. auch BGH NStZ 2000, 136.
64) BGH NStZ 1992, 535.
65) So aber *Harms/Heine* (Fußn. 6), S. 393, 402.
66) BVerfGE 71, 108, 115; BVerfGE 130, 1, 45.
67) Vgl. die Kritik zusammenfassend *Schützendübel* (Fußn. 1), S. 118 ff.
68) So *Tiedemann*, ZBB 2005, 190, 191.
69) BVerfG v. 19. 12. 2002 – 2 BvR 666/02, wistra 2003, 255.
70) So *Hamann*, AöR 139 (2014), 446, 452, unter Verweis auf *Jahr*, in: Haft u. a., Strafgerechtigkeit, Festschrift A. Kaufmann, 1993, S. 141, u. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 400.
71) Statt vieler vgl. *von Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: 7/2016, Art. 4 EUV Rz. 85 ff.
72) Vgl. insb. EuGH v. 20. 3. 1997 – Rs C-24/95, Slg. 1997, I-1591 – Land Rheinland Pfalz/Alcan Deutschland GmbH; näher *Herrmann/Kruis*, EuR 2007, 141.

erst, wenn und soweit die Anwendung des lex mitior-Grundsatzes dazu führt, dass die unionsrechtliche Sanktionspflicht der MAD in all den Verfahren, die bis zum 2. 7. 2016 nicht rechtskräftig abgeschlossen waren, verletzt wird.

Auch insofern ist aber in Erinnerung zu rufen, dass erstens nicht etwa dauerhaft eine Ahndungslücke geöffnet und dass zweitens nicht geltendes, sondern bereits außer Kraft getretenes Unionsrecht an seiner effektiven Wirkung gehindert wird. Seit dem 3. 7. 2016 gelten die Blanketttatbestände der §§ 38, 39 WpHG i. V. m. der MAR. Seit diesem Tag begangene Verstöße gegen das Insider- oder das Marktmanipulationsverbot sind uneingeschränkt als Straftat bzw. als Ordnungswidrigkeit verfolgbar. Die durch das frühzeitige Inkraftreten des 1. FiMaNoG verursachte und durch den lex mitior-Grundsatz bewirkte Beeinträchtigung betrifft allein Verstöße gegen die MAD I,[73] die ihrerseits aber seit dem 3. 7. 2016 gerade nicht mehr in Kraft ist. Bei rein rechtlicher Betrachtung stellt die ausgeschlossene Verfolgung bestimmter Verletzungen der MAD zwar auch einen Verstoß gegen das von Art. 4 Abs. 3 EUV umfasste Effektivitätsgebot dar. Allerdings ist erstens zu betonen, dass auch die MAD den Mitgliedstaaten (schon aus Kompetenzgründen) keine Pflicht zur strafrechtlichen Sanktionierung der Verletzung bestimmter Pflichten aus der MAR auferlegte, so dass sich die Nichtdurchsetzung von Unionsrecht allein auf die von der MAD (wie nun auch von der MAR) vorgesehene Pflicht zu Verwaltungssanktionen, mithin auf die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten, erstreckt.[74] Und zweitens ist zu bedenken, dass nicht nur das nationale Recht, sondern auch das Europarecht den lex mitior-Grundsatz kennt und ihn nicht nur als allgemeinen Rechtsgrundsatz,[75] sondern darüber hinaus in Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh als Grundrecht schützt. Stärker noch als der EuGH die aus dem Effektivitätsgebot abgeleiteten Forderungen bezüglich der Rücknahme bestandskräftiger Verwaltungsakte mit Blick auf die Rechtssicherheit als einen im Unionsrecht allgemein anerkannten Grundsatz aufgeweicht hat,[76] führt die Verankerung des lex mitior-Grundsatzes in der Grundrechte-Charta dazu, dass die unter Berufung auf eben diesen Grundsatz unterlassene Sanktionierung durch einen Mitgliedstaat nicht als Verstoß gegen das Effektivitätsgebot betrachtet werden kann. Es wäre jedenfalls widersprüchlich, wenn das sekundäre Unionsrecht die Mitgliedstaaten zu einer Missachtung primärrechtlich anerkannter allgemeiner Rechtsgrundsätze zwingen würde, noch dazu, wenn die Mitgliedstaaten möglicherweise unmittelbar nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh an die Grundrechte-Charta gebunden sind.

4. Zwischenergebnis: Umfassende Amnestie

Nach geltendem Recht hat das frühzeitige Inkraftsetzen bestimmter Normen des 1. FiMaNoG nicht nur zu einer Ahndungslücke im Kapitalmarktstrafrecht am 2. 7. 2016 geführt, sondern zugleich eine Amnestie in all denjenigen Verfahren bewirkt, die nicht bis zum 2. 7. 2016 rechtskräftig abgeschlossen worden sind. Dass diese Wirkung vom Gesetzgeber nicht intendiert war, ist (rechtlich) irrelevant. Sie ist nicht die Folge eines blinden Rechtspositivismus, sondern Konsequenz der Formenstrenge, die ihrerseits dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG zugrunde liegt.[77]

IV. Rückwirkende Außerkraftsetzung des lex mitior-Grundsatzes?

Sollte der Gesetzgeber dieses Ergebnis zu korrigieren versuchen, wird er wohl auf eine Methode zurückgreifen, die er in der Vergangenheit bereits angewendet hat. Denn es ist nicht das erste Mal, dass es dem Gesetzgeber misslingt, bei Blankettstrafgesetzen einen nahtlosen Übergang von einer Bezugsnorm zu einer anderen anzuordnen. In der Vergangenheit hat der Gesetzgeber die Lücke durch eine rückwirkende Beschränkung des lex mitior-Grundsatzes zu schließen versucht.[78] Doch diese Praxis ist verfassungsrechtlich höchst bedenklich (1) und europarechtlich zudem besonders rechtfertigungsbedürfig (2).

1. Verfassungsrechtliche Verankerung des lex mitior-Grundsatzes

Ob der lex mitior-Grundsatz in Deutschland Verfassungsrang genießt und deshalb nur unter bestimmten Voraussetzungen beschränkt werden kann oder als nur einfachgesetzlicher Grundsatz zur weitgehenden Disposition des Gesetzgebers steht, ist umstritten.

1.1 Bisherige Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen

Zwar hat das BVerfG die Praxis der rückwirkenden Außerkraftsetzung des lex mitior-Grundsatzes in zwei Entscheidungen aus den Jahren 1989 und 2008 gebilligt und dabei deutlich gemacht, dass das Prinzip der Meistbegünstigung nicht wegen Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich geboten sei. Art. 103 Abs. 2 GG verbiete nach seinem Wortlaut die rückwirkende Anwendung neuen materiellen Rechts zu Ungunsten des Täters, besage aber nichts über die Dauer des Zeitraums, während dessen eine in verfassungsgemäßer Weise für strafbar erklärte Tat verfolgt werden darf, äußert sich also nur über das „von wann an", nicht jedoch über das „wie lange" der Strafverfolgung.[79] Diese Auffassung, für die das Gericht in der Literatur z. T. massiv kritisiert wurde,[80] deckt sich durchaus mit der Rechtsprechung des BVerfG zu Verjährungsvorschriften, die nach Auffassung des BVerfG ebenfalls nicht dem Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG unterfallen.[81]

Allerdings darf diesen beiden Verfassungsgerichtsentscheidungen nicht zu viel Gewicht beigemessen werden. Abgesehen davon, dass es sich bei beiden Entscheidungen „nur" um Kammerbeschlüsse handelt, sprechen (mindestens) vier Gründe dafür, dass das Gericht im Falle einer erneuten Befassung anders entscheiden würde.

73) RL 2003/6/EG v. 28. 1. 2003, ABl 2003 L 96, 16.
74) Ebenso *Bergmann/Vogt*, wistra 2016, 347, 351.
75) EuGH v. 3. 5. 2005 – verb. Rs C-387/02, C-391/02, C-403/02, Slg. 2005, I-3565, Rz. 69 – Berlusconi u. a.
76) EuGH v. 13. 1. 2004 – Rs C-453/00, Slg. 2004, I-837 = EuZW 2004, 215 – Kühne & Heitz.
77) BGH NStZ 1992, 535, 536; BVerfG NStZ 1990, 394, 395.
78) Namentlich im Artenschutzstrafrecht und Fahrpersonalgesetz. Vgl. zum § 8 Abs. 3 FPersG ausführlich *Schützendübel* (Fußn. 1), S. 89 ff.
79) BVerfG NJW 2008, 3769, 3770, unter Verweis auf BVerfGE 81, 132, 135.
80) *Gaede*, wistra 2011, 365; *Bohlander*, StraFo 2011, 169; *Basak*, in: Matt/Renzikowskis, StGB, 2013, § 2 Rz. 6; *Satzger*, in: Festschrift Kühl, 2014, S. 407, 416; *Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrecht, 2016, S. 244.
81) BVerfGE 25, 269, 286; BVerfGE 81, 132, 135.

1.2 Vergleichbarkeit von Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht?

Erstens betrafen beide Entscheidungen „nur" das Ordnungswidrigkeitenrecht. Zwar hat das BVerfG die Feststellung, dass das Prinzip der Meistbegünstigung nicht wegen Art. 103 Abs. 2 GG geboten sei, in der ersten Entscheidung verbal[82] und in der zweiten Entscheidung in einer Parenthese auch auf § 2 Abs. 3 StGB erstreckt.[83] Doch was bei abstrakter Betrachtung dem Wunsch nach einer einheitlichen Dogmatik geschuldet gewesen sein mag, kann und muss in Ansehung konkreter und z. T. massiver Freiheitsstrafen (bis zu fünf Jahren) anders ausfallen.

1.3 Beeinflussung des Verfassungsrechts durch Unionsrecht

Zweitens wird das BVerfG sich mit dem Umstand auseinandersetzen müssen, dass der lex mitior-Grundsatz seit dem Inkrafttreten der Grundrechte-Charta im Jahre 2009 auf der Unionsebene in Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh als Grundrecht verankert ist und also solches gem. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh auch die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union bindet. Vieles spricht dafür, dass diese unmittelbare Bindung der Mitgliedstaaten durch eine mittelbare Beeinflussung des nationalen Verständnisses des lex mitior-Grundsatzes flankiert wird.

Hinzuweisen ist im Übrigen darauf, dass der europarechtliche lex mitior-Grundsatz auch in den Rechtsordnungen aller anderen Mitgliedstaaten anerkannt ist. Dementsprechend hat der EuGH festgehalten, dass der Grundsatz der rückwirkenden Anwendung des milderen Strafgesetzes zu den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten gehört.[84] Nicht nur wegen seiner primärrechtlichen Verankerung in Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh, sondern auch deshalb lässt es sich allenfalls bei normtheoretischer Perspektive, nicht aber bei einer der Unitarisierung des Grundrechtsschutzes verschriebenen praktischen Perspektive bestreiten, dass dem lex mitior-Grundsatz Verfassungsrang beizumessen ist.[85]

1.4 Menschenrechtliche Verankerung des lex mitior-Grundsatzes

Verstärkt wird diese Entwicklung innerhalb der Europäischen Union durch die Entwicklung der EMRK: Der EGMR begreift den lex mitior-Grundsatz seit 2009 in bewusster Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung als festen Bestandteil des Art. 7 EMRK. Er trägt damit dem Umstand Rechnung, dass „in Europa und darüber hinaus ein Konsens [besteht], dass die Anwendung eines späteren milderen Strafgesetzes ein Grundsatz der Strafrechtspflege ist". Als Konsequenz statuiert der EGMR nicht nur das Verbot, strengere Strafvorschriften rückwirkend anzuwenden, sondern auch die Pflicht, mildere Strafgesetze rückwirkend anzuwenden.[86] Ungeachtet der durchaus schwierigen Fragen, in welchem Verhältnis die EMRK im Allgemeinen und die Rechtsprechung des EGMR im Besonderen zum nationalen Recht steht,[87] erhält diese deutliche Rechtsprechung doch durch die materielle Einwirkung auf das Recht der EU über Art. 6 EUV eine besondere Bedeutung, der sich weder die Rechtsordnung in Deutschland noch das BVerfG entziehen kann.

1.5 Erweiterung des verfassungsrechtlichen Maßstabs um den Vertrauensschutz

Viertens und vor allem ist der verfassungsrechtliche Maßstab bezüglich der Beurteilung von rückwirkenden Außerkraftsetzungen des lex mitior-Grundsatzes vom BVerfG noch nicht vollständig entfaltet worden. Es hat dem rechtsstaatlich gebotenen Vertrauensschutz zu wenig Bedeutung eingeräumt.

Zwar hat es den Vertrauensschutz insoweit berücksichtigt, als das Rückwirkungsverbot ja grundsätzlich dem Vertrauen des Rechtsunterworfenen zu dienen bestimmt ist. Dementsprechend ist auch bei belastenden Normen ein rückwirkendes Inkrafttreten ausnahmsweise zulässig, wenn der Betroffene zu dem Zeitpunkt, auf den die Norm rückwirkend den Eintritt der Rechtsfolge bezieht, mit der Regelung rechnen musste.[88] Vor diesem Hintergrund scheint die Schließung der Ahndungslücke prima facie unproblematisch, weil die von einem Strafverfahren Betroffenen bei der Umstellung der kapitalmarktrechtlichen Strafbestimmungen von den alten nationalen auf die neuen europäischen Bezugsnormen wussten oder jedenfalls wissen konnten, dass ihr Verhalten auch weiterhin geahndet werden kann. Insofern kommt der Intention des Gesetzgebers mittelbar doch eine durchaus entscheidende rechtliche Bedeutung zu: Weil sie nämlich erkennbar auf eine unmittelbare Ablösung der nationalen Bezugsnormen durch eine unionsrechtliche Bezugsnorm gerichtet war, steht sie der Bildung schutzwürdigen Vertrauens entgegen.

Doch entscheidend für die verfassungsrechtliche Beurteilung der rückwirkenden Außerkraftsetzung des lex mitior-Grundsatzes ist gar nicht so sehr das Vertrauen in die strafbegründenden Vorschriften, maßgeblich ist vielmehr das abstrakte Vertrauen in die Verbindlichkeit der gesetzlichen Vorschriften sowie konkret das Vertrauen in die einzelfallunabhängige Geltung und Anwendung des von § 2 Abs. 3 und § 4 Abs. 3 StGB normierten lex mitior-Grundsatzes.[89]

Verfassungsrechtlich relevant ist deshalb nicht allein, dass als Folge der Durchbrechung des lex mitior-Grundsatzes rückwirkend wenn auch nicht die Strafbarkeit, so doch die „Bestrafbarkeit" angeordnet wird. Von größerer Bedeutung ist, dass der lex mitior-Grundsatz durch solche punktuellen Durchbrechungen seine Allgemeinverbindlichkeit verliert. Die bisherige Regelungstechnik hat den lex mitior-Grundsatz nämlich nicht als solchen verändert oder zusätzlich zur Ausnahme für Zeitgesetze weitere abstrakte Ausnahmen festgelegt, sondern ihn nur punktuell für bestimmte Straftatbestände aus den Angeln gehoben, um Pannen in der Gesetzgebung zu reparieren. Problematisch ist die rückwirkende Außerkraftsetzung des lex

82) BVerfGE 81, 132, 135.
83) BVerfG NJW 2009, 3769, 3770.
84) EuGH Slg. 2005, I-3565, Rz. 68; instruktiv auch die Schlussanträge von Generalanwältin *Kokott* v. 14. 10. 2004 – verb. Rs C-387/02, C-391/02, C-403/02, Rz. 161 – Berlusconi u. a.
85) Für einen Verfassungsrang aus dem Schrifttum explizit *Gaede*, wistra 2011, 365 ff.; *Bohlander*, StraFo 2011, 169; *Basak* (Fußn. 80), § 2 Rz. 6; *Satzger* (Fußn. 80), S. 407, 416; *Wagner* (Fußn. 80), S. 244.
86) EGMR, Urt. v. 17. 9. 2009 – 10249/03, BeckRS 2010, 28282.
87) Vgl. dazu BVerfGE 111, 307; BVerfGE 120, 180; BVerfGE 128, 326.
88) Vgl. *Butzer* (Fußn. 34), Art. 82 Rz. 276.
89) Ebenso *C. Schröder*, in: Festschrift Mehle, 2009, S. 597, 605.

mitior-Grundsatzes damit in zweifacher Hinsicht: Sie ist es in zeitlicher, sie ist es aber auch in sachlicher Hinsicht. Denn das Besondere an der Gesetzestechnik in der Vergangenheit war ja, dass der lex mitior-Grundsatz nur in sehr eng umgrenzten Teilbereichen rückwirkend außer Kraft gesetzt wurde. Der in § 2 Abs. 3 StGB bzw. § 4 Abs. 3 OWiG geregelte Grundsatz ist insofern nicht nur durch eine lex posterior, sondern zugleich auch durch eine lex specialis verdrängt worden, durch eine lex posterior specialis sozusagen. Dieser zweiten, der sachlichen Komponente hat das BVerfG aber keine hinreichende Aufmerksamkeit geschenkt. Dabei berührt sie mit der Allgemeinheit des Gesetzes sein konstitutives Merkmal.[90] Der verfassungsrechtliche Maßstab für diese Art der Fehlerbehebung sind daher primär der rechtsstaatliche Vertrauensgrundsatz, das Verbot des Einzelfallgesetzes und der allgemeine Gleichheitssatz. Art. 3 Abs. 1 GG ist zwar auch vom BVerfG thematisiert worden, jedoch nur mit Blick auf eine Ungleichbehandlung bezüglich des Zeitpunkts der Entscheidungsfindung,[91] nicht bezüglich der unterschiedlichen Anwendung des allgemeinen, an vorderster Stelle im Allgemeinen Teil des StGB geregelten lex mitior-Grundsatzes auf verschiedene Straftatbestände. Das aber ist zugleich auch der Unterschied zur gesetzlichen Ausnahme vom lex mitior-Grundsatz für Zeitgesetze, die in § 2 Abs. 4 StGB bzw. § 4 Abs. 4 OWiG angeordnet ist. Diese Ausnahmen gelten abstrakt und generell für alle Zeitgesetze, also für alle Gesetze, während die rückwirkende Außerkraftsetzung eben nur für bestimmte Straftatbestände angeordnet wird. Es greift deshalb zu kurz, die rückwirkende Außerkraftsetzung des lex mitior-Grundsatzes allein am rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot zu messen, und dies wird auch das BVerfG bei einer erneuten Befassung erkennen.

Das Vertrauen darauf, nicht länger wegen eines Verhaltens, das nach alter Rechtslage einen Tatbestand der §§ 38, 39 WpHG a. F. erfüllt hätte, verfolgt oder gar verurteilt zu werden, das Vertrauen sozusagen, sich auf die allgemeine Geltung des lex mitior-Grundsatzes verlassen zu dürfen, wird im Übrigen umso größer, je mehr Zeit der Gesetzgeber verstreichen lässt, um die eintägige Ahndungslücke nicht zu perpetuieren. In Anlehnung an die insofern recht strikte Rechtsprechung des BVerfG an den Willen des Bundesgesetzgebers, durch eine bundesrechtliche Regelung oder auch Nichtregelung dauerhaft die Legislative der Länder von einer Normsetzung auszuschließen,[92] genügt dabei nicht schon die Erklärung eines politischen Willens. Erforderlich ist vielmehr eine konkrete Gesetzesinitiative, die schon den Bereich des inneren und dementsprechend noch unverbindlichen Gesetzesverfahrens verlassen hat. Insbesondere kann der Wille des Gesetzgebers, wie auch immer er zu bestimmen ist, nicht durch eine Behörde artikuliert werden, die ihrerseits weder initiativberechtigt noch sonst wie am Gesetzgebungsverfahren beteiligt ist. Die Stellungnahme der BaFin vom 8. 7. 2016 ist insofern nicht geeignet, das Neuentstehen eines schutzwürdigen Vertrauens zu verhindern.

2. Unmittelbare unionsrechtliche Schranken

Die unionsrechtliche Verankerung des lex mitior-Grundsatzes in Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh kann dem Gesetzgeber aber nicht nur mittelbar durch eine entsprechende Aufwertung des nationalen Grundsatzes Schranken setzen, sondern auch unmittelbar. Denn nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh sind eben nicht nur die Organe und Einrichtungen der Union, sondern auch die Mitgliedstaaten an die Grundrechte-Charta gebunden, wenn und soweit sie das Recht der Union durchführen. Ungeachtet der genauen Reichweite der mitgliedstaatlichen Bindung, die von dem EuGH weiter ausgelegt wurde als der Wortlaut es nahelegt,[93] kann kein Zweifel bestehen, dass die Verwendung von echten Blankettvorschriften, deren Bezugsnorm eine unmittelbar anwendbare Verordnung ist, als Durchführung von Recht der Union i. S. v. Art. 51 Abs. 1 Satz 3 GRCh zu behandeln ist.[94]

Freilich schützt auch Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh den lex mitior-Grundsatz nicht absolut. Die Vorschrift steht wie alle anderen Grundrechte auch unter dem Vorbehalt des Art. 52 GRCh über die Tragweite und Auslegung der Rechte und Grundsätze. Insofern bewirkt die grundrechtliche Ausgestaltung des lex mitior-Grundsatzes zunächst einmal einen Rechtfertigungszwang der Mitgliedstaaten, wenn sie den Grundsatz beschränken wollen: Sie dürfen ihn auf der Grundlage eines Gesetzes nur beschränken, „wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen", wie Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRCh explizit formuliert. Entscheidend ist insofern, dass nicht jede Zielsetzung eine Beschränkung des lex mitior-Grundsatzes zu rechtfertigen vermag. Insbesondere dürfte das Ziel, die Folgen von Pannen bei der Gesetzgebung zu beschränken, als solches nicht ausreichend sein – das Ziel, eine gleichmäßige Sanktionierung über die Zeit zu ermöglichen, hingegen schon. Vor allem aber konfligierte jede rückwirkende und partielle Außerkraftsetzung des lex mitior-Gesetzes zugleich auch mit dessen Wesensgehalt. Vor diesem Hintergrund sind die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit im jeweils konkreten Einzelfall besonders hoch.

Im Falle einer etwaigen Reparatur des Fehlers des 1. FiMaNoG wird insoweit zu berücksichtigen sein, dass das Unionsrecht weder vor noch nach der Änderung des WpHG eine Strafbarkeit von Verletzungen materieller Pflichten verlangte und auch das ultima ratio-Verständnis des nationalen Strafrechts jedenfalls nicht zwingend eine Schließung von Ahndungslücken verlangt. Insofern sind die Gründe, die für eine Durchbrechung des grundrechtlichen lex mitior-Grundsatzes sprechen, nicht von hohem Gewicht. Hinzu kommt, dass die zu schließende Ahndungslücke von vergleichsweise geringer Dauer war und die präventive Wirkung der Sanktionsandrohung durch die eintägige Ahndungslücke in keiner Weise beeinträchtigt wurde. Vor diesem Hintergrund muss bezweifelt werden, dass eine rückwirkende Außerkraftsetzung des lex

90) Vgl. *G. Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, S. 37 ff., S. 160 ff.
91) BVerfG NJW 2008, 3769, 3770.
92) BVerfGE 98, 265, 307.
93) EuGH v. 7. 5. 2013 – Rs C-617/10, ECLI:EU:C:2013105, Rz. 24 – 27 – Åkerberg Fransson.
94) In diese Richtung auch *Gaede*, wistra 2011, 365, 369.

mitior-Grundsatzes zur Korrektur der Ahndungslücke mit Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh vereinbar ist.

3. Ausblick: BVerfG und/oder EuGH?

Mit der unmittelbaren Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte-Charta stellt sich zugleich auch die Frage, wer letztverbindlich über die Frage zu entscheiden hätte, ob eine etwaige rückwirkende Außerkraftsetzung des lex mitior-Grundsatzes mit verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

Das BVerfG hat jüngst erneut festgestellt, dass seine eigene Prüfungskompetenz nicht schon dadurch von vornherein ausgeschlossen oder eingeschränkt ist, dass die streitgegenständliche Norm in wesentlichen Teilen unionsrechtlich determiniert ist. Es akzeptiert zwar, dass das Grundgesetz als Maßstab ausscheidet, wenn die fragliche unionsrechtliche Vorschrift zwingende Vorgaben macht und den Mitgliedstaaten insoweit keinen Spielraum lässt. Rechtsvorschriften hingegen, die im Rahmen eines den Mitgliedstaaten verbliebenen Umsetzungsspielraums ergangen sind, sind der verfassungsgerichtlichen Kontrolle zugänglich.[95)]

Insofern ist anzunehmen, dass das BVerfG sich entweder schon frühzeitig auf Vorlage eines Gerichts im Rahmen der Entscheidung über eine nach Erschöpfung des Rechtswegs eingelegte Verfassungsbeschwerde mit der Frage auseinandersetzen würde, ob der lex mitior-Grundsatz zur partiellen und temporären Disposition des einfachen Gesetzgebers steht. Dabei kann es als Maßstab aber allein das Verfassungsrecht heranziehen und keine Aussagen über den Gehalt und die Grenzen des Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh treffen. Ob das BVerfG, soweit es diesen europarechtlichen Maßstab für bedeutsam hält, den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens anrufen würde, ist nicht vorauszusehen. Es hat aber mit seinem Vorlagebeschluss zum OMT vom 14. 1. 2014 gezeigt, dass es diesen Weg nicht scheut.

Über den Inhalt, die Reichweite und die Voraussetzungen einer Beschränkbarkeit des Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh müsste dagegen der EuGH entscheiden, der nach Art. 267 AEUV von jedem nationalen Gericht angerufen werden kann und von jedem im konkreten Rechtsweg letztinstanzlichen Gericht angerufen werden muss, wenn die Frage, ob der lex mitior-Grundsatz bzw. seine rückwirkende Außerkraftsetzung für die Entscheidung über eine strafrechtliche und ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktion erheblich ist.

V. Fazit

Der schwere Fehler des Gesetzgebers, ob er nun auf (grober) Fahrlässigkeit oder auf einem Irrtum beruht, hat eine Ahndungslücke in das Kapitalmarktstrafrecht gerissen, die sich wegen des lex mitior-Grundsatzes zu einer veritablen Amnestie ausweitet. Dass es ausgerechnet Straftaten im Bereich des Wertpapierhandels trifft, wird öffentlich für große Empörung sorgen und den Ruf nach einer umgehenden Korrektur laut werden lassen. Aus rechtlicher, aus verfassungsrechtlicher Perspektive gar ist zu einer nüchternen Bewertung aufzurufen, um den Schaden nicht noch zu verschlimmern, der gerade auch der Gesetzgebung als Institution entstanden ist. Die Suche nach der politischen Verantwortlichkeit, vielleicht auch nach einer Fehleranfälligkeit im strukturell ohnehin schwierigen Bereich des Gesetzgebungsprozesses, ist deshalb strikt zu trennen von dem Versuch, das Recht ohne Rücksicht auf verfassungs- und europarechtliche Vorgaben dem Willen des Gesetzgebers anzupassen. Es ist jedenfalls kein Grund ersichtlich, grundlegende Prinzipien des Rechtsstaats einem (verständlichen) Wunsch nach durchgehender Strafbarkeit zu opfern. Das unerwünschte Ergebnis einer temporalen Straflosigkeit kann stets nur durch eine sorgfältige Gesetzgebung verhindert werden.[96)])

95) BVerfG v. 3. 11. 2016 – 2 BvL 1/15, Rz. 32.
96) So deutlich auch *Wagner* (Fußn. 80), Rz. 713.

Frank Weißhaupt[*)]

Geschäftsleiter der Zielgesellschaft als „Diener zweier Herren" des Unternehmenskaufvertrags?

Zugleich Besprechung OLG Düsseldorf v. 16. 6. 2016 – I-6 U 20/15, ZIP 2016, 2363 – Clean Air Mobility/Masterflex

Das OLG Düsseldorf schließt sein Urteil in Sachen „Clean Air Mobility/Masterflex" mit der Nichtzulassung der Revision und tut damit seine Einschätzung kund, dass dieser Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung beizumessen sei. Auch erste vereinzelte Kommentare betonen den scheinbaren Ausnahmecharakter des mit einem Management Buy-out verwandten Sachverhalts. Der nachfolgende Beitrag entflechtet das Knäuel der verschiedenen Tatsachen- und Rechtsfragen, um hinter den Besonderheiten den Grundfall, nämlich den Rollenkonflikt der Fremdgeschäftsleiter der Zielgesellschaft beim Share Deal, freizulegen. Dieser Grundfall ist paradigmatisch für die Zurechnungsfragen beim nicht-öffentlichen Unternehmenskauf und wurde im zu besprechenden Urteil – soweit ersichtlich – erstmalig obergerichtlich behandelt. Das „Distinguishing", mit dem das OLG eine Präjudizierung des Grundfalls wegen der Besonderheiten des entschiedenen Falls zu vermeiden sucht, eröffnet Reflexions- und Gestaltungsräume für die M&A-Praxis.

*) *Dr. iur., LL.M. (NYU), Rechtsanwalt, Attorney-at-law (NY), München*