

Anmerkung

Der Beschluss des 5. Strafsenats des BGH ist in zweifacher Hinsicht von Bedeutung: Zum einen, weil er eine Reihe weiterer anhängiger Verfahren der straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Verfolgung von Insidergeschäften und Marktmanipulationen determinieren will, zum anderen, weil er grundlegende rechtsstaatliche Fragen betrifft und sie doch nur unter eklatanter Verletzung verfassungs- und europarechtlicher Grundsätze beantwortet. Hintergrund des Beschlusses sind die durch das 1. FiMaNoG herbeigeführten Änderungen. Die straf- und bußgeldrechtlichen Bewehrungen kapitalmarktrechtlicher Verbote, die bislang durch unechte Blankettvorschriften im WpHG normiert waren, sind nunmehr durch einen direkten Verweis auf die MAR als echte Blankettvorschriften ausgestaltet. Aus dieser Veränderung resultieren zwei Probleme.

Zu zweifeln ist bereits an der hinreichenden Bestimmtheit der Tatbestandsmerkmale „Insidergeschäfte“ und „Marktmanipulation“. Dass diese Begrifflichkeiten unter Rückgriff auf Teilbeschreibungen und beispielsweise Aufzählungen in der MAR ausgelegt werden können und müssen, genügt den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen vielleicht aus der Perspektive ihrer originären kapitalmarktrechtlichen Ordnungsfunktion. Den gesteigerten Anforderungen an die bereits gesetzliche, d.h. parlamentarisch legitimierte Bestimmtheit von Strafnormen können Tatbestände, die mit einer Kombination von positiven wie negativen Begriffsbeschreibungen arbeiten und zudem sogar explizit darauf hinweisen, dass die in einem Anhang genannten „Indikatoren“ für das Vorliegen verschiedener Tatbestandsalternativen „nicht erschöpfend“ sind, hingegen nicht erfüllen.

Vor allem aber stellt sich die Frage, ob bei der Umsetzung der MAR in deutsches Recht eine Strafbarkeitslücke entstanden ist, die sich über den lex-mitior-Grundsatz des § 2 III StGB zu einer umfassenden Amnestie entfalten kann. Während nämlich die alten Bezugsnormen der §§ 38, 39 WpHG bereits am 2.7.2016 außer Kraft getreten sind, waren die neuen erst ab dem 3.7.2016 anwendbar. Ob dadurch eine Gesetzeslücke entstanden ist, wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Der BGH ignoriert diese Diskussion, er ignoriert vor allem die inhaltlichen Argumente, die z.T. gegen, ganz überwiegend aber für die Annahme einer Regelungslücke vorgebracht werden. Vielmehr behauptet der BGH statt zu begründen, dass keine Strafbarkeitslücke vorliege. Die gerade Revisionsgerichten zukommende Befriedungsfunktion kann so nicht erfüllt werden. Dem BGH scheint vielmehr alleine daran gelegen zu sein, den sicherlich nicht bestreitbaren Willen des Gesetzgebers umzusetzen, einen nahtlosen Übergang der straf- und

ordnungswidrigkeitsrechtlichen Bewehrung bestimmter kapitalmarktrechtlicher Verbote herbeizuführen. Doch der Wille des Gesetzgebers kann sich nur in den verfassungsrechtlichen Bahnen entfalten. Indes durften die Vorschriften der MAR aus Kompetenzgründen nicht, wie vom BGH angenommen, vom nationalen Gesetzgeber vorzeitig für anwendbar erklärt werden, zudem hat der Gesetzgeber auch nicht etwa bis zu deren Anwendbarkeit inhaltsgleiches nationales Recht erlassen hat. Kürzer: Was der Gesetzgeber – nach der Interpretation des BGH freilich nur – getan hat, durfte er nicht, und was er gedurft hätte, tat er nicht.

Dies, und das ist das besonders Pikante an dem Beschluss, räumt zwischenzeitlich auch der Gesetzgeber ein. Im Regierungsentwurf zum 2. FiMaNoG wird die durch das 1. FiMaNoG möglicherweise bewirkte Sanktionslücke explizit benannt und zugleich deren Schließung im Zuge des 2. FiMaNoG initiiert. Der Gesetzentwurf ist seit dem 30.12.2016 zur Beratung im Bundesrat und hätte deshalb auch dem BGH bekannt sein müssen. Anstatt also mit einer Lückenschließung vorzupreschen, hätte der BGH die Selbstkorrektur des Gesetzgebers abwarten sollen und auch müssen, denn aus der Gewaltenteilung lassen sich durchaus entsprechende Vor- und Sperrwirkungen von Gesetzentwürfen gegenüber der Rechtsprechung begründen. Indem der BGH eine durch das 1. FiMaNoG entstandene Gesetzeslücke verneint, nimmt er der entsprechenden Korrektur im 2. FiMaNoG jedenfalls den Anlass, möglicherweise gar den legitimen Zweck mit all seinen Folgen. Der Rechtssicherheit im Bereich des kapitalmarktrechtlichen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht ist damit ein Bärendienst erwiesen. Entscheiden muss nun das Bundesverfassungsgericht, das sicherlich im Wege der Verfassungsbeschwerde angerufen werden wird.

Prof. Dr. Matthias Rossi, Augsburg