

## Generalamnestie von Kursmanipulationen im Kapitalmarktrecht?

Thomas M. J. Möllers, Pirmin Herz

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Möllers, Thomas M. J., and Pirmin Herz. 2017. "Generalamnestie von Kursmanipulationen im Kapitalmarktrecht?" *Juristenzeitung (JZ)* 72 (9): 445-51. <https://doi.org/10.1628/002268817x14915486446978>.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under the following conditions:

**Deutsches Urheberrecht**

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publizieren>



Professor Dr. Thomas M. J. Möllers und Pirmin Herz, Augsburg\*

## Generalamnestie von Kursmanipulationen im Kapitalmarktrecht?

Sanktionslücken durch das Redaktionsversehen des Gesetzgebers und der untaugliche Rettungsversuch des BGH

Der Gesetzgeber hat durch ein Redaktionsversehen eine eintägige Strafbarkeitslücke für Marktmanipulationen und Insiderhandel hervorgerufen, so dass Verstöße in der Vergangenheit aufgrund des Lex-mitior-Grundsatzes nicht mehr strafrechtlich verfolgbar wären. Vor dem Hintergrund zahlreicher anhängiger Verfahren ist dies kaum hinnehmbar. Der Versuch des BGH (JZ 2017, 478, in diesem Heft), diese Lücke zu schließen, verletzt jedoch die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung. Im Strafrecht ist die Korrektur dem Gesetzgeber vorbehalten.

### I. Einleitung

Kurspreismanipulationen gehören leider zum Alltag an deutschen Börsen. Attacken vornehmlich ausländischer Hedgefonds gehören dazu<sup>1</sup>; aber auch Volkswagen und seinen Managern wird im Rahmen des Abgasskandals Kursmanipulation und unterlassene Ad-hoc-Mitteilung vorgeworfen.<sup>2</sup> Vor

einem Jahr wurden in Deutschland zwei wichtige europäische Gesetze im Kapitalmarkt durch das Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz (1. FiMaNoG)<sup>3</sup> in nationales Recht implementiert: die Marktmissbrauchsverordnung (MAR) und die Marktmissbrauchsrichtlinie (CRIM-MAD).<sup>4</sup> Obwohl die europäischen Gesetze ab 3. 7. 2016 unmittelbar anwendbar waren, hatte der deutsche Gesetzgeber bereits am 2. 7. 2016 auf beide Gesetze in den §§ 38f. WpHG als strafrechtliche Blankettgesetze Bezug genommen und gleichzeitig die bisherigen Vorschriften im WpHG außer Kraft gesetzt (Art. 1 Nr. 12f., 22 1. FiMaNoG). Strafrechtlich führt der Meistbegünstigungsgrundsatz lex mitior (§ 2 Abs. 3 StGB, § 4 Abs. 3 OWiG) zu einer Bestrafung nach dem mildesten Gesetz und damit zu einer umfassenden Sanktionslücke. In der Folge wurde von einer „Generalamnestie“ im deutschen Kapitalmarktstrafrecht gesprochen.<sup>5</sup> Durch das zu frühe Inkrafttreten des deutschen Umsetzungsgesetzes waren die nach dem WpHG geltenden Verbotstatbestände für Insiderhandel und Marktmanipulation aufgehoben, ohne dass schon vergleichbare Vorschriften der MAR anwendbar waren. Begünstigt wären alle, die einen Verstoß gegen die Vorschriften

\* Thomas M.J. Möllers ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung und Inhaber eines Ad personam Jean Monnet-Lehrstuhls. Pirmin Herz ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

1 Betroffen waren etwa die börsennotierten Unternehmen Wirecard, Ströer und jüngst Aurelius, ohne dass die lokale Börsenaufsicht oder die BaFin gegen die Short-Attacken der US-amerikanischen Hedgefonds erfolgreich einschritt.

2 Zur Aufnahme der Ermittlungen: Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Braunschweig v. 20. 6. 2016, abrufbar unter <http://www.staatsanwalt.sachsen.niedersachsen.de/startseite/staatsanwaltschaften/braunschweig/presseinformationen/vw-abgassaffaere-verdacht-der-marktmanipulation-1446>

64.html (letzter Abruf 6. 4. 2017). Zahlreiche Kanzleien klagen gegen Volkswagen.

3 BGBI. I Nr. 31 v. 1. 7. 2016, S. 1514.

4 VO (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16. 4. 2014 über Marktmissbrauch (MAR) und RiL 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16. 4. 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (CRIM-MAD), abrufbar unter [www.caplaw.eu](http://www.caplaw.eu).

5 Rothenfuß/BörsenZ v. 7. 7. 2016, 13.

des WpHG bis zum 2.7.2016 begangen haben und noch nicht rechtskräftig verurteilt sind. In concreto müsste etwa das Ermittlungsverfahren gegen den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der VW AG, Martin Winterkorn, wegen des Verdachts der Marktmanipulation im Zuge des VW-Abgas-skandals eingestellt werden. Naheliegenderweise würde ein solches Ergebnis zu einem großen Aufschrei in der Öffentlichkeit führen. In seinem Beschluss vom 10.1.2017<sup>6</sup> hat der *BGH* nun auch gegen diese Rechtsansicht entschieden und damit eine „Amnestie“ abgelehnt. Der Argumentation des *BGH* ist de lege lata jedoch nicht zu folgen (II.). Möglich ist aber eine Korrektur durch den Gesetzgeber de lege ferenda (III.).

## II. Sanktionslücke am 2. Juli 2016

### 2. Von der Ahndungslücke zur Generalamnestie

#### a) Der Telos des Lex-mitior-Grundsatzes

Die besondere Tragweite der Ahndungslücke ergibt sich aus dem Lex-mitior-Grundsatz, der dem Täter eine Verurteilung nach dem mildesten Gesetz gewährt, das zwischen Tatbeendigung und Verurteilung gilt. Dabei sind auch Zwischengesetze zu berücksichtigen, also solche Gesetze, die im Tatzeitpunkt noch nicht in Kraft waren und im Verurteilungszeitpunkt bereits wieder außer Kraft getreten sind.<sup>7</sup> Auch der Zustand der Straflosigkeit ist ein solches milderer Gesetz.<sup>8</sup> Damit wären alle Ermittlungsverfahren, die zum 2.7.2016 nicht abgeschlossen waren, einzustellen; alle laufenden (Haupt-)Verfahren hätten mit Freispruch zu enden.

#### b) Keine teleologische Reduktion bei Gesetzesänderungen

Die am nächsten liegende Lösung wäre eine teleologische Reduktion von lex mitior auf Fälle gewollter Gesetzesänderungen.<sup>9</sup> Das würde den Gesetzgeber davor schützen, durch Unachtsamkeit und gesetzgeberische Fehler nicht gewollte Ahndungslücken zu erzeugen. Während lex mitior von wenigen Stimmen mit Erwägungen der Gerechtigkeit und Prävention begründet wird<sup>10</sup>, steht indes ein anderer Aspekt im Vordergrund der Norm: Regelmäßig hat der Beschuldigte auf den Zeitpunkt und die Dauer seines Verfahrens keinen Einfluss. Wenn das anwendbare Recht aber von einem zufälligen Zeitpunkt abhängt, wäre das Verfahren erheblich missbrauchsgefährdet, da die Strafverfolgungsbehörde durch bewusste Verzögerung des Vorgangs die anwendbare Rechtslage beeinflussen könnte.<sup>11</sup> Allein das Vorbringen, dass eine Gesetzesänderung vom Gesetzgeber gar nicht gewollt war, sondern allein auf einem Redaktionsversehen, einer gesetzgeberischen „Schlampererei“ beruht, vermag den Lex-mitior-

Grundsatz nicht zu überwinden.<sup>12</sup> Im Lichte des bezweckten Schutzes des Beschuldigten muss eine teleologische Reduktion aus allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen daher ausscheiden.

#### c) Blankettnormen sind keine Zeitgesetze gemäß § 2 Abs. 4 StGB

Nach § 2 Abs. 4 StGB ist ein Gesetz, das nur für eine bestimmte Zeit gelten soll, auf Taten, die während seiner Geltung begangen wurden, auch dann anzuwenden, wenn es außer Kraft getreten ist. Aus dem Umstand, dass bei der Bezugnahme auf Unionsrecht durch Blankettnormen häufig Fehler passiert sind, entwickelte sich die Ansicht, solche Blankettnormen generell als Zeitgesetze i. S. von § 2 Abs. 4 StGB zu verstehen.<sup>13</sup> Dies hätte zur Folge, dass der Lex-mitior-Grundsatz auf solche Regelungen nicht anwendbar und das zur Tatzeit geltende Gesetz heranzuziehen wäre. Dies wird damit begründet, dass sich aus dem Unionsrecht die Verpflichtung zur effektiven Durchsetzung mit geeigneten Maßnahmen ergebe.<sup>14</sup> Mit der Qualifizierung der Blankettnorm als Zeitgesetz i. S. von § 2 Abs. 4 StGB wäre dann eine „möglichst weitreichende Kontinuität der Strafabwehrung gesichert.“<sup>15</sup>

Wenn keine strengen Anforderungen an das Vorliegen eines „Zeitgesetzes“ gestellt werden, würde mit einer solchen Sichtweise aber der Ausnahmefall zum Regelfall verkehrt.<sup>16</sup> Die pauschale Einordnung von blankettausfüllenden Verordnungen als Zeitgesetze widerspricht dem Grundsatz nulla poena sine lege stricta, wonach der Übergangscharakter eines Zeitgesetzes deutlich zum Ausdruck kommen muss.<sup>17</sup> Daher müssen objektive Anhaltspunkte gegeben sein, ob und wann eine zeitliche Beschränkung des Gesetzes eintritt.<sup>18</sup> Aus dem situationsbedingten Charakter eines Gesetzes kann nicht auf die Zeitgesetzqualität geschlossen werden. Damit können Blankettnormen, die auf Unionsrecht verweisen, nicht generell als Zeitgesetze angesehen werden.

### 2. Die frühzeitige Anwendung der MAR durch den deutschen Gesetzgeber

Der *BGH* versucht nun, diese Lücke und damit die Problematik des lex mitior zu vermeiden, indem er die These aufstellt, der deutsche Gesetzgeber habe die Vorschriften der MAR „bereits vor ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit ab dem 2.7.2016 durch den Bundesgesetzgeber im Inland für (mit)anwendbar erklärt“, nämlich durch die Bezugnahmen in §§ 38 Abs. 3 Nr. 1, 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG auf Art. 14, 15 MAR.<sup>19</sup> Ist eine solche Auslegung überzeugend? Zunächst steht die grundsätzliche Kompetenz des nationalen Gesetz-

<sup>6</sup> *BGH*, Urteil v. 10.1.2017 – 5 StR 532/16 = JZ 2017, 478 = WM 2017, 171.

<sup>7</sup> *Schmitz*, in: MünchKommStGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 23; *Dannecker*, in: Leipziger Kommentar (LK) StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 2 Rn. 59; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 2 Rn. 27.

<sup>8</sup> *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (SSW), StGB, 3. Aufl. 2016, § 2 Rn. 16; *Dannecker*, in: LK-StGB (Fn. 7), § 2 Rn. 62.

<sup>9</sup> So *Tiedemann* ZBB 2005, 190, 191, bei einem „rein formalen Versehen des Gesetzgebers (unterlassene Anpassung einer Verweisung)“.

<sup>10</sup> *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT I, 8. Aufl. 1992, § 12 Rn. 12 (spricht von „Vergewaltigung der materiellen Gerechtigkeit“); *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 7), § 2 Rn. 14; *RG*, Urteil v. 15.1.1891 – 3485/90 = *RGSt* 21, 294 f.

<sup>11</sup> So unter anderem *Satzger*, in: SSW (Fn. 8), § 2 Rn. 15; *Schmitz*, in: MünchKommStGB (Fn. 7), § 2 Rn. 23.

<sup>12</sup> So schon *BGH*, Beschluss v. 9.3.1954 – 3 StR 12/54 = *BGHSt* 6, 30, 32; Urteil v. 8.1.1965 – 2 StR 49/64 = *BGHSt* 20, 177, 181; Urteil v. 23.7.1992 – 4 StR 194/92 = *NSStZ* 1992, 535, 536.

<sup>13</sup> *Harms/Heine*, in: Festschrift für Amelung, 2009, S. 393, 398 ff.

<sup>14</sup> Noch unter Hinweis auf Art. 10 EGV, *Harms/Heine*, in: Festschrift für Amelung, 2009, S. 393, 402.

<sup>15</sup> *Harms/Heine*, in: Festschrift für Amelung, 2009, S. 393, 402.

<sup>16</sup> *Schmitz*, in: MünchKommStGB (Fn. 7), § 2 Rn. 60.

<sup>17</sup> *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 7), § 2 Rn. 35; *Rudolphi* *NSStZ* 1984, 450, 451.

<sup>18</sup> *Dannecker*, in: LK-StGB (Fn. 7), § 2 Rn. 129; *Schmitz*, in: MünchKommStGB (Fn. 7), § 2 Rn. 54 f.; *Kunert* *NSStZ* 1982, 276, 279; *Rüping* *NSStZ* 1984, 450, 451.

<sup>19</sup> *BGH* JZ 2017, 478, 479 Rn. 8; so zuvor auch die BaFin, Stellungnahme v. 8.7.2016, abrufbar unter [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2016/pm\\_160708\\_bz\\_keine\\_ahndungsluecke.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2016/pm_160708_bz_keine_ahndungsluecke.html) (letzter Abruf 6.4.2017), unter Aufgabe der bis dahin kommunizierten Rechtsauffassung; vgl. *Rothenfuß/Jäger* *NJW* 2016, 2689, 2691.

gebers für einen derartigen „Anwendungsbefehl“ in Frage (3.). Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob ein solcher Anwendungsbefehl vom deutschen Gesetzgeber erkennbar gewollt war (4.).

### 3. Kompetenz für die vorzeitige Anwendung einer europäischen Verordnung

Der *BGH* stellte hinsichtlich der Kompetenzfrage fest, dass „kein Grund ersichtlich“ sei, weshalb in Deutschland die MAR nicht früher für anwendbar erklärt werden durfte.<sup>20</sup> Insbesondere bestehe kein „umgekehrter Anwendungsvorrang“ in dem Sinne, dass europäisches Recht nicht früher als vom europäischen Gesetzgeber vorgegeben angewendet werden darf.<sup>21</sup> Dies wird mit der These bestritten, der nationale Gesetzgeber könne die Modalitäten des Wirksamwerdens einer Verordnung nicht beeinflussen, weil dem europäischen Gesetzgeber die Kompetenz für Inhalt und zeitlichen Geltungsbereich zustehe.<sup>22</sup> Wenn der nationale Gesetzgeber auf die zeitliche Komponente der Rechtssetzungskompetenz Einfluss nehme, sei der Anwendungsvorrang des Unionsrechts verletzt.<sup>23</sup> Diese Ansicht lässt sich aber widerlegen.

Bei europäischen Verordnungen ist regelmäßig zwischen dem „Inkrafttreten“ und der „unmittelbaren Anwendbarkeit“ zu trennen. Mit dem Inkrafttreten wird eine Verordnung Teil des Unionsrechts (Art. 297 AEUV). Ihre Wirkung beschränkt sich zunächst auf eine mittelbare Bindung der Mitgliedstaaten über die Loyalitätsverpflichtung und das Effektivitätsgebot aus Art. 4 Abs. 3 EUV. Gegenüber den Normadressaten wirkt die Verordnung aber erst mit dem Zeitpunkt der unmittelbaren Anwendbarkeit. Während das Inkrafttreten der Verordnung von den Mitgliedstaaten nicht beeinflusst werden kann, kann die Bindung der Normadressaten auf nationaler Ebene auch vorab erfolgen, sofern sich nicht aus der Verordnung ein anderes ergibt. Es wäre in sich widersprüchlich, wenn der „Auftrag“ an die Mitgliedstaaten mit dem Inkrafttreten bereits erteilt wurde, diese aber den Normadressaten nicht frühzeitig in diesem unionsrechtlich vorgegebenen Sinne in Anspruch nehmen dürften.<sup>24</sup> Dies resultiert schon daraus, dass die Mitgliedstaaten ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens an den Inhalt der Verordnung gebunden sind und kein dem Ziel der Verordnung widersprechendes Recht erlassen dürfen.<sup>25</sup> Im Umkehrschluss muss es den Mitgliedstaaten auch möglich sein, die inhaltlichen Vorgaben frühzeitig bindend an die Normadressaten weiterzugeben.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> *BGH* JZ 2017, 478, 480 Rn. 23.

<sup>21</sup> *BGH* JZ 2017, 478, 480 Rn. 24; zustimmend *Szesny* BB 2017, 515, 518; *Hippeli* jurisPR-HaGesR 2/2017 Anm. 5; so aber: *Lorenz/Zierden* HRRS 2016, 443, 447.

<sup>22</sup> *Bülte/Müller* NZG 2017, 205, 210; *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2442.

<sup>23</sup> *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2442.

<sup>24</sup> In diesem Sinne auch *Gaede* wistra 2017, 41, 43; ablehnend *Rothenfußer* AG 2017, 149, 151 unter Bezugnahme auf *EuGH* v. 10. 10. 1973 – C 34/73, *Variola*, ECLI:EU:C:1973:101, Rn. 15: Als Gericht letzter Instanz sei der *BGH* in der Frage folglich vorlageverpflichtet, wenn er von der Rechtsprechung des *EuGH* abweichen möchte, Art. 267 AEUV (*Rothenfußer* a. a. O.).

<sup>25</sup> Sog. Frustrationsverbot (Art. 4 Abs. 3 EUV i. V. mit Art. 288 Abs. 1 AEUV): *Callies/Kahl/Puttler*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 4 EUV Rn. 102.

<sup>26</sup> Siehe etwa *BGH*, Urteil v. 5. 2. 1998 – I ZR 211/95 = *BGHZ* 138, 55, 60 ff. – Vergleichende Werbung. Folglich wurde in der Vergangenheit schon mehrfach Unionsrecht vor seiner unmittelbaren Anwendbarkeit in nationales Recht eingeführt. Dies geschah unter anderem auch beim Kleinanlegerschutzgesetz (BGBl. I Nr. 28 v. 9. 7. 2015, S. 1114), das in Teilen den Regelungen von MiFID II und MiFIR vorgreift; kritisch zu einem derartigen Vorpreschen des Gesetzgebers, ohne die Lamfalussy-Level 2 und 3-Rechts-

Etwas anderes könnte sich nur dann ergeben, wenn die MAR und CRIM-MAD als Sekundärrechtsakte selbst vorsehen, dass sie nicht früher angewandt werden sollen. Der Zeitpunkt der unmittelbaren Anwendbarkeit war im Fall von MAR und CRIM-MAD auf den 3. 7. 2016 festgesetzt, um den Mitgliedstaaten ausreichend Zeit zu geben, ihre nationalen Regelungswerke an das neue Marktmissbrauchsregime anzupassen.<sup>27</sup> Ein darüber hinausgehendes Verbot, die Normen früher national anzuwenden, ist nicht ersichtlich. Somit widerspricht weder primäres noch sekundäres Unionsrecht der Kompetenz der Mitgliedstaaten, die MAR auch schon vor dem 3. 7. 2016 national anzuwenden.

### 4. Fehlender Wille des deutschen Gesetzgebers für eine solche zeitliche Ausdehnung der MAR

Nachdem nun eine Kompetenz zu einer frühzeitigen Umsetzung europäischen Rechts durch den deutschen Gesetzgeber bejaht werden kann, vertrat der *BGH* darüber hinaus die These, dass „der Wille des Gesetzgebers ersichtlich [sei], unionsrechtliche Vorschriften ungeachtet ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit im nationalen Recht in eine Blankettnorm aufzunehmen.“<sup>28</sup> Das wird damit begründet, dass eine lückenlose Ahndung von Insiderhandel und Marktmanipulation erreicht werden sollte, wonach die Mitgliedstaaten auch schon gemäß der MAD<sup>29</sup> verpflichtet waren. Insoweit könne es offenbleiben, ob der zeitliche Unterschied im Anwendungsbeginn von MAR, CRIM-MAD und 1. FiMaNoG auf einem gesetzgeberischen Versehen beruhe.<sup>30</sup> Diese Ausführungen werden von der Literatur angegriffen.<sup>31</sup>

#### a) Zur Auslegung strafrechtlicher Blankettverweise im europäischen Kontext

Äußerste Grenze der Auslegung von strafrechtlichen Normen ist der Wortsinn.<sup>32</sup> Dabei kann auch eine solche Auslegung bevorzugt werden, die eine Lücke in der Verweiskette am ehesten zu vermeiden vermag, sofern dies dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers entspricht. Eine Korrektur mangelhafter Gesetze zu Lasten des Wortlauts verbietet sich.<sup>33</sup>

Der nationale Auslegungskanon wird um die Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung ergänzt. Die Anwendung nationalen Rechts darf Tragweite und Effektivität des Unionsrechts nicht beeinträchtigen.<sup>34</sup> Diese Pflicht erstreckt sich auf das gesamte Unionsrecht und somit auch auf Ver-

akte abzuwarten *Möllers/Kastl* NZG 2015, 849, 854; *Möllers* ZEuP 2016, 325, 351. Siehe ausführlich *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2017, § 8 Rn. 72 ff. (im Erscheinen).

<sup>27</sup> MAR (Fn. 4), Erwägungsgrund 88.

<sup>28</sup> *BGH* JZ 2017, 478, 479 Rn. 10.

<sup>29</sup> RiL 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28. 1. 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (MAD).

<sup>30</sup> *BGH* JZ 2017, 478, 479 Rn. 10.

<sup>31</sup> *Rothenfußer* AG 2017, 149, 152; *Gaede* wistra 2017, 41, 44; *Bülte/Müller* NZG 2017, 205, 210; *Szesny* BB 2017, 515, 517 f.

<sup>32</sup> *BVerfG*, Beschluss v. 10. 1. 1995 – 1 BvR 718/89 u. a. = *BVerfGE* 92, 1, 12 – Sitzblockade; Beschluss v. 23. 10. 1985 – 1 BvR 1053/82 = *BVerfGE* 71, 108, 115; Beschluss v. 20. 10. 1992 – 1 BvR 698/89 = *BVerfGE* 87, 209, 224; Beschluss v. 23. 6. 2010 – 2 BvR 2559/08 u. a. = *BVerfGE* 126, 170, 197; *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 28; allgemein zur Auslegung strafrechtlicher Normen vgl. *Möllers* (Fn. 26), § 4 Rn. 60 ff.

<sup>33</sup> *BVerfG*, Beschluss v. 28. 6. 2001 – 2 BvR 1330/95 = BeckRS 2001, 22 109, Rn. 35; *BGH*, Urteil v. 5. 11. 1996 – 1 StR 452/96 = *BGHSt* 42, 291, 293; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 103 Rn. 228; *Lackner*, in: *Festschrift der Juristischen Fakultät Heidelberg*, 1986, S. 54 ff.; *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 357 ff., 381 (m. w. N.).

<sup>34</sup> *EuGH* v. 21. 9. 1983 – C 205–215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH u. a.*, ECLI:EU:C:1983:233, Rn. 22; v. 4. 7. 2006 – C 212/04, *Adeneler u. a.*, ECLI:EU:C:2006:443, Rn. 95.

ordnungen.<sup>35</sup> Die unionsrechtskonforme Auslegung findet wiederum ihre Grenzen in den verfassungsrechtlichen Schranken des Art. 103 Abs. 2 GG, nämlich dem Wortsinn und dem Verbot der Rückwirkung sowie im Gebot des Vertrauensschutzes.<sup>36</sup> In seiner Rechtsprechung prägte der *EuGH* den Grundsatz der „So-weit-wie-möglich“-Auslegung,<sup>37</sup> ohne dabei eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts einzufordern.<sup>38</sup> Dementsprechend soll nationales Recht, um das unionsrechtlich intendierte Ziel zu erreichen, unter Ausreizung der nationalen Auslegungsmethodik und Auslegungsgrenzen angewandt werden.

#### b) Die Auslegung von §§ 38, 39 WpHG in der Fassung des 1. FiMaNoG

Im Wortlaut von §§ 38, 39 WpHG müssten sich Anhaltspunkte ergeben, dass der Gesetzgeber die MAR für einen Tag in deutsches Recht implementieren wollte, sich also sinngemäß die Aussage finden: „Die Verbotstatbestände der MAR sollen in Deutschland schon am 2.7.2016 gelten.“<sup>39</sup> Dem Wortlaut der §§ 38, 39 WpHG ist keine Aussage in diese Richtung zu entnehmen. Auch die *Gesetzgebungsgeschichte* spricht gegen eine solche Auslegung, finden sich in den Gesetzgebungsmaterialien doch keine Hinweise auf eine vorzeitige Anwendbarkeit der MAR. Vielmehr war erst durch ein Redaktionsversehen innerhalb des später verabschiedeten Regierungsentwurfs eine Divergenz in den Anwendungsdaten von MAR und 1. FiMaNoG aufgetreten.<sup>40</sup> Wenn die MAR national zur Anwendung kommen sollte, wäre ein deutlicher und eindeutiger Hinweis an einer herausgehobenen Stelle zu erwarten gewesen. Das Schweigen des Gesetzgebers zu den verschiedenen Zeitpunkten des Anwendungsbeginns spricht folglich gegen eine Implementierung in das deutsche Recht. Auch *systematische* Überlegungen sprechen gegen einen Willen zur vorzeitigen Anwendung der MAR. Eine Übergangsregelung findet sich etwa in § 50 WpHG. Dort wäre der richtige Ort gewesen, um einem derartigen gesetzgeberischen Willen Ausdruck zu verleihen.<sup>41</sup> Nicht zuletzt würde die systematisch ungewöhnliche Situation eintreten, dass die kapitalmarktrechtliche Verhaltensnorm erst durch einen strafrechtlichen Blankettverweis „durch die Hintertür“ eingeführt würde.<sup>42</sup>

Ergibt sich etwas Anderes aus dem europäischen Recht? Die bisherige MAD erfordert die Einrichtung von Sanktionstatbeständen für Insidergeschäfte und Marktmanipulationen (Art. 14 Abs. 1 MAD). Daneben entfaltet die bis zum

3.7.2016 umzusetzende CRIM-MAD eine Form von „Vorwirkung“ für den Mitgliedstaat, der kein das Ziel der Richtlinie gefährdendes Recht schaffen darf.<sup>43</sup> Die Abschaffung der Verbotstatbestände würde zu einem unionsrechtswidrigen Zustand führen. Die Schaffung eines straffreien Raums widerspricht der Umsetzungsverpflichtung des Art. 288 Abs. 3 AEUV, die bisherige MAD als Richtlinie richtig und effektiv umzusetzen. Unter bestimmten Umständen kann ein *genereller, mutmaßlicher Wille des Gesetzgebers* angenommen werden, Richtlinien korrekt umzusetzen.<sup>44</sup> Im Sinne eines mutmaßlichen Willens zum unionsrechtskonformen Handeln und als Ausfluss der Loyalitätsverpflichtung aus Art. 4 Abs. 3 EUV wäre dann davon auszugehen, dass der Gesetzgeber einen solchen Zustand gerade vermeiden will. Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber sich einem Staatshaftungsanspruch aussetzt, wenn er Richtlinien unzureichend umsetzt.<sup>45</sup>

Ein solcher genereller, mutmaßlicher Wille muss den Wertungen des Gesetzes entsprechen und darf den Grundstrukturen des Rechts nicht widersprechen.<sup>46</sup> Der entscheidende Punkt ist wiederum, dass im Strafrecht der Wortsinn die Grenze darstellt.<sup>47</sup> Rein hypothetische Erwägungen können in dieser Konstellation das Ergebnis kaum grundlegend ändern. Dies unterscheidet das 1. FiMaNoG auch von den bisherigen Fällen der vorzeitigen Anwendung europäischer Verordnungen.<sup>48</sup> Im Kleinanlegerschutzgesetz wurde klar in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass Teile der Verordnung MiFIR und der Richtlinie MiFID II bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist bzw. des unmittelbaren Geltungsbeginns am 3.1.2018 in Deutschland Anwendung finden sollen.<sup>49</sup> Im Zuge dessen wurde inhaltsgleiches nationales Recht erlassen. Um nicht gegen das unionsrechtliche Normwiederholungsverbot zu verstoßen, müssen die Regelungen zur MiFIR am 2.1.2018 wieder außer Kraft treten.<sup>50</sup> Demgemäß darf der nationale Gesetzgeber im Anwendungsbereich unmittelbar geltenden Unionsrechts kein wort- oder

<sup>35</sup> *EuGH* v. 5.9.2012 – C-42/11, *Lopes da Silva Jorge*, ECLI:EU:C:2012:517; v. 24.1.2012 – C-282/10, *Maribel Dominguez*, ECLI:EU:C:2012:33; *Obwexer*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, Art. 4 EUV Rn. 117.

<sup>36</sup> *EuGH* v. 8.10.1987 – C 80/86, *Kolpinghaus Nijmegen*, ECLI:EU:C:1987:431, Rn. 13; *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. 2015, § 10 Rn. 35f.; *Satzger*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2014, Kap. 5 § 9 Rn. 53.

<sup>37</sup> Zum Zivilrecht *EuGH* v. 13.11.1990 – C 106/89, *Marleasing*, ECLI:EU:C:1990:395, Rn. 11. Zu den Grenzen der Auslegung im Strafrecht vgl. u. a. *EuGH* v. 8.10.1987 (Fn. 36), Rn. 13.

<sup>38</sup> *EuGH* v. 15.4.2008 – C 268/06, *Impact*, ECLI:EU:C:2008:223, Rn. 100; v. 4.7.2006 (Fn. 34), Rn. 110.

<sup>39</sup> Für diese Lesart *Klöhn/Büttner* ZIP 2016, 1801, 1805.

<sup>40</sup> In der Einleitung hatte der Regierungsentwurf v. 8.2.2016 (S. 1) ebenso wie der Referentenentwurf des Bundesfinanzministeriums v. 19.10.2015 (S. 173, 263, abrufbar unter [www.cplaw.eu](http://www.cplaw.eu)) noch den 3.7.2016 als Zeitpunkt des Inkrafttretens festgelegt. Erst im Regierungsentwurf zum 1. FiMaNoG (BT-Drs. 18/7482) war ein Inkrafttreten zum 2.7.2016 vorgesehen (S. 48), da dies dem in den Vorschriften der CRIM-MAD und der MAR bestimmten Anwendungszeitpunkt entspreche (S. 80). Das ist nicht korrekt.

<sup>41</sup> *Rothenfußer/Jäger* NJW 2016, 2689, 2692.

<sup>42</sup> *Bütel/Müller* NZG 2017, 205, 211.

<sup>43</sup> Die CRIM-MAD sieht zwingend strafrechtliche Sanktionen für einige Verstöße vor (z. B. Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 CRIM-MAD); dazu *Kudlich* AG 2016, 459. Zur „Vorwirkung“ von Richtlinien siehe *EuGH* v. 18.12.1997 – C 129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, ECLI:EU:C:1997:628, Rn. 45; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union*, 60. EGL. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 118. Die Gerichte dürfen auch schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie nationales Recht unionsrechtskonform auslegen (*BGH*, Urteil v. 5.2.1998 – I ZR 211/95 = *BGHZ* 138, 55, 61 ff.; dazu *Roth* ZIP 1992, 1054, 1056 f.; *Leible/Sosnitza* NJW 1998, 2507, 2508).

<sup>44</sup> *BGH*, Urteil v. 28.11.2008 – VIII ZR 200/05 = *BGHZ* 179, 27, 36 – Quelle; dazu *Möllers/Möhring* JZ 2008, 919, 923; zum mutmaßlichen Umsetzungswillen siehe *Canaris*, in: *Festschrift für Bydlinksi*, 2002, S. 47, 85 f.; *Roth/Jopen*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 66; *Möllers* (Fn. 26), § 8 Rn. 55 ff.

<sup>45</sup> *Weiss* ZRP 2013, 66, 67, wonach dieser Aspekt vorrangig vor der vagen Figur des mutmaßlichen Willens des Gesetzgebers zu beachten ist; grundlegend zum Staatshaftungsanspruch bei fehlerhafter Richtlinienumsetzung *EuGH* v. 19.11.1991 – C 6/90 und C 9/90, *Francovich*, ECLI:EU:C:1991:428: die Wurzel des Staatshaftungsanspruchs ist unionsrechtlicher Natur und wird durch das jeweilige nationale Haftungsrecht ausgefüllt.

<sup>46</sup> *Möllers* EuR 1998, 20, 44 f.; *ders.*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, S. 72; dagegen *Grundmann* ZEuP 1996, 399, 420, der einen generellen Umsetzungswillen annimmt.

<sup>47</sup> Siehe dazu Fn. 32.

<sup>48</sup> *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2442. So aber *Klöhn/Büttner* ZIP 2016, 1801, 1806.

<sup>49</sup> Unter explizitem Hinweis darauf, dass Anpassungen an spätere Lamfalussy-Level 2-Maßnahmen erfolgen sollten: BT-Drs. 18/3994, S. 53.

<sup>50</sup> Dies erfolgt durch die Neufassung des WpHG durch Art. 3 2. FiMaNoG, der am 3.1.2018 (Art. 26 Abs. 3 2. FiMaNoG) in Kraft tritt und gleichzeitig bspw. § 4b WpHG (Produktintervention) wieder außer Kraft setzt. In der Begründung des Regierungsentwurfs zum 2. FiMaNoG wird explizit auf die nunmehr unmittelbar anwendbare MiFIR hingewiesen (BT-Drs. 18/10936, S. 229).

inhaltsgleiches Unionsrecht erlassen, um nicht über die tatsächliche Herkunft einer rechtlichen Regelung hinwegzutäuschen und das Auslegungsmonopol des *EuGH* (Art. 267 AEUV) nicht zu unterwandern.<sup>51</sup> Eine solche Regelung zum Außerkrafttreten fehlt aber im WpHG. Insofern müsste die Aussage der Vorschrift, wiederum einfach gesprochen, noch um folgendes Element erweitert werden: „Am 3. 7. 2016 tritt die MAR als nationales Recht wieder außer Kraft.“<sup>52</sup> Eine derartige Lesart ist aber fernliegend.

Mittlerweile erkennt auch der Gesetzgeber selbst ausdrücklich an, dass im 1. FiMaNoG nicht hinreichend deutlich gemacht wurde, dass die Vorschriften der MAR bereits vorzeitig anwendbar sein sollen, wie es im Sinne der Rechtssicherheit erforderlich gewesen wäre.<sup>53</sup> Somit greift der *BGH* zusätzlich in ein laufendes Gesetzgebungsverfahren rechtsgestaltend ein.<sup>54</sup>

### c) Das Tatbestandsmerkmal „Verstoß“

Darüber hinaus verkennt der *BGH*, dass als Tatbestandsmerkmal des § 38 WpHG ein „Verstoß“ gegen die Verordnung vorliegen muss.<sup>55</sup> Er führt lediglich aus, es sei eine übliche gesetzgeberische Technik, das Vollzitat der Verordnung „vor die Klammer“ zu ziehen, so dass diese in den einzelnen Verbotstatbeständen nicht mehr aufgeführt werden müssten.<sup>56</sup> Das Tatbestandsmerkmal „Verstoß“ kann nur dann erfüllt sein, wenn die Verordnung auch geltendes Recht mit Wirkung gegenüber dem Normadressaten darstellt.<sup>57</sup> Die unmittelbare Anwendbarkeit der Verordnung ist folglich notwendige Bedingung für den Verstoß. Wie oben bereits dargestellt fehlt es aber gerade daran. Damit kann der Tatbestand von § 38 WpHG am 2. 7. 2016 nicht erfüllt werden.

Nach alledem lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber zwar kompetenzrechtlich im Stande gewesen wäre, die MAR schon am 2. 7. 2016 in Deutschland für anwendbar zu erklären, dies aber im 1. FiMaNoG nicht hinreichend deutlich gemacht hat. De lege lata besteht am 2. 7. 2016 eine Sanktionslücke, die sich wegen des Lex-mitior-Grundsatzes zur Generalamnestie ausweitet.

## III. Rückwirkende Korrekturmöglichkeiten de lege ferenda

### 1. Rechtsprechung des BVerfG zur Korrektur von lex mitior

Der Lex-mitior-Grundsatz ist nicht verfassungsrechtlich in Art. 103 Abs. 2 GG verankert und kann damit einfachrechtlich derogiert werden.<sup>58</sup> Voraussetzung ist, dass ein solches Vorgehen nicht willkürlich erfolgt. Vom Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG ist allein das „von wann an“, nicht jedoch das „wie lange“ der Strafverfolgung geschützt.<sup>59</sup> Eine Korrektur dieser Strafbarkeitslücke ist de lege ferenda

möglich. Das *BVerfG* war bereits in den Jahren 1989 und 2008<sup>60</sup> mit Fällen beschäftigt, in denen der Gesetzgeber die Korrektur von Strafbarkeitslücken selbst vorgenommen hat. Dabei wurde nach Entstehen der Sanktionslücke ein späteres Gesetz erlassen (lex posterior derogat legi priori), mit dem die Anwendung des Lex-mitior-Grundsatzes rückwirkend ausgeschlossen wurde.

### 2. Das geplante Zweite Finanzmarktnovellierungsgesetz als „Reparaturgesetz“

Im Regierungsentwurf zum Zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetz (2. FiMaNoG) plant der Gesetzgeber ein „Reparaturgesetz“. Danach können „Straftaten nach § 38 [WpHG] in der bis zum Ablauf des 1. Juli geltenden Fassung (...) abweichend von § 2 Abs. 3 des Strafgesetzbuches nach den zum Zeitpunkt der Tat geltenden Bestimmungen geahndet“ werden.<sup>61</sup> Zur Begründung führt der Regierungsentwurf an, der Wille, die unionsrechtlichen Vorschriften mit dem 1. FiMaNoG bereits vorzeitig anwendbar zu erklären, sei nicht hinreichend deutlich erkennbar gewesen; aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit solle eine solche Unsicherheit jedoch nicht bestehen.<sup>62</sup> § 51 WpHG-E soll am Tag nach der Verkündung des 2. FiMaNoG in Kraft treten (Art. 26 Abs. 1 2. FiMaNoG).

### 3. Anwendbarkeit des Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh

Wie steht diese Vorschrift aber zum europäischen Recht? Art. 49 Abs. 1 Satz 3 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) besagt: „Wird nach Begehung einer Straftat durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist diese zu verhängen.“ Schon vor Geltung der GRCh erkannte der *EuGH* lex mitior als gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten an.<sup>63</sup> Der *EGMR* sieht den Lex-mitior-Grundsatz mittlerweile im Gesetzlichkeitsprinzip von Art. 7 EMRK verankert.<sup>64</sup> Die GRCh wurde mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon Teil des europäischen Primärrechts (Art. 6 Abs. 1 EUV) und ist in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar. Sie genießt damit im Kollisionsfall Anwendungsvorrang vor nationalem Recht.<sup>65</sup> Die Grundrechte der GRCh verpflichten Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Europäischen Union sowie die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht, Art. 51 Abs. 1 GRCh. Erforderlich ist ein unmittelbarer und hinreichend strenger Zusammenhang von nationaler Maßnahme

<sup>51</sup> *EuGH* (Fn. 24), Rn. 9 ff.; Schröder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 58; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 25), Art. 267 AEUV Rn. 10.

<sup>52</sup> So auch Rossi ZIP 2016, 2437, 2442.

<sup>53</sup> Regierungsentwurf zum 2. FiMaNoG, BT-Drs. 18/10936, S. 219.

<sup>54</sup> Kritisch dazu Rossi NJW 2017, 969.

<sup>55</sup> Der Wortlaut von § 38 Abs. 3 WpHG „ebenso wird bestraft, wer gegen die [MAR] [...] verstößt, indem er entgegen Art. 14 Buchstabe a ein Insidergeschäft tätigt“ ist in der Hinsicht klar.

<sup>56</sup> *BGH* JZ 2017, 478, 479 Rn. 11.

<sup>57</sup> *Bülte/Müller* NZG 2017, 205, 208.

<sup>58</sup> *BVerfG*, Beschluss v. 29. 11. 1989 – 2 BvL 1491, 1492/87 = *BVerfGE* 81, 132, 136 f.; Beschluss v. 18. 9. 2008 – 2 BvR 1817/08 = NJW 2008, 3769, 3770.

<sup>59</sup> *BVerfG* v. 29. 11. 1989 (Fn. 58), S. 135; Beschluss v. 18. 9. 2008 (Fn. 58), S. 3770. Kritisch Rossi ZIP 2016, 2437, 2445, der den Wunsch nach einheitlicher Dogmatik als leitendes Motiv für die Einbeziehung sieht.

<sup>60</sup> *BVerfG* v. 29. 11. 1989 (Fn. 58); v. 18. 9. 2008 (Fn. 58).

<sup>61</sup> Art. 1 Nr. 12 2. FiMaNoG führt den neuen § 51 Abs. 1 WpHG-E ein; siehe BT-Drs. 18/10936 (Fn. 53), S. 10; § 51 Abs. 2 WpHG-E stellt dies für § 39 WpHG und § 4 Abs. 3 OWiG fest; ein ähnlich lautender Formulierungsvorschlag fand sich schon bei *Bergmann/Vogt* wistra 2016, 347, 352.

<sup>62</sup> BT-Drs. 18/10936 (Fn. 53), S. 219.

<sup>63</sup> *EuGH* v. 3. 5. 2005 – C-387/02, C-391/02 und C-403/02, *Berlusconi u. a.*, ECLI:EU:C:2005:270, Rn. 69. Lex mitior war daher bei der Durchführung von Unionsrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 EUV a.F. zu beachten; kritisch zum Urteil *Dannecker*, in: Festschrift für Schröder, 2006, S. 761, 765 ff.; *Satzger* JZ 2005, 998 ff.

<sup>64</sup> *EGMR* v. 17. 9. 2009, Nr. 10249/03 – *Scoppola v Italien*, Rn. 104 ff. unter Aufgabe der Rspr. *EGMR* v. 5. 12. 2000, Nr. 35574/97 – *Le Petit v the United Kingdom*; und *EGMR* v. 6. 3. 2003, Nr. 41171/98 – *Zaprianov v Bulgaria*. Zu Ersterem *Satzger*, in: Festschrift für Kühl, 2014, S. 407, 413 ff.

<sup>65</sup> Grundlegend zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts *EuGH* v. 15. 7. 1964 – C 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66; v. 5. 2. 1963 – C 26/62, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1.

und dem Unionsrecht.<sup>66</sup> Ein solcher Zusammenhang ist un- zweifelhaft gegeben, dienen die neuen Regelungen in §§ 38, 39 WpHG doch der Umsetzung der CRIM-MAD und der Anpassung an die unmittelbar geltende MAR.

Die hervorgehobene Bedeutung des Lex-mitior-Grundsatzes kommt in seiner systematischen Stellung zum Ausdruck. Er steht zwischen dem strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 49 Abs. 1 Sätze 1, 2 GRCh) und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 49 Abs. 3 GRCh). Dies zielt auf ein janusköpfiges Verständnis des Grundsatzes, einerseits als Willkürverbot in Bezug auf die Strafverfolgung und andererseits als Ausprägung des Verbotes unverhältnismäßiger Strafe.<sup>67</sup> Dem entspricht die Tatsache, dass die Strafzwecke von General- und Spezialprävention entfallen sind, sobald eine Tat nicht mehr mit Strafe belegt ist.<sup>68</sup> Damit kommt auch eine teleologische Einschränkung wegen eines Redaktionsversehens nicht in Betracht.

Kritisch hinterfragt wurde außerdem, ob auch Zwischengesetze vom Gewährleistungsgehalt des Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh umfasst sind.<sup>69</sup> Vorübergehende Sanktionslücken seien unbeachtlich, weil schon nach dem Wortlaut „mildere Strafe“ nur ein komparativer Vergleich der Rechtslage von Tat- und Entscheidungszeitpunkt vorzunehmen sei.<sup>70</sup> Eine solche Ansicht ist aber abzulehnen: Der Gewährleistungsgehalt des unionsrechtlichen Lex-mitior-Grundsatzes muss nach dem Telos so weit gehen, wie es erforderlich ist, um den intendierten Schutz vor Strafverfolgungswillkür zu gewährleisten. Nur wenn auch Zwischenrechtslagen in den Vergleich mit einbezogen werden, ist dies garantiert.

Das 1. FiMaNoG stellt einen richtlinienwidrigen Zustand her. Zum Teil wird bezweifelt, dass Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh zur Anwendung kommen kann, wenn das mildere Gesetz selbst unionsrechtswidrig ist.<sup>71</sup> Die GRCh stellt aber Primärrecht dar und genießt damit Vorrang vor sekundärem Unionsrecht. Diese Rangordnung würde ins Gegenteil verkehrt, wenn Sekundärrecht den Lex-mitior-Grundsatz außer Kraft setzen könnte.<sup>72</sup> Überdies würden die strengen Vorgaben der Art. 52-54 GRCh umgangen. Der *EuGH* hat folglich entschieden, dass dem Lex-mitior-Grundsatz auch dann Vorrang vor nationalem Recht zukommt, wenn die Sanktionslücke selbst richtlinienwidrig ist.<sup>73</sup>

#### 4. Einschränkung des unionsrechtlichen Lex-mitior-Grundsatzes durch eine Norm des nationalen Gesetzgebers

Die entscheidende Frage ist nun, ob § 51 WpHG-E, der durch das 2. FiMaNoG eingeführt werden soll, imstande ist,

nicht nur § 2 Abs. 3 StGB, sondern auch Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh einzuschränken. Art. 52 Abs. 1 GRCh erlaubt eine Einschränkung von europäischen Grundrechten durch verhältnismäßige Gesetze.<sup>74</sup> In ständiger Rechtsprechung geht der *EuGH* davon aus, dass „die Ausübung dieser Rechte [der GRCh], insbesondere im Rahmen einer gemeinsamen Marktorganisation, Beschränkungen unterworfen werden [können], sofern diese tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen.“<sup>75</sup> Damit wird ein echter Allgemeinvorbehalt sowie ein Gesetzesvorbehalt aufgestellt.<sup>76</sup> Zusammen mit den Schrankenelementen der EMRK sind für die Rechtmäßigkeit von Eingriffen in die Grundrechte der GRCh Gesetzesvorbehalt, zulässiger Zweck, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Wesensgehaltsgarantie zu prüfen.<sup>77</sup>

Zum Teil wird vorgetragen, die Korrektur gesetzgeberischer Fehler sei gar kein legitimes Ziel für die Einschränkung des Lex-mitior-Grundsatzes.<sup>78</sup> Im Rahmen des 2. FiMaNoG steht diese Erwägung aber nicht im Vordergrund. Ein sanktionsfreier Raum in Deutschland würde die gemeinsame Zielsetzung eines einheitlichen Regelungsregimes im Kapitalmarkt auf dem Weg zu einer europäischen Kapitalmarktunion gefährden. Die Kapitalmarktunion ist ein von der Union anerkanntes Gemeinwohlziel.<sup>79</sup> Der Binnenmarkt für Finanzdienstleistungen ist für das Wirtschaftswachstum und die Schaffung von Arbeitsplätzen von entscheidender Bedeutung. Dieses Ziel erfordert Marktintegrität und damit öffentliches Vertrauen. Nur mittels effektiver Sanktionierung und wirksamen Verboten von Marktmissbrauch wird dieses Vertrauen erhalten.<sup>80</sup> Ein legitimer Zweck ist also bei § 51 WpHG-E zu bejahen. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung dient dem sachgerechten Ausgleich von Rechts- und Schutzgütern.<sup>81</sup> Eine allgemeine Strafbarkeitsgerechtigkeit kann nicht im Fokus des Lex-mitior-Grundsatzes liegen.<sup>82</sup> Für die Einschränkung des Lex-mitior-Grundsatzes spricht aber die gerade genannte effektive Kapitalmarktregulierung. Diese bildet das Fundament wirtschaftlichen Erfolgs in der Europäischen Union. Nur wenn dieses Fundament effektiv geschützt wird, kann die europäische Gemeinschaft auch in Zukunft vom Binnenmarkt für Finanzdienstleistungen profitieren.

Letztlich könnten aber Erwägungen des Vertrauensschutzes gegen die rückwirkende Wiederanordnung der

<sup>66</sup> *EuGH* v. 6.3.2014 – C-206/13, *Siragusa*, ECLI:EU:C:2014:126, Rn. 24; noch sehr weit *EuGH* v. 26.2.2013 – C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 26; auf nationaler Ebene dazu *BVerfG*, Urteil v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07 = *BVerfGE* 133, 277, 316; *Borowsky*, in: *Meyer* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der EU*, 4. Aufl. 2014, Art. 51 Rn. 24 ff.; *Gaede* wistra 2011, 365, 369.

<sup>67</sup> *Gaede* wistra 2017, 41, 47; *ders.* wistra 2011, 365, 368.

<sup>68</sup> Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* zu Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 (*Berlusconi u. a.*), ECLI:EU:C:2004:624, Rn. 161.

<sup>69</sup> *Schützendübel*, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, 2012, S. 113. Zum vergleichbaren deutschen Recht siehe oben Fn. 7.

<sup>70</sup> Engl. „law provides for a lighter penalty“; franz. „la loi prévoit une peine plus légère“.

<sup>71</sup> Schlussanträge *Kokott* (Fn. 68), Rn. 165; *Gross* EuZW 2005, 371.

<sup>72</sup> *Gaede* wistra 2011, 365, 368; *Rothenfußler/Jäger* NJW 2016, 2689, 2694.

<sup>73</sup> *EuGH* (Fn. 63), Rn. 70 ff.; mit kritischer Anmerkung *Gross* EuZW 2005, 371 ff.; *EuGH* v. 8.3.2007 – C-45/06, *Campina*, ECLI:EU:C:2007:154, Rn. 32.

<sup>74</sup> Art. 52 Abs. 1 GRCh lautet: „Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, 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.“

<sup>75</sup> *EuGH* v. 13.4.2000 – C-292/97, *Karlsson u. a.*, ECLI:EU:C:2000:202, Rn. 45; in diesem Sinne bereits *EuGH* v. 8.4.1992 – C 62/90, *Kommission/ Deutschland*, ECLI:EU:C:1992:169, Rn. 23; v. 17.10.1995 – C-44/94, *Fischermen's Organisations u. a.*, ECLI:EU:C:1995:325, Rn. 55.

<sup>76</sup> *Borowsky*, in: *Meyer* (Fn. 66), Art. 52 Rn. 18; *Kokott*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. I, § 22 Rn. 7, 10; die Form der Beschränkung durch einen Allgemeinvorbehalt ebenfalls kritisierend *Pache* EuR 2001, 475, 489; *Kenntner* ZRP 2000, 423, 425; *Philippi*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 46.

<sup>77</sup> *Borowsky*, in: *Meyer* (Fn. 66), Art. 52 Rn. 19.

<sup>78</sup> *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2446; so auch *Gaede* wistra 2017, 41, 48.

<sup>79</sup> Europäische Kommission, Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion, COM(2015) 468 final, S. 4, abrufbar unter [www.caplaw.eu](http://www.caplaw.eu).

<sup>80</sup> MAD (Fn. 29), Erwägungsgründe 1, 2.

<sup>81</sup> *Becker*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo* (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 52 GRCh Rn. 6.

<sup>82</sup> Zu dieser Frage *Gaede* wistra 2011, 365, 372; *Bülte/Müller* NZG 2017, 205, 214.

Strafbarkeit sprechen.<sup>83</sup> Der Regierungsentwurf wurde am 23. 1. 2017 in den Bundestag eingebracht und zuvor schon am 21. 12. 2016 auf der Internetseite des Bundesfinanzministeriums veröffentlicht.<sup>84</sup> Somit war schon ein halbes Jahr nach der Sanktionslücke ein „Reparaturgesetz“ auf den Weg gebracht.<sup>85</sup> Weil man damit rechnen muss, dass der Lex-mitior-Grundsatz durch ein lex posterior außer Kraft gesetzt wird,<sup>86</sup> ist ein schutzwürdiges Vertrauen zu verneinen. Sofern das Gesetz zeitnah verabschiedet wird, steht der Vertrauensschutz der nachträglichen Einschränkung des Lex-mitior-Grundsatzes nicht entgegen.<sup>87</sup>

#### IV. Fazit

Das Bestreben des *BGH*, eine Sanktionslücke im Kapitalmarktrecht am 2. 7. 2016 zu verhindern, war ohne weiteres

nachvollziehbar. Durch den Lex-mitior-Grundsatz (§ 2 Abs. 3 StGB, § 4 Abs. 3 OWiG) wäre die Lücke zur „Generalamnestie“ gewachsen. Allerdings überzeugt die Begründung des *BGH* nicht: Der eingeschlagene Weg, dass der Gesetzgeber die MAR in Deutschland schon für einen Tag früher, nämlich ab dem 2. 7. 2016, anwendbar erklären wollte, ist nicht überzeugend, weil sich ein solcher Wille nicht nachweisen lässt<sup>88</sup>. Der Wortlaut des Gesetzes *de lege lata* wurde mit dieser Auslegung deutlich überschritten. Ein derart gravierender legislativer Fehler kann durch die Gerichte nicht mehr im Rahmen der Rechtsfortbildung korrigiert werden.

Dieser Tatsache sah der Gesetzgeber mit dem Regierungsentwurf zum 2. FiMaNoG ins Auge, korrigiert das Redaktionsversehen und schafft mit dem neuen § 51 WpHG-E eine „Lex Volkswagen“<sup>89</sup>, die den Fehler wieder gutmacht. Daran ändert auch der unmittelbar anwendbare Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh nichts. Die Wahrung der Kapitalmarktunion und die Notwendigkeit, sicherzustellen, dass Insiderhandel und Marktmanipulation dauerhaft verfolgbar bleiben, bilden zentrale Ziele des Gemeinwohls der Europäischen Union und vermögen als solche den grundrechtlichen Eingriff zu rechtfertigen. Das Wirtschaftsrecht ist zu wichtig, um es auf die leichte Schulter zu nehmen.

<sup>83</sup> *Fischer*, StGB, 64. Aufl. 2017, § 2 Rn. 12.

<sup>84</sup> BT-Drs. 18/10936 (Fn. 53); Pressemitteilung des BMF v. 21. 12. 2016, abrufbar unter [http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetzentwerfe\\_Arbeitsfassungen/2016-12-21-Zweites-Finanzmarktnovellierungsgesetz.html](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetzentwerfe_Arbeitsfassungen/2016-12-21-Zweites-Finanzmarktnovellierungsgesetz.html) (letzter Abruf 6. 4. 2017).

<sup>85</sup> *Bergmann/Vogt* wistra 2016, 347, 352 verlangen eine Korrektur „innerhalb eines engen Zeitfensters“; § 51 WpHG-E tritt am Tag nach der Verkündung des 2. FiMaNoG bereits in Kraft.

<sup>86</sup> In Anlehnung an *BVerfG*, Urteil v. 19. 12. 1961 – 2 BvL 6/59 = *BVerfGE* 13, 261, 272 (m. w. N.).

<sup>87</sup> Im Ergebnis ebenso *Bülte/Müller* NZG 2017, 205, 214; *Rothenfußer* AG 2017, 149, 151 f.; und *Gaede* wistra 2017, 41, 49 nehmen in dieser Frage dagegen eine Vorlageverpflichtung zum *EuGH* an. In diesem Sinne bereits früher *Rossi* ZIP 2016, 2437, 2447.

<sup>88</sup> Siehe Fn. 62.

<sup>89</sup> Siehe oben Fn. 2.