

4. Teil: Schutz von kollektiven Rechtsgütern

§ 9: Vertrauensrechtsgüter (Teil 2) – Vertrauen in den Wettbewerb

II. Schutz des Wettbewerbs bzw. des Vertrauens hierin, § 299 StGB

1. Historische Entwicklung

Überführung aus dem UWG durch Korruptionsbekämpfungsgesetz 1997. Sinn war die Stärkung des Anti-Korruptionsbewusstseins im Kernstrafrecht. Neu waren die Strafschärfung für besonders schwere Fälle (§ 300 StGB). Seit 2002 wird auch der ausländische Wettbewerb erfasst (dazu noch unten KK 314 f.).

Durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20.11.2015 wurde die Vorschrift um das sog. *Geschäftsherrenmodell* erweitert (§ 299 I Nr. 2 sowie § 299 II Nr. 2), dazu noch unten KK 309 f.

2. Rechtsgut

Nach h.M. doppelte Schutzrichtung:

- primär: Lauterkeit des Wettbewerbs (Vertrauen in diese) zum Schutz der Allgemeinheit
- sekundär: Schutz der Mitbewerber in ihrer Chancengleichheit und ihren Vermögensinteressen
- ebenfalls sekundär: Schutz des betroffenen Unternehmens

3. Systematik

- Die Vorschrift ist nach herrschender Meinung ein abstraktes Gefährdungsdelikt.
Tathandlungen müssen den Wettbewerb nicht zwingend beeinträchtigen, da auch Zuwendungen, die unabhängig von einem Wettbewerbsverhältnis gemacht werden, tatbestandsmäßig sind und die Vereinbarung oder Zahlung eines „Schmiergeldes“ unmittelbar keinen materiellen Schaden des Geschäftsherrn herbeiführt.
- Nach anderer Auffassung handelt es sich um ein Verletzungsdelikt.
- Die Vorschrift enthält den prominenteren Tatbestand der aktiven Bestechung in § 299 II StGB, während § 299 I StGB die passive Bestechung als Bestechlichkeit betrifft. Die Struktur des Tatbestands entspricht der typischen Struktur der Korruptionsdelikte (dazu KK 290).

4. Aktive Bestechung, § 299 II Nr. 1 StGB

a) Taugliche Täter: Jedermann

Kein Sonderdelikt, tauglicher Täter ist jedermann.

b) Tathandlung: Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils

- Die Tathandlungen **Anbieten, Versprechen oder Gewähren** decken sich mit denen der §§ 333 f. StGB (KK 298).

- **Vorteil** ist (wie bei §§ 331 ff. StGB) jede Besserstellung, auf die kein Anspruch besteht und die die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage des Vorteilsnehmers objektiv verbessert.
- Die Tathandlung muss **gegenüber Angestellten oder Beauftragten eines Unternehmens** erfolgen.
 - **Angestellter** ist, wer in einem Dienstverhältnis zu dem Unternehmen steht und in diesem Rahmen weisungsgebunden ist. Das Dienstverhältnis braucht nicht entgeltlich oder dauerhaft zu sein (z.B. Auftrag an Ingenieur oder Wirtschaftsberater zur Betriebsumstellung). Lediglich untergeordnete Hilfskräfte ohne Entscheidungskompetenz fallen nicht unter den Anwendungsbereich der Norm.
 - Der Begriff des **Beauftragten** erfasst als weit auszulegender Auffangtatbestand alle Personen, die Kraft ihrer Stellung im Betrieb berechtigt und verpflichtet sind, für das Unternehmen geschäftlich zu handeln und auf die den Waren- oder Leistungsaustausch betreffenden Entscheidungen Einfluss zu nehmen. Beispiele sind: Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, Handelsvertreter, Buchprüfer, Wirtschaftstreuhänder, Unternehmensberater. Eine dauernde Anstellung ist mithin nicht erforderlich. Keine Beauftragten sind niedergelassene Vertragsärzte (BGH NJW 2012, 2530).
 - Ein **Unternehmen** ist jede auf eine (gewisse) Dauer betriebene Tätigkeit im Wirtschaftsleben, die einen Austausch von Leistungen beinhaltet (BeckOK/Momsen/Laudien § 299 Rn. 17).
- Nicht tatbestandlich ist das Anbieten eines Vorteils gegenüber dem Inhaber. Insofern kann man die Frage aufwerfen, wieso der Inhaber als solcher nicht einbezogen wurde. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass Geschäftsinhaber nicht gegen den lautereren Wettbewerb verstoßen, wenn sie einen

besonderen Vorteil als Gegenleistung für eine Bevorzugung annehmen. Von ihnen gehe nämlich bereits keine Anreizwirkung für unsachliche Entscheidungen aus (NK/Dannecker § 299 Rn. 44). Die tatbestandliche Einschränkung wird aber dann als problematisch angesehen, wenn ein *anderer (selbstständiger) Unternehmer* beauftragt wird, Aufgaben im Interesse des Auftraggebers wahrzunehmen (z.B. Beratungsleistungen durch freiberufliche Anlageberater, Architekten etc.). Denn in diesen Fällen ist die Gefahr einer unlauteren Einflussnahme auf diese selbstständigen Beauftragten durchaus gegeben (siehe dazu *Tiedemann* Rn. 846; NK/Dannecker § 299 Rn. 45).

c) im geschäftlichen Verkehr

Die Tathandlungen müssen im geschäftlichen Verkehr erfolgen. Diese Formulierung wird sehr weit verstanden: Ausreichend sind alle Maßnahmen, die der Förderung eine (beliebigen) Geschäftszwecks dienen. Ausgeschlossen werden somit rein privates, gemeinnütziges und hoheitliches Handeln (*Wittig* § 26 Rn. 28 f.)

d) Unrechtsvereinbarung

- Der Vorteil muss als **Gegenleistung** für eine unlautere Bevorzugung beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen gedacht sein, womit ein Zusammenhang i.S.e. Unrechtsvereinbarung zwischen Tathandlung und (angestrebter) Bevorzugung bestehen muss.
- **Bevorzugung** meint eine anvisierte Besserstellung, auf die kein Anspruch besteht (Sch/Sch/*Eisele* § 299 Rn. 32). **Ware** in diesem Sinne ist jedes Erzeugnis, das Gegenstand des Handelsverkehrs sein kann,

einschließlich unbeweglicher Sachen, soweit diese von der Funktion her wie Waren gehandelt werden. Der Begriff **Dienstleistungen** umfasst alle Leistungen, soweit sie wirtschaftlichen Wert besitzen, und zwar auch solche von Freiberuflern (BeckOK/*Momsen/Laudien* § 299 Rn. 21).

- Erforderlich ist schließlich, dass sich die Unrechtsvereinbarung auf eine unlautere Bevorzugung **im Wettbewerb** bezieht. Nach überwiegender Ansicht genügt es, dass jedenfalls aus Sicht des Täters ein Wettbewerb zwischen mindestens zwei Bewerbern besteht (*Wittig* § 26 Rn. 51). Eine Strafbarkeit gem. § 299 II Nr. 1 StGB entfällt somit (mangels Wettbewerbs) etwa bei einer Monopolstellung eines Unternehmens. Gemäß dem Wortlaut (im inländischen oder ausländischen Wettbewerb) wird auch der ausländische Wettbewerb geschützt (vertiefend dazu unten KK 314 f.).

e) Subjektive Merkmale

Erforderlich ist zunächst *dolus eventualis* bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale. Darüber hinaus muss der Täter die Absicht haben, zu der angestrebten Unrechtsvereinbarung zu gelangen (*NK/Dannecker* § 299 Rn. 116).

5. Aktive Bestechung, § 299 II Nr. 2 StGB (Geschäftsherrenvariante)

Das sog. Geschäftsherrenmodell wurde, wie bereits erwähnt, durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20.11.2015 neu in den Tatbestand integriert.

Charakteristisch für diese Variante sind zwei Besonderheiten:

- Zum einen wird auf das Erfordernis der unlauteren Bevorzugung im **Wettbewerb** verzichtet. Damit werden auch solche Fälle erfasst, in denen es an einer Wettbewerbssituation fehlt (also etwa aufgrund einer Monopolstellung).
- Zudem knüpft der Tatbestand an eine Verletzung interner Pflichten an („und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze“). Die Unrechtsvereinbarung bezieht sich also auf Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers gegenüber seinem Geschäftsherren (daher „Geschäftsherrenmodell“).

Diese Erweiterung des § 299 StGB wird vielfach **kritisiert** (zusammenfassend etwa *Dann* NJW 2016, 203, 204 f. m.w.N.; *Grützner/Helms/Momsen* ZIS 2018, 299): Es gehe nicht mehr um Wettbewerbsschutz (vgl. aber die systematische Stellung der Vorschrift), sondern es werde letztlich die loyale Vertragserfüllung als Selbstzweck geschützt. Im Übrigen bestünden ausreichende zivil- und arbeitsrechtliche Schutz- und Ausgleichsmechanismen bei Pflichtverletzungen. Insofern wird also die Vereinbarkeit mit dem Ultima-ratio-Grundsatz bezweifelt. Insbesondere wird auch ein Vergleich zum Straftatbestand der Untreue gezogen: Während dieser eine klare Rechtsgutsverletzung pönalisiert (Vermögensschaden), liege dem Geschäftsherrenmodell weder ein schutzwürdiges Rechtsgut noch eine verletzungsnahe Handlung zugrunde (*Schünemann* ZRP 2015, 68, 69).

6. Passive Bestechlichkeit, § 299 I Nr. 1 StGB

a) Taugliche Täter: Angestellte oder Beauftragte eines Unternehmens

Sonderdelikt: Taugliche Täter sind Angestellte oder Beauftragte eines Unternehmens (KK 307)

b) Tathandlung: Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen

Die Tathandlungen Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen decken sich mit denen der §§ 331 f. StGB (KK 293). Zu den übrigen objektiven Tatbestandsmerkmalen siehe die vorstehenden Ausführungen (KK 307 ff.)

c) Subjektiver Tatbestand

Erforderlich ist Vorsatz bzgl. der objektiven Tatbestandsmerkmale. Speziell im Falle des Forderns ist zusätzlich die Absicht erforderlich, eine Unrechtsvereinbarung abzuschließen.

7. Passive Bestechlichkeit, § 299 I Nr. 2 StGB (Geschäftsherrenvariante)

Auch die passive Bestechlichkeit wurde um das Geschäftsherrenmodell erweitert (§ 299 I Nr. 2 StGB). Zu den diesbezüglichen Charakteristika und der Kritik daran kann sinngemäß auf die Ausführungen zu § 299 II Nr. 2 StGB verwiesen werden (KK 309 f.).

8. Beispielsfall

a) Sachverhalt

A ist Angestellter der P-AG, eines großen Unternehmens, welches auf Design, Herstellung und Installation von Produktionsstraßen spezialisiert ist. Zur Akquise von Aufträgen hat das Unternehmen eine schwarze Kasse angelegt, aus der Beträge für Bestechungszahlungen entnommen werden können. Aus dieser Kasse übergibt A in Berlin einen Betrag von 20.000 € an B, ein Führungsmitglied eines mittelgroßen russischen Stahlproduzenten. Auf diese Weise möchte A für die P-AG den Auftrag zum Neubau einer Produktionsstraße erlangen. Weitere deutsche Unternehmen haben kein Interesse an diesem Auftrag, es existieren aber noch weitere Angebote ausländischer Konkurrenten. Aufgrund der Zahlung erhält die P-AG auch den Auftrag. Strafbarkeit des A gem. § 299 StGB?

b) Lösung

Strafbarkeit des A gem. § 299 II Nr. 1 StGB

- **Vorprüfung**

Deutsches Strafrecht ist unproblematisch anwendbar, da die Tathandlung in Berlin stattgefunden hat (vgl. §§ 3, 9 I StGB).

- **Obj. Tatbestand**

- A ist tauglicher Täter des Allgemeindelikts.

- B steht als leitender Angestellter in einem weisungsgebundenen Dienstverhältnis zu dem russischen Unternehmen und ist daher **Angestellter eines Unternehmens**.
- Tathandlung: A hat dem B einen (materiellen) **Vorteil gewährt** (Zahlung von 20.000 €).
- Die Zahlung erfolgte auch zur Förderung eines Geschäftszwecks und somit im **geschäftlichen Verkehr**.
- Schließlich liegt auch eine **Unrechtsvereinbarung** vor. Der Vorteil (20.000 €) wurde nämlich als Gegenleistung für eine anvisierte Besserstellung in Bezug auf eine Dienstleistung (Erhalt des Auftrages zur Fertigung der Produktionsstraße) gewährt. Der Begriff Dienstleistung wird dabei sehr weit verstanden (nicht zu verwechseln mit dem Dienstvertrag im Sinne des BGB) und erfasst alle wirtschaftlich werthaltigen Leistungen. Dies geschah auch im Wettbewerb, da weitere ausländische Konkurrenten ebenfalls den Auftrag erhalten wollten. Ausweislich seines Wortlautes schützt § 299 StGB insbesondere auch den „ausländischen Wettbewerb“.
- **Subj. Tatbestand**
 - A handelte vorsätzlich. Er wollte zudem gerade beim Bezug einer „Dienstleistung“ bevorzugt werden und zu einer Unrechtsvereinbarung zu gelangen (siehe dazu oben KK 308).
- **Ergebnis: Strafbarkeit gem. § 299 II Nr. 1 StGB (+)**

Hinweis: Darauf, dass die P-GmbH den Auftrag erhalten hat, kommt es für eine Strafbarkeit nicht an. Das Delikt ist vorliegend bereits durch das Gewähren des Vorteils vollendet und setzt keinen weitergehenden Erfolg voraus (vgl. NK/Dannecker § 299 Rn. 133). B – nach dessen Strafbarkeit nicht gefragt war – hat sich durch die Annahme des Vorteils gem. § 299 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Zur Untreuestrafbarkeit durch die Einrichtung schwarzer Kassen siehe bereits KK 186 ff.

Grundsätzlich käme auch eine Strafbarkeit des A gem. § 299 II Nr. 2 StGB in Betracht. Allerdings geht aus dem Sachverhalt nicht hervor, ob die Unrechtsvereinbarung auf eine Pflichtverletzung des B ggü. seinem Unternehmen (durch die Vergabe des Auftrags an die P-AG) gerichtet ist (auf die Annahme des Schmiergelds kann nicht abgestellt werden, vgl. den Wortlaut des § 299 II Nr. 2 StGB). Nimmt man eine Pflichtverletzung an, ergibt sich das Problem, in welchem Verhältnis die Tatvarianten der Nr. 1 und Nr. 2 zueinander stehen. Angesichts der unterschiedlichen Schutzzwecke käme wohl Tateinheit in Betracht (NK/Dannecker, § 299 Rn. 137; a.A. Sch/Sch/Eisele, § 299 Rn. 52: Nr. 1 sei spezieller).

c) Schutz des ausländischen Wettbewerbs

Im vorstehenden Beispielsfall wurde deutlich, dass § 299 II Nr. 1 StGB (Gleiches gilt für § 299 I Nr. 1 StGB) auch den ausländischen Wettbewerb schützt. Diese Ausdehnung des Tatbestandes auf den ausländischen Wettbewerb erfolgte erstmals im Jahre 2002. Das wirft die Frage auf, wie sich dies **legitimieren** lässt?

Schünemann hat dargelegt, dass sich eine entsprechende Ausweitung des deutschen Strafrechtsschutz allenfalls durch einen auf *Gegenseitigkeit beruhender völkerrechtlichen Vertrag* legitimieren lässt (*ders.* ZRP 2015, 68, 69 m.w.N.). Die gegenwärtige Fassung des § 299 StGB sieht eine solche Restriktion indes nicht vor. Wieso

sollte es also die Aufgabe des deutschen Strafrechts sein, den Wettbewerb eines Staates X zu schützen (vorausgesetzt, dass – etwa aufgrund eines inländischen Tatorts – das deutsche Strafrecht gem. §§ 3 ff. StGB anwendbar ist), wenn der gegenseitige Wettbewerbsschutz nicht völkerrechtlich vereinbart wurde? *Schünemann* spricht insofern sehr deutlich von einer chauvinistisch-imperialistischen Anmaßung der deutschen Strafgewalt (*ders.* ZRP 2015, 68, 69).

9. Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen §§ 299a, 299b StGB

Durch das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 30.5.2016 wurden die §§ 299a, 299b eingefügt, die Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen erfassen. Anlass für diese Reform war ein Beschluss des Großen Senats des BGH. Dieser stellte fest, dass ein niedergelassener **Vertragsarzt** weder Amtsträger i.S.d. § 11 I Nr. 2 c) noch Beauftragter eines Unternehmens (der gesetzlichen Krankenkassen) i.S.v. § 299 StGB sei. Mithin konnte der Vertragsarzt zuvor weder von den §§ 331 ff. StGB noch von § 299 StGB erfasst werden (BGH NJW 2012, 2530).

III. Sportwettbetrug, § 265c StGB

1. Überblick

Durch Gesetz vom 11.04.2017 wurden unter anderem die Tatbestände des „Sportwettbetrugs“ (§ 265c) sowie der „Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben“ (§ 265d StGB) in das StGB eingefügt. Nachfolgend wird exemplarisch auf die Regelung des § 265c StGB eingegangen.

Hintergrund der Schaffung des Tatbestands „Sportwettbetrug“ ist die Rechtsprechung des BGH zum Wettbetrug i.R.d. § 263 StGB. Die dabei aufgetretenen Schwierigkeiten, insbesondere hinsichtlich eines bezifferbaren Schadens (siehe dazu KK 125 ff.) wurden vom Gesetzgeber als Lücken in der Strafverfolgung wahrgenommen, die nun durch § 265c StGB geschlossen werden sollen.

Entgegen seiner Stellung im 22. Abschnitt des StGB („Betrug und Untreue“) hat der Tatbestand des § 265c StGB allerdings kaum Gemeinsamkeiten mit § 263 StGB, sondern orientiert sich am Aufbau der §§ 299 ff., 331 ff. StGB. Ebenso wie bei den letzteren Vorschriften besteht die Tathandlung im Fordern, Sich-Versprechenlassen oder Annehmen (Abs. 1, 3) bzw. spiegelbildlich dazu im Anbieten, Versprechen oder Gewähren (Abs. 2, 4) eines Vorteils. Hinsichtlich dieser Tatbestandsmerkmale kann auf die Erörterungen zu §§ 331 ff. StGB verwiesen werden (KK 293 ff.). Die angestrebte **Unrechtsvereinbarung** muss sich im Kontext des § 265c StGB aber auf das Beeinflussen eines sportlichen Wettbewerbs zugunsten des Wettbewerbsgegners und das darauf aufbauende Erlangen eines rechtswidrigen Vermögensvorteils infolge einer Sportwette beziehen. Der Bezug zum Vermögen wird bei § 265c StGB also im Rahmen der Unrechtsvereinbarung hergestellt: Diese muss sich darauf beziehen, dass ein rechtswidriger Vermögensvorteil durch eine auf den Sportwettbewerb bezogene öffentliche Sportwette erlangt werden soll.

2. Legitimierbarkeit

Der Tatbestand des Sportwettbetrugs sieht sich einigen legitimatorischen Bedenken ausgesetzt, die hier nur exemplarisch aufgegriffen werden können:

a) Bestimmtheit?

Zunächst ist problematisch, dass der Gesetzgeber in Abs. 5 zwar definiert, wann es sich um einen Wettbewerb des *organisierten* Sports handelt, dabei indes auf eine Definition des **Sportbegriffs** verzichtet hat. Was unter Sport fällt und was nicht, kann in vielen Fällen zweifelhaft sein, man denke nur an Schach oder elektronischen Sport. Vor diesem Hintergrund ist zweifelhaft, ob der Tatbestand noch den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 II GG) gerecht wird (*Satzger* Jura 2016, 1142, 1148).

b) Legitime Rechtsgüter?

Weiterhin stellt sich die Frage, welche Rechtsgüter von § 265c StGB geschützt werden. Nach dem Willen des Gesetzgebers (BT-Drs. 18/8831, 10) sollen dies das **Vermögen** und die **Integrität des Sports** sein (vertiefend und kritisch zu den Rechtsgütern *Krack* ZIS 2016, 540, 543 ff.):

- Der Schutz des **Vermögens** wird zwar auf den ersten Blick durch die systematische Stellung des § 265c StGB im unmittelbaren Anschluss an den Betrug und die betrugsähnlichen Tatbestände nahegelegt. Allerdings ist für § 265c StGB eine Handlung ausreichend, die auf das Eingehen einer korruptiven Abrede gerichtet ist. Eine solche geht einem Wettbetrug i.S.d. § 263 StGB zwar regelmäßig voraus, es kann zu

einem so frühen Zeitpunkt aber noch nicht einmal ein Ansetzen zu einer Täuschung gesehen werden. Der Tatbestand pönalisiert also eine Vorbereitungshandlung zum Betrug. Hier ist aber noch keine hinreichende Gefahr für das Vermögen ersichtlich, denn zu diesem Zeitpunkt ist es sowohl ungewiss, ob die Unrechtsvereinbarung überhaupt zustande kommt, als auch, ob tatsächlich eine Wette gesetzt wird.

- Die **Integrität des Sports** beruht nach Ansicht des Gesetzgebers (BT-Drs. 18/8831, 10) wesentlich auf der „Unverfälschtheit und Authentizität sportlicher Wettbewerbe“. Durch eine Manipulation würde der Ausgang eines Wettbewerbs vorhersehbar, der Sport würde infolgedessen seine Funktion als Vermittler von Werten, wie z. B. Toleranz oder Leistungsbereitschaft, verlieren sowie an (wirtschaftlicher) Bedeutung einbüßen. Problematisch ist aber schon, dass unklar bleibt, was konkret von dem schwammigen Begriff der Integrität erfasst wird. Insofern liegt der Verdacht nahe, dass es sich um bloße Moralvorstellungen handelt. Dies rechtfertigt aber nicht den Einsatz des Strafrechts, das als ultima ratio vor besonders sozialschädlichem Verhalten schützen soll. Die Diskussion verläuft hier parallel zu derjenigen hinsichtlich des Rechtsguts der Fairness und Chancengleichheit beim Doping (siehe KK 278).

c) Schließung von Strafbarkeitslücken?

§ 265c StGB soll eine bessere strafrechtliche Erfassung der Konstellationen des Wettbetrugs gewährleisten. Fraglich ist jedoch, ob die tatbestandliche Fassung tatsächlich die Strafverfolgung erleichtert. Die Vorstellung des Täters muss aufgrund der Ausgestaltung der Unrechtsvereinbarung nämlich auch auf den Abschluss einer öffentlichen Sportwette und die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichtet sein. Dies dürfte in der Praxis mitunter schwierig nachzuweisen sein. Zudem ist auffallend, dass die im Kontext des § 263 StGB

eigentlich streitige Frage, ob bei Eingehen einer Wette ein Schaden vorliegt und wie dieser nachzuweisen ist, durch die Vorverlagerung der Strafbarkeit nicht geklärt, sondern schlicht abgeschnitten wird. Insofern ist allerdings bereits die Existenz von Strafbarkeitslücken beim Sportwettbetrug (i.S.d. § 263 StGB) zu bezweifeln. Wie gesehen, kann nämlich auch das Abschließen von Sportwetten in Bezug auf manipulierte Spiele unter gewissen Voraussetzungen durchaus einen Schaden im Sinne des § 263 StGB begründen (vgl. KK 125 f.). Diese (auch den Vorgaben des BVerfG Rechnung tragenden) Anforderungen an die Schadensbemessung bei § 263 StGB sollten nicht einfach durch eine hochproblematische Vorverlagerung des Vermögensschutzes unterlaufen werden.

Nach Ansicht des Gesetzgebers soll § 265c StGB weiterhin in Tatmehrheit zu § 263 StGB stehen können, da er mit der Integrität des Sports ein andere Schutzrichtung habe (BT-Drs. 18/8831, 15). Damit bleibt die Diskussion um den Nachweis eines Schadens ohnehin weiterhin relevant. Insgesamt scheint es wenig glücklich, dass der Gesetzgeber einen als vermögensschützend gedachten Tatbestand systemwidrig als Korruptionsdelikt ausgestaltet hat.

IV. Vertrauen in das Funktionieren des Wertpapierhandels, § 119 WpHG

1. Allgemeines

a) Entwicklung

- Das WpHG existiert seit 1994. Insidergeschäfte wurden zuvor nicht strafrechtlich geahndet, vielmehr wurde eine Selbstverpflichtung der Insider initiiert.
- Das Verbot der Marktmanipulation besteht hingegen im Kern bereits seit 1884.
- Die bisherige Ausgestaltung ergab sich aus der Umsetzung einiger EG-Richtlinien. Veränderungen sind zudem darauf zurückzuführen, dass die Börse z.B. durch den „Neuen Markt“ eine andere Aufmerksamkeit erhielt.
- Eine große Umgestaltung des Insider- und Marktmanipulationsverbots erfolgte durch das am 2.7.2016 in Kraft getretene **1. Finanzmarktnovellierungsgesetz (1. FiMaNoG)**: Hintergrund ist eine veränderte unionsrechtliche Lage: Mit dem Erlass der Marktmissbrauchsverordnung (*market abuse directive*, kurz: MAR) – VO (EU) Nr. 596/2014 – schuf die EU *unmittelbar anwendbares Unionsrecht* (im Unterschied dazu bedürfen Richtlinien grundsätzlich einer nationalen Umsetzung, vgl. dazu Art. 288 II, III AEUV). Daneben wurde die RL 2014/57/EU über *strafrechtliche Sanktionen* bei Marktmanipulation erlassen. Diese Richtlinie bedurfte der Umsetzung in nationales Recht. Es besteht also inzwischen folgende Ausgangslage: Nach wie vor enthält das WpHG verschiedene Straf- und Bußgeldtatbestände. In Bezug auf das Insider- und Marktmanipulationsverbot wird aber nunmehr inhaltlich unmittelbar auf die MAR

verwiesen. Aus diesem Grund wurden auch zahlreiche der bisherigen Vorschriften des WpHG überflüssig.

- Das **2. FiMaNoG** vom 23.6.2017, das zu großen Teilen zum 3.1.2018 in Kraft trat, brachte für das hier interessierende Insider- und Marktmanipulationsstrafrecht eher marginale Änderungen (vgl. *Park/Hilgendorf/Kusche* 3. Teil Kap. 5.5 Rn. 101 für das Insiderstrafrecht und *Park/Sorgenfrei/Saliger* 3. Teil Kap. 6 Rn. 373 zur Marktmanipulation). Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die Tatbestände redaktionell geändert und an die neue Nummerierung des WpHG angepasst wurden. Für die hier interessierenden Tatbestände ergibt sich Folgendes:
 - § 38 III WpHG a.F. entspricht nun § 119 III WpHG n.F. (Insiderhandel)
 - § 38 I Nr. 2 WpHG a.F. entspricht nun § 119 I WpHG n.F. (Marktmanipulation als Straftat)
 - § 39 III d Nr. 2 WpHG a.F. entspricht nun § 120 XV Nr. 2 WpHG n.F. (Marktmanipulation als Ordnungswidrigkeit)

b) WpHG enthält klassisches Blankettstrafrecht:

Auch in der aktuellen Fassung enthält das WpHG Blankettstrafrecht. Soweit unmittelbar auf Unionsrecht Bezug genommen wird, kann man von Blankettstrafrecht im engeren Sinne sprechen, da insofern auf Bestimmungen einer anderen Rechtsetzungsinstanz verwiesen wird. Die Verweisungstechnik macht die Vorschriften extrem

komplex. Erschwerend kommt hinzu, dass sich der Gesetzgeber auch darüber hinaus kaum um eine übersichtliche Regelung bemüht hat: So enthält die Bußgeldvorschrift des § 120 WpHG 28 Absätze, davon ist etwa Abs. 8 noch einmal in 137 Nummern unterteilt.

c) Strafbarkeitslücke infolge des 1. FiMaNoG?

- Problematisch ist, ob durch die Neuregulungen des 1. FiMaNoG eine Strafbarkeitslücke entstanden ist. Die §§ 38 III und 38 I Nr. 2, 39 III d Nr. 2 WpHG a.F. (Insiderstraftaten und strafbare Marktmanipulation = §§ 119 III und 119 I, 120 XV Nr. 2 WpHG n.F.) verwiesen als Blanketttatbestände nämlich auf die Art. 14 bzw. 15 MAR. Diese Artikel sind jedoch erst am **3.7.2016 in Kraft getreten** (Art. 39 II MAR), also **einen Tag später** als die durch das 1. FiMaNoG umgestalteten §§ 38, 39 WpHG a.F. (KK 320). Daher wird von einem Teil der Literatur angenommen, dass die §§ 38, 39 WpHG a.F. am 2.7.2016 *mangels Ausfüllungsnorm keine wirksame Strafbarkeit begründen* konnten (Rothenfuß/Jäger NJW 2016, 2689; Bülte/Müller NZG 2017, 205). Die am 2.7. begangenen Taten könnten dann wegen Art. 103 II GG nicht verfolgt werden. Darüber hinaus dürften wegen des **lex-mitior-Grundsatzes (§ 2 III StGB)** aber auch sämtliche zuvor begangenen Taten nicht mehr bestraft werden. Die Folge wäre also eine umfassende (unbeabsichtigte) Amnestie. Zur Begründung dieser Ansicht wird insbesondere der Wortlaut des § 38 III bzw. der §§ 38 I, 39 III d Nr. 2 WpHG a.F. herangezogen: Diese erforderten einen *Verstoß* gegen die MAR, ein solcher Verstoß könne aber nur angenommen werden, wenn die entsprechenden Vorschriften gültig seien.

- BGH und BVerfG gehen dagegen nicht von einer entstandenen Strafbarkeitslücke aus (BGH NJW 2017, 966; BVerfG NJW 2018, 3091). Der spätere Geltungszeitpunkt einiger Normen der MAR habe den Sinn, den Mitgliedstaaten ausreichend Zeit zu geben, sich auf ihre Umsetzung und Anwendbarkeit vorbereiten zu können. Daraus ergebe sich **aber kein Verbot, die Vorschriften schon früher anzuwenden**. Indem der Gesetzgeber auf die MAR verweise, seien die entsprechenden Normen im Inland schon früher anwendbar geworden. Daher könne auch gegen sie verstoßen werden.
- Noch vor dem Urteil des BVerfG hat der Gesetzgeber zudem § 137 WpHG (= § 52 WpHG a.F.) eingefügt. Danach ist der **lex-mitior-Grundsatz** auf vor dem 2.7.2016 begangene Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nach dem WpHG **nicht anwendbar**. Der Täter ist dann also nicht nach dem mildesten Gesetz zu verurteilen, sondern nach dem, das zur Zeit der Tatbegehung gegolten hat. Eine solche einfachgesetzliche Korrektur ist nach h.M. zulässig. Insbesondere steht Art. 103 II GG dem nicht entgegen. Der Bestimmtheitsgrundsatz fordert nämlich nur, dass *im Zeitpunkt der Begehung der Tat* die Strafbarkeit ersichtlich ist, sie verlangt aber nicht, dass die Strafnorm *bis zum Zeitpunkt der Aburteilung* gültig bleibt (BVerfG NJW 1990, 1103). Beachtet werden muss aber, dass das „Reparaturgesetz“ nicht für Taten gelten kann, die am 2.7.2016 selbst begangen wurden. Denn bejaht man eine Strafbarkeitslücke, war an diesem Tag, d.h. bereits zum Zeitpunkt der Tatbegehung, keine Strafbarkeit bestimmt. Hier steht Art. 103 II GG einer rückwirkenden Begründung der Strafbarkeit entgegen.

2. Rechtsgut

- **h.M.:** Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts und das Vertrauen der Anleger in die dortige Preisbildung

- **MM. 1:** allein das Vermögen der Anleger
- **MM. 2:** Kombination der beiden vorherigen Meinungen

3. Strafbare Insiderhandlungen, § 119 III WpHG (i.V.m. Art. 14 MAR)

a) Allgemeines

Bei der Strafvorschrift des § 119 III WpHG (mit seinen Varianten) handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Für die Deliktvollendung muss demnach die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes nicht beeinträchtigt bzw. ein Anlegervermögensschaden nicht eingetreten sein.

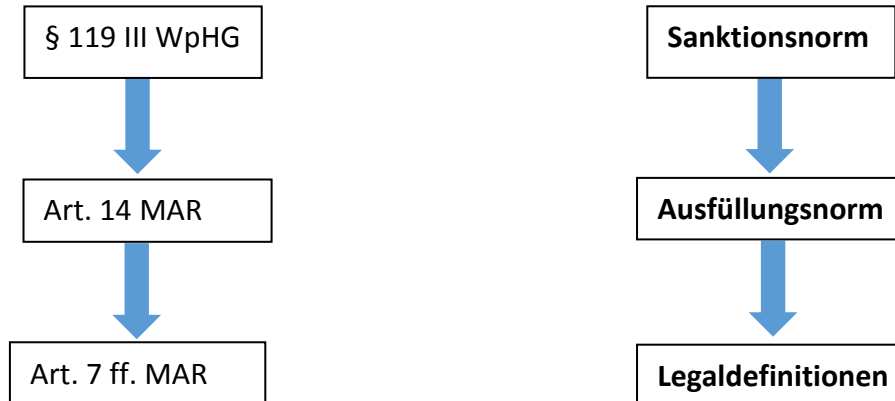
Die Vorschrift regelt die Strafbarkeit *vorsätzlicher* Verstöße gegen Art. 14 MAR. Die früher vorgesehene Strafbarkeit des *leichtfertigen* Insiderhandels (§ 38 I Nr. 1, IV WpHG a.F.) ist entfallen.

Art. 14 MAR verbietet drei unterschiedliche Handlungen, die jeweils von § 119 III WpHG erfasst werden:

- **das Tätigen von Insidergeschäften und der Versuch hierzu,**
- **Dritten zu empfehlen oder Dritte dazu zu verleiten, Insidergeschäfte zu tätigen, oder**
- **die unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen.**

In Bezug auf die Strafbarkeit differenziert § 119 III WpHG *nicht mehr zwischen sog. Primär- und Sekundärinsidern*. Daher ist nun auch die Empfehlung und Anstiftung anderer zu Insidergeschäften sowie die unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen für Sekundärinsider strafbar (früher nur OWi).

b) Normenstruktur (strafbare Insiderhandlungen)



c) Relevante Grundbegriffe

Für sämtliche Varianten der strafbaren Insiderhandlungen stellt sich die Frage, wer überhaupt als *Insider* anzusehen ist (tauglicher Täter) und was unter *Insiderinformationen* zu verstehen ist. Aufgrund dieser Relevanz für alle Tathandlungen werden diese Begriffe hier vorab behandelt.

aa) Begriff des Insiders

Nach der alten Rechtslage kam der Differenzierung zwischen sog. *Primärinsidern*, die ihre Kenntnis aufgrund ihrer Funktion kraft Organstellung, Beteiligung am Kapital, aufgrund ihres Berufs oder deliktisch erlangt haben (siehe § 38 I Nr. 2 WpHG a.F.), und *Sekundärinsidern*, die auf sonstige Weise Insiderinformationen erlangt haben, wichtige Bedeutung zu. Bei bestimmten Handlungen hing davon die Einstufung als Straftat oder Ordnungswidrigkeit ab. Diese Differenzierung ist nun für die Frage der Strafbarkeit *bedeutungslos* geworden, denn § 119 III WpHG n.F. sieht *keine diesbezügliche Unterscheidung mehr vor* (siehe auch bereits KK 324).

Die MAR benennt zwar in Art. 8 IV nach wie vor ausdrücklich bestimmte Personengruppen, die den klassischen Primärinsidertypen entsprechen (Erlangung der Insiderinformation als Mitglied von Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorganen; Erlangung aufgrund von Kapitalbeteiligung, durch Berufsausübung oder durch kriminelle Handlung). Art. 8 IV UAbs. 2 (= Unterabsatz) stellt aber klar, dass die Vorschrift auch für *Sekundärinsider* gilt („Dieser Artikel gilt auch für jede Person, die Insiderinformationen unter anderen Umständen als nach Unterabsatz 1 besitzt und weiß oder wissen müsste, dass es sich dabei um Insiderinformationen handelt“).

bb) Insiderinformationen

Eine allgemeine Definition von Insiderinformationen enthält Art. 7 I a) MAR. Insiderinformationen meinen danach „nicht öffentlich bekannte präzise Informationen, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würde, ge-

eignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs damit verbundener derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen“. Speziellere Definitionen gibt es daneben noch für Insiderinformationen in Bezug auf Warenderivate (Art. 7 I b)) sowie in Bezug auf Emissionszertifikate (Art. 7 c)), die allerdings für die Vorlesung nicht weiter relevant sind.

Wichtig ist, dass es sich insbesondere um **präzise** Informationen handeln muss. Eine Definition hierzu enthält wiederum Art. 7 II MAR: Die Informationen müssen sich danach auf gegebene oder künftige Umstände bzw. Ereignisse beziehen und darüber hinaus einen Schluss auf mögliche Kursauswirkungen zulassen. Künftige Umstände bzw. Ereignisse sind nur dann erfasst, wenn deren Eintritt vernünftigerweise erwartet werden kann.

Weiterhin müssen die Informationen eine Eignung zur **erheblichen Kursbeeinflussung** aufweisen. Dies ist dann der Fall, wenn ein verständiger Anleger die Information wahrscheinlich als Teil der Grundlage seiner Anlageentscheidungen nutzen würde (Art. 7 IV MAR).

Beispiele für Insiderinformationen sind etwa (*von der Linden* DStR 2016, 1036, 1037): Die Veräußerung von Kerngeschäftsfeldern, bedeutsame Kapital- und Strukturmaßnahmen oder personelle Veränderungen in Schlüsselpositionen.

Umgekehrt dürften bloße Gerüchte, Meinungen ohne Tatsachekern und bloße Rechtsauffassungen ausgeschlossen sein.

d) Verbotene Insidergeschäfte (§ 119 III Nr. 1 WpHG)

aa) Insidergeschäft

Gemäß § 119 III Nr. 1 WpHG macht sich strafbar, wer entgegen Art. 14 a) der MAR ein Insidergeschäft tätigt.

Die Ausfüllungsnorm des Art. 14 a) der Verordnung besagt zunächst lediglich, dass das „Tätigen von Insidergeschäften und der Versuch hierzu“ verboten seien. Klärungsbedürftig ist somit, was unter Insidergeschäften zu verstehen ist. Eine Definition hierzu enthält Art. 8 I MAR: Ein Insidergeschäft liegt danach vor, wenn eine Person unter Nutzung einer Insiderinformation Finanzinstrumente für eigene oder fremde Rechnung direkt oder indirekt erwirbt oder veräußert. Gem. Art. 8 I 2 MAR kann zudem auch die Stornierung oder Änderung eines Auftrages in Bezug auf ein Finanzinstrument ein Insidergeschäft darstellen (näher dazu *von der Linden* DStR 2016, 1036, 1037).

Die Nutzung einer Insiderinformation für ein Geschäft wird grundsätzlich – siehe aber nachfolgend bb) – unterstellt, wenn der Betroffene Kenntnis von der Information hatte (siehe Erwägungsgrund Nr. 24 S. 1 MAR). Verteidigungsrechte des Betroffenen bleiben davon unberührt.

bb) Legitime Handlungen

Vor dem Hintergrund, dass die Nutzung einer Insiderinformation bei deren Kenntnis im Ausgangspunkt unterstellt wird, benennt Art. 9 MAR bestimmte legitime Handlungen, in denen diese Vermutung ausnahmsweise

nicht eingreift. Nähere Details dazu sind für die Vorlesung nicht erforderlich (dazu etwa *Poelzig* NZG 2016, 528, 532 f.).

cc) Subjektiver Tatbestand

Nach allgemeinen Grundsätzen ist Vorsatz erforderlich. Handelt der Täter ohne Vorsatz, aber leichtfertig, erfüllt er nur eine Ordnungswidrigkeit (§ 120 XIV WpHG; gilt für alle Varianten des § 119 III WpHG).

dd) Versuchsstrafbarkeit

Nicht ganz klar ist, wie die Frage der Versuchsstrafbarkeit zu beantworten ist: Nach dem Wortlaut von Art. 14 a) MAR (auf den § 119 III Nr. 1 WpHG verweist), ist das „Tätigen von Insidergeschäften und der Versuch hierzu“ verboten. Danach scheint es sich dabei (i.V.m. § 119 III Nr. 1 WpHG) auf den ersten Blick um eine Art Unternehmensdelikt zu handeln, bei dem der Versuch bereits tatbestandlich erfasst wird. Allerdings ordnet § 119 IV WpHG für alle Fälle des § 119 III WpHG nochmals ausdrücklich die Versuchsstrafbarkeit an (was eigentlich nicht nötig wäre, wenn man die Vorschrift im erstgenannten Sinne interpretieren würde).

e) Empfehlung oder Anstiftung zu Insidergeschäften (§ 119 III Nr. 2 WpHG)

aa) Tatbestand

Gemäß § 119 III Nr. 2 WpHG macht sich strafbar, wer entgegen Art. 14 b) MAR einem Dritten das Tätigen eines Insidergeschäfts empfiehlt, oder einen Dritten zu einem solchen verleitet. Insofern handelt es sich bei § 119 III Nr. 2 WpHG letztlich um eine sprachliche Verdoppelung von Art. 14 b) MAR, denn auch dieser Artikel verbietet (ohne nähere Präzisierung) das Empfehlen von Insidergeschäften bzw. die Verleitung dazu.

Eine gewisse Konkretisierung nimmt allerdings Art. 8 II MAR vor: Eine Empfehlung bzw. Verleitung zu einem Insidergeschäft liegt danach u.a. vor, wenn eine Person über eine Insiderinformation verfügt und auf Grundlage dieser Information einem Dritten empfiehlt, Finanzinstrumente, auf die sich die Informationen beziehen, zu erwerben oder zu veräußern, bzw. den Dritten zum einem Erwerb oder zu einer Veräußerung verleitet (Art. 8 II a) MAR).

Die Tatbestandsmerkmale empfehlen bzw. verleiten werden hier allerdings nicht weiter präzisiert. „Empfehlen“ ist das Abgeben einer rechtlich unverbindlichen einseitigen Erklärung, die den Erwerb oder die Veräußerung als vorteilhaft bezeichnet und mit der der Willen des Empfehlungsadressaten in Richtung Vornahme des Geschäftes beeinflusst werden soll. Auf sonstige Weise verleiten meinte die Einwirkung auf den Willen des Adressaten mit beliebigen Mitteln.

In subjektiver Hinsicht ist nach allgemeinen Grundsätzen Vorsatz erforderlich.

bb) Fall zum sog. Tipping – Sachverhalt (angelehnt an *Hellmann Wirtschaftsstrafrecht Fall 3 und 4*)

Die an der Börse gelistete G-AG verhandelt, vertreten durch ihren Vorstand V, mit der hoch ertragreichen X-GmbH über einen Kauf derselben. Die geheim geführten Verhandlungen werden durch ein ebenfalls geheimes Kaufangebot durch V am 7. Februar gekrönt. Am selben Tag gibt V seiner Freundin F den Rat, Aktien der G-AG zu kaufen, „das werde sich schon lohnen“. Am 9. Februar ordert F 10.000 Aktien zu einem Kurs von 15 €. Die Sparkasse führt die Order über ihren Broker an der Börse aus. Am 10. Februar gibt die G-AG eine Ad-hoc-Meldung über den nunmehr perfekten Kauf der X-GmbH heraus. Der Börsenkurs der G-AG verdoppelt sich noch am selben Tag auf 30 €. Die F hat somit binnen eines Tages den Börsenwert ihrer Aktien verdoppelt und hat einen Buchgewinn von 150.000 € erzielt.

Strafbarkeit von V und F nach dem WpHG?

cc) Fall zum sog. Tipping – Lösungshinweise

Strafbarkeit des V gem. § 119 III Nr. 2 WpHG i.V.m. Art. 14 b) MAR

- V ist **tauglicher Täter**: Er ist als Mitglied des Vorstands sog. Primärinsider im Sinne von Art. 8 IV UAbs. 1 a) MAR. Für eine Strafbarkeit wäre nunmehr im Übrigen aber auch die Charakterisierung als sog. Sekundärinsider ausreichend (vgl. Art. 8 IV UAbs. 2 MAR).

- Bei dem Kaufangebot handelt es sich um eine **Insidertatsache**. Es handelt sich dabei nämlich um eine nicht öffentlich bekannte präzise Information, die zu einer Kursbeeinflussung geeignet ist (vgl. Art. 7 I a), II MAR). Ein Indiz für die Kurserheblichkeit ergibt sich auch daraus, dass der Aktienkurs nach Abgabe der Ad-hoc-Meldung stark angestiegen ist.
 - V hat der F auch **empfohlen, ein Insidergeschäft zu tätigen**. Er hat ihr nämlich auf der Grundlage einer Insiderinformation den Rat gegeben, Aktien (und somit Finanzinstrumente im Sinne der MAR) zu erwerben, vgl. Art. 8 II a) MAR. Eine Preisgabe der Insiderinformation ist dafür nicht erforderlich.
 - Schließlich handelte V auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft. Anhaltspunkte für einen Irrtum liegen nicht vor.
- V hat sich gem. § 119 III Nr. 2 WpHG i.V.m. Art. 14 b) MAR strafbar gemacht.

Strafbarkeit der F gem. § 119 III Nr. 1 WpHG i.V.m. Art. 14 a) MAR

- Durch den Erwerb der Aktien könnte F ein verbotenes **Insidergeschäft** getätigt haben. Ein solches liegt gem. Art. 8 I MAR vor, wenn eine Person über eine Insiderinformation verfügt und unter Nutzung dieser Information Finanzinstrumente für eigene oder fremde Rechnung direkt oder indirekt erwirbt oder veräußert.

- Voraussetzung wäre dafür grundsätzlich, dass F über eine **Insiderinformation** verfügte. Allerdings hatte F keine Kenntnis von dem Kaufangebot; sie erhielt lediglich den Hinweis, dass sich ein Kauf „lohnen werde“. Dabei handelt es sich nicht um eine *präzise Information* i.S.v. Art. 7 I a), II MAR, da insofern nicht auf einen konkreten gegebenen oder künftigen Umstand (bzw. ein Ereignis) Bezug genommen wird. F verfügte somit nicht über eine Insiderinformation.
 - Eine Strafbarkeit wegen eines Insidergeschäfts kommt allerdings auch dann in Betracht, wenn der Betroffene keine (persönliche) Kenntnis von einer Insiderinformation hat: Gem. Art. 8 III MAR erfüllt die **Nutzung einer Empfehlung** (eine Empfehlung erfolgte – wie gesehen – durch V) ebenfalls den Tatbestand des Insidergeschäfts, sofern der Nutzende *weiß oder wissen sollte, dass diese auf einer Insiderinformation beruht*. Diese Voraussetzung lässt sich vorwiegend wohl bejahen: F wusste, dass ihr Freund V Mitglied des Vorstands der G-AG ist. Sie musste daher davon ausgehen, dass eine Kaufempfehlung von Aktien auf einer Insiderinformation beruht. Sie tätigte daher ein Insidergeschäfts gem. Art. 14 a), Art. 8 III MAR.
 - F handelte zudem vorsätzlich (es lässt sich wohl jedenfalls bedingter Vorsatz bejahen), rechtswidrig und schuldhaft.
- F hat sich somit gem. § 119 III Nr. 1 WpHG i.V.m. Art. 14 a) MAR (Tätigen eines Insidergeschäfts) strafbar gemacht.

f) Unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen (§ 119 III Nr. 3 WpHG)

aa) Objektiver Tatbestand

§ 119 III Nr. 3 WpHG verweist auf Art. 14 c) MAR. Verboten ist danach die *unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen*. Eine Konkretisierung dieser Tathandlung enthält wiederum Art. 10 MAR.

Taugliche Täter sind sowohl Primär- als auch Sekundärinsider (vgl. Art. 10 I UAbs. 2 i.Vm. Art. 8 IV MAR).

Tathandlung: Gem. Art. 10 I UAbs. 1 MAR liegt eine **unrechtmäßige Offenlegung** grundsätzlich immer dann vor, wenn eine Person über eine Insiderinformationen verfügt und diese Information gegenüber einer anderen Person offenlegt. Etwas anderes gilt nur dann („es sei denn“), wenn die Offenlegung im Zuge der normalen Ausübung einer Beschäftigung oder eines Berufs, oder der normalen Erfüllung von Aufgaben erfolgt.

Zur alten Rechtslage hatte der EuGH (einschränkend) entschieden, dass eine rechtmäßige Offenlegung einen *engen Zusammenhang* mit der beruflichen Tätigkeit voraussetzt und die Weitergabe der Information außerdem zur Aufgabenerfüllung *unerlässlich* sein und den *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* beachten müsse (EuGH NZG 2006, 60, 61). Noch nicht abschließend geklärt ist, ob diese einschränkende Auslegung auch auf die gegenwärtige Rechtslage anzuwenden ist. Es liegen jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der europäische Gesetzgeber bewusst von der Auslegung des EuGH abweichen wollte (*Poelzig* NZG 2016, 528, 534).

Ebenso wie bereits bei der alten Rechtslage ist die Unrechtmäßigkeit der Offenbarung immer dann zu verneinen, wenn ein entsprechendes gesetzliches Gebot besteht (man denke etwa an die Ad-hoc-Publizität, siehe dazu den nachfolgenden Exkurs unter 4.; zu weiteren Bsp. s. *Hellmann* Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 66 ff.).

bb) Subjektiver Tatbestand:

In subjektiver Hinsicht verlangt der Tatbestand nach allgemeinen Grundsätzen Vorsatz.

4. Exkurs: Ad-hoc-Publizität

Das geltende Recht sieht an verschiedenen Stellen Information- bzw. Offenlegungspflichten gegenüber dem Kapitalmarkt vor (man denke z.B. an die Pflicht von Kapitalgesellschaften zur Offenlegung von Jahresabschlüssen und Lageberichten gem. § 325 HGB).

An dieser Stelle soll speziell ein kurzer Blick auf die sog. **Ad-hoc-Publizität** geworfen werden. Hierbei handelt es sich um eine nunmehr in Art. 17 MAR (früher § 15 WpHG a.F.) geregelte Pflicht zur **Veröffentlichung von Insiderinformationen**. Hierdurch soll Markttransparenz geschaffen und der Informationsvorsprung der Insider abgebaut werden. Schließlich soll durch die Bekanntgabepflicht auch Insidergeschäften vorgebeugt werden (Erwägungsgrund Nr. 49 MAR).

Gemäß Art. 17 I MAR sind Emittenten verpflichtet, Insiderinformationen – sofern diese den Emittenten unmittelbar betreffen – „unverzüglich“ der Öffentlichkeit bekannt zu geben. Die genannte Vorschrift enthält zudem gewisse Mindestvoraussetzungen hinsichtlich der Art und Weise der Veröffentlichung (so müssen die Emittenten u.a. die Insiderinformationen für einen Zeitraum von 5 Jahren auf ihrer Website veröffentlichen).

Zur Bestimmung des Merkmals „unverzüglich“ kann nicht auf die Definition in § 121 I 1 BGB abgestellt werden, da Begriffe des Unionsrechts autonom auszulegen sind. Das Unionsrecht kennt kein Verschuldenselement,

wie es nach deutschem Verständnis erforderlich wäre (vgl. § 121 I 1 BGB). Dem Emittenten ist aber eine gewisse Zeit zur Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen der Ad-hoc-Pflicht zuzugestehen (Baumbach/Hopt/*Kumpan*, HGB, 38. Aufl. 2018, VO (EU) Nr. 596/2014 Art. 17 Rn. 6). Unter gewissen Voraussetzungen kann die Offenlegung von Insiderinformationen auf eigene Verantwortung aufgeschoben werden (Art. 17 V MAR).

Ergänzend zu Art. 17 MAR regelt § 26 I WpHG unter anderem, dass Insiderinformationen vor der Veröffentlichung (gem. Art. 17 MAR) der BaFin sowie den Geschäftsführern der Handelsplätze, an denen die Emittenten zum Handel zugelassen sind, mitzuteilen sind.

Schlagwörter zur Wiederholung

- I. Charakteristika und Kritik des Geschäftsherrenmodells
- II. Der Schutz ausländischen Wettbewerbs über § 299 StGB
- III. Legitimatorische Bedenken des § 265c StGB
- IV. Normenstruktur strafbarer Insiderhandlungen
- V. Was versteht man unter Ad-hoc-Publizität?

Literatur- und Rechtsprechungshinweise:

Zu § 299 I Nr. 1, II Nr. 1 StGB:

Wittig § 26

BGH NJW 2012, 2530

Zu § 299 I Nr. 2, II Nr. 2 StGB (Geschäftsherrenmodell):

Dann NJW 2016, 203

Grützner/Helms/Momsen ZIS 2018, 299

Schünemann ZRP 2015, 68

Zum Sportwettbetrug:

Krack ZIS 2016, 540

Rübenstahl JR 2017, 264

Satzger Jura 2016, 1142

Zur neuen Rechtslage des strafbaren Insiderhandels:

Hellmann Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 27–76

Zur Rechtslage vor dem 2. FiMaNoG [im Wesentlichen noch relevant, zur Umnummerierung der Tatbestände s. KK 321]:

Poelzig NZG 2016, 528

von der Linden DStR 2016, 1036

Wittig § 30

Zur Frage einer Strafbarkeitslücke im Zuge des 1. FiMaNoG:

BGH NJW 2017, 966 und BVerfG NJW 2018, 3091

Rothenfuß/Jäger NJW 2016, 2689

Bülte/Müller NZG 2017, 205