

§ 11: Vertrauensrechtsgüter

IV. Vertrauen in das Funktionieren des Wertpapierhandels § 38 WpHG

1. Allgemeines

a) WpHG besteht 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 gesetzliche Ausgestaltung ergibt 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.

b) WpHG enthält klassisches Blankettstrafrecht:

- § 39 WpHG enthält Ordnungswidrigkeiten, welche einzelne verbotene Handlungen der §§ 14 und 20a WpHG beschreiben. Diese werden zu Straftaten gem. § 38 WpHG, wenn Primärsider handeln oder wenn der Börsen- oder Marktpreis manipuliert wird.

KK 247

2. Rechtsgut

- h.M.:** Die 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.

KK 248

3. Strafbare Insidergeschäfte, § 38 I Nr. 1, 2 WpHG

a) Beispiele

Franz Steinkühler, ehemaliger Vorsitzender der IG-Metall, hatte als Mitglied des Aufsichtsrates der Daimler-Benz AG Kenntnis davon, dass Mercedes-Aktien in Daimler-Aktien umgewandelt werden sollen. Dieses Wissen soll er an Freunde und Verwandte weitergegeben haben und diese so zum Kauf der im Wert später wesentlich ansteigenden Aktie bewegt haben.

Die ehemaligen Vorstandsmitglieder des EADS-Konzerns Thomas Enders und Noël Forgeard und weitere 21 Manager bei EADS und der Flugzeugtochter Airbus sowie insgesamt 1200 Eingeweihte sollen von den Problemen des Konzerns gewusst haben, bevor diese öffentlich gemacht wurden. Dieses Wissen sollen die Personen genutzt und ca. 10 Mill. eigene Aktien rechtzeitig verkauft haben, um so die eigenen Verluste möglichst gering zu halten.

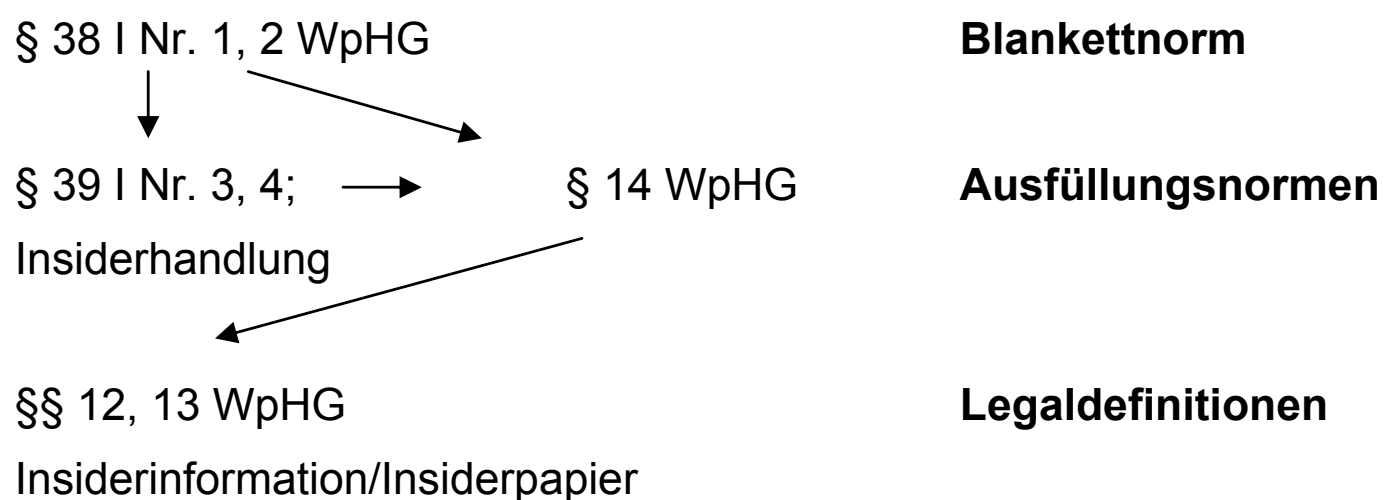
b) Allgemeines

Bei der Strafvorschrift des § 38 I Nr. 1, 2 WpHG handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Eine Rechtsgutsbeeinträchtigung muss demnach für die Deliktvollendung nicht eingetreten sein, so dass die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes nicht beeinträchtigt bzw. ein Anlegervermögensschaden nicht eingetreten sein muss.

Nach h.M. sind die Voraussetzungen der Strafbarkeit auch dann erfüllt, wenn das Insidergeschäft gänzlich ungeeignet ist, das Rechtsgut zu beeinträchtigen, etwa bei dem Kauf nur weniger Insiderpapiere.

KK 249

c) Normenstruktur



Strafrechtliche Prüfungsstufen:

- Insiderinformation
- Insiderpapier
- Insiderhandlung

KK 250

d) Insider:

Es kann entsprechend der früheren gesetzlichen Regelung unterschieden werden zwischen sog. „Primärinsidern“, die ihre Kenntnis aufgrund ihrer Funktion kraft Organstellung, Beteiligung am Kapital, kraft bestimmungsgemäßer Kenntnis oder deliktisch erlangt haben und „Sekundärinsidern“, also solchen mit abgeleitetem Wissen. Inzwischen ist durch die Umsetzung der Marktmissbrauchsrichtlinie die begriffliche Unterscheidung aufgehoben worden. Die Unterscheidung spielt aber nach wie vor für die Strafbarkeit gem. § 38 WpHG eine Rolle. Während § 38 I Nr. 1 den Erwerb oder die Veräußerung von Insiderpapieren für jedermann – also für Primär- und Sekundärinsider – unter Strafe stellt, gilt § 38 I Nr. 2 a) - d) WpHG nur für Primärinsider. Sekundärinsider, die ein Insiderinformation mitteilen, zugänglich machen oder einen Erwerb oder eine Veräußerung empfehlen oder dazu verleiten, begehen lediglich eine Ordnungswidrigkeit (§ 39 II Nr. 2, 3 WpHG).

KK 251

Primärinsidertypen:

aa) Nr. 2 a) – statusbedingt:

Geschäftsführung, Aufsichtsrat, persönlich haftende Gesellschafter des emittierenden Unternehmens oder hiermit verbundener Unternehmen. Nach h.M. muss sich die Kenntnis der Insiderinformation gerade aus dem Status des Insiders ergeben. Außerdienstliche Kenntnisnahme soll nicht ausreichen. Zudem muss sich die Insiderinformation auf das emittierende oder ein hiermit verbundenes Unternehmen beziehen. Eine Information über ein drittes Unternehmen ist für Nr. 2 a) nicht ausreichend.

Nach einer Mindermeinung fallen auch fehlerhaft bestellte Organe unter Nr. 2 a), da dies der Sinn und Zweck der Norm erfordert und der Wortlaut dem nicht entgegensteht.

Die wohl h.A. geht davon aus, dass dies dem Analogieverbot widerspreche und dass solche Personen Primärinsider i.S.d. Nr. 2 c) sind.

bb) Nr. 2 b) – beteiligungsbedingt:

Personen, die unmittelbar (Beteiligung über einen Treuhänder ist nicht ausreichend) am Eigenkapital (Kreditvergabe ist nicht ausreichend) eines Unternehmens beteiligt sind (z.B. Aktionäre, Kommanditisten). Die Kenntnis muss sich aufgrund der Beteiligung ergeben.

KK 252

cc) Nr. 2 c) – beschäftigungsbedingt:

Personen, die bestimmungsgemäß über Insiderinformationen verfügen aufgrund ihres Berufs, ihrer Tätigkeit oder ihrer Aufgabe. Erfasst sind nur entgeltliche, also nicht familiäre oder freundschaftlich motivierte, Beschäftigungen. Bestimmungsgemäß ist nach h.M. eine Erkenntniserlangung, wenn sie notwendig ist für die ordnungsgemäße Erledigung der Beschäftigung, was sich nach der konkreten Art der Beschäftigung beurteilt. Eine a.A. will bereits ein regelmäßiges Einhergehen einer entsprechenden Informationserlangung mit der ausgeübten Beschäftigung genügen lassen.

Personen, die widerrechtlich Informationen erlangen, sind keine Primärinsider i.S.d. Nr. 2 c).

Eine Vertragsbeziehung zum Emittenten ist nicht erforderlich, so dass beispielsweise auch Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter der BaFin Insider i.S.d. Nr. 2 c) sein können.

dd) Nr. 2 d) – deliktisch:

Personen, die auf Grund der Vorbereitung oder Begehung einer Straftat über Insiderinformationen verfügen. Die Person muss Täter oder Teilnehmer einer tatbestandlichen und rechtswidrigen, nicht jedoch schuldhaften Tat sein. Da die Art der Straftat nicht eingeschränkt ist und die Vorbereitung einer Straftat ausreicht, sind beispielsweise auch Terroristen erfasst, die geplante Anschläge für Börsenspekulationen nutzen wollen. Fraglich könnte hier aber der Emittentenbezug der Information gem. § 13 I WpHG sein. Die Planung oder Begehung einer Straftat muss nach wohl h.M. nicht in der Absicht erfolgen, an die Insiderinformation zu gelangen. Ausreichend ist die Informationserlangung bei Gelegenheit. Teilweise wird jedoch gefordert, dass die Straftat die Erlangung der Information bezwecken muss, da sich Nr. 2 d) nur so in die Systematik der sonstigen Varianten der Nr. 2 einfüge.

KK 253

e) Insiderinformation

Eine Insiderinformation ist gem. § 13 I WPHG eine konkrete Information über nicht öffentlich bekannte Umstände, die sich auf einen oder mehrere Emittenten von Insiderpapieren oder auf die Insiderpapiere selbst beziehen und die geeignet sind, im Falle ihres öffentlichen Bekanntwerdens den Börsen- oder Marktpreis der Insiderpapiere erheblich zu beeinflussen. Nach h.M. wirkt dabei eine Bereichsöffentlichkeit, also die Möglichkeit der Kenntnisnahme für eine unbestimmte Zahl von Marktteilnehmern, tatbestandsausschließend. Eine Bewertung, die aufgrund öffentlich bekannter Tatsachen erstellt wurde, ist keine Insiderinformation (§ 13 II WpHG).

Eine Eignung ist gegeben, wenn ein verständiger Anleger die Information bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigen würde. Als Umstände im Sinne des Satzes 1 gelten auch solche, bei denen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass sie in Zukunft eintreten werden. Nach h.M. sind auch Aussagen über unzutreffende Tatsachen, die vom Insider und vom Markt zunächst als wahr behandelt werden, Insiderinformationen.

Ausgeschlossen sind somit Gerüchte, Meinung ohne Tatsachenkern, bloße Rechtsauffassungen. Der Bezug zum Emittenten wird sehr weit verstanden: betriebswirtschaftliche Posten wie Umsatz, Ertrag, Dividendenveränderung, Fusionsangebote oder Marktdaten, die preisbeeinflussend sein können, z.B. neue globale Faktoren oder Steuergesetzgebung, Naturereignisse oder EZB-Entscheidungen.

KK 254

aa) P: Scalping:

Täter erwirbt Aktien in der Absicht, diese zu empfehlen und sie dann nach Steigerung ihres Wertes durch die Empfehlung wieder zu verkaufen.

BGHSt 48, 373: keine Insiderinformation, da einschränkende Auslegung notwendig. Informationen soll ein Drittbezug immanent sein, daher können Absichten keine Informationen sein.

Lit.: Teilweise wird das Vorliegen einer Insiderinformation angenommen, da auch innere Tatsache Informationen sein sollen. Zum Teil wird aber dann der erforderliche Emittenten- bzw. Insiderpapierbezug verneint. Eine a.A. geht zwar grundsätzlich von dem Vorliegen einer Insiderinformation aus, verneint aber die Verwendung einer solchen (§ 14 I Nr. 1 WpHG), da eine Aufspaltung in Insiderinformation (spätere Empfehlung) und darauf beruhendem Kaufentschluss künstlich sei.

Beim klassischen Fall des sog. Frontrunning, bei welchem die Kenntnis über Aufträge von Dritten genutzt wird, um Eigengeschäfte zu tätigen, liegt hingegen ein Insidergeschäft vor.

bb) P: Bestimmung der erheblichen Kursbeeinflussung:

Maßgeblich ist als Tatzeitpunkt die ex ante-Sicht eines durchschnittlichen Anlegers. Immer dann, wenn es sich für den Insider lohnen würde, unter Berücksichtigung der Marktrisiken die Insiderpapiere zu kaufen/verkaufen. Das ist dann der Fall, wenn eine Kursschwankung zu erwarten wäre, auf die andere Anleger erfahrungsgemäß durch Kauf/Verkauf des Wertpapiers reagieren würden. Problematisch ist dann aber wiederum eine prozessuale Nachweisbarkeit der Kursschwankungen.

KK 255

f) Insiderpapiere

Insiderpapier kann gem. § 12 WpHG ein Finanzinstrument i.S.d § 2 II b) WpHG sein, also klassische Fälle wie Aktien, Anteile oder Optionsscheine, aber auch Derivate wie Optionskontrakte oder Börsenterminkontrakte. Erfasst sind gem. § 12 Nr. 3 WpHG auch Finanzinstrumente, deren Preis unmittelbar oder mittelbar von Finanzinstrumenten nach § 12 Nr. 1, 2 WpHG abhängt, auch wenn sie nicht am Markt zugelassen sind.

g) Varianten strafbarer Insiderhandlungen:

aa) Erwerb oder Veräußerung von Insiderpapieren für sich oder andere (§§ 38 I Nr. 1, 14 I Nr. 1 WpHG) unter Verwendung einer Insiderinformation:

- **Tauglicher Täter:** Jedermann
- **Tathandlung:** Erwerb oder Veräußerung bedeutet nach h.M. den Abschluss eines zivilrechtlichen Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäftes. Bei der Beauftragung eines Dritten kommt Anstiftung (Kenntnis des Dritten von der Insiderinformation) oder mittelbare Täterschaft (Unkenntnis des Dritten von der Insiderinformation) in Betracht.

Nicht gegeben bei Unterlassen einer Transaktion infolge Insiderkenntnis, z.B. Stornierung einer Verkaufsoffer, da es hier nicht zu einer Transaktion kommt.

Unter Verwendung einer Insiderinformation: Die Information muss Ursache für den Erwerb oder die Veräußerung der Insiderpapiere sein. Nach h.M. ist Mitursächlichkeit ausreichend, so dass es genügt, wenn die Information eine Grundlage für die Entscheidung über Erwerb oder Veräußerung bildet.

KK 256

Teilweise wird „unter Verwendung“ als subjektives Tatbestandsmerkmal verstanden und gefordert, dass die Information bewusst zur Grundlage über die Erwerbs- oder Veräußerungsentscheidung gemacht wurde. In der Regel führen die beiden Ansichten nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen, sofern man auch bei objektiver Betrachtung eine Mitursächlichkeit ausreichen lässt und bei subjektiver Betrachtung die Motivation zur Entscheidung einfordert. Eine weitere Ansicht lässt hingegen Handeln in Kenntnis der Insiderinformation genügen. Ein Strafbedürfnis besteht aber dann nicht, wenn die Information nicht in die Entscheidungsbildung einfließt, etwa weil diese bereits vor Erlangung der Information abgeschlossen war.

Unter Verwendung ist dann nicht anzunehmen, wenn der Entschluss zum Erwerb oder zur Veräußerung selbst die Insiderinformation darstellt.

- **subjektive Tatseite:**

Vorsatz oder Leichtfertigkeit (Abs. 4) bzgl. der Insiderhandlung und der Insiderinformation:
Für die Annahme eines Vorsatzes ist kein sicheres Wissen um eine Insidertatsache erforderlich, vielmehr reicht es aus, wenn der Täter das Vorliegen einer solchen ernsthaft für möglich hält. Leichtfertigkeit ist gegeben, wenn sich die Verwirklichung des Tatbestandes für den Täter aufdrängt, dieser aber dennoch handelt.

KK 257

bb) Dritten von Insiderinformationen unbefugt Kenntnis verschaffen (§§ 38 I Nr. 2, 39 II Nr. 3, 14 I Nr. 2 WpHG):

- **Tauglicher Täter:** Primärinsider. Ist eine juristische Person Primärinsider i.S.d. §§ 38 I Nr. 2 a) - c), beispielsweise wenn eine AG Kapitalanteile an einem Emittenten hält, so kommt auch eine Strafbarkeit ihrer Organe und Vertreter gem. § 14 StGB in Betracht.
- **Tathandlung:** unbefugte Kenntnisverschaffung. Mitteilen oder Zugänglichmachen der Information. Für die Tatbestandsvariante des Zugänglichmachens ist es unerheblich, ob der Dritte die Zugangsmöglichkeit nutzt oder kennt.

Unbefugt ist Tatbestandsmerkmal. Es liegt nicht vor, wenn die Weitergabe zum normalen Tätigkeitskreis des Insiders gehört, bzw. in der restriktiven Auslegung des EuGH (NZG 2006, 60 [61]) ist die Kenntnisverschaffung nur befugt, wenn die Weitergabe für die Erfüllung der beruflichen Aufgaben unerlässlich ist. Zudem schließt das Bestehen eines gesetzlichen Gebotes die Unbefugtheit aus, z.B. Meldepflicht bei BaFin oder Börse.

- **Subjektive Tatseite:** Vorsatz

KK 258

cc) Sog. „Tipping“:

Empfehlung des Erwerbs oder der Veräußerung von Insiderpapieren oder sonstiges Verleiten hierzu ohne Preisgabe der Insidertatsache (§§ 38 I Nr. 2, 39 II Nr. 4, 14 I Nr. 3 WpHG):

Entspricht einer zur Täterschaft hochstilisierten Anstiftungshandlung bzw. einer mittelbaren Täterschaftshandlung.

- **Tauglicher Täter:** Primärinsider
- **Tathandlung:** Empfehlen: 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 meint die Einwirkung auf den Willen des Adressaten mit beliebigen Mitteln. Für beide Tatbestandsvarianten wird nach h.M. kein Erfolg verlangt, so dass auch der Versuch jemand zu einem Kauf zu bewegen von Nr. 3 erfasst ist.

Die Handlung muss auf der Grundlage der Insiderinformation erfolgen. Diese muss somit kausal sein. Nach h.M. reicht auch hier Mitursächlichkeit aus. Eine a.A. sieht auch in dem Merkmal „auf der Grundlage“ ein subjektives Tatbestandsmerkmal.

- **Subjektive Tatseite:** Vorsatz

KK 259

4. Fall zum Insiderstrafrecht: Variante „Tipping“ – Sachverhalt

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?

KK 260

Exkurs: Publizität gegenüber dem Kapitalmarkt

Zeitphasen:

- Jährlich aktienrechtliche Rechnungslegung.
- Regelpublizität durch obligatorische Zwischenberichte.
- Ad-hoc-Publizität: Ziel der Ad-hoc-Publizität gem. § 15 WpHG ist der Schutz von Gläubigern und Gesellschaftern sowie von potenziellen Anlegern zur Erhöhung der Effizienz des Marktes.

Voraussetzungen/Pflicht zur Ad-hoc-Publizität:

- Eintritt eines neuen Umstandes im Tätigkeitsbereich des Emittenten.
- Neuer Umstand noch nicht öffentlich bekannt.
- Eignung zur erheblichen Beeinflussung des Börsenpreises vom Wertpapier.

KK 261

a) **Strafbarkeit des V gem. § 38 I Nr. 2 a) i.V.m. §§ 39 II Nr. 4 WpHG, 14 I Nr. 3 WpHG**

V ist aufgrund seiner Organstellung gem. § 38 I Nr. 2 a) WpHG Primärinsider, nach der früheren Terminologie. Das Kaufangebot ist eine Insidertatsache, da geheim und geeignet, den Kurs der Aktie erheblich zu beeinflussen. Dies wird nahezu unwiderlegbar durch den späteren Anstieg zu vermuten sein. Damit werden die Aktien der G-AG zum Insiderpapier. Diese hat V der F empfohlen, ohne sein Insiderwissen direkt zu offenbaren. V hatte auch Vorsatz, F zum Erwerb der Aktien zu bewegen.

V ist daher gem. § 38 I Nr. 2 a) i.V.m. §§ 39 II Nr. 4 WpHG, 14 I Nr. 3 WpHG zu bestrafen.

b) **Strafbarkeit der F gem. § 38 I Nr. 1 i.V.m. § 14 I Nr. 1 WpHG**

Die F hatte Insiderpapiere erworben. Fraglich ist, ob sie das unter Verwendung einer Insiderinformation tat. Die Empfehlung des V stellt aus Sicht der F keine konkrete Information i.S.d. § 13 I WpHG dar, da sie sich nicht auf konkrete Umstände bezieht.

E.A. sieht bei fehlender Kenntnis von der Insiderinformation bereits den objektiven Tatbestand als nicht verwirklicht an, da die Voraussetzung des Verwendens einen Kausalzusammenhang zwischen der Kenntnis der erlangten Information und dem Erwerb oder der Veräußerung erfordere.

Eine a.A. sieht das Verwenden als einen Teil des subjektiven Tatbestandes und verneint diesen bei mangelnder Kenntnis der konkreten Insiderinformation. Mangels Kenntnis der Insiderinformation kommt auch eine leichtfertige Begehungsweise gem. § 38 IV WpHG hier nicht in Betracht.

Eine Strafbarkeit der F gem. § 38 I Nr. 1 i.V.m. § 14 I Nr. 1 WpHG scheidet daher nach beiden Ansichten aus.

KK 262

5. Fall zum Insiderstrafrecht: Variante mit zwei „Insidern“ – Sachverhalt

Abwandlung:

Im Unterschied zum Ausgangsfall erzählt V seiner Freundin von seinem großen „Coup“ mit der X-GmbH und weist darauf hin, wie positiv sich dies auf die Kursentwicklung auswirken wird, um sie dadurch zum Kauf der Aktien zu veranlassen.

KK 263

a) Strafbarkeit des V gem. § 38 I Nr. 2 a) i.V.m. §§ 39 II Nr. 3, 14 I Nr. 2 WpHG

V hat die Informationen über das Kaufangebot der F mitgeteilt. Dies tat er auch unbefugt, weil er kein Recht zur Offenbarung ihr gegenüber hatte. V hatte auch diesbezüglichen Vorsatz. V ist daher gem. § 38 I Nr. 2 a) i.V.m. §§ 39 II Nr. 3, 14 I Nr. 2 WpHG zu bestrafen.

b) Strafbarkeit des V gem. § 38 I Nr. 2 a) i.V.m. §§ 39 II Nr. 4, 14 I Nr. 3 WpHG

V hat die Informationen über das Kaufangebot der F mitgeteilt. Dies tat er, um die F zum Kauf der Aktien zu verleiten. Nach h.M. ist § 14 I Nr. 3 WpHG auf die Empfehlung oder das Verleiten zum Erwerb- oder zur Veräußerung ohne die Preisgabe der Insiderinformation beschränkt. Eine Strafbarkeit des V gem. § 38 I Nr. 2 a) i.V.m. §§ 39 II Nr. 4, 14 I Nr. 3 WpHG scheidet daher aus.

c) Strafbarkeit der F gem. § 38 I Nr. 1 i.V.m. § 14 I Nr. 1 WpHG

Die F wird durch diese Mitteilung in früherer Terminologie zur Sekundärinsiderin. Mit dem Kauf der Aktien verstieß sie vorsätzlich gegen § 14 I Nr. 1 WpHG. Die Strafbarkeit gem. § 38 I Nr. 1 i.V.m. § 14 I Nr. 1 WpHG liegt daher vor.

d) Strafbarkeit des V gem. § 38 I Nr. 1 i.V.m. § 14 I Nr. 1 WpHG, 26 StGB

V ist auch Anstifter zu der Tat seiner Freundin. Fraglich ist, ob diese Tat nicht auf Konkurrenzebene durch seine eigene Tat verdrängt wird. Das Weitergeben von Informationen ist jedoch nicht notwendig von einem Ausnutzen durch Informationsnehmer begleitet, daher wird aus Klarstellungsgründen die Anwendung von § 52 StGB erwogen.

KK 264

Literaturhinweise zu Insidergeschäften

Achenbach/Ransiek/Schröder Kap. X Abschn. 2

Altenhain: in KölnerKomm-WphG 2007 § 38 Rn. 34-81

Hellmann/Beckemper Rn 29 ff.

Hilgendorf: in Park Kapitalmarktstrafrecht 2. Aufl. 2008 Kap. 3 Teil 3

Müller-Gugenberger/Bieneck/Nack § 69.

Wabnitz/Janovsky/Benner Kap. 7 Rn. 50 ff.