

Kapitalmarktstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Tobias Eggers, Dortmund

LG Düsseldorf, Beschluss vom 17.07.2017 – 18 KLS-130 Js 1/12-2/15 (Scalping)

Problemstellung

Die Strafkammer des LG Düsseldorf hatte im Rahmen ihrer Eröffnungsentscheidung den hinreichenden Verdacht der Strafbarkeit der Angeschuldigten wegen des sog. Scalping zu beurteilen. Mit ihrem Beschluss lehnt die Kammer die Eröffnung des Hauptverfahrens ab, da nach ihrer Ansicht kein hinreichender Tatverdacht aus rechtlichen Gründen besteht.

I. Sachverhalt und Entscheidungsgründe

Im Tatzeitraum von Mai 2010 bis Januar 2011 nahmen die Angeschuldigten selbst oder durch Dritte unter Verwendung von Aliasnamen und falschen Firmenbezeichnungen unangefordert telefonischen Kontakt (sog. Cold-Calling-Verfahren) zu potentiellen Anlegern auf und sprachen Kaufempfehlungen für Aktien aus, ohne auf ihr Eigeninteresse als Inhaber jeweils größerer Aktiedepots hinzuweisen. Auf Veranlassung der Angeschuldigten und mit ihrem Einverständnis bewarben Telefonverkäufer dabei neben außerbörslichen Direktverkäufen die Aktie auch mit inhaltlich irreführenden Angaben intensiv, ohne einen möglichen Totalverlust des Kapitals oder das im Zusammenhang mit Aktiengeschäften bestehende Risiko hinzuweisen. Hierdurch erzeugten die Angeschuldigten künstlich die Nachfrage nach und einen damit korrelierenden Anstieg der Börsenkurse von Aktien. Den angeblich damit ausgelösten Kursanstieg der Aktien nutzen sie anschließend dafür, große Teile ihrer selbst gehaltenen Aktien gewinnbringend zu veräußern.

Gleichzeitig stellte das Unternehmen auf der dgap.de-Website, die als Verbreitungsmedium für die Berichterstattung börsennotierter Unternehmen dient, zur Bewerbung ihrer Wachstums- und Gewinnchancen Unternehmensmittlungen ein, die Vertragsabschlüsse mit namhaften Abnehmern hervorhoben.

1.

Nach Ansicht der Kammer ergäben sich die für die strafrechtliche Beurteilung maßgeblichen Vorschriften aus §§ 38 Abs. 1 Nr. 2, 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG i.V.m. Art. 15, 12 Abs. 2 lit. d) Marktmissbrauchsverordnung (im Folgenden: MAR).¹ Zwar lagen der Anklageschrift noch die Vorschriften der §§ 38 Abs. 2 Nr. 1, 39 Abs. 1 Nr. 2 WpHG a. F. i. V. m. § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG a.F. i.V.m. § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV² zugrunde, diese sind jedoch zwischenzeitlich durch das 1. FiMaNoG³ mit Wirkung zum 2.7.2016 geändert worden. Das LG wendete aufgrund dieser Gesetzesänderung das Meistbegünstigungsprinzip (lex-mitior-Grundsatz) gem. § 2 Abs. 3 StGB an. Nach § 2 Abs. 3 StGB sei das mildeste Gesetz anzuwenden, wenn ein Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert wird. Der nunmehr geltende Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR erfordere zusätzlich, dass

„... anschließend Nutzen aus den Auswirkungen der Stellungnahme auf den Kurs dieses Finanzinstruments gezogen wird, ...“.

Die Kammer erblickte darin eine einschränkende Tatbestandsvoraussetzung und sah in der neuen Regelung aus diesem Grund das anzuwendende mildere Gesetz und eben nicht mehr die noch der Anklageschrift angeführten Normen.

¹ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission.

² Verordnung zur Konkretisierung des Verbotes der Marktmanipulation (Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung – MaKonV) vom 1.3.2005, BGBl. I 2005, S. 515.

³ Erstes Gesetz zur Novellierung der Finanzmarktvorschriften auf Grund Europäischer Rechtsakte (Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz – 1. FiMaNoG) vom 30.6.2016, BGBl. I 2016, S. 1514.

2.

Nach Ansicht der Kammer sei durch die telefonische Anlegerwerbung Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR nicht erfüllt. Danach sei eine Marktmanipulation nur dann gegeben, wenn der Täter für die Abgabe einer Stellungnahme zu einem Finanzinstrument den gelegentlichen oder regelmäßigen Zugang zu den traditionellen oder elektronischen Medien ausnutzt. Das Tatbestandsmerkmal des Medienzugangs erfülle eine Abgrenzungsfunktion, wonach es sich um einen solchen von gewisser Exklusivität handeln müsse,

„...der auch in der modernen Mediengesellschaft nicht jedermann und jederzeit eröffnet ist.“

Darüber hinaus müsse der Begriff des Mediums dahingehend ausgelegt werden, dass

„...eine einzelne Aussage durch das Medium potentiell nahezu gleichzeitig eine Vielzahl von Personen erreichen...“

könne. Die Nutzung des Telefons sei in keiner Weise exklusiv und der Zugang zu einem Telefon begründe nach dem natürlichen Sprachgebrauch keinen Zugang zu Medien.

Darüber hinaus könne in der telefonischen Anlegerwerbung kein Verbreiten i. S. d. Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR gesehen werden. Im Gegensatz zu § 20a Abs. 1 S. 1 WpHG a.F., der das Machen von Angaben voraussetze, könne unter einem Verbreiten nur eine Tätigkeit verstanden werden, die

„...darauf gerichtet ist, eine Information einem größeren Personenkreis, der nach Zahl und Individualität so groß sein muss, dass er für den Täter nicht mehr kontrollierbar ist, zur Kenntnis zu bringen.“

Im Übrigen falle die fragliche Handlung auch nicht unter den Auffangtatbestand des Art. 12 Abs.1 lit. b) MAR, da sich eine Täuschungshandlung mit Preismanipulationswahrscheinlichkeit nicht mehr feststellen lasse.

3.

Auch die Corporate News-Mitteilungen stellen nach Ansicht der Kammer keine Marktmanipulation nach Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR dar. Zum einen seien in rechtlicher Hinsicht solche Fallkonstellationen vom Tatbestand nicht erfasst,

„in denen das mit der abgegebenen Stellungnahme verfolgte Interesse für jeden Empfänger offensichtlich ist und der Interessenkonflikt deshalb gerade nicht verborgen wird.“

Zum anderen lasse sich in tatsächlicher Hinsicht – auch durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens – mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht sicher feststellen, dass die Corporate News-Mitteilungen zu einem zwischenzeitlichen Kursanstieg der beworbenen Aktien geführt habe. Zu dieser Auffassung gelangt die Kammer aufgrund der gerichtsbekanntenen Informationen aus dem in dem sog. IKB-Verfahren (Az. 14 KLS 130 Js 54/07-6/09) eingeholten Gutachten eines Sachverständigen zur Kausalität einer Manipulationshandlung auf den Börsenkurs einer Aktie. Die in diesem Verfahren nach dem Sachverständigengutachten angelegte zweistufige Prüfung⁴ zur Feststellung der Einwirkung einer Unternehmensmeldung auf den Börsenpreis ergebe nach Ansicht der Kammer im hiesigen Verfahren, dass sich ein solcher Einwirkungserfolg im vorliegenden Fall nicht feststellen lasse. Gegen eine Kursrelevanz der Unternehmensmeldungen spreche, dass zeitgleich intensiv telefonisch für den Kauf der Aktie geworben worden sei und dass Meldungen teilweise Wiederholungen früherer Meldungen darstellten.

⁴ Nach dieser Prüfung müsse in einem ersten Schritt das Kursbeeinflussungspotential der Meldung (abstrakt) ermittelt werden. Kriterien dafür seien der Neuigkeitsgehalt der Meldung, die eine gewisse Größe und Glaubwürdigkeit haben müsse und der Überraschungseffekt für die Marktteilnehmer. Dann sei erst im zweiten Schritt die tatsächliche Auswirkung der Unternehmensmeldung auf den Börsenkurs zu prüfen, bei dem das Niveau der mittelstarken Informationseffizienz zu berücksichtigen sei, wonach im Kurs einer Aktie alle relevanten Informationen sofort nach ihrer Veröffentlichung vollständig eingepreist seien.

II. Anmerkung zur Entscheidung

1. Zu den angewendeten Strafvorschriften

Dass der Nichteröffnungsbeschluss des LG keine Referenz zum – viel diskutierten – Beschluss des BGH vom 10.01.2017 (Az. 5 StR 532/16) hergestellt hat, ist beachtlich. In diesem befasst sich der BGH ausführlich mit dem Tatbestand des Scalpings und den dafür relevanten Normen des WpHG bzw. der MAR. Der BGH verneinte darin zudem explizit die von der Literatur angenommene Ahndungslücke⁵ für den Tatbestand des Scalpings am 02.07.2016. Die alten Vorschriften waren am 02.07.2016 bereits außer Kraft. Die neuen Vorschriften verwiesen ab dem 02.07.2016 hingegen als Blankettnormen auf die Vorschriften der MAR. Diese waren jedoch gemäß Art. 39 Abs. 2 MAR erst ab dem 03.07.2016 unmittelbar anwendbar.

Nach Ansicht des BGH bestünden keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, dass die §§ 38, 39 WpHG bereits am 02.07.2016 auf die erst ab 03.07.2016 gültigen Vorschriften der MAR und damit vor ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit Bezug nehmen und sie hierdurch vorab im Inland für anwendbar erklärten.⁶ Deswegen habe am 02.07.2016 keine Straflosigkeit bestanden.⁷

Bejaht man hingegen mit der Literatur das Bestehen einer Ahndungslücke, so hätte das LG vorliegend unter konsequenter Verwendung des Meistbegünstigungsprinzips eigentlich zu einer Straflosigkeit kommen müssen, da diese dann das mildeste Gesetz i.S.v. § 2 Abs. 3 StGB darstellte.⁸

Die Möglichkeit einer Generalamnestie hat die Kammer allerdings vollständig ignoriert. Dies ist insbesondere deswegen bemerkenswert, weil diese Fragestellung derzeit beim BVerfG anhängig ist.

Das LG blendet darüber hinaus § 52 Abs. 1 WpHG n.F. aus, der mit dem zweiten FiMaNoG⁹ am 25.06.2017 in Kraft trat und nach dem, Straftaten gemäß § 38 WpHG, in der bis zum Ablauf des 1.7.2016 geltenden Fassung abweichend von § 2 Abs. 3 StGB nach den zum Zeitpunkt der Tat geltenden Bestimmungen geahndet werden. § 52 WpHG ist als Reaktion auf die möglicherweise bestehende Ahndungslücke in das WpHG aufgenommen worden, um so eine Nichtanwendung des Meistbegünstigungsprinzips zu ermöglichen und eine bestehende Ahndungslücke zu schließen.¹⁰ Anzuwenden wären dann ausschließlich die Normen der alten Fassung.

Da es sich hierin um einen nachträglichen Ausschluss des Meistbegünstigungsgrundsatzes handelt, der aufgrund der sonst gegebenenfalls bestehenden Straffreiheit Auswirkungen auf das Ob der Strafbarkeit hat, kann hierin ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot gem. Art. 103 Abs. 2 GG, §§ 1, 2 StGB liegen, wonach die rückwirkende Anwendung neuen materiellen Rechts zu Lasten des Täters ausgeschlossen und gilt dabei sowohl für die Strafschärfung, als auch für die Strafbegründung.¹¹ Art. 103 Abs. 2 GG richtet sich sowohl an die Legislative, als auch an Exekutive und Judikative.¹² So können auch Gesetze selbst gegen das Rückwirkungsverbot verstoßen. Aber auch die Richter dürfen Gesetze i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG, die zur Zeit der Tat noch nicht in Kraft waren, nicht anwenden.

a) Kein Verstoß von § 52 WpHG gegen Art. 103 Abs. 2 GG

Ein Gesetz verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG, wenn ein Verhalten nachträglich gesetzlich für strafbar erklärt, das im Zeitpunkt der Tathandlung nicht strafbar war.¹³ Vorliegend waren die Tathandlungen zu diesem Zeitpunkt durch die alte Rechtslage bereits strafbewehrt und normiert. § 52 WpHG führt weder zu einer Strafschärfung noch zu einer Strafbegründung, es soll dadurch lediglich, die Verfolgbarkeit der Tat trotz zwischenzeitlicher Ahndungslücke erhalten bleiben.¹⁴ Auch das BVerfG hat in vergleichbaren Fällen in der Vergangenheit einen

⁵ Eggers, WiJ 2017, 49 ff.; Gaede wistra 2017, 41 ff.; Rossi, ZIP 2016, 2437 ff; Rothenfuß/Jäger, NJW 2016, 2689 ff.

⁶ BGH NJW 2017, 966 (967 f.).

⁷ BGH NJW 2017, 966 (967 f.).

⁸ Gaede wistra 2017, 41 (42); Eggers, WiJ 2017, 49 (52); Rothenfuß/Jäger, NJW 2016, 2689 (2690).

⁹ Zweites Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG) vom 23.6.2017, BGBl. I 2017, 1693.

¹⁰ BT-Drucks. 18/10936 S. 218.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 26.2.1969 – 2 BvL 15, 23/68, NJW 1969, 1059 (1061); BVerfG, Beschl. v. 29.11.1989 – 2 BvR 1491, 1492/87, NJW 1990, 1103 (1103).

¹² Remmert in: Maunz/Dürig GG, 81. EL Sep. 2017, Art. 103 Abs. 2 Rn. 123 f.

¹³ Remmert in: Maunz/Dürig GG, 81. EL Sep. 2017, Art. 103 Abs. 2 Rn. 123.

¹⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.09.2008 – 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769 (3770).

Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot mit der Begründung abgelehnt, dass Art. 103 Abs. 2 GG „nichts über die Dauer des Zeitraums, während dessen eine in verfassungsgemäßer Weise für strafbar erklärte Tat verfolgt und durch Verhängung der angedrohten Strafe gehandelt werden darf“. Entscheidend sei also nur über das „von wann an“, nicht jedoch das „wie lange“ der Strafverfolgung.¹⁵ Dies entspreche auch dem Zweck der Vorschrift, nach welchem dem Täter im Zeitpunkt der Handlung bekannt sein muss, dass sein Handeln verboten ist.¹⁶

Dies war vorliegend der Fall, da die fraglichen Tatbestände in § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG a.F. i.V.m. § 4 Abs. 3 Nr. 2 MaKonV normiert waren und im Zeitpunkt der Handlung bereits strafbar waren. Der Schutzzweck greift damit nicht. Die Norm selbst verstößt nicht gegen das Rückwirkungsverbot.

Für den Fall, dass das LG entgegen dieser Auffassung einen entsprechenden Verstoß angenommen hat und deswegen auch weiterhin von der Geltung des Meistbegünstigungsprinzips ausging, wäre es aber nicht zu einer unmittelbaren Nichtanwendung berechtigt gewesen. Gem. Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG sind Richter verpflichtet, alle bestehenden einschlägigen Gesetze bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.¹⁷ Für den Fall, dass sie ein Bundesgesetz für verfassungswidrig halten, ist die Konsequenz nicht die Nichtanwendung, sondern eine Vorlage gem. Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG. Allein dem BVerfG obliegt das Verwerfungsmonopol bzgl. verfassungswidriger Normen.¹⁸

b) Anwendung als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG

Art. 103 Abs. 2 GG verbietet es der Judikative gleichzeitig, ein Gesetz anzuwenden, das zur Zeit der Tat noch nicht in Kraft war.¹⁹ § 52 WpHG war im fraglichen Tatzeitpunkt noch nicht in Kraft. Sofern es sich hierbei um ein Gesetz i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG handelt, war eine Nichtanwendung daher verfassungsrechtlich geboten. Für den Anwendungsbereich für Art. 103 Abs. 2 GG muss das fragliche Gesetz aber eine Strafbarkeit bestimmen, dazu gehören alle Regeln die über das Ob und Wie der Strafbarkeit entscheiden.²⁰ Wie erläutert, handelt es sich bei § 52 WpHG um kein strafbarkeitsbegründendes oder -verschärfendes Gesetz. Art. 103 Abs. 2 GG stand einer Anwendung daher ebenfalls nicht entgegen.

Eine Nichtanwendung durch das LG könnte allerdings unter Beachtung eines Verstoßes gegen Unionsrecht geboten gewesen sein. Der hiermit verbundene Anwendungsvorrang des Unionsrechts gebietet es nationalen Gerichten, im Kollisionsfall ausnahmsweise bundesgesetzliche Vorschriften nicht anzuwenden.²¹ Das Meistbegünstigungsprinzip ist seit 2009 auf europäischer Ebene in Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh normiert. Gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh ist es im Rahmen der Neufassung von §§ 38, 39 WpHG durch den nationalen Gesetzgeber zu berücksichtigen.²² Auch ein Eingriff in den Schutzbereich des *lex-mitior*-Grundsatzes liegt durch dessen Außerkraftsetzung vor.²³ Zwar ist der Wortlaut des Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh, der sich auf mildere Strafen bezieht enger als der des § 2 Abs. 3 StGB, der Zweck der Vorschrift verlangt jedoch eine Ausweitung auf Ahndungslücken.²⁴

Dieser Eingriff bedarf einer hinreichenden Rechtfertigung gem. Art. 52 Abs. 1 S.1, 2 GRCh. Durch die rückwirkende Außerkraftsetzung ist der Wesensgehalt des Grundrechts i.S.v. Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRCh zumindest berührt.²⁵ Dies hat zur Folge, dass die Anforderungen an eine Rechtfertigung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh sehr hoch sind.²⁶ Allein das Vorliegen einer versehentlichen Ahndungslücke wird als drin-

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 18. 9. 2008 - 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769 (3770); BVerfG, Beschl. v. 29.11.1989 - 2 BvR 1491, 1492/87, NJW 1990, 1103 (1103).

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 18. 9. 2008 - 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769 (3770).

¹⁷ Heusch in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke GG, 13. Aufl. 2014, Art. 97 Rn. 35 ff.; Sachs in: Sachs GG, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 119.

¹⁸ Dederer in: Maunz/Dürig GG 81. EL. Sept. 2017, Art. 100 Rn. 20; Degenhart in: Sachs GG, 7. Aufl. 2014, Art. 100 Rn. 2.

¹⁹ Remmert in: Maunz/Dürig GG, 81. EL September 2017, Art. 103 Abs. 2 Rn. 51.

²⁰ Remmert in: Maunz/Dürig GG, 81. EL Sep. 2017, Art. 103 Abs. 2 Rn. 68; Degenhart in: Sachs GG 7. Aufl. 2014, Art. 103 Abs. 2 Rn. 63; BGH NJW 1992, 517; Schmitz in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 14; Jäger in: SK-StGB, 8. Aufl. Dez. 2014, § 2 Rn. 2a; Eser/Hecker in: Schönke/Schröder StGB 29. Aufl. 2014, § 2 Rn. 18.

²¹ Schmidt-Aßmann/Schenk in: Schoch/Schneider/Bier VwGO, 33. EL Juni 2017, Einl. Rn. 110 ff.

²² Gaede wistra 2017, 41 (46 f.); Saliger, WM 2017 Heft 50, 2365 (2367 f.)

²³ Gaede wistra 2017, 41 (47); Saliger, WM 2017 Heft 50, 2365 (2368)

²⁴ Gaede, wistra 2011, 365, 367 f. und ders., wistra 2017, 41 (47 f.); Rothenfuß/Jäger, NJW 2016, 2689, 2694; Sturm, NStZ 2017, 553, 557 ff., 560; A.A. Schützendübel, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, 2012, S. 112 ff.

²⁵ Rossi, ZIP 2016, 2437, (2446).

²⁶ Rossi, ZIP 2016, 2437, (2446).

gender Gemeinwohlgrund wohl kaum Bestand haben.²⁷ Andere Gemeinwohlgründe oder das Erfordernis des Schutzes von Rechten und Freiheiten anderer sind nicht ersichtlich.²⁸

Wäre das LG hier von einem Verstoß gegen Unionsrecht ausgegangen, hätte es die Nichtanwendung von § 52 Abs. 1 WpHG damit ausdrücklich begründen müssen und hätte die Frage dem EuGH gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV zur Entscheidung vorlegen können.

2. Zum Tatbestand des Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR

a) Scalping durch Telefonwerbung

Art. 12 Abs. 2 lit d) MAR verbietet die Ausnutzung des Zugangs zu den traditionellen oder elektronischen Medien durch Abgabe einer Stellungnahme zu einem Finanzinstrument, bei welchem zuvor Positionen eingegangen wurden, um anschließend einen Nutzen aus den Auswirkungen der Stellungnahme auf den Kurs des Finanzinstruments zu ziehen. Die Annahme einer Marktmanipulation scheidet aus, wenn dieser Interessenkonflikt zuvor wirksam offengelegt wurde. Es stellt sich die Frage, ob eine intensive Telefonwerbung von diesem Tatbestand erfasst sein kann. Dabei geht es insbesondere darum, ob Telefone unter den Begriff der Medien i.S.v. Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR fallen. Dies lehnte das LG vorliegend überzeugend ab.

Zwar werden Medien („das Vermittelnde“) alltagssprachlich als Kommunikationsmittel aufgefasst, sodass sich das Telefon unter den reinen Wortlaut subsumieren ließe, systematische Gesichtspunkte könnten jedoch dagegensprechen.

So wird in Art 12 Abs. 1 lit. c) MAR ausdrücklich das Internet in den Begriff der Medien eingeschlossen. Dies lässt vermuten, dass mit dem Begriff grundsätzlich die klassischen Massenmedien gemeint sind. Auch Art. 21 Abs. 1 MAR legt eine Auslegung im Sinne der Massenmedien nahe, indem davon ausgegangen wird, dass Informationen in den Medien „offengelegt“ werden.

Nach Auffassung der Kammer müsse dem Medium sogar ein gewisses Maß an Exklusivität immanent sein. Unter dieser Voraussetzung würden allgemein zugängliche Telefone von vornherein ausscheiden. Ein derartig enges Verständnis des Medienbegriffs ist jedoch mit Blick auf das Internet, welches nahezu jedermann zugänglich ist²⁹ und in Erwägungsgrund 48 den traditionellen Kommunikationskanälen gleichgestellt werden soll, kaum vertretbar.

Das Gericht ist ferner der Ansicht, dass durch das Medium eine „Vielzahl von Personen“ erreicht werden muss. Dies lässt sich zwar dem Wortlaut nicht unmittelbar entnehmen, ein solches Verständnis könnte sich jedoch aus der Existenz und dem Sinn und Zweck des Merkmals des „Zugangs zu den traditionellen oder elektronischen Medien“ ergeben. Es wäre sonst überflüssig und man könnte jede Abgabe einer Stellungnahme gegenüber Einzelnen erfassen. Mit der Nutzung des Medienzugangs muss eine konkrete bzw. besondere Gefahr verbunden sein, die Art. 12 Abs. 2 d) MAR verhindern soll. Diese Gefahr kann nur in der breiteren Wirkung durch das jeweilige Medium liegen, welches sich von der Abgabe einer Stellungnahme von Angesicht zu Angesicht unterscheidet.

Es stellt sich damit die Frage, ob die getätigten Telefonanrufe eher mit einer Stellungnahme von Angesicht zu Angesicht zu vergleichen sind oder mit einem Inserat in den klassischen Massenmedien.

Für eine vergleichbare Gefahr mit den klassischen Massenmedien durch eine breitere Wirkung spricht die systematische Vorgehensweise durch die Menge der Anrufe. Insoweit wurde eine vergleichbare Wirkung hervorgerufen. Diese gleiche Wirkung erfordert jedoch einen wesentlich höheren Aufwand, als bei Nutzung eines Massenmediums. Die Telefonkommunikation findet immer nur zwischen zwei Kontakten statt, sodass es zahlreicher Mitarbeiter oder anderer Dritter bedarf, die das „cold calling“ betreiben. Zwar sind keine persönlichen Treffen erforderlich, sodass das Vorgehen eine viel schnellere und effektivere Wirkung erzielt als eine Stellungnahme von Angesicht zu Angesicht, gleichzeitig wird jeder Empfänger allerdings zumindest durch das Auswählen der Nummer konkretisiert und es herrscht eine vertrauliche Atmosphäre.

²⁷ Rossi, ZIP 2016, 2437, (2446); Gaede wistra 2017, 41 (48); Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, 2689, 2694.

²⁸ Vgl. Gaede wistra 2017, 41 (48); Rossi, ZIP 2016, 2437, (2446 f.).

²⁹ Vogel in: Assmann/Schneider WpHG, 5. Aufl. 2009, § 20a Rn. 234; De Schmidt in: JVRB WpHG, § 20a Rn. 238.

Im Ergebnis sprechen daher sowohl die Systematik als auch der Sinn und Zweck des Merkmals „Zugang zu den traditionellen oder elektronischen Medien“ gegen ein Einbeziehen der Telefonkommunikation. Bei der Verwendung von Telefonen scheidet der Tatbestand des Scalpings damit von vornherein aus. Insoweit ist der Ansicht der Kammer zuzustimmen

b) Scalping durch Ad-hoc Mitteilungen

Das LG prüfte weiter, ob die durch das Unternehmen selbst getätigten Ad-hoc Mitteilungen auf der dgap.de-Website den Tatbestand des Scalping iSv Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR verwirklichen haben könnten, lehnte dies im Ergebnis ebenfalls ab.

a. Ordnungsgemäße Offenlegung des Interessenkonflikts

Fraglicher und entscheidender Punkt ist hier für die Bejahung des Scalping, ob in der Tatsache, dass es für Adressaten offensichtlich war, dass die Corporate News-Mitteilungen von dem Unternehmen selbst stammten, eine angemessene Offenlegung des Interessenkonfliktes iSv Art 12 Abs. 2 lit. d) MAR liegt. Die Kammer nahm dies an und lehnte dementsprechend ein strafrechtlich relevantes Handeln gem. Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR von vornherein – zu Recht – ab.

Denn Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR erfordert grundsätzlich eine ausdrückliche Offenlegung, in der der bestehende Bestand aufgeführt ist.³⁰ Allerdings ist Sinn und Zweck der Vorschrift, dem potentiellen Anleger zu gewährleisten zu prüfen, „ob und inwieweit die Empfehlung eines Dritten objektiv und frei von eigenen wirtschaftlichen Interessen ist.“³¹ Wird die Empfehlung durch den Emittenten selbst ausgesprochen, ist für die Adressaten das eigene wirtschaftliche Interesse offensichtlich. Eine derartige Empfehlung wird er skeptischer und eingehender prüfen, als eine entsprechende Empfehlung durch einen Börsenmakler oder „Börsenguru“. Damit besteht hier gerade nicht die Gefahr, vor der Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR schützen soll, weshalb die Ansicht der Kammer überzeugt.

b. Sachverständigengutachten als gerichtsbekannt

Des Weiteren vertrat die Kammer die Ansicht, dass die Ad-hoc-Mitteilungen Auswirkungen auf die Kurse der Finanzinstrumente gehabt haben. Dieser Einwirkungserfolg ist seit der Neufassung der §§ 38, 39 WpHG Tatbestandsmerkmal des Scalpings. In der vorherigen Rechtslage genügte bereits eine Einwirkungseignung gem. § 20a Abs. 1 Nr. 3 WpHG a.F.

Für diese Feststellung verzichtete das Gericht allerdings auf die Einholung eines eigenen Sachverständigengutachtens. Darin könnte ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung gem. § 244 Abs. 2 StPO gesehen werden.

Das Gericht wendete vorliegend zwar Kriterien aus einem anderen Sachverständigengutachten als gerichtsbekannt an. Gerichtskundig sind Tatsachen von denen die zur Entscheidung berufenen Richter durch ihre richterliche Tätigkeit vor allem aus anderen Verfahren Kenntnis erlangt haben.³² Hierzu gehören auch Erfahrungssätze, sofern sie in der besonderen Sachkunde des Gerichts feststehen.³³ Der vorsitzende Richter hatte die benannten Kriterien aus einem Sachverständigengutachten eines anderen Verfahrens erlangt, in welchem er als Berichterstatter beteiligt gewesen war. Erfahrungssätze sind aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung oder wissenschaftlicher Erkenntnisse gewonnene Regeln, welche keine Ausnahme zulassen und eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit verbürgen.³⁴

Unterstellt man, dass es sich bei der eingeführten Zwei-Stufen-Prüfung um einen derartigen Erfahrungssatz zur Feststellung der Kausalität eines Marktverhaltens für den Einwirkungserfolg handelt, erscheint es jedoch fraglich, dass deren Anwendung vorliegend ordnungsgemäß erfolgte. Erforderlich ist hierzu, dass der Richter in der Lage ist, die Erfahrungssätze ordnungsgemäß umzusetzen.³⁵ Anderenfalls liegt ein Verstoß gegen die in § 244 Abs. 2 StPO verankerte Pflicht zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung vor.³⁶ Aufgrund der kom-

³⁰ De Schmidt in: JVRB WpHG, § 20a Rn. 246; Vogel in: Assmann/Schneider WpHG, 5. Aufl. 2009, § 20a Rn. 234.

³¹ De Schmidt in: JVRB WpHG, § 20a Rn. 241.

³² BGHSt 26, 56 (59).

³³ BGHSt 26, 56 (59).

³⁴ Eschelbach in: BeckOK StPO, 28. Ed. 1.7.2017, § 261 Rn. 40; BGH, Beschl. v. 28.10.2009 – 5 StR 443/09, NStZ-RR 2010, 51.

³⁵ Krehl in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 244 Rn. 7; BGHSt 26, 56 (61).

³⁶ BGHSt 26, 56 (61).

plexen Marktverhältnisse wird eine dem Gesetz entsprechende vollständige Sachverhaltsaufklärung ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens stark bezweifelt.³⁷

3. Zum Tatbestand des Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR durch Telefonwerbung

Schließlich lehnte das LG eine Verwirklichung von Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR durch die Telefonwerbung richtigerweise ab. Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR verbietet das Verbreiten von Informationen über die Medien oder auf anderem Wege, die falsche oder irreführende Signale hinsichtlich des Angebots oder des Kurses des Finanzinstruments oder der Nachfrage danach geben oder bei denen dies wahrscheinlich ist. Entscheidend ist hierbei, ob in einer intensiven Telefonwerbung ein „Verbreiten“ zu sehen sein kann.

Dabei kommt es darauf an, wie dieses Merkmal auszulegen ist. In der Vorgängerregelung in § 20a WpHG war das „Machen einer Angabe“ erforderlich. Hier war der Zugang bei einer Person ausreichend³⁸, sodass auch die Telefonwerbung erfasst wäre.

Im Strafrecht existieren zwei Verbreitungsbegriffe. Dies ist zunächst der für die §§ 90, 111, 130 StGB geltende presserechtliche Verbreitungsbegriff. Diesen hat auch das LG seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Danach erfordert ein Verbreiten ein Zugänglichmachen an einen größeren, individuell nicht feststehenden Personenkreis oder dieser muss so groß sein, dass er für den Täter nicht mehr zu kontrollieren ist.³⁹ Gezielte Telefonanrufe bei denen der Personenkreis zumindest durch die Telefonnummer genau feststeht, wären hiervon nicht erfasst.

Eine andere Auslegung dieses Begriffs erfolgt im Rahmen der Beleidigungsdelikte. Gem. §§ 186 f. StGB liegt ein Verbreiten vor, wenn die Tatsache als Gegenstand fremden Wissens weitergegeben wird.⁴⁰ Dies erfordert somit keinen unbegrenzten Personenkreis, sodass eine Subsumtion der Telefonwerbung hierunter grundsätzlich möglich wäre.

Gegen eine Auslegung i.S.d. presserechtlichen Verbreitungsbegriffs spricht zwar zunächst, dass große Investoren, die einen begrenzten Personenkreis darstellen bereits großen Einfluss auf den Kurs der Finanzprodukte haben können.⁴¹ Der natürliche Wortsinn legt allerdings eine Auslegung in diesem Sinne nahe. Denn „Verbreiten“ bedeutet so viel wie in Umlauf bringen oder verteilen. Dies zeigt insbesondere auch ein Vergleich mit der englischen und französischen Version der Verordnung.⁴² Hier werden die Begriffe „diffuser“, sowie „diseminating information“ verwendet, welche für die Abgabe gegenüber zahlreichen Personen sprechen. Diffuser bedeutet verbreiten, verteilen, in Umlauf bringen. Die Bedeutung bezieht sich damit auf die Menge der Adressaten und nicht auf einen Gegenstand fremden Wissens. To disseminate bedeutet ebenfalls verbreiten, verteilen, aber auch veröffentlichen. Auch hier ist ein deutlicher Bezug zur Menge der Adressaten deutlich.

Hinzu kommt, dass der Verbreitungsbegriff der Beleidigungsdelikte in Abgrenzung zum Merkmal des „Behauptens“⁴³ entstanden ist und damit eher als Ausnahme zu klassifizieren ist. Für die Qualifikation, das „Verbreiten von Schriften“ gem. § 186 2. Hs. StGB, gilt hingegen ebenfalls der presserechtliche Verbreitungsbegriff.

Bei § 186 1. Hs. StGB handelt es sich zudem um ein reines Äußerungsdelikt.⁴⁴ Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR erfasst jedoch wie die §§ 90, 111, 130 StGB auch die Verbreitung schriftlicher Stellungnahmen, was ebenfalls für eine Auslegung in diesem Sinne spricht. Der Wortlautzusammenhang, dass die Informationen über die Medien einschließlich des Internets verbreitet werden müssen, spricht im Hinblick auf obige Auslegung des Merkmals „Medien“ ebenfalls für einen unbegrenzten Personenkreis.

³⁷ *Diversity/Köpferl* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 38 WpHG Rn. 108.

³⁸ *De Schmidt* in JVRB WpHG, § 20a Rn. 74; *Vogel* in: Assmann/Schneider WpHG, 5. Aufl. 2009, § 20a Rn. 65.

³⁹ BGH, Urteil vom 6. 10. 1959 - 5 StR 384/59, NJW 1959, 2125 (2126); v. *Heintschel-Heinegg* in: BeckOK StGB, 35. Ed. 1.08.2017, § 80a Rn. 7; *Hörnle* in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 184 Rn. 58.

⁴⁰ *Zacyk* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, 5. Aufl. 2017, § 186 Rn. 9; *Valerius* in: BeckOK StGB, 35. Ed. 1.8.2017, § 186 Rn. 13; *Kühl* in: Lackner/Kühl StGB, 28. Aufl. 2014, § 186 Rn. 5.

⁴¹ Vgl. *Diversity/Köpferl* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 38 WpHG Rn. 54.

⁴² *Diversity/Köpferl* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 38 WpHG Rn. 54.

⁴³ *Eisele/Lencker* in: Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl. 2014, § 186 Rn. 8; *Regge/Pegel* in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 186 Rn. 19.

⁴⁴ *Eisele/Lencker* in: Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl. 2014, § 186 Rn. 8. *Regge/Pegel* in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 186 Rn. 19.

Die Gefahr, vor der Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR schützen soll, liegt zudem nicht darin, dass die Information als Gegenstand fremden Wissens übermittelt wird, sondern vielmehr darin, dass durch einen größtmöglichen Adressatenkreis, ein Einfluss auf die jeweiligen Kurse wahrscheinlich ist. Im Ergebnis ist damit der Auslegung des LG zuzustimmen. Telefonanrufe fallen nicht unter den Begriff des Verbreitens.

III. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Beschluss des LG im Hinblick auf die Nichtberücksichtigung des Beschlusses des BGH und der damit verbundenen Diskussion in der Literatur bezüglich einer Generalamnestie äußerst fragwürdig ist. Auch eine Auseinandersetzung mit § 52 Abs. 1 WpHG wäre erforderlich gewesen. In Bezug auf die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des Art. 12 MAR ist dem LG hingegen im Wesentlichen zuzustimmen. Es ist allerdings anzumerken, dass für den Fall, in dem die Offenlegung des Interessenkonflikts verneint worden wäre, die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich gewesen wäre.