

Bundesverband der Wertpapierfirmen e.V.
Am Sandtorkai 44, 20457 Hamburg

**Deutscher Bundestag
- Finanzausschuss -**

Platz der Republik 1
11011 Berlin

per mail: finanzausschuss@bundestag.de

Ihr Zeichen

Ihre Nachricht vom

Ort_Datum

Hamburg, 02.03.2017

Sachverständigen-Anhörung am 8. März 2017 zum Regierungsentwurf Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz (2. FiMaNoG) – BT-Drucksache 18/10936 vom 23.01.2017
hier: Strafraumen der qualifizierten Begehung einer Marktmanipulation gemäß § 119 Abs. 5 WpHGE

Sehr geehrte Frau Arndt-Brauer, sehr geehrter Herr Dr. Schick, sehr geehrte Damen und Herren,

als Sachverständige in der Anhörung im Finanzausschuss in der kommenden Woche nehmen wir zum Regierungsentwurf des 2. FiMaNoG Stellung. Dabei geht uns in der Sache ausschließlich um das nachfolgend skizzierte Thema, das im Übrigen auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf des Gesetzes (BR-Drucksache 813/16 vom 10.02.2017, dort Nummer 16) entsprechend aufgegriffen hat:

Im Rahmen des Regierungsentwurfs des 2. FiMaNoG findet sich in § 119 Abs. 5 Nr. 2 WpHGE¹ eine als *Verbrechensvorschrift* und mit einem Strafmaß von einem bis zehn Jahren ausgestaltete Regelung im Bereich des Marktmissbrauchs für sog. „qualifizierte Fälle“, in denen ein Mitarbeiter einer Finanzaufsichtsbehörde, einer Börse oder eines Wertpapierhandelsunternehmens tätig wird (nachfolgend „Fälle mit Mitarbeiterbezug“). Als „Verbrechen“ zeichnet sich die Vorschrift insbesondere dadurch aus, dass die Tat *im Mindestmaß* mit einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist. Besonders fatal ist, dass die genannte Qualifizierung die betreffenden Mitarbeiter im Rahmen des Sanktionsregimes dabei identisch behandelt wie gewerbsmäßig oder fortgesetzt als Bande agierende Täter (nachfolgend: „banden- und gewerbsmäßige mäßige Begehung“, vgl. § 119 Abs. 5 Nr. 1 WpHGE).

¹ Die in Rede stehende Vorschrift ist im Juli 2016 im Rahmen des 1. Finanzmarktnovellierungsgesetzes als § 38 Abs. 5 in das Wertpapierhandelsgesetz neu aufgenommen worden.

Bundesverband der Wertpapierfirmen e.V.

Sitz des Verbandes
Fasanenstraße 3
10623 Berlin

Postanschrift & Geschäftsstelle
Friedrichstraße 52
60323 Frankfurt/Main

Tel.: +49 (0) 69 92 10 16 91
Fax: +49 (0) 69 92 10 16 92
mail@bwf-verband.de
www.bwf-verband.de

Vorstand
Prof. Dr. Jörg Franke (Vorsitzender)
Carsten Bokelmann
Daniel Förtsch
Dirk Freitag
Holger Gröber
Franz Christian Kalischer
Torsten Klanten
Dr. Annette Kliffmüller-Frank

Geschäftsführer
Michael H. Sterzenbach
m.sterzenbach@bwf-verband.de

Justiziar
Dr. Hans Mewes
Am Sandtorkai 44, 20457 Hamburg
Tel.: +49 (0) 40 36 80 5 - 132
Fax: +49 (0) 40 36 80 5 - 333
h.mewes@bwf-verband.de

Bankverbindung
Deutsche Bank PGK Frankfurt
BLZ 500 700 24, **Kto.** 018 32 10 00

Die identische Behandlung der beiden genannten Fallgruppen ist sachwidrig und unverhältnismäßig. Vor diesem Hintergrund lautet unser Petition, die Sanktion der genannten Fälle mit Mitarbeiterbezug – in Abgrenzung zu den Fällen banden- und gewerbsmäßiger Begehung – als Vergehen auszugestalten und den Mindeststrafrahmen auf sechs Monate Freiheitsstrafe herabzusetzen.

Zum tatsächlichen und rechtlichen Hintergrund unseres Anliegens:

Es geht vorliegend um die strafrechtliche Ahndung von Fällen der Marktmanipulation, wie sie materiell in Art. 12 der Marktmissbrauchsverordnung (MAR) und in Art. 5 der Marktmissbrauchsrichtlinie (MAD) normiert ist. Die in Rede stehende Verbrechensqualifizierung findet sich bislang in § 38 Abs. 5 Nr. 1 (banden- und gewerbsmäßige Begehung) und Nr. 2 (Fälle mit Mitarbeiterbezug) WpHG und soll nunmehr im Rahmen des 2. FiMaNoG in gleicher Form in § 119 Abs. 5 WpHG überführt werden.

Völlig zweifelsfrei ist, dass von Seiten des Gemeinschaftsrechts (Marktmissbrauchsverordnung, MAR, und Marktmissbrauchsrichtlinie, MAD) keine entsprechende Vorgabe zur Normierung eines solchen Verbrechenstatbestandes besteht. Vielmehr sieht Artikel 7 Absatz 2 MAD lediglich vor, dass die Mitgliedstaaten im Zuge der Umsetzung der MAD hier ein Höchstmaß von mindestens vier Jahren Freiheitsstrafe normieren sollen, dies aber auch strenger ausgestalten können (Erwägungsgrund 20 der MAD). Dem ist der hiesige Gesetzgeber im Rahmen des 1. FiMaNoG „überobligatorisch“ nachgekommen, indem in den genannten qualifizierten Fällen nunmehr ein Höchstmaß von 10 Jahren normiert worden ist. Ein solches Höchstmaß von zehn Jahren bedarf jedoch nicht der Ausgestaltung als *Verbrechensvorschrift*, sondern hätte in Bezug auf die Fälle mit Mitarbeiterbezug auch in Form einer *Vergehensvorschrift* normiert werden können – nämlich mit einem „unteren“ Strafrahmen von weniger als einem Jahr Mindestfreiheitsstrafe.

Gegen die Normierung einer Verbrechensvorschrift mit einem Mindestmaß von einem Jahr Freiheitsstrafe in Fällen mit Mitarbeiterbezug spricht vorliegend auch, dass der Tatbestand der *Marktmanipulation* – der Natur der Sache geschuldet – recht generalklauselartig gefasst und daher besonders eng am Bestimmtheitsgebot zu messen ist. Auch vor diesem Hintergrund erscheint es aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geradezu geboten, im „unteren“ Bereich des Strafrahmens in den Fällen der Mitarbeitereigenschaft nicht ein „Verbrechen“, sondern zweckmäßiger Weise ein „Vergehen“ (also mit der *Möglichkeit* einer Freiheitsstrafe von unter einem Jahr und der *Möglichkeit* einer strafprozessualen Einstellung in weniger gravierenden Fällen) zu normieren. Wir sprechen uns insoweit von einem angemessen erscheinenden unter Strafrahmen von sechs Monaten Freiheitsstrafe aus – was die in Fällen mit Mitarbeiterbezug materiell zu einer Vergehensvorschrift machen würde.

Die genannten Fälle mit Mitarbeiterbezug gemäß § 38 Abs. 5 Nr. 2 WpHG bzw. § 119 Abs. 5 Nr. 2 WpHGE als *Vergehen* zu normieren, entspricht vor allem auch einer sachgemäßen Abgrenzung zur „parallelen“ Sanktionsvorschrift des § 38 Abs.

5 Nr. 1 WpHG bzw. § 119 Abs. 5 Nr. 1 WpHGE (banden- und gewerbsmäßige Begehung), denn die strafrechtliche Vorwerfbarkeit bzw. der Unwertgehalt von Fällen mit Mitarbeiterbezug bleibt per se deutlich hinter Fällen einer banden- und gewerbsmäßigen Begehung zurück (sic!). Letztere Fallgruppe, wo eine besondere Schwere der Tat regelmäßig naheliegen dürfte, mag man als Verbrechen einstufen und es insoweit bei der bisherigen Regelung belassen; bei Fällen mit Mitarbeiterbezug sollte hingegen das vorliegende Gesetzgebungsverfahren des 2. FiMaNoG zum Anlag genommen werden, die Regelung künftighin als Vergehensvorschrift auszugestalten. Jedenfalls verbietet es sich geradezu beide Fallgruppen vom Strafraumen her exakt gleich zu behandeln; dies würde ansonsten für die Fälle der Mitarbeitergemeinschaft eklatant dem Übermaßverbot zuwiderlaufen.

Unser nachhaltiges Petitum lautet daher, die bestehende Sanktionsregelung des § 38 Abs. 5 Nr. 2 WpHG (Fälle mit Mitarbeiterbezug) im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens als Vergehensvorschrift auszugestalten und § 119 Abs. 5 WpHGE entsprechend anzupassen.

Vor diesem Hintergrund lautet unser konkreter Vorschlag zur Änderung des Regierungsentwurfs des 2. FiMaNoG wie folgt:

„In Artikel 3 ist in Nummer 122 § 119 WpHG Absatz 5 wie folgt zu fassen:

„Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 in Ausübung seiner Tätigkeit für eine inländische Finanzaufsichtsbehörde, ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, eine Börse oder einen Betreiber eines Handelsplatzes handelt.“

Im Anschluss hieran wird folgender Absatz 6 eingefügt:

„Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, handelt.“

Der bisher vorgesehene Absatz 6 wird zu Absatz 7.“

Nur in dieser Form ist eine angemessene, verhältnismäßige und das Übermaßverbot berücksichtigende Normierung des Sanktionsrahmens für die in Rede stehenden Fälle mit Mitarbeiterbezug gewährleistet.

Vorsorglich auch folgender Hinweis: Es geht vorliegend nicht darum, dass qualifizierte Fälle in diesem Bereich nicht generell „streng“ zu ahnden wären. Man sollte lediglich die „untere Grenze“ des Strafraumens in Bezug auf die genannten Fälle mit Mitarbeiterbezug mit Augenmaß als Vergehensvorschrift ausgestalten, was eine angemessenere „Eintrittsschwelle in den Strafraumen“ mit sich brächte.

Im Übrigen wird auch in der mittlerweile ergangenen Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates vom 22.02.2017 (Drucksache 18/11290, dort Seite 28 f. „Zu Nummer 16“) eine nochmalige Prüfung angekündigt,

ob bei Fällen mit Mitarbeiterbezug „für das erhöhte Sanktionsbedürfnis notwendigerweise eine Mindeststrafe von nicht unter einem Jahr erforderlich ist, oder dieses bereits durch die im Vergleich zum Grunddelikt erhöhte Strafdrohung von 10 Jahren Freiheitsstrafe ausreichend berücksichtigt ist“. – Letzteres ist u.E. nach absolut der Fall und sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren unbedingt berücksichtigt werden. Dies auch vor dem (bereits oben genannten) Hintergrund, dass der Gesetzgeber hier mit der Androhung einer Höchststrafe von 10 Jahren (sic!) den insoweit gemeinschaftsrechtlich gesetzten Rahmen erheblich überschreitet.

Für Rückfragen in dieser Sache stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Hans Mewes

Justiziar