

HRRS-Nummer: HRRS 2018 Nr. 463

Bearbeiter: Holger Mann

Zitiervorschlag: HRRS 2018 Nr. 463, Rn. X

BVerfG 2 BvR 463/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 3. Mai 2018 (BGH / LG Hamburg)

Keine „Ahndungslücke“ durch Verweisung einer Blankettstrafnorm des Wertpapierhandelsgesetzes auf eine zunächst noch nicht anwendbare Vorschrift der unionsrechtlichen Marktmissbrauchsverordnung (Insiderhandel; Bestimmtheitsgebot; Analogieverbot; Wortlaut als äußerste Grenze zulässiger richterlicher Gesetzesinterpretation; Perspektive des Normadressaten; grundsätzliche Zulässigkeit von Verweisungen in Blankettgesetzen; fehlende Anwendbarkeit der Bezugsnorm kein Verweisungshindernis; Veröffentlichung der Bezugsnorm; keine abweichende Beurteilung bei lediglich klarstellendem Tätigwerden des Gesetzgebers; kein Ausschluss der vorzeitigen Anwendung durch den europäischen Ordnungsgeber).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG; § 2 Abs. 3 StGB; Art. 14 MAR

Leitsätze des Bearbeiters

1. Die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Auslegung des § 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG, wonach für vor dem 3. Juli 2016 begangene Straftaten nach dem Wertpapierhandelsgesetz keine „Ahndungslücke“ bestanden hat (BGH, Beschluss vom 10. Januar 2017 - 5 StR 532/16 - [= HRRS 2017 Nr. 190]), verstößt nicht gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG.

2. Art. 103 Abs. 2 GG enthält ein striktes Bestimmtheitsgebot für die Gesetzgebung sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie. Ausgeschlossen ist jede Rechtsanwendung, die tatbestandsausweitend über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei der Wortlaut als äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist.

3. Mit Verweisungen in sogenannten Blankettgesetzen verzichtet der Gesetzgeber regelmäßig nur darauf, den vollen Wortlaut der in Bezug genommenen Vorschrift in die Verweisungsnorm aufzunehmen. Die Verweisungsnorm bestimmt damit eine Rechtsfolge autonom und unabhängig von der Bezugsnorm, ohne dass es darauf ankommt, ob diese bereits anwendbar ist. Sie muss dem Normadressaten lediglich durch eine vorherige ordnungsgemäße Veröffentlichung zugänglich sein.

4. § 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG, welcher Verstöße gegen die Marktmissbrauchsverordnung (MAR) durch Tätigen von Insidergeschäften entgegen Art. 14 Buchstabe a der Verordnung bestraft, erlaubt auch die Ahndung vor dem 3. Juli 2016 begangener Verstöße, wenngleich die in Bezug genommene Vorschrift am 2. Juli 2016 zwar bereits in Kraft getreten, europarechtlich allerdings noch nicht anwendbar war. Eine Strafbarkeitslücke für Altfälle (§ 2 Abs. 3 StGB) besteht damit nicht.

5. Dem steht nicht entgegen, dass der Gesetzgeber zu einem späteren Zeitpunkt eine Übergangsvorschrift geschaffen hat, mit welcher er die vorzeitige Anwendbarkeit der strafbewehrten Vorschriften der Marktmissbrauchsverordnung klarstellend bekräftigt hat, um in der Literatur vorgebrachte Zweifel an der Wahrung des Analogieverbots auszuräumen; denn die verfassungsrechtliche Wortlautgrenze ist aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen.

6. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der europäische Ordnungsgeber durch die Bestimmung des europarechtlichen Anwendbarkeitszeitpunktes des Art. 14 MAD im Sinne eines „umgekehrten Anwendungsvorrangs“ den Mitgliedstaaten eine vorzeitige Anwendung der Vorschrift verwehren wollte.

Entscheidungstenor

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

Gründe

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen eine Anordnung des Verfalls gemäß § 73 Abs. 1, Abs. 3, § 73a, § 73c StGB in der bis zum 30. Juni 2017 geltenden Fassung. 1

I.

1. Das Landgericht Hamburg verurteilte mit seinem Urteil vom 11. April 2016 den Geschäftsführer der 2
Beschwerdeführerin, K., wegen Marktmanipulation in Tateinheit mit unrichtiger Darstellung und vorsätzlichen
Insiderhandels. Grundlage der Verurteilung wegen Insiderhandels war das Gesetz über den Wertpapierhandel
(WpHG) in der bis zum 1. Juli 2016 gültigen Fassung. Zwei weitere Mitangeklagte, R. und P., verurteilte das
Landgericht jeweils wegen leichtfertiger Marktmanipulation zu Geldbußen. Gegen die Beschwerdeführerin als
Nebenbeteiligte wurde gemäß § 73 Abs. 1, Abs. 3, § 73a, § 73c StGB in der bis zum 30. Juni 2017 geltenden
Fassung der Verfall von Wertersatz in Höhe von 390.000 Euro angeordnet. Hierdurch wurde das aus dem
Insiderhandel Erlangte abgeschöpft, weil K. als deren Geschäftsführer in Vertretung der Beschwerdeführerin
gehandelt hatte.

Die Beschwerdeführerin legte als Nebenbeteiligte ebenso wie der Verurteilte R. gegen das Urteil des Landgerichts 3
Revision ein. Das Urteil gegen den damaligen Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, K., wurde rechtskräftig.

Durch das Erste Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften aufgrund europäischer Rechtsakte (Erstes 4
Finanzmarktnovellierungsgesetz - 1. FiMaNoG) vom 30. Juni 2016 (BGBl I S. 1514) wurde das zuvor in § 38 Abs. 1
Nr. 1, § 14 WpHG normierte Verbot des Insiderhandels durch § 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG ersetzt. Die Vorschrift lautete:

(3) Ebenso wird bestraft, wer gegen die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates 5
vom 16. April 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 (ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 1) verstößt, indem er

1. entgegen Artikel 14 Buchstabe a ein Insidergeschäft tätigt [...]

Die entsprechende Änderung der Rechtslage trat gemäß Art. 17 Abs. 1 des 1. FiMaNoG am 2. Juli 2016 in Kraft. Für 7
die in Bezug genommene Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April
2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung - MAR) regelt Art. 39 MAR folgende Zeitpunkte für
Inkrafttreten und Geltung:

(1) Diese Verordnung tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung [am 12. Juni 2014] im Amtsblatt der 8
Europäischen Union in Kraft.

(2) Sie gilt ab dem 3. Juli 2016 mit Ausnahme von Artikel 4 Absätze 4 und 5, Artikel 5 Absatz 6, Artikel 6 Absätze 5 9
und 6, Artikel 7 Absatz 5, Artikel 11 Absätze 9, 10 und 11, Artikel 12 Absatz 5, Artikel 13 Absätze 7 und 11, Artikel 16
Absatz 5, Artikel 17 Absatz 2 Unterabsatz 3, Artikel 17 Absätze 3, 10 und 11, Artikel 18 Absatz 9, Artikel 19 Absätze
13, 14 und 15, Artikel 20 Absatz 3, Artikel 24 Absatz 3, Artikel 25 Absatz 9, Artikel 26 Absatz 2 Unterabsätze 2, 3 und
4, Artikel 32 Absatz 5 und Artikel 33 Absatz 5, die ab dem 2. Juli 2014 gelten.

Unter dem 7. Juli 2016 veröffentlichte der Rechtsanwalt Rothenfußer in der Börsenzeitung einen Beitrag unter der 10
Überschrift „Generalamnestie im Kapitalmarktrecht?“. Darin wies er darauf hin, dass für den 2. Juli 2016 eine
„Ahndungslücke“ für nach dem Wertpapierhandelsgesetz begangene Straftaten bestanden habe, die über § 2 Abs. 3
StGB zu einer Strafflosigkeit aller vor dem 3. Juli 2016 begangenen und nicht rechtskräftig abgeurteilten Taten führe.
In der Literatur wurde diese Position in der Folgezeit gestützt (vgl. etwa Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, S. 2689;
Rossi, ZIP 2016, S. 2437; derselbe, NJW 2017, S. 969; Gaede, wistra 2017, S. 41; Szesny, BB 2017, S. 515;
Bülte/Müller, NZG 2017, S. 205). Auch die Beschwerdeführerin berief sich später auf diese „Ahndungslücke“.

Der Generalbundesanwalt beantragte unter dem 30. November 2016, die Revision gemäß § 349 Abs. 2 StPO als 11
unbegründet zu verwerfen. Zur Revision des Angeklagten R. führte er aus, dass eine Ahndungslücke nicht bestanden
habe. Die Bezugnahme auf die Marktmissbrauchsverordnung habe dazu geführt, dass diese bereits vor ihrer
unmittelbaren Anwendbarkeit ab dem 2. Juli 2016 durch den Bundesgesetzgeber für (mit)anwendbar erklärt worden
sei. Es habe ein klarer gesetzgeberischer Wille für eine ununterbrochene Strafbarkeit bestanden. Darüber hinaus
würde eine Ahndungslücke nicht zur Straffreiheit führen, da in diesem Fall eine nach der Rechtsprechung des
Bundesverfassungsgerichts zulässige gesetzliche Abweichung von § 2 Abs. 3 StGB anzunehmen sei.

In ihrer Gegenerklärung vom 19. Dezember 2016 vertrat die Beschwerdeführerin unter anderem den Standpunkt, die 12
„Ahndungslücke“ im Wertpapierhandelsgesetz habe auch der Verurteilung des Angeklagten K. wegen Insiderhandels
und damit der Verfallsanordnung entgegengestanden. Daneben rügte sie die angeordnete Höhe des Verfalls.

Der Bundesgerichtshof verwarf mit Beschluss vom 10. Januar 2017 die Revisionen gemäß § 349 Abs. 2 StPO als 13

unbegründet. Die mit dem Inkrafttreten des Ersten Finanzmarknovellierungsgesetzes eingetretene Rechtslage sei gegenüber der bei der Urteilsverkündung geltenden Rechtslage nicht günstiger für die Beschwerdeführerin. Insbesondere habe es keine Ahnungslücke gegeben, da die in § 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG in der ab dem 2. Juli 2016 geltenden Fassung enthaltene Bezugnahme auf Art. 14 MAR dazu geführt habe, dass diese Vorschrift der Marktmissbrauchsverordnung bereits vor ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit durch den Bundesgesetzgeber im Inland ab dem 2. Juli 2016 für (mit)anwendbar erklärt worden sei. Es handele sich bei § 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG in der ab dem 2. Juli 2016 geltenden Fassung um eine Blankettnorm, die sich auf anderweitig geregelte Verhaltenspflichten beziehe. Diese Verweisung bedeute rechtlich den Verzicht, den Text der in Bezug genommenen Vorschrift in vollem Wortlaut in die Verweisungsnorm aufzunehmen. Dabei ergebe eine Auslegung des § 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG in der ab dem 2. Juli 2016 geltenden Fassung, dass es auf die europarechtliche Gültigkeit der in Bezug genommenen Normen der Marktmissbrauchsverordnung nicht ankomme. Der nationale Gesetzgeber habe eine lückenlose Ahndung des Insiderhandels erreichen wollen, wozu er auch vor dem 3. Juli 2016 durch die Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (ABl. L 96 vom 12. April 2003, S. 16) verpflichtet gewesen sei. Der Wortlaut des § 38 Abs. 3 WpHG in der ab dem 2. Juli 2016 geltenden Fassung stehe dieser Auslegung nicht entgegen. Mit der Formulierung „wer gegen die Verordnung [...] verstößt, indem er [...]“ habe der Gesetzgeber lediglich in üblicher Weise die Bezeichnung der Verordnung „vor die Klammer gezogen“, so dass in den folgenden Verbotregelungen keine Vollzitate mehr erforderlich seien. Ein „Verstoß“ könne im Übrigen auch dann vorliegen, wenn die in Bezug genommenen Vorschriften der Marktmissbrauchsverordnung bereits ab dem 2. Juli 2016 durch den Bundesgesetzgeber in Deutschland für (mit)anwendbar erklärt worden seien. Es handele sich um eine verfassungsrechtlich unbedenkliche statische Verweisung auf die Marktmissbrauchsverordnung, die dem Bestimmtheitsgebot genüge. Auch aus europarechtlicher Perspektive sei der nationale Gesetzgeber nicht gehindert, einzelne Teile der Marktmissbrauchsverordnung vor ihrer europarechtlichen Geltung für in Deutschland anwendbar zu erklären. Es widerspreche nicht dem Bestimmtheitsgebot, dass Art. 14 MAR, auf den § 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG verweise, seinerseits das verbotene Verhalten nicht tatbestandlich beschreibe, sondern lediglich den Begriff „Insidergeschäft“ (Art. 14 Buchst. a MAR) verwende, dessen Verständnis er voraussetze.

Unter dem 30. Dezember 2016 (BRDrucks 813/16) wurde der Regierungsentwurf zu einem Zweiten Finanzmarknovellierungsgesetz (2. FiMaNoG) veröffentlicht, das am 23. Juni 2017 verkündet wurde (BGBl I S. 1693). Mit dem Zweiten Finanzmarknovellierungsgesetz wurde als Reaktion auf die behauptete Ahnungslücke § 52 WpHG mit folgendem Wortlaut neu eingefügt:

Übergangsvorschrift für Verstöße gegen die §§ 38, 39 15

(1) Straftaten nach § 38 in der bis zum Ablauf des 1. Juli 2016 geltenden Fassung werden abweichend von § 2 Absatz 3 des Strafgesetzbuches nach den zum Zeitpunkt der Tat geltenden Bestimmungen geahndet. 16

(2) Ordnungswidrigkeiten nach § 39 in der bis zum Ablauf des 1. Juli 2016 geltenden Fassung können abweichend von § 4 Absatz 3 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten nach den zum Zeitpunkt der Tat geltenden Bestimmungen geahndet werden. 17

In der Entwurfsbegründung (BRDrucks 813/16, S. 258 ff.) heißt es hierzu: 18

Mit dem Ersten Finanzmarknovellierungsgesetz wurden die Straf- und Bußgeldvorschriften in §§ 38, 39 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) geändert, um die erforderlichen Sanktionsbestimmungen zur Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 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 sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie) zu schaffen. Diese Straf- und Bußgeldtatbestände enthalten Verweisungen auf die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 und wurden am 2. Juli 2016 und damit einen Tag vor Geltung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 in Kraft gesetzt, damit die entsprechenden Bußgeldvorschriften die Voraussetzungen der Bestandschutzregelung in Art. 30 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung [...] erfüllen. 19

Zwar kann gegen Straf- und Bußgeldvorschriften, deren Tatbestände auf europäische Bestimmungen verweisen (Blankettnormen), in der Regel erst mit Geltung der entsprechenden europarechtlichen Vorschriften verstoßen werden. In dem besonderen Fall der Sanktionierung von Verstößen gegen die Verordnung [...] wurden jedoch die straf- oder bußgeldbewehrten Vorschriften der Verordnung [...] durch das Inkrafttreten der Sanktionsvorschriften vor dem Anwendungszeitpunkt der bewehrten EU-Verordnung bereits ab dem 2. Juli 2016 in Deutschland für anwendbar erklärt. 20

Die Absicht des Gesetzgebers, die straf- oder bußgeldbewehrten Vorschriften der Verordnung [...] mit dem Ersten Finanzmarknovellierungsgesetz vorzeitig für anwendbar zu erklären, geht aus der Gesetzesbegründung nicht 21

hinreichend deutlich hervor. Vor diesem Hintergrund sind Zweifel aufgekommen, ob durch das vorgezogene Inkrafttreten am 2. Juli 2016 eine Sanktionslücke entstanden sei. Eine entsprechende Sanktionslücke am 2. Juli 2016 könnte auf Grund der Regelungen in § 2 Absatz 3 des Strafgesetzbuches (StGB) und § 4 Absatz 3 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) auch über den 2. Juli 2016 hinaus für Straftaten und Ordnungswidrigkeiten Bedeutung haben, die vor dem 2. Juli 2016 begangen wurden.

Es sollte jedoch aus rechtsstaatlichen Gründen keine Unsicherheit darüber bestehen, ob Verstöße gegen Handlungse- und -verbote aus Sicht des Gesetzgebers den Tatbestand einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit erfüllen. Mit der Übergangsvorschrift in § 51 WpHG soll diese Rechtssicherheit nunmehr für Straftaten nach § 38 WpHG und Ordnungswidrigkeiten nach § 39 WpHG, die unter Geltung der §§ 38, 39 WpHG in der bis zum Ablauf des 1.7.2016 geltenden Fassung begangen wurden, in der Weise hergestellt werden, indem für diese Verstöße ausdrücklich das Tatzeitrecht für anwendbar erklärt wird. Dadurch werden § 2 Absatz 3 StGB und § 4 Absatz 3 OWiG abgedungen. 22

Der Ausschluss des Prinzips der Meistbegünstigung in § 2 Absatz 3 StGB und § 4 Absatz 3 OWiG stellt keinen Verstoß gegen Artikel 103 Absatz 2 des Grundgesetzes dar, da das Prinzip der Meistbegünstigung verfassungsrechtlich nicht geboten ist und daher durch einfachgesetzliche Regelung abgedungen werden kann (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 18. September 2008 - 2 BvR 1817/08). 23

Ebenso steht Artikel 49 Absatz 1 Satz 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GR-Charta) der Regelung nicht entgegen, da dieser nach Maßgabe des Artikels 52 Absatz 1 GR-Charta eingeschränkt werden kann. Für die hier vorgenommene Einschränkung von Artikel 49 Absatz 1 Satz 3 GR-Charta ist nicht ersichtlich, dass der unionsrechtliche Grundrechtsschutz strengere Anforderungen aufstellen würde als der grundgesetzliche Grundrechtsschutz für eine Einschränkung der einfachgesetzlichen Regelungen in § 2 Absatz 3 StGB und § 4 Absatz 3 OWiG. 24

2. Die Beschwerdeführerin rügt mit ihrer am 20. Februar 2017 fristgerecht gegen die angegriffenen Entscheidungen eingelegten Verfassungsbeschwerde die Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 14 Abs. 1 GG. Der Straftatbestand des Insiderhandels sei eine Blankettstraftat, und die ausfüllende Verbotsnorm habe im Zeitpunkt des Inkrafttretens von § 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG in der ab dem 2. Juli 2016 geltenden Fassung noch nicht existiert. Damit könnten auch Altfälle nach § 2 Abs. 3 StGB nicht mehr strafrechtlich belangt werden. Der eindeutige Wortlaut der Vorschrift lasse keine Differenzierung danach zu, aus welchen Gründen die Änderung der Rechtslage erfolgt sei. Da das Urteil, das eine Vermögensabschöpfung zum Gegenstand habe, somit verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genüge, sei außerdem Art. 14 Abs. 1 GG verletzt. 25

II.

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmenvoraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Der Verfassungsbeschwerde kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu, noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte der Beschwerdeführerin angezeigt. Die Verfassungsbeschwerde ist jedenfalls unbegründet. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführerin insbesondere nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG. 26

1. Die Vorschriften über die Anordnung des Verfalls sind verfassungsrechtlich unbedenkliche Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 14. Juni 2004 - 2 BvR 1136/03 -, juris, Rn. 41). 27

2. Der gegen die Beschwerdeführerin gemäß §§ 73 Abs. 1, Abs. 3, 73a Satz 1 StGB in der bis zum 30. Juni 2017 geltenden Fassung angeordnete Verfall ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden. Dabei kann offen bleiben, ob - wie die Beschwerdeführerin geltend macht - jede auf einer verfassungswidrigen Verurteilung beruhende Verfallsanordnung eine Verletzung des Eigentumsgrundrechts darstellt. Denn die der Verfallsanordnung zugrundeliegende Verwarnung des damaligen Geschäftsführers der Beschwerdeführerin wegen vorsätzlichen Insiderhandels verstößt ihrerseits nicht gegen Verfassungsrecht. 28

a) Die Verwarnung durch das Landgericht stütze sich auf den zum Zeitpunkt der Verkündung des Urteils gültigen Tatbestand des vorsätzlichen Insiderhandels (§ 38 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG in der bis zum 1. Juli 2016 geltenden Fassung). Sie erging damit jedenfalls vor Eintritt der geltend gemachten Ahndungslücke. Ein in der Anwendung der zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung statt der zum Tatzeitpunkt geltenden Gesetzesfassung liegender Verstoß gegen § 2 Abs. 1, 2 und 5 StGB wird durch die Verfassungsbeschwerde nicht gerügt und wäre auch ohne verfassungsrechtliche Relevanz. Die im Tatzeitpunkt und im Zeitpunkt der Urteilsverkündung geltenden Gesetzesfassungen weisen keine wesentlichen Unterschiede auf. 29

b) Die Annahme des Bundesgerichtshofs, die Bezugnahme in § 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG in der ab dem 2. Juli 2016 30

geltenden Fassung auf Art. 14 der MAR habe dazu geführt, dass diese Vorschrift der Marktmissbrauchsverordnung bereits vor ihrer in Art. 39 Abs. 2 MAR bestimmten Anwendbarkeit ab dem 3. Juli 2016 durch den Bundesgesetzgeber im Inland bereits ab dem 2. Juli 2016 für (mit)anwendbar erklärt wurde und eine Ahnungslücke deshalb nicht eingetreten sei, ist verfassungsrechtlich unbedenklich.

aa) Das Bundesverfassungsgericht beanstandet nur die Verletzung von Verfassungsrecht (stRspr; vgl. etwa BVerfGE 18, 85 <92 f.>). Ein Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts ist aus funktionell-rechtlichen Erwägungen daher erst dann gerechtfertigt, wenn die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts mit Bedeutung und Tragweite von Grundrechten oder grundrechtgleichen Rechten nicht zu vereinbaren ist oder sich als objektiv willkürlich erweist (vgl. BVerfGE 65, 317 <322>). 31

bb) Die Auslegung des Bundesgerichtshofs verstößt nicht gegen das aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Analogieverbot. 32

(1) Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Die Bedeutung dieser Verfassungsnorm erschöpft sich nicht im Verbot der gewohnheitsrechtlichen oder rückwirkenden Strafbegründung. Art. 103 Abs. 2 GG enthält ein striktes Bestimmtheitsgebot für die Gesetzgebung sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie (vgl. BVerfGE 14, 174 <185>; 73, 206 <234>; 75, 329 <340>; 126, 170 <194>; 130, 1 <43>; 143, 38 <52 f.>). 33

Aus Art. 103 Abs. 2 GG ergeben sich für die Strafgerichte Verpflichtungen in mehrfacher Hinsicht. Der Gesetzgeber und nicht der Richter ist zur Entscheidung über die Strafbarkeit berufen (vgl. BVerfGE 71, 108 <116>; 92, 1 <19>; 126, 170 <197>). Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, ob und in welchem Umfang ein bestimmtes Rechtsgut mit den Mitteln des Strafrechts verteidigt werden muss. Den Strafgerichten ist es verwehrt, seine Entscheidungen zu korrigieren (vgl. BVerfGE 92, 1 <13>; 126, 170 <197>). Sie müssen in Fällen, die vom Wortlaut einer Strafnorm nicht mehr gedeckt sind, daher zum Freispruch gelangen und dürfen nicht korrigierend eingreifen (vgl. BVerfGE 64, 389 <393>; 126, 170 <197>). Aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit folgt ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Dabei ist „Analogie“ nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die - tatbestandsausweitend - über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei der Wortlaut als äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist (vgl. BVerfGE 71, 108 <115>; 82, 236 <269>; 92, 1 <12>; 126, 170 <197 f.>). Dementsprechend darf die Auslegung und Anwendung der Tatbestandsmerkmale, mit denen der Gesetzgeber das unter Strafe gestellte Verhalten bezeichnet hat, nicht dazu führen, dass die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird (BVerfGE 130, 1 <43 f.>). 34

Bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung, ob die Strafgerichte diesen aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Vorgaben gerecht geworden sind, ist das Bundesverfassungsgericht nicht auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt. Der in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommende strenge Gesetzesvorbehalt erhöht die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte. Die Bestimmung der äußersten Grenzen des Strafgesetzes betrifft die Entscheidung über die Strafbarkeit und damit die Abgrenzung der Kompetenzen von Judikative und Legislative. Für die Klärung der insoweit aufgeworfenen Fragen ist das Bundesverfassungsgericht zuständig (vgl. BVerfGE 126, 170 <199>; 130, 1 <44>). 35

(2) Diesen Maßstäben wird der angegriffene Beschluss des Bundesgerichtshofs gerecht. 36

Verweisungen in sogenannten Blankettgesetzen - hierunter fällt § 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG in der ab dem 2. Juli 2016 geltenden Fassung - sind regelmäßig ein bloßer Verzicht, den Text der in Bezug genommenen Vorschriften in vollem Wortlaut in die Verweisungsnorm aufzunehmen (vgl. BVerfGE 47, 285 <312>; 143, 38 <55>); der in Bezug genommene Normtext wird in die Verweisungsnorm inkorporiert, so dass letztere autonom und unabhängig von der Bezugsnorm die Rechtsfolge bestimmt. Auf die Frage, ob die Bezugsnorm ihrerseits eine Rechtsfolge ausspricht und bereits oder noch „gilt“, kommt es dann nicht an (vgl. BVerfGE 8, 274 <302 f.>; 11, 203 <218>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 19. Dezember 1991 - 2 BvR 836/85 -, juris, Rn. 39 und 42 f.). Voraussetzung einer wirksamen Inbezugnahme ist dabei lediglich, dass die in Bezug genommenen Vorschriften dem Normadressaten durch eine frühere ordnungsgemäße Veröffentlichung zugänglich sind (vgl. BVerfGE 47, 285 <311>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 19. Dezember 1991 - 2 BvR 836/85 -, juris, Rn. 39); die Strafbarkeit seines Verhaltens ist für den Normunterworfenen dann in gleicher Weise vorhersehbar, als wäre der Normtext in die Blankettnorm aufgenommen worden. Dies war hier aufgrund der bereits im Jahre 2014 erfolgten Veröffentlichung der Marktmissbrauchsverordnung im Amtsblatt der Europäischen Union der Fall. 37

Die von den Fachgerichten vorzunehmende Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts schließt dabei die Frage ein, ob eine Blankettnorm ihre Bezugsnorm unabhängig von deren unmittelbarer Geltung in Bezug nimmt (vgl. Rothenfuß/Jäger, NJW 2016, S. 2689 <2691 und Fußnote 31>). Die dies für § 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG in der ab 38

dem 2. Juli 2016 geltenden Fassung bejahende Auslegung des Bundesgerichtshofs überschreitet die unter Berücksichtigung der Besonderheiten von Blankettstraftatbeständen zu ermittelnde (so zutreffend LG Frankfurt, Beschluss vom 31. Oktober 2016 - 5/12 KLS 9/16 -, juris, Rn. 27) Wortlautgrenze nicht. Dem stehen der kategoriale Unterschied zwischen dem Inkrafttreten und der Anwendbarkeit europäischen Rechts und die Tatsache, dass die Marktmissbrauchsverordnung am 2. Juli 2016 zwar bereits in Kraft war, Art. 14 MAR ausweislich des Art. 39 Abs. 2 MAR aber europarechtlich noch nicht in anwendbar war, nicht entgegen. Der Wortlaut des § 38 Abs. 3 Nr. 1 WpHG in der ab dem 2. Juli 2016 geltenden Fassung

(3) Ebenso wird bestraft, wer gegen die Verordnung [...] verstößt, indem er 39

1. entgegen Artikel 14 Buchstabe a ein Insidergeschäft tätigt, [...] 40

setzt nicht voraus, dass Art. 14 Buchstabe a der Marktmissbrauchsverordnung auf europäischer Ebene bereits 41
anwendbar war. Dem Begriff des „Verstoßes“ lässt sich nicht entnehmen, dass die Verhaltensregel, gegen die verstoßen wird, bereits in dem Sinne Anwendbarkeit beanspruchen muss, dass sie ihrerseits - unabhängig von einer Bezugnahme im Rahmen einer Blankettnorm - bestimmte Rechtsfolgen zeitigt (vgl. auch LG Frankfurt, Beschluss vom 31. Oktober 2016 - 5/12 KLS 9/16 -, juris, Rn. 29). Die Marktmissbrauchsverordnung spricht ihrerseits in ihrem Art. 30 Abs. 1 UAbs. 2 von „Verstößen“ gegen einzelne Artikel der Marktmissbrauchsverordnung vor dem 3. Juli 2016. Sie geht demnach selbst davon aus, dass gegen einzelne Artikel noch vor ihrem eigentlichen Anwendungszeitpunkt „verstoßen“ werden konnte.

An diesem Ergebnis ändert die Entwurfsbegründung zum Zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetz (BRDrucks 813/16, 42
S. 258 ff.) nichts, in der die Auffassung vertreten wird, die Absicht des Gesetzgebers, die straf- oder bußgeldbewehrten Vorschriften der Marktmissbrauchsverordnung mit dem Ersten Finanzmarktnovellierungsgesetz vorzeitig für anwendbar zu erklären, gehe aus der Gesetzesbegründung nicht hinreichend deutlich hervor. Die Wortlautgrenze ist aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen (vgl. BVerfGE 71, 108 <115>; 82, 236 <269>; 92, 1 <12>; 126, 170 <197 f.>; 130, 1 <43>). Wenn sich die Bundesregierung und ihr folgend der Gesetzgeber entschließen, in der Literatur vorgebrachte Zweifel an der Wahrung des Analogieverbotes klarstellend auszuräumen, lässt sich allein hieraus nicht der Schluss ziehen, dass dieses tatsächlich missachtet wurde.

cc) Die sich innerhalb der Wortlautgrenze bewegend Auslegung durch den Bundesgerichtshof erweist sich zudem 43
nicht als objektiv willkürlich. Sie entspricht dem gesetzgeberischen Willen zur durchgängigen Ahndung des Insiderhandels und verkennt auch nicht europäisches Recht.

(1) Die Annahme des Bundesgerichtshofs, der nationale Gesetzgeber habe seine Kompetenz nicht überschritten, 44
indem er den nationalen Anwendungszeitpunkt des Art. 14 MAR vorverlagerte, begegnet von Verfassungen wegen keinen Bedenken. Der Bundesgerichtshof ist mit seiner angegriffenen Entscheidung weder von bestehender Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs abgewichen, noch hat er europarechtliche Vorgaben willkürlich verkannt. Er hat sich vielmehr ausdrücklich mit der Frage der europarechtlichen Zulässigkeit der von ihm angenommenen Vorverlagerung des nationalen Anwendungszeitpunktes des Art. 14 MAR auseinandergesetzt und ist nachvollziehbar zu dem Ergebnis gelangt, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, der Verordnungsgeber habe gleich einem „umgekehrten Anwendungsvorrang“ durch die Bestimmung des Anwendungszeitpunktes den Mitgliedstaaten zugleich eine vorzeitige Anwendung verwehren wollen.

(2) Der Bundesgerichtshof ist zudem zu recht davon ausgegangen, dass der nationale Gesetzgeber den 45
europarechtlichen Ursprung der Marktmissbrauchsverordnung nicht verschleiert hat. Dem nationalen Gesetzgeber mag es zwar grundsätzlich verschlossen sein, im Anwendungsbereich einer Verordnung inhaltsgleiches nationales Recht zu setzen (EuGH, Urteil vom 10. Oktober 1973, Variola, C-34/73, Slg. 1973, S. 981 <990>; vgl. auch BVerfGE 143, 38 <57>). Hierdurch soll in erster Linie verhindert werden, dass durch eine nationale Normwiederholung Rechtsmaterien dem rein innerstaatlichen Recht unterworfen werden und die Mitgliedstaaten so die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs gleichsam umgehen (EuGH, Urteil vom 10. Oktober 1973, Variola, C-34/73, Slg. 1973, S. 981 <990>). Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben.

dd) Eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist weder gerügt, noch ist hierfür substantiiert (§ 23 Abs. 1 Satz 2, 46
§ 92 BVerfGG) vorgetragen.

c) Es kann schließlich dahinstehen, ob der durch das Zweite Finanzmarktnovellierungsgesetz eingefügte § 52 WpHG, 47
mit dem der Gesetzgeber die Geltung des lex-mitior-Grundsatzes (§ 2 Abs. 3 StGB) für vorliegende Fallgestaltungen ausschließen wollte, mit Verfassungs- und Unionsrecht vereinbar ist. Auf diesem Gesetz beruhen die - zeitlich vorher ergangenen - angegriffenen Entscheidungen nicht.

3. Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen. 48

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

49