

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, 03.03.2016

Regierungsentwurf Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz
(1. FimanoG) – BT-Drs. 18/7482 vom 08.02.2016

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

im Rahmen des nunmehr veröffentlichten Regierungsentwurfs eines 1. FimanoG ist eine Sanktionsvorschrift im Bereich des Marktmissbrauchs für sog. „qualifizierte Fälle“, in denen insbesondere ein Mitarbeiter einer Finanzaufsichtsbehörde, einer Börse oder eines Wertpapierhandelsunternehmens (nachfolgend „Tätigkeit von Mitarbeitern mit Finanzmarktbezug“) tätig wird, gegenüber dem vorherigen Referentenentwurf signifikant verschärft und in den Rang eines „Verbrechens“ erhoben; ein solches zeichnet sich bekanntlich 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 unmittelbar gleichstellt mit bzw. identisch behandelt wie gewerbsmäßig oder fortgesetzt als Bande agierende Täter (nachfolgend: „bandenmäßige Begehung“).

Zum rechtlichen Hintergrund: Es geht vorliegend um die strafrechtliche Ahndung des Tatbestandes der Marktmanipulation, wie er sich materiell in Art. 12 der Marktmissbrauchsverordnung (MAR), in Art. 5 der Marktmissbrauchsrichtlinie (MAD) und in § 15 WpHG des vorliegenden Regierungsentwurfs des MAD-Umsetzungsgesetzes (1. FimanoG) findet. Die in Rede stehenden sanktions- bzw. strafrechtliche Qualifizierung findet sich §§ 39 Abs. 3d Nr. 2 (Fall einer vorsätzlichen Begehung) i.V.m. 38 Abs. 1 Nr. 2 und 3 i.V.m. Abs. 5 Nr. 1 (bandenmäßige Begehung) und Nr. 2 (Tätigkeit von Mitarbeitern mit Finanzmarktbezug) WpHG des FimanoG. Hier war im Referentenentwurf des FimanoG vom Herbst 2015 noch die Normierung eines „Vergehens“ vorgesehen war, was in besonders schweren Fäl-

Bundesverband der Wertpapierfirmen e.V.

Sitz des Verbandes
Fasanenstraße 3
10623 Berlin

Postanschrift & Geschäftsstelle
Schillerstraße 20
60313 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
Dr. Christoph Boschan von dem Bussche
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

len mit einem Mindestmaß von sechs Monaten geahndet werden sollte. Weshalb es im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zu dieser deutlichen Verschärfung gekommen ist, *ist völlig unerklärlich und wird auch in der Begründung des Regierungsentwurfs nicht näher erläutert.* (Vorsorglich: Die vorgesehene Höchststrafe von zehn Jahren in beiden genannten Qualifizierungsfällen ist insoweit unverändert geblieben und war auch bereits im Referentenentwurf in dieser Höhe vorgesehen.)

Völlig zweifelsfrei ist, dass von Seiten des Gemeinschaftsrechts (MAR und 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 kommt der hiesige Gesetzgeber umfänglich nach, indem in den genannten qualifizierten Fällen nunmehr ein Höchstmaß von 10 Jahren normiert werden soll (Referenten- und Regierungsentwurf sind insoweit identisch). Ein solches Höchstmaß von zehn Jahren bedarf jedoch keiner „Verbrechensvorschrift“, sondern hätte auch im Rahmen einer Vergehensvorschrift normiert werden können – wie es ja im Referentenentwurf noch vorgesehen war.

Gegen die Normierung eines Verbrechens mit einem Mindestmaß von einem Jahr Freiheitsstrafe spricht vorliegend auch, dass die Straftatbestände zur Marktmanipulation – der Natur der Sache geschuldet – recht generalklauselartig gefasst und daher besonders eng am Bestimmtheitsgebot zu messen sind. Auch vor diesem Hintergrund erscheint es sachlich geboten, vorliegend im „unteren“ Bereich des Strafrahmens 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 – beispielsweise auch mit einem Mindestmaß von sechs Monaten, wie es noch im Referentenentwurf des FimanoG vorgesehen war.

Die genannten Fälle von Tätigkeiten von Mitarbeitern mit Finanzmarktbezug als *Vergehen* zu normieren, entspricht vor allem auch einer sachgemäßen Abgrenzung zu „parallelen“ Sanktionsvorschrift des § 38 Abs. 5 Nr. 1 WpHG (bandenmäßige Begehung), denn die strafrechtliche Vorwerfbarkeit bzw. der Unwertgehalt von Tätigkeiten von Mitarbeitern mit Finanzmarktbezug bleibt per se deutlich hinter Fällen einer bandenmäßigen Begehung zurück. Letztere Fallgruppe, wo eine besondere Schwere der Tat regelmäßig naheliegen dürfte, mag man als Verbrechen einstufen und es bei der im Regierungsentwurf des 1. FimanoG geplanten Regelung belassen; bei der Fallgruppe der Tätigkeit von Mitarbeitern mit Finanzmarktbezug sollte hingegen von der Normierung einer solchen Verbrechensvorschrift unbedingt Abstand genommen werden. Insoweit verbietet es sich geradezu beide Fallgruppen vom Strafrahmen her exakt identisch zu behandeln und würde ansonsten für bei der genannten Mitarbeiterregelung eklatant dem Übermaßverbot zuwiderlaufen.

Zu bedenken ist hinsichtlich der Ahndung von Tätigkeiten von Mitarbeitern mit Finanzmarktbezug auch, dass es hier bei „auffälligen“ Tätigkeiten im Bereich des Börsenhandels, die der Marktintegrität zuwiderlaufen könnten, regelmäßig zunächst zu entsprechenden Ermittlungen und Erkenntnissen des Sanktionsausschusses der Börse kommt, die über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ggf. an die Staatsanwaltschaft weitergegeben werden, die dann bei hinreichendem Tatverdacht ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren einleitet. Dabei orientiert die Staatsanwaltschaft diesen Tatverdacht und ihr Vorgehen maßgeblich an den Erkenntnissen des Sanktionsausschusses, die auf diese Weise gewissermaßen perpetuiert werden und eine gewisse „Eigendynamik“ erlangen – obwohl den Mitgliedern des Sanktionsausschusses i.a.R. eine hinlänglich ausgewiesene strafrechtliche „Expertise“ fehlen dürfte. Auch vor diesem Hintergrund einer drohenden Rechtsunsicherheit erscheint es zweckmäßig den Sanktionsrahmen für die strafrechtliche Erfassung der Tätigkeiten von Mitarbeitern mit Finanzmarktbezug im Rang eines Vergehens zu belassen und nicht als Verbrechen auszugestalten.

Unser nachhaltiges Petitum lautet daher, die Sanktionsregelung des §§ 39 Abs. 3d Nr. 2 i.V.m. 38 Abs. 1 Nr. 2 und 3 i.V.m. Abs. 5 Nr. 2 WpHG für Tätigkeiten von Mitarbeitern mit Finanzmarktbezug im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens des 1. FinanzmarktG im „Rang“ eines Vergehens zu belassen (wie es auch schon im Referentenentwurf des FinanzmarktG vorgesehen war) und nicht als Verbrechenvorschrift auszugestalten.

Zur Erläuterung vorsorglich auch noch Folgendes: Es geht vorliegend nicht darum, dass schwere bzw. qualifizierte vorsätzliche Fälle in diesem Bereich „streng“ geahndet werden und der – gegenüber dem bisherigen Recht nunmehr „nach oben hin“ erheblich ausgeweitete – Strafrahmen auch angemessen ausgenutzt wird. Man sollte aber die „untere Grenze“ dieses Strafrahmens in Bezug auf die genannten Geschäfte von Mitarbeitern mit Finanzmarktbezug mit Augenmaß nicht als Verbrechen, sondern als Vergehen ausgestalten und hier insoweit eine insgesamt etwas niedrigere „Eintrittsschwelle in den Sanktionsrahmen“ normieren.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Hans Mewes

Justiziar