



Matthias Schömann

**Die Strafbarkeit
der Marktmanipulation
gemäß § 38 Abs. 2 WpHG**

**Unter besonderer Berücksichtigung
des Phänomens des Scalping**



PETER LANG

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einleitung, Zielsetzung und Hergang der Untersuchung	1
A Einleitung.....	1
B Zielsetzung und Hergang der Untersuchung	2
Kapitel 2: Vom Kursbetrug zur Marktmanipulation – ein (kurzer) historischer Abriss.....	5
A Der Straftatbestand des Börsenbetrugs in § 88 BörsG a.F. und seine Bedeutung in der Praxis	5
B Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz.....	7
I. Allgemeine Zielsetzung des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes	7
II. Ziel der Änderung der Vorschriften über die Marktmanipulation.....	8
III. Gesetzgeberische Umsetzung der Zielvorgaben hinsichtlich der Neuregelung der Marktmanipulation	8
IV. Sonstige wesentliche Neuerungen	10
C Das Anlegerschutzverbesserungsgesetz.....	10
I. Zielsetzung des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes	11
II. Änderungen durch das Anlegerschutzverbesserungsgesetz.....	11
1. Allgemeine Änderungen.....	11
2. Änderungen der Vorschriften über die Marktmanipulation	12
3. Änderungen des Insiderrechts.....	13
D Das Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz.....	14
E Gesetz zur Änderung des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes und anderer Gesetze.....	14
Kapitel 3: Rechtsquellen der Strafbarkeit der Marktmanipulation	15
A Allgemeine Ausführungen	15
B Die Rechtsquellen im Einzelnen	15
I. Das Verwaltungsverbot des § 20a WpHG	15
1. Objektiver Tatbestand	15
2. Subjektiver Tatbestand	16
3. Sonstige Regelungen.....	17
II. Die Ordnungswidrigkeit nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 und 2 und Abs. 2 Nr. 11 WpHG.....	18
1. Die Blanketttatbestände des § 39 Abs. 1 Nr. 1 und 2 und Abs. 2 Nr. 11 WpHG	18
2. Zulässigkeit der Einstufung der Marktmanipulation als bloße Ord- nungswidrigkeit?	19
3. Auswirkungen auf Manipulationshandlungen vor dem Inkrafttreten des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes	19
III. Der Straftatbestand nach § 38 Abs. 2 WpHG	20
IV. Die Marktpreismanipulationsverordnung (MaKonV)	20
V. Europarechtliche Rechtsquellen	21

1. Die Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28 Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch).....	21
2. Verordnung Nr. 2273/2003 der Kommission vom 22. Dezember 2003	22
3. Richtlinie 2003/124/EG vom 22. Dezember 2003.....	22
4. Richtlinie 2004/125/EG vom 22. Dezember 2003.....	22
5. Richtlinie 2004/72/EG vom 29. April 2004	22
C Zusammenfassung.....	23
Kapitel 4: Die Voraussetzungen der Strafbarkeit der Marktmanipulation nach den Änderungen durch das Anlegerschutzverbesserungsgesetz	24
A Verfassungsmäßigkeit des § 38 Abs. 2 WpHG.....	24
I. Vereinbarkeit von § 38 Abs. 2 WpHG mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG	24
1. Hinreichende Bestimmtheit trotz Verwendung eines Blanketttatbestands?	24
2. Hinreichende Bestimmtheit trotz dynamischer Verweisung?.....	25
3. Hinreichende Bestimmtheit trotz Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe?	26
a) „Umstände, die für die Bewertung von Finanzinstrumenten erheblich sind“ gemäß § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WpHG	27
b) „sonstige Täuschungshandlungen“ gemäß § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG.....	28
II. Vereinbarkeit mit Art. 20 Abs. 2 GG	31
III. Verfassungsmäßigkeit der Verordnungsermächtigung in § 20a Abs. 5 WpHG.....	32
1. Verfassungsmäßigkeit des § 20a Abs. 5 Nr. 1-3 WpHG	32
2. Verfassungsmäßigkeit des § 20a Abs. 5 Nr. 4	32
3. Verfassungsmäßigkeit des § 20a Abs. 5 Nr. 5 WpHG.....	34
IV. Zusammenfassung	34
B Geschütztes Rechtsgut/Schutzzweck des § 38 Abs. 2 WpHG	35
I. Darstellung der unterschiedlichen Ansichten	35
1. Zuverlässigkeit und Wahrheit der Preisbildung an den Börsen und Märkten	35
2. Funktionsfähigkeit der organisierten Märkte	35
3. Schutz der Anleger und deren Vermögen	35
II. Stellungnahme	35
III. Ergebnis	38
C Tatbestandsmäßigkeit.....	38
I. Objektiver Tatbestand der Strafbarkeit der Marktmanipulation gemäß § 38 Abs. 2 in Verbindung mit § 39 Abs. 2 Nr. 11 und § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 1. Alt. WpHG.....	39
1. Handelsgegenstände	39
2. Handelseinrichtungen	40
3. Tathandlung	41

a) „Machen“ von Angaben	42
b) Unrichtig oder irreführend	43
c) Bewertungserhebliche Umstände	44
(I) Konkretisierung durch die MaKonV	45
(1) Generalklauselartige Konkretisierung	45
(2) Bewertung	45
(a) Tatsachen und Werturteile als Umstände	45
(b) Anlageentscheidung eines verständigen Börsenanlegers	46
(aa) Der verständige Anleger als Vergleichsmaßstab?	46
(bb) Konkretisierung durch Auslegung	47
(aaa) Institutioneller Anleger oder Privatanleger als Ver-	
gleichsmaßstab?	47
(bbb) Verständig = börsenkundig?	48
(ccc) Eingrenzung	48
(ddd) Ex ante oder ex post Betrachtung?	49
(cc) Zusammenfassung	49
(3) Einzelfälle	49
(a) Einzelfälle nach § 2 Abs. 2 MaKonV	50
(b) Bewertung	50
(c) Einzelfälle nach § 2 Abs. 3 MaKonV	51
(d) Einzelfälle nach § 2 Abs. 4 MaKonV	51
(e) Bewertung der Abs. 3 und 4	51
(II) Zusammenfassung	52
d) Geeignetheit der Einflussnahme auf den Börsen- oder Marktpreis ..	52
4. Einwirken auf den Börsen- oder Marktpreis	53
a) Einwirken als tatbestandlicher Erfolg?	53
b) Stellungnahme	54
c) Relevanter Zeitpunkt der tatbestandlichen Handlung in Bezug auf	
den Taterfolg	55
d) Börsen- oder Marktpreis	58
e) Exkurs: Börsen- oder Marktpreis von Waren und ausländischen	
Zahlungsmitteln gemäß § 38 Abs. 2 a.F. WpHG	58
f) Einwirken auf den Börsen- oder Marktpreis/Kausalität	59
(I) Problemendarstellung	60
(II) Der Lösungsansatz des BGH	60
(III) Kritik am Lösungsansatz des BGH	61
(IV) Das Kriterium der Anlagestimmung	61
(V) Kriterien für den Nachweis der tatsächlichen Einwirkung	62
(VI) Zusammenfassung	63
II. Objektiver Tatbestand der Strafbarkeit der Marktmanipulation gemäß	
§ 38 Abs. 2 in Verbindung mit § 39 Abs. 2 Nr. 11 und § 20a Abs. 1 S. 1	
Nr. 1, 2. Alt. WpHG	63
1. Handelsgegenstand, Handelseinrichtungen Erfolg und Geeignetheit	
zur Einwirkung auf den inländischen Börsen- oder Marktpreis	63
2. Täterkreis	63

3. Verschweigen von bewertungserheblichen Umständen entgegen einer Rechtsvorschrift	64
a) Verschweigen bewertungserheblicher Umstände	64
b) Entgegen bestehender Rechtsvorschriften	64
4. Einwirken auf den Börsen- oder Marktpreis	65
III. Objektiver Tatbestand der Strafbarkeit der Marktmanipulation gemäß § 38 Abs. 2 WpHG in Verbindung mit § 39 Abs. 1 Nr. 1 WpHG und § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WpHG	65
1. Handelsgegenstände und -einrichtungen	66
2. Vornahme von Geschäften	66
3. Erteilung von Kauf- oder Verkaufsaufträgen	66
4. Falsche oder irreführende Signale für das Angebot, die Nachfrage oder den Kurs von Finanzinstrumenten oder ein künstliches Preisniveau	67
a) Konkretisierung durch § 3 MaKonV	68
b) Bewertung	69
5. Tatbestandsbeschränkung durch § 20a Abs. 2 WpHG	69
a) Zulässige Marktpraxis	70
b) Legitime Gründe	70
c) Rechtsfolgen	71
d) Bewertung	71
IV. Objektiver Tatbestand der Strafbarkeit der Marktmanipulation gemäß § 38 Abs. 2 WpHG in Verbindung mit § 39 Abs. 1 Nr. 2 WpHG und § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG	72
1. Gesetzgeberische Entwicklung und Zielsetzung	72
2. Definition der „sonstigen Täuschungshandlung“	74
a) Konkretisierung der sonstigen Täuschungshandlungen in § 4 MaKonV	75
b) Bewertung	75
3. Geeignetheit zur Einwirkung auf den Börsen- oder Marktpreis	78
4. Zusammenfassung	79
V. Subjektiver Tatbestand	80
D Rechtswidrigkeit	80
E Schuld	81
F § 20a Abs. 6 WpHG – Privilegierungstatbestand für Journalisten	82
I. Tatbestandsvoraussetzung	82
1. Journalisten	82
2. In Ausübung ihres Berufes	83
3. Berufsständische Regelungen	84
4. Direkter oder indirekter Nutzen bzw. Abschöpfen eines Gewinns	85
a) Schöpfen eines Gewinns	85
b) Direkter Nutzen	85
c) Indirekter Nutzen	86
II. Dogmatische Einordnung und Rechtsnatur des § 20a Abs. 6 WpHG	86

III. Analoge Anwendung des § 20 Abs. 6 WpHG auf Handlungen nach § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG?	86
G Tatbestandsbeschränkung aufgrund der Safe-Harbour-Regelungen	87
H § 38 Abs. 2 WpHG spezifische Irrtumskonstellationen	87
I. Irrtümer aufgrund des Blankettcharakters der Norm	87
II. Irrtum über die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe	88
III. Irrtum über das Eingreifen der Safe-Harbour-Regeln/Vorliegen einer zulässigen Marktpraxis	89
1. Dogmatische Einordnung und Rechtsnatur der Safe-Harbour-Regeln	89
a) Ausschluss auf Tatbestandsebene	89
b) Ergebnis	90
2. Rechtsnatur einer zulässigen Marktpraxis	90
3. Auswirkungen des Irrtums auf die Strafbarkeit	90
4. Sonderfall: Safe-Harbour-Vorschriften die spezielle Anforderungen an das Nachtatverhalten stellen	91
Kapitel 5: Einzelne Tatmodalitäten	93
A Einleitung	93
B Arten der Manipulation	93
I. Handelsgestützte Manipulationen	93
1. Effektive Geschäfte	93
a) Short Sales (Leerverkäufe)	94
b) Marking the close	95
c) Cornering	95
d) Abusive squeezes	96
e) Frontrunning	96
2. Fiktive Geschäfte	97
a) Improper Matched Orders	97
b) Pumping and Dumping	97
c) Wash Sales	98
d) Weitere Untergruppen der fiktiven Geschäfte	98
3. Exkurs: Maßnahmen der Kurspflege	98
a) Definition des Begriffs der Kurspflege und Abgrenzung	98
b) Tatbestandsmäßigkeit einer Kurspflegemaßnahme	99
(I) Rückkaufprogramme	99
(II) Kursstabilisierungsmaßnahmen	100
c) Safe-Harbour-Richtlinien	100
(I) Regelungsbedürfnis	100
(II) Gesetzgeberische Entwicklung	101
(1) Europarecht	101
(2) Nationales Recht	102
(3) Exkurs: Anwendbarkeit von Rechtsnormen bei Existenz sich zeitlich überschneidender Verordnungen des europäischen und des nationalen Rechts	102
(a) Ansicht der Kommission und des Verordnungsgebers der KuMaKV	103

(b) Ansicht der Literatur	103
(c) Diskussion	103
(d) Ergebnis	105
(III) Rechtslage de lege lata	105
(1) Rückkaufprogramme	105
(2) Kursstabilisierungsmaßnahmen	106
(a) Anwendungsbereich.....	106
(b) Stabilisierungsmaßnahmen gemäß Art. 7 ff. Verordnung (EG) Nr. 2273/2003 der Kommission	106
(aa) Begriff der Kursstabilisierung	106
(bb) Stabilisierungszeitraum.....	106
(cc) Bekanntgabepflichten.....	107
(dd) Dokumentationspflichten	108
(ee) Zentrale Auskunftsstelle.....	108
(ff) Spezielle Kursbedingungen	109
(c) Ergänzende Kursstabilisierungsmaßnahmen gemäß Art. 11 Verordnung (EG) Nr. 2273/2003 der Kommission	109
(aa) Begriff der ergänzenden Kursstabilisierungsmaß- nahmen	109
(bb) Bedingungen für ergänzende Kursstabilisierungsmaß- nahmen	109
(3) Ausländische Stabilisierungsregeln.....	109
(4) Bewertung	110
d) Maßnahmen der Kurspflege außerhalb der Safe-Harbour-Rege- lungen	110
(I) Kurspflegemaßnahmen im Vorfeld einer Emission.....	112
(1) Kurspflegemaßnahmen im Vorfeld von Neuemissionen	112
(a) Problemaufriss	112
(b) Tatbestandsmäßigkeit der Handlung nach § 38 Abs. 2 WpHG	113
(aa) Voraussetzungen des § 20a Abs. 1 WpHG.....	113
(bb) Fehlender Börsen- oder Marktpreis zum Zeitpunkt der Manipulationshandlung	114
(c) Schutzbedürftigkeit von Kurspflegemaßnahmen im Vorfeld einer Neuemission	114
(2) Maßnahmen der Kurspflege im Vorfeld von Sekundärplatzierungen	116
(II) Kurspflegemaßnahmen nach einer Emission die außerhalb der Verordnung (EG) Nr. 2273/2003 der Kommission liegen.....	117
(1) Maßnahmen die nach Art. 9 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2273/2003 der Kommission angekündigt worden sind	117
(2) Maßnahmen ohne vorherige Ankündigung – ad hoc Maß- nahmen	119
(III) Dogmatische Einordnung von (erlaubten) Kursstabilisierungs- maßnahmen die außerhalb der Safe-Harbour-Richtlinien liegen.....	119

e) Zusammenfassung.....	120
II. Handlungsgestützte Manipulationshandlungen	120
III. Informationsgestützte Manipulationshandlungen	122
IV. Der Sonderfall des Scalping	122
1. Definitionen	123
a) Definition des BGH.....	123
b) Definition des Verordnungsgebers der KuMaKV	124
c) Definition des Europäischen Richtliniengebers und des Verordnungsgebers der MaKonV.....	124
d) Definition im Entwurf einer Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über Insidergeschäfte und Marktmanipulation	124
e) Definitionen in der Literatur	124
2. Bewertung der vorgestellten Definitionen	125
a) Kritik an den einzelnen Ansätzen	125
(I) Der Ansatz des BGH.....	125
(II) Der Ansatz des Verordnungsgebers der KuMaKV	126
(III) Definition des Europäischen Richtliniengebers und des Verordnungsgebers der MaKonV	126
(IV) Definition im Entwurf einer Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über Insidergeschäfte und Marktmanipulation.....	126
(V) Definitionen in der Literatur	127
b) Zusammenfassung.....	127
3. Einordnung der einzelnen Handlungsabschnitte des Scalpings in das Normengefüge der Verbotstatbestände des § 20a Abs. 1 WpHG... ..	128
a) Der Kauf bzw. Verkauf im Vorfeld der Empfehlung.....	128
(I) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WpHG.....	128
(II) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG.....	129
(III) Zusammenfassung	129
b) Die Empfehlung des Finanzinstrumentes.....	129
(I) Empfehlung wird mit einer unwahren Tatsache über einen bewertungserheblichen Umstand begründet	129
(1) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WpHG	130
(2) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG	130
(II) Empfehlung wird mit einer wahren Tatsache über einen bewertungserheblichen Umstand begründet	130
(1) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WpHG	131
(2) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG	131
(a) Fehlende Offenbarung eines Interessenkonflikts als sonstige Täuschung?	132
(aa) Verfassungsrechtliche Bedenken	132
(bb) Sonstige Erwägungen.....	135
(cc) Ergebnis	136
(b) Fehlende Offenbarung des eigennützigen Zwecks der Empfehlung als sonstige Täuschungshandlung?	136

(aa) Kritik und Stellungnahme	137
(bb) Geeignetheit zur Einwirkung auf den Börsen- oder Marktpreis	139
(cc) Kausalität zwischen Täuschungshandlung und Beein- flussung des Börsen- oder Marktpreises	140
(c) Grundsätzliche Kritik an der Einordnung von Empfehl- ungen die mit wahren und bewertungserheblichen Tatsachen begründet werden als sonstige Täuschungshandlung	141
(3) Zusammenfassung	142
(III) Empfehlung wird mit einer unwahren Tatsache über einen nicht bewertungserheblichen Umstand begründet	144
(1) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WpHG	144
(2) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG	144
(IV) Empfehlung wird mit einer wahren Tatsache über einen nicht bewertungserheblichen Umstand begründet	145
(1) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WpHG	145
(2) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG	145
(V) Empfehlung wird nicht begründet oder aber mit einer nicht mit Tatsachen untermauerten Wertung/Prognose	145
(1) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WpHG	146
(2) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG	146
(VI) Sonderfall: Ausstreuen von Gerüchten	146
(1) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WpHG	147
(2) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG	147
(3) Ergebnis und Bewertung	148
c) Kauf oder Verkauf des Wertpapiers nach der Empfehlung	149
(I) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WpHG	149
(II) § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG	149
d) Zusammenfassung	149
C Zusammenfassung	150
Kapitel 6: Täterschaft und Teilnahme an einer Marktmanipulation	152
A Mittäterschaft	152
B Mittelbare Täterschaft	152
C Anstiftung	153
D Beihilfe	153
Kapitel 7: Abgrenzung zu und Überschneidungen mit anderen Tatbe- ständen des Straf- und Ordnungswidrigkeitsrechts	154
A Abgrenzung zu § 39 WpHG	154
B Abgrenzung zu den Insiderdelikten nach § 38 Abs. 1 WpHG	154
I. Denkbare Überschneidungen	154
II. Der Sonderfall des Scalping im Hinblick auf die Empfehlungsabsicht ...	154
1. Strafbarkeit des Scalpers nach § 38 Abs. 1 Nr. 2 WpHG	155
a) Die Empfehlungsabsicht – eine Insiderinformation?	155
b) Der Scalper ein Insider?	157
c) Ergebnis	159

2. Strafbarkeit des Scalpers gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 1 WpHG.....	159
a) Verwenden einer Insiderinformation.....	159
b) Ergebnis	159
3. Zusammenfassung	160
III. Sonstige Überschneidungen beim Scalping	160
1. § 38 Abs. 1 Nr. 1 WpHG	161
2. § 38 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 39 Abs. 2 Nr. 4 WpHG	161
C Abgrenzung zum Betrug gemäß § 263 StGB	161
D Abgrenzung zum Kapitalanlagebetrug gemäß § 264a StGB.....	162
E Abgrenzung zu § 400 AktG	162
F Abgrenzung zur Verleitung zu Börsenspekulationsgeschäften gemäß.....	163
§ 49 BörsG.....	163
Kapitel 8: Verfahrensrechtliche Besonderheiten	164
A Örtliche und sachliche Zuständigkeit der Gerichte	164
I. Örtliche Zuständigkeit.....	164
1. Tatort als Gerichtsstand	164
a) Gerichtsstand beim Ort der Handlung als Tatort.....	164
b) Gerichtsstand beim Ort des Erfolgeintritts als Tatort.....	164
c) Eingrenzung durch § 7 Abs. 2 StPO.....	165
2. Wohnsitz oder Aufenthaltsort als Gerichtsstand	165
3. Ergreifungsort als Gerichtsstand.....	165
II. Sachliche Zuständigkeit	165
B Verjährung.....	166
I. Verjährung nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches.....	166
II. Verjährung nach den Vorschriften der Pressegesetze der Länder	166
C Strafzumessung	168
I. Zu erwartendes Strafmaß	168
II. Strafzumessungsgesichtspunkte	168
D Sonstige Rechtsfolgen einer Marktmanipulation	168
I. Verfall	168
II. Verfall der Wertersatzes	169
III. Erweiterter Verfall	169
IV. Berufsverbot.....	169
V. Bußgeld.....	170
VI. Sonstige Maßnahmen.....	170
E Sanktionen gegen juristische Personen des Privatrechts und deren Or- gane.....	170
Kapitel 9: Zusammenfassung und Ausblick.....	172
A Zusammenfassung	172
B Ausblick	173