Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht und Polizeirecht

19

Nick Hachmann

Verdachtsmeldepflichten im Strafprozess

Zu den Grenzen der Einbeziehung Privater in das Vorfeld strafprozessualer Ermittlungen

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht
und Polizeirecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Mark A. Zöller, Ludwig-Maximilians-Universität München

Band 19

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nick Hachmann

Verdachtsmeldepflichten im Strafprozess

Zu den Grenzen der Einbeziehung Privater in das Vorfeld strafprozessualer Ermittlungen

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de und über die Zentralbibliothek Zürich (www.zb.uzh.ch) abrufbar.

Zugl.: Zürich, Univ., Diss., 2023

1. Auflage 2024

© Nick Hachmann

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1164-3
ISBN (ePDF): 978-3-7489-1726-7

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748917267

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Meiner Familie

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahrssemester 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand von Februar 2023.

Mein herzlicher Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Frank Meyer,* LL.M. (Yale), für die hervorragende wissenschaftliche Betreuung der Arbeit, insbesondere für die konstruktiven Anregungen und den nötigen Freiraum, den er mir bei der Anfertigung meiner Dissertation gelassen hat. Außerdem will ich ihm – überhaupt – für die wunderbare Zeit am Lehrstuhl danken, die mich (so floskelhaft es auch klingen mag) akademisch wie persönlich sehr geprägt hat. Herrn PD Dr. *Julian Mausbach* danke ich für die zügige Zweitbegutachtung und Herrn Prof. Dr. *Mark A. Zöller* für die Aufnahme in seine Schriftenreihe.

Zu besonderem Dank bin ich außerdem dem Schweizer Nationalfonds verpflichtet, der die Open-Access-Publikation dieser Arbeit großzügig gefördert hat.

Ich will ferner meinen ehemaligen Lehrstuhlkolleginnen und -kollegen für das unterstützende und freundschaftliche Miteinander danken. Die Zeit in Zürich wird mir auch Euretwegen in guter Erinnerung bleiben. Ein freundschaftliches Dankeschön will ich *Oliver Jany* gegenüber aussprechen, der sich – sei es nur kurz zwischen Drucker und Kaffeemaschine oder ausgiebig bei Pizza und einem Glas Wein – geduldig meine (oft nicht ganz ausgereiften) Ideen anhören musste.

Mein größter Dank gebührt meiner Familie, allen voran meinen Großeltern *Doris* und *Ulrich Kues* sowie meinen Eltern *Alexandra Kues* und *Klaus Hachmann*. Euer bedingungsloser Rückhalt hat mir diesen Weg überhaupt ermöglicht. Ich danke Euch aus tiefstem Herzen! Undenkbar gewesen wäre die Fertigstellung dieser Arbeit schließlich ohne meine Verlobte *Romina,* die mir in ihrer bestärkenden Art eine größere Stütze gewesen ist, als sie es vermuten mag. Ihnen allen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Spätsommer 2023 *Nick Hachmann*

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 19

Einleitung 27

A. Zum Untersuchungsgegenstand 27

B. Zu dem Gang und den Grenzen der Untersuchungen 32

Teil 1: Phänomenologie 35

A. Die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht, § 43 Abs. 1 GwG 35

I. Zugrunde liegende Tatbestände 35

1. Geldwäsche, § 261 StGB 36

a. Normgenese 36

b. Normzweck 40

c. Deliktsnatur 42

d. Tatbestandsmäßigkeit 44

aa. Tathandlungen 46

bb. Tatbestandsausschlüsse 48

2. Terrorismusfinanzierung i. S. v. § 1 Abs. 2 GwG 51

a. Normgenese 51

aa. Völker- und europarechtliche Entwicklung des Terrorismusbegriffs und die Ahndung seiner Finanzierung 52

i. Die Entwicklung eines strafrechtlichen Terrorismusbegriffs 52

ii. Die Ahndung der Terrorismusfinanzierung 55

bb. Nationale Entwicklungen der §§ 89c, 129a, 129b StGB 58

b. Normzweck 61

c. Deliktsnatur 63

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d. Tatbestandsmäßigkeit 65
aa. Terrorismusfinanzierung i. S. v. § 1 Abs. 2 Nr. 1 GwG 65
i. Finanzierungskomponente 65
ii. Bildung einer (ausländischen) terroristischen Vereinigung, §§ 129a, 129b StGB 66
iii. Relevante Tatbestände der Terrorismus-RL 68
bb. Terrorismusfinanzierung i. S. v. § 1 Abs. 1 Nr. 2 GwG i. V. m. § 89c StGB 68
i. § 89c Abs. 1 StGB 68
ii. § 89c Abs. 2 StGB 71
3. Verstoß gegen § 11 Abs. 6 S. 3 GwG 71
a. Voraussetzungen 73
b. Rechtsfolgen 74
II. Meldepflicht von Verpflichteten, § 43 Abs. 1 GwG 74
1. Hintergrund 75
a. Historik 75
b. Zuständige Meldebehörde 78
c. Regelungszweck 80
2. Technische Funktionsweise 86
a. Persönlicher Anwendungsbereich 86
b. Meldevoraussetzungen 88
aa. Vorliegen von Tatsachen 88
bb. Verdachtsgrad 89
cc. Meldepflichtige Sachverhalte 92
i. Verdacht auf Zusammenhang einer Geldwäschevortat, § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG 92
ii. Verdacht auf Terrorismusfinanzierung, § 43 Abs. 1 Nr. 2 GwG 95
iii. Verdacht auf Offenlegungspflichtenverstoß, § 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG 95
c. Verdachtskriterien 96
aa. „Risk-Based-Approach" als Zentralmaxime interner Sorgfalts- und Sicherungsmaßnahmen 97
bb. Verdachtsansätze 98
i. Kundensorgfaltspflichten 98
ii. Risikomanagementsysteme 100
iii. Spontane Informationseinholung 102

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cc. Ermittlungsmaßstab 102
i. Untersuchungspflicht, § 15 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 6 Nr. 1 GwG 103
ii. Verordnungsermächtigung, § 43 Abs. 5 GwG 104
iii. Verordnungsermächtigung, § 43 Abs. 6 GwG 104
iv. Auslegungs- und Anwendungshinweise 106
dd. Fazit 108
d. Formelle Anforderungen 109
e. Weiteres Behördenverfahren 110
3. Sanktionen bei Zuwiderhandlungen 112
a. Ordnungswidrigkeit, § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 69 GwG 112
aa. Allgemeines 112
bb. Tatbestand 114
b. Beihilfe zur Geldwäsche § 261 Abs. 1 StGB i. V. m. § 27 Abs. 1 StGB und leichtfertige Mitwirkung, § 261 Abs. 6 StGB 114

B. Die Verdachtsmeldepflicht bei Insiderhandel und Marktmanipulation, Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 MAR 116
I. Zugrunde liegende Tatbestände 116
1. Verbot des Insiderhandels, Art. 14 lit. a MAR 118
a. Normgenese 118
b. Normzweck 121
c. Deliktsnatur 123
d. Tatbestandsmäßigkeit 124
aa. Begriff der Insiderinformation, Art. 7 MAR 124
i. Präzise Information mit Emittenten- oder Finanzinstrumentenbezug 125
ii. Fehlende öffentliche Bekanntheit 125
iii. Kurserheblichkeit 126
bb. Insidergeschäfte, Art. 14 lit. a MAR i. V. m. Art. 8 Abs. 1 MAR 127
i. Erwerb oder Veräußerung von Finanzinstrumenten 127
ii. Stornieren oder Ändern von Aufträgen 128
iii. Nutzung einer Insiderinformation 129
iv. Legitime Handlungen, Art. 9 MAR 130
2. Verbot der Marktmanipulation, Art. 15 MAR 130
a. Normgenese 131

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Normzweck 132
c. Deliktsnatur 133
d. Tatbestandsmäßigkeit 133
aa. Handelsgestützte Marktmanipulation nach Art. 15, 12 Abs. 1 lit. a MAR 134
i. Tatbestand 134
ii. Kein Ausschluss 136
bb. Handelsgestützte Marktmanipulation nach Art. 15, 12 Abs. 1 lit. b MAR 137
cc. Referenzwertmanipulation nach Art. 15, 12 Abs. 1 lit. d. Var. 3 MAR 138
dd. Zwingende Beispiele, Art. 12 Abs. 2 MAR 139
II. Meldepflicht zur Vorbeugung und Aufdeckung von Marktmissbrauch, Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR 141
1. Hintergrund 142
a. Historik 142
b. Zuständige Meldebehörde 144
c. Regelungszweck 147
2. Technische Funktionsweise 149
a. Persönlicher Anwendungsbereich 149
b. Meldevoraussetzungen 150
aa. Verdachtsanknüpfung 150
bb. Verdachtsgrad 151
c. Verdachtskriterien 155
aa. Verdachtsansätze 156
i. Rechtsgrundlagen 157
ii. Anforderungen 159
iii. Erkenntnisquellen für Verdachtsmeldungen 160
bb. Ermittlungsmaßstab 165
i. Ausgestaltung des Überwachungssystems nach Art. 16 Abs. 1, Abs. 2 MAR 165
ii. „Conflict-Clearing“ 166
cc. Zwischenfazit 167
d. Formelle Anforderungen 168
e. Weiteres Behördenverfahren 169
3. Sanktionen bei Zuwiderhandlung 171

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

C. Anzeige von Verdachtsfällen bei ungedeckten Leerverkäufen und Credit Default Swaps (CDS), § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG 173
I. Zugrunde liegende Tatbestände 173
1. Normgenese 174
2. Normzweck und Deliktsnatur 177
3. Tatbestandsmäßigkeit 178
a. Ungedeckte Leerverkäufe in Aktien und von öffentlichen Schuldtiteln, Art. 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO 178
aa. Leerverkauf 179
bb. Unzureichende Deckung 182
b. Credit Default Swaps (CDS) auf öffentliche Schuldtitel, Art. 14 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO 184
aa. Credit Default Swaps (CDS) 184
bb. Transaktion 185
cc. Ungedeckte Position 186
4. Sanktionen bei Zuwiderhandlung 186
II. Anzeige von Verdachtsfällen, § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG 187
1. Hintergrund 188
a. Historik 188
b. Zuständige Meldebehörde 189
c. Regelungszweck 189
2. Technische Funktionsweise 190
a. Persönlicher Anwendungsbereich 190
b. Meldevoraussetzungen 192
aa. Feststellung von Tatsachen 192
bb. Geschäft 192
cc. Verdachtsgrad 193
c. Verdachtskriterien 195
d. Formelle Anforderungen 197
e. Weiteres Behördenverfahren 198
3. Sanktionen bei Zuwiderhandlung 199

Teil 2: Bestandsaufnahme 201

A. Ausführung zu den zugrunde liegenden Verbotstatbeständen 202
I. Entmaterialisierter Schutzauftrag? 202
II. Überwiegende Ausgestaltung als Gefährdungsdelikte 204
III. Unbestimmte Tatbestandsmerkmale 205

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Konsequenz für Verdachtsmeldepflichten 208

B. Verdachtsgrade 209

I. Einordnung 210
II. Schlussfolgerungen 214

C. „Verdachtsermittlungen“ 216

I. Tatsachenermittlungen 217
1. Ausmaß der durch Verdachtsmeldepflichten vorgeschriebenen Tatsachenermittlungen 218
2. Belastungen für Meldepflichtige 220
II. Rechtliche Würdigung 220
1. Nahezu ausschließliche Tatsachenbewertung im Rahmen von § 43 Abs. 1 GwG? 221
2. Umfassendere Bewertung im Rahmen von Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 1 MAR, § 23 Abs. 1 WpHG? 224
III. Zwischenfazit 225

D. Meldepflichtige 226

E. Zwischenfazit 230

Teil 3: Rechtliche Bewertung von Verdachtsmeldepflichten im Strafprozess 233

A. Rechtssystematische Qualifizierung der aus Verdachtsmeldepflichten entspringenden Aufgaben 235

I. Verdachtsmeldepflichten im Gefüge des Strafverfahrens 235
II. Möglichkeit der Strafverfolgung im Vorfeld eines Anfangsverdachts? 238
1. Fallgruppen 241
a. Vorermittlungen 241
b. Vorfeldermittlungen 242
c. Initiativermittlungen 244
2. Zwischenfazit 245
III. Zulässiges staatliches Tätigwerden im Vorfeld durch Verdachtsmeldepflichten? 246
1. Einordnung von Ermittlungen im Rahmen der Verdachtsmeldepflichten 246
2. Konsequenzen 248
3. Bewertung für Ordnungswidrigkeiten 249

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Zwischenergebnis 250
B. Privatisierung durch Verdachtsmeldepflichten im Strafverfahren 250
I. „Privatisierungsfestigkeit" der Strafverfolgung? 252
1. Privatisierungsdogmatik – Die öffentliche Aufgabe 253
2. Grenzen der Privatisierung 255
3. „Privatisierungsfeste" Staatsaufgaben 257
4. Grenzen der Privatisierung in der Strafverfolgung 259
a. 1. Stufe: Strafverfolgung als notwendige Staatsaufgabe 260
aa. Strafverfolgung als Ausdruck staatlicher Friedens- und Sicherheitsgewährleistung 261
bb. Determinierung der Friedens- und Sicherheitsgewährleistung in der Verfassung 264
cc. Zwischenergebnis 265
b. 2. Stufe: Absoluter Staatsvorbehalt im Strafverfahren 265
aa. Richtervorbehalt – Art. 92 GG 266
i. Art. 92 GG als absoluter Staatsvorbehalt 266
ii. Ausprägung im Strafverfahren 268
iii. Zwischenergebnis 270
bb. Funktionsvorbehalt – Art. 33 Abs. 4 GG 270
i. Art. 33 Abs. 4 GG als absoluter Staatsvorbehalt 271
ii. Zwischenergebnis 272
cc. Institutionelle Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege 272
i. Begriff 272
ii. Herleitung aus der staatlichen Gewährleistung öffentlicher Sicherheit und Frieden 274
iii. Ausgestaltung des „privatisierungsfesten" Staatsaufgabenkerns in der Strafverfolgung 275
iv. Lösungsmöglichkeiten 277
v. Zwischenergebnis 282
dd. Absoluter Staatsvorbehalt durch ein „Grundrecht auf Sicherheit" 282
c. Zwischenergebnis 283
II. Zulässigkeit von privaten Verdachtsdetektionssystemen auf staatlicher Veranlassung 284
1. Privatisierungsmodus 285
a. Materielle, formelle und funktionale Privatisierung 285

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:28:59
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Indienst- bzw. Inpflichtnahme Privater 286
aa. Begriffsüberblick 286
bb. Pflichteninhalt 289
i. Eingrenzung des öffentlichen Aufgabenbegriffs 289
ii. Rechtskreisverkleinerung 290
cc. Fremdnützigkeit 291
dd. Fazit 292
2. Einordnung der aus Verdachtsmeldepflichten entspringenden Ermittlungen 293
a. Vorüberlegungen 293
b. Verdachtsmeldepflichten als gesetzliche Indienstnahme Privater 294
aa. Zwangsweise Übernahme einer öffentlichen Aufgabe 294
bb. Pflichteninhalt 295
c. Zwischenergebnis 297
3. „Privatisierungsfestigkeit" der durch Verdachtsmeldepflichten übertragenen Aufgaben 298
a. Einwände gegen eine Beeinträchtigung der institutionellen Garantie durch Verdachtsmeldepflichten 298
aa. Funktionstüchtige Strafrechtspflege im Verdachtsvorfeld? 298
bb. Verdachtsmeldepflichten als zusätzliches Ermittlungsinstrument? 301
cc. Zwischenergebnis 302
b. Zweckverfehlung 303
aa. Souveränitätsverlust durch ausufernden Ermittlungsgegenstand? 303
bb. Souveränitätsverlust durch ausufernden Ermittlungsrahmen? 305
cc. Souveränitätsverlust durch ausufernden Kreis von Meldepflichtigen? 309
4. Fazit 310

Resümee 313

A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse 313

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. Ausblick 315
I. „Objektivierung" der Meldegegenstände aus § 43 Abs. 1 GwG 316
II. Anpassung des Ermittlungsrahmens 318

Literaturverzeichnis 321

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abkürzungsverzeichnis

§/§§	Paragraf(en)
aA	andere(r) Ansicht
ABl.	Amtsblatt (der Europäischen Union)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
Alt.	Alternative
aM	andere(r) Meinung
amtl.	amtlich(e)
Anm.	Anmerkung(en)
AnnuRevFinancEcon	Annual Review of Financial Economics (Zeitschrift)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Arg.	argumentum
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
ausf.	ausführlich
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Bayern-GDVG	Gesundheitsdienst- und Verbraucherschutzgesetz des Freistaats Bayern
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BDK	Bund Deutscher Kriminalbeamter
Beschl.	Beschluss
BewHi	Bewährungshilfe (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (amtliche Sammlung)
BJagdG	Bundesjagdgesetz
BKA	Bundeskriminalamt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMI	Bundesministerium des Innern und für Heimat
BNotK	Bundesnotarkammer
BörsG	Börsengesetz
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BReg	Bundesregierung
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BtM	Betäubungsmittel
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CB	Compliance Berater (Zeitschrift)
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CDS	Credit Default Swap(s)
CESR	Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden für das Wertpapierwesen
DAR	Deutsches Autorecht (Zeitschrift)
dass./ders./dies.	dasselbe/derselbe/dieselbe
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
Del-VO	Delegierte Verordnung
dms	Der moderne Staat (Zeitschrift)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DSRITB	Deutsche Stiftung für Recht und Informatik Tagungsband
dt.	deutsch

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

DurchfVO	Durchführungsverordnung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
E	Entscheidung
EBA	Europäische Bankenaufsichtsbehörde
ed.	Edition
EG	Erwägungsgrund
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EL	Ergänzungslieferung (Loseblattsammlung)
ELJ	European Law Journal (Zeitschrift)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
engl.	englisch
ESMA	Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde
EStG	Einkommenssteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FATF	Financial Action Task Force on Money Laundering
f./ff.	folgende/fortfolgende
FIU	Financial Intelligence Unit
FLF	Finanzierung, Leasing und Factoring (Zeitschrift)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GrC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GrStG	Grundsteuergesetz
GS	Gedenkschrift

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

GSZ	Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht
GVRZ	Zeitschrift für das Gesamte Verfahrensrecht
GwG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten
GwGMeldV-Immobilien	Verordnung zu den nach dem Geldwäschegesetz meldepflichtigen Sachverhalten im Immobilienbereich
Hdb.	Handbuch
Hg.	Herausgeber(in)
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. d. / i. S. v.	im Sinne des / von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
IndLawRev	Indiana Law Review
IOSCO	Internationale Organisation der Wertpapieraufsichtsbehörden
IWF	Internationaler Währungsfonds
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JFC	Journal of Financial Crime (Zeitschrift)
JFL	Journal of Law and Courts (Zeitschrift)
JFRC	Journal of Financial Regulation and Compliance (Zeitschrift)
JIC	Journal of Intellectual Capital (Zeitschrift)
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
lit.	litera (Buchstabe)

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

LG	Landgericht
m. w. N.	mit weiterem Nachweis/mit weiteren Nachweisen
MaComp	Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen
MAD	Marktmissbrauchsrichtlinie
MAR	Marktmissbrauchsverordnung
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MiFiD II	Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente
n. Chr.	nach Christus
N. Y. U. L. Rev	New York University Law Review (Zeitschrift)
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland
NS	Nationalsozialismus
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OK	organisierte Kriminalität
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
RdF	Recht der Finanzinstrumente (Zeitschrift)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (amtliche Sammlung)
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
RL	Richtlinie

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

S.	Satz/Seite
Slg.	Sammlung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StGB-CH	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
str.	strittig
StraFo	Strafverteidiger Forum (Zeitschrift)
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
SVR	Straßenverkehrsrecht (Zeitschrift)
UA	Unterabsatz
Urt.	Urteil
v.	vom
v. Chr.	vor Christus
Verf.	Verfasser
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
Vor.	Vorbemerkungen
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Zeitschrift)
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
WpAV	Verordnung zur Konkretisierung von Anzeige-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten nach dem Wertpapierhandelsgesetz
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
ZAG	Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz
ZäöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfdG	Zollfahndungsdienstgesetz

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert (als)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPI	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRFC	Risk, Fraud & Compliance (Zeitschrift)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z. T.	zum Teil
zust.	zustimmend

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einleitung

A. Zum Untersuchungsgegenstand

Ein rechtsstaatliches Strafverfahren ist ohne die Mitwirkung Privater kaum vorstellbar. Schöffinnen[1] und Schöffen wirken an der richterlichen Entscheidungsfindung mit, Sachverständige unterstützen Gerichte durch ihre fachliche Expertise und ärztliche Fachkräfte steigern im Wege der Blutentnahme den Beweiswert entscheidungserheblicher Tatsachen.[2] Ein Blick auf das wohl bedeutendste[3] Beweismittel des Strafprozesses, die Zeugenaussage, verdeutlicht dabei, dass eine Wahrheitsfindung im Strafverfahren[4] überhaupt nur dann erreicht werden kann, wenn der Staat in der Lage ist, auf die Wahrnehmungen einzelner Mitglieder der Gesellschaft zuzugreifen – und das notfalls zwangsmäßig im Wege einer sanktionsbewährten Zeugnispflicht, wie sie etwa in § 48 Abs. 1 S. 2 StPO i. V. m. §§ 153, 154 StGB enthalten ist. Dieses Selbstverständnis gesellschaftlicher Mitwirkungspflichten im Strafverfahren bildet häufig die dogmatische Grundlage für die Etablierung neuer Erkenntnisgewinnungsinstrumente, wie beispielsweise im Rahmen der jüngst vom EuGH thematisierten Verkehrsdatenerhebung (§ 100g StPO)[5] oder die Auskunftspflichten von Telekommunika-

1 In dieser Arbeit wird dort, wo es möglich ist, eine gendergerechte Ausdrucksweise verwendet. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in komplexeren Satzstrukturen sowie in den Fällen, in denen der Gesetzestext nur die männliche Form verwendet, auf das generische Maskulinum zurückgegriffen. Weibliche sowie anderweitige Geschlechter und Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint.

2 Vgl. *Groß,* BewHi 2001, 99 (100); *Kröpil,* JR 2013, 552 (554); siehe ferner: *Hassemer/Matussek,* Opfer als Verfolger, S. 45; *Krugmann,* ZRP 2001, 306 (306); *Müller-Dietz*, ZStW 1986, 1177 (1205 f.).

3 BGHSt 32, 115 (127); RGSt 47, 100 (104 f.); *Bader,* in: KK-StPO, Vor § 48 StPO, Rn. 1; *Ignor/Bertheau,* in: *Löwe-Rosenberg,* StPO, Vor § 48 StPO, Rn. 13; *Kühne,* NStZ 1985, 252 (252); *Maier,* in: MüKo-StPO, Vor § 48 StPO, Rn. 83.

4 Zur Wahrheitsfindung als Strafverfahrenszweck, siehe: BVerfG NJW 2009, 1469 (1473); BVerfGE 118, 212 (231); 47, 250 (275); BGH NJW 1984, 247 (248); *Fischer,* in: KK-StPO, Einl., Rn. 3; *Jung,* JZ 2009, 1129 (1130); *Kröpil,* JR 2013, 553 (554); *Schmidhäuser,* in: *Bockelmann/Gallas* (Hg.), FS-E. Schmidt, 511 (512); *Schmidt,* LK-StPO I, S. 44. Zu den Strafverfahrenszwecken im Allgemeinen, insbesondere zum Zusammenspiel zwischen Wahrheitsfindung und Gerechtigkeitsherstellung, siehe ausf. S. 261 ff.

5 EuGH, Urteil vom 27.10.2022, SpaceNet, C-793/19, EU:C:2022:702.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tionsdienstleistungsunternehmen (§ 100j StPO)[6] und Telemedienanbietern (§ 100k StPO)[7].

Besteht aufseiten der Strafverfolgungsbehörden ein Defizit relevanter Informationen, greift der Gesetzgeber für deren Erhebung auf private Entitäten zurück. In keinem anderen Rechtsgebiet wird dies so deutlich wie bei der Verfolgung von Wirtschaftskriminalität, die naturgemäß für den Staat kaum einsehbar ist. Die Gründe hierfür sind vielfältig. Mitunter werden praktische Aufklärungshindernisse wie die typische Anonymität von Wirtschaftssubjekten oder die Schnelllebigkeit von Finanztransaktionen angeführt. Außerdem bestehe gerade im Rahmen von Straftaten durch Unternehmensangehörige ein Interesse an einer „geräuschlosen" internen Erledigung, um folgenschwere Imageschäden zu vermeiden.[8]

Weitaus gravierender erscheint jedoch die strukturelle Beschaffenheit einer Vielzahl von Wirtschaftsstraftatbeständen.[9] Diese pönalisieren in der Regel abstrakte Gefährdungen allgemeiner Rechtsgüter[10] – ein klarer Bruch in der vermögensstrafrechtlichen Systematik der sog. „Mikrokriminalität"[11], in der ein Täter ein konkretes Opfer durch die Wegnahme von Sachen durch Täuschung oder durch Nötigung am Vermögen schädigt. Diese strukturelle Eigenart resultiert darin, dass eine finale Rechtsgutsbeeinträchtigung weder von dem betroffenen Opferkreis noch von der Gesellschaft im Allgemeinen wahrgenommen wird.

In der Folge werden Wirtschaftsstraftaten nur in den seltensten Fällen zur Anzeige gebracht.[12] Die Kriminologie spricht in diesem Zusammenhang von sog. Kontrolldelikten, also von Straftaten, deren Auftreten haupt-

6 Vgl. Entwurf der Bundesregierung eines Telekommunikationsgesetzes vom 09.01.2004, BT-Drs. 15/2316, S. 121.

7 Entwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität vom 10.03.2020, BT-Drs. 19/17741, S. 2.

8 Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz, Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht (2006), online verfügbar unter: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PeriodischerSicherheitsbericht/periodischersicherheitsbericht_node.html, (08.01.2023), S. 221.

9 *Dannecker/Bülte,* in: *Wabnitz/Jankovsky/Schmitt,* Hdb. WStSR, Kap. 1, Rn. 20 ff.; siehe auch schon *Fülbier,* in: *ders./Aepfelbach,* GwG (1995), § 11 GwG, Rn. 1; ausf. *Lindemann,* Legitimes Wirtschaftsstrafrecht, S. 6 ff.

10 *Hassemer,* wistra 2009, 169 (172); *Wessing,* in: *Hassemer/Kempf/Moccia* (Hg.), FS-Volk, 867 (871).

11 *Noll,* in: 49. Deutscher Juristentag, 20 (20).

12 *Dannecker/Bülte,* in: *Wabnitz/Jankovsky/Schmitt,* Hdb. WStSR, Kap. 1, Rn. 21; sowie instruktiv *Koch,* Denunciato, S. 12 ff. Zur institutionellen Funktion von Strafanzeigen, siehe: *Kölbel,* in: MüKo-StPO, § 158 StPO, Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sächlich durch staatlich veranlasste (Polizei-)Kontrollen festgestellt werden kann.[13] Doch sowohl großflächige wie auch stichprobenartige Razzien erweisen sich im Wirtschaftsstrafrecht angesichts des grenzenlos erscheinenden Überwachungsbereichs als nur wenig Erfolg versprechend. Zumal unterliegen (Hintergrund-)Informationen zu Finanzvorgängen datenschutzrechtlichen Vorgaben, sodass diese ohnehin nicht anlasslos eingesehen werden können. Im Ergebnis fehlt es den Strafverfolgungsbehörden oftmals schon an ersten Ermittlungsansätzen für die Etablierung eines Anfangsverdachts i. S. v. § 152 Abs. 2 StPO.[14] Ohne dessen Feststellung kann ein strafprozessuales Ermittlungsverfahren nicht eingeleitet und entsprechende Ermittlungsmaßnahmen können nicht durchgeführt werden.

Der Gesetzgeber hat sich zur Schließung dieser klaffenden Informationslücke entschlossen, Private in einem besonderen Maße in die Aufklärung von Straftaten mit einzubeziehen. Durch sog. Verdachtsmeldepflichten werden Wirtschaftssubjekte verpflichtet, Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen zu melden, wenn Tatsachen auf eine näher bestimmte Straftat oder Ordnungswidrigkeit hindeuten. Der Staat nimmt die im jeweiligen Deliktsumfeld operierenden Berufsgruppen in die Verantwortung, eigenständig Auffälligkeiten zu ermitteln und anschließend an Hoheitsträger zur weiteren Plausibilisierung weiterzuleiten. Kommen die Verpflichteten ihrer Meldepflicht nicht, nicht rechtzeitig oder nur unvollständig nach, drohen drakonische Geldbußen.[15]

Ursprünglich war das Rechtsinstitut der Verdachtsmeldepflicht noch auf die Geldwäschebekämpfung beschränkt. Heute gilt sie unter anderem als arriviertes Erkenntnisgewinnungsinstrument und ist neben der Geldwäsche auch in den Bereichen der Terrorismusfinanzierung (§ 43 Abs. 1 Nr. 2 GwG), des Insiderhandels und der Marktmanipulation (Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR[16]) sowie der ungedeckten Leerverkäu-

13 *Berthel/Lapp,* Kriminalstrategie, S. 95; *Eisenberg/Kölbel,* Kriminologie, § 26, Rn. 34; *Neubacher,* Kriminologie, S. 42 ff.

14 *Bülte,* NZWiSt 2017, 276 (282 f.); *Gazeas,* NJW 2021, 1041 (1043 ff.); *ders.,* DRiZ 2015, 218 (221 f.); *Geurts,* ZRP 1997, 250 (254); *Noll,* in: 49. Deutscher Juristentag, 20 (33); *Paeffgen,* in: *Safferling/u. a.* (Hg.), FS-Streng, 725 (733).

15 Bei Verstößen gegen die Verdachtsmeldepflicht aus § 43 GwG bis zu 10 % des Jahresumsatzes, § 56 Abs. 2 S. 4 Nr. 2 GwG; bei Verstößen gegen die Verdachtsmeldepflicht aus Art. 16 VO (EU) 596/2014 bis zu 2,5 Mio. Euro oder 2 % des Jahresumsatzes, § 120 Abs. 18 S. 2 Nr. 2 WpHG; bei Verstößen gegen die Verdachtsmeldepflicht aus § 23 Abs. 1 WpHG bis zu 50.000 Euro, § 120 Abs. 2 Nr. 2 lit. c), Abs. 24 2. Hs. WpHG.

16 Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Auf-

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fe und der *Credit Default Swaps (CDS)* (§ 23 Abs. 1 WpHG) zu finden. Die Implementierung von Verdachtsmeldepflichten in diese Rechtsgebiete erschöpft sich dabei nicht nur in der Meldepflicht als solcher. Vielmehr gehen mit ihr verschiedenste kunden- und mitarbeiterbezogene Informations- und Sorgfaltspflichten einher, sodass passender von einem Verdachtsmelderegime als von einer einzelnen -pflicht gesprochen werden sollte. Dieses Regime setzt sich aus den Prozessen der Informationseinholung, -sammlung und -bewertung zusammen, die schließlich in der Weiterleitung stichhaltiger Erkenntnisse an eine Meldebehörde kulminieren.

Ungeachtet ihrer rasanten Ausbreitung und festen Etablierung im Repertoire der Strafverfolgung gehört die Verdachtsmeldepflicht heute zu den umstritteneren Ermittlungsinstrumenten.[17] So bestehen massive Effektivitätsbedenken, was ein Blick in die einschlägigen Studien und Statistiken zu untermauern scheint.[18] Im Rahmen der Geldwäscheverfolgung wird etwa angenommen, dass auch bei konservativer Schätzung von dem Gesamtvolumen der in Deutschland gewaschenen Vermögenswerte deutlich weniger als ein Prozent überhaupt strafrechtlich erfasst werden.[19] Gleichermaßen wird auch in der Terrorismusfinanzierung und in den Kapitalmarktdelikten von einem „sehr großen" Dunkelfeld ausgegangen, sodass der tatsächliche Mehrwert von Verdachtsmeldepflichten für die Strafverfolgung durchaus kritisch betrachtet werden kann.[20]

Auch abseits dieser rechtstatsächlichen Beanstandungen lässt ein prüfender Blick auf das der Verdachtsmeldepflicht zugrunde liegende Fun-

---

hebung 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. Nr. L 173/1 vom 12.06.2014, S. 1–61).

17 *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, Vorb. zu Abschnitt 6, Rn. 7 ff.; *BDK,* Stellungnahme, S. 2; *Böse,* ZStW 2007, 848 (876 f.); *Bülte,* NZWiSt 2017, 276 (280 ff.); *DAV,* Stellungnahme, S. 14; *Gazeas,* NJW 2021, 1041 (1046); ausf. *Herzog,* WM 1996, 1753 (1755 ff.); *Lenk,* WM 2020, 115 (105 ff.); *Michalke,* in: *Barton/u. a.* (Hg.), FS-Fischer, 449 (459 f.); *Richter,* Anfangsverdacht für Geldwäsche, S. 179 ff.; sehr krit. *Sommer,* StraFo 2005, 327 (330 ff.).

18 *BMF,* Monatsbericht Februar 2020, S. 8 ff.; *Bussmann,* Abschlussbericht Geldwäschestudie, S. 76 ff.; *Bussmann/Veljovic,* NZWiSt 2020, 417 (419 ff.); *Transparency International e. V.,* Geldwäschebekämpfung in Deutschland, S. 24 ff.

19 *BMF,* NRA 2018/2019, S. 25; *Bussmann/Veljovic,* NZWiSt 2020, 417 (418).

20 *BMF,* Monatsbericht Februar 2020, S. 10; *Dannecker/Bülte,* in: *Wabnitz/Jankovsky/Schmitt,* Hdb. WStSR, Kap. 1, Rn. 21. Zum Dunkelfeld der Kapitalmarktdelikte, siehe: *Eggers,* in: NK-KapStrR, Kap. 3, Rn. 18; zur erschwerten Aufdeckung von „ubiquitärem, neutralem Verhalten", siehe: *Paeffgen,* in: *Safferling/u. a.* (Hg.), FS-Streng, 725 (733); *Renz/Leibold,* CCZ 2016, 157 (168).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dament schwerwiegende dogmatische Zweifel aufkommen. So greifen (Straf-)Verfolgungsbehörden auf private Wirtschaftssubjekte zurück, die ihrerseits Mitarbeiter- und Kundenbeziehungen auf verdächtige Anhaltspunkte hin durchkämmen müssen. Dabei belegt das Offizialprinzip in § 152 Abs. 1 StPO, dass repressive Ermittlungstätigkeit in Form der Informationseinholung, -sammlung und vor allem der tatsächlichen und rechtlichen -bewertung im Aufgabenbereich der Staatsanwaltschaft liegt.[21] Dieses Spannungsverhältnis wird zusätzlich dadurch verschärft, dass die im Rahmen von Verdachtsmeldepflichten durchzuführenden Informationseinholungs- und -bewertungsprozesse der Meldepflichtigen im Vorfeld der Feststellung eines Anfangsverdachtes i. S. v. § 152 Abs. 2 StPO stattfinden – ein Bereich, in dem ein repressives staatliches Tätigwerden grundsätzlich ausgeschlossen ist.[22]

Ist dieser zeitliche Abschnitt im sog. Verdachtsvorfeld noch von der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungshoheit umfasst? Kann der Staat in einem Feld, in dem er möglicherweise selbst überhaupt nicht eigenständig ermitteln darf, Private einsetzen? Welche Schranken tun sich hier für eine „Privatisierung der Strafverfolgung" auf und was bedeutet dies konkret für das Instrument der Verdachtsmeldepflicht?

Eine Antwort auf diese Fragen will die nachfolgende Arbeit liefern und dabei anhand des Rechtsinstituts der Verdachtsmeldepflicht aufzeigen, wie wirtschaftsstrafrechtliche Ermittlungstätigkeit das vorherrschende Gefälle zwischen Staat und Gesellschaft beeinträchtigt. Die Notwendigkeit solcher Ermittlungsinstrumente soll dabei nicht in Abrede gestellt werden. Vielmehr erscheint eine gewisse Innovationsbereitschaft angesichts der dem Wirtschaftsstrafrecht immanenten Widrigkeiten durchaus angezeigt.[23] Doch heiligt der Zweck im Falle der Verdachtsmeldepflichten tatsächlich die Mittel? Dies gilt es nachfolgend zu untersuchen.

---

21 *Diemer,* in: KK-StPO, § 152, Rn. 2; *Peters,* in: MüKo-StPO, § 152 StPO, Rn. 21; *Roxin/Schünemann,* Strafverfahrensrecht, § 12, Rn. 7.

22 *Eisenberg/Conen,* NJW 1998, 2241 (2241); *Fincke,* ZStW 1983, 918 (924); *Hund,* ZRP 1991, 463 (463); *Peters,* in: MüKo-StPO, § 152 StPO, Rn. 26; *Weßlau,* Vorfeldermittlungen, S. 279; *Zabel,* ZIS 2014, 340 (340).

23 Hierzu: *Berthel,* Die Kriminalpolizei (Special) 2019, 1 (6 ff.); *ders.,* in: Polizei-Führungsakademie, Wirtschaftskriminalität, 8 (20 ff.); *Bussmann,* NStZ 2006, 203 (208 ff.); *Görling,* Der Kriminalist 2008, 345 (349 ff.); *Richter,* in: *Müller-Gugenberger/Bieneck* (Hg.), Hdb. WStrR, § 7, Rn. 15 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. Zu dem Gang und den Grenzen der Untersuchungen

In einem induktiven Aufbau sollen die verschiedenen Verdachtsmeldepflichten zunächst einzeln vorgestellt werden. Diese Phänomenologie beinhaltet dabei gleichsam die Analyse der Merkmale von Verdachtsmeldungen sowie die rechtsstrukturelle Darlegung der ihnen zugrunde liegenden Verbotsvorschriften. Letztere ist für ein umfassendes Verständnis über die Funktionsweise von Verdachtsmeldepflichten unabdingbar, da diese Vorschriften ihren jeweiligen sachlichen Anwendungsbereich determinieren.

Mit dem hieraus gewonnenen bereichsspezifischen Wissen ausgestattet, soll in einem zweiten Abschnitt die Perspektive dergestalt gewechselt werden, dass nunmehr die Verdachtsmeldepflicht als Rechtsphänomen thematisiert wird. Dadurch können die bereits im Einzelnen skizzierten Problemfelder rechtgebietsübergreifend erörtert und Konsequenzen für das Verdachtsmeldewesen im Allgemeinen gezogen werden. Die Gegenüberstellung einzelner Schlüsselelemente soll ferner etwaige Ursachen für die bereits angesprochenen Vollzugs- und Umsetzungsdefizite beleuchten und, soweit möglich, erste Lösungsansätze herausarbeiten.

In einem dritten Abschnitt wird das Institut der Verdachtsmeldepflicht sodann einer rechtlichen Bewertung unterzogen. Diese gestaltet sich dabei nicht umfassend, sondern behandelt pointiert das strukturelle Kernproblem: die durch Verdachtsmeldepflichten bedingte Mitwirkung Privater in der Strafverfolgung. Bevor aber auf die Frage eingegangen werden kann, ob private Wirtschaftssubjekte eine grundsätzlich dem Staat obliegende Aufgabe vornehmen dürfen, muss zunächst herausgearbeitet werden, welche Aufgaben durch Verdachtsmeldepflichten überhaupt konkret betroffen sind. So spricht der Gesetzgeber in seinen Materialien stets von der Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung oder von der Bekämpfung von Marktmissbrauch. Handelt es sich bei Verdachtsmeldepflichten um Maßnahmen der Strafverfolgung oder doch um solche der Prävention und unterliegen diese überhaupt dem staatlichen Verantwortungsbereich?

Anschließend ist auf die eigentliche Rollenverschiebung einzugehen. An dieser Stelle wird der Untersuchungsgegenstand weiter eingegrenzt. So soll die Thematik ausschließlich im Lichte des Strafverfahrens betrachtet werden, sodass die anzustellende Privatisierungsdiskussion nur solche Verdachtsmeldepflichten umfasst, die Straftatbestände zum Gegenstand haben. Aus diesem Grund wird die für das allgemeine Verständnis zwar notwendige Meldepflicht bei Verdacht auf ungedeckte Leerverkäufe und CDS nach

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 23 Abs. 1 WpHG in der hier vorzunehmenden Privatisierungsdiskussion weitestgehend ausgeklammert.

Der letzte Abschnitt der Arbeit behandelt die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Privatisierung in der Strafverfolgung und geht der Frage nach, in welchem Maße der Staat auf Private in seinen Ermittlungen zurückgreifen kann. Hier erfährt die Untersuchung zwei wesentliche Einschränkungen. So werden zunächst einfachgesetzliche Hürden ausgeklammert und ausschließlich die gesetzlich unverrückbaren Schranken aus dem Verfassungsrecht thematisiert. Dies hat den Hintergrund, dass die Untersuchung das hinter den Verdachtsmeldepflichten stehende strukturelle Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft erörtern will. Eine umfassende Behandlung etwaiger einfachgesetzlicher Schranken, die nach Maßgabe des *lex-posterior*-Grundsatzes ohne Weiteres abbedungen werden können, würde zu diesen Erwägungen nur wenig beitragen.

Zweitens findet in dieser Arbeit keine subjektiv-abwehrrechtliche Grundrechtsprüfung der durch Verdachtsmeldepflichten Betroffenen statt, da diese lediglich eine Einzelfallwertung enthält. Vielmehr will die Untersuchung etwaige privatisierungsrelevante Schranken des Verfassungsrechts in ihrer positiv-rechtlichen Gewährleistungsdimension durchleuchten, da nur hieraus allgemeingültige Aussagen zu einer etwaigen Privatisierung im Strafverfahren getroffen werden können. Die in diesem Abschnitt gewonnenen Erkenntnisse geben den Prüfungsumfang der ursprünglichen Forschungsfrage, inwieweit eine Mitwirkung Privater an der Strafverfolgung im Rahmen von Verdachtsmeldepflichten verfassungsrechtlich zulässig ist, vor.

Im Rahmen des Resümees werden die wesentlichen Erkenntnisse zusammengefasst. Die Untersuchung endet dort aber nicht. Ein nachfolgender Ausblick will vielmehr einen konstruktiven Beitrag zur Verbesserung von Verdachtsmeldepflichten schaffen. Ein Anliegen der Arbeit ist es dabei, dass sich dieser Ausblick nicht in einer Erörterung über die Behebung symptomatischer Unzulänglichkeiten des derzeitigen Verdachtsmeldewesens erschöpft. Für eine wirksame Kriminalitätsbekämpfung im Wirtschaftsstrafrecht bedarf es vielmehr einer Lösung, die die herausgearbeiteten strukturellen Eigenarten von Verdachtsmeldepflichten und der ihnen zugrunde liegenden Verbotstatbestände berücksichtigt.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Teil 1: Phänomenologie

A. Die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht, § 43 Abs. 1 GwG

Die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht ist in § 43 Abs. 1 Nr. 1–3 GwG geregelt. Sie sieht vor, dass Verpflichtete i. S. v. § 2 Abs. 1, 2 GwG bestimmte Sachverhalte melden müssen, wenn Tatsachen darauf hindeuten, dass ein Vermögensgegenstand aus einer geldwäscherelevanten Vortat stammt, im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung steht oder dass ein Vertragspartner seiner Pflicht aus § 11 Abs. 6 S. 3 GwG nicht nachgekommen ist. Sie ist die zentrale Vorschrift eines mittlerweile etablierten geldwäscherechtlichen Melderegimes, das in seiner Gesamtheit zu einer lückenlosen Identifizierung verdächtiger Vorgänge im Finanz- und Nichtfinanzsektor beitragen soll.

I. Zugrunde liegende Tatbestände

Der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht liegt ein bunter Strauß von Tatbeständen unterschiedlicher Rechtsgattungen zugrunde. So sind nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG Verdachtsmomente in Bezug auf die Geldwäsche einer Straftat nach § 261 StGB meldepflichtig. Ebenso ist nach § 43 Abs. 1 Nr. 2 GwG die Terrorismusfinanzierung Gegenstand der Verdachtsmeldepflicht. Das GwG enthält derweil in § 1 Abs. 2 GwG einen originären Terrorismusfinanzierungsbegriff, der sowohl auf das strafrechtliche Verbot der Terrorismusfinanzierung nach § 89c StGB als auch auf Bestimmungen der RL (EU) 2017/541 (Terrorismus-RL)[24] verweist und mithin einen umfassenden Anwendungsbereich vorzeichnet.

Neben diesen strafrechtlich konnotierten Meldegegenständen sind gem. § 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG Verstöße gegen die in § 11 Abs. 6 S. 3 GwG angeordnete Offenlegungspflicht über die Beteiligung eines wirtschaftlich Berechtigten meldebedürftig. Diese rein regulatorische Offenlegungspflicht ist zwar

24 Richtlinie (EU) 2017/541 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2017 zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates und zur Änderung des Beschlusses 2005/671/JI des Rates (ABl. Nr. L 88 vom 31.3.2017, S. 6–21).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weder straf- noch ordnungswidrigkeitenrechtlich relevant. Eine Weigerung, die in einer Geschäftsbeziehung involvierten Parteien offenzulegen, deutet jedoch in der Regel auf ein erhöhtes Geldwäsche- oder Terrorismusfinanzierungsrisiko hin, sodass es in diesen Fällen keiner weiteren Verdachtsschöpfung aufseiten der Meldepflichtigen bedarf.

I. Geldwäsche, § 261 StGB

a. Normgenese

Die Geldwäsche ist als Vorgang zu verstehen, „mit dem man die Existenz, die illegale Quelle oder die illegale Verwendung von Einkommen verbirgt und dann dieses Einkommen so bemäntelt, dass es aus einer legalen Quelle zu kommen scheint".[25] Bis zum Jahr 1992 wurde die Geldwäsche in Deutschland vermeintlich mangels Bedarfs strafrechtlich nicht gesondert erfasst – konnte eine Bestrafung desjenigen, der einen inkriminierten Gegenstand aus einer rechtswidrigen Vortat veräußert, verbirgt oder verwahrt, doch über die sukzessive Teilnahme oder über die übrigen Anschlussdelikte wie die Hehlerei, die Begünstigung oder die Strafvereitelung erreicht werden.[26] Ein rasant zunehmender Rauschgifthandel und das Avancieren der organisierten Kriminalität in den Mittelpunkt von nationalen wie internationalen kriminalpolitischen Diskussionen[27] veranlassten den Gesetzgeber jedoch zu einer Neubewertung des strafrechtlichen Rahmens.

---

25 *President's Commission on Organized Crime,* The Cash Connection, S. 7. So auch *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 261 StGB, Rn. 1; vgl. ferner die Ursprungsdefinition des nationalen Gesetzgebers aus dem Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Ausführung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (Ausführungsgesetz Suchtstoffübereinkommen 1988) vom 22.10.1992, BT-Drs. 12/3533: „Dabei lässt sich Geldwäsche definieren als systematische Tarnung von Vermögenswerten mit den Mitteln des Finanzmarktes, um sie dem Zugriff der Strafverfolgungsorgane zu entziehen und in ihrem wirtschaftlichen Wert zu erhalten."

26 Ausf. zur Einfügung des § 261 StGB in das bestehende System der Anschlussdelikte: *Leip,* Der Straftatbestand der Geldwäsche, S. 9 ff.; *Schittenhelm,* in: *Eser* (Hg.), FS-Lenckner, 519 (519 ff.); *Spiske,* Pecunia olet?, S. 46.

27 *Europäischer Rat,* Aktionsplan zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität (ABl. Nr. C 251 vom 15.08.1997, S. 1–18); *ders.,* Prävention und Bekämpfung der organisierten Kriminalität – Eine Strategie der Europäischen Union für den Beginn des neuen Jahrtausends (ABl. Nr. C 124 vom 03.05.2000, S. 1–33); *Ostendorf,* JZ 1991, 62 (62 ff.); *Rebscher/Vahlenkamp,* OK in der BRD, S. 13 ff.; *Werner,* Bekämpfung der Geldwäsche, S. 10 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wesentlicher Bestandteil war dabei eine umfassende strafrechtliche Ahndung der Geldwäsche.[28] Dieser kriminalpolitische Richtungswechsel beruhte auf der Einsicht, dass Straftäter innerhalb der organisierten Kriminalität die illegale Herkunft ihrer erwirtschafteten Gewinne verbergen müssen, um sie tatsächlich nutzbar zu machen. Die illegalen Vermögenswerte müssen in legale „umgewandelt" werden.[29] Hierfür werden die aus Straftaten erlangten Gegenstände in das legale Finanzsystem eingespeist (sog. *placement*). Sodann wird die Papierspur durch eine Vielzahl komplizierter Transaktionen verwischt (sog. *layering*), um anschließend den ursprünglich inkriminierten Gegenstand, dessen Herkunft nunmehr verschleiert sein sollte, wieder in den legalen Wirtschaftskreislauf zurückzuführen (sog. *integration*).[30]

Die bestehende Trias der Anschlussstraftaten konnte ein derart verflochtenes Verwertungssystem nicht mehr lückenfrei erfassen. Kraft eines nationalen Straftatbestandes, der im Jahr 1992 mit dem OrgKG[31] Eingang in das StGB fand, sollte der Triebfeder der organisierten Kriminalität, nämlich die Generierung realisierbarer Vermögenswerte, fortan die Grundlage entzogen und die Abschöpfung krimineller Gewinne sichergestellt werden.[32]

Die hiesige Legislative handelte dabei nicht im Alleingang. In der Erkenntnis, dass sich auf dem Gebiet der organisierten Kriminalität Täter länderübergreifend koordinieren und deshalb eine wirksame Verbrechensbekämpfung eines universal gleichlaufenden Rahmens bedarf, ist durch inter- und supranationale Instrumente ein europa- und weltweit harmonisiertes Niveau der materiell-rechtlichen Geldwäschestrafbarkeit geschaffen worden.[33] Als zwischenstaatliches Koordinationsgremium hat sich dabei

28 Entwurf des Bundesrates eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 25.07.1991, BT-Drs. 12/989, S. 1.

29 *Forthauser,* Geldwäsche de lege lata et ferenda, S. 3.

30 Zu diesem sog. Drei-Phasen-Modell, siehe: *Diergarten,* in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler,* Corporate Compliance, § 34, Rn. 5 ff.; *Herzog/Achtelik,* in: *dies.,* GwG, Einl., Rn. 7 ff.; *Patzak,* in: BKK-BtMG, Einl., Rn. 43 ff.

31 Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15. Juli 1992, BGBl. 1992 I, S. 1302 ff.

32 Entwurf des Bundesrates zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 25.07.1991, BT-Drs. 12/989, S. 1.

33 Zum völker- und europarechtlichen Hintergrund des Geldwäschetatbestands, siehe ausf.: *Ambos,* ZStW 2002, 236 (237); *Vogel,* ZStW 1997, 335 (335). Hervorzuheben

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die *Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)* etabliert, die seit ihrer Gründung im Jahr 1989 eine zentrale Rolle in der legislativen und operativen Entwicklung der Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung spielt.[34] Auch auf die Ausgestaltung des Geldwäschetatbestandes nimmt die FATF durch quasi-verbindliche Standards[35] maßgeblichen Einfluss auf nationale wie supranationale Gesetzgeber.[36]

Mitunter zur Umsetzung dieser Standards hat auch die Europäische Union zunächst noch durch den Rahmenbeschluss aus dem Jahr 2001[37] und später auf Grundlage des Art. 83 Abs. 1 AEUV mit der Geldwäschestrafrichtlinie[38] verbindliche Mindestvorgaben zur Ausgestaltung des Geldwäschestraftatbestandes erlassen. Auf Tatbestandsseite bestimmt die Richtlinie die konkreten Kriterien hinsichtlich geldwäscherelevanter Vortaten und der

ist als erster Meilenstein der Geldwäschegesetzgebung die Wiener-Drogenkonvention von 1988 (vgl. hierzu das Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen [Vertragsgesetz Suchtstoffübereinkommen 1988], BGBl. II 1993/1136), in der sich die partizipierenden Mitgliedstaaten auf einen einheitlichen objektiven Geldwäschetatbestand einigten. Dieser Geldwäschetatbestand wurde nahezu wortgleich in Art. 6 der darauffolgenden Palermo-Konvention (United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto, G.A. Res. 55/25, U.N. 55th Sess., U.N. Doc. A/RES/55/25 [2001]), in Art. 6 des Europarats-Übereinkommens über Geldwäsche (Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, Sammlung Europäischer Verträge – Nr. 141 [1990]) sowie in Art. 1 der 1. EG-Geldwäscherichtlinie (Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche [ABl. Nr. L 166 vom 28.06.1991, S. 77–82]) übernommen.

34 Zum Stellenwert der FATF in der Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, siehe: *Gilmore,* Dirty Money, S. 93 ff.; *Hecker,* Europäisches StrafR, § 5, Rn. 16; *Krämer,* Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, S. 15 ff.; *Meyer/Hachmann,* ZStW 2022, 391 (393 ff.).

35 *FATF,* FATF Recommendations, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html.

36 Zum Einfluss der FATF auf den Gesetzgebungsprozess, instruktiv *Meyer,* Strafrechtsgenese, S. 517; krit. hierzu *Weißer,* ZStW 2017, 961 (965 ff.). Zur Quasi-Verbindlichkeit der FATF-Standards, siehe ferner: *Meyer/Hachmann,* ZStW 2022, 391 (394).

37 Rahmenbeschluss 2001/500/JI des Rates vom 26. Juni 2001 über Geldwäsche sowie Ermittlung, Einfrieren, Beschlagnahme und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten (ABl. Nr. L 185 vom 05.07.2001, S. 1–2).

38 Richtlinie (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche (ABl. Nr. L 284 vom 12.11.2018, S. 22–30).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verschiedenen Geldwäschehandlungen.[39] Ferner legt sie das Höchststrafmaß der Geldwäsche auf mindestens vier Jahre Freiheitsstrafe verbindlich fest.[40]

Durch die Europäisierung der Geldwäschestrafbarkeit erfuhr auch der nationale Straftatbestand aus § 261 StGB zahllose Änderungen, die überwiegend mit der Erweiterung des Vortatenkataloges zusammenhingen.[41] Spätestens mit Art. 1 des Schwarzgeldbekämpfungsgesetzes[42] aus dem Jahr 2011, der die Aufnahme von Straftatbeständen u. a. aus dem Markengesetz, dem Urheberrechtsgesetz und dem Designgesetz vorsah, konnte eine endgültige Abkehr von der Bekämpfung der organisierten Kriminalität als Normzweck beobachtet werden. Der Geldwäschetatbestand transformierte vielmehr zu einem allgemeineren Wirtschaftsdelikt,[43] dessen Ziel darin besteht, die Verkehrsfähigkeit inkriminierter Gegenstände – lückenlos ohne einen zwingenden Bezug zur organisierten Kriminalität – einzuschränken und anhand dessen den Straftäter in finanzieller Hinsicht gegenüber seiner Umwelt zu isolieren.[44]

---

39 Erfasst werden dabei der Umtausch und Transfer von Vermögensgegenständen, die Verheimlichung oder Verschleierung der wahren Natur, Herkunft, Lage, Verfügung oder Bewegung von Vermögensgegenständen sowie der Erwerb, Besitz oder die Verwendung von Vermögensgegenständen, Art. 3 Richtlinie (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche (ABl. Nr. L 284 vom 12.11.2018, S. 22–30).

40 Art. 5 Abs. 2 Richtlinie (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche (ABl. Nr. L 284 vom 12.11.2018, S. 22–30).

41 Siehe etwa: Gesetz zur Ausführung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (Ausführungsgesetz Suchtstoffübereinkommen 1988) vom 02.08.1993, BGBl. 1993 I S. 1407; Gesetz zur Überwachung des Verkehrs mit Grundstoffen, die für die unerlaubte Herstellung von Betäubungsmitteln mißbraucht werden können (Grundstoffüberwachungsgesetz – GÜG) vom 07.10.1994, BGBl. 1994 I S. 2835; Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus (Geldwäschebekämpfungsgesetz) vom 08.08.2002, BGBl. 2002 I S. 3105. Zu den von der FATF festgestellten Defiziten *FATF,* MER-Germany, S. 49 ff.

42 Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und Steuerhinterziehung (Schwarzgeldbekämpfungsgesetz) vom 28. April 2011, BGBl. 2011 I, S. 676 ff.

43 Kritiker bezeichnen den Geldwäschetatbestand als Massen- oder als Allerweltsdelikt bzw. als eine „Veralltäglichung" des Geldwäschetatbestandes, so: *Bittmann,* NStZ 2022, 577 (577); *Gazeas,* NJW 2021, 1041 (1046).

44 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Ausführung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (Ausführungsgesetz Suchtstoffübereinkom-

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Diese kriminalpolitische Neuausrichtung erreichte ihren vorläufigen Zenit durch das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche[45] vom 18. März 2021, das den Vortatenkatalog ersatzlos strich. Nach diesem sog. *All-Crimes-Approach* ist jedes Verbrechen eine potenzielle Vortat der Geldwäsche. Der Gesetzgeber ging hier sowohl über die Empfehlungen der FATF als auch über die Vorgaben aus der Geldwäschestrafrichtlinie hinaus, die sich gleichsam auf die Erfassung von schwerwiegenden Straftaten (sog. *serious offences*) beschränken.[46]

b. Normzweck

Der durch den Straftatbestand der Geldwäsche verfolgte Zweck ist nach wie vor umstritten.[47] Dabei nimmt der Gesetzgeber in seinen Materialien zu § 261 StGB vermeintlich eindeutig Stellung: So sollen die Verbote aus § 261 Abs. 1, 2 StGB die inländische staatliche Rechtspflege in ihrer Aufgabe, die Wirkungen von Straftaten zu beseitigen, schützen, indem der staatliche Zugriff auf inkriminierte Vermögenswerte erleichtert und deren Einschleusung in den legalen Wirtschaftskreislauf verhindert wird.[48] Die Verbote aus

men 1988) vom 22.10.1992, BT-Drs. 12/3533, S. 11; Entwurf des Bundesrates eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 25.07.1991, BT-Drs. 12/989, S. 27; siehe ferner: OLG Karlsruhe, NJW 2005, 161 (168).

45 Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 9. März 2021, BGBl. 2021 I, S. 327 ff.

46 Krit: *DAV,* Stellungnahme, S. 5 ff.; *Gazeas,* NJW 2021, 1041 (1042); *Spoerr,* in: BeckOK-DSR, Syst. J, Rn. 171 ff.

47 *Leip,* Der Straftatbestand der Geldwäsche, S. 57 ff. Zum Wohle der Übersichtlichkeit muss auf eine ausf. Auseinandersetzung mit der Rechtsgutproblematik von § 261 StGB an dieser Stelle verzichtet und auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen werden, siehe hierfür vor allem: *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 261 StGB, Rn. 21 ff.; *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 4 ff.; *Voß,* Die Tatobjekte der Geldwäsche, S. 5 ff.

48 Der Tatbestand der Geldwäsche wurde durch das Gesetz zur Ausführung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (Ausführungsgesetz Suchtstoffübereinkommen 1988) vom 02.08.1993, BGBl. 1993 I S. 1407 neu strukturiert. Die Gegenstände sind dabei im Kern gleich geblieben, sodass sich zur dogmatischen Einordnung des Delikts keine wesentlichen Neuerungen ergeben, so auch *Gazeas,* NJW 2021, 1041 (1042). Bedauerlicherweise versäumt es der Gesetzgeber, in seinen jüngsten Materialien eindeutig Stellung zu beziehen. Zum Normzweck der ehemaligen „Verschleierungs-, Vereitelungs- und Gefährdungstatbestände", siehe den Entwurf der

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 4 StGB verstärken darüber hinaus den Schutz des Rechtsguts der jeweils im Einzelfall begangenen Vortat.[49] So sollen diese vormals unter den sog. „Isolierungstatbestand" gefassten Tatbegehungsvarianten den Vortäter finanziell von dessen Umwelt isolieren, indem jeder (alltägliche) Umgang mit dem inkriminierten Gegenstand untersagt wird.[50] Für den Täter soll damit der Anreiz – die besagte Triebfeder – zur Begehung der Vortat genommen werden, indem die wirtschaftliche Verwertung der hieraus gezogenen Früchte massiv erschwert wird.

Die gesetzgeberische Begründung zum Normzweck wird derweil von mehreren Stimmen – und nicht zuletzt durch das Bundesverfassungsgericht[51] – als widersprüchlich und vage kritisiert.[52] So sei es unklar, welche konkreten „Wirkungen von Straftaten", die von der Rechtspflege zu beseitigen sind, gemeint sein sollen.[53] Zudem verliere der Rückgriff auf den Schutz der staatlichen Rechtspflege jede Kontur, sodass nicht mehr von einem spürbaren Rechtsgüterschutz ausgegangen werden könne, der eine Norm des Strafrechts gerade unter dem Gesichtspunkt des *Ultima-Ratio*-Grundsatzes rechtfertige.[54] Die Gesetzgebungsmaterialien verliehen

Bundesregierung eines Gesetzes zur Ausführung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen vom 02.08.1993, BT-Drs. 12/3533, S. 11.

49 BGH NJW 2018, 2742 (2743); BGH NStZ-RR 2013, 253 (253); HansOLG Hamburg NJW 2000, 673 (674); *Altenhain,* in: NK-StGB, § 261, Rn. 14; *Fischer,* StGB, § 261, Rn. 2; *Gentzik,* Europäisierung des Geldwäschestrafrechts, S. 72; *Hecker,* in: *Schönke/Schröder,* StGB, § 261, Rn. 2; *Heger,* in: *Lackner/u. a.*-StGB, § 261, Rn. 1; *Vogel,* ZRP 2020, 111 (112).

50 Zum ehemaligen „Isolierungstatbestand", siehe den Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Ausführung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (Ausführungsgesetz Suchtstoffübereinkommen 1988) vom 22.10.1992, BT-Drs. 12/3533, S. 13; *Altenhain,* in: NK-StGB, § 261, Rn. 14.

51 BVerfG NJW 2004, 1305 (1307).

52 *Hoyer,* in: SK-StGB, § 261, Rn. 1; *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 261 StGB, Rn. 22; *Pieth,* in: *Herzog/Mülhausen,* Geldwäschebekämpfung, § 4, Rn. 3; *Sommer,* in: AnwK-StGB, § 261, Rn. 2.

53 So etwa *Hoyer,* der der staatlichen Rechtspflege nur insoweit die Funktion, Wirkungen von Straftaten zu beseitigen, anerkennt, „als aus diesen materiellrechtliche Ansprüche erwachsen sind, die auf einen Ausgleich der durch sie hervorgerufenen Wirkungen abzielen", siehe *Hoyer,* in: SK-StGB, § 261, Rn. 1.

54 *Pieth,* in: *Herzog/Mülhausen,* Geldwäschebekämpfung, § 4, Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 261 StGB lediglich eine Scheinlegitimation, die allein der Schaffung „so vieler Ermittlungsansätze wie nur möglich" diene.[55]

Nichtsdestotrotz hat sich der Schutz der Rechtspflege als einheitlich geschütztes Rechtsgut für § 261 StGB mittlerweile als hM in Literatur[56] und Rechtsprechung[57] etabliert. Andere Ansichten, wie etwa, dass § 261 StGB dem Schutz vor der Korrumpierung des Wirtschafts- und Finanzkreislaufs[58] oder dem staatlichen Anspruch auf Einziehung illegaler Vermögenswerte[59] diene, haben sich nicht durchsetzen können. Denn auch diese von der hM divergierenden Lösungsansätze sehen sich überwiegend der Kritik der Konturlosigkeit ausgesetzt und sind, anders als die sich auf die Gesetzesbegründung stützende hM, nicht in dem Wortlaut oder in den Materialien zur Norm angelegt.[60] Die ebenso kontrovers diskutierte legitimatorische Frage, ob es im Hinblick des *Ultima-Ratio-Prinzips* ein strafrechtliches Geldwäscheverbot bedarf, ist hiervon getrennt zu behandeln.[61]

c. Deliktsnatur

Im Zuge der Umsetzung des Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche wurden die Tathandlungen der Geldwäsche umstrukturiert. Der neue Katalog an Tatbegehungsvarianten lehnt sich

55 *Altenhain,* in: NK-StGB, § 261, Rn. 11; *Bernsmann,* StV 2000, 40 (42); *Saliger,* in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M.* (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, 447 (447, 459 ff.).

56 *Dionyssopoulou,* Geldwäsche, S. 63; *Fischer,* StGB, § 261, Rn. 2; *Gentzik,* Europäisierung des Geldwäschestrafrechts, S. 73; *Hecker,* in: *Schönke/Schröder,* StGB, § 261, Rn. 2; *Heger,* in: *Lackner/u. a.*-StGB, § 261, Rn. 1; *Leip,* Der Straftatbestand der Geldwäsche, S. 51 ff.; *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 9; *Ruhmannseder,* in: BeckOK-StGB, § 261 StGB, Rn. 7; *Ballo,* in: Frankfurter Kommentar GwG, § 261 StGB, Rn. 23; *Schittenhelm,* in: *Eser* (Hg.), FS-Lenckner, 519 (528 f.); *Schmidt/Krause,* in: LK-StGB, § 261, Rn. 4; *Spiske,* Pecunia olet?, S. 95; aA *Hoyer,* in: SK-StGB, § 261, Rn. 1 ff.

57 BGH NJW 2009, 1617 (1618); OLG Karlsruhe NJW 2005, 767 (768).

58 *Lampe,* JZ 1994, 123 (125).

59 *Arzt,* JR 1999, 79 (80); *ders.,* JZ 1993, 913 (914).

60 *Bottermann,* Untersuchungen zum Geldwäschetatbestand, S. 114 ff.; *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 12 ff.

61 Hierzu: *Fischer,* StGB, § 261, Rn. 6 f.; *Saliger,* in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M.* (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, 447 (459 ff.); *Schindler,* NZWiSt 2020, 457 (460 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dabei an die bisher verwendeten Tatbestandsmerkmale an.[62] Neben einer bloßen Umstrukturierung wurde der Tatbestand aber auch inhaltlich erweitert, was in einigen Tatbegehungsvarianten zu einer Neubewertung der rechtsdogmatischen Einordnung führt.

In § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB wurde die Tathandlung der Herkunftsverschleierung gestrichen, sodass nun hiernach bestraft wird, wer einen Gegenstand, der aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, verbirgt. Rechtsdogmatisch ist diese Geldwäschevariante als abstraktes Gefährdungsdelikt einzuordnen, da dem Wortlaut gemäß weder ein von der Tathandlung unabhängiger Taterfolg noch eine konkrete Rechtsgutsgefährdung erforderlich ist.[63] Dasselbe gilt für die neu formulierte Tatbegehungsvariante des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB, die bestraft, wer einen inkriminierten Vermögensgegenstand in der Absicht, dessen Auffinden, Einziehung oder Herkunftsermittlung zu vereiteln, umtauscht, überträgt oder verbringt.[64] Umstritten ist die Einordnung des Sich- oder einem Dritten Verschaffens sowie das Verwahren oder die Eigen- oder Drittverwendung nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 4 StGB (ehemals der sog. „Isolierungstatbestand aus § 261 Abs. 2 StGB a.F.), wobei auch hier die hL und die Rechtsprechung ein abstraktes Gefährdungsdelikt vermuten.[65] So müssen die Verschaffungs- oder Verwahrungshandlungen zumindest abstrakt die staatlichen Strafverfolgungsinteressen gefährden.

Gänzlich neu gefasst wurde § 261 Abs. 2 StGB, wonach auch das Verheimlichen oder Verschleiern von Tatsachen, die für das Auffinden, die Einziehung oder die Herkunftsermittlung von Bedeutung sein können, bestraft wird. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei der Formulierung „von Bedeutung sein können". Hieraus geht hervor, dass es weder zu einer Verschlech-

62 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 09.11.2020, BT-Drs. 19/24180, S. 30; *El-Ghazi/Laustetter,* NZWiSt 2021, 209 (213); *Gazeas,* NJW 2021, 1041 (1042).

63 *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 261 StGB, Rn. 7; BGH BeckRS 2018, 38747, Rn. 19; *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 17; *Schindler,* NZWiSt 2020, 457 (467). Zur neuen Rechtslage, siehe Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 09.11.2020, BT-Drs. 19/24180, S. 30, wonach die Verbergungshandlung nicht unbedingt zu einem Erfolg geführt haben muss; aA *Altenhain,* in: NK-StGB, § 261, Rn. 100.

64 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 09.11.2020, BT-Drs. 19/24180, S. 31; *El-Ghazi/Laustetter,* NZWiSt 2021, 209 (213); *Schindler,* NZWiSt 2020, 457 (467).

65 BGH BeckRS 2014, 18273 (18273); NStZ-RR 2013, 253 (254); *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 261 StGB, Rn. 7; *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

terung der Ermittlungslage gekommen noch dass das Verschleiern oder das Verheimlichen hierfür kausal sein müsste.[66] Vielmehr geht die Literatur in Anknüpfung an die alte Rechtslage von einem abstrakten Gefährdungsdelikt aus.[67]

Insgesamt ist die Geldwäsche nach neuer Rechtslage ein rein abstraktes Gefährdungsdelikt, das bereits dann vorliegt, wenn eine Handlung geeignet ist, den staatlichen Zugriff auf inkriminierte Vermögenswerte generell zu gefährden. Kritische Stimmen vermuten hierin eine unzulässige Vorverlagerung der Strafbarkeit, die im Zusammenhang mit dem als zu vage empfundenen Schutzauftrag der staatlichen Rechtspflege zu einer Entmaterialisierung des Rechtsgüterschutzes führe.[68] Befürworter weisen dagegen auf kaum hinnehmbare Strafbarkeitslücken und Verfolgungshindernisse hin, die bei einer weniger umfassenden Pönalisierung bestünden.[69]

d. Tatbestandsmäßigkeit

Als Tatobjekte der verschiedenen Tatbegehungsvarianten aus § 261 Abs. 1, 2 StGB kommen alle Gegenstände infrage, die aus einer Straftat herrühren. Unter den Gegenstandsbegriff sind sowohl bewegliche wie unbewegliche Sachen i. S. v. § 90 BGB als auch Rechte erfasst.[70] Der Terminus des Herrührens stellt einen Konnex zwischen Vortat und dem Gegenstand der Geldwäsche her und wird von der hM umfassend ausgelegt.[71] Dies

66 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 09.11.2020, BT-Drs. 19/24180, S. 33.

67 *Schindler,* NZWiSt 2020, 457 (467). Zu dem ähnlich konzipierten, ehemaligen Verschleierungstatbestand, siehe bereits die Nachweise in Fn. 63.

68 Hierzu ausf. unten S. 202 ff. Zur alten Rechtslage bereits: *Kargl,* NJ 2001, 57 (59); *Lampe,* JZ 1994, 123 (128); *Leip,* Der Straftatbestand der Geldwäsche, S. 136 ff.; *Schindler,* NZWiSt 2020, 457 (466 f.); *Vogel,* ZRP 2020, 111 (112 f.).

69 So z. T. *Hartmann,* in: NK-GesStrR, § 261 StGB, Rn. 15 ff.

70 Entwurf des Bundesrates eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 25.07.1991, BT-Drs. 12/989, S. 27; BGH NJW 2015, 3254 (3254); *Altenhain,* in: NK-StGB, § 261, Rn. 26; *Fischer,* StGB, § 261, Rn. 10; *Heger,* in: *Lackner/u. a.*-StGB, § 261, Rn. 3; *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 35; *Voß,* Die Tatobjekte der Geldwäsche, S. 16 ff.; aA nur *Geurts,* ZRP 1997, 250 (251 f.).

71 Entwurf des Bundesrates eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 25.07.1991, BT-Drs. 12/989, S. 27; Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Ausführung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. Dezem-

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass die Geldwäsche ursprünglich die bestehenden Strafbarkeitslücken innerhalb der übrigen Anschlusstatbestände durch einen möglichst umfassenden Anwendungsbereich schließen sollte.[72] Daher ist von einem „Herrühren" bereits dann auszugehen, wenn sich der Gegenstand bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf die Vortat zurückführen lässt.[73] Im Gegensatz zur Hehlerei nach § 259 StGB sind hiervon auch Surrogate des ursprünglichen Geldwäscheobjekts umfasst, sofern deren wirtschaftliche Zuordnung in einem kausalen Zusammenhang zur Vortat steht.[74] Insoweit stehen auch längere, im Rahmen des *layering* auftretende Veräußerungsketten einem „Herrühren" aus der Vortat nicht entgegen, wenn der ursprüngliche Wert des inkriminierten Geldwäschegegenstandes dabei erhalten bleibt.[75]

In diesem Kontext problematisch sind Konstellationen, in denen sich Buch- oder Bargeld aus kriminellen Handlungen mit „sauberem" Geld vermengt. Nach der herrschenden und vom BGH rigide vertretenen Lehre der Totalkontamination wirkt sich die Inkriminierung einer Teilmenge auf die gesamte Menge aus, soweit der illegale Anteil aus wirtschaftlicher Sicht nicht völlig unerheblich ist.[76] Anderenfalls bestünde eine zu leichte

---

ber 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (Ausführungsgesetz Suchtstoffübereinkommen 1988) vom 22.10.1992, BT-Drs. 12/3533, 12; BGH NStZ 2017, 28 (29); NJW 2009, 1617 (1618 f.). Ausf. *Bischofberger,* „Herrühren" iRd § 261 StGB, S. 28 ff.; *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 54; *Ruhmannseder,* in: BeckOK-StGB, § 261 StGB, Rn. 15 ff.; krit. *Kuhlen,* JR 2010, 270 (272 f.).

72 *Bischofberger,* „Herrühren" iRd. § 261 StGB, S. 25 ff.; *Schittenhelm,* in: *Eser* (Hg.), FS-Lenckner, 519 (519 f.).

73 Siehe Fn. 71.

74 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Ausführung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (Ausführungsgesetz Suchtstoffübereinkommen 1988) vom 22.10.1992, BT-Drs. 12/3533, S. 12; BGH NZWiSt 2019, 148 (150); NStZ 2017, 28 (29); NStZ-RR 2010, 109 (111); NJW 2009, 1617 (1618 f.): *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 261 StGB, Rn. 67; *Hartmann,* in: NK-GesStrR, § 261 StGB, Rn. 33; Instruktiv *Wolf,* in: *Bergmann* (Hg.), Geldwäsche, 63 (65 ff.).

75 Entwurf des Bundesrates eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 25.07.1991, BT-Drs. 12/989, S. 27; Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Ausführung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (Ausführungsgesetz Suchtstoffübereinkommen 1988) vom 22.10.1992, BT-Drs. 12/3533, S. 12.

76 BGH NZWiSt 2019, 148 (150); 2017, 167 (169); 2016, 157 (157 ff.); OLG Karlsruhe NJW 2005, 767 (769); OLG Frankfurt a.M. NJW 2005, 1727 (1732); *Altenhain,* in:

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Umgehung der Geldwäschestrafbarkeit, etwa indem kleine Teilbeträge aus illegalen Handlungen sukzessive auf legitime Konten übertragen werden.[77]

aa. Tathandlungen

Ein Verbergen inkriminierter Vermögensgegenstände nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB ist dann anzunehmen, wenn durch eine nicht übliche örtliche Unterbringung oder durch eine den Gegenstand verdeckende Handlung der Zugang zum Tatobjekt erschwert wird, wie beispielsweise durch Verstecken[78] von Vermögensgegenständen oder durch die Geldüberweisung in andere Staaten unter Verwendung von irreführenden Angaben[79] zum Zwecke, dem Entdecktwerden vorzubeugen.[80]

Gem. des durch das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche[81] neu eingefügten § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB macht sich ferner strafbar, wer in der Absicht, das Auffinden, die Einziehung (§§ 73 ff. StGB) oder die Herkunft eines inkriminierten Gegenstandes zu vereiteln, diesen umtauscht, überträgt oder verbringt. Dabei ist eine „manipulative Tendenz" der auf den Vereitlungserfolg final gerichteten Handlungen erforderlich.[82] Mit dieser neuartigen Tatbegehungsvariante geht im Vergleich zur vorherigen Rechtslage eine gewisse Vorverlagerung der Strafbarkeit einher, da es im Gegensatz zu den vormaligen § 261 Abs. 1 Var. 3, 4 StGB[83] nunmehr keines Vereitelungserfolges oder einer

NK-StGB, § 261, Rn. 76 f.; *Ambos,* JZ 2002, 70 (71); *Barton,* NStZ 1993, 159 (163); *Bischofberger,* „Herrühren" iRd. § 261 StGB, S. 143; *Hoyer,* in: SK-StGB, § 261, Rn. 17; *Leip,* Der Straftatbestand der Geldwäsche, S. 110 ff.; *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 66; *Ruhmannseder,* in: BeckOK-StGB, § 261 StGB, Rn. 18; aA: *Bauer,* in: *Momsen/Bloy/Rackow* (Hg.), FS-Maiwald, 127 (143); *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 261 StGB, Rn. 77; differenzierend *Salditt,* StraFo 1992, 121 (124).

77 *Altenhain,* in: NK-StGB, § 261, Rn. 76.

78 BGH NStZ-RR 1997, 359 (359).

79 *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 73; *ders.,* NStZ 2008, 492 (495).

80 BGH NStZ-RR 1997, 359; *Hecker,* in: *Schönke/Schröder,* StGB, § 261, Rn. 15; *Heger,* in: *Lackner/u. a.*-StGB, § 261, Rn. 7; *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 261 StGB, Rn. 91; *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 73.

81 Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 9. März 2021, BGBl. 2021 I, S. 327 ff.

82 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 09.11.2020, BT-Drs. 19/24180, S. 30 f.

83 OLG Bamberg NStZ 2015, 235 (236); OLG Karlsruhe NStZ 2009, 269 (270); *Heger,* in: *Lackner/u. a.*-StGB, § 261, Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diesbezüglich konkreten Ermittlungsgefährdung bedarf. Entscheidend ist vielmehr, dass der präsumtive Täter mit überschließender Innentendenz handelt, den Vermögensgegenstand (bzw. seine Inkriminierung) im Verborgenen zu halten.[84]

Dabei war schon der vorherige sog. „Vereitelungs- und Gefährdungstatbestand" aus § 261 Abs. 1 Var. 3, 4 StGB a.F. ob seines weitreichenden Anwendungsbereiches der Kritik ausgesetzt.[85] Insbesondere bei Bankgeschäften bestand ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko, da Finanztransaktionen wie beispielsweise Überweisungen objektiv die Herkunftsermittlung gefährden, da mit jeder Transaktion eine Verlängerung des *paper trails* einhergeht.[86] Besonders in Anbetracht der leichtfertigen Geldwäsche wird in der Literatur ein weitreichendes Strafbarkeitsrisiko von Bankangestellten sowie ein erheblicher Ermittlungsaufwand für Strafverfolgungsbehörden moniert.[87]

Als ebenso weitreichend wird der durch die jüngste Gesetzesänderung inhaltlich nicht betroffene Isolierungstatbestand nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 4 StGB erachtet.[88] Das Sich- oder einem Dritten Verschaffen, Verwahren oder Verwenden inkriminierter Gegenstände gilt als Auffangtatbestand im Verhältnis zu den genannten Geldwäschehandlungen.[89] Ihnen muss nicht unbedingt eine manipulative Tendenz zukommen. Ferner müssen sie auch nicht in einem klandestinen Rahmen wie in Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder in Abs. 2 erfolgen, sondern sollen gerade die vielfältigen Geldgeschäfte des täglichen Lebens erfassen, die der Täter nutzt, um inkriminierte Gegenstände in den legalen Wirtschaftskreislauf

84 *El-Ghazi/Laustetter,* NZWiSt 2021, 209 (213).

85 *Helmers,* ZStW 2009 509 (512); *Kargl,* NJ 2001, 57 (59); *Leip,* Der Straftatbestand der Geldwäsche, S. 137; *Maiwald,* in: *Weigend/Küpper* (Hg.), FS-Hirsch, 631 (642 ff.); *Salditt,* StraFo 1992, 121 (125 ff.).

86 *Flatten,* Strafbarkeit von Bankangestellten, S. 84 ff.; *Leip,* Der Straftatbestand der Geldwäsche, S. 133; *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 261 StGB, Rn. 94; *Salditt,* StraFo 1992, 121 (126); *Saliger,* in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M.* (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, 447 (447 ff.); *Werner,* Bekämpfung der Geldwäsche, S. 228.

87 Zur neuen Rechtslage insbesondere *Gazeas,* NJW 2021, 1041 (1044 ff.).

88 *Barton,* StV 1993, 156 (156 ff.); *Helmers,* ZStW 2009, 509 (512); *Kraatz,* Jura 2015, 699 (700); *Heger,* in: *Lackner/u. a.*-StGB, § 261, Rn. 2; *Lampe,* JZ 1994, 123 (128).

89 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Ausführung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (Ausführungsgesetz Suchtstoffübereinkommen 1988) vom 22.10.1992, BT-Drs. 12/3533, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einzuschleusen.[90] Relevant ist der Isolierungstatbestand insofern neben § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB besonders für die Bankenpraxis, da gerade solche Berufsgruppen erfasst werden, die berufstypisch mit Geld umgehen, wie beispielsweise im Rahmen der Finanzberatung.[91]

Die letzte Tatbegehungsvariante ist die des § 261 Abs. 2 StGB, der das Verheimlichen oder Verschleiern von Tatsachen, die für das Auffinden, die Einziehung oder die Herkunftsermittlung eines inkriminierten Vermögensgegenstandes von Bedeutung sein können, unter Strafe stellt. Er knüpft dabei an § 261 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB a.F., den sog. Verschleierungstatbestand, an. Es bedarf nach neuer Rechtslage allerdings keiner Verschleierung der Herkunft mehr. Es genügt vielmehr bereits das Verschleiern von Tatsachen, die hilfreich für das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft sind.[92] Erforderlich sind laut Gesetzesbegründung konkret irreführende und aktiv unterdrückende Machenschaften, bezogen auf alle Tatsachen, die den Ermittlungsbehörden bei den Ermittlungen und der Einziehung von Bedeutung sein können.[93]

bb. Tatbestandsausschlüsse

Aufgrund der Reichweite des Geldwäschetatbestandes bestehen zahlreiche Tatbestandsausschlüsse, in denen auch bei Erfüllen aller objektiven und subjektiven Merkmale eine Strafbarkeit zu verneinen ist. Neben den vom Gesetzgeber niedergeschriebenen Ausschlüssen nach § 261 Abs. 1 S. 2 StGB (strafloser Vorerwerb) und § 261 Abs. 1 S. 3 StGB (Strafverteidigerprivileg) haben Literatur und Rechtsprechung weitere Konstellationen entwickelt, in denen der Tatbestand im Einzelfall teleologisch zu reduzieren ist. Auf die wichtigsten geschriebenen und ungeschriebenen Ausschlüsse soll im Folgenden überblicksartig eingegangen werden.

90 Entwurf des Bundesrates eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 25.07.1991, BT-Drs. 12/989, S. 27; BVerfG NJW 2020, 1351 (1352).

91 Kritisch hierzu: *Barton,* StV 1993, 156 (156 ff.); *Flatten,* Strafbarkeit von Bankangestellten, S. 118 ff. Zur Frage der Ausklammerung von (Bank-)Geschäften des täglichen Lebens im Wege einer telelogischen Reduktion, siehe den nachfolgenden Abschnitt.

92 *El-Ghazi/Laustetter,* NZWiSt 2021, 209 (213).

93 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 09.11.2020, BT-Drs. 19/24180, S. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nach § 261 Abs. 1 S. 2 StGB ist eine Tat nicht nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 4 StGB strafbar, wenn zuvor ein Dritter den Gegenstand erlangt hat, ohne hierdurch eine Straftat zu begehen (sog. strafloser Vorerwerb). Zweck der Vorschrift ist es, unangemessen lange Ketten der Geldwäschehandlungen zu verkürzen und somit den Wirtschaftskreislauf zu entlasten.[94] Sobald eine Person einen kontaminierten Gegenstand gutgläubig erworben hat, soll es ihr möglich sein, diesen ohne Rücksicht auf § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 4 StGB zu veräußern, selbst wenn sie später zufällig Kenntnis über die inkriminierte Herkunft des Gegenstandes erlangt.

Dabei ist es jedoch problematisch, dass der Wortlaut der Vorschrift lediglich eine Strafbarkeit nach dem Isolierungstatbestand ausschließt. Aufgrund des extensiven Anwendungsbereiches von § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB und dessen vielfältigen Überschneidungen, gerade mit dem Isolierungstatbestand, verliert der Tatbestandsausschluss in der Praxis somit an Bedeutung.[95] Teilweise wird deshalb vorgeschlagen, § 261 Abs. 1 S. 2 StGB auch auf die übrigen Tatbegehungsvarianten der Geldwäsche anzuwenden. Begründet wird dies überwiegend mit einer teleologischen Reduktion des Tatbestandsmerkmals „Herrühren", sodass solche Gegenstände nicht erfasst sind, die einst gutgläubig erworben wurden.[96]

Es muss jedoch konstatiert werden, dass das Problem vom Gesetzgeber wohl erkannt und er sich bewusst gegen eine Ausweitung des straflosen Vorerwerbs auf die übrigen Geldwäschehandlungen entschieden hat. Anderenfalls hätte er die Gelegenheit der jüngsten Neustrukturierung genutzt und den Tatbestandsausschluss entsprechend angepasst. Das Ergeb-

94 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Ausführung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (Ausführungsgesetz Suchtstoffübereinkommen 1988) vom 22.10.1992, BT-Drs. 12/3533, S. 28.

95 *Fischer,* StGB, § 261, Rn. 33 ff.; *Hecker,* in: *Schönke/Schröder,* StGB, § 261, Rn. 21; *Leip,* Der Straftatbestand der Geldwäsche, S. 133; *Maiwald,* in: *Weigend/Küpper* (Hg.), FS-Hirsch, 631 (642); *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 261 StGB, Rn. 123; *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 89; *Salditt,* StraFo 1992, 121 (126); *Werner,* Bekämpfung der Geldwäsche, S. 228.

96 *Heger,* in: *Lackner/u. a.*-StGB, § 261, Rn. 5; *Rengier,* BT I, § 23, Rn. 35. Andere fordern für Tathandlungen nach § 261 Abs. 1 StGB auf der subjektiven Seite ein „zielgerichtetes Vorgehen", *Leip,* Der Straftatbestand der Geldwäsche, S. 127 ff. Einem dogmatischen Ansatz zufolge ist in § 261 Abs. 1 StGB im Verhältnis zum „Sich Verschaffen" § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 4 StGB kein eigenständiger Unrechtsgehalt zu sehen, weshalb sich überschneidende Tathandlungen auch von dem Tatbestandsausschluss nach § 261 Abs. 1 S. 2 StGB erfasst werden müssten, siehe hierzu *Maiwald,* in: *Weigend/Küpper* (Hg.), FS-Hirsch, 631 (645).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nis der praktischen Unergiebigkeit des Tatbestandsausschlusses mag zwar unbefriedigend sein; der Wortlaut der Norm und der damit verbundene gesetzgeberische Wille sind jedoch eindeutig. Eine Ausweitung von § 261 Abs. 1 S. 2 StGB wäre *contra legem*.

Neben § 261 Abs. 1 S. 2 StGB ist mit § 261 Abs. 1 S. 3 StGB jüngst auch das sog. Strafverteidigerprivileg in den Normtext aufgenommen worden. Danach kann sich ein Strafverteidiger durch die Honorarannahme dann nicht der Geldwäsche strafbar machen, wenn er zum Zeitpunkt der Annahme des Honorars keine sichere Kenntnis von dessen Herkunft hatte. Begründet wird die Regelung durch das überdurchschnittlich hohe Strafbarkeitsrisiko, dem sich Strafverteidiger in ihrem beruflichen Alltag mit Straftätern aussetzen müssen. Dieses Risiko ist geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen Mandanten und Verteidiger zu beeinträchtigen. Das Bundesverfassungsgericht nimmt daher einen erheblichen Eingriff in die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit des Verteidigers an.[97] Überdies könnten bei einem entsprechenden Anfangsverdacht der Geldwäsche wegen der Entgegennahme eines bemakelten Verteidigerhonorars Ermittlungen durch die Strafverfolgungsbehörden in Gang gesetzt werden, die zu externen Störungen des rechtlich nach Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK besonders geschützten Verteidigungsverhältnisses führen könnte.[98]

Neben diesen geschriebenen Tatbestandsausschlüssen wird in der Literatur diskutiert, Geschäfte des täglichen Lebens allgemein vom Tatbestand des § 261 StGB auszuklammern.[99] Begründet wird dies vor allem mit der ursprünglichen Konzeption des Geldwäschetatbestandes als Mittel zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität. So wird teilweise vorgetragen, eine Bagatellgrenze für das Tatobjekt festzulegen oder „sozialübliche Tathandlungen" nicht zu erfassen.[100] Derartige Eingrenzungen des Anwendungsbereiches werden jedoch von der überwiegenden Ansicht abgelehnt.[101] Danach verbiete schon die Gesetzesbegründung eine Ausklam-

97 BVerfG NJW 2004, 1305 (1307 ff.).
98 BVerfG NJW 2004, 1305 (1309 ff.).
99 *Barton,* StV 1993, 156 (159 ff.); *Bauer,* in: *Momsen/Bloy/Rackow* (Hg.), FS-Maiwald, 127 (143); *Dionyssopoulou,* Der Tatbestand der Geldwäsche, S. 117 ff.; *Hund,* ZRP 1996, 163 (166).
100 *Barton,* StV 1993, 156 (159 ff.).
101 *Altenhain,* in: NK-StGB, § 261, Rn. 120 ff.; *Fischer,* StGB, § 261, Rn. 40; *Hecker,* in: *Schönke/Schröder,* StGB, § 261, Rn. 23; *Heger,* in: *Lackner/u. a.*-StGB, § 261, Rn. 5; *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 91 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

merung der Geschäfte des täglichen Lebens. Zudem bezweckt das Gesetz, möglichst lange Veräußerungsketten zu erfassen, um so Geldwäscher finanziell zu isolieren. Ein hinreichender Schutz des gutgläubigen Besitzers wird durch die Einschränkung aus § 261 Abs. 6 StGB erreicht. Mit der neuesten legislativen Trendwende und der damit verbundenen Abkehr von der Bekämpfung organisierter Kriminalität als vorrangiges Ziel der Geldwäschestrafbarkeit gehört der Streit über die Ausklammerung von Geschäften des täglichen Lebens wohl endgültig der Vergangenheit an.

2. Terrorismusfinanzierung i. S. v. § 1 Abs. 2 GwG

Der geldwäscherechtliche Terrorismusfinanzierungsbegriff wird in § 1 Abs. 2 GwG legaldefiniert. So ist gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1, 3 StGB einerseits die Bereitstellung und Sammlung von Vermögensgegenständen als Terrorismusfinanzierung zu qualifizieren, wenn sie in der Absicht oder mit dem Wissen erfolgt, diese Vermögensgegenstände ganz oder teilweise für die Begehung einer Straftat nach §§ 129a, 129b StGB oder nach Art. 3, 5 bis 10 und 12 Terrorismus-RL[102] zu verwenden. Darüber hinaus verweist § 1 Abs. 2 Nr. 2, 3 GwG auf den nationalstrafrechtlichen Terrorismusfinanzierungstatbestand aus § 89c StGB.

a. Normgenese

Der geldwäscherechtliche Terrorismusfinanzierungsbegriff aus § 1 Abs. 2 GwG umfasst in sämtlichen seiner Regelungskomponenten nationale wie europäische Vorgaben. So wird die in diesem Zusammenhang wohl prominenteste Diskussion, was überhaupt unter dem Terminus „Terrorismus" zu fassen ist, von einem europäischen Begriffsverständnis geprägt, das sich heute normativ in der Terrorismus-RL niederschlägt. Auch die Finanzierungskomponente wird in Art. 1 Abs. 5 4. EU-Geldwäscherichtlinie[103] vom Europäischen Gesetzgeber festgelegt. Das Ziel lag dabei darin, mit

102 Siehe Fn. 24.

103 Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (ABl. Nr. L 141 vom 5.6.2015, S. 73–117).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 1 Abs. 2 GwG einen Terrorismusfinanzierungstatbestand zu entwickeln, der sich im Zentrum eines zur Bekämpfung der Geldwäsche geschaffenen, europaweit einheitlichen Regelungssystems befindet.[104] Die Verhaltens- und Organisationsvorschriften aus den Geldwäscherichtlinien sollen neben der Geldwäsche gleichermaßen die Terrorismusfinanzierung verhindern und bekämpfen.[105]

Parallel dazu verweist § 1 Abs. 2 Nr. 1 lit. a, Nr. 2 GwG auch auf nationale Straftatbestände: So wird zum einen die Straftat der Bildung terroristischer Vereinigungen (im Ausland) nach §§ 129a, 129b StGB im Zusammenhang mit der durch Art. 1 Abs. 5 4. EU-Geldwäscherichtlinie vorgezeichneten Finanzierungskomponente zu einem neuartigen „GwG-Terrorismusfinanzierungstatbestand" geformt. Durch den unmittelbaren Verweis auf § 89c StGB in § 1 Abs. 2 Nr. 2 GwG hat darüber hinaus auch ein nationalrechtlicher Terrorismusfinanzierungsstraftatbestand Eingang in den Anwendungsbereich des GwG gefunden.

Im folgenden Abschnitt soll die Rechtsentwicklung der Terrorismusfinanzierung überblicksartig dargelegt werden. Dabei wird zum einen auf die europäischen Ursprünge, sowohl des Terrorismusbegriffs als solchen als auch die Ahndung seiner Finanzierung, einzugehen sein. Zum anderen müssen die – zum Teil auf europäischen Vorschriften beruhenden – nationalrechtlichen Entwicklungen der §§ 89c, 129a, 129b StGB veranschaulicht werden, um die Zwitterstellung des geldwäscherechtlichen Terrorismusfinanzierungstatbestands besser nachzuvollziehen.

aa. Völker- und europarechtliche Entwicklung des Terrorismusbegriffs und die Ahndung seiner Finanzierung

i. Die Entwicklung eines strafrechtlichen Terrorismusbegriffs

Was „Terrorismus"[106] bedeutet, vermag eine jede und ein jeder intuitiv zu beantworten. Dieses vermeintliche Selbstverständnis ist derweil an unter-

104 *Figura,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 1 GwG, Rn. 10; *Groth,* in: *Albers/Groth* (Hg.), Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, 39 (39 f.).

105 Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz – GwBekErgG) vom 05.05.2008, BT-Drs. 16/9038, S. 22.

106 Etymologisch findet der heutige Ausdruck des Terrorismus seine Wurzeln in der Zeit der Französischen Revolution. So war mit *„La Terreur"* die Schreckensherr-

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schiedliche rechtliche, politische, kulturelle, philosophische wie auch an religiöse Meinungsbilder geknüpft.[107] So ist die ideologische Grenzziehung zwischen Terrorismus und Freiheitskampf eine Wertungsfrage, die je nach Wertekreis anders beantwortet wird *(„one man's terrorist is another man's freedom fighter").*[108]

Doch Terrorismus ist nicht nur ein Phänomen, sondern auch ein vielschichtiger Rechtsbegriff, der eindeutig abgegrenzt werden muss. Seine strafrechtliche Bestimmung war in den letzten Jahrzehnten ein wiederkehrender Gegenstand zahlreicher inter- wie supranationaler Rechtsakte.[109] Auf völkerrechtlicher Ebene konnten jedoch aufgrund der eben skizzierten ideologischen Diversität lediglich Definitionsansätze entwickelt werden. Ein völkerrechtlich-verbindlicher strafrechtlicher Terrorismusbegriff, etwa durch die Vereinten Nationen oder den Europarat, besteht *de lege lata* nicht.[110]

Eine deutlichere Linie findet sich hingegen in der Gesetzgebung der Europäischen Union. Als Wertegemeinschaft[111] ist es ihr gelungen,

---

schaft des von *Robespierre* geleiteten Wohlfahrtsausschusses (1793/1794) gemeint, der durch Maßnahmen wie öffentliche Hinrichtungen oder willkürliche Verhaftungen die Bevölkerung einschüchtern und die politische Macht stabilisieren sollte, hierzu: *Albers/Groth*, in: *dies.* (Hg.), Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, 9 (11); *Mertins,* Spannungsfall, S. 45; *Middel,* Innere Sicherheit, S. 44 f.

107 Hierzu instruktiv: *Albers/Groth,* in: *dies.* (Hg.), Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, 9 (9 ff.); *Cancio Melía,* GA 2012, 1 (1 ff.); *Groth,* Finanzmarktrecht gegen Terrorismusfinanzierung, S. 25.

108 *Hoffman,* Terrorismus, S. 50 ff.; *Mertins,* Spannungsfall, S. 46.

109 *Europarat,* Europäisches Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus, 27.01.1977, ETS Nr. 90; *Europarat,* Änderungsprotokoll zum Europäischen Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus, 15.05.2003, ETS Nr. 190; *Europarat,* Übereinkommen zur Verhütung des Terrorismus, 16.05.2005, ETS Nr. 196; *Europarat,* Übereinkommen über Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, 16.05.2005, ETS Nr. 198; *Vereinte Nationen,* International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, General Assembly, Res. 54/109, U.N.GAOR, 54th Sess., Doc. A/RES/54/109 (2000); *Vereinte Nationen,* Res. 1373, U.N.SCOR, Doc. S/RES/1373 (2001).

110 *Saul,* in: IPI Global Observatory, online verfügbar unter: https://theglobalobservatory.org/2021/06/the-legal-black-hole-in-united-nations-counterterrorism/, *passim; Weißer,* in: *Böse,* EnzEuR XI, § 9, Rn. 84.

111 Siehe hierzu EG 1, 2 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung (ABl. Nr. L 190 vom 18.7.2002, S. 1–20): „Die Europäische Union gründet sich auf die universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität, der Achtung der Menschenrechte und der Grundfreiheiten. Sie beruht auf den Grundsätzen der Demokratie und der

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

trennschärfere Mindestanforderungen zu einem Terrorismusstraftatbestand zu entwickeln, wozu sie nach Art. 83 Abs. 1 AEUV befugt ist. So sah Art. 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI vom 13.06.2002[112] erstmals einen europäischen Terrorismusstraftatbestand vor, den die Mitgliedstaaten verbindlich umsetzen mussten. Dieser erfuhr weitere Anpassungen durch den Beschluss des Rates 2005/617/JI vom 28. September 2005[113] sowie durch den Änderungsbeschluss 2008/919/JI vom 28. November 2008[114].

Die Neuordnung der europäischen Rechtsetzungskompetenzen durch den Vertrag von Lissabon[115] veranlasste den Europäischen Gesetzgeber zu einer Neuregelung des Terrorismusstraftatbestandes. Die bis dahin unabhängige „Dritte Säule der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit" wurde in die vertikale Kompetenzverteilung nach Art. 4 Abs. 2 lit. j) AEUV integriert, mit der Folge, dass der Rahmenbeschluss durch die Terrorismus-RL abgelöst wurde.[116] Heute ist der Terrorismustatbestand in Art. 3 Terrorismus-RL geregelt. So setzt eine terroristische Straftat objektiv eine Gewalttat aus Art. 3 Abs. 1 Terrorismus-RL[117] voraus. Überdies braucht es in subjektiver

---

Rechtsstaatlichkeit, die allen Mitgliedstaaten gemein sind. Terrorismus stellt einen der schwersten Verstöße gegen diese Grundsätze dar. Die auf der informellen Ministertagung vom 14. Oktober 1995 verabschiedete Erklärung von Gomera verurteilt den Terrorismus als eine Bedrohung für die Demokratie, die freie Ausübung der Menschenrechte und die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung."

112 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung (ABl. Nr. L 190 vom 18.7.2002, S. 1–20).

113 Beschluss 2005/671/JI des Rates vom 20. September 2005 über den Informationsaustausch und die Zusammenarbeit betreffend terroristische Straftaten (ABl. Nr. L 253 vom 29.9.2005, S. 22–24).

114 Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates vom 28. November 2008 zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung (ABl. Nr. L 330 vom 9.12.2008, S. 21–23).

115 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007 (ABl. Nr. C 306 vom 17.12.2007, S. 1–271).

116 *Engelstätter,* GSZ 2019, 95 (95).

117 Art. 3 Abs. 1 Terrorismus-RL: Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die folgenden vorsätzlichen Handlungen entsprechend ihrer Definition als Straftaten nach den nationalen Rechtsvorschriften, die durch die Art ihrer Begehung oder den jeweiligen Kontext ein Land oder eine internationale Organisation ernsthaft schädigen können, als terroristische Straftaten eingestuft werden, wenn sie mit einem der in Absatz 2 aufgeführten Ziele begangen werden:
a) Angriffe auf das Leben einer Person, die zum Tode führen können;
b) Angriffe auf die körperliche Unversehrtheit einer Person;
c) Entführung oder Geiselnahme;

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hinsicht eine bestimmte (staatsgefährdende) Zielsetzung des Täters, Art. 3 Abs. 2 Terrorismus-RL[118]. Darüber hinaus enthalten die Art. 5–10, 12 Terrorismus-RL weitere Straftaten im Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten, wie bspw. die öffentliche Aufforderung zur Begehung einer terroristischen Straftat (Art. 5 Terrorismus-RL) oder das Absolvieren einer Ausbildung zu terroristischen Zwecken (Art. 8 Terrorismus-RL).

ii. Die Ahndung der Terrorismusfinanzierung

Auch die Ahndung der Terrorismusfinanzierung war seit jeher Gegenstand des globalen Bestrebens einer wirksamen Terrorismusbekämpfung.[119] Mit

---

d) schwerwiegende Zerstörungen an einer Regierungseinrichtung oder einer öffentlichen Einrichtung, einem Verkehrsmittel, einer Infrastruktur einschließlich eines Informatiksystems, an einer festen Plattform, die sich auf dem Festlandsockel befindet, einem allgemein zugänglichen Ort oder einem Privateigentum, die Menschenleben gefährden oder zu erheblichen wirtschaftlichen Verlusten führen können;
e) Kapern von Luft- und Wasserfahrzeugen oder von anderen öffentlichen Verkehrsmitteln oder Gütertransportmitteln;
f) Herstellung, Besitz, Erwerb, Beförderung, Bereitstellung oder Verwendung von Sprengstoffen oder Waffen, einschließlich chemischen, biologischen, radiologischen oder atomaren Waffen sowie die Forschung und Entwicklung im Zusammenhang mit chemischen, biologischen, radiologischen oder atomaren Waffen;
g) Freisetzung gefährlicher Stoffe oder Herbeiführen von Bränden, Überschwemmungen oder Explosionen, wenn dadurch das Leben von Menschen gefährdet wird;
h) Störung oder Unterbrechung der Versorgung mit Wasser, Strom oder anderen lebenswichtigen natürlichen Ressourcen, wenn dadurch das Leben von Menschen gefährdet wird;
i) rechtswidrige Systemeingriffe im Sinne des Artikels 4 der Richtlinie 2013/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates (19) in den Fällen, in denen Artikel 9 Absatz 3 oder Artikel 9 Absatz 4 Buchstaben b oder c der genannten Richtlinie Anwendung findet, und rechtswidrige Eingriffe in Daten im Sinne des Artikels 5 der genannten Richtlinie in den Fällen, in denen Artikel 9 Absatz 4 Buchstabe c der genannten Richtlinie Anwendung findet;
j) Drohung, eine unter den Buchstaben a bis i genannte Handlung zu begehen.

118 Art. 3 Abs. 2 Terrorismus-RL: Die in Absatz 1 genannten Ziele bestehen darin,
a) die Bevölkerung auf schwerwiegende Weise einzuschüchtern;
b) öffentliche Stellen oder eine internationale Organisation rechtswidrig zu einem Tun oder Unterlassen zu zwingen;
c) die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Landes oder einer internationalen Organisation ernsthaft zu destabilisieren oder zu zerstören.

119 Instruktiv zur völkerrechtlichen Entwicklung der Terrorismusfinanzierungsbekämpfung *Emmerich-Fritsche,* in: *Albers/Groth* (Hg.), Terrorismusfinanzierungsbe-

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ihrer Kriminalisierung soll terroristischen Vereinigungen der finanzielle Nährboden entzogen und damit sollen ihre operativen Kapazitäten geschwächt werden.[120] Die Ahndung von finanziellen Vorbereitungstaten wie etwa der Finanzierung von Propaganda oder von Ausbildungslagern soll zudem neue Ermittlungsansätze für Strafverfolgungsbehörden generieren, sodass (auch niedrigschwellige) Geldgeberinnen bzw. Geldgeber terroristischer Organisationen schon weit im Vorfeld etwaiger Anschläge strafprozessualer Maßnahmen ausgesetzt werden können.[121] So soll ein Terrorismusfinanzierungstatbestand den Strafverfolgungsbehörden nicht nur ermöglichen, einen einschlägigen Finanzierungsstrom auszutrocknen, sondern diesen vielmehr zunächst unter Beobachtung zu stellen, um so Informationen über das dahinter stehende terroristische Netzwerk zu gewinnen, ganz nach dem in Finanzermittlungen ubiquitären Prinzip *„follow the money"*.[122]

Der Prozess der Terrorismusfinanzierung – und damit spiegelbildlich die Ermittlungsmethoden der Strafverfolgungsbehörden – ähnelt dabei dem der Geldwäsche, mit dem entscheidenden Unterschied, dass nicht die Herkunft, sondern der Verwendungszweck von Vermögensgegenständen verschleiert werden soll. Die erste Phase der Terrorismusfinanzierung besteht in der Beschaffung der Gelder von der Finanzierungsquelle.[123] Alsdann werden diese Gelder durch verschiedene Kanäle in Aktionsgebiete der Terrororganisation transferiert, etwa durch ein *Hawala*[124]-Finanzsystem oder

kämpfung, 134 (134 ff.); *Priebe,* in: *Albers/Groth* (Hg.), Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, 291 (292).

120 Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung vom 3.12.2015, COM(2015) 625 final, S. 6 f.; *Pieth,* JICJ 2006, 1074 (1075); parallel zum US-amerikanischen Ansatz *Shatterly,* Regent U. Law Review 2006, 327 (327 ff.).

121 *Gazeas/u. a.,* NStZ 2009, 593 (593 ff.); *ders.,* DRiZ 2015, 218 (219 ff.); krit. hierzu: *Paeffgen,* in: NK-StGB, § 89c StGB, Rn. 1 ff.

122 *Groth,* in: *Albers/Groth* (Hg.), Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, 39 (40).

123 Instruktiv *Ivanov,* in: *Albers/Groth* (Hg.), Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, 256 (259 ff.).

124 Im Rahmen des Hawala-Finanzsystems wird Geld gegen eine Gebühr bei einem Hawala-Händler bzw. einer Hawala-Händlerin (sog. Hawalar) eingezahlt. Der Einzahlende erhält dabei ein Passwort, das er an eine von ihm bestimmte Empfangsperson weitergibt. Der Hawalar kontaktiert wiederum einen weiteren Hawalaren im Zielland der Transaktion und teilt diesem ebenso das Passwort mit. Die Empfangsperson kann somit unter Angabe des Passworts beim Hawalaren im Zielland das Geld erhalten, hierzu ausf.: *Taheri,* BKR 2020, 133 (134 ff.). In Deutschland ist

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch missbräuchliche Überweisungen an gemeinnützige Organisationen (vergleichbar mit dem *layering* bei der Geldwäsche).[125] In einem letzten Schritt werden schließlich die gewonnenen Gelder in die Organisationen eingeschleust.

Um dieser finanziellen Dimension des Terrorismus Herr zu werden, war seine strafrechtliche Ahndung schon frühzeitig Gegenstand der bereits thematisierten Übereinkommen und Verträge. So bestand schon im Jahr 1999 durch Art. 2, 4 des Internationalen Übereinkommens der Vereinten Nationen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus[126] eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Schaffung eines Terrorismusfinanzierungsstraftatbestandes, die der UN-Sicherheitsrat in der Resolution 1373 aus dem Jahr 2001 als Antwort auf die Anschläge vom 11. September nahezu wortgleich übernahm.[127] Ferner fand im Oktober 2001 das Gebot der Ahndung und Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung Eingang in das FATF-Regelwerk.[128]

Auch auf europäischer Ebene bestand bereits in den 1990er-Jahren ein dichtes Netz von Aktionsplänen und Ratsbeschlüssen, das mit der Entwicklung einer eigenständigen „EU-Politik des Rechts, der Sicherheit und der Freiheit" in den Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rates vom 13.06.2002 und letztlich in die Terrorismus-RL sowie in die Geldwäscherichtlinien mündete.[129] Art. 11 Terrorismus-RL weist die Mitgliedstaaten an, erforderliche Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die Bereitstellung oder

---

das Betreiben eines Hawala-Systems ohne Genehmigung und Kontrolle der BaFin verboten.

125 *Ivanov,* in: *Albers/Groth* (Hg.), Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, 256 (270).

126 United Nations, International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, General Assembly, Res. 54/109, U.N.GAOR, 54th Sess., Doc. A/RES/54/109 (2000), umgesetzt im Jahr 2003 durch das Gesetz zu dem Internationalen Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 9. Dezember 1999 zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 19.12.2003, BGBl. 2003 II S. 1923.

127 Vereinte Nationen, Res. 1373, U.N.SCOR, Doc. S/RES/1373 (2001); siehe hierzu: *Aston,* ZaöRV 2002, 257 (262 ff.); *Emmerich-Fritsche,* in: *Albers/Groth* (Hg.), Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, 134 (157 ff.); *Sieber/Vogel,* Terrorismusfinanzierung, S. 20 f.

128 *FATF,* FATF Recommendations, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html, S. 11, 35 ff.; *dies.,* Special Recommendations, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/ixspecialrecommendations.html, *passim.*

129 *Pieth,* JICJ 2006, 1074 (1078); *Priebe,* in: *Albers/Groth* (Hg.), Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, 291 (291).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sammlung von Geldern mit der Absicht der Verwendung für terroristische Gewalttaten unter Strafe gestellt wird. Maßnahmen zur Verhinderung und Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung sind hingegen in den EU-Geldwäscherichtlinien geregelt.[130]

bb. Nationale Entwicklungen der §§ 89c, 129a, 129b StGB

§ 1 Abs. 2 GwG verweist ferner auf die nationalen Straftatbestände der §§ 89c, 129a, 129b StGB. Auch diese gehen teilweise, aber nicht ausschließlich auf europäische Vorgaben zurück. So wurde die Bildung einer terroristischen Vereinigung bereits 1976 durch das sog. Anti-Terroristengesetz[131] in das StGB eingefügt, mit dem Ziel, „besonders gefährliche kriminelle Vereinigungen wirksamer als bisher zu bekämpfen".[132] Vor allem galt die Schaffung von § 129a StGB aber als nationale Reaktion auf den Terror der Roten Armee Fraktion (RAF).[133] Der Tatbestand sollte insbesondere solche Vorbereitungshandlungen pönalisieren, die in einer organisatorischen Verbindung zu einer terroristischen Vereinigung stehen und damit den Strafverfolgungsbehörden ein Einschreiten in dieses organisatorische Vorfeld ermöglichen.[134]

In der Ursprungsversion des § 129a StGB von 1976 waren Vereinigungen umfasst, deren Zwecke oder deren Tätigkeit auf Straftaten wie Mord, Totschlag oder Völkermord, vereinzelte Straftaten gegen die persönliche

130 Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (ABl. Nr. L 141 vom 5.6.2015, S. 73–117), *passim.*

131 Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Bundesrechtsanwaltsordnung und des Strafvollzugsgesetzes vom 18. August 1976, BGBl. I 1976, 2181 ff.

132 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Bundesrechtsanwaltsordnung und des Strafvollzugsgesetzes, BT-Drs. 7/4005, S. 1.

133 Pointiert wurde das Anti-Terroristengesetz auch als „lex RAF" bezeichnet, hierzu *BpB,* Anti-Terror-Paragraf, online verfügbar unter: https://www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/232718/1976-anti-terror-paragraf-16-08-2016, *passim.*

134 Vgl. Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Bundesrechtsanwaltsordnung vom 01.09.1975, BT-Drs. 7/4005, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Freiheit sowie besonders gemeingefährliche Straftaten gerichtet waren. Dieser Straftatenkatalog wurde über die Jahre durch zahlreiche Gesetzesänderungen stetig erweitert.[135] Nennenswerte europarechtliche Einflüsse erfuhr die Vorschrift durch den Rahmenbeschluss vom 13.06.2002, der den Gesetzgeber zu einer massiven normativen Umstrukturierung zwang. So wurden in einem neuartigen Abs. 2 zusätzliche Katalogtaten mit denen aus Abs. 1 Nr. 3 a.F. zusammengeführt und mit dem Erfordernis der besonderen Bestimmung der Taten versehen (dazu unten).[136] In dieser Weise sollten die strafrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten aufgrund der durch die Anschläge des 11. Septembers neu empfundenen Bedrohung durch terroristische Aktivitäten weiter vereinheitlicht werden. Auch die Einführung von § 129b StGB durch das 34. Strafrechtsänderungsgesetz[137] aus dem Jahr 2002 beruhte auf europarechtlichen Vorgaben.[138]

Eine umfassende gesetzliche Neustrukturierung erfuhr das gesamte Staatsschutzstrafrecht im Jahr 2009 durch das „Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung staatsgefährdender Gewalttaten"[139] (GVVG). Ziel des Gesetzes war das entschlossene Vorgehen gegen den internationalen Terrorismus, dessen strukturelle Entwicklung, weg von überschließenden Vereinigungen hin zu losen Zellen und radikalisierten Einzeltätern, eine nie dagewesene, dynamische Bedrohungslage darstellte.[140] Durch die neuen Straftatbestände der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Ge-

135 Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus vom 19. Dezember 1986, BGBl. I 1986, 2566 ff.; Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches vom 26. Juni 2002, BGBl. I 2002, S. 2254 ff.; Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze vom 22. Dezember 2003, BGBl. I 2003, S. 2836 ff.

136 Siehe S. 66 ff. sowie ausf.: Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze vom 22. Dezember 2003, BGBl. I 2003, S. 2836 f.; BGH NStZ-RR 2008, 305 (306); *Heintschel-Heinegg,* in: BeckOK-StGB, § 129a StGB, Rn. 1; *Schäfer/Anstötz,* in: MüKo-StGB, § 129a, Rn. 17.

137 Vierunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz – § 129b StGB vom 22. August 2002, BGBl. I 2002, S. 3390 ff.

138 Entwurf der Bundesregierung eines … Strafrechtsänderungsgesetzes – § 129b StGB (…StrÄndG) vom 20.09.2001, BT-Drs. 14/7025, S. 1, 6; Art. 4 UA 1 Gemeinsame Maßnahme vom 21. Dezember 1998 vom Rat aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union angenommen – betreffend die Strafbarkeit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. Nr. L 351 vom 9. Dezember 1998, 98/733/JI).

139 Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten vom 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, S. 2437 ff.

140 *Petzsche,* Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, S. 94.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

walttat (§ 89a StGB), der Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89b StGB) sowie der Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 91 StGB) setzte der Gesetzgeber die Vorgaben des Rahmenbeschlusses 2008/919/JI sowie des Europaratsübereinkommens zur Verhütung des Terrorismus vom 16. Mai 2005 in nationales Recht um. § 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB a.F. erklärte dabei die Sammlung, Entgegennahme und Zurverfügungstellung nicht unerheblicher Vermögenswerte zu einer Straftat, wobei sie sich in ihrer Formulierung an den schweizerischen Terrorismusfinanzierungstatbestand aus Art. 260^{quinquies} StGB-CH orientierte.[141]

Einen eigenständigen Terrorismusfinanzierungsstraftatbestand in Form von § 89c StGB fügte der Gesetzgeber hingegen erst im Jahr 2015 durch das GVVG-Änderungsgesetz[142] ein und setzte damit Art. 2 des UN-Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 01.12.1999[143] in nationales Recht um. Die Schaffung der Norm war allerdings insoweit überraschend, als dass der Gesetzgeber bis dahin betonte, keinen Bedarf für eine eigenständige Normierung eines Terrorismusfinanzierungstatbestandes zu sehen. Vielmehr könnten Finanzierungskonstellationen hinreichend durch § 89a Abs. 2 Nr. 4 a.F.[144], §§ 129 ff. StGB sowie durch § 18 AWG abgefangen werden.[145] Der Gesetzgeber stand allerdings unter Druck, den steigenden Anforderungen der FATF nachzukommen, die in einem ihrer Länderberichte eine zu geringe Mindestfreiheitsstrafe der Terrorismusfinanzierung sowie die Erheblichkeitsschwelle aus § 89a Abs. 1 Nr. 4 StGB a.F. kritisierte.[146] Auch der Sicherheitsrat der Verein-

141 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten vom 25.03.2009, BT-Drs. 16/12428, S. 15.

142 Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG-Änderungsgesetz – GVVG-ÄndG) vom 12. Juni 2015, BGBl. I 2015, S. 926 ff.

143 Gesetz zu dem Internationalen Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 9. Dezember 1999 zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 19. Dezember 2003, BGBl. II 2003, S. 1923 ff.

144 Gemeint ist hier die Version von § 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB in der durch das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten vom 30. Juli 2009 (GVVG) statuierten Fassung, BGBl I 2009, S. 2437 ff.

145 Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines Gesetzes zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG-Änderungsgesetz – GVVG-ÄndG) vom 24.02.2015, BT-Drs. 18/4087, S. 7; *Biehl,* JR 2015, 561 (562); *Zöller,* in: SK-StGB, § 89c StGB, Rn. 2.

146 Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines Gesetzes zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten Nationen unterstrich mit Ziff. 6 lit. b der Resolution 2178 (2014) die Signifikanz einer flächendeckenden Pönalisierung der Terrorismusfinanzierung.[147] Mit Art. 4 lit. b der bis zum 08.09.2018 umzusetzenden Terrorismus-RL sind weitere Anforderungen an den Terrorismusfinanzierungstatbestand hinzugekommen, deren Umsetzung der deutsche Gesetzgeber allerdings bis heute schuldig geblieben ist.[148]

b. Normzweck

§ 1 Abs. 2 GwG ist kein Straftatbestand, sondern eine Legaldefinition der Terrorismusfinanzierung im geldwäscherechtlichen Kontext. Der Zweck der Vorschrift liegt darin, den Terminus der Terrorismusfinanzierung für die Verhaltens- und Organisationsvorschriften des GwG auszufüllen. Ihre strafrechtliche Konnotation erhält sie dabei durch den Verweis auf den nationalstrafrechtlichen Terrorismusfinanzierungstatbestand aus § 89c StGB sowie auf die Bezugstaten der Finanzierungskomponente aus §§ 129a, b StGB und den Art. 3, 5 bis 10 und 12 der Terrorismus-RL. Auf den Zweck der strafrechtlichen Erfassung der Terrorismusfinanzierung soll im Folgenden überblicksartig eingegangen werden.[149]

Im Rahmen der strafrechtlichen Diskussion zu § 89c StGB soll nach der wohl hM eine strafrechtliche Ahndung der Terrorismusfinanzierung den Bestand und die Sicherheit der Staaten und internationalen Organisationen sowie die Individualrechtsgüter der jeweiligen Straftatbestände schützen,

(GVVG-Änderungsgesetz – GVVG-ÄndG) vom 24.02.2015, BT-Drs. 18/4087, S. 1; *FATF,* MER-Germany, S. 10, 66 ff.; krit. zu den Rechtswirkungen der FATF-Empfehlungen auf die europäische Terrorismusfinanzierungsgesetzgebung: *Weißer,* ZStW 2017, 961 (973 ff.).

147 *Vereinte Nationen,* Resolution 2178 (2014), Security Council, Res. 2178 (2014), U.N.SC., 24.09.2014, Doc. S/Res/2178 (2014).

148 So soll insbesondere nach Art. 11 Abs. 2 RL (EU) 2017/541 der Versuch der Finanzierung einer geplanten terroristischen Straftat oder reiner geplanten Ausreise kriminalisiert werden, siehe hierzu: *Engelstätter,* GSZ 2019, 95 (99).

149 Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den verschiedenen Konturierungen jeder Ansicht würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und wäre für das Verständnis von Verdachtsmeldepflichten überdies auch nicht zielführend, weshalb an dieser Stelle auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen wird. Siehe hierzu etwa: *Hefendehl,* in: *Hoyer/u. a.* (Hg.), FS-Schroeder, 453 (456 ff.); *Müssig,* Schutz abstrakter Rechtsgüter, S. 13 ff.; *Nestler,* ZStW 2013, 259 (270, 272 ff.); *Paeffgen,* in: *Safferling/u. a.* (Hg.), FS-Streng, 725 (725 ff.); *ders.,* in: NK-StGB, Vorb. §§ 80 ff., Rn. 12 ff.; *Sieber/Vogel,* Terrorismusfinanzierung, S. 68 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf die sich die konkrete Finanzierungshandlung bezieht.[150] Andere Stimmen lehnen einen Individualrechtsgüterschutz durch § 89c StGB mit der Begründung ab, dass eine Einbeziehung der vielfältigen Rechtsgüter aus den Katalogstraftaten die Grenzen des Schutzauftrages von § 89c StGB konturlos verlaufen ließe.[151] Überdies sei die Verwirklichung einer Gewalttat bloßes „Mittel zum Zweck". Terroristen wie auch ihren Unterstützern ginge es vielmehr um die Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats, was sich normativ in dem Terrorismusbezug i. S. v. § 89c Abs. 1 S. 2 StGB (wie auch im Übrigen in § 129a Abs. 2 StGB) ausprägt.[152] Dass durch den Straftatbestand der Terrorismusfinanzierung die staatliche Sicherheit als Schutzgut besonders hervorgehoben werden muss, ist insoweit nicht abzustreiten.

Gleiches gilt gem. höchstrichterlicher Rechtsprechung und herrschender Literaturmeinung für die §§ 129a, b StGB.[153] Durch die Kriminalisierung terroristischer Vereinigungen soll die Strafbarkeit in das Verbrechensvorfeld verlagert werden, um Terroristen schon dort strafrechtlich belangen zu können. So ist bereits der Zusammenschluss ohne eine individuell zuzuordnende Rechtsgutsgefährdung strafbar. Dies zeigt auch die spätere Erschaffung des Straftatbestandes der Bildung einer terroristischen Vereinigung mit bloßer Androhungsabsicht nach § 129a Abs. 3 StGB. Mit einer Sanktionierung will der Gesetzgeber somit der konkreten Gefährdung, die sich aus der bereits in dem Zusammenschluss begründeten neuen Dynamik der Organisation ergibt, vorbeugen.[154]

Insoweit verfolgen die Straftatbestände, auf die § 1 Abs. 2 Nr. 1 lit. a, Nr. 2 GwG verweist, überwiegend dem Schutz des Allgemeinrechtsgutes der öffentlichen Sicherheitsgewährleistung.

---

150 *Gazeas,* in: AnwK-StGB, § 89a StGB, Rn. 3 f.; *Sieber,* NStZ 2009, 353 (361); *Sternberg-Lieben,* in: *Schönke/Schröder,* StGB, § 89c StGB, Rn. 1; *Zöller,* in: SK-StGB, § 89c StGB, Rn. 6.

151 *Schäfer/Anstötz,* in: MüKo-StGB, § 89c StGB, Rn. 2; *Zöller,* in: SK-StGB, § 89c StGB, Rn. 6.

152 Vgl. *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 89c StGB, Rn. 9.

153 BGH NStZ 1982, 198 (199); *Federle,* ZStW 1998, 767 (793); siehe schon die Gesetzesbegründung, wonach die Norm „der besseren Bekämpfung terroristischer Vereinigungen […], die die öffentliche Sicherheit besonders gefährden" diene, Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Bundesrechtsanwaltsordnung vom 01.09.1975, BT-Drs. 7/4005, S. 8; *Krauß,* in: LK-StGB, § 129a, Rn. 1; *Schäfer/Anstötz,* in: MüKo-StGB, § 129a, Rn. 1; *Weißer,* JZ 2008, 388 (388).

154 Zur Problematik dieser „Prävention durch Strafrecht", siehe den nachfolgenden Abschnitt.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c. Deliktsnatur

§§ 89c, 129a, b StGB sind dem sog. Staatsschutzstrafrecht zuzuordnen, dessen gesamte dogmatische Konstruktion seit seiner Erschaffung heftiger Kritik ausgesetzt ist.[155] Im Kern geht es dabei um die Problematik der Vorverlagerung der Strafbarkeit, insbesondere im Rahmen von § 89c StGB sowie von §§ 129a, b StGB.

Eine derartige Verlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld einer Rechtsgutsbeeinträchtigung wird zum einen dadurch bedingt, dass die §§ 89c, 129a, b StGB[156] als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet sind.[157] So muss es nicht zu einem terroristischen Anschlag kommen – vielmehr wird schon die Bildung einer terroristischen Organisation sowie die Finanzierung ebendieser als inhärent gefährlich beurteilt.[158]

Rechtsdogmatisch ist diese Ausgestaltung von Straftatbeständen zunächst nicht zu beanstanden.[159] Im Kontext von § 89c StGB verschärft sich die Vorfeldproblematik jedoch dadurch, dass dieses Delikt ausschließlich durch neutrale, ubiquitäre Verhaltensweisen begangen wird, die einen objektiven Bezug zu einem unrechtsbegründenden Verhalten häufig vermissen lassen. Eine etwaige strafrechtliche Erfassung solcher „Alltagshandlungen" wird herkömmlicherweise durch das Instrument der neutralen Beihilfe erreicht, wobei nach Ansicht der Rechtsprechung vorwiegend der subjektive Tatbe-

155 *Biehl,* JR 2015, 561 (563 ff.); *Gazeas,* DRiZ 2015, 218 (219 ff.); *Kaiafa-Gbandi,* in: *Herzog/Neumann* (Hg.), FS-Hassmer, 1161 (1161 ff.). Allen voran dabei: *Paeffgen,* in: NK-StGB, § 89c StGB, Rn. 1 ff.; *ders.,* in: *Safferling/u. a.* (Hg.), FS-Streng, 725 (725 ff.); *Zimmermann,* ZIS 2009, 1 (2 ff.).

156 § 129a Abs. 1, 2 StGB sind Qualifikation zu § 129 StGB, da die Tatbestandsmerkmale aus § 129a StGB keine eigenständigen Erscheinungsformen zu sozialschädlichem Verhalten beinhalten. § 129a Abs. 3 StGB enthält hingegen einen eigenständigen Straftatbestand. § 129b StGB ist eine Qualifikation der Qualifikation, siehe hierzu: BGH NStZ 1982, 198; *Fischer,* StGB, § 129a, Rn. 2; *Hartmann,* in: NK-GesStrR, § 129a StGB, Rn. 1; *Helm,* StV 2006, 719 (719); *Schäfer/Anstötz,* in: MüKo-StGB, § 129a, Rn. 2; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm,* in: *Schönke/Schröder,* StGB, § 129a, Rn. 1; *Weißer,* JZ 2008, 388 (388).

157 Zur Einordnung von § 129 StGB: BGH NJW 1983, 1334 (1335); NStZ 1985, 21 (22); *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 89c StGB, Rn. 10; *Fischer,* StGB, § 129, Rn. 3; *Gazeas,* in: AnwK-StGB, § 129, Rn. 4; *Ostendorf,* in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen,* NK-StGB, § 129 StGB, Rn. 5; *Schäfer/Anstötz,* in: MüKo-StGB, § 129 StGB, Rn. 4; zu § 89c StGB: *dies.,* in: MüKo-StGB, § 89c StGB, Rn. 3.

158 *Jacobs,* ZStW 1985, 751 (768); *ders.,* ZStW 2006, 839 (840).

159 Die Vorverlagerung durch abstrakte Gefährdungsdelikte geht in dieselbe Richtung wie eine etwaige Vorverlagerung im Rahmen des (strafbaren) beendeten Versuchs, so *Jacobs,* ZStW 1985, 751 (769).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stand des Hilfeleistenden entscheidend ist.[160] Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine Straftat zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so verliert dessen neutrale Handlung ihren „Alltagscharakter" und ist als „Solidarisierung" mit dem Täter zu werten.[161] Ist der subjektive Bezug indes nicht derart eindeutig, greift die Rechtsprechung auf die Lehre *Roxins*[162] zurück, wonach der Gehilfenbeitrag objektiv eines sog. deliktischen Sinnbezugs – also eine tatsächlich manifestierte unrechtsspezifische Gesinnung – bedarf.[163]

Angesichts dieser hohen Hürden in der Pönalisierung deliktsneutralen Verhaltens monieren kritische Stimmen die umfassende täterschaftliche Ahndung von Finanzierungshandlungen in § 89c StGB, die allesamt weit im Vorfeld einer etwaigen terroristischen Handlung stattfinden.[164] Ein notwendiger deliktischer Sinnbezug würde dort nicht gefordert. Vielmehr ergebe sich eine Strafbarkeit faktisch aus der „auf irgendeine Weise manifest gewordenen Intention des Täters".[165] Die „äußerst engen (methodologischen) Grenzen der Vorfeldstrafbarkeit" seien im Rahmen von § 89c StGB eindeutig überschritten.[166]

Allerdings ist es zumindest diskutabel, ob angesichts der Signifikanz finanzieller Unterstützung für terroristische Vorhaben nicht nur für die Durchführung terroristischer Gewalttaten, sondern für die Anerkennung und das Wachstum der Organisationen die Kriterien aus der neutralen Beihilfe für § 89c StGB überhaupt geeignete Maßstäbe bilden können. So ist es zwar unstreitig, dass § 89c StGB die Strafbarkeit weit in das Vorfeld terroristischer Taten verschiebt. Dem ist jedoch zu entgegnen, dass nicht der eigentliche Terrorakt, sondern darüber hinaus die Bildung und Unterstützung terroristischer Organisation ein originäres und äußerst schwerwiegendes Unrecht birgt, dem der Gesetzgeber – auch durch das Strafrecht – wirksam zu begegnen hat. An der Legitimität des Verlangens, durch § 89c StGB diesen Organisationen den finanziellen Nährboden umfassend zu entziehen, bestehen keine Zweifel, obschon dies zu einer massiven Straf-

160 BGH NJW 2000, 3010 (3010 ff.); NStZ 2004, 42 (43); 2000, 34 (34 ff.); *Fischer,* StGB, § 27, Rn. 18.
161 BGH NStZ 2000, 34 (34).
162 *Roxin,* AT II, § 26, Rn. 224; *ders.,* in: *Kühne* (Hg.), FS-Miyazawa, 501 (512 ff.).
163 BGH NZWiSt 2015, 139 (139 ff.); ausf. besprochen in *Putzke,* ZJS 2014, 635 (637 ff.).
164 *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 89c StGB, Rn. 11 ff.; *Gazeas,* DRiZ 2015, 218 (220 ff.); *Paeffgen,* in: NK-StGB, § 89c StGB, Rn. 5.
165 So zu § 89a StGB, BGH NJW 2014, 3459 (3459).
166 In dieser Deutlichkeit nur *Paeffgen,* in: NK-StGB, § 89c StGB, Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

barkeitserweiterung führt.[167] Im Rahmen der Staatsschutztatbestände von einem „Herumspielen mit Unrechtskategorien"[168] oder gar von der Schaffung von Gesinnungsstrafrecht[169] zu sprechen, ginge dabei entschieden zu weit.

d. Tatbestandsmäßigkeit

Die Terrorismusfinanzierung nach § 1 Abs. 2 GwG enthält drei unterschiedliche Tatbegehungsvarianten sowie in § 1 Abs. 2 Nr. 3 GwG zwei normierte Beteiligungsformen. So braucht es für § 1 Abs. 2 Nr. 1 lit. a, b GwG eine Finanzierungshandlung i. S. v. § 1 Abs. 2 Nr. 1 1. Hs. GwG. § 1 Abs. 2 Nr. 2 GwG verweist indes auf den gesamten § 89c StGB und übernimmt damit den dort festgelegten Terrorismusfinanzierungsbegriff.

aa. Terrorismusfinanzierung i. S. v. § 1 Abs. 2 Nr. 1 GwG

i. Finanzierungskomponente

Gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 GwG ist jede Bereitstellung oder Sammlung von Vermögensgegenständen mit dem Wissen oder in der Absicht, dass diese Vermögensgegenstände ganz oder teilweise zu einer der o. g. Straftaten verwendet werden (sollen), eine Terrorismusfinanzierung im geldwäscherechtlichen Sinne. Insoweit setzt sich die Finanzierungskomponente aus einem objektiven wie aus einem subjektiven Teil zusammen.

Objektiv bedarf es zunächst eines Vermögensgegenstandes als Tatobjekt. Gem. § 1 Abs. 7 GwG ist der Begriff der Vermögensgegenstände umfassend zu verstehen und meint (1) jeden Vermögenswert, ob körperlich oder nicht körperlich, beweglich oder unbeweglich, materiell oder immateriell, sowie (2) Rechtstitel und Urkunden in jeder einschließlich der elektronischen oder digitalen Form, die das Eigentumsrecht oder sonstige Rechte an Vermögenswerten verbriefen. Die Tathandlungen, also die Sammlung und Bereitstellung, werden nicht näher definiert. Allerdings bietet sich im Gleich-

167 Zu sich hieraus ergebenden praktischen, und insbesondere die Meldepflicht betreffenden Implikationen, siehe S. 202 ff.
168 *Paeffgen,* in: NK-StGB, § 89c StGB, Rn. 5.
169 Im Ergebnis aber ablehnend *Radtke/Steinsieck,* ZIS 2008, 383 (387).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schritt mit dem Tatobjekt eine möglichst weitreichende Auslegung an, um jedwede Handlung zu ahnden, die einen späteren terroristischen Anschlag ermöglicht oder vereinfacht. So kann im Bereitstellen jede mittelbare und unmittelbare Zurverfügungstellung von Vermögensgegenständen an den Täter oder Teilnehmer der Katalogtat gesehen werden.[170] Die Sammlung ist hingegen dem Bereitstellen vorgeschaltet und umfasst die Einwerbung der Ansammlung von Vermögenswerten Dritter.[171]

Eingegrenzt wird der umfangreiche objektive Tatbestand durch das subjektive Erfordernis des Wissens (i. S. d. *dolus directus* 2. Grades) oder der Kenntnis (i. S. d. *dolus directus* 1. Grades) darüber, dass die gesammelten oder bereitgestellten Vermögenswerte für eine Tat nach §§ 129a, 129b StGB oder für einen der Tatbestände aus der Terrorismus-RL verwendet werden.

ii. Bildung einer (ausländischen) terroristischen Vereinigung, §§ 129a, 129b StGB

Nach § 129a Abs. 1 StGB wird bestraft, wer eine Vereinigung gründet oder sich als Mitglied beteiligt, deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung bestimmter schwerwiegender Gewalttaten gerichtet ist. Eine Vereinigung ist gem. der Legaldefinition aus § 129a Abs. 1 StGB i. V. m. § 129 Abs. 2 StGB ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger, organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses. Erfasst sein sollen nicht nur Personenzusammenschlüsse, deren Mitglieder sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen, sondern auch hierarchisch organisierte Gruppierungen mit bloßer Durchsetzung eines autoritären Anführerwillens ohne „Gruppenidentität".[172] Eine Vereinigung ist dann auf die Begehung der Katalogtaten gerichtet, wenn sich die Mitglieder der Vereinigung bewusst sind, dass es bei der Verfolgung ihrer Pläne zur Begehung

170 *Pelz,* in: BeckOK-GwG, § 1 Abs. 2 GwG, Rn. 5.

171 *Pelz,* in: BeckOK-GwG, § 1 Abs. 2 GwG, Rn. 5.

172 Entwurf der Bundesregierung eines … Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität vom 22.02.2017, BT-Drs. 18/11275, S. 7, 11; zum Vereinigungsbegriff instruktiv: BGH NStZ-RR 2018, 206 (207 f.); NStZ 2020, 26 (27 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einer solchen kommen kann und sie dies auch wollen.[173] Dabei genügt es, wenn sich die Zwecksetzung oder die Tätigkeit nur auf eine der aufgelisteten Verbrechensarten bezieht.[174] Dass die Vereinigung ausschließlich das Ziel der Begehung solcher Taten verfolgt, ist hingegen nicht erforderlich.[175]

Gem. § 129a Abs. 2 StGB wird ebenso die Gründung oder mitgliedschaftliche Beteiligung an einer Vereinigung, deren Zwecke oder deren Tätigkeit auf die Begehung von Gewalttaten aus § 129a Abs. 2 Nr. 1–5 StGB gerichtet ist, eine sog. „besondere Bestimmung" aufweist und dadurch die Eignung entfaltet, einen Staat oder eine Organisation erheblich zu schädigen, bestraft.[176] Das Merkmal der „besonderen Bestimmung" ist an die (staatsgefährdende) Zielsetzung des europäischen Terrorismusbegriffs aus Art. 3 Abs. 2 Terrorismus-RL angelehnt. Erfasst wird dabei das Ziel, die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern (1. Var.), eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder mit Drohung mit Gewalt zu nötigen (2. Var.) oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen (3. Var.).[177]

§ 129a Abs. 3 StGB bestraft überdies mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahren ein (Gründungs-)Mitglied der Vereinigung, wenn der Vereinigungszweck oder die Tätigkeit darauf gerichtet ist, eine Straftat nach § 129a Abs. 1, 2 StGB anzudrohen. Hierfür ist es erforderlich, dass die Vereinigungsabrede ein Inaussichtstellen einer terroristischen Straftat enthält, auf deren Begehung die Vereinigung Einfluss hat oder zumindest zu haben vorgibt.[178]

---

173 *Schäfer/Anstötz,* in: MüKo-StGB, § 129a, Rn. 42.

174 *Schäfer/Anstötz,* in: MüKo-StGB, § 129a, Rn. 32; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm,* in: *Schönke/Schröder,* StGB, § 129a, Rn. 2.

175 *Sternberg-Lieben/Schittenhelm,* in: *Schönke/Schröder,* StGB, § 129a, Rn. 2.

176 *Heintschel-Heinegg,* in: BeckOK-StGB, § 129a StGB, Rn. 9; *Schäfer/Anstötz,* in: MüKo-StGB, § 129 StGB, Rn. 44 ff.

177 Auf eine ausf. Darlegung der „besonderen Bestimmungen" wird an dieser Stelle aus Übersichtlichkeitsgründen verzichtet und auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen. Siehe hierzu: *Heger,* in: *Lackner/u. a.*-StGB, § 129a StGB, Rn. 2; *Heintschel-Heinegg,* in: BeckOK-StGB, § 129a StGB, Rn. 9 ff.; *Helm,* StV 2006, 719 (720 ff.); *Schäfer/Anstötz,* in: MüKo-StGB, § 129a, Rn. 44 ff.

178 *Helm,* StV 2006, 719 (722). Zum inhaltsgleichen Tatbestandsmerkmal aus § 126 StGB: BGH NStZ 2014, 415 (416); NStZ 2010, 570 (570); *Schäfer/Anstötz,* in: MüKo-StGB, § 129a, Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

iii. Relevante Tatbestände der Terrorismus-RL

Eine Terrorismusfinanzierung i. S. v. § 1 Abs. 2 Nr. 1 lit. b GwG liegt ferner vor, wenn die Finanzierungshandlung in dem Wissen oder in der Kenntnis vorgenommen wurde, dass die Vermögenswerte für eine Tat nach Art. 3, 5 bis 10, 12 Terrorismus-RL verwendet werden.[179]

Rechtsmethodisch setzen die Tatbestände der Terrorismus-RL ausnahmslos im Vorfeld der finalen Rechtsgutsbeeinträchtigung an. Zum Teil gehen sie dabei noch über die zeitliche Vorverlagerung der §§ 89c, 129a, b StGB hinaus, wie etwa bei der Finanzierung der Organisation oder sonstigen Erleichterung von Reisen nach Art. 8 Terrorismus-RL oder eine Finanzierung der Ausreise mit dem Ziel der Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung, Art. 9 Abs. 1 2. Var. Terrorismus-RL.[180]

bb. Terrorismusfinanzierung i. S. v. § 1 Abs. 1 Nr. 2 GwG i. V. m. § 89c StGB

i. § 89c Abs. 1 StGB

Nach § 89c Abs. 1 StGB ist strafbar, wer Vermögenswerte sammelt, entgegennimmt oder zur Verfügung stellt, mit Wissen oder in der Absicht, dass eine andere Person diese zur Begehung einer der Katalogtaten nach § 89c Abs. 1 Nr. 1–8 StGB verwendet (sog. Fremdfinanzierung). Der Terrorismusfinanzierungstatbestand ist somit strukturell ähnlich aufgebaut wie der Terrorismusfinanzierungsbegriff aus § 1 Abs. 2 Nr. 1 lit. b GwG i. V. m. Art. 3 Terrorismus-RL.

179 Art. 3 (Terroristische Straftaten); Art. 5 (Öffentliche Aufforderung zur Begehung einer terroristischen Straftat); Art. 6 (Anwerbung für terroristische Zwecke); Art. 7 (Durchführung einer Ausbildung für terroristische Zwecke); Art. 8 (Absolvieren einer Ausbildung für terroristische Zwecke); Art. 9 (Reisen für terroristische Zwecke); Art. 10 (Organisation oder sonstige Erleichterung von Reisen für terroristische Zwecke); Art. 12 (Andere Straftaten im Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten) Richtlinie (EU) 2017/541 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2017 zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates und zur Änderung des Beschlusses 2005/671/JI des Rates (ABl. Nr. L 88 vom 31.3.2017, S. 6–21).

180 Im Vergleich zum nationalen Strafrecht ist nur die Ausreise mit dem Ziel der Begehung einer staatsgefährdenden Gewalttat strafbar, § 89a Abs. 2a StGB, hierzu *Engelstätter,* GSZ 2019, 95 (98).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sammeln umschreibt nach hM dabei alle Tätigkeiten, die auf ein planmäßiges, konstantes Entgegennehmen oder Einfordern von Vermögenswerten gerichtet sind.[181] Mit der Tathandlung des Entgegennehmens wird die Konstellation des einmaligen oder gelegentlichen Inempfangnehmens von Vermögenswerten erfasst. Notwendig ist dabei die Begründung von fremd- oder eigennützigen Besitzes.[182] Zurverfügungstellen meint hingegen das zweckgerichtete Überlassen an einen Dritten, wie beispielsweise durch Überweisungen.[183]

Was unter dem Tatmittel Vermögenswerte zu verstehen ist, wird in der Norm nicht weiter definiert. Nach allgemeiner Ansicht soll das Tatbestandsmerkmal ähnlich der geldwäscherechtlichen Legaldefinition aus § 1 Abs. 7 GwG als sehr weit verstanden werden und neben Geld auch sonstige bewegliche und unbewegliche Sachen mit Geldwert sowie Rechte einschließlich Forderungen erfassen.[184] Auch die jeweiligen Tatmittel wie Waffen oder Kraftfahrzeuge sollen „Vermögenswerte" im Sinne der Vorschrift sein. Der Gesetzgeber hat sich dabei explizit gegen eine Bagatellgrenze ausgesprochen.[185] Vielmehr werden geringwertige Vermögenswerte durch ein milderes Strafmaß berücksichtigt, § 89c Abs. 5 StGB. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen dagegen Alltagsgeschäfte, die auf einer Rechtspflicht beruhen, wie beispielsweise laufende Gehalts- oder Mietzahlungen, nicht vom Terrorismusfinanzierungstatbestand erfasst werden, da die Rechtspflicht zur Zahlung unabhängig von einer bestimmten Verwendungsabsicht besteht.[186] Der Tatbestand ist dahin gehend teleologisch zu reduzieren.

181 *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 89c StGB, Rn. 20; *Fischer,* StGB, § 89c StGB, Rn. 4; Zur Vorgängervorschrift des § 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB a.F.: *Gazeas/u. a.,* NStZ 2009, 593 (599); *Schäfer/Anstütz,* in: MüKo-StGB, § 89c StGB, Rn. 8; *Sieber,* NStZ 2009, 353 (360); *ders./Vogel,* Terrorismusfinanzierung, S. 77.

182 *Fischer,* StGB, § 89c StGB, Rn. 4; *Schäfer/Anstötz,* in: MüKo-StGB, § 89c StGB, Rn. 9.

183 *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 89c StGB, Rn. 24; *Fischer,* StGB, § 89c StGB, Rn. 4; *Paeffgen,* in: NK-StGB, § 89c StGB, Rn. 7; *Schäfer/Anstötz,* in: MüKo-StGB, § 89c StGB, Rn. 10; *Sieber/Vogel,* Terrorismusfinanzierung, S. 79.

184 *El-Ghazi,* in: *Herzog*-GwG, § 89c StGB, Rn. 18; *Fischer,* StGB, § 89c StGB, Rn. 3; *Schäfer/Anstötz,* in: MüKo-StGB, § 89c StGB, Rn. 12.

185 Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines Gesetzes zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG-Änderungsgesetz – GVVG-ÄndG) vom 24.02.2015, BT-Drs. 18/4087, S. 12; *Gazeas/u. a.,* NStZ 2009, 593 (599); krit. *Paeffgen,* in: NK-StGB, § 89c StGB, Rn. 5.

186 Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines Gesetzes zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG-Änderungsgesetz – GVVG-ÄndG) vom 24.02.2015, BT-Drs. 18/4087, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auf der subjektiven Seite genügt grundsätzlich Eventualvorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale. Erhöhte Anforderungen bestehen bei dem Tatbestandsmerkmal der weiteren Verwendung der Vermögenswerte. Hierbei muss der Täter mit Wissen (*dolus directus* 2. Grades) oder in der Absicht (*dolus directus* 1. Grades) handeln, dass das gesammelte, entgegengenommene oder zur Verfügung gestellte Vermögen zu einer der Katalogtaten verwendet wird.

Zusätzlich bedarf es eines eindeutigen Terrorismusbezuges der verschiedenen Tathandlungen, ähnlich dem § 129a Abs. 2 StGB und Art. 3 Abs. 2 Terrorismus-RL. Nach § 89c Abs. 1 S. 2 StGB muss die Katalogtat aus § 89c Abs. 1 Nr. 1–7 StGB[187] dazu bestimmt sein, die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern (Var. 1), eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen (Var. 2) oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen (Var. 3) oder erheblich zu beeinträchtigen (Var. 4) und durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen in der Lage sein, einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich zu schädigen.

Ob ein hinreichender Terrorismusbezug besteht, wird durch eine sog. „subjektiv-objektive Prüfung" ermittelt. Danach kommt es zunächst darauf an, ob nach Tätersicht ein entsprechender Terrorismuszweck vorliegt. In objektiver Hinsicht muss sich dieser Zweck dahin gehend manifestieren, dass eine erhebliche Schädigung eines Staates oder einer internationalen Organisation tatsächlich möglich ist.[188] Hierfür bedarf es nach allgemeiner Ansicht keines Eintritts einer konkreten Schädigung, sondern lediglich einer realistischen Gefahr, dass die Tat im Fall ihrer Ausführung erhebliche Schäden birgt.[189]

187 § 89c Abs. 1 Nr. 8 StGB verweist auf § 89a StGB, bei dem ebenso ein Terrorismusbezug vorliegen muss, § 89a Abs. 1 S. 2 StGB.

188 *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 89c StGB, Rn. 41.

189 BGH NStZ-RR 2006, 67 (268); *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 89c StGB, Rn. 42; *Helm,* StV 2006, 719 (721); *Schäfer/Anstötz,* in: MüKo-StGB, § 89c StGB, Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ii. § 89c Abs. 2 StGB

Nach § 89c Abs. 2 StGB wird ebenso bestraft, wer unter der Voraussetzung von § 89c Abs. 1 S. 2 StGB Vermögenswerte sammelt, entgegennimmt oder zur Verfügung stellt, um selbst eine der in Absatz 1 Satz 1 genannten Straftaten zu begehen (sog. Selbstfinanzierung). § 89c Abs. 2 StGB erfasst insofern alle Tathandlungen des Absatzes 1, wenn diese auf eine eigene Begehung einer Katalogtat nach § 89c Abs. 1 Nr. 1–8 StGB gerichtet sind. Auch bei Straftaten nach § 89c Abs. 2 StGB sollen Alltagsgeschäfte, die auf Rechtspflichten beruhen, grundsätzlich ausgeschlossen werden.[190] Dem Wortlaut nach („um … zu") braucht es auf subjektiver Seite Absicht i. S. v. *dolus directus* 1. Grades hinsichtlich des Finanzierungszwecks.

3. Verstoß gegen § 11 Abs. 6 S. 3 GwG

Nach § 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG besteht eine Meldepflicht auch dann, wenn Tatsachen darauf hindeuten, dass Vertragspartner der Meldepflichtigen ihrer Pflicht aus § 11 Abs. 6 S. 3 GwG nicht nachgekommen sind.

Systematisch ist die sog. Mitwirkungspflicht aus § 11 Abs. 6 S. 3 GwG innerhalb der sog. kundenbezogenen Sorgfaltspflichten der §§ 10–17 GwG angelegt. Sie hebt sich von diesen Sorgfaltspflichten allerdings insoweit ab, als dass sie nicht unmittelbar die aus dem GwG Verpflichteten, sondern deren Vertragspartner adressiert. Danach haben diese offenzulegen, ob sie die Geschäftsbeziehung oder die Transaktion für einen wirtschaftlich Berechtigten begründen, fortsetzen oder durchführen wollen. Die Mitwirkungspflicht der Vertragspartner geht spiegelbildlich mit § 11 Abs. 5 GwG einher, wonach die Verpflichteten dafür Sorge zu tragen haben, dass zutreffende Informationen über etwaige wirtschaftlich Berechtigte vorliegen, um sich die für die Schaffung interner Sicherungsmaßnahmen notwendige Transparenz über die Geschäftsstruktur verschaffen zu können.

Die Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten ist für die Geldwäscheprävention und -bekämpfung essenziell, da – vornehmlich in der organisierten Kriminalität – Straftäter im Rahmen der „*layering*-Phase" nicht nur den Ursprung inkriminierter Vermögenswerte, sondern ebenso

190 Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines Gesetzes zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG-Änderungsgesetz – GVVG-ÄndG) vom 24.02.2015, BT-Drs. 18/4087, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ihre Identität hinter komplexen Gesellschaftsstrukturen und vielschichtigen (Auslands)-Transaktionen verbergen.[191] Die Schaffung von vollständiger, flächendeckender Transparenz über die wirtschaftlichen Nutznießerinnen und Nutznießer dieser Transaktionen stand daher bereits frühzeitig im Zentrum des globalen,[192] europäischen[193] wie auch nationalen[194] Geldwäschebekämpfungsdispositivs.[195] Mit der verbindlichen Pflicht zur Einführung eines Transparenzregisters durch die Art. 30, 31 der 4. EU-Geldwäscherichtlinie[196] im Jahr 2015 sollten fortan nicht nur Vertragsparteien,

191 Erwägungsgrund 25 Richtlinie (EU) 2018/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU (ABl. Nr. L 156 vom 19.6.2019, S. 43–74); Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 09.02.2019, BT-Drs. 19/13827, S. 80; *Klapdor,* Wirtschaftlich Berechtigter, S. 36.

192 *FATF,* FATF Recommendations (1990), online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%201990.pdf, Rec. 13, S. 14: *„Financial institutions should take reasonable measures to obtain information about the true identity of the persons on whose behalf an account is opened or a transaction conducted if there are any doubts as to whether these clients or customers are not acting on their own behalf, in particular, in the case of domiciliary companies […].“*

193 Art. 3 Abs. 5 EG-Geldwäscherichtlinie (Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche [ABl. Nr. L 166 vom 28.06.1991, S. 77–82]): *„Falls die Kredit- und Finanzinstitute Zweifel hegen, ob die in den vorstehenden Absätzen genannten Kunden im eigenen Namen handeln, oder falls sie die Gewißheit haben, daß diese nicht im eigenen Namen handeln, ergreifen sie angemessene Maßnahmen, um Informationen über die tatsächliche Identität der Personen einzuholen, in deren Namen diese Kunden handeln.“*

194 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Gewinnaufspürungsgesetz – GewAufspG) vom 25.05.1992, BT/Drs. 12/2704, S. 16.

195 § 11 Abs. 6 S. 3 GwG setzt Art. 13 Abs. 1 der 5. Geldwäscherichtlinie (Erwägungsgrund 25 Richtlinie [EU] 2018/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie [EU] 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU [ABl. Nr. L 156 vom 19.6.2019, S. 43–74]) sowie die Empfehlung 13 der FATF in nationales Recht um, siehe Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 17.08.2011, BT-Drs. 17/6804, S. 35.

196 Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU)

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sondern alle juristischen Personen und Personengesellschaften zur Offenlegung des wirtschaftlich Berechtigten verpflichtet werden. Insoweit sind Verpflichtete nicht allein auf die Angaben, die ihre Vertragspartner nach § 11 GwG im konkreten Geschäftsverhältnis machen, angewiesen, sondern können diese Daten mit den im Register abgespeicherten Datensätzen abgleichen (und bei einem Divergieren ggf. eine Verdachtsmeldung abgeben). Seit dem Jahr 2017 besteht ein solches Transparenzregister auch in Deutschland, §§ 18 ff. GwG.

a. Voraussetzungen

Für die Mitwirkungspflicht aus § 11 Abs. 6 S. 3 GwG muss ein Vertragspartner eines nach § 2 GwG Verpflichteten eine Geschäftsbeziehung oder eine Transaktion für einen wirtschaftlich Berechtigten begründen, fortsetzen oder durchführen wollen. Dabei hat er dem Verpflichteten auch die Identität des wirtschaftlich Berechtigten nachzuweisen, § 11 Abs. 6 S. 4 GwG. Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten wird in § 3 Abs. 1 S. 1 GwG legaldefiniert als jede natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle eine juristische Person oder eine sonstige Gesellschaft steht, sowie jede natürliche Person, auf deren Veranlassung eine Transaktion letztlich durchgeführt oder eine Geschäftsbeziehung begründet wird.[197]

Die eigentliche Schwierigkeit in der Anwendung der Vorschrift besteht in dem Erkennen der Verpflichteten, wann eine konkrete Transaktion oder Geschäftsbeziehung nicht für den auftretenden Vertragspartner selbst, sondern für einen von diesem abweichenden wirtschaftlich Berechtigten vorgenommen wird, und zwar immer dann, wenn aufgrund von § 23 Abs. 2 GwG nicht auf öffentliche Aufzeichnungen oder Register zurückgegriffen werden kann. Hier hat der Verpflichtete die gesamten Umstände der Transaktion oder der Geschäftsbeziehung, insbesondere aus den übrigen durch die Kundensorgfaltspflichten gewonnenen Erkenntnissen zu

Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (ABl. Nr. L 141 vom 5.6.2015, S. 73–117).

197 Dabei orientiert sich die Definition des wirtschaftlich Berechtigten an der Begriffsbestimmung der FATF: *FATF,* Guidance Beneficial Ownership (2014), online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-transparency-beneficial-ownership.pdf, S. 8 f.; *dies.,* FATF Recommendations, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html, Rec. 24 f., S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

untersuchen, ob der Vertragspartner wahrheitswidrig einen wirtschaftlich Berechtigten verschweigt.

b. Rechtsfolgen

Verstößt ein Vertragspartner gegen die Mitwirkungspflicht aus § 11 Abs. 6 S. 3 GwG, geht hiermit ein Verstoß des Verpflichteten gegen § 11 Abs. 5 GwG einher, sodass jede betroffene Transaktion oder Geschäftsbeziehung ungeachtet etwaiger vertraglicher Verpflichtungen gem. § 10 Abs. 9 GwG umgehend gekündigt oder anderweitig beendet werden muss. Eine Weigerung zur Offenlegung eines wirtschaftlich Berechtigten begründet zudem ausnahmslos eine Verdachtsmeldepflicht nach § 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG sowie bei Hinzukommen weiterer verdachtsbegründender Umstände nach § 43 Abs. 1 Nr. 1, 2 GwG.

II. Meldepflicht von Verpflichteten, § 43 Abs. 1 GwG

Die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht ist in § 43 Abs. 1 GwG geregelt und umschreibt die Pflicht für bestimmte Wirtschaftssubjekte, der FIU einen Sachverhalt zu melden, soweit Tatsachen darauf hindeuten, dass ein Vermögensgegenstand aus einer geldwäscherelevanten Straftat herrührt, ein Geschäftsvorfall, eine Transaktion oder ein Vermögensgegenstand im Zusammenhang mit der Terrorismusfinanzierung steht oder dass ein Vertragspartner gegen die Offenlegungspflicht aus § 11 Abs. 6 S. 3 GwG verstoßen hat. Im Rahmen der deutschen Rechtsordnung ist sie die erste Verdachtsmeldepflicht ihrer Art, weshalb die für sie entwickelten Grundsätze über den Bereich der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung hinausscheinen.[198]

Die Meldepflicht besteht unabhängig vom Wert des betroffenen Vermögensgegenstandes oder der Transaktionshöhe. Flankiert wird die Vorschrift durch das Verbot der Informationsweitergabe nach § 47 GwG sowie dem sog. „Stillhaltegebot" aus § 46 GwG, wonach der Meldepflichtige die gemeldete Transaktion frühestens mit Zustimmung der Meldebehörde oder der Staatsanwaltschaft am dritten Werktag nach Abgabe der Verdachtsmeldung durchführen darf. Zudem begeht nach § 56 Abs. 1 Nr. 59 GwG eine

198 *Fülbier,* in: *ders./Aepfelbach,* GwG (1995), § 11 GwG, Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ordnungswidrigkeit, wer nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig eine Meldung abgibt. Darüber hinaus steht besonders bei der nicht oder der nicht rechtzeitig abgegebenen Meldung eine Strafbarkeit nach § 261 Abs. 6 StGB im Raum.[199]

I. Hintergrund

a. Historik

Die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht besteht in Deutschland seit Inkrafttreten des GwG im Jahr 1993. Sie geht auf die Empfehlungen der FATF von 1990 zurück, in denen es hieß: „Wenn Finanzinstitute den Verdacht haben, dass Gelder aus einer kriminellen Tätigkeit stammen, sollten sie die Möglichkeit haben oder verpflichtet sein, ihren Verdacht unverzüglich den zuständigen Behörden zu melden."[200]

Die Europäische Kommission entschied sich für die Form der Verpflichtung von Finanzinstituten und legte erstmals mit Art. 6 Abs. 1 der EWG-Geldwäscherichtlinie (EWG-GWR)[201] eine Verdachtsmeldepflicht für Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft verbindlich fest.[202] Der nationale Gesetzgeber setzte Art. 6 Abs. 1 EWG-GWR in

199 *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 43 GwG, Rn. 56; *Fülbier,* in: *ders./Aepfelbach,* GwG (1995), § 11 GwG, Rn. 15; zu den Sanktionen, siehe ausf. S. 112 ff.

200 *FATF,* FATF Recommendations (1990), online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%201990.pdf, S. 3.

201 Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche (ABl. Nr. L 166 vom 28.06.1991, S. 77–83): Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß die Kredit- und Finanzinstitute sowie deren leitendes Personal und deren Angestellte mit den für die Bekämpfung der Geldwäsche zuständigen Behörden in vollem Umfang zusammenarbeiten, indem sie
– diese Behörden von sich aus über alle Tatsachen, die ein Indiz für eine Geldwäsche sein könnten, unterrichten;
– diesen Behörden auf Verlangen alle erforderlichen Auskünfte in Einklang mit den Verfahren erteilen, die in den anzuwendenden Rechtsvorschriften festgelegt sind.

202 Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche (ABl. Nr. L 166 vom 28.06.1991, S. 77–83).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 11 Abs. 1 S. 1 GwG (1993)[203] um, wonach erstmalig Finanzinstitute und Spielbanken

> *„bei Feststellung von Tatsachen, die darauf schließen lassen, daß eine Finanztransaktion einer Geldwäsche nach § 261 des Strafgesetzbuches dient oder im Falle ihrer Durchführung dienen würde, diese unverzüglich mündlich, fernmündlich, fernschriftlich oder durch elektronische Datenübermittlung den zuständigen Strafverfolgungsbehörden*"

anzeigen müssen. Dabei wurde auf eine straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung für etwaige Meldeverfehlungen verzichtet und ein liberaler Ansatz für die Einbeziehung bestimmter Berufsgruppen in die Geldwäschebekämpfung gewählt, da sich die Verdachtsmeldepflicht auf einem verfassungsrechtlich unerschlossenen Terrain bewegte, sodass man zunächst einmal die Wirksamkeit des neuartigen Instituts ohne die Verhängung von Repressalien abwarten wollte.[204] Anzeigeadressaten waren dabei spezialisierte Zentralstellen auf Landesebene, überwiegend innerhalb der Landeskriminalämter.[205]

Von diesem föderalen Konzept nahm der Gesetzgeber im Jahr 2002 durch das Geldwäschebekämpfungsgesetz[206] Abstand und bestimmte die bereits zuvor beim Bundeskriminalamt (BKA) angesiedelte „Gemeinsame Finanzermittlungsgruppe Bundeskriminalamt/Zollkriminalamt" zur „Zentralstelle für Verdachtsanzeigen". Überdies wurde die Verdachtsmeldepflicht auf Akteurinnen und Akteure des Nichtfinanzsektors, wie bspw. Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer oder Immobilienmakler, ausgeweitet und die Terrorismusfinanzierung als anzeigepflichtiger Tatbestand aufgenommen.

Mit der Neufassung des Geldwäschegesetzes im Jahr 2008 durch das Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz (GwBekErgG)[207] zur Um-

203 § 11 Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten vom 25. Oktober 1993, BGBl. I, 1993, S. 1770.

204 Vgl. *Fülbier,* in: *ders./Aepfelbach,* GwG (1995), § 11 GwG, Rn. 3 ff.

205 *Fülbier,* in: *ders./Aepfelbach,* GwG (1995), § 11 GwG, Rn. 55. Z. B. Gemeinsamer Runderlaß des Ministeriums des Innern (IV D 1- 6517) und des Ministeriums für Justiz (4000 III A.155) in Nordrhein-Westfalen vom 17.02.1993 über strafrechtliche Finanzermittlungen zur Abschöpfung kriminell erlangter Gewinne, S. 1170.

206 Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung von Geldwäsche und der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus (Geldwäschebekämpfungsgesetz) vom 8. August 2002, BGBl. I 2002, S. 3105 ff.

207 Gesetz zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz GwBekErgG) vom 13. August 2008, BGBl I 2008, S. 1690 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzung der 3. EU-Geldwäscherichtlinie[208] wurde die Verdachtsanzeige grundlegend umstrukturiert sowie ein Ordnungswidrigkeitstatbestand eingeführt, der vorsätzliche und leichtfertige Meldeverfehlungen ahndete. Vor allem aber wurde mit dem Katalog aus § 2 Abs. 1 GwG (2008) der Kreis der meldepflichtigen Berufs- und Personengruppen erheblich ausgeweitet. Mit dem Gesetz zur Optimierung der Geldwäscheprävention GwOptG)[209] erfolgte die terminologische Änderung der „Verdachtsanzeige" in die „Verdachtsmeldung."

Eine weitere maßgebliche Umstrukturierung und Neugliederung erfuhr die Verdachtsmeldepflicht durch das Gesetz zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie (4GWUmsG) im Jahr 2017.[210] Das BKA wurde als Entgegennahme und Anlaufstelle für Verdachtsmeldungen von der neu gegründeten sog. Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen innerhalb der Generalzolldirektion abgelöst. Die Verdachtsmeldepflicht fand sich von nun an in § 43 Abs. 1 GwG anstatt im ehemaligen § 11 GwG a.F. Darüber hinaus erklärte der Gesetzgeber die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen für die Entgegennahme und Analyse von Verdachtsmeldungen als allein zuständig. In dieser Weise sollten Ressourcen gespart und ineffiziente Doppelbelastungen zwischen FIU und Strafverfolgungsbehörden vermieden werden.[211] Das Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur 4. EU-Geldwäscherichtlinie[212] enthielt zudem Erweiterungen des Kreises der meldepflichtigen Berufsgruppen, insbesondere im Bereich virtueller Währungen.

208 Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (ABl. Nr. L 309/15 vom 25.11.2005, S. 15–36).

209 Gesetz zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 22. Dezember 2011, BGBl. I 2011, S. 2959 ff.

210 Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23. Juni 2017, BGBl. I 2017, S. 1822 ff.

211 Vgl. § 11 Abs. 1 GwG in der Fassung vom 22. Dezember 2011: […] hat der Verpflichtete diese Transaktion […] dem Bundeskriminalamt – Zentralstelle für Verdachtsmeldungen und der zuständigen Strafverfolgungsbehörde zu melden.

212 Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 12. Dezember 2019, BGBl. I 2019, S. 2602 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Zuständige Meldebehörde

Zuständig für die Entgegennahme der Verdachtsmeldungen nach § 43 Abs. 1 GwG ist in Deutschland die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen des Zolls als sog. *Financial Intelligence Unit* (FIU), §§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 30 Abs. 1 Nr. 1 GwG. Ähnliche Zentralstellen finden sich mittlerweile in nahezu jedem Staat weltweit. Das Konzept von global vertretenen staatlichen Stellen, die Meldungen bei Verdacht auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung entgegennehmen, geht wiederum auf die Empfehlungen der FATF zurück.[213]

Aktuell regelt Empfehlung 29 der FATF-Standards den Rechtsrahmen für die nationale FIU-Implementierung umfassend. Danach sollen die Mitgliedstaaten Financial Intelligence Units einrichten, die als nationale Stellen für die Entgegennahme, Analyse und Weiterleitung von Verdachtsmeldungen und anderen für die Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung relevante Informationen zuständig sind. Diese Stellen müssen dabei in der Lage sein, zusätzliche Informationen vom Verpflichteten einholen zu können, und ihnen ist darüber hinaus zeitnah Zugang zu Finanz-, Verwaltungs- und Strafverfolgungsinformationen zu gewähren.[214]

Die FATF stellt es im Übrigen frei, wie die Mitgliedstaaten FIUs in ihre Rechtssysteme integrieren. Daher unterscheiden sich die Behörden im globalen Vergleich voneinander sowohl in ihrer innerbehördlichen Struktur als auch in ihrer Einordnung in das jeweilige Staatsgebilde.[215] Auf europäischer Ebene trifft indes die 4. GW-RL Aussagen zu Grundstrukturen, Arbeitsweise und Mindestbefugnissen, die die Mitgliedstaaten ihren Meldestellen zuteilen sollen.[216] Im Übrigen schweigt auch der Unionsgesetzgeber

213 *FATF,* FATF Recommendations, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html, Rec. 29, S. 22.

214 *FATF,* FATF Recommendations, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html, Rec. 29, S. 22.

215 Die Implementierung auf nationaler Ebene von FIUs kann aber zumindest grob in vier Modelle unterteilt werden: administrativ, polizeilich, justiziell und gemischt agierende FIUs, siehe dazu: krit. *Meyer,* in: *Engelhart/Kudlich/Vogel* (Hg.), FS-Sieber, 1203 (1211 ff.); *Penna,* in: *Ligeti/Simonato* (Hg.), Chasing Criminal Money, 269 (271 ff.); *Schott,* Reference Guide, S. VII-9 ff.

216 Siehe Art. 32 Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zur institutionellen Ausgestaltung und Eingliederung von FIUs in die nationalen Rechtssysteme, sodass die Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht über einen beträchtlichen Umsetzungsspielraum verfügen.[217]

In Deutschland war die FIU bis zum Jahr 2015 als Polizeibehörde beim BKA eingeordnet. Als solche arbeitete sie mit den Gemeinsamen Finanzermittlungsgruppen von Zoll und Polizei zusammen und unterstützte die Polizeien des Bundes und der Länder bei der Verfolgung von Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsverdachtsfällen.[218] Aufgrund der Neustrukturierung der Behördenorganisation durch das 4GWUmsG wurde die FIU von den bestehenden Polizeistrukturen getrennt, als reine Verwaltungsbehörde in den Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Finanzen überführt und beim Zollkriminalamt innerhalb der Generalzolldirektion (GZD) eingegliedert, § 5a Abs. 2 S. 3 FVG.[219]

Die Hauptaufgabe der FIU besteht darin, als zentrale staatliche Stelle Verdachtsmeldungen entgegenzunehmen, diese zu analysieren und bei Verdachtserhärtung an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten, § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 2 GwG.[220] Dabei ist die deutsche FIU mit vergleichsweise[221] geringen Ermittlungsbefugnissen ausgestattet und dient vornehmlich als „Puffer" zwischen den GwG-Verpflichteten und den Strafverfolgungsbehörden.[222] Im Rahmen ihrer Analysetätigkeit kann sie auf

(EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (ABl. Nr. L 141 vom 5.6.2015, S. 73–117).

217 *Meyer/Hachmann,* ZStW 2022, 391 (397).

218 *Hütwohl,* ZIS 2017, 680 (680).

219 Hierzu *Hütwohl,* ZIS 2017, 680 (681).

220 EG 37 Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (ABl. Nr. L 141 vom 5.6.2015, S. 73–117).

221 So sind insbesondere die FIUs des polizeilichen Typus geprägt durch eingriffsintensive Ermittlungsbefugnisse sowie durch weitreichende Zugriffsrechte auf polizeiliche und nicht polizeiliche Datenbanken. Innerhalb der EU haben sich Estland, Finnland, Litauen, Österreich, Portugal, die Republik Irland, Schweden und die Slowakei für eine polizeilich ausgerichtete FIU entschieden, siehe hierzu: *Meyer/Hachmann,* ZStW 2022, 391 (416, Fn. 111); vgl. ferner *Europäische Kommission,* Mapping Exercise, S. 5–7; *Meyer,* in: *Engelhart/Kudlich/Vogel* (Hg.), FS-Sieber, 1203 (1206).

222 *IWF,* FIU: An Overview, S. 56; *Schott,* Reference Guide, S. VII. Nichtsdestotrotz bestehen auch für administrative FIUs zahlreiche Ermittlungsbefugnisse, die sie

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zahlreiche Datenbanken „direkt" zugreifen (so etwa auf das Zollfahndungsinformationssystem, § 11 Abs. 2 S. 1 ZFdG) oder „indirekt" abfragen (wie etwa das polizeiliche Informationssystem INPOL-neu, § 31 Abs. 4 GwG).[223]

Neben der Analyse von Verdachtsmeldungen (sog. taktische und operative Analyse, § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GwG) entwickelt die FIU durch ihre erhobenen Daten Entwicklungstrends und neue Fallmuster zur Geldwäsche und zur Terrorismusfinanzierung (sog. strategische Analyse, § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 GwG).[224] Durch diese Recherche sowie durch die Bewertung der Bedrohung durch bestimmte Arten von vergangenen Vorgängen werden zukünftige Prioritäten der Verbrechensbekämpfung bestimmt, genauere Aufschlüsse über das Phänomen oder die Bedrohung erlangt sowie die Maßnahmen zur Prävention und Aufdeckung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung neu ausgerichtet.[225]

c. Regelungszweck

Obschon die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht heute zu den etablierten Geldwäsche- und Terrorismusbekämpfungsinstrumenten zählt, ist der seit ihrer Erschaffung lodernde Streit um den ihr zugrunde liegenden Regelungszweck noch immer nicht beigelegt. Auch die vom Gesetzgeber unternommenen Schlichtungsversuche, etwa durch Ausführungen zur rechtsdogmatischen Einordnung in den Materialien zum 4GwUmsG, schufen keine Klarheit.[226] So sollten gem. der Gesetzesbegründung Verdachtsmeldungen i. S. v. § 43 Abs. 1 GwG „nicht als Strafanzeigen im straf-

zur Datenerhebung und zum Datenaustausch ermächtigen. Administrative FIUs können sich jedoch nicht auf allgemeinpolizeiliche Befugnisnormen stützen und es bestehen selten Sonderermächtigungen, die eine eingriffsintensivere Ermittlung, als von den Vorgaben der FATF vorgesehen, ermöglichen, siehe hierzu: *Meyer/Hachmann,* ZStW 2022, 391 (415).

223 Zu den Datenzugriffs- und den -abfragerechten, siehe: *Meyer/Hachmann,* ZStW 2022, 391 (421 ff.).

224 *Meyer/Hachmann,* ZStW 2022, 391 (400); *FATF,* FATF Recommendations, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html, Int. Note to Rec. 29, S. 97.

225 Gesetz zur Änderung des ZIS-Ausführungsgesetzes und anderer Gesetze vom 12.04.2011, BGBl 2011, I S. 617.

226 Gesetz zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 22.12.2011, BGBl. I 2011, S. 2959; Unterrichtung durch die Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransakti-

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

prozessualen Sinn" verstanden und die „für die Strafanzeige entwickelten Grundsätze" auch nicht übertragen werden können.[227] Welche Grundsätze hiermit gemeint sind, führt der Gesetzgeber jedoch nicht weiter aus. Ferner hilft die durch ihn vorgenommene Abgrenzung zur Strafanzeige bei der Klassifizierung von Verdachtsmeldepflichten nicht weiter, da in diesem Gesichtspunkt überhaupt keine Abgrenzungsfrage besteht bzw. jemals bestanden hat. Autorinnen und Autoren beschäftigt vielmehr die grundsätzliche Zielrichtung der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht: Dient diese der Verbrechensabwehr und -vorbeugung, also der Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsprävention, oder der Verfolgung ebendieser Straftaten?[228] Oder ist die eindeutige Klassifizierung eines solch umfassend genutzten Instrumentariums wie die Verdachtsmeldepflicht als präventives oder repressives Mittel überhaupt möglich? Diesen Fragen soll im folgenden Abschnitt nachgegangen werden.

Das „präventive Lager" der Literatur, dem sich auch die Bundesregierung im Zusammenhang mit einer Gegenäußerung zum oben thematisierten Entwurf zum 4GwUmsG angeschlossen hat, erkennt in § 43 Abs. 1 GwG eine „gewerberechtliche Meldeverpflichtung".[229] Das ginge aus einer gefestigten Rechtsprechung[230] hervor und untermauere den Standpunkt, dass strafprozessuale Grundsätze, wie beispielsweise das Legalitätsprinzip, keine

---

onsuntersuchungen – Drucksache 18/11555 – Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung vom 12.04.2017, BT-Drs. 18/11928, S. 26.

227 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 17.08.2011, BT-Drs. 17/6804 S. 35; Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 27.05.2011, BR-Drs. 317/11, S. 48; ferner: OLG Frankfurt a.M., WM 2019, 586; *Pelz,* in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 13.

228 *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 43 GwG, Rn. 8; *Degen,* Mitwirkungspflichten, S. 120 ff.; *Findeisen,* wistra 1997, 121 (125); *Höche/Rößler,* WM 2012, 1505 (1509); *Neuheuser,* NZWiSt 2015, 241 (243); *Otto,* wistra, 323 (325); *Pelz,* in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 1 ff.

229 Unterrichtung durch die Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen – Drucksache 18/11555 – Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung vom 12.04.2017, BT-Drs. 18/11928, S. 26; *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 75; *Findeisen,* wistra 1997, 121 (125); *Höche/Rößler,* WM 2012, 1505 (1509); *Otto,* wistra, 323 (325).

230 Es ist derweil keine Rechtsprechung bekannt, die diese Behauptung stützt. So auch *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 43 GwG, Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anwendung finden sollen. Verdachtsmeldepflichten seien demzufolge Teil der allgemeinen gewerblichen Verhaltenspflichten.

Diese Interpretationsweise der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht verdient eine weitere rechtsdogmatische Aufarbeitung: Das Gewerberecht ist Teil des Ordnungs- bzw. des Gefahrenabwehrrechts und soll die Allgemeinheit mitunter vor Gefahren schützen, die erfahrungsgemäß durch bestimmte wirtschaftliche Betätigungen herbeigeführt werden können.[231] So schaffen auch die aus dem GwG Verpflichteten mit der Bereitstellung ihrer Dienstleistung Kriminellen eine Plattform für Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungshandlungen, sodass die Regulierungsform einer gewerberechtlichen Verhaltenspflicht naheliegt.

Stellt man jedoch ausschließlich auf die Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungshandlungen als Gefahrenquelle ab, so wird es schnell deutlich, dass diese Gefährdung nicht unmittelbar von den Verpflichteten ausgeht. Im polizeirechtlichen Begriffsverständnis wäre vor diesem Hintergrund an die von *Walter Jellinek* entwickelte Figur des Zweckveranlassers zu denken. Hierunter werden solche Personen erfasst, deren Verhalten, isoliert betrachtet, ungefährlich ist, das einen Dritten aber dazu veranlasst, seinerseits die Gefahrenschwelle zu überschreiten.[232] Eine Inanspruchnahme des Verpflichteten als Zweckveranlasser wäre jedoch nur in solchen Fällen begründet, wenn ein tatsächlicher Gefahrenverdacht durch die Nutzung seiner Dienstleistungen für Straftaten vorliegt. Mit der Verdachtsmeldepflicht sind allerdings auch einem etwaigen Gefahrenverdacht vorgelagerte (Monitoring-)Pflichten verbunden, sodass die Inanspruchnahme als Zweckveranlasser nur wenig zielführend wäre.[233]

Der Gesetzgeber sieht – einem präventiven Begriffsverständnis folgend – als maßgeblichen Anknüpfungspunkt für die Gefahrenbegründung insoweit nicht die eigentliche Straftatbegehung, sondern bereits die wirtschaftliche Betätigung der Verpflichteten an sich. Diese sei zwar legal. Aus ihr ginge dennoch eine inhärente Gefahr hervor, da sie – ohne eine etwaige Regulierung – Kriminellen Tür und Tor zur Verschleierung inkriminierter

231 BVerfG NJW 1977, 772 (773); *Pielow,* in: *ders.,* BeckOK-GewO, § 1 GewO, Rn. 3.

232 *Jellinek,* Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung (1913), S. 310 ff.; *Graulich,* in: *Lisken/Denninger,* PolR-Hdb., Kap. E, Rn. 210 ff.; *Wobst/Ackermann,* JA 2013, 916 (916).

233 Siehe hierzu unten S. 98 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vermögenswerte öffne.[234] Vor diesem Hintergrund seien die Pflichten des GwG nicht als „Jedermann"-Pflichten ausgestaltet, sondern träfen nur diejenigen Personen und Unternehmen, „die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Betätigung ihres Geschäfts oder Zahlungsverkehrs für Geldwäschetransaktionen besonders geeignet erscheinen".[235] Im Rahmen der Störer-Dogmatik sind diesen Ausführungen zufolge die geldwäscherechtlich Verpflichteten als unmittelbare Gefahrenverursacher zu qualifizieren.[236]

Das Verständnis von Verdachtsmeldungen als gewerberechtliche Verpflichtung zur Begrenzung des durch wirtschaftliche Betätigung eigens geschaffenen Risikos scheint sich zu bestätigen, wenn man auf den Zweck des Geldwäschegesetzes blickt. Dessen Regelungsmaterie ist durch die EU-Geldwäscherichtlinien vollständig vorgezeichnet.[237] Für die Zweckbestimmung des GwG ist demzufolge die Zielsetzung des europäischen Gesetzgebers entscheidend. Die Legitimationsgrundlage für die Geldwäscherichtlinien findet sich in Art. 114 AEUV, der es der EU erlaubt, zur Verwirklichung der Realisierung und Erhaltung des Binnenmarkts Rechtsangleichungen vorzunehmen.[238] Die Geldwäscherichtlinien sollten vor allem den Binnenmarkt durch Abbau grenzüberschreitender Hindernisse stärken und die Interessen der Gesellschaft vor Kriminalität und terroristischen Handlungen schützen.[239] Die Geldwäscherichtlinien und damit auch das deutsche GwG verfolgen vor allem das Ziel, durch Sorgfaltspflichten gegenüber Be-

234 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Gewinnaufspürungsgesetz – GewAufspG) vom 25.05.1992, BT-Drs. 12/2704, S. 10.

235 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Gewinnaufspürungsgesetz – GewAufspG) vom 25.05.1992, BT-Drs. 12/2704, S. 19.

236 Interessant in diesem Zusammenhang *Findeisen,* wistra 1997, 121 (125), der in der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht eine „Prävention der dritten Art" sieht, die nicht an „Straftäter oder Störer" ansetzt, sondern an für das Unternehmen risikoträchtigen Situationen.

237 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz – GwBekErgG) vom 05.05.2008, BT-Drs. 16/9038, S. 1.

238 *Korte,* in: *Calliess/Ruffert,* EUV/AEUV, Art. 114 AEUV, Rn. 2. Die Ermächtigungsgrundlage der Vorgaben aus den Geldwäscherichtlinien stützt sich vornehmlich auf Art. 114 AEUV.

239 *Europäische Kommission,* Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, COM(2013) 45 final, S. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rufsgruppen, die den Rahmen und die Systeme für potenzielle Verschleierungshandlungen setzen, mögliche Straftaten zu verhindern.[240]

Die Gegenansicht sieht in der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht hingegen keine Maßnahme der Verbrechensvorbeugung, sondern alleine eine der Verbrechensverfolgung.[241] § 43 Abs. 1 GwG sei demnach keine gewerberechtliche Meldeverpflichtung, sondern eine Anzeige *sui generis,* deren Hauptzweck darin liegt, sachdienliche Hinweise für die Strafverfolgungsbehörden zu erlangen. Dies würden schon die tatbestandlichen Voraussetzungen der Meldepflicht belegen, wonach auch solche Vorgänge meldepflichtig sind, die in der Vergangenheit stattfanden. Die Übermittlung von Verdachtsmomenten von in der Vergangenheit liegenden Vorgängen wäre schon gar nicht geeignet, zukünftige Rechtsgutsgefährdungen zu verhindern, da die Gefahr nicht mehr unmittelbar bevorstehe, sondern etwaige rechtsgutsbeeinträchtigende Umstände längst eingetreten seien. Die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht wäre demnach als Repressivmaßnahme einzuordnen.[242]

Vergleicht man jedoch die Verdachtsmeldepflicht mit Meldepflichten anderer Rechtsgebiete, so werden die Lücken dieser Argumentation deutlich: Im Datenschutzrecht etwa besteht nach Art. 33 DS-GVO im Falle einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten die Pflicht des Verantwortlichen, unverzüglich, nachdem ihm die Verletzung bekannt wurde, diese der zuständigen Aufsichtsbehörde zu melden (sog. *data breach notification*). Zweck der Vorschrift ist es, die negativen Auswirkungen von Datenschutzverletzungen zu minimieren und nicht etwaige Datenschutzver-

240 So *Europäische Kommission,* Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Vorschriften zur Erleichterung der Nutzung von Finanz- und sonstigen Informationen für die Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung bestimmter Straftaten und zur Aufhebung des Beschlusses 2000/642/JI des Rates, COM(2018) 213 final, S. 2.

241 Vgl. BVerfG, NJW 2020, 1351 (1353): „Zum anderen können Verdachtsmeldungen ihren Zweck auch dann erfüllen, wenn keine konkreten Anhaltspunkte für eine Vortat i. S. v. § 261 I 2 StGB vorliegen, indem sie einen Anstoß für Ermittlungen geben, durch die das Vorliegen eines Anfangsverdachts erst geprüft werden soll."; *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 43 GwG, Rn. 8; *Degen,* Mitwirkungspflichten, S. 120 ff.; *Höche/Rößler,* WM 2012, 1505 (1509); *Neuheuser,* NZWiSt 2015, 241 (243); *Pelz,* in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 1, der von einer Degradierung der Meldepflichtigen als „Hilfspolizisten" spricht; *Sommer,* StraFo 2005, 327 (327 ff.). In diesem Zusammenhang *Zuberbühler,* in: *Pieth/Dietzi* (Hg.), Bekämpfung der Geldwäscherei, 29 (29 ff.).

242 *Degen,* Mitwirkungspflichten, S. 120 ff.; *Pelz,* in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

letzungen durch den Verantwortlichen oder durch Dritte aufzudecken.[243] Ein vergleichbarer Ansatz findet sich in Art. 14 Abs. 6 Bayern-GDVG, gem. dem u. a. Ärztinnen und Ärzte verpflichtet sind, gewichtige Anhaltspunkte für eine Misshandlung, Vernachlässigung oder einen sexuellen Missbrauch eines Kindes oder eines Jugendlichen dem Jugendamt zu melden. Ähnlich der *data breach notification* sollen hier vorrangig zukünftigen Gefährdungen eines Rechtsgutes vorgebeugt und nicht vorrangig etwaige Anhaltspunkte für Ermittlungen generiert werden.[244] Insofern kann aus dem Umstand allein, dass Verdachtsmeldepflichten sich auf vergangene Vorgänge beziehen, nicht auf eine primär repressive Schutzrichtung geschlossen werden.

Für die Abgrenzung maßgeblich ist vielmehr die Rolle des Meldeadressaten und deren Umgang mit der Verdachtsmeldung. So ist etwa das Jugendamt als Adressat der Meldung nach Art. 14 Abs. 6 Bayern-GDVG ein Präventivorgan, das alleine dem Kindeswohl dient. Anders verhält es sich bei der für geldwäscherechtliche Verdachtsmeldungen zuständigen FIU. Wie bereits herausgearbeitet, ist die FIU als eine hybride Behörde ausgestaltet, deren Hauptaufgabe darin liegt, als „Wissenszentrum" strafverfolgungsrelevante Informationen über Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung bereitzustellen und daneben mit ihrer strategischen Analysetätigkeit und ihren zahlreichen Datenaustauschkompetenzen einen wichtigen Beitrag zur Strafverfolgungsvorsorge zu leisten.[245] Diese Hybridität wurde spätestens mit der behördenorganisatorischen Neustrukturierung durch das 4. GWUmsG deutlich, das die vormals polizeilich ausgerichtete Zentralstelle für Verdachtsmeldungen des BKA nunmehr als administrativ-präventiv handelnde Behörde in die GZD eingliederte.[246] So unterstreichen

243 *Brink,* in: BeckOK-DSR, Art. 33 DS-GVO, Rn. 10; *Reif,* in: *Gola/Heckmann,* DS-GVO, Art. 33, Rn. 3; *Wilhelm-Robertson,* in: *Sydow,* DS-GVO, Art. 33 DS-GVO, Rn. 1.

244 *Bayrischer Landtag,* Entwurf der Staatsregierung zur Änderung des Gesundheitsdienst- und Verbraucherschutzgesetzes und des Bayrischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen vom 20.11.2007, Bay. Ldtg.-Drs. 15/9366, S. 8.

245 Siehe hierzu schon oben S. 78 f. sowie: *van Duyne,* in: *ders./Lampe/Newell* (Hg.), Criminal Finances and Organising Crime in Europe, 72 (73); *Meyer/Hachmann,* ZStW 2022, 391 (398 f.). Zur hybriden Ausgestaltung der FIU, instruktiv *Meyer,* in: *Engelhart/Kudlich/Vogel* (Hg.), FS-Sieber, 1203 (1210 ff.).

246 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 17.3.2017, BT-Drs. 11/555, S. 136.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

besonders die im Rahmen der Terrorismusfinanzierungsbekämpfung eingeräumten Befugnisse, wie beispielsweise der Datenaustausch mit dem Bundesnachrichtendienst, dem Bundesamt für Verfassungsschutz sowie dem Militärischen Abschirmdienst nach § 32 Abs. 3, 4 GwG eine vermehrt präventive Ausrichtung der FIU.

Insoweit ist eine repressiv-präventive Gemengelage in dem Umgang der FIU mit Verdachtsmeldungen nicht abzustreiten, sodass von einer ebenso präventiv-repressiven Zweckrichtung von § 43 Abs. 1 GwG auszugehen ist. Die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldung wird überwiegend von Strafverfolgungsbehörden zur (Erst-)Erkenntnisgewinnung genutzt. Gleichzeitig ist sie für eine zeitgerechte Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsprävention heute unabdingbar.

2. Technische Funktionsweise

a. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Verdachtsmeldepflicht nach § 43 Abs. 1 GwG gilt für Verpflichtete i. S. v. § 2 GwG. Der in § 2 Abs. 1 GwG dargelegte enumerative Katalog enthält dabei eine Vielzahl von Berufsgruppen, die sich nach den wesentlichen Verhaltens- und Sorgfaltspflichten des GwG richten sollen. Als gemeinsame Voraussetzung müssen diese in Ausübung ihres Gewerbes oder Berufs handeln, sodass geldwäscherechtliche (Sorgfalts-)Pflichten in Privat- oder Gefälligkeitsverhältnissen grundsätzlich nicht gelten.

Die für die Verdachtsmeldung wesentlichsten Berufsgruppen sind diejenigen aus dem Finanzsektor (Kreditinstitute nach § 1 Abs. 1 KWG, Finanzdienstleistungsinstitute nach § 1 Abs. 1a KWG, Zahlungsinstitute und E-Geld-Institute nach § 1 Abs. 3 ZAG sowie Agenten nach § 1 Abs. 9, 10 ZAG, selbstständige Gewerbetreibende nach § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZAG, Versicherungsunternehmen nach Art. 13 Nr. 1 der RL 2009/138/EG[247] und Kapitalverwaltungsgesellschaften nach § 17 Abs. 1 KAG, § 2 Abs. 1 Nr. 1–5, 7, 9 GwG). Von allen bei der FIU eingegangenen Meldungen stammen 97 % aus diesem Sektor, wobei hiervon wiederum Kreditinstitute das Gros

247 Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) (ABl. Nr. L 335/1 vom 17.12.2009, S. 153–307).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tragen (90 %).[248] Mit der 3. und der 4. EU-Geldwäscherichtlinie versuchte der europäische Gesetzgeber, den Empfehlungen der FATF folgend, die geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten vermehrt auf den Nichtfinanzsektor auszuweiten.[249] So werden neben Rechtsanwälten, Notaren und Steuerberatern auch Veranstalter und Vermittler von Glücksspielen, Immobilien- und Versicherungsmakler, Finanzunternehmen, Dienstleister für Gesellschaften und für Treuhandvermögen, Güterhändler, Kunstvermittler sowie Kunstlagerhalter in Zollfreigebieten vom Verpflichtetenkreis umfasst, § 2 Abs. 1 Nr. 6, 8, 10–16 GwG.[250] Für die Einordnung als Verpflichteter spielen etwaige Transaktionshöhen keine Rolle. Eine Bagatellgrenze gibt es nicht.[251] So sind Güterhändler unabhängig der Höhe des betroffenen Handels grundsätzlich zur Meldung bei Verdacht verpflichtet.[252]

248 *FIU-Deutschland,* Jahresbericht 2020, S. 16 f.

249 Siehe die durch die Neufassung der FATF-Empfehlungen 2003 eingeführte Empfehlung 16, die die maßgeblichen Akteure des Nichtfinanzsektors, sog. *Designated Non-Financial Businesses (DNFBs*) aufführt, *FATF,* FATF Recommendations, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html, Rec. 16, S. 8.

250 Rechtsanwälte, Kammerrechtsbeistände, Patentanwälte und Notare sind nur von dem Verpflichtetenkreis umfasst, soweit sie a) für den Mandanten an der Planung oder Durchführung von folgenden Geschäften mitwirken: aa) Kauf und Verkauf von Immobilien oder Gewerbebetrieben, bb) Verwaltung von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Vermögenswerten, cc) Eröffnung oder Verwaltung von Bank-, Spar- oder Wertpapierkonten, dd) Beschaffung der zur Gründung, zum Betrieb oder zur Verwaltung von Gesellschaften erforderlichen Mittel, ee) Gründung, Betrieb oder Verwaltung von Treuhandgesellschaften, Gesellschaften oder ähnlichen Strukturen, b) im Namen und auf Rechnung des Mandanten Finanz- oder Immobilientransaktionen durchführen, c) den Mandanten im Hinblick auf dessen Kapitalstruktur, dessen industrielle Strategie oder damit verbundene Fragen beraten, d) Beratung oder Dienstleistungen im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen oder Übernahmen erbringen oder e) geschäftsmäßig Hilfeleistung in Steuersachen erbringen, § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG.

251 Krit. hierzu *Gazeas,* NJW 2021, 1041 (1044).

252 Dies steht im Gegensatz zu anderen Pflichten von Güterhändlern, die erst bei einer Barbetragsgrenze von mindestens 10.000 Euro gelten, § 4 Abs. 5 GwG.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Meldevoraussetzungen

aa. Vorliegen von Tatsachen

§ 43 Abs. 1 GwG verlangt das Vorliegen von Tatsachen, also das objektive Bestehen von dem Beweis zugänglichen Vorgängen der Vergangenheit oder der Gegenwart.[253] Vermutungen und Gerüchte genügen indes nicht. Im Gegensatz zur Vorgängervorschrift müssen Tatsachen vorliegen und nicht „festgestellt sein".[254] Der Gesetzgeber wollte hierdurch das individuell-wertende Element der Feststellung objektivieren, da im Einzelfall nur schwer nachgewiesen werden kann, wann verdachtsbegründende Tatsachen „festgestellt" worden sind. Der auf der alten Rechtslage beruhende Meinungsstreit, ob das „Feststehen von Tatsachen" einer positiven Kenntnis des Verpflichteten bedarf, dürfte durch die Novellierung der Verdachtsmeldepflicht damit endgültig beigelegt worden sein.[255]

Gleichwohl wollen Stimmen der Literatur den Anwendungsbereich von § 43 Abs. 1 GwG weiterhin eingrenzen und fordern, dass die meldeauslösenden Tatsachen in der Geschäftssphäre des Verpflichteten eingetreten sein müssen, sodass jedenfalls eine Möglichkeit der Kenntnisnahme bestanden hat.[256] Denn wie auch die übrigen Pflichten des GwG seien Verdachtsmeldepflichten betriebsbezogen ausgestaltet. Die Verpflichteten sollen die individuell durch ihre wirtschaftliche Betätigung geschaffene Gefährdung eindämmen. Insoweit erscheine es nur sachgerecht, den Anwendungsbereich von Verdachtsmeldepflichten auf das jeweilige betriebsbedingt geschaffene Risiko einzugrenzen.

Wie bereits ausführlich dargelegt, ist die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht jedoch weit mehr als eine gewerberechtliche Meldeverpflichtung.[257] So ist sie ein zentrales Instrument im Erkenntnisgewinnungsapparat der Strafverfolgungsbehörden und Nachrichtendienste. Daher überrascht es auch nicht, dass sich ein etwaiger gesetzgeberischer Wille zur Eingrenzung des Anwendungsbereichs von § 43 Abs. 1 GwG in den Materialien zur Vorschrift nicht findet. Ganz im Gegenteil attestiert die Entwicklung der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht in den letzten Jahrzehn-

253 *Pelz,* in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 11.
254 Siehe § 11 Abs. 1 GwG in der Fassung vom 20. August 2008, BGBl. I 2008, S. 1690 ff.
255 So noch *Nouvertné/Ruland,* WM 2017, 1544 (1544).
256 *Pelz,* in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 12.
257 Siehe ausf. S. 80 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten das gesetzgeberische Verlangen einer immer umfassender werdenden Erfassung potenziell verdächtiger Vorgänge.[258] Vor diesem Hintergrund erscheint eine Eingrenzung des Anwendungsbereichs nicht angezeigt.

bb. Verdachtsgrad

Der Gesetzgeber vermeidet in § 43 Abs. 1 GwG eine ausdrückliche terminologische Verwendung des Wortes „Verdacht". Vielmehr müssen Tatsachen „darauf hindeuten", dass ein relevanter Gesetzesverstoß vorliegt. Wann ein „Hindeuten" gegeben ist, wird unterschiedlich bewertet.

Die FATF trägt als Impulsgeberin der Geldwäschebekämpfung in ihren Empfehlungen jedenfalls wenig Substanzielles zur Auslegung des Verdachtsgrades bei.[259] Sie kritisiert indes die in Deutschland ihrer Ansicht nach als zu hoch angesetzte Meldeschwelle, worauf der Gesetzgeber 2011 prompt durch das GwOptG reagierte.[260] Die Ersetzung des Wortes „Anzeige" durch das Wort „Meldung" sollte dabei suggerieren, dass für die Verdachtsmeldeschwelle nicht „die Kriterien einer Strafanzeige" herangezogen werden sollen, sondern dass diese eigenständig hergeleitet werden müssten.[261] Eine derartige Begründung ist allerdings insoweit irreführend, als

258 Siehe ausf. S. 75 ff.

259 So heißt es in Empfehlung 20 lediglich, dass Verpflichtete einen Verdacht *(„suspects")* oder einen berechtigten Grund der Annahme *(„has reasonable grounds to suspect")* hinsichtlich des illegalen Ursprungs bzw. der Verwendung von Vermögenswerten für terroristische Zwecke haben müssen, siehe hierzu *FATF,* FATF Recommendations, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html, Rec. 20, S. 17.

260 *FATF,* MER-Germany, Rn. 692: „As regards the ‚evidential' basis upon which STRs are to be filed, there appears to be a considerable divergence of views about exactly what the law requires, and what institutions believe that they are being required to do by the authorities. A strict reading of the law sets a considerably higher threshold than the concept of ‚suspects or has reasonable grounds to suspect' contained in the FATF standards, in that it appears to require a high degree of certainty to trigger the reporting requirement."

261 In den Gesetzesmaterialien heißt es: „Die Umbenennung der bisherigen Verdachtsanzeigen in Verdachtsmeldungen soll keine inhaltliche Änderung, sondern lediglich eine Klarstellung in Bezug auf die Verdachtsschwelle, die in der praktischen Anwendung in vielen Fällen zu hoch angesetzt wurde, bewirken. Die Meldepflicht nach dem Geldwäschegesetz ist nicht mit einer Strafanzeige im Sinne der Strafprozessordnung gleichzusetzen", Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 17.08.2011, BT-Drs. 17/6804, S. 21; siehe hierzu ferner die Ausführungen auf S. 80.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass Strafanzeigen an keinerlei Verdachtsschwellen geknüpft sind. Vielmehr kann eine Strafanzeige nach § 158 Abs. 1 StPO bei jeder Verdachtsform abgegeben werden, da die Staatsanwaltschaft lediglich um die Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens ersucht wird.[262]

Die gesetzgeberische Intention in der Neubezeichnung lag vielmehr in einem Abgrenzungsversuch zwischen der Meldeschwelle aus § 43 Abs. 1 GwG und dem strafprozessualen Anfangsverdacht i. S. v. § 152 Abs. 2 StPO, der die Strafverfolgungsbehörde zur Einleitung des Ermittlungsverfahrens und zur Vornahme entsprechender – eingriffsintensiver – Ermittlungsmaßnahmen legitimiert. So bedarf es für eine geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht nicht einmal hinreichender tatsächlicher Anhaltspunkte, die auf einen Verstoß gegen die entsprechenden Verbotstatbestände hindeuten.[263] Darüber hinaus muss für ein Erstarken der Meldepflicht kein sog. „doppelter Anfangsverdacht" vorliegen, wie er für die Einleitung eines geldwäschebezogenen Ermittlungsverfahrens gefordert wird.[264]

Aus dieser Negativabgrenzung haben Wissenschaft und Rechtsprechung verschiedene Definitionsansätze entwickelt. Nach einer weitreichenden Literaturansicht genügen für ein Erstarken der Meldepflicht bereits zureichende tatsächliche Anhaltspunkte, die nach allgemeinen Erfahrungen des Verpflichteten unter dem Blickwinkel der Ungewöhnlichkeit und Auffälligkeit im jeweiligen geschäftlichen Kontext auf Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung oder einen Verstoß gegen die Offenlegungspflicht hindeuten.[265] Noch weiter geht das OLG Frankfurt am Main, das im Rahmen des Melde-

262 *Griesbaum,* in: KK-StPO, § 158, Rn. 2.

263 Unterrichtung durch die Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen - Drucksache 18/11555 - Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung vom 12.04.2017, BT-Drs. 18/11928, S. 26.

264 BVerfG NJW 2020, 1351 (1352); OLG Karlsruhe, StraFO 2004, 417 (417 ff.); LG Marburg StV 2003, 67 (68); LG Ulm BeckRS 2011, 26954 (26954); *Altenhain,* in: NK-StGB, § 261, Rn. 47; *Carl/Klos,* wistra 1995, 32 (33); *Raschke,* Geldwäsche und Vortat, S. 49.

265 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72; *Allgayer,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 42, Rn. 570; *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 43 GwG, Rn. 19; *BMF,* AuH-GwG, S. 21; *Greite,* in: Frankfurter Kommentar GwG, § 43 GwG, Rn. 21; *Häberle,* in: *ders.,* Erbs/Kohlhaas Straf. NG, § 43 GwG, Rn. 2; *Pelz,* in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 13; *Schnabl,* in: *Wabnitz/Jankovsky/Schmitt,* Hdb. WStSR, Kap. 6, Rn. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wesens eine Beweislastumkehr schafft, indem es eine Verdachtsmeldepflicht schon dann annimmt, wenn eine „in jeder Hinsicht gesetzeskonforme Herkunft" von Vermögenswerten nicht sicher belegbar ist.[266]

Dieses weitreichende Verständnis hat das Bundesverfassungsgericht jüngst präzisiert. So soll ein meldepflichtiger Sachverhalt dann vorliegen, wenn objektiv erkennbare Umstände dafürsprechen, dass durch eine Transaktion illegale Gelder dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entzogen oder die Herkunft illegaler Vermögenswerte verdeckt werden sollen und ein krimineller Hintergrund i. S. d. § 261 StGB nicht ausgeschlossen werden kann.[267] Bloße Unsicherheiten hinsichtlich der Herkunft von Vermögenswerten allein genügen insoweit nicht.

Das Bundesverfassungsgericht stützt sich in seinen Ausführungen zum Verdachtsgrad insbesondere auf die sog. Auslegungs- und Anwendungshinweise der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), die für Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwender einen Leitfaden zur Anwendung der Sorgfaltspflichten des GwG bieten sollen, § 51 Abs. 8 S. 1 GwG. Sie sind in ihrer Rechtsform zwar nicht bindend. Als Allfinanzaufsichtsbehörde ist die BaFin jedoch befugt, die Regeln des Finanzmarkts durch die Verhängung von Bußgeldern durchzusetzen.[268] Gerade Akteurinnen und Akteure des Finanzsektors wie Kredit-, Finanzdienstleistungs- und Zahlungsinstitute sowie Kapitalverwaltungsgesellschaften und Wertpapierdienstleistungsunternehmen sind mithin angehalten, den Hinweisen der BaFin Folge zu leisten, um Verwaltungsverfahren bestmöglich zu entgehen. Dort heißt es:

> *„Für den Verpflichteten und die für ihn handelnden Beschäftigten muss keine Gewissheit darüber bestehen, dass ein entsprechender Vermögensgegenstand aus einer Vortat des § 261 StGB stammt oder im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung steht. Für das Vorliegen eines meldepflichtigen Sachverhalts ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass Tatsachen vorliegen, die auf das Vorliegen der in § 43 Abs. 1 GwG genannten Sachverhalte hindeuten. Soweit dies in Bezug auf die Fälle der Nr. 1 und Nr. 2 gegeben ist, kann insoweit ein krimineller Hintergrund einer Terrorismus-*

266 OLG Frankfurt a.M. ZIP 2019, 257 (258 f.); krit. hierzu insb. *Barretto da Rosa/Diergarten,* NStZ 2020, 173 (177 f.).
267 BVerfG NJW 2020, 1351 (1353).
268 Siehe hierzu ausf. unten: S. 144 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

finanzierung oder gemäß § 261 StGB nicht ausgeschlossen werden. Im Zweifel ist daher eine Meldung nach § 43 Abs. 1 GwG zu erstatten."[269]

Den Verpflichteten und den für sie handelnden Angestellten ist insofern ein eng begrenzter Beurteilungsspielraum zuzusprechen, der konkret daraus besteht, „einen Sachverhalt nach allgemeinen Erfahrungen und dem […] beruflichen Erfahrungswissen unter dem Blickwinkel der Ungewöhnlichkeit und Auffälligkeit im jeweiligen geschäftlichen Kontext zu würdigen".[270]

Zusammenfassend ist – in Linie der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und der Auslegungshinweise der BaFin – im Rahmen des § 43 Abs. 1 GwG von einem niedrigschwelligen Verdachtsgrad auszugehen, der keine konkreten Anhaltspunkte einer illegalen Herkunft bzw. eines illegalen terrorismusbezogenen Verwendungszwecks erfordert. Die Meldepflichtigen haben vielmehr ihr (berufliches) Erfahrungswissen dahin gehend zu nutzen, um etwaige geschäftliche Auffälligkeiten in Bezug auf eine potenziell deliktische Herkunft bzw. einen potenziell terroristischen Verwendungszweck von Vermögenswerten zu identifizieren. Können diese Auffälligkeiten nicht aufgeklärt und damit ein illegitimer Ursprung oder Zweck ausgeschlossen werden, besteht eine Pflicht zur Meldung.

cc. Meldepflichtige Sachverhalte

i. Verdacht auf Zusammenhang einer Geldwäschevortat, § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG

Die geldwäschebezogene Verdachtsmeldepflicht aus § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG entsteht dann, wenn Tatsachen vorliegen, „die darauf hindeuten, dass ein

269 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72.

270 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 73; Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 17.08.2011, BT-Drs. 17/6804, S. 35; Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 17.08.2011, BT-Drs 17/6804, S. 35; Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 27.05.2011, BR-Drs. 317/11, S. 49; *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 43 GwG, Rn. 19. Zur kritischen Auseinandersetzung mit diesem Beurteilungsspielraum, siehe unten S. 209 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vermögensgegenstand, der mit einer Geschäftsbeziehung, einem Maklergeschäft oder einer Transaktion im Zusammenhang steht, aus einer strafbaren Handlung stammt, die eine Vortat der Geldwäsche darstellen könnte". Der Begriff des Vermögensgegenstandes ist in § 1 Abs. 7 GwG legaldefiniert. Er umfasst jeden Vermögenswert sowie Rechtstitel und Urkunden jeder Form. Somit kann jedes Rechtsobjekt unter dem Begriff erfasst werden.[271]

Ein solcher Vermögensgegenstand muss mit einer Geschäftsbeziehung, einem Maklergeschäft oder einer Transaktion im Zusammenhang stehen. Eine Legaldefinition zum Begriff der Geschäftsbeziehung findet sich in § 1 Abs. 4 GwG.[272] Diese muss nicht zum Zeitpunkt der Verdachtsschöpfung bestehen. Vielmehr genügt ein bloßes Anbahnen von Geschäftsbeziehungen i. S. v. § 1 Abs. 3 GwG.[273] Eine Transaktion ist gem. § 1 Abs. 5 GwG eine oder, soweit zwischen ihnen eine Verbindung zu bestehen scheint, mehrere Handlungen, die eine Geldbewegung oder eine sonstige Vermögensverschiebung bezweckt oder bewirkt bzw. bezwecken oder bewirken. Auch versuchte, bevorstehende laufende oder bereits durchgeführte Transaktionen werden erfasst, unabhängig davon, ob sie innerhalb oder außerhalb von Geschäftsbeziehungen erfolgen.[274] Das Maklergeschäft wurde aus Klarstellungsgründen nachträglich in die Vorschrift aufgenommen, da sich sowohl Immobilien- als auch Versicherungsmaklergeschäfte auf eine Geschäftsbeziehung oder Transaktion beziehen, selbst aber keine eigenständigen Transaktionen sind.[275]

Nach dem Wortlaut von § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG müssen diese geschäftlichen Handlungen mit einem Vermögensgegenstand im Zusammenhang stehen, der aus einer strafbaren Handlung stammt, die eine Vortat der Geldwäsche darstellen könnte. Das Abstellen auf den illegitimen Ursprung verwundert, da die Meldepflichtigen meist keinen Informationszugang zur Herkunft von Vermögensgegenständen haben. Vielmehr zeichnet sie die

271 *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 43 GwG, Rn. 33.

272 Danach ist eine Geschäftsbeziehung jede Beziehung, die unmittelbar i. V. m. den gewerblichen oder beruflichen Aktivitäten der Verpflichteten steht und bei der beim Zustandekommen des Kontakts davon ausgegangen wird, dass sie von gewisser Dauer sein wird.

273 *BMF,* Auslegungshinweise des Bundesministeriums der Finanzen zur Handhabung des Verdachtsmeldewesens (§ 11 GwG), 06.11.2014, WK 5023/10/10011, S. 2.

274 *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 43 GwG, Rn. 37.

275 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 17.03.2017, BT-Drs. 18/11555, S. 157.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

besondere „Nähe" zu einer der für Geldwäschehandlungen typischen *placement-, layering-* oder *integration*-Phasen aus.[276] Der Ursprung von Vermögenswerten bleibt ihnen demgegenüber meist verborgen.

Auch die Gesetzesbegründung stellt im Rahmen der Verdachtsschöpfung auf die Geldwäschehandlung ab. So sollen insbesondere der Zweck und die Art der Transaktion, Besonderheiten in der Person des Kunden sowie der finanzielle und geschäftliche Hintergrund in den Verdachtserwägungen berücksichtigt werden.[277] Mit keinem Wort wird indes auf etwaige Verdachtsindikatoren, die konkrete Vortaten indizieren, hingewiesen. Ebenso vertritt der Generalbundesanwalt beim BGH, dass für die Geldwäscheverdachtsmeldung die verdachtsbegründenden Momente grundsätzlich in Auffälligkeiten bei der Abwicklung von Finanztransaktionen und Abweichungen vom gewöhnlichen Geschäftsgebaren der Wirtschaftsbeteiligten liegen.[278] Ein Abstellen auf den illegitimen Ursprung als Verdachtsanknüpfungsmoment würde die Heranziehung der in § 2 Abs. 1 GwG aufgezählten Berufsgruppen grundsätzlich infrage stellen.[279]

Der Verweis auf die Geldwäschevortat in § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG geht vielmehr auf den durch sie umgesetzten Art. 33 Abs. 1 S. 1 lit. a der 4. EU-Geldwäscherichtlinie zurück, der ebenso auf den Verdacht, „dass Gelder aus einer kriminellen Tätigkeit stammen", abstellt, was wiederum mit der von der FATF in ihren Empfehlungen gewählten Formulierung „*suspects that funds are the proceeds of a criminal activity*" zusammenhängt.[280] Die Praxis versteht den Verweis auf die Geldwäschevortat allgemein als termi-

276 Dies geht auch aus den Auslegungs- und Anwendungshinweisen der BaFin zum GwG hervor, in denen Verpflichtete besonders auf potenzielle Verschleierungshandlungen für die Entwicklung von Verdachtsmomenten achten sollen, *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72 f.

277 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 17.03.2017, BT-Drs. 18/11555, S. 157.

278 Generalbundesanwalt beim BGH im Schreiben vom 25.9.2008 zu 5 StR 451/08, S. 2; vgl. ferner: OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2013, 6608 (6608); WM 2019, 586 (588).

279 *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 43 GwG, Rn. 38; so auch: *Degen,* Mitwirkungspflichten, S. 140; *Hofer,* in: *Gropp/Sinn* (Hg.), Organisierte Kriminalität, 533 (535); *Richter,* Anfangsverdacht für Geldwäsche, S. 174.

280 *FATF,* FATF Recommendations (1990), online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%201990.pdf, Rec. 20, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nologische Anpassung an unionsrechtliche Vorgaben, ohne dass sich am konkreten Anknüpfungspunkt etwas ändert.[281]

ii. Verdacht auf Terrorismusfinanzierung, § 43 Abs. 1 Nr. 2 GwG

In Bezug auf die Terrorismusfinanzierung besteht nach § 43 Abs. 1 Nr. 2 GwG eine Meldepflicht, wenn Tatsachen vorliegen, die darauf hindeuten, dass ein Geschäftsvorfall, eine Transaktion oder ein Vermögensgegenstand im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung steht. Der Begriff des Geschäftsvorfalls wird im GwG nicht weiter definiert. Hierunter sollen einzelne oder zusammenhängende wirtschaftliche Vorgänge verstanden werden, die typischerweise Teil einer Geschäftsbeziehung sind.[282] Für die Begriffe des Vermögensgegenstandes und der Transaktion gilt das oben Gesagte.

iii. Verdacht auf Offenlegungspflichtenverstoß, § 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG

Die Verdachtsmeldepflicht besteht gem. § 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG außerdem, wenn Tatsachen darauf hindeuten, dass „der Vertragspartner seine Pflicht nach § 11 Abs. 6 S. 3 GwG gegenüber dem Verpflichteten offenzulegen, ob er die Geschäftsbeziehung oder die Transaktion für einen wirtschaftlich Berechtigten begründen, fortsetzen oder durchführen will, nicht erfüllt hat," unabhängig davon, ob weitere Anhaltspunkte für Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung vorliegen.[283] Denn der fehlende Wille des Verpflichteten allein, intransparente Geschäftsbeziehungen und die damit verbunde-

281 Diese Annahme bestätigt auch ein Blick in die Gesetzgebungshistorie der Verdachtsmeldepflicht. Erst seit dem Gesetz zur Optimierung der Geldwäscheprävention (BGBl. I 2011, S. 2959 ff.) wird auf die Vortat als maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Verdachtsmeldepflicht abgestellt. In der vorherigen Fassung nach dem Gesetz zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (BGBl I 2008, S. 1690 ff.) hieß es in § 11 Abs. 1 S. 1 GwG noch: „Ein Verpflichteter hat unabhängig von der Höhe der Transaktion bei Feststellung von Tatsachen, die darauf schließen lassen, dass eine Tat nach § 261 StGB oder eine Terrorismusfinanzierung begangen oder versucht wurde oder wird, diese unverzüglich mündlich, telefonisch, fernschriftlich oder durch elektronische Datenübermittlung der zuständigen Strafverfolgungsbehörde und in Kopie dem Bundeskriminalamt – Zentralstelle für Verdachtsanzeigen – anzuzeigen."

282 *Pelz,* in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 30.

283 *BMF,* AuH-GwG, S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nen erhöhten Verschleierungsgefahren aufzudecken, ist für sich genommen ein Indiz für kriminelle Handlungen, die mit einer Verdachtsmeldepflicht wirksam begegnet werden können.[284]

Nach dem Wortlaut der Norm besteht die Meldepflicht ausschließlich bei der Verletzung der Pflicht zur Offenlegung des wirtschaftlich Berechtigten, § 11 Abs. 6 S. 3 GwG. Gibt der Betroffene hingegen bekannt, dass ein wirtschaftlich Berechtigter existiert, er dessen Identität allerdings nicht preisgeben will, so ist dies lediglich als ein Verstoß gegen § 11 Abs. 6 S. 4 GwG zu werten, der nicht nach § 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG meldepflichtig ist. Die fehlende Bereitschaft zur Identifizierung kann aber u. U. eine Verdachtsmeldepflicht nach § 43 Abs. 1 Nr. 1, 2 GwG begründen.[285]

Legt man § 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG wortlautgetreu aus, so besteht die Meldepflicht schon dann, wenn Tatsachen auf einen Offenlegungsverstoß hindeuten. Die Norm soll jedoch nach dem gesetzgeberischen Willen so verstanden werden, dass eine Meldepflicht erst bei einem Verstoß der Offenlegungspflicht entsteht.[286] Insoweit ist der Begriff „Verdachtsmeldepflicht" im Fall von § 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG fehlleitend. Vielmehr begründet die Vorschrift eine Meldepflicht bei einem festgestellten Verstoß des Vertragspartners aus § 11 Abs. 6 S. 3 GwG.

c. Verdachtskriterien

§ 43 Abs. 1 GwG insinuiert einen gewissen Automatismus zwischen den von Meldepflichtigen wahrgenommenen Vermögensgegenständen, Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen und einem Verdacht auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung. In der Praxis vermag aber ein Geschäftsvorfall bzw. eine Transaktion allein nur äußerst selten einen entsprechenden Verdachtsfall begründen.[287] Vielmehr begründen sie in der Regel erste Verdachtsanknüpfungspunkte, die in einem zweiten Schritt mit Hintergrund-

284 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 17.08.2011, BT-Drs. 17/6804, S. 36, *Höche/Rößler,* WM 2012, 1505 (1510); *Krais,* Geldwäsche und Compliance, Rn. 498.

285 *Krais,* Geldwäsche und Compliance, Rn. 499.

286 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 17.08.2011, BT-Drs. 17/6804, S. 36; *BMF,* AuH-GwG, S. 5; *Krais,* Geldwäsche und Compliance, Rn. 501.

287 *Greite,* in: Frankfurter Kommentar GwG, § 43 GwG, Rn. 27; *Löwe-Krahl,* wistra 1994, 121 (125).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

informationen abgeglichen werden müssen. Erst wenn durch diese nähere Prüfung ein Verdachtsmoment nicht erklärt werden kann, leiten die zuständigen Angestellten der Verpflichteten eine Verdachtsmeldung an die FIU weiter.[288] Zwischen einem verdächtigen Geschäftsvorfall und der Abgabe einer Verdachtsmeldung besteht mithin ein Prozess der Informationseinholung, -sammlung, -abgleichung und schließlich der -bewertung, ob die gesammelten Anhaltspunkte der durch § 43 Abs. 1 GwG statuierten und durch verschiedene behördliche Auslegungs- und Anwendungshinweise konkretisierten Verdachtsschwellen genügen. Wie sich dieser Informationsverarbeitungsprozess der Verpflichteten vollzieht, wird im Folgenden einer genaueren Untersuchung unterzogen.

aa. „Risk-Based-Approach" als Zentralmaxime interner Sorgfalts- und Sicherungsmaßnahmen

Jede Maßnahme, die der Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung dient, soll „risikobasiert" ausgerichtet sein, sodass in (Geschäfts-)Bereichen, in denen vorab ein erhöhtes Geldwäsche- und Terrorismusrisiko festgestellt wird, entsprechend strengere Maßnahmen in Kraft gelten müssen.[289] Gleichzeitig sollen bei geringen Risiken gewisse Maßnahmen auch nur vereinfacht ein- oder gänzlich ausgesetzt werden.

Dieses Grundprinzip geht auf die Empfehlungen der FATF zurück und richtet sich nicht nur an die aus dem GwG verpflichteten Berufsgruppen, sondern ebenso an Aufsichtsbehörden, FIUs und letztlich an die supranationalen und nationalen Gesetzgeber.[290] Der Gedanke hinter dem risikobasierten Ansatz geht auf die Überlegung der sog. „situativen Prävention" zurück: Statt einer – ohnehin nicht möglichen – lückenlosen Erfassung aller potenziellen Verschleierungshandlungen (sog. regelbasierter Ansatz)

288 Vgl. hierzu Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 17.03.2017, BT-Drs. 18/11555, S. 157.

289 *FATF,* Risk-Based-Approach, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk-Based-Approach-Banking-Sector.pdf, S. 6.

290 *FATF,* FATF Recommendations, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html, Rec. 1, S. 9, Rec. 10, S. 12 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sollen Präventionsmaßnahmen auf besonders risikoträchtige Geschäftsfelder konzentriert werden.[291]

Im Kontext der Kundensorgfaltspflichten ist der risikobasierte Ansatz mittlerweile in § 3a Abs. 1 S. 1 GwG gesetzlich festgeschrieben. Er betrifft als grundlegendes Prinzip die Anforderungen aller Pflichten, die einer Risikobeurteilung und einer entsprechenden Ableitung von Maßnahmen zugänglich sind.[292] Die Vorschrift ist dabei als deklaratorisches Bekenntnis zu verstehen, da eine Vielzahl von Kundensorgfaltspflichten sowie die Ausgestaltung von Risikomanagementsystemen eine entsprechende Risikoeinschätzung, -bewertung und -maßnahmenableitung bereits beinhalten.[293]

bb. Verdachtsansätze

Wie bereits dargelegt, reicht einzig eine ungewöhnliche Transaktion oder Geschäftsbeziehung in der Regel nicht aus, um für eine Verdachtsmeldung hinreichende Verdachtsmomente zu entwickeln. Sie können dem Verpflichteten jedoch einen Anstoß liefern, Untersuchungen in die Wege zu leiten und die anfänglich wahrgenommenen Unstimmigkeiten weiter zu eruieren. Dabei ist es entscheidend, auf welchen Informations- und Datenpool der Meldepflichtige zugreifen kann. Neben einzelnen berufsspezifischen Datenzugriffsinstrumentarien stellen die Bestimmungen des GwG – sowie für Finanzdienstleister das KWG – den Verpflichteten ein weites Spektrum von Befugnisnormen zur Verfügung, das ihnen erlaubt, potenziell verdachtsbegründende Daten zu erschließen. Auf diese Befugnisse gilt es, im folgenden Abschnitt weiter einzugehen.

i. Kundensorgfaltspflichten

Der dritte Abschnitt des GwG enthält die Sorgfaltspflichten, die die Verpflichteten des GwG gegenüber ihren Kunden wahrnehmen müssen (sog. Kundensorgfaltspflichten). Als „Inbegriff der geldwäscherechtlichen *Due Dilligence* (Geschäftspartnerprüfung)" sollen sie die Verpflichteten in die

291 *Herzog/Achtelik,* in: *dies.,* GwG, Einl., Rn. 156.
292 *Müller,* in: BeckOK-GwG, § 3a GwG, Rn. 15.
293 Siehe bspw. die Regelungen zum Risikomanagement, §§ 4–9 GwG, die Differenzierung zwischen vereinfachten und verstärkten Sorgfaltspflichten, §§ 14, 15 GwG.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Lage versetzen, ihre Geschäftspartner „zu kennen" (sog. *Know-Your-Customer-Prinzip*).[294] Die Verpflichtung, die Identität der jeweils zu identifizierenden Person kennen zu müssen, soll den Wegfall der Anonymität und die Herstellung der Transparenz von Transaktionen und Geschäftsverbindungen bezwecken.[295] Die Kundensorgfaltspflichten enthalten daher vorwiegend umfangreiche Prüf- und Dokumentationspflichten, die grundsätzlich bei der Begründung einer Geschäftsbeziehung zu erfüllen sind.

Ausgangspunkt der Kundensorgfaltspflichten sind die sog. allgemeinen Kundensorgfaltspflichten nach §§ 10–13 GwG. Diese Pflichten dienen insbesondere der Identifizierung des Vertragspartners, der Identifizierung der auftretenden Person sowie der Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten.[296] Detaillierte Regelungen enthält das Gesetz insbesondere hinsichtlich der Fragen, welche Personen zu identifizieren sind (§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–3 GwG), welche Daten und Angaben dazu zu erheben sind (§ 11 Abs. 4, 5 GwG), anhand welcher Quellen und Dokumente dies geschehen muss (§ 12 GwG) und in welcher Weise die Daten zu erheben sind (§ 13 GwG).[297] Für bestimmte Berufsgruppen gelten darüber hinaus noch weiter reichende berufstypische Pflichten, §§ 10 Abs. 4–8a, 16 GwG, §§ 25 ff. KWG, § 55 VAG.[298]

Als Ausprägung des risikobasierten Ansatzes bestimmt § 10 Abs. 2 S. 1 GwG den konkreten Umfang der Maßnahmen, also wie tiefgreifend die von den Verpflichteten angestellten Untersuchungen ausge-

294 Krit. *Busekist/u. a.,* CCZ 2020, 291 (291); *Kaetzler,* CCZ 2008, 174 (175); *Krais,* in: BeckOK-GwG, § 10 GwG, Rn. 1, 3. Zum Know-Your-Customer-Prinzip ferner: Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über den Ausgleich von Arbeitgeberaufwendungen und zur Änderung weiterer Gesetze vom 03.11.2005, BT-Drs. 16/9039, S. 29; *FATF,* FATF Recommendations, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html, Rec. 10, S. 12 f., 58 ff.

295 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über den Ausgleich von Arbeitgeberaufwendungen und zur Änderung weiterer Gesetze vom 03.11.2005, BT-Drs. 16/9038, S. 29.

296 *Bausch/Voller,* Geldwäsche-Compliance, S. 183.

297 *Krais,* in: BeckOK-GwG, § 10 GwG, Rn. 3.

298 Betreiber und Vermittler von Glücksspiel i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 15 GwG müssen beispielsweise nach § 10 Abs. 5 S. 1 GwG die allgemeinen Sorgfaltspflichten bei Transaktionen in Form von Gewinnen oder Einsätzen eines Spielers in Höhe von 2.000 Euro oder mehr erfüllen, es sei denn, das Glücksspiel wird im Internet angeboten oder vermittelt; Versicherungsvermittler nach § 2 Absatz 1 Nummer 8, die für ein Versicherungsunternehmen nach § 2 Absatz 1 Nummer 7 Prämien einziehen, haben gem. § 10 Abs. 8 GwG diesem Versicherungsunternehmen mitzuteilen, wenn Prämienzahlungen in bar erfolgen und den Betrag von 15.000 Euro innerhalb eines Kalenderjahres übersteigen.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

staltet sein müssen. Dieser hängt maßgeblich davon ab, wie risikobehaftet die konkrete Transaktion oder Geschäftsbeziehung ist. Die Risikobewertung der Verpflichteten erfolgt nach Anlage 1 und 2 des GwG und ist nach Kunden-, Produkt-, Dienstleistungs-, Transaktions- und Vertriebskanalrisiko sowie nach geografischem Risiko unterteilt. Hierzu gehören etwa Geschäfte mit bargeldintensiven Unternehmen, Transaktionen in Bezug auf Öl, Waffen, Edelmetalle, Tabakerzeugnisse etc. oder Geschäfte mit in Drittstaaten ansässigen Unternehmen, in denen Korruption oder andere kriminelle Tätigkeiten laut glaubwürdiger Quellen signifikant ausgeprägt sind.

Der risikobasierte Ansatz drückt sich weiter in den verstärkten bzw. den vereinfachten Sorgfaltspflichten nach den §§ 14, 15 GWG aus. Identifiziert ein Verpflichteter für eine bestimmte Geschäftsbeziehung bzw. für eine bestimmte Transaktion unter Berücksichtigung von Anlage 1, 2 GwG ein nur geringes Risiko, können Verpflichtete insbesondere die Identitätsüberprüfung abweichend von den § 12 und § 13 GwG auf der Grundlage von sonstigen Dokumenten, Daten oder Informationen durchführen, die von einer glaubwürdigen und unabhängigen Quelle stammen und für die Überprüfung geeignet sind, § 14 Abs. 2 Nr. 2 GwG. Identifizieren die Verpflichteten hingegen ein erhöhtes Risiko, bestehen nach § 15 GwG verstärkte Sorgfaltspflichten. Diese beinhalten vor allem weitere Informationseinholungspflichten über die Identität des Geschäftspartners, des wirtschaftlich Berechtigten über den Zweck des Geschäfts, über die Herkunft von Vermögenswerten sowie über die geplante Verwendung der Vermögenswerte, § 15 Abs. 5, 6 GwG.

Nach § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 4 S. 1 GwG müssen die Verpflichteten die im Rahmen der Erfüllung der Sorgfaltspflichten erhobenen Angaben und eingeholten Informationen aufzeichnen und bis zu fünf Jahre lang aufbewahren.

ii. Risikomanagementsysteme

Im Zusammenhang mit den kundenbezogenen Sorgfaltspflichten müssen die Verpflichteten des GwG nach den §§ 4–6 GwG sog. Risikomanagementsysteme unterhalten, die Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsrisiken gem. den in den Anlagen zum GwG aufgeführten Indikatoren

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fortwährend analysieren.[299] Anhand der sich hieraus ergebenden Risikoerwägungen müssen Verpflichtete gem. § 6 GwG interne Sicherungsmaßnahmen schaffen, die in Form von Grundsätzen, Verfahren und Kontrollen die Risiken von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung mindern sollen. Als Beispiel seien etwa Sicherungs- und Frühwarnsysteme genannt, soweit solche nach Art und Umfang der Geschäftspraxis geboten ist.[300]

Eine Konkretisierung für Kreditinstitute und Finanzholdinggesellschaften findet sich in § 25h KWG. Nach Absatz 1 der Vorschrift müssen diese über die Voraussetzungen der §§ 4–6 GwG hinaus angemessene geschäfts- und kundenbezogene Sicherungssysteme schaffen und unterhalten, die der Verhinderung von vermögensgefährdenden strafbaren Handlungen dienen. Dabei müssen insbesondere Kreditinstitute gem. § 25h Abs. 2 KWG auf Datenverarbeitungssysteme zurückgreifen, durch derer sie in der Lage sind, Geschäftsbeziehungen und einzelne Transaktionen im Zahlungsverkehr zu erkennen, die aufgrund des Erfahrungswissens über die Methoden der Geldwäsche, der Terrorismusfinanzierung und über die sonstigen strafbaren Handlungen im Verhältnis zu vergleichbaren Fällen besonders komplex oder groß sind, ungewöhnlich ablaufen oder ohne offensichtlichen wirtschaftlichen oder rechtmäßigen Zweck erfolgen.

Derartige Datenverarbeitungssysteme gehören heute zur Grundausstattung im *Compliance*-Arsenal eines jeden Kreditinstituts. Sie sind so ausgestaltet, dass auf einer ersten Stufe mittels individuell festlegbarer Risikowerte, die etwa aus Typologien oder eigenen Erfahrungen des Verpflichteten abgeleitet werden, der Kundenbestand sowie sämtliche Zahlungsvorgänge auf geldwäsche-, terrorismusfinanzierungs- oder (sonstige) strafbarkeitsrelevante Auffälligkeiten hin „durchleuchtet" werden.[301] Neben dieser flächendeckenden Überwachung soll das System auch anlassbezogene Untersuchungen und Rasterungen gewährleisten können.[302] Vergleichbare An-

299 Siehe die Anlagen 1 und 2 zum GwG.

300 *Herzog,* in: *ders./Achtelik,* GwG, § 6 GwG, Rn. 4.

301 *Achtelik,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 25h KWG, Rn. 13; *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 53 f.; *Mülhausen,* in: GwHdb., § 43, Rn. 13.

302 *Achtelik,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 25h KWG, Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

forderungen zur Unterhaltung von Risikomanagementsystemen bestehen ferner nach § 33 Abs. 1 WpIG für Wertpapierinstitute.[303]

iii. Spontane Informationseinholung

Im Kontext von Kundensorgfaltspflichten sind solche Konstellationen problematisch, die eine potenzielle Verdachtslage bereits bei einem erstmaligen Auftreten des Kunden etwa im Rahmen einer Geschäftsanbahnung begründen und eine geldwäscherechtliche Due Diligence (noch) nicht durchgeführt wurde. Doch auch in solchen Vorfeldkonstellationen hat der oder die zuständige Angestellte eines Verpflichteten ein Interesse, schon zu einem frühen Zeitpunkt eine möglichst fundierte Informationsgrundlage zu schaffen. Anreiz geben zum einen betriebliche Gründe, schon im Vorfeld der Geschäftsvornahme bzw. in Anbahnung einer Geschäftsbeziehung jegliche Zweifel von Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsverdachtsfällen aufzudecken, da in dieser Weise Ressourcen bestmöglich geschont werden. Zum anderen wird der Angestellte in den meisten Fällen persönlich bemüht sein, eine hinreichende Informationslage zu schaffen, um dem Vorwurf einer leichtfertigen Geldwäsche nach § 261 Abs. 6 S. 1 StGB bestmöglich zu entgehen.[304]

cc. Ermittlungsmaßstab

Neben den Informationspflichten, durch die Verdachtsmeldepflichtige einen Informationspool für mögliche Verdachtsermittlungen anreichern können, ist ein gezielter Blick auf den vom GwG vorgesehenen Maßstab zur weiteren Verarbeitung dieser Informationen zu richten.

303 Umfasst sind ferner Wertpapierinstitutsgruppen, Investmentholdinggesellschaften, gemischte Finanzholdinggesellschaften sowie Mutterunternehmen von Wertpapierinstitutsgruppen, § 33 Abs. 1 S. 1 WpIG.

304 *Fülbier,* in: *ders./Aepfelbach,* GwG (1995), § 11 GwG, Rn. 55; *Richter,* Anfangsverdacht für Geldwäsche, S. 206.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

i. Untersuchungspflicht, § 15 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 6 Nr. 1 GwG

Der Untersuchungsmaßstab von Verdachtsmomenten richtet sich regelmäßig nach § 15 Abs. 6 Nr. 1 GwG. Ausgelöst werden Verdachtsermittlungen danach durch sog. „unplausible Transaktionen" [305] i. S. v. § 15 Abs. 3 Nr. 3 GwG, deren Hintergrund und Zweck der Meldepflichtige mit angemessenen Mitteln untersuchen muss. Unplausible oder Hochrisiko[306]-Transaktionen sind Transaktionen i. S. v. § 1 Abs. 5 GwG, die im Vergleich zu ähnlichen Fällen besonders komplex oder ungewöhnlich groß sind, einem ungewöhnlichen Transaktionsmuster folgen oder keinen offensichtlichen wirtschaftlichen oder rechtmäßigen Zweck besitzen. Liegt einer dieser Fälle vor, besteht die Pflicht des Meldepflichtigen, mit einer Prüfung von Hintergrundinformationen der jeweiligen Transaktion zu beginnen, an deren Ende eine Einzelfallbeurteilung steht, ob die Meldevoraussetzungen i. S. v. § 43 Abs. 1 GwG vorliegen oder nicht.[307]

Der Handlungsspielraum der Verpflichteten soll sich ausdrücklich nicht darauf beziehen, Ermittlungshandlungen oder Vernehmungen in Vertretung der Strafverfolgungsbehörden durchzuführen, sondern beschränkt sich auf die Hinzuziehung und Ermittlung von Tatsachen, die im direkten Umfeld der Geschäftsbeziehung entstanden sind.[308] Wann die Hintergrundermittlung von Transaktionen noch angemessen ist, klärt der Gesetzgeber hingegen nicht. Angesichts einer mangelnden Befugnis zur Durchführung von den Strafverfolgungsbehörden vorbehaltenen Ermittlungsmaßnahmen sind jedoch nur solche Hintergrundinformationen relevant, die dem Verpflichteten durch die zuvor durchgeführte Kunden-Due-Dilligence zugänglich sind („Know-Your-Customer-Prinzip"). Diese wird abhängig von der im Vorfeld der Geschäftsbeziehungen durchgeführten Risikoanalyse unterschiedlich ausführlich ausfallen.

Unbeschadet von § 15 Abs. 6 Nr. 1 GwG besteht für Wertpapierinstitute eine sonderrechtliche Untersuchungspflicht aller Transaktionen, die besonders komplex oder groß sind, ungewöhnlich ablaufen oder oh-

305 Vgl. *Gabriel,* in: BeckOK-GwG, § 15 GwG, Rn. 67.
306 *Achtelik,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 15 GwG, Rn. 33.
307 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 73.
308 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 73.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ne offensichtlichen wirtschaftlichen oder rechtmäßigen Zweck erfolgen, § 33 Abs. 2 S. 1 WpIG.

ii. Verordnungsermächtigung, § 43 Abs. 5 GwG

§ 43 Abs. 5 GwG erlaubt der FIU, im Benehmen mit der jeweils zuständigen Aufsichtsbehörde typisierte Transaktionen zu bestimmen, die stets nach § 43 Abs. 1 GwG zu melden sind. Derartige Typisierungen sollen den Verpflichteten dabei helfen, geldwäscherechtliche Anhaltspunkte bestimmter risikoträchtiger Transaktionen zu identifizieren, die eine Meldepflicht auslösen.[309] Bislang hat die FIU von dieser, im Jahr 2008 durch das GwBekErgG[310] eingefügten Ermächtigung allerdings noch keinen Gebrauch gemacht.[311] Es bestehen vielmehr Zweifel an der Praktikabilität einer solchen Verordnungsermächtigung für eine Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungstypologie. So wird vorgebracht, Straftäter der organisierten Kriminalität könnten ein derartiges Typologiepapier als Leitfaden für etwaige Vermeidungsstrategien missbrauchen.[312]

iii. Verordnungsermächtigung, § 43 Abs. 6 GwG

Gem. § 43 Abs. 6 GwG kann das Bundesministerium der Finanzen (BMF) im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz durch Rechtsverordnung Sachverhalte bei Immobilientransaktionen (Erwerbsvorgänge nach § 1 GreStG) bestimmen, die von Berufsgeheimnisträgern nach § 2 Abs. Nr. 10, 12 GwG stets zu melden sind. Mit der GwGMeldV-Immobilien hat das BMF von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht.

309 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 17.03.2017, BT-Drs. 18/11555, S. 157.

310 Gesetz zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz GwBekErgG) vom 13. August 2008, BGBl I 2008, S. 1690 ff.

311 *Pelz,* in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 63.

312 *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 43 GwG, Rn. 82; *Pelz,* in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 63.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hintergrund der Verordnung waren insbesondere vom BKA in Auftrag gegebene Studien, die dem Immobiliensektor ein außergewöhnlich hohes Geldwäscherisiko attestieren.[313] Danach gelten Immobiliengeschäfte und das Baugewerbe als sog. „Hochrisikobereiche", weil sie sich durch regelmäßig hohe Transaktionsbeträge auszeichnen.

Darüber hinaus ist der Markt weitestgehend unreguliert, sodass die Geschäftsparteien sich oftmals Strohfirmen bedienen und dergestalt ihre Identität ohne große Bemühungen verschleiern können.[314] Ferner ist das Vertrauensverhältnis zwischen Notar und Mandanten durch Geheimhaltungsvorschriften rechtlich besonders geschützt, weshalb – zumindest in der Vergangenheit – ein nur geringfügiges Verdachtsmeldeniveau im Notarwesen zu verzeichnen war. So sind neben Rechtsanwälte auch Notare dann nicht zu einer geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldung verpflichtet, wenn sich der meldepflichtige Sachverhalt auf Informationen bezieht, die sie im Rahmen von Tätigkeiten der Rechtsberatung erhalten haben, § 43 Abs. 2 S. 1 GwG.

Die GwGMeldV-Immobilien sollte zumindest im Immobilienerwerb Abhilfe schaffen. Sie umfasst sämtliche Erwerbsvorgänge i. S. v. § 1 GrStG, sodass neben der dinglichen Ebene auch das Verpflichtungsgeschäft einer Immobilienübertragung von der Meldepflicht umfasst wird. Der Gesetzgeber wollte dabei besonders Konstellationen erfassen, in denen Immobilien durch die Veräußerungen von Gesellschaftsanteilen erworben werden.[315] Die §§ 3–6 GwGMeldV-Immobilien enthalten Indikatoren, die aufgrund geldwäschetypischer Merkmale als besonders auffällig gelten. Anzumerken ist, dass es bei einem Vorliegen eines solchen Indikators keiner weiteren subjektiven (Verdachts-)Bewertung bedarf, wie sie bei Verdachtsermittlungen nach § 43 Abs. 1 GwG i. V. m. § 15 Abs. 6 Nr. 1 GwG vorzuneh-

313 *BKA,* Geldwäsche im Immobiliensektor, *passim;* siehe z. B.: *Deloitte Deutschland GmbH,* Geldwäscheprävention im Immobiliensektor, online verfügbar unter: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/de/Documents/risk/Whitepaper-Wirksame-Geldwäscheprävention-im-Immobiliensektor.pdf, *passim; Transparency International e. V.,* Geldwäsche bei Immobilien, online verfügbar unter: http://docs.dpaq.de/14244-studie_geldwa_sche.pdf, *passim.*

314 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 09.02.2019, BT-Drs. 19/13827, S. 135; Bundesministerium der Finanzen, Bekanntmachung der Begründung zur Geldwäschegesetzmeldepflichtverordnung-Immobilien (GwGV-Immobilien) vom 01.09.2020, BAnz AT 07.09.2020, B1, S. 2.

315 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 09.02.2019, BT-Drs. 19/13827, S. 99.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

men ist. Demgegenüber entsteht die Meldepflicht nach § 43 Abs. 6 GwG nicht, wenn Tatsachen vorliegen, die einen Geldwäscheindikator der §§ 3–6 GwGMeldV-Immobilien entkräften, § 7 GwGMeldV-Immobilien. Insoweit findet hier eine Umkehr zum konventionellen Meldeablauf von § 43 Abs. 1 GwG statt: Erst wenn hinreichende Tatsachen gegen eine Verdachtsmeldepflicht sprechen, entfällt die Vermutung einer möglichen Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung.[316]

In der Verordnungsbegründung wird ausdrücklich klargestellt, dass die §§ 3–6 GwGMeldV-Immobilien keine Schlussfolgerungen für vergleichbare Fälle außerhalb des Immobiliensektors zuließen. Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass die Indikatoren der §§ 3–6 GwGMeldV-Immobilien bereits für sich genommen typische Risikoindikatoren im Sinne der Anlage 2 zum GwG enthalten, die bei allen Verpflichteten ohnehin verstärkte Sorgfaltspflichten auslösen (sollen).[317]

iv. Auslegungs- und Anwendungshinweise

Neben den gesetzlichen Bestimmungen haben gem. § 51 Abs. 8 S. 1 GwG die zuständigen Aufsichtsbehörden regelmäßig sog. Auslegungs- und Anwendungshinweise zu veröffentlichen, die den Verpflichteten den konkreten Inhalt ihrer Sorgfaltspflichten näherbringen sollen. Dieser Pflicht sind die jeweils zuständigen Aufsichtsbehörden nachgekommen, zum einen maßgeblich für den Finanzsektor: die BaFin[318] sowie im Nichtfinanzsektor maßgeblich für Notare: die Bundesnotarkammer (BNOTK)[319], für Rechtsanwälte: die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK)[320] und für Wirtschafts-

316 Krit. hierzu *Bülte/Marinitsch,* DNotZ 2021, 804 (810).
317 *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 43 GwG, Rn. 86.
318 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html.
319 *BNotK,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bnotk.de/aufgaben-und-taetigkeiten/geldwaeschebekaempfung.
320 *BRAK,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/newsletter/nachrichten-aus-berlin/2020/ausgabe-13-2020-v-2972020/geldwaesche-aufsicht-aktualisierte-auslegungs-und-anwendungshinweise-der-brak.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

prüfer: die Wirtschaftsprüferkammer (WPK)[321].[322] Die Hinweise sind als normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften zwar rechtlich unverbindlich, gelten in der Praxis allerdings als zentrale Wegweiser für die jeweils betroffenen Berufsgruppen.[323]

Auch für das Verdachtsmeldewesen enthalten die Schreiben zum Teil praxisbezogene Hinweise, nach denen sich die jeweiligen Verpflichtetengruppen richten sollen – so allen voran die Auslegungs- und Anwendungshinweise der BaFin. Danach hat ein Verpflichteter i. S. d. § 2 GwG

> *„insbesondere weder das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale des § 261 StGB oder einer seiner Vortaten oder einer Terrorismusfinanzierung zu prüfen oder gar den Sachverhalt ‚auszuermitteln' noch eine rechtliche Subsumtion des Sachverhalts unter die entsprechenden Straftatbestände vorzunehmen. Dies ist Sache der Strafverfolgungsbehörden. […] Der Handlungsspielraum der Verpflichteten bezieht sich ausdrücklich nicht darauf, Ermittlungshandlungen oder Vernehmungen in Vertretung der Strafverfolgungsbehörden durchzuführen. […] Der Handlungsspielraum erstreckt sich dabei nur auf die Hinzuziehung und Ermittlung von Tatsachen, die im direkten Umfeld der Geschäftsbeziehung entstanden sind und die der Geldwäschebeauftragte auf Grund der Geschäftsbeziehung zur Verfügung stehen oder in Kürze der Prüfungszeit auch beigezogen und verwertet werden können. […] Bewertungen der Glaubwürdigkeit der betroffenen Person und der Glaubwürdigkeit ihrer Angaben stehen dem verpflichteten nicht zu, sondern sind den zuständigen Behörden zu überlassen."*[324]

321 *WPK,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.wpk.de/fileadmin/documents/Mitglieder/Geldwaesche/WPK-Bekaempfung_der_Geldwaesche-Anwendungshinweise.pdf.

322 Für die Aufsicht hinsichtlich Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung zuständig sind bei Rechtsanwälten und Notaren die örtlichen Rechtsanwalts- bzw. Notarkammern. Demzufolge müssen diese gem. § 51 Abs. 8 S. 2 GwG die Auslegungs- und Anwendungshinweise der BRAK und der BNOTK bestätigen.

323 Vgl: Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 17.08.2011, BT-Drs. 17/6804, S. 38; *Gabriel,* BeckOK-GwG, § 51 GwG, Rn. 44 ff.

324 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72 f.; vgl. ferner *BRAK,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/newsletter/nachrichten-aus-berlin/2020/ausgabe-13-2020-v-2972020/geldwaesche-aufsicht-aktualisierte-auslegungs-und-anwendungshinweise-der-brak, S. 40: „Es ist nicht Aufgabe des Verpflichteten, die rechtlichen

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ähnlich heißt es in den Hinweisen der BNOTK zur Meldepflicht für Notare bei Immobilientransaktionen nach § 43 Abs. 6 GwG i. V. m. GwGMeldV-Immobilien, dass den Notar keine Nachforschungspflicht trifft:

> *„Der Umfang der im Hinblick auf die Meldepflicht einzuholenden Informationen richtet sich nach den nach dem GwG und anderen Gesetzen bestehenden Sorgfaltspflichten. Darüber hinaus ergeben sich für den Notar aufgrund der Meldepflichtverordnung keine eigenständigen Pflichten zur Ermittlung von Tatsachen, die eine Meldepflicht begründen können. Er muss also nicht ‚ins Blaue hinein' alle Angaben abfragen, die für die Prüfung der Meldepflicht relevant sind.*"[325]

Die Ermittlungspflichten der Meldepflichtigen beschränken sich demzufolge auf vorhandene, ihnen zugängliche Informationen. Gleichzeitig begründet ein auffälliger Vorgang für sich genommen noch keine Meldepflicht, solange die Hintergründe durch die Verpflichteten nicht aufgeklärt sind und weitere Anhaltspunkte liefern, die einen entsprechenden Verdacht begründen. Am Ende der Ermittlung verfügen die Verpflichteten über einen gewissen Beurteilungsspielraum, also eine subjektive Einschätzung des Verpflichteten, ob die Auffälligkeit im Kontext der erhobenen Hintergrundinformationen die von § 43 Abs. 1 GwG aufgestellte Verdachtsschwelle erreichen oder nicht.[326]

dd. Fazit

Aus den herausgearbeiteten Kriterien zu dem der Meldeabgabe vorgelagerten Ermittlungsprogramm der Meldepflichtigen lassen sich folgende zentrale Schlussfolgerungen ziehen:

1. Es genügt für die Abgabe einer Verdachtsmeldung nicht eine ungewöhnliche oder unplausible Transaktion. Vielmehr veranlasst eine solche

---

Voraussetzungen einer Geldwäschestraftat oder einer Terrorismusfinanzierung im Einzelnen zu prüfen und eine detaillierte rechtliche Subsumtion des Sachverhalts unter die entsprechenden Straftatbestände vorzunehmen."

325 *BNotK,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bnotk.de/aufgaben-und-taetigkeiten/geldwaeschebekaempfung, S. 47.

326 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72; *WPK,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.wpk.de/fileadmin/documents/Mitglieder/Geldwaesche/WPK-Bekaempfung_der_Geldwaesche-Anwendungshinweise.pdf, Rn. 144.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Transaktion die Abgleichung mit Hintergrundinformationen. Erst wenn diese Hintergrunduntersuchungen einen Verdacht, wie er von § 43 Abs. 1 GwG gefordert wird, begründet, besteht die Pflicht zur Meldeabgabe.
2. Für Verdachtsermittlungen greifen die Verpflichteten auf den durch Kundensorgfaltspflichten gesammelten Informationskatalog zurück. Die Informationsdichte, die die Verpflichteten über den jeweiligen Kunden haben, korreliert mit dem vorher identifizierten Risiko einer Geschäftsverbindung oder einer Kundentransaktion (Risk-Based-Approach).
3. Grundsätzlich besteht keine Pflicht über eine weitere Informationseinholung zum Zwecke der Verdachtsermittlung. Allerdings kann die Einstufung einer Transaktion als unplausible bzw. „Hochrisikotransaktion" zu einer Veränderung des identifizierten Risikomaßstabs und zu umfassenderen Sorgfaltspflichten führen.
4. Die Verpflichteten haben einen Beurteilungsspielraum, ob nach einer durchgeführten Verdachtsermittlung die Schwelle von § 43 Abs. 1 GwG überschritten worden ist.

d. Formelle Anforderungen

Die Verdachtsmeldung muss unverzüglich und unabhängig vom Wert des betroffenen Vermögensgegenstandes oder der Transaktionshöhe erfolgen. Unverzüglich ist nach allgemeiner Ansicht i. S. v. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB, also ohne schuldhaftes Zögern zu verstehen.[327] Die Meldefrist ist dabei dem Einzelfall nach abhängig vom Umfang der konkreten Meldepflicht zu ermitteln. Dem Verpflichteten ist jedenfalls eine gewisse Zeit zur Informationseinholung sowie zur Bewertung der Rechts- und Tatsachenlage u. U. auch unter Einholung externer Beratung zuzugestehen.

Die formalen Anforderungen für die Verdachtsmeldung sind in § 45 GwG geregelt. Nach § 45 Abs. 1 S. 1 GwG hat die Verdachtsmeldung grundsätzlich elektronisch zu erfolgen. Hierfür hat sich mittlerweile die digitale Abgabe unter der Website GoAML.com etabliert.[328] Dieses Meldeverfahren vereinfacht die Analyse der FIU ungemein im Ver-

327 OLG Frankfurt a.M. WM 2019, 586 (588); *Allgayer,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 11, Rn. 588; *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 43 GwG, Rn. 54; *Häberle,* in: *ders.,* Erbs/Kohlhaas Straf. NG, § 43 GwG, Rn. 6; *Krais,* Geldwäsche und Compliance, Rn. 541; *Pelz,* in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 34.

328 Zu Goaml.com, siehe *Meyer/Hachmann,* ZStW 2022, 391 (413 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gleich zum vorherigen Standard der gefaxten Verdachtsmeldung, siehe § 11 Abs. 1 S. 1 GwG a.F. Denn die nun eingereichten Verdachtsmeldungen entsprechen einem einheitlichen Schema und erste Analysen können bereits durch auf GoAML abgestimmte automatisierte Datenverarbeitungs- und Abgleichprozesse durch künstliche Intelligenz erfolgen.[329] Obwohl weitere verbindliche Vorgaben zur Form der Verdachtsmeldung fehlen, geht mit der Verpflichtung des GoAML-Portals ein gewisser Formzwang einher. Zur genauen Benutzung der Plattform hat die FIU ein umfangreiches Benutzerhandbuch veröffentlicht, das auf ihrer Internetseite frei verfügbar ist.[330]

Sollte es zu Störungen in der elektronischen Datenübermittlung kommen, so ist die Übermittlung auf dem Postweg zulässig. Darüber hinaus kann die FIU auf Antrag zur Vermeidung von unbilliger Härte auf die elektronische Übermittlung einer Meldung verzichten und die Übermittlung auf dem Postweg genehmigen, § 45 Abs. 2 S. 1 GwG.

e. Weiteres Behördenverfahren

Geht eine Verdachtsmeldung bei der FIU ein, so startet diese in der Regel mit einer automatisierten Grundrecherche,[331] in der sie die in der Meldung enthaltenen Daten mit verfügbaren Datenbanken abgleicht. Auf Grundlage dieser Recherche findet eine Erstbewertung statt, anhand derer die Verdachtsmeldung kategorisiert wird, um besonders dringliche Fälle prioritär behandeln zu können.[332] Zusätzlich zieht die FIU öffentlich zugängliche Datenbanken und Informationen von anderen FIUs heran, sodass ein möglichst vollständiges Bild über den betroffenen Sachverhalt geschaffen wird.[333]

329 Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Abgeordneten Katja Hessel, Christian Dürr, Dr. Florian Toncar, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP („Künstliche Intelligenz in der Finanzverwaltung"), BT-Drucks. 19/29429 vom 03. Juni 2021, BT-Drs. 19/30278, Antwort zu Frage 1, S. 2; siehe hierzu ferner: *Meyer/Hachmann,* ZStW 2022, 391 (421).

330 *FIU-Deutschland,* Informationen zu goAML, online verfügbar unter: https://www.zoll.de/DE/FIU/Software-goAML/Allgemeines/allgemeines_node.html;jsessionid=1F7DE855A04373147B94E698140A00CB.internet671.

331 Der Internationale Währungsfond (IWF) spricht hier von der sog. „taktischen Analyse (tactical analysis)", *IWF,* FIU: An Overview, S. 54.

332 *FIU-Deutschland,* Jahresbericht 2020, S. 15.

333 *IWF,* FIU: An Overview, S. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bestätigen sich die gemeldeten Verdachtsmomente durch die Grundrecherche, so beginnt die FIU anschließend mit der sog. operativen Analyse. Hierzu nutzt sie alle ihr zur Verfügung stehenden Informationsquellen, bestehend aus direkten Datenzugriffs- und indirekten Datenabfragerechten, um Aktivitätsmuster, Beziehungen zwischen dem Verdächtigen und seinen Komplizen, Ermittlungsansätze, Täterprofile und – soweit möglich – Hinweise auf künftiges kriminelles Verhalten zu erstellen.[334] Vor allem werden weitere Informationen von Verpflichteten eingeholt sowie formelle Auskunftsersuchen an andere Behörden und gegebenenfalls an ausländische FIUs gestellt, §§ 30 Abs. 3 S. 1, 31 Abs. 1, 34 Abs. 1 GwG. Die Arbeitsmethoden der FIU sollen darauf abgestimmt sein, die eingereichte Verdachtsmeldung mit Zusatzinformationen anzureichern, um ggf. eine möglichst umfassende Grundlage für etwaige spätere strafprozessuale Ermittlungen zu schaffen.[335]

Bestätigt sich durch die operative Analyse ein entsprechender Verdacht, dass ein Vermögensgegenstand oder eine Transaktion im Zusammenhang mit Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung oder einem Verstoß gegen das Offenlegungsgebot in Verbindung steht, leitet die FIU die durch den Analysebericht angereicherte Verdachtsmeldung den zuständigen Strafverfolgungsbehörden – meist den Landeskriminalämtern – weiter, § 28 Abs. 1 Nr. 6 GwG.[336] Werden durch die operative Analyse keine hinreichenden Anhaltspunkte für Zusammenhänge mit Straftaten festgestellt, wird der Vorgang in das sog. „*Monitoring*" überführt. Dort werden die angereicherten Verdachtsmeldungen in zentrale FIU-interne Datenbanken eingepflegt, um diese fortlaufend mit Informationen aus neuen Verdachtsmeldungen abzugleichen.[337] Die Beurteilung, ob die aus der Analyse hervorgehenden Verdachtsmomente eine Weiterleitung an die Strafverfol-

334 *IWF,* FIU: An Overview, S. 59.

335 *FATF,* Financial Investigation Guidance, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/operationalissues-financialinvestigationsguidance.html, S. 20.

336 *FIU-Deutschland,* Jahresbericht 2018, S. 17.

337 In Deutschland wurden 2018 58 % der durch die operative Analyse endbearbeiteten Verdachtsmeldungen an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet und 42 % in das Monitoring überstellt. Im innereuropäischen Vergleich zu anderen administrativen FIUs ist die Weiterleitungsquote als vergleichsweise hoch einzustufen, *FIU-Deutschland,* Jahresbericht 2018, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gungsbehörden begründen können, wird von der FIU selbstständig entschieden.[338]

3. Sanktionen bei Zuwiderhandlungen

a. Ordnungswidrigkeit, § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 69 GwG

aa. Allgemeines

Meldeverfehlungen sind gem. § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 69 GwG bußgeldbewehrt. Ordnungswidrig handelt nach der Vorschrift, wer vorsätzlich oder leichtfertig entgegen § 43 Abs. 1 GwG eine Meldung nicht, nicht richtig, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig abgibt. Die Sanktionierung von Meldeverfehlungen geht auf Art. 39 der 3. EU-Geldwäscherichtlinie zurück, der durch das Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz im Jahr 2008 in nationales Recht umgesetzt wurde.

Genaue Adressaten umschreibt der Bußgeldtatbestand nicht. Grundsätzlich kann jeder nach § 2 Abs. 1 GwG Verpflichtete belangt werden.[339] Darüber hinaus gilt auch für spezialgesetzliche Ordnungswidrigkeiten das OWiG, § 2 OWiG. Relevant ist in diesem Zusammenhang die Vertreterhaftung nach § 9 Abs. 2 OWiG, wonach zusätzlich derjenige herangezogen werden kann, der von dem Inhaber eines Betriebes beauftragt wurde, diesen zu leiten oder in eigener Verantwortung Aufgaben wahrzunehmen, die eigentlich dem Inhaber des Betriebes obliegen. In dieser Weise könnte etwa der Geldwäschebeauftragte eines Betriebes haftbar gemacht werden, auch wenn er persönlich für die falsch oder nicht abgegebene Verdachtsmeldung verantwortlich war.[340]

Die Ordnungswidrigkeit kann grundsätzlich bei vorsätzlicher Begehung mit einem Bußgeld von bis zu 150.000 Euro und bei leichtfertiger Begehung bis zu 100.000 Euro geahndet werden, § 56 Abs. 1 S. 2 GwG. Sie kann derweil bei schwerwiegenden, wiederholten oder systematischen Ver-

338 *Krais,* Geldwäsche und Compliance, Rn. 475; zur operativen Analyse in Gänze: *Meyer/Hachmann,* ZStW 2022, 391 (421 ff.).

339 So kritisiert insbesondere die Deutsche Kreditwirtschaft (DK) die Unbestimmtheit des konkreten Adressatenkreises des Bußgeldtatbestandes. Insbesondere finden sich einige Fälle, in denen das Bußgeld gegenüber einzelnen Angestellten erhoben wurde, *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 56 GwG, Rn. 5.

340 *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 56 GwG, Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stößen bis zu einer Million Euro oder das Zweifache des aus dem Verstoß gezogenen wirtschaftlichen Vorteils betragen, § 56 Abs. 3 S. 1 GwG. Bei Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten, Zahlungsinstituten und E-Geld-Instituten, Versicherungsunternehmen, Versicherungsvermittlern sowie Kapitalverwaltungsgesellschaften kann die Buße sogar bis zu 5 Millionen Euro oder 10 % des vorjährigen Gesamtumsatzes[341] betragen, § 56 Abs. 1 S. 3 GwG, soweit es sich bei ihnen um juristische Personen oder Personengesellschaften handelt. Bei natürlichen Personen dieser Berufsgruppen kann über § 56 Abs. 3 S. 1 GwG hinaus eine Geldbuße bis zu 5 Millionen Euro verhängt werden.

Den Gesetzgebungsmaterialien nach ist ein schwerwiegender Verstoß i. S. v. § 56 Abs. 3 GwG dann gegeben, wenn er im Rahmen einer Gesamtabwägung als gravierend zu bewerten ist.[342] Teilweise wird eine erhebliche konkrete Auswirkung auf die Geldwäschebekämpfung gefordert.[343] Andere Stimmen setzen einen schwerwiegenden mit einem absichtlichen Verstoß gleich. Letztere Ansicht ist allerdings hinsichtlich des Trends zur Objektivierung der Merkmale der Verdachtsmeldepflicht nur schwer vertretbar.[344]

Ein Verstoß ist wiederholt, wenn er mehr als einmal begangen wurde, wobei hierfür eine wiederholte Zuwiderhandlung gegen dieselbe Bußgeldvorschrift durch denselben Beteiligten i. S. v. § 14 OWiG vorliegen muss.[345] Ein systematischer Verstoß liegt dann vor, wenn die Zuwiderhandlung einem bestimmten Muster folgt.[346] Es braucht demnach ein planmäßiges Vorgehen des Täters.

---

341 Der Gesamtumsatz wird in § 56 Abs. 4 GwG definiert. Nach § 56 Abs. 4 S. 2 GwG ist bei Mutter-/Tochterunternehmen der jeweilige Gesamtbetrag in demjenigen Konzernabschluss des Mutterunternehmens maßgeblich, der für den größten Kreis von Unternehmen aufgestellt wird.

342 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 17.03.2017, BT-Drs. 18/11555, S. 164.

343 *Pelz,* in: *Frey/Pelz,* BeckOK-GwG, § 56 GwG, Rn. 127.

344 So aber *Schlitt,* VersR 2017, 1313 (1318).

345 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 17.03.2017, BT-Drs. 18/11555, S. 164; *Pelz,* in: *Frey/Pelz,* BeckOK-GwG, § 56 GwG, Rn. 128.

346 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 17.03.2017, BT-Drs. 18/11555, S. 164.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb. Tatbestand

Der Gesetzgeber hat mit § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 69 GwG eine umfangreiche Sanktionierung von Meldeverfehlungen geschaffen. So ist nicht nur eine unterlassende Meldung, sondern auch eine nicht korrekt oder eine nicht rechtzeitig abgegebene Meldung bußgeldbewehrt.[347]

Die Meldeverfehlung muss vorsätzlich oder leichtfertig erfolgt sein. Vorsätzlich meint mit Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. Im Normkontext heißt das, dass der Meldende die Unkorrektheit, Unvollständigkeit oder Unpünktlichkeit der Verdachtsmeldung zumindest billigend in Kauf nehmen muss bzw. einen meldepflichtigen Vorgang billigend in Kauf nimmt und es unterlässt, diesen zu melden. Daneben werden auch leichtfertige Meldeverfehlungen erfasst. Die Leichtfertigkeit beschreibt nach allgemeiner Ansicht ein gesteigertes Maß an Fahrlässigkeit, die mit der groben Fahrlässigkeit im Zivilrecht vergleichbar ist.[348] Der Meldende muss die im (Geschäfts-)Verkehr erforderliche Sorgfalt in einem besonders groben Maße außer Acht gelassen haben. Dem Verpflichteten muss sich mit anderen Worten die Illegitimität der Vermögensgegenstände bzw. der Transaktion geradezu aufgedrängt haben.[349] Auch bei Unkenntnis von den den Verdacht begründenden Umständen kann eine leichtfertige Begehung dann bejaht werden, wenn schwere organisatorische Verfehlungen hierzu geführt haben.[350]

b. Beihilfe zur Geldwäsche § 261 Abs. 1 StGB i. V. m. § 27 Abs. 1 StGB und leichtfertige Mitwirkung, § 261 Abs. 6 StGB

Über den Ordnungswidrigkeitentatbestand aus § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 69 GwG hinaus steht insbesondere bei der unterlassenen und nicht rechtzeitigen Meldeabgabe eine Strafbarkeit der jeweils verpflichteten natürlichen Person wegen Beihilfe zur Geldwäsche gem. § 261 Abs. 1 2, 4 StGB i. V. m. § 27 Abs. 1 StGB im Raum. Entscheidend für eine solche Beihilfestrafbar-

347 In der Praxis spielt die unvollständig abgegebene Meldung kaum eine Rolle. Werden der Verdachtsmeldung etwaige Unterlagen nicht angefügt, so wird die FIU diese in der Regel folgenlos nachfordern, siehe *BMF,* AuH-GwG, S. 7.

348 BGHSt 14, 240 (255); BGH NJW 1985, 690 (690); NStZ 2010, 311 (311); *Sternberg-Lieben,* in: *Schönke/Schröder,* StGB, § 15 StGB, Rn. 106.

349 *Herzog/Achtelik,* in: *dies.,* GwG (2014), § 17 GwG, Rn. 9 f.

350 OLG Frankfurt a.M. WM 2019, 586 (586).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit ist insbesondere die Bewertung der subjektiven Tatbestandsmerkmale. Kommt die meldepflichtige natürliche Person den Voraussetzungen von § 43 Abs. 1 GwG vorsätzlich nicht nach und war sich ihrer Rolle als Unterstützerin einer rechtswidrigen Geldwäschehandlung bewusst („doppelter Gehilfenvorsatz"), so ist eine Beihilfestrafbarkeit unproblematisch gegeben.

Weitaus komplexer sind solche Konstellationen zu beurteilen, in denen die meldepflichtige Person in leichtfertiger Weise die illegale Herkunft der Vermögenswerte verkennt. Mangels des erforderlichen doppelten Gehilfenvorsatzes scheidet eine Beihilfestrafbarkeit nach § 261 Abs. 1 2, 4 StGB i. V. m. § 27 Abs. 1 StGB aus. Allerdings wird mit § 261 Abs. 6 S. 1 StGB eine täterschaftliche Bestrafung wegen eines leichtfertigen Verkennens des illegitimen Ursprungs von Vermögenswerten ermöglicht. Im Unterschied zum Ordnungswidrigkeitentatbestand aus § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 69 StGB muss der Täter jedoch über den Leichtfertigkeitsvorwurf hinaus vorsätzlich hinsichtlich der übrigen objektiven Tatbestandsmerkmale der Geldwäsche handeln.[351] In der Praxis ist dies insbesondere im Rahmen des Isolierungstatbestandes denkbar, dessen Tathandlung vornehmlich aus (meist alltäglichen) Bankgeschäften besteht. Insoweit weitet der Leichtfertigkeitstatbestand das Strafbarkeitsrisiko im Rahmen des Bank- und Finanzsektors erheblich aus, was innerhalb der Literatur heftig kritisiert wird.[352]

Der Terminus der Leichtfertigkeit ist ähnlich restriktiv zu verstehen wie in § 56 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GwG. So ist diese nach allgemeiner Ansicht nur dann anzunehmen, wenn sich die kriminelle Herkunft nach Sachlage aufdrängt und der Täter dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer Acht lässt.[353]Zu berücksichtigen sind dabei die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten des Täters, wie etwa dessen Position im Unternehmen und der sich daraus ergebende arbeitsrechtliche Pflichtenkatalog. So sind dem Geldwäschebeauftragten eines Unternehmens (§ 7 Abs. 1 GwG) weitreichendere Sorgfaltspflichten zuzumuten als einem Schalterangestellten.[354] Bei Erstgenanntem soll die Leichtfertigkeit bereits dann zu bejahen sein, wenn er vor der Herkunft der inkriminierten

351 BGH NJW 2008, 2516 (2517); *Fischer,* StGB, § 261, Rn. 55.

352 *Bottke,* wistra 1995, 121 (123 f.); *Bülte,* Stellungnahme zu BT-Drs. 19/24180, Rn. 113 ff.; *Fischer,* StGB, § 261, Rn. 56; jüngst: *Gazeas,* NJW 2021, 1041 (1044 f.); *Kargl,* NJ 2001, 57 (59 f.); *Ruhmannseder,* in: BeckOK-StGB, § 261 StGB, Rn. 54 ff.

353 BT Drs. 12/989, S. 28; BGH NJW 2008, 2516 (2517); *Altenhain,* in: NK-StGB, § 261, Rn. 139; *Fischer,* StGB, § 261, Rn. 55.

354 *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 110.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vermögensgegenstände bewusst die Augen verschließt (engl. sog. *willful blindness*).[355]

B. Die Verdachtsmeldepflicht bei Insiderhandel und Marktmanipulation, Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 MAR

Für kapitalmarkstrafrechtlich relevante Verbotstatbestände besteht ein der Dogmatik des § 43 Abs. 1 GwG vergleichbares Verdachtsmelderegime. So sieht Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR eine Verpflichtung von Marktbetreibern und -vermittlern vor, solche Aufträge oder Geschäfte unverzüglich der zuständigen Behörde zu melden, wenn Tatsachen auf ein versuchtes oder vollendetes Insidergeschäft oder auf eine versuchte oder vollendete Marktmanipulationen hindeuten.

I. Zugrunde liegende Tatbestände

Der sachliche Anwendungsbereich der kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflicht aus Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR ergibt sich aus den Verbotstatbeständen der Art. 14, 15 MAR. Danach sind das (versuchte) Tätigen von Insidergeschäften, das Empfehlen oder Anstiften der Tätigung von Insidergeschäften, die unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen sowie jede Form der Marktmanipulation verboten. Die verschiedenen Tatbestände werden in den Art. 8, 10, 12 MAR näher erläutert. Zuwiderhandlungen sind in § 119 Abs. 1, 3 WpHG unter Strafe gestellt und in § 120 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 15 Nr. 2, 6–11 WpHG mit empfindlichen Bußgeldern belegt.

Ein näherer Blick auf den Wortlaut der kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflicht verdeutlicht jedoch, dass diese nicht jeden Insider- und Marktmanipulationstatbestand umfasst. Vielmehr beschränkt sie sich auf solche Marktmissbrauchshandlungen, die durch „ein Geschäft oder durch einen Auftrag" begangen werden können (sog. transaktionsbezogene Marktmissbrauchshandlung, Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR).[356] Die hL leitet den

355 BGH NJW 2008, 2516 (2517); *Hecker,* in: *Schönke/Schröder,* StGB, § 261, Rn. 28; *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 110; zur sog. *willful blindness*, siehe: S. 226 ff.

356 *Heinrich,* in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 28; *Hohnel,* in: *ders./Brunke,* KmSR, § 10 WphG a.F., Rn. 2–3; *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erforderlichen Transaktionsbezug ferner aus der europäischen Vorgängervorschrift des Art. 6 Abs. 9 MAD I[357] ab, in der es heißt, dass

> *„Personen […] unverzüglich die zuständige Behörde informieren (müssen), wenn sie den begründeten Verdacht haben, dass eine Transaktion ein Insider-Geschäft oder eine Marktmanipulation darstellen könnte".*

Die Transaktion als solche muss insoweit unmittelbar ein Insidergeschäft oder eine Marktmanipulation darstellen. Im Umkehrschluss löst ein Verstoß gegen das Anstiftungs- und Empfehlungsverbot aus Art. 14 lit. b MAR sowie gegen das Offenlegungsverbot aus Art. 14 lit. c MAR ebenso wenig die Verdachtsmeldepflichtigkeit aus wie ein Verstoß gegen das Verbot der handlungs- und der informationsgestützten Marktmanipulation aus Art. 15, 12 Abs. 1 lit. a Var. 3, lit. b Var. 3, lit. c, lit. d Var. 1, 2 MAR.[358]

Zwar ist aus kriminalpolitischer Sicht die von der hL geforderte Eingrenzung der Verdachtsmeldepflicht nur schwer nachzuvollziehen, da ebenso aus nicht transaktionsbezogenen Marktmissbrauchshandlungen eine vergleichbare Schutzgutbeeinträchtigung hervorgehen kann.[359] Nichtsdestotrotz muss beachtet werden, dass die der Meldepflicht vorgelagerten Überwachungs- und Ermittlungspflichten regelmäßig auf Geschäfte oder Aufträge im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten ausgerichtet sind.[360] Bei nicht transaktionsbezogenen Straftaten kann also ein Interessenvorsprung des Verpflichteten im Vergleich zu den Aufsichts- oder Strafverfolgungsbehörden nicht ohne Weiteres bejaht werden. Eine unterschiedslose Anwendung der Verdachtsmeldepflicht mit ihren bußgeld- und strafrechtlichen Konsequenzen ist deshalb schon aus Verhältnismäßigkeitsgründen abzulehnen.

Der folgende Abschnitt beschäftigt sich daher ausschließlich mit den für die Verdachtsmeldepflicht relevanten transaktionsbezogenen Verbotstatbeständen, namentlich mit der Tätigung von Insidergeschäften nach

---

MAR, Rn. 49; *Ritz,* in: JVRB-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 29; zur alten Rechtslage: *Vogel,* in: *Assmann/Schneider,* WpHG (2012), § 10 WpHG a.F., Rn. 16.

357 Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) (ABl. Nr. L 96 vom 12.04.2003, S. 16–25).

358 *Heinrich,* in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 28; *Hohnel,* in: *ders./Brunke,* KmSR, § 10 WphG a.F., Rn. 2–3; *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 49; *Ritz,* in: JVRB-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 29; zur alten Rechtslage: *Vogel,* in: *Assmann/Schneider,* WpHG (2012), § 10 WpHG a.F., Rn. 16.

359 v. *Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 10 WpHG a.F., Rn. 15.

360 *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 49.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:00
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 14 lit. a MAR i. V. m. Art. 8 Abs. 1 MAR sowie der handels- und referenzwertgestützten Marktmanipulation nach Art. 15 MAR i. V. m. Art. 12 Abs. 1 lit. a, b, d Var. 3 MAR.

I. Verbot des Insiderhandels, Art. 14 lit. a MAR

a. Normgenese

Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Normierung des Insiderhandels wurde schon in den 1970er-Jahren in Deutschland rege diskutiert.[361] Impulse für eine Regulierung lieferten allen voran die Resultate einer strengen Sanktionspolitik innerhalb des US-amerikanischen Rechtssystems. Der dortige wirtschaftliche Aufschwung nach dem 1. Weltkrieg führte zu einem verstärkten Bewusstsein hinsichtlich des Stellenwerts leistungsfähiger Kapitalmärkte und der damit einhergehenden Notwendigkeit, Fehlentwicklungen durch legislative Gegenmaßnahmen entgegenzuwirken.[362] In der hiesigen wissenschaftlichen Diskussion setzte sich allerdings vorerst der vermeintlich marktfreundliche Ansatz der freiwilligen Selbstregulierung des Finanzsektors durch.[363] Nach diesem Regulierungsansatz sollten Finanzakteure, vertreten durch Verbände, Gremien oder andere Interessenvertreter, die Modalitäten ihrer wirtschaftlichen Betätigung selbstständig durch einen autonom gesetzten Katalog von Verhaltenspflichten festsetzen (sog. Insiderhandelsrichtlinien).[364] Die Befolgung dieser Regelungen erfolgte dabei auf freiwilliger Basis und sollte nicht durch staatliche Sanktionsmittel durchge-

361 *Börsensachverständigenkommission,* Empfehlungen zur Lösung sogenannter Insider-Probleme, *passim; Mennicke,* in: *Fuchs,* WpHG, Vor §§ 12–14 WpHG a.F., Rn. 8; *Pfisterer,* Machtmissbrauch durch Insider, S. 10 ff.; *Schulz,* Einfluss von Kapitalerhöhungen, S. 24 ff.; *Trüg*, Insiderstrafrecht, S. 6 ff.; *Wojtek,* Insider Trading, S. 31 ff.

362 *Gehrmann,* Das versuchte Insiderdelikt, S. 13.

363 *Assmann,* ZGR 1994, 494 (496); 1967 hat der Gesetzgeber erstmals versucht, dem Insiderhandel normative Fesseln anzulegen. Dieses Vorhaben wurde allerdings aufgrund der ausdrücklichen Ablehnung der betroffenen Börsen- und Wirtschaftskreise durch den Gesetzgeber wieder eingestellt, siehe hierzu den in *Beyer-Fehling/Bock,* Komm. z. Börsenreform (1975), S. 159 ff. abgedruckten Entwurf eines Gesetzes über Maßnahmen auf dem Gebiet des Börsenwesens (1967); *Hilgendorf/Kusche,* in: NK-KapStrR, Kap. 7.1., Rn. 1; Instruktiv *Lütz,* Globalisierung von Finanzmärkten, S. 116 ff.

364 Siehe die „Empfehlungen der Börsensachverständigenkommission zur Lösung der sog. Insider-Probleme", abgedruckt bei *Hopt/Will,* Europäisches Insiderrecht, S. M-100; ausf. hierzu: *Trüg,* Insiderstrafrecht, S. 6 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzt werden.[365] Vielmehr wurde darauf vertraut, dass sich die Unternehmen allein aus wirtschaftlichen Anreizen an die von ihnen gesetzten Regelungen halten.

Entgegen zunehmend kritischen Stimmen behielt die Bundesrepublik Deutschland ihre liberale Rechtspolitik für nahezu zwei Jahrzehnte bei.[366] Erst im Jahr 1989 erzwang die Europäische Gemeinschaft mit der EG-Insiderrichtlinie[367] ein verbindliches Regelwerk, das 1994 durch das Zweite Finanzmarktförderungsgesetz (2. FFG)[368] umgesetzt wurde und in der Schaffung des WpHG resultierte. § 38 WpHG a.F. i. V. m. § 14 Abs. 1 Nr. 1–3 WpHG a.F. enthielt erstmals ein umfassendes Verbot von Insidergeschäften und erklärte damit – in dieser Hinsicht – eine endgültige Abkehr von dem einstigen Konzept der freiwilligen Selbstregulierung. Dieser Sinneswandel hatte neben der Verpflichtung zur Umsetzung europäischer Rechtsakte auch pragmatische Gründe: Deutsche Emittenten und Kapitalanlageprodukte hatten Schwierigkeiten, von den US-amerikanischen Börsenaufsichtsbehörden Zugang zum amerikanischen Kapitalmarkt zu erhalten.[369] Mit der Schaffung eines eigenständigen Insidertatbestandes erhoffte sich der Gesetzgeber, die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Deutschland aufrechtzuerhalten.

Mit der voranschreitenden rechtlichen Integration der europäischen Finanzmärkte bestand nach fast einem Jahrzehnt legislativen Stillstandes für den Insidertatbestand ein erheblicher Anpassungsbedarf.[370] Durch die Marktmissbrauchsrichtlinie aus dem Jahr 2003 (MAD),[371] die in Form des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes (AnSVG)[372] in nationales Recht umgesetzt wurde, gestaltete der Gesetzgeber u. a. § 38 WpHG a.F. sowie die

365 *Töller,* dms 2009, 293 (294 f.); *Trüg,* Insiderstrafrecht, S. 4 f.

366 *Assmann,* ZGR 1994, 494 (495 ff.); *Wohlers,* ZStW 2013, 443 (448); siehe ferner die zahlreichen Nachweise in: *Hopt/Will,* Europäisches Insiderrecht, S. 19 ff.

367 Richtlinie 89/592/EWG des Rates vom 13. November 1989 zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte (ABl. Nr. L 334 vom 18.11.1989, S. 30–32).

368 Gesetz über den Wertpapierhandel und zur Änderung börsenrechtlicher und wertpapierrechtlicher Vorschriften (Zweites Finanzmarktförderungsgesetz) vom 26.07.1994, BGBl. I 1994, S. 1749 ff.

369 *Mennicke,* in: Fuchs, WpHG, Vor §§ 12–14 WpHG a.F., Rn. 24.

370 *Ziouvas,* Kapitalmarktstrafrecht, S. 16.

371 Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) (ABl. Nr. L 096 vom 12.04.2003, S. 16–25).

372 Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz – AnSVG) vom 28.10.2004, BGBl. I 2004, S. 2630 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

entsprechenden Ausfüllungsnormen maßgeblich um.[373] Insgesamt wurde der Anwendungsbereich des WpHG auf eine bis dahin nie da gewesenen Weise ausgeweitet, was zu einer gleichsamen Ausweitung der im WpHG aufgeführten Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände führte.

Die letzte grundlegende Umstrukturierung erfuhr das Insiderrecht durch die bis heute geltende Marktmissbrauchsverordnung (MAR)[374], flankiert von der Zweiten Marktmissbrauchsrichtlinie (CRIM-MAD)[375], die seit dem 03.07.2016 unionsweit gelten. Durch die unmittelbare Wirkung der MAR sollten letzte kapitalmarktrechtliche Segmentierungen einzelner Mitgliedstaaten endgültig beseitigt werden. Zudem legte die CRIM-MAD die Ahnung vorsätzlicher Insidergeschäfte erstmals unionsweit verbindlich fest.[376]

Die MAR sowie die CRIM-MAD wurden im sog. *Lamfalussy*-Verfahren[377] verabschiedet. Dieses besondere Rechtsetzungsverfahren soll der Dynamik des Finanzsektors Rechnung tragen und den oft langwierigen EU-Gesetzgebungsprozess beschleunigen.[378] Auf einer ersten Ebene wird in einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gem. Art. 294 AEUV ein

373 Synoptisch: *Hilgendorf/Kusche,* in: NK-KapStrR, Kap. 7.1., Rn. 4; *Park,* in: *Beulke/Müller* (Hg.), FS-Strafrechtsausschuss, 229 (236 f.).

374 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 (ABl. Nr. L 173/1 vom 12.06.2014 S. 1–61).

375 Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie) (ABl. Nr. L 173/179 vom 12.06.2014, S. 179–189).

376 Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie) vom 12.06.2014 (ABl. Nr. L 173/179, S. 179–189).

377 Mit der durch den Vertrag von Lissabon primärrechtlich geregelten, delegierten Rechtsetzungskompetenz in Art. 290, 291 AEUV wird seither das Lamfalussy-Verfahren auch als Lamfalussy-II-Verfahrens bezeichnet. Die Grundkonzeption bleibt allerdings dieselbe, ausf. zum *Lamfalussy*-Verfahren: *Allgayer,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 11, Rn. 588; *Bergold/Wendt,* EuR 2019, 86 (91 ff.); *De-Larosière,* Jacques, Report of the High-Level-Group on Financial Supervision in the EU („de Larosière-Report), online verfügbar unter: https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14527_en.pdf, S. 48 ff.; *Hoffmann,* Lamfalussy-Verfahren und Strafrecht, S. 15 ff.; *Lutter u. a.,* Europ. BankKapR, § 35, Rn. 35.4 ff.; *Poelzig,* NZG 2016, 528 (529 ff.); *Schmolke,* NZG 2005, 912 (912 ff.); *ders.,* EuR 2006, 432 (433 ff.); *Weiß,* EuR 2016, 631 (637 ff.).

378 *Becker/Rodde,* ZBB 2016, 11 (12); ausf. *Klöhn,* in: *ders.,* MAR, Einl., Rn. 32 ff.; *Kolassa,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 121, Rn. 45 ff.; *Poller,* Sanktionsrahmen, S. 7; *Schmolke,* NZG 2005, 912 (912); *Walla*, in: *Veil,* Europ. KapMR, § 4, Rn. 3 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sog. Basisrechtsakt (hier die MAR auf Grundlage von Art. 114 AEUV und die CRIM-MAD auf Grundlage von Art. 83 Abs. 2 AEUV) verabschiedet und damit eine „politische Grundentscheidung" getroffen.[379] Dabei werden etwaige Durchführungsbefugnisse auf die Kommission übertragen, die gem. Art. 291 AEUV Durchführungsstandards erlässt (Level-2-Rechtsakte).[380] Diese Standards sollen die im Basisrechtsakt getroffenen Regelungen ergänzen oder einheitlich anwendbar machen. Auf einer dritten Stufe erarbeiten die europäischen Aufsichtsbehörden – im Fall der MAR und der CRIM-MAD die Europäische Wertaufsichtsbehörde (ESMA) – technische Standards, die die Kommission wiederum als Durchführungsstandards nach Art. 291 AEUV erlässt (sog. Level-3-Rechtsakte).[381]

b. Normzweck

Die überwiegende Ansicht geht bei den Insiderdelikten von einem rein marktbezogenen Regelungsansatz aus.[382] Als überindividuelles Schutzgut wird dabei auf das Vertrauen der Anleger hinsichtlich der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes abgestellt, vgl. Art. 1 MAR. Diese Ansicht findet sich auch in Erwägungsgrund 24 der MAR wieder, in dem es heißt, der Zweck in dem Verbot der Insidergeschäfte liege darin,

> *„die Integrität des Finanzmarktes zu schützen und das Vertrauen der Investoren zu stärken, das wiederum auf der Gewissheit beruht, dass die Investoren gleichbehandelt und vor der missbräuchlichen Verwendung von Insiderinformationen geschützt werden".*

Dieser Vertrauensverlust, der mit dem Informationsvorsprung der Insider einherginge, hätte schwindende Investitionen auf dem europäischen Kapi-

379 *Ritz,* RdF 2015, 268 (269).
380 *Bergold/Wendt,* EuR 2019, 86 (95).
381 *Zimmer/Bator,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 15 VO (EU) 596/2014, Rn. 4.
382 EuGH, Urteil vom 23.12.2009, Spector Photo Group NV u. a., EU:C:2009:806, Rn. 61; *Assmann,* in: *ders./Schneider/Mülbert,* WpHR, Vor Art. 7 MAR, Rn. 29 m. w. N.; *Bergmann/Drees,* StraFo 2005, 364 (365); *Colussi,* Kapitalmarktstrafrecht, S. 106; *Himmelreich,* Insiderstrafverfolgung, S. 25; *Pananis,* in: MüKo-StGB, § 119 WpHG, Rn. 5; *Schröder,* in: *ders.,* Hdb Kapitalmarktstrafrecht, Kap. 2, Rn. 6 m. w. N.; *Theile,* in: *Esser u. a.,* Wirtschaftsstrafrecht, § 38 WpHG, Rn. 96 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

talmarkt zur Folge, was wiederum eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Wertpapiermärkte mit sich bringen würde.[383]

Nach der Gegenansicht trägt das Verbot von Insidergeschäften überdies einen individualbezogenen Regelungsansatz.[384] Der Schutz des Kapitalmarktes allein sei demnach kein Selbstzweck; vielmehr solle verhindert werden, dass Anleger im Glauben an die gleichen Informationszugangschancen nachteilige Vermögensdispositionen treffen.[385] Das Insiderhandelsverbot solle insoweit vor der Intransparenz des privatautonom ausgestalteten Kapitalverkehrs schützen. Es diene dem (aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleiteten) Verbraucherschutz, da zwischen Anlegern und Finanzdienstleistern grundsätzlich ein Informationsgefälle bestehe, aus dem sich eine spezifische (vermögensbezogene) Schutzbedürftigkeit ergebe.[386] Die überwiegende Ansicht verkenne die insbesondere durch das AnSVG und das 4. FFG zum Ausdruck gebrachte gesetzgeberische Intention, wonach dem Anlegerschutz und damit auch dem Anlegervermögensschutz eine zentrale Bedeutung zukomme.[387]

In Anlehnung an eine ähnliche Problematik aus §§ 264a, 265b StGB wird außerdem vorgebracht, dass die Beschränkung des Rechtsgutes von Art. 14 MAR auf das überindividuelle Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes zu einer Entmaterialisierung des ursprünglichen Rechtsgutsbegriffes führe.[388] Damit ist gemeint, dass der Kapitalmarkt als Universalrechtsgut aufgrund seiner Vagheit und Konturlosigkeit überhaupt nicht konkret gefährdet oder verletzt werden kann.[389] Das Verbot von Insidergeschäften soll mithin vor allem die Individualinteressen, namentlich das Vermögen der einzelnen Anleger schützen.

Gegen den individualbezogenen Regelungsansatz spricht jedoch, dass der Anlegerschutz durch das Insiderhandelsverbot, wenn überhaupt, nur

383 *Bergmann/Drees,* StraFo 2005, 364 (365) m. w. N.; *Colussi,* Kapitalmarktstrafrecht, S. 106.
384 *Bachmann,* Insiderhandelsverbot, S. 27; *Hellmann,* Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 32; *Ziouvas,* Kapitalmarktstrafrecht, S. 148.
385 *Hellmann,* Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 32.
386 *Schall,* JZ 2010, 392 (396); *Ziouvas,* Kapitalmarktstrafrecht, S. 141.
387 *Trüg,* Insiderstrafrecht, S. 80; *Ekkenga,* ZIP 2004, 781 (781 ff.); *Leisch,* ZIP 2004, 1473 (1578).
388 *Krüger,* Entmaterialisierungstendenz, S. 125.
389 *Ziouvas,* Kapitalmarktstrafrecht, S. 145.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mittelbar erreicht wird.[390] Die von dem Insiderhandel betroffenen Anleger hätten auch ohne den Insider dieselben Finanzinstrumente zum selben Preis ge- oder verkauft.[391] Stellt man hingegen darauf ab, dass die betroffenen Anleger bei Kenntnis der Insiderinformation einen höheren Preis verlangt bzw. einen niedrigeren Preis bezahlt hätten, so beruht diese Vermögenseinbuße nicht auf eine Schädigung durch den Insiderhandel, sondern vielmehr auf die mangelnde Offenlegung von Insiderinformationen.[392]

Auch die Befürchtung, dass bei einem rein marktbezogenen Regelungsansatz der Insidertatbestand zu einer fortwährenden Entmaterialisierung des Rechtsgutsbegriffes führt, ist unbegründet. Der Schutz des überindividuellen Vertrauens in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes ist Ausdruck der sozialen Daseinsvorsorge, bei der es dem Staat nicht verwehrt ist, auf eine strafrechtliche Durchsetzung zurückzugreifen.[393] Ohne das kollektive Vertrauen in Stabilität, Integrität, Fairness, Effizienz und Transparenz des Marktes würde kein Haushalt das Ersparte und kein Unternehmen seine Investitionen in den Kapitalmarkt leiten und damit das namensgebende Kapital generieren.[394] Das Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit des Kapitalmarkts ist für eine funktionstüchtige Kapitalallokation unerlässlich und damit kein entmaterialisiertes, sondern ein fassbares Allgemeinrechtsgut, das durch das Insiderhandelsverbot geschützt wird.

c. Deliktsnatur

Die verschiedenen Insiderverbotstatbestände setzen allesamt keinen tatbestandsmäßigen Erfolg voraus, sodass Art. 14 lit. a MAR unstreitig als Tätigkeitsdelikt qualifiziert werden kann. Das deliktsspezifische Unrecht liegt in der Vornahme der verschieden gearteten Handlungen und der damit einhergehenden Gefahr des Verlustes des Anlegervertrauens in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts. Der Großteil der Literatur belässt es hierbei bei

390 Instruktiv *Buck-Heeb,* in: *Assmann/u. a.,* Hdb. Kapitalanlagerecht, § 8, Rn. 17 m. w. N.; *Gehrmann,* Das versuchte Insiderdelikt, S. 63 ff.; *Hilgendorf/Kusche,* in: NK-KapStrR, Kap. 7.1., Rn. 17; *Pananis,* in: MüKo-StGB, § 119 WpHG, Rn. 7 m. w. N.

391 *Klöhn,* in: *ders.,* MAR, Vor Art. 7 MAR, Rn. 30 m. w. N.

392 *Klöhn,* in: *ders.,* MAR, Vor Art. 7 MAR, Rn. 30; *Pananis,* in: MüKo-StGB, § 119 WpHG, Rn. 7 m. w. N.

393 *Schröder,* in: *ders.,* Hdb Kapitalmarktstrafrecht, Kap. 2, Rn. 6 m. w. N.

394 *Kumpan/Misterek,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 2 m. w. N. zu den zentralen Säulen des Vertrauensschutzes.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem Erfordernis einer abstrakten Gefährdung des Rechtsgutes.[395] Gegen die Charakterisierung der Tatbestände in Art. 14 MAR als konkrete Gefährdungsdelikte spricht dabei vor allem, dass es für eine konkrete Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte zu einer tatsächlichen Kursbewegung kommen muss. Das Erfordernis einer konkreten Kursbewegung wird allerdings in keinem der Delikte als Tatbestandsmerkmal vorausgesetzt.[396] Das Vertrauen der Anleger ist bereits bei der abstrakten Gefahr von Chancenungleichheiten erheblich gestört, weshalb eine Nachverlagerung der Strafbarkeit auf den Zeitpunkt einer konkreten Gefährdung auch kaum mit dem Willen des Unionsgesetzgebers vereinbar wäre. Die Insiderdelikte sind mithin allesamt als abstrakte Gefährdungsdelikte zu qualifizieren.

d. Tatbestandsmäßigkeit

aa. Begriff der Insiderinformation, Art. 7 MAR

Kernstück der Insiderhandelsverbote ist der Begriff der Insiderinformation. Nach Art. 7 Abs. 1 lit. a MAR sind hierunter nicht öffentlich bekannte präzise Informationen zu verstehen, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs damit verbundener Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen. Art. 7 Abs. 1 lit. b, c MAR enthalten besondere eigenständige Insiderinformationsdefinitionen für Warenderivate und für Emissionszertifikate. Diese Begrifflichkeiten sind genau wie der Sondertatbestand für Ausführung von Aufträgen aus Art. 7 Abs. 1 lit. d MAR für die hier angestrebte weitere Untersuchung der Verdachtsmeldepflicht von nur untergeordneter Bedeutung, weshalb auf eine gesonderte Darstellung an

395 *Assmann,* in: *ders./Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 8 MAR, Rn. 79 m. w. N.; *Buck-Heeb,* KapitalmarktR, Rn. 400; *Klöhn,* in: *ders.,* MAR, Art. 14 MAR, Rn. 15 m. w. N.; *ders.,* in: KK-WpHG, § 14 WpHG a.F., Rn. 1 m. w. N.; aA für Art. 10 MAR *Assmann,* in: *ders./Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 10 MAR, Rn. 7, der darauf hinweist, dass die Gefährdung nicht in der Möglichkeit der Kenntnisnahme, sondern vielmehr in der Offenlegung an sich liege, da sich bereits hier der Kreis der Insider weite.

396 *Klöhn,* in: *ders.,* MAR, Art. 14 MAR, Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dieser Stelle verzichtet und auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen wird.[397]

i. Präzise Information mit Emittenten- oder Finanzinstrumentenbezug

Der in Art. 7 Abs. 1 lit. a MAR umschriebene Begriff der Insiderinformation unterscheidet sich nach allgemeiner Ansicht nicht wesentlich von dem seiner Vorgängervorschrift aus § 13 WpHG a.F.[398] Die Insiderinformation muss sich auf Ereignisse oder Umstände beziehen. Diese Begriffe werden weit ausgelegt und schließen neben Tatsachen nach der hL auf Werturteile oder Prognosen ein, soweit diese auf einem dem Beweis zugänglichen Umstand beruhen.[399]

Zudem muss die Information präzise sein (Kursspezifizität). Nach Art. 7 Abs. 2 MAR ist dies der Fall, wenn die Information sich auf „Umstände und Ereignisse bezieht, die bereits gegeben sind oder bei denen man vernünftigerweise erwarten kann, dass sie in Zukunft eintreten werden und diese Information darüber hinaus spezifisch genug ist, um einen Schluss auf die möglichen (Kurs-)Auswirkungen […] zuzulassen". Die Insiderinformation bedarf eines konkreten Bezuges zum Emittenten oder zum Finanzinstrument, wobei mittelbare Verbindungen wie bspw. Leitzinsentscheidungen der Zentralbanken[400] ausreichen.

ii. Fehlende öffentliche Bekanntheit

Schon dem Wortlaut nach dürfen nur Insider, also ein von der Öffentlichkeit abgrenzbarer Personenkreis, Kenntnis von der Information haben. Die Frage, wann eine öffentliche Bekanntheit vorliegt, bestimmt sich nach objektiven Gesichtspunkten und soll dann zu bejahen sein, wenn eine unbestimmte Anzahl von Personen von der Information Kenntnis erlangt

397 *Hopt/Kumpan,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 86, Rn. 57 f.; *Klöhn,* in: *ders.,* MAR, Art. 7 MAR, Rn. 304 ff.; *Krause,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 6, Rn. 183 ff.; *Poelzig,* Kapitalmarktrecht, Rn. 388 f.

398 *Assmann,* in: *ders./Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 7 MAR, Rn. 2; *Hilgendorf/Kusche,* in: NK-KapStrR, Kap. 7.3., Rn. 8; *Poelzig,* NZG 2016, 528 (532).

399 *Colussi,* Kapitalmarktstrafrecht, S. 111; *Himmelreich,* Insiderstrafverfolgung, S. 31 m. w. N.; *Wehowsky,* in: Erbs/Kohlhaas Straf. NG, § 13 WpHG a.F., Rn. 4 m. w. N.

400 *Poelzig,* Kapitalmarktrecht, Rn. 380.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hat.[401] Diese unbestimmte Anzahl von Personen muss einer breiten Anlegeröffentlichkeit entsprechen.[402] Insoweit hat sich der Gesetzgeber für eine möglichst weite Auslegung entschieden, da nur in dieser Weise das Vertrauen der Anleger und somit letztendlich auch die Institution des Kapitalmarktes als solcher geschützt werden.

iii. Kurserheblichkeit

Schließlich muss die Insiderinformation kurserheblich sein. Dies ist in Anlehnung an Art. 1 Abs. 2 RL 2003/124/EG[403] dann anzunehmen, wenn ein verständiger Anleger aus der ex-ante Perspektive die Information wahrscheinlich als Teil der Grundlage seiner Anlageentscheidung nutzen würde.[404] Ein verständiger Anleger ist ein börsenkundiger Anleger, der mit den Gegebenheiten und Gesetzlichkeiten des Marktes vertraut ist.[405]

Es reicht mithin ein bloßes Kursbeeinflussungspotenzial aus. Eine tatsächliche Kursbeeinflussung wird, anders als bei der Marktmanipulation, hingegen nicht gefordert.[406] Dies ist wiederum auf das konkrete Rechtsgut des Insiderhandelsverbots zurückzuführen. Denn das kollektive Anlegervertrauen ist bereits dann beeinträchtigt, wenn die abstrakte Gefahr eines Informationsvorsprungs des Insiders besteht, unabhängig von einer tatsächlichen Kursbeeinträchtigung. Um Bagatellfälle von dem Verbotstat-

401 *BaFin,* Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 2013, S. 34; instruktiv *Klöhn,* ZHR 2016, 707 (714 ff.).

402 *Assmann,* in: *ders./Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 7 MAR, 64 ff.; BGH Urt. v. 27.01.2010 – 5StR 224/09; im Unterschied zu § 13 WpHG a.F., wo eine Insiderinformation dann als öffentlich bekannt einzustufen war, wenn sie unter den unmittelbaren Marktteilnehmenden verbreitet war (sog. Bereichsöffentlichkeit), instruktiv: *Krause,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 6, Rn. 76; *Schröder/Sethe,* Kapitalmarktrecht und Pressefreiheit, S. 96.

403 Richtlinie 2003/124/EG der Kommission vom 22. Dezember 2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Begriffsbestimmung und die Veröffentlichung von Insider-Informationen und die Begriffsbestimmung der Marktmanipulation (ABl. Nr. L 339 vom 24.12.2003 S. 70–72).

404 BGH Urt. v. 21.03.2013 – VII ZR 224/12, Rn. 24; *Assmann,* in: *ders./Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 7 MAR, Rn. 78; *Hilgendorf/Kusche,* in: NK-KapStrR, Kap. 7.3., Rn. 68 m. w. N.

405 *Waßmer,* in: *Assies u. a.,* FA-BKR, Kap. 1, Rn. 536 m. w. N.

406 Siehe *Theile,* in: *Esser u. a.,* Wirtschaftsstrafrecht, § 38 WpHG, Rn. 105, der vor allem auf die Klassifizierung des Insiderhandelsverbots als abstraktes Gefährdungsdelikt abstellt.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bestand auszunehmen, muss die mögliche Kursbeeinträchtigung von einer gewissen Erheblichkeit sein.[407]

bb. Insidergeschäfte, Art. 14 lit. a MAR i. V. m. Art. 8 Abs. 1 MAR

Art. 14 lit. a i. V. m. Art. 8 Abs. 1 MAR enthält einen Verbotstatbestand für Insidergeschäfte und löst das bis zum 1. Juli 2016 geltende gleichnamige Verbot aus § 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG a.F. ab. Art. 8 Abs. 1 S. 1 MAR konkretisiert dabei den Begriff des Insidergeschäftes. Danach liegt ein solches vor, wenn eine Person über Insiderinformationen verfügt und unter Nutzung derselben für eigene oder fremde Rechnung direkt oder indirekt Finanzinstrumente, auf die sich die Informationen beziehen, erwirbt oder veräußert. Soweit eine Insiderinformation über die Stornierung oder Änderung eines Auftrags in Bezug auf ein Finanzdienstleistungsinstrument im Raum steht, so ist nach Art. 8 Abs. 1 S. 2 MAR ein Insiderhandel anzunehmen, wenn der Auftrag vor Erlangen der Insiderinformationen erteilt wurde.

i. Erwerb oder Veräußerung von Finanzinstrumenten

Maßgebliche Tathandlung von Art. 8 Abs. 1 S. 1 MAR ist das Erwerben oder Veräußern von Finanzinstrumenten. Die Begriffe des Erwerbens oder Veräußerns werden weder in der MAR noch in normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften weiter definiert und sind mithin ihrem Zweck nach auszulegen. Teilweise wurde sowohl nach der alten als auch nach der neuen Rechtslage dabei auf das dingliche Rechtsgeschäft abgestellt: Ob ein Finanzinstrument erworben oder veräußert wird, hängt demzufolge konstitutiv von einer Veränderung der Verfügungsmacht ab.[408]

Gegen diese Ansicht spricht allerdings, dass eine Vielzahl mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen eine Trennung zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Erwerb nicht vorsieht.[409] Da die MAR unionsweit einheitlich

407 Vorgeschlagen werden dabei *de-minimis* Kursänderungen zwischen 2–10 %, *Hilgendorf/Kusche,* in: NK-KapStrR, Kap. 7.3., Rn. 70 m. w. N.

408 *Schäfer,* in: *ders./Hamann,* KapmG, § 14 WpHG a.F., Rn. 12; *Soesters,* Insiderhandelsverbote, S. 153; *Zetsche,* in: *Gebauer/Teichmann,* EnzEuR VI, § 7C, Rn. 139.

409 So kennen etwa das belgische, luxemburgische, italienische, spanische und portugiesische Recht das zivilrechtliche Trennungsprinzip nicht, *Kõve,* Juridica International 2021, 123 (124).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anzuwenden ist, würde ein alleiniges Abstellen auf das dingliche Rechtsgeschäft unweigerlich zu Wirksamkeitsbedenken führen.[410]

Entscheidend ist vielmehr der Abschluss der schuldrechtlichen Verpflichtung zum Erwerb oder zur Veräußerung von Finanzinstrumenten, da eine abstrakte Beeinträchtigung des kollektiven Anlegervertrauens bereits zu diesem Zeitpunkt zu befürchten ist.[411] Denn mit dem Abschluss des Rechtsgeschäfts besteht bereits eine Gewinnrealisierungsmöglichkeit des Insiders, etwa durch Abtretung seiner Forderung.[412] Spiegelbildlich kann sich die Gegenseite von der vertraglichen Verbindlichkeit nicht ohne Weiteres lösen, ohne dass Schadensersatzansprüche entstehen. In der Konsequenz erscheint es sachgerecht, auf diesen frühzeitigen Zeitpunkt abzustellen, um etwaige Strafbarkeitslücken zu vermeiden.[413]

ii. Stornieren oder Ändern von Aufträgen

Anders als die Vorgängervorschrift des § 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG ist in Art. 14 lit. a i. V. m. Art. 8 Abs. 1 S. 2 MAR die Stornierung oder Änderung von Aufträgen inkriminiert, soweit diese Aufträge vor Erlangung der Insiderinformation erteilt wurden. Stornierung meint dabei das vollständige Streichen eines Auftrags.[414] Eine Änderung umfasst jede inhaltliche Abwandlung des erteilten Auftrags.[415] Ziel des europäischen Gesetzgebers war es, mit der Aufnahme dieser Tathandlungsvariante alle Handlungen nach Erhalt einer Insiderinformation im Rechtsverkehr, die aufgrund jener Information vorgenommen werden, zu inkriminieren.[416]

410 *Klöhn,* in: *ders.,* MAR, Art. 8 MAR, Rn. 49.
411 *Assmann,* in: *ders./Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 8 MAR, Rn. 18; *Hilgendorf/Kusche,* in: NK-KapStrR, Kap. 7.4., Rn. 19; instruktiv *Klöhn,* in: *ders.,* MAR, Art. 8 MAR, Rn. 52 ff.; *Theile,* in: *Esser u. a.,* Wirtschaftsstrafrecht, § 38 WpHG, Rn. 109; *Veil,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 7, Rn. 26; *Waßmer,* in: *Assies u. a.,* FA-BKR, Kap. 1, Rn. 538, der allerdings „Erwerb" und „Veräußerung" mit „Kauf" und „Verkauf" gleichsetzt, obschon jedes entgeltliche Rechtsgeschäft, wie bspw. die Wertpapierleihe, erfasst ist.
412 *Himmelreich,* Insiderstrafverfolgung, S. 37; *Pananis,* in: MüKo-StGB, § 119 WpHG, Rn. 193 m. w. N.; *Schwark/Kruse,* in: *ders./Zimmer,* KMRK, § 14 WpHG a.F., Rn. 10; *Wehowsky,* in: Erbs/Kohlhaas Straf. NG, § 14 WpHG a.F., Rn. 3.
413 *Veil,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 7, Rn. 27.
414 *Klöhn,* in: *ders.,* MAR, Art. 8 MAR, Rn. 78.
415 *Assmann,* in: *ders./Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 8 MAR, Rn. 28.
416 Erwägungsgrund 25 VO EU/596/2014.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

iii. Nutzung einer Insiderinformation

Art. 8 Abs. 1 S. 1–3 MAR setzen voraus, dass die betroffene Person die Insiderinformation für eigene oder für fremde Rechnung nutzt. Diese Voraussetzung war bereits in der MAD[417] aus dem Jahr 2003 vorgesehen und wurde vom Gesetzgeber 2005 in das deutsche Recht umgesetzt.[418] Streitig war bisweilen, ob hierbei der bloße Handel in Kenntnis einer Insiderinformation ausreicht[419] oder ob darüber hinaus ein Kausalzusammenhang zwischen der Kenntnis der Insiderinformation und dem erfolgten Handelsgeschäft bestehen muss.[420] Der EuGH ist u. a. dieser Frage in seiner prominenten *Spector-Photo-Group*-Entscheidung zur MAD aus dem Jahr 2003 nachgegangen. Um Beweisschwierigkeiten vorzubeugen, soll ein Kausalzusammenhang bei positiver Kenntnis der betroffenen Person von der Insiderinformation widerleglich vermutet werden (sog. Kausalitätsvermutung).[421] Diese, nicht zuletzt aufgrund der Kollision mit der rechtsstaatlich verankerten Unschuldsvermutung vielfach kritisierte[422] Beweislastumkehr wurde vom Europäischen Gesetzgeber in Erwägungsgrund 24 der MAR

417 Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) (ABl. Nr. L 096 vom 12.04.2003, S. 16–25).

418 *Veil,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 7, Rn. 36.

419 *Klöhn,* in: *ders.,* MAR, Art. 8 MAR, Rn. 119, 120, der sich für eine umfassende Wertung im Einzelfall, ob das Geschäft nach dem Sinn und Zweck des Insiderrechts verboten werden soll, ausspricht; *Pawlik,* in: KK-WpHG (2007), § 14 WpHG a.F., Rn. 15 ff.; *Ziemons,* NZG 2004, 537 (539).

420 *Assmann,* in: *ders./Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 8 MAR, Rn. 30; *Buck-Heeb,* KapitalmarktR, Rn. 409; *Hilgendorf/Kusche,* in: NK-KapStrR, Kap. 7.4., Rn. 29 m. w. N.; *Hopt/Kumpan,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 86, Rn. 69; *Poelzig,* Kapitalmarktrecht, Rn. 397; *dies.,* NZG 2016, 528 (532); *Ransiek,* wistra 2011, 1 (4); *Theile,* in: *Esser u. a.,* Wirtschaftsstrafrecht, § 38 WpHG, Rn. 112; *Veil,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 7, Rn. 36 ff.; *Zetsche,* in: *Gebauer/Teichmann,* EnzEuR VI, § 7C, Rn. 142 f.

421 EuGH, Urteil vom 23.12.2009, Spector Photo Group NV u. a., EU:C:2009:806, Rn. 54, 62.

422 Kritisiert wird dabei vor allem, dass die Vermutung als eine Vorsatzvermutung zu verstehen ist und somit im Widerspruch zu der in Art. 6 Abs. 2 EMRK statuierten Unschuldsvermutung steht, vgl.: *Langenbucher/u. a.,* BKR 2010, 133 (135); *Opitz,* BKR 2010, 72 (73); *Schwark/Kruse,* in: *ders./Zimmer,* KMRK, § 14 WpHG a.F., Rn. 16a; aA *Hilgendorf/Kusche,* in: NK-KapStrR, Kap. 7.4., Rn. 29, die darauf hinweisen, dass sich die Vermutung lediglich auf die psychische Kausalität als objektives Tatbestandsmerkmal bezieht und eine daraus resultierende Bejahung des Vorsatzes lediglich implizit als Schlussfolgerung zu sehen ist, vgl. auch EuGH, Urteil vom 23.12.2009, Spector Photo Group NV u. a., EU:C:2009:806, Rn. 44.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aufgenommen. Ein Kausalzusammenhang ist mithin zwingend erforderlich, obschon dieser wegen der Vermutung in den allermeisten Fällen bejaht und nur mit einem erhöhten Dokumentationsaufwand widerlegt werden kann.[423]

iv. Legitime Handlungen, Art. 9 MAR

Die in der *Spector-Photo-Group*-Entscheidung aufgestellte Nutzungsvermutung ist außerdem Grundlage für Art. 9 MAR, wo festgelegt wird, welche Anforderungen an eine solche Widerlegung zu stellen sind (sog. *Spector*-Ausnahmen).[424] Die dort aufgezählten, nicht abschließenden „legitimen Handlungen" sind Fallgruppen, in denen die Vermutung für die Nutzung der Insiderinformation als widerlegt gilt. Ist eine der Fallgruppen erfüllt, so liegt nach allgemeiner Ansicht[425] der Tatbestand von Art. 8 Abs. 1 MAR nicht vor.[426] Nicht anwendbar sind die legitimen Handlungen auf Taten nach Art. 8 Abs. 2, 3 MAR und Art. 10 MAR.[427]

2. Verbot der Marktmanipulation, Art. 15 MAR

Den zweiten Pfeiler der Verbotstatbestände im Marktmissbrauchsrecht bildet neben dem Insiderhandelsverbot das Verbot der Marktmanipulation aus Art. 15 MAR. Hier generiert der Täter nicht etwa durch etwaige Interessenvorsprünge Sondervorteile gegenüber den anderen Anlegern, sondern vielmehr durch irreführende, kursprägende Informationen.

423 *Cascante/Bingel,* NZG 2010, 161 (165); *Himmelreich,* Insiderstrafverfolgung, S. 38 m. w. N.

424 Erstmals *Klöhn,* ECFR 2010, 347 (350). Neben Art. 9 MAR ist außerdem der Spezialfall aus Art. 5 MAR zu beachten, der bestimmte Konstellationen von Rückkaufprogrammen und Stabilisierungsmaßnahmen von dem Tatbestand der Marktmanipulation ausnimmt.

425 *Assmann,* in: *ders./Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 9 MAR, Rn. 2 m. w. N.; *Hopt/Kumpan,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 86, Rn. 78 m. w. N.; *Klöhn,* in: *ders.,* MAR, Art. 9 MAR, Rn. 1 m. w. N.; *ders.,* ZBB 2017, 261 (262); *Poelzig,* NZG 2016, 528 (532); *Szesny,* DB 2016, 1420 (1424).

426 Siehe aber die Rückausnahme von Art. 9 Abs. 6 MAR.

427 *Assmann,* in: *ders./Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 9 MAR, Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a. Normgenese

Das Ausnutzen marktspezifischer Informationssensibilität zum persönlichen Vorteil ist kein durch den Wertpapiermarkt geschaffenes Problem. Erste Nachweise datieren zurück auf 483 n. Chr., als der römische Kaiser Zeno dem Prätorianerpräfekten von Konstantinopel per Dekret aufgab, Preismanipulationsversuche im Rohstoffsektor einzudämmen.[428] Seitdem ist die Marktmanipulation immer wieder Gegenstand der Strafgesetzgebung – in Deutschland erstmals im Jahr 1884, wo mit Art. 249d Abs. 1 Nr. 2 ADHGB[429] der Kursbetrug als Vorgänger des heutigen Marktmanipulationstatbestandes unter Strafe gestellt wurde.[430] Mit Entstehung des Börsengesetzes wurde die Vorschrift in Form des § 79 Abs. 1 BörsG[431] übernommen und später in § 88 BörsG[432] umgeändert. Da das Börsengesetz allerdings die Marktorganisation und nicht das Marktverhalten regeln sollte, wurde die Norm im Jahr 2002 durch §§ 20a, 38, 39 WpHG a.F. abgelöst.[433]

Die europäische Mindestharmonisierung erfolgte durch die bereits besprochene MAD. Heute gilt ein zweigleisiger Regelungsansatz: Vollharmonisierung auf Tatbestandsseite durch die MAR und gleichzeitige Mindestharmonisierung auf Rechtsfolgenseite durch die CRIM-MAD, die der Gesetzgeber mit §§ 119, 120 WpHG in nationales Recht umgesetzt hat.[434]

428 *Markham,* Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation, S. 9; falsche Jahresangaben in: *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Vor Art. 12 MAR, Rn. 1 m. w. N.; *Schmolke,* in: *Klöhn,* MAR, Vor Art. 12 MAR, Rn. 35 m. w. N., die das Dekret Zenos auf 483 v. Chr. datieren.

429 Eingeführt durch das Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, RGBl. Band 1884, Nr. 22, S. 170 ff.

430 *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Vor Art. 12 MAR, Rn. 1.

431 Börsengesetz vom 22.06.1896, RGBl. Band 1896, Nr. 15, S. 176 ff.

432 Geändert durch das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) vom 15.05.1986, BGBl. I 1986, S. 725 ff.

433 Entwurf der Bundesregierung zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz) vom 18.01.2002, BT Drs. 14/8017, S. 89; *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Vor Art. 12 MAR, Rn. 1; *Poelzig,* NZG 2016, 528 Rn. 417.

434 Siehe dazu bereits S. 118 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Normzweck

Die MAR verfolgt gem. Art. 1 MAR eine einheitliche, binnenmarktspezifische Zielsetzung für Insidergeschäfte wie auch für die Marktmanipulation.[435] So soll auch das Verbot der Marktmanipulation zuvorderst die Integrität und den Bestand der Institution des Wertpapiermarktes schützen, wozu auch der kollektive Schutz des Anlegervertrauens gehört.[436] Für eine weitere Auseinandersetzung mit diesem kollektiven Schutzgut kann auf die oben stehenden Erwägungen zum Insiderhandelsverbot verwiesen werden.[437]

Ob das Verbot der Marktmanipulation darüber hinaus das Vermögen einzelner Anleger schützt, wird unterschiedlich bewertet. Dafür sollen insbesondere die Erwägungsgründe 44, 47 und 49 der MAR sprechen, wo von „beträchtlichen Verlusten" oder von „besonderen Schäden" infolge von marktmanipulativen Verhaltensweisen auf Anlegerseite die Rede ist. Einige Stimmen sehen hierin ein klares Indiz für die konkrete Bezugnahme auf Vermögenspositionen Einzelner.[438] In der Tat stellt Erwägungsgrund 44 einen Systembruch dar – allerdings lediglich in der Formulierung, und nicht etwa in der Kundgabe einer etwaigen gesetzgeberischen Intention. So fehlt jeder Hinweis darüber, dass über die Anlegergesamtheit individuelle Anleger vom Schutzbereich mit umfasst sein sollten.[439] Es kommt dem Verbot der Marktmanipulation – wie auch dem Insiderhandelsverbot – keine individuell-drittschützende Wirkung zu.

435 Siehe hierzu schon EG 12 Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) (ABl. Nr. L 096 vom 12.04.2003, S. 16–25).

436 *Langenbucher,* Akt- u. KaptMR, § 16, Rn. 1; *Möllers,* NZG 2018, 649 (649); *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 22; *Schmolke,* in: *Klöhn,* MAR, Vor Art. 12 MAR, Rn. 33; *Teigelack,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 12, Rn. 3 m. w. N.; *Zetsche,* in: *Gebauer/Teichmann,* EnzEuR VI, § 7C, Rn. 5, der zutreffend von einer „kapitalmarktrechtlichen Zweckdichotomie" spricht.

437 Siehe oben S. 121 ff.

438 *Altenhain,* BB 2002, 1874 (1875); *Hellmann,* Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 93; *Stage,* Marktmanipulation, S. 159 f.; *Streinz/Ohler,* WM 2004, 1309 (1316).

439 *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c. Deliktsnatur

Bei der Marktmanipulation ist zwischen der erfolglosen (Art. 12 Abs. 1 lit. a i. Var. 2; ii. Var. 2; lit. b Var. 2; lit. c Var. 2 MAR) und der erfolgreichen Marktmanipulation (Art. 12 Abs. 1 lit. a i. Var. 1; ii. Var. 1; lit. b Var. 1; lit. c Var. 1 MAR) zu unterscheiden. Bei Ersterer erschöpft sich das Unrecht in der tatbestandlichen Handlung, während Letztere eine tatsächliche Preis- oder Kursbeeinflussung voraussetzt. Die erfolglose Marktmanipulation ist rechtstechnisch als Tätigkeitsdelikt (bezogen auf die Tathandlung) und als abstraktes Gefährdungsdelikt (in Bezug auf das Handlungsobjekt) einzuordnen.[440] Sie ist überdies eine Ordnungswidrigkeit gem. § 120 Abs. 2 Nr. 3; Abs. 15 Nr. 2 WpHG i. V. m. Art. 15 MAR, soweit sie vorsätzlich oder leichtfertig begangen wird. Bei der erfolgreichen Marktmanipulation rückt hingegen neben dem Handlungsunwert der erfolglosen Marktmanipulation ein erheblicher Erfolgsunwert in Form der tatsächlichen Beeinflussung des Preises und den daraus resultierenden nachteiligen Auswirkungen, sodass es sich um ein Verletzungs- (bezogen auf die Tathandlung) sowie um ein Erfolgsdelikt (bezogen auf das Handlungsobjekt) handelt.[441] Ihre vorsätzliche oder leichtfertige Begehung ist eine Straftat nach §§ 119 Abs. 1; 120 Abs. 2 Nr. 3; Abs. 15 Nr. 2 WpHG i. V. m. Art. 15 MAR.

d. Tatbestandsmäßigkeit

Art. 15 MAR enthält lediglich ein allgemeines Verbot der Marktmanipulation sowie des Versuchs hierzu. Ausgefüllt wird die Verbotsvorschrift durch die unterschiedlich gearteten Handlungsformen aus Art. 12 MAR, die sowohl aus geschäftlichen und geschäftsähnlichen Handlungen (sog. handels- und handlungsgestützte Marktmanipulation), Art. 12 Abs. 1 lit. a, b MAR, Art. 12 Abs. 1 lit. d Var. 3 MAR, als auch aus bloßen Informationsdarbie-

440 *Eichelberger,* Marktmanipulation, S. 135; *Kutzner,* WM 2005, 1402 (1406); *Saliger,* in: NK-KapStrR, Kap. 6.1., Rn. 66; *Zimmer/Bator,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 15 VO (EU) 596/2014, Rn. 7.

441 BGH BB 2004, 11 (14); NJW 2014, 1399 (1402); LG München NStZ 2004, 291 (292); *Birkner,* Einwirkungserfolg, S. 8 ff., 26 ff.; *Eichelberger,* Marktmanipulation, S. 135; *ders.,* NStZ 2004, 291 (293); *Holzborn/Israel,* WM 2004, 1948 (1954); *Kutzner,* WM 2005, 1402 (1406); *Waßmer,* in: *Assies u. a.,* FA-BKR, Kap. 1, Rn. 549; *Zimmer/Bator,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 15 VO (EU) 596/2014, Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tungen (sog. informationsgestützte Marktmanipulation), Art. 12 Abs. 1 lit. c MAR, Art. 12 Abs. 1 lit. d MAR, bestehen können.

Wie bereits erörtert, ist für die Verdachtsmeldepflicht ausschließlich die handelsgestützte Marktmanipulation, also solche Manipulationshandlungen, die durch den Abschluss eines Geschäfts, durch die Erteilung eines Handelsauftrags oder durch andere handelsgestützte Manipulationsarten vorgenommen werden, relevant.[442] Die folgende Untersuchung beschränkt sich demzufolge vorwiegend auf die Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR, Art. 12 Abs. 1 lit. b Var. 1, 2 MAR sowie nach Art. 12 Abs. 1 lit. d Var. 3 MAR.

aa. Handelsgestützte Marktmanipulation nach Art. 15, 12 Abs. 1 lit. a MAR

Das Verbot der handelsgestützten Marktmanipulation aus Art. 15 MAR i. V. m. Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR richtet sich gegen das Setzen falscher bzw. irreführender Signale zu Angebot, Nachfrage oder Preis (Var. i) sowie die (wahrscheinliche) Sicherung eines anormalen oder künstlichen Kursniveaus (Var. ii). Es umfasst Manipulationen sowohl in Bezug auf Finanzinstrumente als auch auf, hier aus Übersichtlichkeitsgesichtspunkten nicht näher behandelte, Waren-Spot-Kontrakte und Emissionszertifikate.

i. Tatbestand

Für den Tatbestand der handelsgestützten Marktmanipulation muss der Täter zunächst ein Geschäft oder einen Handelsauftrag abschließen. Unter Geschäften fasst die hL sämtliche Transaktionen auf dem Finanzmarkt, wobei für deren Abschluss das Zustandekommen eines Verpflichtungsgeschäfts maßgeblich ist.[443] Unter Handelsaufträgen sind alle Arten von Aufträgen (engl. *orders*) – seien es Vermittlungs- oder Kauf- bzw. Verkaufsaufträge – im Kapitalbereich zu verstehen.[444]

Neben Geschäften und Handlungsaufträgen erfasst Art. 12 Abs. 1 lit. a Var. 3 MAR auch „jede andere Handlung". Was hierunter zu verstehen

442 Zum für die Verdachtsmeldepflicht relevanten transaktionsbezogenen Marktmissbrauchsbegriff, siehe bereits oben S. 116 f.

443 *Anschütz/Kunzelmann,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 14, Rn. 12, 13; *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 52, 53; *Pananis,* in: MüKo-StGB, § 119 WpHG, Rn. 60; *Schmolke,* in: *Klöhn,* MAR, Art. 12, Rn. 35, 36.

444 *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist, wird unterschiedlich bewertet. So subsumieren einzelne Stimmen der Literatur auch handlungs- und informationsgestützte Manipulationshandlungen unter „andere Handlungen" i. S. v. Art. 12 Abs. 1 lit. a Var. 3 MAR.[445] Eine derart extensive Interpretationsweise wird allerdings von der überwiegenden Literaturmeinung abgelehnt.[446] Zwar schließe der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 lit. a Var. 3 MAR handlungs- und informationsgestützte Manipulationshandlungen nicht explizit aus, allerdings spreche die Beibehaltung der rein handelsbezogenen Regelbeispiele nach Art. 12 Abs. 2 MAR sowie die Übernahme der Indikatoren aus Art. 4 der Durchführungsrichtlinie 2003/124/EG[447] in Anhang I/Teil A MAR für eine Beschränkung auf die handelsgestützte Marktmanipulation.[448] Mit „anderen Handlungen" seien demnach solche handelsgestützten Manipulationshandlungen gemeint, die nicht als Geschäft oder Handelsauftrag klassifiziert werden können, wie etwa das Stornieren oder Ändern von Handelsaufträgen.[449]

Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR setzt zudem voraus, dass aufgrund der o. g. Tathandlungen ein (wahrscheinlich) falsches oder irreführendes Signal hinsichtlich des Angebots, der Nachfrage oder des Preises bzw. ein anormales oder künstliches Kursniveau des Finanzinstrumentes entsteht. Als falsch gilt ein Signal, wenn es in seinem Aussagegehalt von der Wirklichkeit abweicht; es ist irreführend, wenn es geeignet ist, bei einem verständigen Anleger eine Fehlvorstellung über die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse hervorzurufen.[450] Ein Finanzinstrument hat ein anormales oder künstliches Kursniveau, wenn der Preis entgegen den wahren wirtschaftlichen Verhältnissen am Markt stabilisiert wird.[451]

445 *Schmidt,* in: JVRB-WpHG, § 20a WpHG a.F., Rn. 380; *Schmolke,* AG 2016, 434 (441).

446 *Anschütz/Kunzelmann,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 14, Rn. 16; *Diversy/Köpferl,* in: BKK-WSStr, § 38 WpHG, Rn. 78; *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 59; *Saliger,* in: NK-KapStrR, Kap. 6.1., Rn. 76; ausf. *Zimmer/Bator,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 15 VO (EU) 596/2014, Rn. 13 ff., 23.

447 Richtlinie 2003/124/EG der Kommission vom 22. Dezember 2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Begriffsbestimmung und die Veröffentlichung von Insider-Informationen und die Begriffsbestimmung der Marktmanipulation (ABl. Nr. L 339 vom 24.12.2003, S. 70–72).

448 *Saliger,* in: NK-KapStrR, Kap. 6.1., Rn. 76.

449 *Anschütz/Kunzelmann,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 14, Rn. 16.

450 *Buck-Heeb,* KapitalmarktR, Rn. 652; *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 63 m. w. N.

451 *Buck-Heeb,* KapitalmarktR, Rn. 652.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zu Konkretisierungszwecken findet sich in Anhang I der MAR eine nicht erschöpfende Aufzählung von Indikatoren, die tatbestandlich relevante Signale oder Kursniveaus implizieren, Art. 12 Abs. 3 MAR. Liegt ein Fall aus dem Anhang I der MAR vor, so begründet dies noch keinen Verstoß gegen das Verbot einer handelsgestützten Marktmanipulation, sondern indiziert einen solchen lediglich. In der Praxis führt ein Vorliegen eines Indikators aus Anhang I MAR zu einer detaillierten Einzelfallprüfung des betroffenen Vorgangs durch die BaFin.[452]

ii. Kein Ausschluss

Der Tatbestand nach Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR ist nicht erfüllt, sofern der Täter legitime Gründe hat und im Einklang mit der zulässigen Marktpraxis gem. Art. 13 MAR steht, Art. 12 Abs. 1 lit. a HS 2 MAR.[453] Art. 13 Abs. 2 MAR enthält dabei einzelne Kriterien, die die zuständige Behörde – in Deutschland die BaFin, Art. 3 Abs. 1 Nr. 12, Art. 22 MAR i. V. m. § 6 Abs. 5 S. 1 WpHG – zur Beurteilung der zulässigen Marktpraxis festlegen kann. Hintergrund dieser Regelung ist es, dass sich die Beurteilung des (noch) zulässigen Verhaltens am Kapitalmarkt mit der Zeit ändern kann und die BaFin als fachnächste Behörde deshalb möglichst flexibel agieren muss. Mit Art. 13 MAR überträgt der Gesetzgeber der Aufsichtsbehörde einen Teil seiner legislativen Einschätzungsprärogative dahin gehend, als dass nun diese anhand der vorgegebenen Kriterien nach Art. 13 Abs. 2 MAR eine grundsätzlich tatbestandsmäßige handelsgestützte Marktmanipulation im Einzelfall für zulässig erklären kann.[454]

452 *Buck-Heeb,* KapitalmarktR, Rn. 652; *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 257; *Schmolke,* in: *Klöhn,* MAR, Art. 12, Rn. 68.

453 Neben Art. 13 MAR ist außerdem der Spezialfall aus Art. 5 MAR zu beachten, der bestimmte Konstellationen wie Rückkaufprogramme und Stabilisierungsmaßnahmen vom Tatbestand der Marktmanipulation ausnimmt.

454 Richtigerweise ist mit der hM von einem Tatbestandsausschluss und nicht von einem Rechtfertigungsgrund auszugehen, so spricht auch *Faust,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 89, Rn. 65 von einer „rechtlichen Zulässigkeit" bei bestehenden legitimen Gründen, die dann zu einem Strafbarkeitsausschluss führen; siehe auch: *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 13 MAR, Rn. 8; *Saliger,* in: NK-KapStrR, Kap. 6.1., Rn. 141; aA *Schmolke,* in: *Klöhn,* MAR, Vor Art. 12 MAR, Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb. Handelsgestützte Marktmanipulation nach Art. 15, 12 Abs. 1 lit. b MAR

Nach Art. 15 MAR i. V. m. Art. 12 Abs. 1 lit. b MAR ist es außerdem verboten, unter Vorspiegelung falscher Tatsachen oder unter Verwendung sonstiger Kunstgriffe, den Kurs eines oder mehrerer Finanzinstrumente[455] (potenziell) zu beeinflussen. Es bedarf dabei weder eines Vermögensschadens auf der einen noch einer Bereicherungsabsicht auf der anderen Seite.

Vorliegen muss wiederum der Abschluss eines Geschäftes, die Erteilung eines Handelsauftrags oder gem. Var. 3 eine sonstige vergleichbare Handlung.[456] Art. 12 Abs. 1 lit. b MAR definiert bereits die einschlägigen Täuschungshandlungen, nämlich das Vorspiegeln von Tatsachen und sonstige Kunstgriffe oder Formen der Täuschung. Letzteres versteht sich als jedes Verhalten, das geeignet ist, einen verständigen Anleger über die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse in die Irre zu führen, und soll insbesondere Unterlassungskonstellationen bei etwaigen Auskunftspflichten erfassen.[457] Anhang I MAR enthält wiederum Indikatoren zur Konkretisierung der o. g. Tathandlungen, Art. 12 Abs. 3 MAR. Zuletzt muss die Täuschungshandlung den Kurs des Finanzinstruments beeinflussen oder hierzu geeignet sein. Die Beeinflussung meint dabei jede Art der Einwirkung auf den Kurs. Zur Kursbeeinflussung geeignet ist die Tathandlung dann, wenn eine Kursbeeinflussung wahrscheinlich ist.[458]

455 Da Waren-Spot-Kontrakte und Emissionszertifikate in der Rechtsrealität eine nur untergeordnete Rolle spielen und ihre rechtliche Behandlung nicht substanziell zum allgemeinen, systematischen Verständnis der Marktmanipulation beiträgt, wird nicht weiter auf diese Themenbereiche eingegangen und auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen.

456 Dazu oben S. 134. Die „sonstige vergleichbare Handlung" ist genau wie die „andere Handlung" gem. Art. 12 Abs. 1 lit. a Var. 3 MAR zu verstehen, so: *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 141; *Saliger,* in: NK-KapStrR, Kap. 6.1., Rn. 175; aA: *Anschütz/Kunzelmann,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 14, Rn. 16; *Zimmer/Bator,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 15 VO (EU) 596/2014, Rn. 66 ff., die auch die handlungs- und informationsgestützte Marktmanipulation unter Art. 12 Abs. 1 lit. b Var. 3 MAR kategorisieren wollen.

457 Verordnung des Bundesministeriums der Finanzen zur Konkretisierung des Verbotes der Marktmanipulation (Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung – MaKonV) vom 07.01.2005, BR-Drs. 18/05, S. 16; *Pananis,* in: MüKo-StGB, § 119 WpHG, Rn. 97; *Schmolke,* in: Klöhn, MAR, Art. 12, Rn. 196.

458 *Anschütz/Kunzelmann,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 14, Rn. 85.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cc. Referenzwertmanipulation nach Art. 15, 12 Abs. 1 lit. d. Var. 3 MAR

Ein Sonderfall sowohl der informationsgestützten als auch der handels- und handlungsbezogenen Marktmanipulation findet sich in Art. 12 Abs. 1 lit. d MAR – die sog. Referenzwert- (bzw. die *Benchmark-*)Manipulation. Manipulationsobjekt ist dabei der Referenzwert, der in Art. 3 Abs. 1 Nr. 29 MAR legaldefiniert wird. Ein Referenzwert ist verkürzt ein Kurs, Index oder Wert, der der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird und periodisch oder regelmäßig durch die Anwendung einer Formel auf den Wert eines oder mehrerer Basiswerte oder -preise ermittelt bzw. auf der Grundlage dieser Werte bestimmt wird. Gemeint sind neben Aktienindizes wie DAX oder FTSE 100 auch Anleiheindizes wie NASDAQ sowie Referenzpreise für Rohstoffe mit Finanzmarktbezug, wie etwa die Ölpreisbewertung.[459] Flankiert wird der Tatbestand der Referenzwertmanipulation von der Benchmark-VO,[460] die die konkrete Ermittlung maßgeblicher Finanzmarktindizes vorgibt.

Die tatbestandlichen Handlungen der Referenzwertmanipulation sind grundsätzlich informationsgestützt und können in jeder Übermittlung falscher oder irreführender Angaben (Var. 1) sowie in jeder Bereitstellung falscher oder irreführender Ausgangsdaten (Var. 2) liegen. Mangels Transaktionsbezugs unterliegen sie nicht der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht. Art. 12 Abs. 1 lit. d MAR enthält jedoch in Var. 3 einen – u. U. meldepflichtigen – Auffangtatbestand, worin auch alle „sonstigen" handels- und handlungsgestützten Referenzwertmanipulationshandlungen erfasst sind.[461]

459 *Schmolke,* in: *Klöhn,* MAR, Art. 12, Rn. 277.

460 Verordnung (EU) 2016/1011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über Indizes, die bei Finanzinstrumenten und Finanzkontrakten als Referenzwert oder zur Messung der Wertentwicklung eines Investmentfonds verwendet werden, und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2014/17/EU sowie der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 (ABl. Nr. 171/1 vom 29.06.2016, S. 1–65).

461 *Zimmer/Bator,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 15 VO (EU) 596/2014, Rn. 108.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dd. Zwingende Beispiele, Art. 12 Abs. 2 MAR

Art. 12 Abs. 2 MAR enthält einen Katalog zwingender Beispiele[462] für Verhaltensweisen, die als Marktmanipulation gelten.[463] Dieser Katalog umfasst die gängigsten Manipulationspraktiken. Ist eines dieser Beispiele erfüllt, so liegt ohne jede weitere Abwägung eine vollendete Marktmanipulation vor, sofern keine Ausnahme i. S. v. Art. 13 MAR oder von Art. 5 MAR gegeben ist. Art. 12 Abs. 2 lit. a–c MAR beschäftigen sich dabei mit der für die Verdachtsmeldepflicht relevanten handelsbezogenen Marktmanipulation.[464]

462 Aufgrund der zwingenden Wirkung der Beispiele des Art. 12 Abs. 2 MAR ist der im Strafrecht gängige Terminus des Regelbeispiels ungenau, siehe hierzu ausf.: *Schmolke,* in: *Klöhn,* MAR, Art. 12, Rn. 304 f.

463 Als handelsgestützte Marktmanipulation gelten unter anderem die folgenden Handlungen:
a) Sicherung einer marktbeherrschenden Stellung in Bezug auf das Angebot eines Finanzinstruments, damit verbundener Waren-Spot-Kontrakte oder eines auf Emissionszertifikaten beruhenden Auktionsobjekts oder die Nachfrage danach durch eine Person oder mehrere in Absprache handelnde Personen mit der tatsächlichen oder wahrscheinlichen Folge einer unmittelbaren oder mittelbaren Festsetzung des Kaufs- oder Verkaufspreises oder anderen unlauteren Handelsbedingungen führt oder hierzu geeignet ist;
b) Kauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten bei Handelsbeginn oder bei Handelsschluss an einem Handelsplatz mit der tatsächlichen oder wahrscheinlichen Folge, dass Anleger, die aufgrund der angezeigten Kurse, einschließlich der Eröffnungs- und Schlusskurse, tätig werden, irregeführt werden; (…)
c) die Erteilung von Kauf- oder Verkaufsaufträgen an einen Handelsplatz, einschließlich deren Stornierung oder Änderung, mittels aller zur Verfügung stehenden Handelsmethoden, auch in elektronischer Form, beispielsweise durch algorithmische und Hochfrequenzhandelsstrategien, die eine der in Absatz 1 Buchstabe a oder b genannten Auswirkungen hat, indem sie
i) das Funktionieren des Handelssystems des Handelsplatzes tatsächlich oder wahrscheinlich stört oder verzögert,
ii) Dritten die Ermittlung echter Kauf- oder Verkaufsaufträge im Handelssystem des Handelsplatzes tatsächlich oder wahrscheinlich erschwert, auch durch das Einstellen von Kauf- oder Verkaufsaufträgen, die zur Überfrachtung oder Beeinträchtigung des Orderbuchs führen, oder
iii) tatsächlich oder wahrscheinlich ein falsches oder irreführendes Signal hinsichtlich des Angebots eines Finanzinstruments oder der Nachfrage danach oder seines Preises setzt, insbesondere durch das Einstellen von Kauf- oder Verkaufsaufträgen zur Auslösung oder Verstärkung eines Trends.

464 Auf die handelsbezogene Marktmanipulation mit Emissionszertifikaten nach Art. 12 Abs. 2 lit. e MAR wird hier nicht näher eingegangen und auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen, siehe Fn. 455.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 12 Abs. 2 lit. a MAR umfasst das Verbot der Sicherung einer marktbeherrschenden Stellung in Bezug auf das Angebot eines Finanzinstruments unter unlauteren Handelsbedingungen (sog. *abusive squeeze*).[465] Ebenso wie das kartellrechtliche Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 Abs. 1 AEUV soll das Verbot aus Art. 12 Abs. 2 lit. a MAR die wirtschaftliche Machtposition marktführender Unternehmen beschränken.[466] Die hL greift daher für die Auslegung der Norm auf die Grundsätze und die Kasuistik des Kartellrechts zurück.[467]

Art. 12 Abs. 2 lit. b MAR stellt demgegenüber nicht auf die wettbewerbliche Stellung des Handelnden ab, sondern vielmehr auf den Zeitpunkt der marktmissbräuchlichen Handlung. Erfolgt diese zu Handelsbeginn oder Handelsschluss und werden Anleger, die aufgrund der angezeigten Kurse (einschließlich der Eröffnungs- und Schlusskurse) tätig werden, hierdurch tatsächlich oder wahrscheinlich irregeführt, liegt stets eine tatbestandliche Marktmanipulation vor (sog. *marking the open/close*), Art. 12 Abs. 2 lit. b MAR. Das Abstellen auf die Zeitpunkte unmittelbar nach Handelsbeginn oder unmittelbar vor Handelsschluss hat den Hintergrund, dass Eröffnungs- oder Schlusskurse zur Berechnung bestimmter Kennzahlen, deren Erfüllung ihrerseits Rechtsfolgen auslösen können, herangezogen werden.[468] Manipulative Verhaltensweisen, die auf die Berechnung dieser Kennzahlen hinwirken, bergen ein erhebliches Täuschungspotenzial.

Art. 12 Abs. 2 lit. c MAR befasst sich mit Manipulationshandlungen im Rahmen des algorithmischen sowie des Hochfrequenzhandels. Die Vorschrift will dabei insbesondere das gezielte, großvolumige Einstellen und Löschen von Aufträgen (sog. *spoofing*) sowie das „Verstopfen" des Handelsplatzes durch eine große Zahl von Aufträgen und Stornierungen (sog. *quote stuffing*) erfassen und als marktmissbräuchlich erklären.[469] Im Rahmen des algorithmischen Handels bestimmt ein Computeralgorithmus die einzelnen Auftragsparameter automatisch, sodass Aufträge nur mit eingeschränk-

465 *Bayram,* Manipulative Handelspraktiken, S. 143 ff.
466 *Zimmer/Bator,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 12 VO (EU) 596/2014, Rn. 116 ff.
467 *Maume,* in: BeckOK-WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 109; *Möllers,* NZG 2014, 361 (365); *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 218; *Zimmer/Bator,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 12 VO (EU) 596/2014, Rn. 113.
468 *Bayram,* Manipulative Handelspraktiken, S. 152 ff.; *Maume,* in: BeckOK-WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 121; *Tountopoulos,* WM 2013, 351 (351).
469 *Maume,* in: BeckOK-WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 131; *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 116, 122 f.; *Schmolke,* in: *Klöhn,* MAR, Art. 12 MAR, Rn. 145, 160.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ter oder gar keiner menschlichen Beteiligung bearbeitet werden müssen, Art. 3 Abs. 1 Nr. 18 MAR i. V. m. Art. 4 Abs. 1 Nr. 39 MiFiD II.[470] Ähnlich verhält es sich im Hochfrequenzhandel, vgl. Art. 3 Abs. 1 Nr. 33 MAR i. V. m. Art. 4 Abs. 1 Nr. 40 MiFiD II. Aufgrund der Komplexität, der hochfrequentierten Handelsgeschwindigkeit sowie einer eingeschränkten manuellen Eingriffsmöglichkeit bestehen im Rahmen des algorithmischen sowie im Hochfrequenzhandel eine erhöhte Volatilität der gehandelten Finanzinstrumente, was sie wiederum besonders anfällig für marktmissbräuchliche Verhaltensweisen macht.[471]

II. Meldepflicht zur Vorbeugung und Aufdeckung von Marktmissbrauch, Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR

Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR beinhalten die Pflicht eines jeden Marktbetreibers sowie einer jeden Wertpapierfirma, die einen Handelsplatz betreibt, Aufträge und Geschäfte, einschließlich deren Stornierung oder Änderung, die (versuchte) Insidergeschäfte oder (versuchte) Marktmanipulationen sein könnten, unverzüglich der zuständigen Handelsbehörde zu melden, Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR. Art. 16 Abs. 2 S. 2 MAR spezifiziert den Umfang der Meldepflicht für Personen, die gewerbsmäßig Geschäfte vermitteln oder ausführen, weiter: Wann immer die betreffende Person den begründeten Verdacht hat, dass ein Auftrag oder ein Geschäft in Bezug auf ein Finanzinstrument – wobei es unerheblich ist, ob dieser bzw. dieses auf einem Handelsplatz oder anderweitig erteilt oder ausgeführt wurde – ein Insidergeschäft oder eine Marktmanipulation bzw. den Versuch hierzu darstellt, so unterrichtet sie unverzüglich die zuständige Behörde. Weitere Modalitäten zum Umgang mit dieser Verdachtsmeldepflicht enthalten die Art. 1–9 Del-VO EU 2016/957.[472]

---

470 Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (MiFiD II) (ABl. Nr. L 173 vom 12.6.2014, S. 349–496).

471 *Bayram/Meier,* BKR 2018, 55 (56); *Fett,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 80 WpHG, Rn. 154; *Jaskulla,* BKR 2013, 221 (221); *Kobbach,* BKR 2013, 233 (233 ff.); *Koller,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 80 WpHG, Rn. 103.

472 Delegierte Verordnung (EU) 2016/957 der Kommission vom 9. März 2016 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die geeigneten Regelungen, Systeme und Verfahren sowie Mitteilungsmuster zur Vorbeugung, Auf-

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Verhältnis zwischen den Meldepflichten aus Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR und Art. 16 Abs. 2 S. 2 MAR geht aus dem Normtext nicht eindeutig hervor. Art. 1 lit. a Del-VO EU 2016/957 legt den Begriff der „Meldung verdächtiger Geschäfte (Verdachtsmeldung)" für Art. 16 Abs. 1 UA 2 und Art. 16 Abs. 2 S. 2 MAR jedoch einheitlich aus. Dies spricht trotz des unterschiedlichen Wortlauts der beiden Vorschriften systematisch für eine einheitliche Handhabung der Verdachtsmeldepflicht sowohl für Marktbetreiber und Wertpapierfirmen als auch für Personen, die gewerbsmäßig Geschäfte vermitteln oder ausführen.[473]

I. Hintergrund

a. Historik

Die Meldepflicht bei Verdacht auf verbotene Insidergeschäfte und Marktmanipulation geht im deutschen Recht auf § 10 Abs. 1 WpHG a.F. zurück. Diese Vorschrift wurde auf Grundlage des AnSVG[474] im Jahr 2004 zur Umsetzung von Art. 6 Abs. 9 MAD I[475] sowie der Durchführungsrichtlinie 2004/72/EG[476] geschaffen. Im Rahmen des Europäischen Rechtsetzungsprozesses hat für die Ausgestaltung des marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldewesens der Ausschuss der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden *(Committee of European Securities Regulators – CESR)* maßgeblich mitgewirkt.[477] Dessen Empfehlungen, insbesondere zum Umfang, Zeitpunkt sowie zur Übermittlung von Verdachtsmeldungen, hat die Kommission in den Art. 7–11 der Durchführungsrichtlinie 2004/72/EG

deckung und Meldung von Missbrauchspraktiken oder verdächtigen Aufträgen oder Geschäften (ABl. Nr. L 160 vom 17.06.2016, S. 1–14).

473 Im Ergebnis *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 47.

474 Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz – AnSVG) vom 28.10.2004, BGBl. I 2004, S. 2630 ff.

475 Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) (ABl. Nr. L 96 vom 12.04.2003, S. 16–25).

476 Richtlinie 2004/72/EG der Kommission vom 29. April 2004 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates – Zulässige Marktpraktiken, Definition von Insider-Informationen in Bezug auf Warenderivate, Erstellung von Insider-Verzeichnissen, Meldung von Eigengeschäften und Meldung verdächtiger Transaktionen (ABl. Nr. L 162/70 vom 30.04.2004, S. 70–75).

477 *CESR,* Press Release 2006, online verfügbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/06_583.pdf, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(später Art. 5–8 Delegierte Verordnung EU 2016/957[478]) übernommen.[479] Als Vorbild galt dabei das in der EWG-Geldwäscherichtlinie statuierte Verdachtsmeldewesen, wenngleich sich zahlreiche Vorgaben, wie beispielsweise das Stillhaltegebot, aufgrund erheblichen Widerstandes aus der Finanzwirtschaft nicht durchsetzen konnten.[480]

Die ersten Änderungen erfuhr die Norm im Jahr 2007 durch das InvÄndG,[481] das Kapitalanlagegesellschaften in den Kreis der meldepflichtigen Unternehmen mit aufnahm. Der Meldegegenstand erweiterte sich im Jahr 2010 durch das WpMiVoG,[482] indem der Gesetzgeber neben dem Insiderhandel und der Marktmanipulation auch ungedeckte Leerverkäufe nach §§ 30h–30j WpHG zu meldepflichtigen Vorgängen erklärte. Mit dem EU-LeerverkaufsAusfG[483] wurden die nationalrechtlichen Leerverkaufsverbote gestrichen und in die EU-LeerverkaufsVO[484] transferiert. Dementsprechend änderten sich auch in dieser Hinsicht die Verweisungsnormen von § 10 Abs. 1 WpHG a.F. Weitere redaktionelle Änderungen erfuhr die marktmissbrauchsrechtliche Verdachtsmeldepflicht durch das AIFM-UmsG,[485]

478 Delegierte Verordnung 2016/957 der Kommission vom 9. März 2016 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die geeigneten Regelungen, Systeme und Verfahren sowie Mitteilungsmuster zur Vorbeugung, Aufdeckung und Meldung von Missbrauchspraktiken oder verdächtigen Aufträgen oder Geschäften (ABl. Nr. L 160/1 vom 17.06.2016, S. 1–14).

479 *CESR,* Market Abuse Consultation Paper, online verfügbar unter: https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/894cfac4-a4c5-7632-cfeb-3586401a3e91, *passim; Heinrich,* in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 8.

480 *Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung,* Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) (KOM(2001) 281 – C5-0262/2001 – 2001/0118(COD)) vom 27. Februar 2004, RR\462759DE.doc, S. 37.

481 Gesetz zur Änderung des Investmentgesetzes und zur Anpassung anderer Vorschriften (Investmentänderungsgesetz – InvÄndG) vom 21.12.2007, BGBl. I S. 3089.

482 Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte (WpMiVoG) vom 21.07.2010, BGBl. I S. 945.

483 Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (EU-Leerverkaufs-Ausführungsgesetz – EU-LeerVkAG) vom 06.11.2012, BGBl. I S. 2286.

484 Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. Nr. L 86/1 vom 24.03.2012, S. 3–26).

485 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz – AIFM-UmsG) vom 04.07.2013, BGBl. I S. 1981.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bevor sie im Jahr 2016 durch Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR mit einigen inhaltlichen Erweiterungen abgelöst wurde.[486] § 10 WpHG a.F. blieb allerdings die maßgebliche Verdachtsmeldepflicht für ungedeckte Leerverkäufe für Leerverkäufe und Credit-Default Swaps, Art. 1 1. FiMaNoG,[487] bis im Jahr 2017 auch diese Meldepflicht mit § 23 Abs. 1 WpHG durch das 2. FiMaNoG[488] abgelöst wurde.

Eine europäische Meldepflicht auf Verordnungsebene sollte angesichts der fortwährenden Internationalisierung des Kapitalmarktes einheitliche Meldevoraussetzungen schaffen. Die von der Kommission ermittelten Differenzen in der Umsetzung der bisherigen MAD führten insbesondere zu uneinheitlichen Rahmenbedingungen sowie zu Compliance-Kosten und dementsprechend zu Negativanreizen für Emittenten bei der Kapitalbeschaffung.[489] Im Gegensatz zur Ursprungsfassung ist die Meldepflicht nach Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR um ein Vielfaches weitreichender. So sind nunmehr auch vergangene Vorgänge zu melden, wenn Folgeereignisse oder spätere Informationen den Verdacht eines Marktmissbrauches begründen.[490] Zudem wurde die Durchführungsrichtlinie 2004/72/EG durch die Delegierte Verordnung EU 2016/957[491] abgelöst.

b. Zuständige Meldebehörde

Zuständig für die Entgegennahme und Verarbeitung der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldung ist in Deutschland die BaFin,

---

486 Zur Synopsis von § 10 WpHG a.F. *Ritz,* in: JVRB-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 1 ff.

487 Erstes Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz – 1. FiMaNoG), BGBl. 2016 I Nr. 31 vom 1.07.2016, S. 1514.

488 Zweites Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG), BGBl. 2017 I Nr. 39 vom 24.07.2017, S. 1693.

489 Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), COM/2011/0651 final.

490 *Renz/Leibold,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 25, Rn. 11.

491 Delegierte Verordnung 2016/957 der Kommission vom 9. März 2016 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die geeigneten Regelungen, Systeme und Verfahren sowie Mitteilungsmuster zur Vorbeugung, Aufdeckung und Meldung von Missbrauchspraktiken oder verdächtigen Aufträgen oder Geschäften (ABl. Nr. L 160/1 vom 17.06.2016, S. 1–14).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 16, 3 Abs. 1 Nr. 12, Art. 22 MAR i. V. m. § 6 Abs. 5 S. 1 WpHG, soweit der deutsche Kapitalmarkt betroffen ist, Art. 3 Abs. 1 Nr. 10 MAR, Art. 4 Abs. 1 Nr. 24 MiFiD II.[492] Geht eine Verdachtsmeldung bei der BaFin ein, die Manipulationshandlungen mit Auswirkungen auf ausländische Handelsplätze beinhaltet, so hat sie diese der dort jeweils zuständigen Behörde vollumfänglich weiterzuleiten, Art. 16 Abs. 4 MAR.[493]

Die BaFin überwacht als „Allfinanzaufsicht" das Finanzwesen und wurde am 01. Mai 2002 aufgrund des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes (FinDAG)[494] gegründet. Sie ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts des Bundes mit Sitz in Frankfurt am Main und Bonn und untersteht der Rechts- und Fachaufsicht des BMF, §§ 1 Abs. 1–2, 2 FinDAG. Mit der BaFin sollte in Deutschland eine neue staatliche Aufsicht geschaffen werden, die die Aufsichtskompetenzen der ursprünglich separaten Bundesämter für Versicherungswesen, für Kreditwesen und für Wertpapieraufsicht zusammenschließt.[495] Diese Kompetenzbündelung sollte sich vor allem positiv auf die Behördeneffizienz auswirken, indem Synergieeffekte im Bereich von zentralen und aufsichtlichen Querschnittsaufgaben geschaffen und kostengünstig genutzt werden.[496] Das sog. „Allfinanzkonzept" orientiert sich dabei vor allem am Vorbild der britischen *Financial Services Authority* (FSA) und wurde in der Jahrtausendwende aufgrund zunehmender Konvergenzen zwischen Bank-, Versicherungs- und Wertpapierprodukten von der breiten Fachöffentlichkeit begrüßt.[497]

---

492 Siehe hierzu auch: Fn. 511, 512.

493 Eine Ausnahme zu dem Grundsatz der Handelsplatzbegebenheit als maßgebliches Zuständigkeitskriterium findet sich in Art. 16 Abs. 3 MAR. Hiernach gelten für Meldungen von Personen, die beruflich Geschäfte mit Finanzinstrumenten erteilen oder ausführen, unbeschadet der Zuständigkeiten der für den Handelsplatz zuständigen Behörde, die Vorschriften des Mitgliedstaats oder in dem sie registriert sind oder in dem sie ihren Hauptniederlassungssitz haben, bei Zweigniederlassungen, die Vorschriften des Mitgliedstaats ihrer Zweigniederlassung. Die Meldung muss gegenüber der zuständigen Behörde dieses Mitgliedstaats erfolgen, Art. 16 Abs. 3 S. 2 MAR.

494 Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz – FinDAG) vom 22. April 2002, BGBl 2002, I, 1310.

495 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht vom 05.10.2001, BT-Drs. 14/7033, S. 1.

496 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht vom 05.10.2001, BT-Drs. 14/7033, S. 1.

497 *Binder,* WM 2001, 2230 (2232); *Hagemeister,* WM 2002, 1773 (1774); *Schüler,* in: *Masciandaro* (Hg.), Hdb. Financial Authorities, 288 (288 ff.); *Szesny,* Finanzmarktaufsicht und Strafprozess, S. 7; *Weber,* NJW 2004, 28 (34); *Wollersheim,* Allfinanzauf-

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Kernaufgabe der BaFin besteht darin, die Finanzmärkte zu beaufsichtigen, zu überwachen und zu regulieren, um die Funktionsfähigkeit, Stabilität und Integrität des deutschen Finanzmarktes zu sichern.[498] Was unter den Begriffen der Aufsicht, Überwachung und Regulierung der Finanzmärkte zu verstehen ist, wird allgemein in § 4 FinDAG zusammengefasst. Für den hier relevanten Kontext des Wertpapierhandels legt § 6 WpHG den Aufgabenbereich der BaFin fest. So hat sie Missständen entgegenzuwirken, die den ordnungsgemäßen Handel mit Finanzinstrumenten oder von Wertpapierdienstleistungen oder Ähnliches beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für den Finanzmarkt bewirken können, § 6 Abs. 1 S. 2 WpHG. Dabei kann sie Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, diese Missstände zu beseitigen oder zu verhindern, § 6 Abs. 1 S. 3 WpHG.

Um ihrem enormen Aufgabenbereich gerecht zu werden, hat sie der Gesetzgeber mit einem weitreichenden Arsenal an Kompetenzen ausgestattet, die von konkret-individuellen Eingriffsbefugnissen bis hin zu quasi-legislatorischen Regelungsbefugnissen reichen.[499] Zudem hat die BaFin die Kompetenz, finanzmarktbezogene Ordnungswidrigkeiten selbstständig zu verfolgen und die sich hieraus ergebenden Bußen zu vollstrecken. Neben der Generalklausel aus § 6 Abs. 1 S. 2, 3 WpHG bestehen einzelne besondere Anordnungsbefugnisse der BaFin, wie etwa die Möglichkeit, den Handel mit bestimmten Finanzinstrumenten vorübergehend zu untersagen oder die Aussetzung des Handels mit ihnen anzuordnen, § 6 Abs. 2 S. 4 WpHG. Ihre Regulierungsaufgaben nimmt die BaFin durch Rechtsverordnungen, Richtlinien in Form von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften, Allgemeinverfügungen und Rundschreiben wahr.[500]

Im Kontext der sanktionsbehafteten Verdachtsmeldepflichten besonders relevant ist die Rolle der BaFin in der selbstständigen Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten, § 121 WpHG i. V. m. § 36 OWiG. Besteht ein Verdacht auf eine Ordnungswidrigkeit mit Finanzmarktbezug nach § 120 WpHG, kann die BaFin diese Verdachtsmomente gem. § 53 OWiG verfolgen. Dabei bestehen für sie nach Maßgabe des § 46 Abs. 2 OWiG grundsätzlich dieselben Rechte (und Pflichten) wie für die Staatsanwalt-

sicht, S. 140 ff.; vgl. *D'Ambrosio,* in: *Chiti/Santorno* (Hg.), Hdb. European Banking Union Law, 157 (157).

498 *BaFin,* Die BaFin stellt sich vor, S. 1.

499 *Himmelreich,* Insiderstrafverfolgung, S. 59.

500 *Bayer,* in: MüKo-AktG, § 45 WpHG, Rn. 2; *Himmelreich,* Insiderstrafverfolgung, S. 64; *v. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 45 WpHG, Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schaft im Rahmen des strafprozessualen Ermittlungsverfahrens. Bestätigen die Ermittlungen den ursprünglichen Verdacht, so kann die BaFin das Bußgeld selbstständig innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Rahmens festlegen. Besteht infolge der Ermittlungen der Verdacht einer Straftat, ist die BaFin gem. § 11 WpHG zur Anzeige gegenüber der Staatsanwaltschaft verpflichtet. Besonders bei Ordnungswidrigkeiten, die gleichzeitig Straftatbestände darstellen (wie es etwa bei Insidergeschäften und der Marktmanipulation der Fall ist) ist diese behördliche Anzeigepflicht von besonderer Bedeutung.

c. Regelungszweck

Die Dogmatik hinter der Verdachtsmeldepflicht für Insidergeschäfte und Marktmanipulation wird kontrovers diskutiert. Weder die Gesetzgebungsmaterialien zu Art. 16 MAR noch diejenigen zu seinem Vorgänger § 10 WpHG a.F. können hierzu einschlägige Erkenntnisse liefern. Stimmen in der Literatur plädieren teilweise für ein rein präventives Verständnis der Verdachtsmeldepflicht und berufen sich dabei auf die grundsätzliche Rolle der BaFin als präventives Marktüberwachungsorgan.[501] Andere sehen in ihr ein repressives Instrument, das der BaFin ermöglichen soll, ihrer *Enforcement*-Funktion[502] hinsichtlich der straf- und bußgeldbewährten Verbotstatbeständen gerecht zu werden.[503]

Wie die Ausführungen zur geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht allerdings verdeutlicht haben, gestaltet sich eine Einteilung in absolute Regelungszwecke bei Instrumenten doppelfunktional tätiger Hoheitsträger häufig als zu einseitig. Insiderhandel und Marktmanipulation sind Straftaten wie auch Ordnungswidrigkeiten. Wird die BaFin durch eine Meldung nach Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR von einem Verdacht in Kenntnis gesetzt, geht sie diesem unter Ausnutzung ihrer Hoheitsrechte weiter nach, bis zu einer Schwelle, zu der sie gem. § 11 WpHG die (mit eigenen Erkenntnissen angereicherte) Verdachtsmeldung der Staatsanwaltschaft weiterleitet

501 *Schlette/Bouchon,* in: *Fuchs,* WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 2; *Schwintek,* WM 2005, 861 (863).

502 *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 7.

503 *Böse,* ZStW 2007, 848 (870 f.); *Sarhan,* wistra 2017, 336 (336); *Szesny,* Finanzmarktaufsicht und Strafprozess, S. 210.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

oder selbstständig ein Bußgeld verhängt.[504] Insoweit erscheinen Ansichten, die in der kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflicht ein rein präventives Instrument sehen, als realitätsfern.[505]

Gleichzeitig nutzt die BaFin Verdachtsmeldungen, um ihrer Überwachungsfunktion über die Einhaltung der Verbote von Art. 14 und 15 MAR gerecht zu werden und derart Missständen entgegenzuwirken, die den ordnungsgemäßen Handel mit Finanzinstrumenten beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für den Finanzmarkt bewirken können, § 6 Abs. 1 S. 2 WpHG. Dem könne man – ähnlich der Argumentation zu § 43 Abs. 1 GwG[506] – allerdings entgegensetzen, dass zum Zeitpunkt der Meldeabgabe das marktmissbräuchliche Ereignis regelmäßig bereits eingetreten ist.[507] Der BaFin wäre es insoweit nicht mehr möglich, eine Gefahr für den Finanzmarkt abzuwenden. Die Analyse und Weiterleitung von Verdachtsmeldungen wäre demnach nicht mehr als Teil ihrer präventiven Überwachungstätigkeit anzusehen.

Wie allerdings schon die Argumentation zu § 43 Abs. 1 GwG verdeutlicht hat, kann hieraus allein eine präventive Zweckrichtung nicht ausgeschlossen werden. So nutzt auch die BaFin ihre aus Verdachtsmeldungen gewonnenen Erkenntnisse etwa für Marktanalysen, um zukünftigen Marktmissbrauch zu unterbinden. Im Vergleich zu § 43 Abs. 1 GwG erscheint das präventive Gewicht der kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldung zwar weniger eindeutig. Dennoch ist im Rahmen von Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR gleichsam von einer präventiv-repressiven Zweckrichtung auszugehen.[508]

504 Hierzu ausf. S. 169 ff.

505 *Böse,* ZStW 2007, 848 (851 ff.); instruktiv *ders.,* Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, S. 3 ff.; *Döhmel,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 11 WpHG, Rn. 5 ff.; *dies.,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 6 WpHG, Rn. 66; *Litsoukov,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 26, Rn. 12; *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 7.

506 Siehe oben S. 80 ff.

507 *Szesny,* Finanzmarktaufsicht und Strafprozess, S. 210.

508 *Heinrich,* in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 3, 4; *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 7; *v. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 10 WpHG a.F., Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Technische Funktionsweise

a. Persönlicher Anwendungsbereich

Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR verpflichtet die in aus Art. 16 Abs. 1 UA 1 MAR bezeichneten Personengruppen, namentlich Betreiber von Märkten und Wertpapierfirmen, die einen Handelsplatz betreiben. Der Begriff des Marktbetreibers wird in der deutschen Fassung der MAR nicht näher definiert. Ein Blick in die englische Fassung verrät, dass mit Marktbetreiber (engl. *market operator*) der in Art. 3 Abs. 1 Nr. 5 MAR definierte Marktteilnehmer (engl. *market operator*) gemeint sein soll. Unter Bezugnahme auf Art. 4 Abs. 1 Nr. 18 MIFID II sind hierunter Personen zu verstehen, die das Geschäft eines geregelten Marktes verwalten und/oder betreiben und die der geregelte Markt selbst sein kann.[509]

Eine Wertpapierfirma ist gem. Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 MAR, Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 MIFID II jede juristische Person, die im Rahmen ihrer üblichen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gewerbsmäßig eine oder mehrere Wertpapierdienstleistungen für Dritte erbringt und/oder eine oder mehrere Anlagetätigkeiten ausübt. Der Begriff der Wertpapierfirma entspricht dem Begriff des Wertpapierdienstleistungsunternehmens i. S. v. § 2 Abs. 10 WpHG.[510] Die Wertpapierfirma muss einen Handelsplatz i. S. v. Art. 3 Abs. 1 Nr. 10 MAR, Art. 4 Abs. 1 Nr. 24 MIFID II, also einen geregelten Markt, ein multilaterales Handelssystem (MTF) gem. Art. 4 Abs. 1 Nr. 22 MIFID II[511] oder ein organisiertes Handelssystem (OTF) gem. Art. 4 Abs. 1 Nr. 23 MIFID II[512] betreiben.

Zur Meldung nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 MAR verpflichtet sind im Übrigen Personen, die gewerbsmäßig Geschäfte vermitteln oder ausführen. Dies

509 So auch *Mock,* in: *Ventoruzzo/Mock,* MAR Commentary, Art. 16 MAR, B.16.03; nur im Ergebnis zutreffend: *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 12.

510 *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 3 MAR, Rn. 8.

511 Ein MTF ist ein von einer Wertpapierfirma oder einem Marktbetreiber betriebenes multilaterales System, das die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb des Systems und nach nicht diskretionären Regeln in einer Weise zusammenführt, die zu einem Vertrag führt.

512 Ein OTF ist ein multilaterales System, bei dem es sich nicht um einen geregelten Markt oder ein MTF handelt und das die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Schuldverschreibungen, strukturierten Finanzprodukten, Emissionszertifikaten oder Derivaten innerhalb des Systems in einer Weise zusammenführt, die zu einem Vertrag führt.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sind nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 28 MAR solche Personen, die gewerbsmäßig mit der Entgegennahme und Übermittlung von Aufträgen oder der Ausführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten befasst sind. Erfasst sind somit nicht bereits unter Art. 16 Abs. 1 MAR unterfallende Wertpapierfirmen gem. Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 MIFID II, professionelle Trading-Gesellschaften sowie Investmentmanagementfirmen.[513] Im Vergleich zu Art. 16 Abs. 1 MAR wird der verpflichtete Personenkreis hier aktivitätsbezogen und losgelöst von der MIFID II verstanden, weshalb auch Unternehmen erfasst werden, die keine Wertpapierdienstleistungen oder Anlagevermittlungen i. S. v. Anhang I Abschnitt A Nr. 2 MIFID II erbringen.[514]

b. Meldevoraussetzungen

Die Meldepflicht entsteht, wenn die betreffende Person den begründeten Verdacht hat, dass ein Auftrag oder ein Geschäft in Bezug auf Finanzinstrumente (versuchten) Insiderhandel oder (versuchte) Marktmanipulation darstellen könnte. Maßgebliche Kriterien für das Erstarken der Verdachtspflicht sind also ein zulässiger Verdachtsanknüpfungspunkt (aa.) sowie ein entsprechender Verdachtsgrad (bb.).

aa. Verdachtsanknüpfung

Der Verdacht kann sich nach Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR auf Aufträge und Geschäfte einschließlich derer Stornierung oder Änderung beziehen. Die Begriffe sind deckungsgleich mit dem der handelsgestützten Marktmanipulation nach Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR, sodass für deren weitere Erläuterung hierauf verwiesen werden kann.[515] Art. 16 Abs. 2 S. 2 MAR begrenzt den Anwendungsbereich auf Geschäfte mit Bezug auf Finanzinstrumen-

513 *ESMA,* Q&A on short selling and cds, online verfügbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-408_qa_on_ssr.pdf, S. 6; *Kumpan/Misterek,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 15; *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 13.

514 *ESMA,* Q&A MAR, online verfügbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-111_qa_on_mar.pdf, S. 18; *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 13.

515 Siehe S. 134**.**

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

te.[516] Waren-Spot-Kontrakte und der Emissionszertifikatehandel werden hingegen wörtlich von dem Anwendungsbereich ausgeklammert. Dies ist wohl als redaktioneller Fehler zu verstehen, da weder aus den Gesetzesmaterialien noch aus praktischen Gesichtspunkten Anhaltspunkte dafür bestehen, den Anwendungsbereich für Verdachtsmeldepflichten derart einzugrenzen.[517] Richtigerweise begründen auch Verdachtsmomente in Bezug auf Emissionszertifikate und auf Waren-Spot-Kontrakte eine Meldepflicht aus Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR.

bb. Verdachtsgrad

Die Verpflichteten müssen Handelsgeschäfte oder Aufträge nach Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR dann melden, wenn diese (versuchte) Insidergeschäfte oder (versuchte) Marktmanipulationen sein könnten bzw. nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 MAR ein begründeter Verdacht eines (versuchten) Insidergeschäftes oder einer (versuchten) Marktmanipulation besteht. Aufgrund der einheitlichen Behandlung dieser beiden sich nur im Wortlaut unterscheidenden Pflichten sind auch die Anforderungen an den erforderlichen Verdachtsgrad einheitlich auszulegen.[518] So muss für beide Meldetatbestände einheitlich ein sog. „begründeter Verdacht" vorliegen.

Schon im Rahmen der Vorgängervorschrift des § 10 WpHG a.F. waren die Anforderungen an den Verdachtsgrad umstritten. Dabei wurden teilweise Parallelen zum strafprozessualen Anfangsverdacht nach § 152 Abs. 2 StPO gezogen, sodass ein Verdacht i. S. v. § 10 WpHG a.F. immer dann vorliegen sollte, wenn ein Verstoß gegen das Insiderverbot oder ein Verstoß gegen das Verbot der Marktmanipulation nach der Lebenser-

516 Siehe für den Begriff des Finanzinstruments Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 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 (MAR), Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (MiFiD II) (ABl. Nr. L 173 vom 12.6.2014, S. 349–496).

517 *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 48.

518 Dazu siehe bereits oben S. 141 f.; zur einheitlichen Lesart des Verdachtsgrads, siehe ferner: *Kumpan/Misterek,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fahrung der konkret Verpflichteten möglich erscheint.[519] Andere wollten die Verdachtsschwelle – der GwG-Meldepflicht vergleichbar – niedriger, also unterhalb der des strafprozessualen Anfangsverdachts ansiedeln.[520] Letztgenannter Auffassung liegt die dem Ermittlungsverfahren vorgeschaltete Stellung des durch die Verdachtsmeldung eingeleiteten Analyseverfahrens der BaFin zugrunde. Bestünde eine zu hohe Meldeschwelle, bliebe für Analysen der BaFin kein Raum, bevor sie der Staatsanwaltschaft zur Weiterleitung der Verdachtsmeldungen gem. § 11 S. 1 WpHG verpflichtet ist. Die von der BaFin durchzuführenden Analysen würden demnach zu stark beschnitten und ihre Weiterleitungsentscheidung vorweggenommen.[521]

Letztere Ansicht vermochte jedoch schon nach der alten Rechtslage nicht zu überzeugen. Denn ein behördlich gehegter Verdacht, der zu einer Weiterleitungspflicht an die Staatsanwaltschaft führt, kann nicht mit unternehmerischen Verdachtsmomenten gleichgesetzt werden. Im Vergleich zur BaFin haben die durch die MAR Verpflichteten weder Zugriff auf eine umfassende Datenlandschaft, noch können sie sich mit verpflichtenden Auskunftsersuchen an Drittbehörden oder an verdächtige Finanzakteurinnen und -akteure wenden. Eine Vorwegnahme des Analyseverfahrens ist auch bei einer hohen Meldeschwelle nicht zu befürchten.

Aufgrund der vollständigen europarechtlichen Determinierung der Verdachtsmeldepflicht im Wege der MAR ist die Heranziehung von § 152 Abs. 2 StPO für die Auslegung des Verdachtsgrads endgültig abzulehnen.[522] Geboten ist indes eine kapitalmarktautonome und unionsrechtskonforme Auslegung des geforderten „begründeten Verdachts", losgelöst von national-prozessrechtlichen Grundsätzen.[523]

Im europäischen Kosmos wird der Terminus des begründeten Verdachts – jedenfalls in seiner englischen Übersetzung der sog. *reasonable suspicion* – im Zusammenhang mit der nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK konformen

519 *Gebauer,* in: *Kohler* (Hg.), GS-Bosch, 31 (43); zur alten Rechtslage: *Schlette/Bouchon,* in: *Fuchs,* WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 5; *Szesny,* Finanzmarktaufsicht und Strafprozess, S. 207; *v. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 10 WpHG a.F., Rn. 21.

520 *Hohnel,* in: *ders./Brunke,* KmSR, § 10 WphG a.F., Rn. 6; zur alten Rechtslage: *Ritz,* in: JVRB-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 28; *Weimann,* in: *Hohnel/Brunke,* KmSR, 14. Teil, Rn. 46.

521 *Weimann,* in: *Hohnel/Brunke,* KmSR, 14. Teil, Rn. 46.

522 Siehe hierzu ausf. die Bestandsaufnahme, S. 210 ff.

523 *Böse,* ZStW 2007, 848 (873); *Gebauer,* in: *Kohler* (Hg.), GS-Bosch, 31 (37); *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anordnung der Untersuchungshaft gefordert.[524] So müssen nach ständiger Rechtsprechung des EGMR aus Sicht eines objektiven Beobachters stichhaltige und ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die diesen davon überzeugen würden, dass der Betroffene eine Straftat begangen haben könnte.[525] Dabei muss die im Raum stehende Straftat noch nicht so weit aufgeklärt sein, dass bereits Anklage erhoben werden kann.[526]

Verlagert man die Rechtsprechung des EGMR in das nationalstrafprozessuale Verdachtsdogma, so wäre die *reasonable suspicion* zwischen dem Anfangsverdacht gem. § 152 Abs. 2 StPO und dem hinreichenden Tatverdacht gem. §§ 170 Abs. 1, 203 StPO zu verorten. Anders als der hinreichende Tatverdacht verlangt die *reasonable suspicion* keine überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit.[527] Demgegenüber muss ein objektiver Dritter von einer Straftatbegehung überzeugt sein – die bloße Möglichkeit einer Straftat reicht hingegen nicht aus.[528]

Allerdings ist es fraglich, ob die Grundsätze der *reasonable suspicion* aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK ohne Weiteres für die Verdachtsschwelle aus Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR übernommen werden können. Zwar bezwecken beide Vorschriften die Schaffung einer gedanklichen Grenze, hinter der Betroffene mit grundrechtsintensiven Maßnahmen rechnen müssen – der Anordnung der Untersuchungshaft auf der einen und die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens durch die BaFin auf der anderen Seite. Allerdings liegt der Nutzen der Verdachtsmeldepflicht nach Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR zuvorderst in der Verschaffung von für

524 Die deutsche Fassung spricht indes nicht von einem begründeten, sondern von einem „hinreichenden Tatverdacht". Um Verwechslungen mit dem „hinreichenden Tatverdacht" aus §§ 170 Abs. 1, 203 StPO zu vermeiden, wird im Folgenden der Terminus in seiner englischen Fassung verwendet.

525 St. Rsp.: EGMR, *Altan gegen Türkei,* Urteil vom 13. April 2021 – 13252/17, Rn. 126; *Stepulac gegen Moldawien,* Urteil vom 6. November 2007 – 8207/06, Rn. 68; *Labita gegen Italien,* Urteil vom 6. April 2000 – 26772/95, Rn. 153; *K.F. gegen Bundesrepublik Deutschland,* Urteil vom 27. November 1997 – 144/1996/765/962, Rn. 57; *Murray gegen Vereinigtes Königreich,* Urteil vom 28. Oktober 1994 – 14310/88, Rn. 55; *Tomasi gegen Frankreich,* Urteil vom 27. August 1992 – 12850/87, Rn. 84; *Fox, Campbell und Hartley gegen Vereinigtes Königreich,* Urteil vom 30. August 1990 – 12244/86, 12245/86, 12246/86, Rn. 32, 35.

526 EGMR, *Jafarov gegen AZE,* Urteil vom 17. März 2016 – 69981/14, Rn. 115; *K.F. gegen Bundesrepublik Deutschland,* Urteil vom 27. November 1997 – 144/1996/765/962, Rn. 57; *Lohse/Jakobs,* in: KK-StPO, Art. 5 EMRK, Rn. 20; *Meyer,* in: SK-StPO, X, Art. 5 EMRK, Rn. 115.

527 *Meyer,* in: SK-StPO, X, Art. 5 EMRK, Rn. 116.

528 *Dörr,* in: *dies./Grote/Marauhn,* EMRK/GG, I, Kap. 13, Rn. 189.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Strafverfolgung und Marktüberwachung relevanten Informationen an Hoheitsträger.[529] Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK hat demgegenüber neben der Sicherung strafrechtlicher Ermittlungen vor allem eine negatorische Funktion für Betroffene gegen eine willkürliche staatliche Festnahme.[530] Darüber hinaus ist der Adressatenkreis der Vorschriften ein anderer. So richtet sich die Schwelle der *reasonable suspicion* aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK an innerstaatliche Institutionen; die der kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflicht an (private) Wertpapierfirmen sowie an Marktbetreiber.

Dennoch kann es nicht als reiner Zufall verstanden werden, dass sich der Europäische Gesetzgeber des vom EGMR in jahrzehntelanger Rechtsprechung gefestigten und auch vom EuGH im Zusammenhang mit Art. 6 GrC[531] thematisierten[532] Terminus der *reasonable suspicion* in Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR bedient. Vielmehr bringt er hiermit die Wertung zum Ausdruck, dass auch in der Auslegung des kapitalmarktrechtlichen Verdachtsbegriffes erhöhte Anforderungen gelten müssen. So würde die Annahme eines dem strafprozessualen Anfangsverdacht vergleichbaren niedrigschwelligen Verdachtsgrades dieser Wertung ebenso widersprechen wie die Annahme eines den hinreichenden Tatverdacht übersteigenden Verdachtsgrades. In dieser „qualitativen" Bewertung der Verdachtsschwelle ist insoweit auf die auslegende Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK zurückzugreifen.

Neben dieser Wertungsebene sind etwaige kapitalmarktrechtliche Besonderheiten in der Auslegung von Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR zu berücksichtigen.[533] Im Gegensatz zur Rechtsprechung des EGMR kann daher nicht auf einen „objektiven Dritten" abgestellt werden. Schließlich begründet der besondere Informationszugang der Wertpapierfirmen und Marktbetreiber überhaupt erst deren Heranziehung als Adressaten der Verdachtsmeldepflicht, sodass der Horizont dieses speziellen Adressatenkreises maßgeblich ist.

529 Siehe schon S. 147 ff.
530 *Meyer,* in: SK-StPO, X, Art. 5 EMRK, Rn. 104.
531 So entsprechen die Rechte nach Art. 6 GrC den durch Art. 5 EMRK garantierten Rechten, denen sie nach Art. 52 Abs. 3 GrCh an Bedeutung und Tragweite gleichkommen, Erläuterung zur Charta der Grundrechte vom 14. Dezember 2007 (ABl. 2007/C 303/02, S. 19).
532 Siehe zuletzt EuGH, Urteil vom 09.11.2021, Sofiyski rayonen sad, EU:C:2021:719, Rn. 19; Urteil vom 28.01.2021, Spetsializiran nakazatelen sad, EU:C:2021:75, Rn. 55.
533 *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zieht man die mit der Verwendung des Terminus der *reasonable suspicion* zum Ausdruck gebrachte Wertung sowie den Kapitalmarktbezug zusammenfassend heran, so bestünde eine kapitalmarktrechtliche Verdachtsmeldepflicht dann, wenn sich aus dem gesonderten Informationszugang der Meldepflichtigen stichhaltige und ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte ergeben, die darauf hindeuten, dass ein Insidergeschäft oder eine Marktmanipulation vorliegt.

c. Verdachtskriterien

Ähnlich ihres geldwäscherechtlichen Pendants besteht auch bei der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht kein Automatismus zwischen einer Kenntnis der verdachtsbegründenden Umstände und der Abgabe der Verdachtsmeldung.[534] Vielmehr ist zwischen diesen zwei Zeitpunkten ein Prozess zwischengeschaltet, bei dem die zuständigen Angestellten der Marktbetreiber und Wertpapierfirmen bewerten müssen, inwieweit ein bestimmter Sachverhalt den Anforderungen von Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR entspricht oder nicht.[535] Für ein besseres Verständnis dieses Prozesses muss wiederum ein genauer Blick auf die Erkenntnisquellen der Verpflichteten als auch auf die gesetzlichen Schranken in der weiteren Verwendung dieser Erkenntnisse im Verdachtsmeldewesen geworfen werden, wozu der folgende Abschnitt dient.

Innerhalb des streng regulierten Finanzmarkts sind die potenziellen Informationsquellen und vorgesehenen Überwachungssysteme der hier maßgeblichen Wertpapierfirmen und Marktbetreiber mannigfaltig. Daher wird sich im Folgenden, anschließend eines summarischen Überblicks über die Wertpapier-Compliance im Allgemeinen, auf die Darlegung derjenigen Informationsquellen beschränkt, die typischerweise der Aufdeckung von

534 Zu den Verdachtskriterien für die Verdachtsmeldung aus § 43 Abs. 1 GwG, siehe oben S. 96 ff.

535 *ESMA,* Technical Standards, online verfügbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2015-esma-1455_-_final_report_mar_ts.pdf, Rn. 151; vgl. ferner: Art. 3 Abs. 4, 5 Del-VO (EU) 2016/957; Art. 22 Abs. 2 Del-VO (EU) 2017/565.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Insidergeschäften oder von Marktmanipulation dienen. Im Übrigen wird auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen.[536]

aa. Verdachtsansätze

Wertpapierdienstleistungsunternehmen, Marktbetreiber und Personen, die beruflich Geschäfte mit Finanzinstrumentenbezug ausführen oder vermitteln, haben grundsätzlich die Pflicht, in ihrer Struktur und Geschäftstätigkeit angemessene Strategien und Verfahren einzurichten und aufrechtzuerhalten, um eine ordnungsgemäße Durchführung ihrer Wertpapierdienstleistungen zu gewährleisten.[537] Dieser Strauß an Verhaltens-, Organisations- und Aufzeichnungspflichten in Bezug auf den Wertpapierhandel lässt sich unter den Oberbegriff der sog. *Wertpapier-Compliance* zusammenfassen. Der Terminus der *Compliance* stammt aus dem angloamerikanischen Sprachraum und meint in seiner deutschen Übersetzung die „Einhaltung", „Übereinstimmung" und „Befolgung" (… von rechtlichen Geboten).[538] Im Zusammenhang mit der Einhaltung von Strafvorschriften, insbesondere mit der Vermeidung derselben innerhalb der wirtschaftlichen Betätigung, wird von der sog. *Criminal Compliance* gesprochen.[539]

Die Wertpapier-Compliance hinsichtlich des Insiderhandels und der Marktmanipulation nimmt in der *Criminal Compliance* eine Sonderstellung ein, da sie nicht allein der präventiven Einhaltung von (Straf-)Vorschriften durch die jeweiligen Wertpapierfirmen und Marktbetreiber selbst dient, sondern auch der Einhaltung dieser Vorschriften durch Dritte. Entsprechend weitreichend gestaltet sich daher die gebotene fortlaufende

536 Überblick bei: *Boehm,* in: NK-KapStrR, Kap. 2.2, Rn. 1 ff.; *Franke/Grenzebach,* in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler,* Corporate Compliance, § 17, Rn. 31 ff.; *Rothenhöfer,* in: *Kümpel/u. a.,* BankKapR, 13. Teil, Rn. 13.1 ff.

537 Art. 22 Abs. 1 UA 2 Del-VO (EU) 2017/565; *BaFin,* Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1, BT 1; *Fuchs,* in: *ders.,* WpHG, § 33 WpHG a.F., Rn. 1; *Meyer u. a.,* in: KK-WpHG, § 33 WpHG a.F., Rn. 1; *Rothenhöfer,* in: *Mülbert/Früh/Seyfried,* BankKapR, Teil 13, Rn. 401.

538 *Bottmann,* in: NK-KapStrR, Kap. 2.1, Rn. 1 m. w. N.; siehe auch die Legaldefinition aus Grundsatz 5 des Deutschen Corporate Governance Kodex, online verfügbar unter: https://www.dcgk.de//files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/220627_Deutscher_Corporate_Governance_Kodex_2022.pdf, S. 5.

539 Hierzu *Rotsch,* ZIS 2010, 614 (614 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Überwachungstätigkeit, die sich sowohl auf Mitarbeiter- als auch auf Kundengeschäfte und -transaktionen erstreckt.[540] Dieses sog. *Monitoring* verschafft den aus Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR verpflichteten Entitäten einen Überblick über die internen Unternehmensabläufe sowie über das allgemeine Marktgeschehen, was sie dazu befähigen soll, potenzielle Verstöße gegen das Marktmissbrauchsrecht möglichst effektiv aufzudecken.

i. Rechtsgrundlagen

Eine einzelne gesetzliche Grundlage, die die konkrete Ausgestaltung der Wertpapier-Compliance für die aus Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR Verpflichteten abschließend bestimmt, besteht nicht. Zum einen ist dies bedingt durch die komplexen Anforderungen, die ein Wertpapier-Compliance-System mit sich bringen muss. Zum anderen bestand im Wertpapierhandel lange ein liberales Verständnis der freiwilligen Selbstregulierung.[541] So lag es im Ermessen der Geschäftsleitung, Geschäftspraktiken und -strukturen entsprechend zu organisieren. Der Reputationsverlust, der durch etwaige Finanzskandale entstünde, privatrechtliche Haftungsrisiken sowie (wirtschafts-)ethische Überzeugungen wurden als hinreichende Beweggründe für die Etablierung eines ausreichenden Systems erachtet.[542]

Die Idee eines Beurteilungsspielraumes der Geschäftsleitung in der Ausgestaltung der Wertpapier-Compliance besteht noch heute. Mit der Einführung der strafbewehrten Verbotstatbestände des Insiderhandels und der Marktmanipulation hat der Gesetzgeber jedoch mittelbar Minimalanforderungen an die Ausgestaltung von entsprechenden Präventionssystemen geschaffen. So bestimmt § 130 Abs. 1 OWiG, dass der Inhaber eines Betriebs oder Unternehmens, der schuldhaft seine Aufsichtspflicht verletzt, ordnungswidrig handelt, wenn in seinem Betrieb ordnungswidrige oder strafbare Zuwiderhandlungen gegen inhaberbezogene Pflichten begangen werden. Hieraus folgt, dass die Geschäftsleitung der relevanten Unternehmen den Betrieb so zu organisieren und entsprechende Kontrollmechanismen einzurichten hat, dass Zuwiderhandlungen der nachgeordneten

540 *Gebauer/Niermann,* in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler,* Corporate Compliance, § 48, Rn. 24.

541 Siehe hierfür schon oben S. 118 ff.; *Lösler,* Compliance, S. 18 ff.

542 *Lösler,* Compliance, S. 12; *Rothenhöfer,* in: *Mülbert/Früh/Seyfried,* BankKapR, Teil 13, Rn. 404 f.; *Tippach,* Insider-Handelsverbot, S. 223; zur Ethik im wirtschaftlichen Handeln: *Weiler,* Wirtschaftsethik, S. 27 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Angestellten gegen das Insiderhandelsverbot oder gegen das Marktmanipulationsverbot verhindert werden.[543] Seit der Schaffung des WpHG durch das Zweite Finanzmarktförderungsgesetz haben sich jedoch darüber hinausgehende spezielle Organisationspflichten entwickelt, sodass § 130 Abs. 1 OWiG für die Compliance-Gestaltung mittlerweile als subsidiärer Auffangtatbestand zu verstehen ist.[544]

Eine dieser für die Insider- und Marktmanipulationsüberwachung spezialgesetzlichen Vorschriften ist Art. 16 Abs. 1 UA 1 MAR. Danach sind Marktbetreiber und Wertpapierfirmen, sofern sie einen Handelsplatz betreiben, verpflichtet, wirksame Regelungen, Systeme und Verfahren zur Vorbeugung und Aufdeckung von (versuchten) Insidergeschäften und (versuchter) Marktmanipulation zu schaffen und aufrechtzuerhalten, wobei für genauere Anforderungen auf die Art. 31 und 54 MiFiD II verwiesen wird. Eine ähnliche Bestimmung enthält Art. 16 Abs. 2 S. 1 MAR für Personen, die beruflich Geschäfte mit Finanzinstrumenten vermitteln oder ausführen. Konkretisiert wird die Ausgestaltung dieser Regelungen, Systeme und Verfahren durch Art. 2–4 Del-VO (EU) 2016/957.

Für die allgemeine Wertpapier-Compliance von Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Wertpapierfirmen)[545] ist § 80 WpHG die zentrale Vorschrift. Gem. § 80 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 2 WpHG i. V. m. § 25a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 KWG besteht die Pflicht zur Einrichtung und Aufrechterhaltung von (Kontroll-)Maßnahmen wertpapierrechtlicher Vorschriften. Der genaue Umfang dieser Kontrollmaßnahmen ergibt sich aus den Art. 21–26 Del-VO 2017/565/EU[546], § 80 Abs. 1 S. 3 WpHG. Eine Vielzahl von Mitteln und Verfahren der Wertpapier-Compliance sind hingegen nicht gesetzlich, sondern durch Rundschreiben der BaFin festgelegt. So

543 *Buck-Heeb,* in: *Assmann/u. a.,* Hdb. Kapitalanlagerecht, § 8, Rn. 349.

544 *Buck-Heeb,* in: *Assmann/u. a.,* Hdb. Kapitalanlagerecht, § 8, Rn. 351.

545 Der Begriff des Wertpapierdienstleistungsunternehmens entspricht dem der Wertpapierfirma aus Art. 4. Abs. 1 Nr. 1 MiFID II (§ 2 Abs. 10 WpHG; Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 MAR), *Assmann,* in: *ders./Schneider/Mülbert,* WpHR, § 2 WpHG, Rn. 198; *Kumpan,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 2 WpHG, Rn. 180.

546 Delegierte Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission vom 25. April 2016 zur Ergänzung der Richtlinie 23014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie (ABl. Nr. L 87/1 vom 31.3.2017, S. 1–83).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

präzisieren die sog. MaComp[547] die gesetzlichen Vorgaben, indem sie Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion festlegen und gleichzeitig eine möglichst praxisnahe und flexible Orientierungshilfe für die konkrete Ausgestaltung bieten.[548]

Die MaRisk[549] enthalten hingegen essenzielle Konkretisierungen für die Ausgestaltung von Risikomanagementsystemen. Eine Verpflichtung zur Einrichtung solcher Systeme findet sich für Wertpapierdienstleistungsunternehmen in § 80 Abs. 1 S. 1 WpHG i. V. m. § 25a KWG. Hierzu gehören – ähnlich dem Geldwäscherecht – interne Kontrollmaßnahmen zur Beurteilung von kunden- und transaktionsbezogenen Risiken, die weitere Untersuchungen hinsichtlich marktmissbräuchlicher Verhaltensweisen veranlassen können.[550]

Die allgemeine Wertpapier-Compliance nach § 80 WpHG, § 25a KWG steht dabei ergänzend neben den Vorgaben zur Einrichtung und Unterhaltung eines Überwachungssystems aus Art. 16 Abs. 1 UA 1, Abs. 2 S. 1 MAR.[551]

ii. Anforderungen

Die Ausgestaltung der Wertpapier-Compliance obliegt im Wesentlichen der jeweiligen Geschäftsleitung der verpflichteten Entitäten. Ihnen ist ein entsprechender Beurteilungsspielraum einzuräumen. Hierdurch tragen die Gesetz- bzw. Verordnungsgeber der heterogenen Unternehmensstruktur der verpflichteten Akteure des Finanzmarkts und der daraus resultierenden Vielfalt an Geschäftsaktivitäten Rechnung.[552]

---

547 *BaFin,* Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1.

548 *BaFin,* Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1, AT 1.1; ferner zur MaComp: *Engelhart,* ZIP 2010, 1832 (1832 ff.); *Schäfer,* BKR 2011, 45 (45 ff.).

549 *BaFin,* Rundschreiben 10/2021 (BA), online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2021/rs_1021_MaRisk_BA.html?nn=9450904#doc16502162bodyText1.

550 *Weferling/Engelbrecht,* ZRFC 2016, 218 (223).

551 Dies geht aus dem Verweis des Art. 16 Abs. 1 MAR auf die Art. 31, 54 MiFiD II hervor, hierzu: *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 22; *Zetsche,* in: *Gebauer/Teichmann,* EnzEuR VI, § 7C, Rn. 33.

552 *Haußner,* in: *Krimphove/Kruse,* MaComp, AT 3.2, Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eingeschränkt wird der Beurteilungsspielraum jedoch durch das sog. „Proportionalitätsprinzip".[553] So müssen für die Einrichtung und Unterhaltung eines Überwachungssystems aus Art. 16 Abs. 1 UA 1, Abs. 2 S. 1 MAR gem. Art. 2 Abs. 5 lit. a Del-VO 2016/957 die vom Verpflichteten eingesetzten Regelungen, Systeme und Verfahren geeignet sein und in einem angemessenen Verhältnis zu Umfang, Größe und Art ihrer Geschäftstätigkeit stehen. Das Proportionalitätsgebot verlangt von den Verpflichteten, dass diese ihre Überwachungssysteme im Rahmen einer eigenen Risikoeinschätzung einrichten und aufrechterhalten.[554] Auch die allgemeine Wertpapier-Compliance richtet sich nach dem Prinzip der Proportionalität. So sieht Art. 21 Abs. 1 S. 2 Del-VO (EU) 2017/565 vor, dass Wertpapierfirmen bei der Erfüllung ihrer Compliance-Organisation die Art, den Umfang, die Komplexität ihrer Geschäfte sowie die Art und das Spektrum der im Zuge dieser Geschäfte erbrachten Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten berücksichtigen müssen. In den MaComp der BaFin heißt es zudem, dass bei Ermittlungen der jeweils angemessenen Vorkehrungen Art, Umfang, Komplexität und Risikogehalt des jeweiligen Geschäfts sowie Art und Spektrum der angebotenen Wertpapierdienstleistungen zu berücksichtigen sind.[555]

iii. Erkenntnisquellen für Verdachtsmeldungen

α. Monitoring von Marktbetreibern und Wertpapierfirmen, die einen Handelsplatz betreiben, Art. 16 Abs. 1 UA 1 MAR

Im Rahmen des Monitorings nach Art. 16 Abs. 1 UA 1 MAR i. V. m. Art. 2 Abs. 3 lit. a Del-VO 2016/957 müssen die Verpflichteten ein Softwaresystem einrichten, das nach Art. 3 Abs. 3 UA 2 Del-VO 2016/957 in der Lage ist, verzögert und automatisch Orderbuchdaten zu lesen, abzubilden und zu analysieren (sog. Transaktions- oder Trade-Monitoring).[556] Zentrale Aufgabe eines solchen IT-Systems ist es, durch Auswertung bestimmter Indi-

553 Hierzu: *Koller,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 80 WpHG, Rn. 84; *Rothenhöfer,* in: *Mülbert/Früh/Seyfried,* BankKapR, Teil 13, Rn. 429.

554 *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 20; *Renz/Leibold,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 25, Rn. 6.

555 *BaFin,* Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1, AT 3.2.

556 *Faust,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 89, Rn. 170.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

katoren besonders verdächtige Geschäfte und Aufträge herauszufiltern.[557] Indikatoren können dabei beispielsweise auffällige Muster bei Frequenzen, Terminierung und Volumen von Aufträgen oder Geschäften sein.[558] Hinsichtlich möglicher Insidergeschäfte ist insbesondere die Observierung von Transaktionen relevant, die vor einer Ad-hoc-Mitteilung[559] eines Emittenten in die durch die Meldung indizierte Kursrichtung abgeschlossen wurden.[560]

Die eingesetzte Software muss im Hinblick auf potenzielle Verstöße gegen das Marktmanipulationsverbot ferner in der Lage sein, einzelne Orderdateien im Kontext des jeweiligen Marktgeschehens, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, ob ein anormales Preis- oder Kursniveau besteht, systematisch zu analysieren (sog. *Market-Watching*).[561] Anknüpfungspunkte können dabei vor allem offene, geänderte und gestrichene Kundenorders, börsengehandelte Derivate vom Vortag oder einzelne Marktdaten sein.[562] Im Rahmen einer systematischen Analyse werden dabei einschlägige Szenarienbetrachtungen genutzt, um damit marktmissbräuchliche Praktiken zu identifizieren, wie sie im Anhang I zur MAR aufgezählt sind.[563]

Umstritten ist die Frage, inwiefern die eingesetzten informationstechnologischen Systeme automatisiert sein müssen. Weder Art. 16 Abs. 1 MAR noch die Vorschriften aus der Del-VO 2016/957 setzen eine solche Automatisierung voraus. Die ESMA geht jedoch davon aus, dass die Compliance-Organisation bei Marktbetreibern und bei handelsplatzbetreibenden Wertpapierfirmen erst dann als hinreichend wirksam erachtet werden

557 *Kumpan/Misterek,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 25.
558 *Kumpan/Misterek,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 25.
559 Die Ad-hoc-Publizitätspflicht ist in Art. 17 Abs. 1 UA 1 MAR geregelt und verpflichtet Emittenten, sie betreffende Insiderinformationen nach Kenntnisnahme schnellstmöglich zu veröffentlichen. Durch die Veröffentlichung soll eine Insiderinformation zu einer öffentlichen Information und somit einem möglichen Insiderhandel vorgebeugt werden. Ausf. zur Ad-hoc-Publizität: *Assmann,* in: *ders./Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 17 MAR, Rn. 1 ff.; *Bekritsky,* BKR 2020, 382 (382 ff.); *Kumpan/Grütze,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 17 MAR, Rn. 1 ff.; *Veil,* ZHR 2003, 365 (365 ff.).
560 *Kumpan/Misterek,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 25; *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 27.
561 *Faust,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 89, Rn. 173.
562 *Renz/Leibold,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 25, Rn. 7.
563 *Fleischer,* in: *Fuchs,* WpHG, § 20a a.F., Rn. 50 ff.; *Renz/Leibold,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 25, Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kann, wenn sie über ein automatisiertes Monitoring-System verfügen.[564] Wenn Unternehmen einen Markt oder einen Handelsplatz betreiben, ist von einem gewissen Aktivitätsniveau auszugehen, bei dem es schwierig ist, auf andere Weise als automatisiert durch Festlegung algorithmischer Muster verdächtige Transaktionen zu erkennen.[565] Vor dem Hintergrund des Proportionalitätsprinzips wird in den meisten Fällen ein gewisser Grad an automatisierter Datenerfassung notwendig sein.

β. Monitoring von Personen, die beruflich Geschäfte vermitteln oder ausführen, Art. 16 Abs. 2 S. 1 MAR

Für die Verpflichtetengruppe der Personen, die beruflich Geschäfte mit Finanzinstrumentenbezug vermitteln oder ausführen, verlangt Art. 16 Abs. 2 S. 1 MAR i. V. m. Art. 2 Abs. 1 lit. a Del-VO 2016/957 eine Implementierung und Unterhaltung wirksamer Monitoring-Systeme zur Aufdeckung und Identifizierung möglicher marktmissbrauchsrechtlicher Verstöße. Demzufolge sind sie im Gegensatz zu den aus Art. 16 Abs. 1 MAR Verpflichteten nur zum Monitoring hinsichtlich einer Verfolgung, nicht aber zur Vorbeugung von Insidergeschäften und Marktmanipulationen verpflichtet.[566]

Bezüglich der Ausgestaltung des Monitorings kann auf die Ausführungen zu den Marktbetreibern und handelsplatzbetreibenden Wertpapierfirmen verwiesen werden, da hier Art. 16 Abs. 2 MAR sowie die Art. 3, 4 Del-VO EU 2016/954 keine abweichenden Erfordernisse enthalten. Differenzen ergeben sich jedoch im konkreten Umfang des Compliance-Monitorings. Zum einen können sich aus dem Proportionalitätsgebot geringere Anforderungen an den Organisationsgrad ergeben, da Betriebe von beruflich Geschäfte vermittelnden oder ausführenden Personen in der Regel kleiner sind und daher weniger detaillierte Vorkehrungen benötigen.[567] Zum anderen besteht für die Verpflichteten aus Art. 16 Abs. 2 S. 1 MAR nicht das Erfordernis zur Etablierung eines Softwaresystems, wie es Art. 3 Abs. 3 Del-VO EU 2016/954 für Entitäten aus Art. 16 Abs. 1 MAR vorsieht.

564 *ESMA,* Technical Standards, online verfügbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2015-esma-1455_-_final_report_mar_ts.pdf, S. 36, Rn. 149.
565 *Kumpan/Misterek,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 24.
566 *Kumpan/Misterek,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 35.
567 *Kumpan/Misterek,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

γ. Compliance-Monitoring von Wertpapierdienstleistungsunternehmen, § 80 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 22 Del-VO EU 2017/565

Neben dem Monitoring von eingegangenen Aufträgen und ausgeführten Geschäften haben Wertpapierdienstleistungsunternehmen ihre allgemeine Wertpapier-Compliance nach Art. 80 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 22 Del-VO EU 2017/565 zu erfüllen. Dabei müssen sie angemessene Strategien und Verfahren festlegen, die darauf ausgelegt sind, potenzielle Risiken einer etwaigen Missachtung relevanter Vorschriften aufzudecken, Art. 22 Abs. 1 UA 1 Del-VO EU 2017/565. Der Umfang und Schwerpunkt ist auf Basis einer regelmäßig durchzuführenden Risikoanalyse festzulegen.[568]

Für die Aufdeckung potenzieller Insidergeschäfte besonders relevant ist die Überwachung von Mitarbeitergeschäften durch die Unterhaltung einer sog. *Watch-List* (dt. Beobachtungsliste). Diese definiert die BaFin als eine nicht öffentliche, laufend aktualisierte Liste von Finanzinstrumenten, zu denen im Wertpapierdienstleistungsunternehmen compliance-relevante Informationen vorliegen.[569] Zugang zu compliance-relevanten Informationen haben dabei Personen, die auf Insider- oder andere vertrauliche Informationen zugreifen können, sodass grundsätzlich alle Angestellten in die Watch-List aufgenommen werden müssen, die in Ausübung ihrer Tätigkeit in Kontakt mit sensiblen Daten kommen.[570] Dies erlaubt dem Unternehmen, ihre Mitarbeitergeschäfte daraufhin zu überwachen, ob etwaige Informationsvorteile ihrer Angestellten unlauter verwendet und ob die von ihr

568 *BaFin,* Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1, BT 1.2.1; *Moosmayer,* Compliance, S. 26; *Rothenhöfer,* in: *Mülbert/Früh/Seyfried,* BankKapR, Teil 13, Rn. 443.

569 *BaFin,* Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1, AT 6.2 Nr. 3 lit. c).

570 *BaFin,* Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1, AT 6.1; *Faust,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 89, Rn. 150.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

errichteten Vertrauensbereiche unterschiedlicher Abteilungen (sog. *Chinese Walls*[571]) eingehalten werden.[572]

Neben Watch-Lists haben sich auch die sog. *Restricted-Lists* (dt. Sperrlisten) als Instrument der Insiderüberwachung etabliert. Diese werden in bestimmten Konfliktsituationen als Handelsbeschränkung für die entsprechenden Mitarbeiter des Wertpapierdienstleistungsunternehmens auferlegt, sodass diese mit einem dort vermerkten Finanzinstrument nicht mehr unentdeckt handeln können.[573]

Für die Aufdeckung von Marktmanipulation bestehen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen hingegen besondere Monitoring-Pflichten beim sog. algorithmischen Handel gem. § 80 Abs. 2–5 WpHG. Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen betreibt dann einen algorithmischen Handel, wenn beim Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten mithilfe eines Computeralgorithmus mindestens ein Auftragsparameter automatisch bestimmt wird.[574] Aufgrund seiner Komplexität und der hochfrequentierten Handelsgeschwindigkeit besteht beim algorithmischen Handel eine erhöhte Volatilität der gehandelten Finanzinstrumente, was ihn wiederum besonders anfällig für marktmissbräuchliches Verhalten macht.[575] Insofern treffen dort tätige Wertpapierdienstleistungsunternehmen verstärkte Aufzeichnungs- und Dokumentationspflichten, § 80 Abs. 3 WpHG. Zudem müssen sie gem. § 80 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 WpHG i. V. m. Del-VO (EU) 2017/589 über Systeme und Risikokontrollen verfügen, die sicherstellen, dass ihre Handelssysteme nicht zum Zwecke des Marktmissbrauchs verwendet werden können. Dies umfasst neben der Risikominimierung, dass Unternehmen gem. Art. 13 Abs. 2, 3 Del-VO (EU) 2017/589 automatisierte Überwachungssysteme aufbauen, die das gesamte Spektrum ihrer Handelstätigkeit erfas-

571 Unter *Chinese Walls* versteht man organisatorische Maßnahmen, Abteilungen eines Unternehmens, die von unterschiedlichen Zielsetzungen geleitet werden, so voneinander zu trennen, dass es zu keinem Austausch sensibler Informationen kommt, sodass Interessenkonflikte vermieden werden können, *Rothenhöfer,* in: *Mülbert/Früh/Seyfried,* BankKapR, Teil 13, Rn. 253 ff.

572 *Faust,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 89, Rn. 150.

573 *BaFin,* Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1, AT 6.2 Nr. 3 lit. c); *Rothenhöfer,* in: *Mülbert/Früh/Seyfried,* BankKapR, Teil 13, Rn. 452.

574 *Fett,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 80 WpHG, Rn. 154.

575 *Bayram/Meier,* BKR 2018, 55 (1300); *Fett,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 80 WpHG, Rn. 154; *Jaskulla,* BKR 2013, 221 (221); *Kobbach,* BKR 2013, 233 (233 ff.); *Koller,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 80 WpHG, Rn. 103.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sen. Diese Form des Transaktions-Monitorings muss mit Kapazitäten ausgestattet sein, die der Art, dem Umfang und die Komplexität des jeweiligen Wertpapierdienstleistungsunternehmens entsprechen.[576]

bb. Ermittlungsmaßstab

Nachdem die wesentlichen Erkenntnisquellen der Meldepflichtigen für Verdachtsmeldungen dargelegt wurden, stellt sich die Frage, welche Maßstäbe die Gesetz- und Verordnungsgeber an die weitere Verarbeitung dieser Informationen stellen.

i. Ausgestaltung des Überwachungssystems nach Art. 16 Abs. 1, Abs. 2 MAR

Detaillierte Anforderungen an die Ausgestaltung des in Art. 16 Abs. 1 und 2 MAR vorgeschriebenen Überwachungssystems sind wiederum in Art. 3 Del-VO (EU) 2016/957 zu finden. Allgemein ist die Ausgestaltung des Überwachungssystems am bereits thematisierten Proportionalitätsgebot zu bemessen.

Nach Art. 3 Abs. 1 Del-VO (EU) 2016/957 müssen die Überwachungssysteme in der Lage sein, Warnmeldungen potenziell verdächtiger Transaktionen zu produzieren. In Kombination mit Art. 3 Abs. 3 Del-VO (EU) 2016/957 bedeutet dies für Marktbetreiber und für Wertpapierfirmen, die einen Handelsplatz betreiben, dass diese IT-Systeme einrichten müssen, die verdächtige Geschäfte oder Aufträge erkennen und entsprechend kennzeichnen (sog. *Flagging* oder *Alert*).[577] Für die Verpflichtetengruppe aus Art. 16 Abs. 2 MAR gilt zwar auch die Pflicht, ein Warnsystem zu etablieren, wobei aber nicht der gesetzliche Zwang besteht, hierfür IT-Infrastrukturen einzusetzen.

Hervorzuheben ist bei allen Verpflichteten, dass der Einsatz von (automatisierten) Warnmeldesystemen nicht die personelle, also die manuelle

576 EG 1 Delegierte Verordnung (EU) 2017/589 der Kommission vom 19. Juli 2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates durch technische Regulierungsstandards zur Festlegung der organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen, die algorithmischen Handel betreiben (ABl. Nr. L 87 vom 31.03.2017, S. 417–448); *Gebauer/Niermann,* in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler,* Corporate Compliance, § 48, Rn. 36.

577 *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Untersuchung potenziell verdächtiger Vorgänge durch Mitarbeiter ersetzt, Art. 3 Abs. 4 Del-VO 2016/957. Eine persönliche Untersuchung knüpft zwar meist an eine automatisierte Warnmeldung an, wobei eine vorherige Warnmeldung nicht zwingend erforderlich ist.[578] Vielmehr können besondere Marktsituationen, wie etwa ein ungewöhnlich starker Kursverfall, eine zusätzliche manuelle Überprüfung großvolumiger Aufträge oder Geschäfte erforderlich machen.[579]

ii. „Conflict-Clearing"

Im Rahmen des sog. „Watch-List-" und „Restricted-List-Monitoring" von Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das vor allem potenzielle Insidergeschäfte entdecken soll, ist es Aufgabe der Compliance-Abteilung, anhand von bereichsübergreifenden Datenbanken aus Watch-Lists und Restricted-Lists, das Aufkommen vertraulicher Informationen und geschäftlicher Konflikte in Bezug auf Wertpapiere zu erfassen und mit den laufenden Wertpapiergeschäften und Empfehlungen des Wertpapierdienstleistungsunternehmens abzugleichen (sog. *Conflict-Clearing*).[580] Steht etwa aufgrund einer compliance-relevanten Information ein Finanzinstrument auf der Watch-List, so gleicht die Compliance-Abteilung die Geschäfte, die im Eigenhandel oder durch Mitarbeitende für private Zwecke getätigt wurden, mit dieser Liste meist mittels Software automatisiert ab.[581] Dabei hat die Compliance-Abteilung Zugriff auf die eigenen Handelssysteme des Instituts, auf die bei ihr geführten Mitarbeiterdepots (sog. Depot-A) sowie mittelbar[582]

578 EG 1 S. 4 Delegierte Verordnung (EU) 2016/957 der Kommission vom 9. März 2016 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die geeigneten Regelungen, Systeme und Verfahren sowie Mitteilungsmuster zur Vorbeugung, Aufdeckung und Meldung von Missbrauchspraktiken oder verdächtigen Aufträgen oder Geschäften (ABl. Nr. L 160 vom 17.06.2021, S. 1–14).

579 *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 27.

580 *Faust,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 89, Rn. 167.

581 *Gebauer,* in: *Kohler* (Hg.), GS-Bosch, 31 (35).

582 Regelmäßig erfolgt die Zusendung von getätigten persönlichen Geschäften eines Mitarbeiters bei einer Drittbank über einen Zweitschriftenversand, vgl. *BaFin,* Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1, BT 2.4 Nr. 1; *Gebauer,* in: *Kohler* (Hg.), GS-Bosch, 31 (35); *Gebauer/Niermann,* in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler,* Corporate Compliance, § 48, Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf die Depots der Mitarbeiter bei Drittbanken.[583] Werden Geschäfte in einem Watch-List-Wert entdeckt, spricht man von einem einfachen Watch-List-Hit.[584] Stellt sich bei einer weiteren Prüfung heraus, dass ein auf der Liste namentlich Genannter, also ein Inhaber einer compliance-relevanten Information bzw. ein Angehöriger das Geschäft getätigt hat, besteht ein sog. qualifizierter Watch-List-Hit.

Watch-List-Hits sind in der Praxis keine Seltenheit und begründen deshalb für sich alleine noch keinen hinreichenden Verdacht für die Abgabe einer Verdachtsmeldung.[585] Vielmehr ist es die Aufgabe der Compliance-Abteilung, die Treffer manuell durch weitere Abgleichung der bei ihr vorhandenen Daten zu prüfen.

cc. Zwischenfazit

Die Kriterien der der Abgabe einer Verdachtsmeldung vorgelagerten Verdachtsermittlungen lassen sich im Kern wie folgt zusammenfassen:

1. Die Verpflichteten sammeln die für die Verdachtsmeldepflicht relevanten Erkenntnisse vorwiegend aus dem Monitoring verschiedener Tätigkeitsbereiche. Die Art und Intensität der einzurichtenden Monitoring-Systeme variiert dabei zwischen den verpflichteten Berufsgruppen untereinander sowie innerhalb der jeweiligen Berufsgruppen je nach Umfang, Größe und Art der Geschäftstätigkeit (Proportionalitätsprinzip).
2. Das Monitoring umfasst vor allem den unternehmerischen Tätigkeitsbereich. Im Vordergrund stehen dabei die Überwachung der eigenen Angestellten (Watch- und Restricted-List-Monitoring) sowie die Überwachung der eingegangenen und durchgeführten Kundenaufträge (Transaktions-Monitoring). Ferner besteht die Pflicht, das weitere Marktgeschehen über den eigenen Geschäftsbereich hinaus zu überwachen, um eine gesamtheitliche Sicht über das Marktgeschehen beizubehalten (Market-Watching).
3. Die von den Verpflichteten vorzunehmende Verarbeitung der aus dem Monitoring gewonnenen Informationen zeichnet ein Zusammenspiel

583 *Gebauer,* in: *Kohler* (Hg.), GS-Bosch, 31 (35); *Renz/Leibold,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 25, Fn. 22. Zur Reichweite des internen Zugriffs, siehe *Faust,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 89, Rn. 170 ff.
584 *Gebauer,* in: *Kohler* (Hg.), GS-Bosch, 31 (35).
585 *Gebauer,* in: *Kohler* (Hg.), GS-Bosch, 31 (35).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zwischen automatisierter, informationstechnologischer Datenverarbeitung (red flags, watch list hits etc.) sowie der Einzelfallermittlung durch Angestellte aus. Automatisierte Treffer können dabei lediglich ein Indiz für weitere Ermittlungen sein, nicht aber alleiniger Gegenstand einer Verdachtsmeldung.

d. Formelle Anforderungen

Die formellen Voraussetzungen des marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldewesens sind in der Delegierten Verordnung 2016/957[586] geregelt, ein sog. *Level-3*-Rechtsakt aus dem *Lamfalussy*-Verfahren.[587] Nach Art. 6 Del-VO EU 2016/957 sind Verdachtsmeldungen unverzüglich zu übermitteln, sobald ein begründeter Verdacht eines Verstoßes gegen das relevante Marktmissbrauchsrecht vorliegt. Die im vorherigen Abschnitt thematisierten Einzelfallermittlungen erfolgen rein tatsachenbasiert und sind so rasch wie möglich durchzuführen, EG 10 Del-VO EU 2016/957. Es ist demzufolge bei der Frage, ob der betroffene Vorgang (schon) meldepflichtig ist oder nicht, allein die objektive Tatsachenlage relevant.[588] Weitere Spekulationen oder Annahmen sind nicht anzustellen. Hat sich der Verdacht aufgrund von Folgeereignissen oder späteren Informationen ergeben, so müssen Verdachtsmeldungen des Verpflichteten auch solche in der Vergangenheit liegende Vorgänge erfassen, Art. 6 Abs. 2 UA 1 Del-VO 2016/957. Dabei muss der Verpflichtete in der Lage sein, der BaFin die Gründe für die Verzögerung zwischen dem mutmaßlichen Verstoß und der Übermittlung der Verdachtsmeldung zu erläutern, Art. 6 Abs. 2 UA 2 Del-VO 2016/957.

Nach Art. 7 Del-VO EU 2016/957 i. V. m. Anhang 1 hat die Verdachtsmeldung nach einem bestimmten Muster als sog. *Suspicious Transaction and Order Report* (STOR) zu erfolgen. Zwingend müssen diese STORs gem. Art. 7 Abs. 2 Del-VO EU 2016/957 enthalten: die Identifikation der Übermittlungsperson, eine Beschreibung des verdächtigen Geschäfts

586 Delegierte Verordnung (EU) 2016/957 der Kommission vom 9. März 2016 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die geeigneten Regelungen, Systeme und Verfahren sowie Mitteilungsmuster zur Vorbeugung, Aufdeckung und Meldung von Missbrauchspraktiken oder verdächtigen Aufträgen oder Geschäften Del-VO 2016/957, (ABl. Nr. L 160 vom 17.6.2016, S. 1–14).

587 Siehe hierzu schon oben S. 118 ff.

588 *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 55; *Renz/Leibold,* in: *Meyer/Rönnau/Veil,* Hdb. MMR, § 25, Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(einschließlich der Art des Geschäfts sowie der Preis und das Volumen), die konkreten Verdachtsgründe, die Mittel zur Identifizierung der am Geschäft Beteiligten sowie alle anderen Informationen und Belege, die für die Zwecke der Aufdeckung, Untersuchung und Verfolgung von Insidergeschäften, Marktmanipulation sowie versuchten Insidergeschäften und versuchter Marktmanipulation für die zuständige Behörde relevant sein können.

Letztgenannter STOR-Bestandteil bedarf gesonderter Aufmerksamkeit, da er die besondere Reichweite der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht veranschaulicht. So obliegt es dem Meldepflichtigen, der Meldebehörde alle möglicherweise für eine weitere Verwertung relevanten Daten weiterzuleiten. Dieses umfassende Weiterleitungsgebot ist nicht nur hinsichtlich der empfindlichen Sanktionsandrohung von Meldeverfehlungen problematisch – es geht über den ursprünglich konzipierten Zweck von Verdachtsmeldungen hinaus, da der Meldepflichtige nicht mehr nur auf eine im Raum stehende Straftat aufmerksam macht, sondern möglichst umfassende Ermittlungsansätze liefert.

Begründet wird diese Pflicht aus Praktikabilitätserwägungen. So wäre es für die Aufsichtsbehörde hinderlich, über die hilfreichen Informationen nicht gleich von Beginn an zu verfügen, sondern erst im fortgeschrittenen Verfahren im Wege eines Auskunftsersuchens sich an den Verpflichteten zu wenden, EG 7 Del-VO EU 2016/957. Ob Praktikabilität einen derartigen Rundumschlag in der Datenanforderung rechtfertigt, ist derweil fraglich.

Die Übermittlung des STOR geschieht gem. Art. 8 Abs. 1 Del-VO EU 2016/957 elektronisch über ein von der zuständigen Aufsichtsbehörde nach Art. 8 Abs. 2 Del-VO EU 2016/957 vorher auf ihrer Webseite veröffentlichtem Kanal.[589]

e. Weiteres Behördenverfahren

Die MAR enthält keine abschließenden Vorgaben zu einem etwaigen Marktmissbrauchsanalyseverfahren. Vielmehr müssen hierfür nationalrechtliche Regelungen herangezogen werden. Die Aufgaben und Befugnisse der BaFin sind in § 6 WpHG geregelt. Gem. § 6 Abs. 2 S. 1 WpHG i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 8 lit. e WpHG überwacht sie ebenso die Einhaltung der Bestimmungen der MAR, wozu konsequenterweise auch die Überprüfung der

589 In Deutschland geschieht dies über das sog. „MVP Portal" der BaFin, erreichbar unter https://portal.mvp.bafin.de/MvpPortalWeb/app/login.html.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Stichhaltigkeit von Anhaltspunkten über mögliche marktmissbrauchsrechtlich relevante Verhaltensweisen fällt.[590] Dabei greift die BaFin meist auf schlicht hoheitliche Maßnahmen ohne Regelungsqualität zurück, wie auf die Heranziehung von öffentlich verfügbaren oder im Haus vorhandenen Informationen.[591] Sofern diese erste Analyse bestehende Auffälligkeiten bestärkt oder neue hervorbringt, wird nachfolgend mit einer tiefgreifenderen sachverhaltsbezogenen Analyse begonnen. Hierbei stehen der BaFin weitere hoheitliche Maßnahmen zur Erkenntnisgewinnung zur Verfügung, die vergleichbar mit denen von Strafverfolgungsbehörden sind.[592] Dazu gehören etwa Auskunftsverlangen über Unterlagen und sonstige Daten sowie die Ladung und Vernehmung von Zeugen (§ 6 Abs. 3 WpHG), die Durchsuchung von Geschäfts- und Wohnräumen (§ 6 Abs. 12 S. 1 WpHG) sowie die Sicherstellung und die Beschlagnahme von beweiserheblichen Gegenständen und inkriminierten Vermögenswerten (§ 6 Abs. 12 S. 3, 4, Abs. 13 WpHG).

Aufgrund dieser weitreichenden Ermittlungsbefugnisse kommt der BaFin im kapitalmarktstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren eine besondere Rolle zu. Leitet sie die Verdachtsmeldung an die Staatsanwaltschaft gem. § 11 S. 1 WpHG weiter, so hat sie sich meist bereits intensiv mit dem Sachverhalt auseinandergesetzt und eine umfassende Materialsammlung angelegt.[593] In der Regel sind die Verdachtsmomente vergleichsweise weit fortgeschritten, sodass Strafverfolgungsbehörden meist wenig eigene Ermittlungsmaßnahmen einleiten müssen.[594] Ferner ermöglicht § 112 Abs. 1 S. 2 WpHG, dass die für die Analyse zuständigen Angestellten der BaFin bereits im Ermittlungsverfahren als Sachverständige durch die Staatsanwaltschaft herangezogen werden können.[595]

Die BaFin muss spätestens dann eine Anzeige gegenüber der Staatsanwaltschaft erstatten, wenn sie Kenntnis von Tatsachen hat, die den Verdacht einer Straftat nach § 119 WpHG begründen, § 11 S. 1 WpHG.

590 *Döhmel,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 6 WpHG, Rn. 66; *Klöhn,* ZIP 2021, 381 (382). Zur alten Rechtslage *Vogel,* in: *Assmann/Schneider,* WpHG (2012), § 10 WpHG a.F., Rn. 61.

591 *Döhmel,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 6 WpHG, Rn. 66; instruktiv *Himmelreich,* Insiderstrafverfolgung, S. 83 ff.

592 *Klöhn,* ZIP 2021, 381 (382); ausf. *Szesny,* Finanzmarktaufsicht und Strafprozess, S. 33 ff.

593 *Gehrmann,* in: *Wabnitz/Jankovsky/Schmitt,* Hdb. WStSR, Kap. 11, Rn. 215.

594 *Hippeli,* in: BeckOK-WpHG, § 11 WpHG, Rn. 10.

595 Zu Fragen einer möglichen Befangenheit der sachverständigen BaFin-Mitarbeitenden, siehe BGH NJW 2016, 3459 (3459 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Als Verdachtsschwelle zieht die hL wiederum den strafprozessualen Anfangsverdacht aus § 152 Abs. 2 StPO heran. Danach ist allein auf tatsächliche Anhaltspunkte abzustellen. Nach kriminalistischer Erfahrung muss es also möglich erscheinen, dass eine verfolgbare Tat vorliegt.[596] Die Befürchtung, dass ein geringerer Verdachtsgrad in § 11 S. 1 WpHG als in Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR das Analyseverfahren der BaFin vorwegnehmen würde,[597] ist aus den bereits thematisierten Gründen unbegründet.[598]

3. Sanktionen bei Zuwiderhandlung

Nach § 120 Abs. 15 Nr. 4, 5 WpHG handelt ordnungswidrig, wer entgegen Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR bzw. Art. 16 Abs. 2 S. 2 MAR eine Meldung vorsätzlich oder leichtfertig nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig vornimmt. Geahndet wird ein Verstoß mit einem Bußgeld von bis zu einer Million Euro bei natürlichen Personen, bei juristischen Personen wie bei Personenvereinigungen darüber hinaus den höheren der Beträge von zweieinhalb Millionen Euro oder zwei Prozent des Gesamtumsatzes aus dem Vorjahr, § 120 Abs. 18 S. 1, 2 Nr. 2 WpHG. Zudem kann der Verstoß mit einer Geldbuße bis zum Dreifachen des hieraus gezogenen wirtschaftlichen Vorteils geahndet werden, § 120 Abs. 18 S. 3 WpHG. Zur Substituenten- sowie zur Unternehmenshaftung gilt das bereits im Rahmen der GwG-Meldeverfehlungen Gesagte.[599]

§ 120 Abs. 15 Nr. 4, 5 WpHG ist als Blanketttatbestand ausgestaltet, der zur näheren Umschreibung der im Raum stehenden Pflicht auf die MAR als Ausfüllungsnorm zurückgreift.[600] Dass der Gesetzgeber zur Durchsetzung der Meldepflicht – wie auch bei einem Großteil der sonstigen kapitalmarktrechtlichen Verhaltens- und Mitwirkungspflichten – die kriminalpolitische Entscheidung getroffen hat, auf bußgeldrechtliche Mittel zurückzugreifen, ist nicht selbstverständlich. Vielmehr wird in der Literatur zum Teil infrage gestellt, ob es in einem so stark regulierten Bereich wie dem Kapitalmarktrecht überhaupt einer Sanktionierung bei Verstößen gegen das individuelle

596 *Diemer,* in: KK-StPO, § 152, Rn. 7 m. w. N.
597 *Himmelreich,* Insiderstrafverfolgung, S. 103 ff.
598 Siehe bereits S. 151 ff.
599 Siehe hierzu bereits S. 112 ff.
600 Zu den Beweggründen hinter diesem Regelungsmodell, siehe oben S. 118 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Pflichtenprogramm bedarf, zumal der nationale Gesetzgeber auch unionsrechtlich nicht zu einer Ahndung sämtlicher Zuwiderhandlungen verpflichtet ist.[601] So wird unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit bezweifelt, ob neben privatrechtlichem *Enforcement* im Horizontalverhältnis[602], verwaltungsbehördlicher Aufsicht und Rechtsdurchsetzung eine dritte Säule der repressiven Sanktionierung überhaupt erforderlich ist.[603]

Dem ist jedoch zu entgegnen, dass die Befolgung der im WpHG enthaltenen Verhaltenspflichten für die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts unerlässlich und ein Nichtbefolgen oftmals mit erheblichen materiellen Schäden sowie mit einem Verlust im kollektiven Anlegervertrauen verbunden ist.[604] Zudem können nicht alle der in § 120 WpHG aufgeführten Bußgeldtatbestände gleichzeitig Schäden im privatrechtlich ausgestalteten Horizontalverhältnis begründen, sodass der Vorwand der „Doppelbelastung" nicht vollständig zu überzeugen vermag.

Bei einer Durchführung von verdächtigen Geschäften steht zudem eine mögliche Strafbarkeit der meldepflichtigen natürlichen Person wegen Beteiligung am Verstoß gegen das Insiderhandels- oder das Marktmanipulationsverbot gem. § 119 Abs. 3 WpHG; Art. 14 MAR i. V. m. § 27 Abs. 1 StGB resp. §§ 119 Abs. 1; 120 Abs. 2 Nr. 3; Abs. 15 Nr. 2 WpHG; Art. 15 MAR i. V. m. § 27 Abs. 1 StGB im Raum. Wie auch im Rahmen der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht thematisiert, muss sich hierfür ein deliktischer Sinnbezug im objektiven Handeln des Täters manifestieren.[605] Dies wäre im Einzelfall zu prüfen, wobei auch auf kapitalmarktrechtliche Wertungen abgestellt werden kann. So wird ein solcher Sinnbezug von einem Teil der Literatur kategorisch unter Verweis auf die Abwesenheit etwaiger Durchführungsverbote (bzw. Stillhaltegebote, vgl. § 46 Abs. 1 GwG) abgelehnt.[606]

601 Krit.: *Achenbach,* WM 2018, 1337 (1337 ff.); *Hellgardt,* Regulierung und Privatrecht, S. 605 ff.; *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 120 WpHG, Rn. 7, 14 spricht bei weit über 300 bußgeldbewährten Einzeltatbeständen von einer Hyperinflation der kapitalmarktrechtlichen Bußgelddrohungen.

602 Hierzu *BaFin,* Informationspflichten für den Emittenten, online abrufbar unter: https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BoersenMaerkte/Emittentenleitfaden/Modul1/Kapitel1/Kapitel1_3/Kapitel1_3_1/kapitel1_3_1_node.html, *passim.*

603 *Kämpfer/Travers,* in: BeckOK-WpHG, § 120 WpHG, Rn. 8; *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 120 WpHG, Rn. 14.

604 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über den Wertpapierhandel und zur Änderung börsenrechtlicher und wertpapierrechtlicher Vorschriften (Zweites Finanzmarktförderungsgesetz) vom 05.11.1993, BT-Drs. 793/93, S. 101 ff.

605 Siehe hierzu zudem ausf. zu § 89c StGB auf S. 61 ff.

606 *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 67.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Gesetzgeber habe augenscheinlich keinen Anlass gesehen, die Durchführung verdächtiger Transaktionen zu verbieten. Folglich könne auch ein Meldepflichtiger nicht dafür belangt werden, eine verdächtige Transaktion durchzuführen. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber das Stillhaltegebot bewusst nicht in die MAR aufgenommen hat, um der Schnelllebigkeit des Kapitalmarktes und der ihr diametral entgegenlaufenden langwierigen Prüfungsverfahren der BaFin gerecht zu werden.[607] Eine Privilegierung von Bankangestellten, die mit einem doppelten Gehilfenvorsatz verdächtige Transaktionen ausführen, war indes nicht bezweckt. Die Beteiligtenstrafbarkeit unterschiedslos abzulehnen, erscheint daher nicht sachgerecht. Da die durch den BGH aufgestellten Kriterien für die neutrale Beihilfe ohnehin äußerst eng gefasst sind, ist der Meinungsstreit über die Beihilfe durch die Durchführung verdächtiger Transaktion überwiegend theoretischer Natur. Von einer Ausweitung der Strafbarkeit im Bankensektor kann insoweit kaum die Rede sein.[608]

C. Anzeige von Verdachtsfällen bei ungedeckten Leerverkäufen und Credit Default Swaps (CDS), § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG

Gem. § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG haben Wertpapierdienstleistungsunternehmen, andere Kreditinstitute, Kapitalverwaltungsgesellschaften und Betreiber von außerbörslichen Märkten der BaFin gegenüber eine Meldung abzugeben, sofern festgestellte Tatsachen einen Verdacht begründen, dass mit einem Geschäft über Finanzinstrumente gegen das Verbot ungedeckter Leerverkäufe oder Credit Default Swaps (CDS) aus Art. 12, 13, 14 EU-Leerverkaufs-VO[609] verstoßen wurde. Etwaige Meldeverfehlungen der Verpflichteten sind nach § 120 Abs. 2 Nr. 2 lit. a WpHG bußgeldbewehrt.

I. Zugrunde liegende Tatbestände

Die der Verdachtsmeldepflicht aus § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG zugrunde liegenden Verbote sind das Verbot ungedeckter Leerverkäufe in Aktien und

607 *Schwintek,* WM 2005, 861 (866).
608 Instruktiv hierzu *Schwintek,* WM 2005, 861 (867).
609 Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. Nr. L 86/1 vom 24.03.2012, S. 3–26).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

öffentlichen Schuldtiteln gem. Art. 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 EU-Leerverkaufs-VO und das Verbot ungedeckter CDS auf öffentliche Schuldtitel gem. Art. 14 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO. Beide Verbote ähneln sich sowohl in ihrer dogmatischen Behandlung als auch in ihrer historischen Entwicklung, weshalb die Hintergründe zu den Vorschriften im Folgenden gemeinsam behandelt werden.

I. Normgenese

Das Bedürfnis nach einer Regulierung von Leerverkäufen und CDS wurde aus deutscher Sicht erst im Rahmen der globalen Finanzkrise im Jahr 2008 erkennbar.[610] Bis dahin herrschte die Auffassung, dass die Vorteile der freien Nutzung der Finanzinstrumente die Nachteile überwiegen würden. So können Leerverkäufe insbesondere dazu eingesetzt werden, Liquidität in Reaktion auf eine unerwartete Nachfrage auf ein Finanzinstrument bereitzustellen.[611] CDS dienen hingegen der Abdeckung von Kreditrisiken. Ihr Handel bringt auf den ersten Blick keine Nachteile mit sich. Vielmehr ist in ihnen ein Finanzinstrument zu sehen, mit dem gehandelt und auf das spekuliert werden kann und angesichts ihres erforschten Nutzens im Rahmen der Kapitalallokation und Liquiditätserhöhung auch soll.[612]

Die Finanzkrise 2008 hat jedoch gezeigt, dass eine unkontrollierte Nutzung dieser Finanzinstrumente verheerende Wirkungen nach sich ziehen kann. Gerade in Zeiten beträchtlicher finanzieller Instabilität vermögen Leerverkäufe Abwärtsspiralen von Aktienkursen zu verstärken.[613] Denn sinkende Aktienkurse veranlassen Anleger zu weiteren Leerverkäufen, die im Ergebnis weiter sinkende Aktienkurse mit sich bringen. Ein vergleichbarer Spiraleffekt konnte auch im Handel mit CDS beobachtet werden. Gerät der ursprüngliche Debitor in Zahlungsschwierigkeiten, so betrifft dies nicht nur den Kreditoren, sondern auch die vielzähligen Anleger, die hinsichtlich des Ausfallrisikos außerbörslich, meist gebündelt mit weiteren CDS

610 *Augustin/u. a.,* AnnuRevFinancEcon, 175 (175); *Trüg,* in: *Hiebl/Kassebohm/Lillie* (Hg.), FS-Mehle, 637 (637).

611 *Schlimbach,* Leerverkäufe, S. 18; zur Funktionsweise von Leerverkäufen siehe unten S. 179 ff.

612 Zum Forschungsstand des gesamtwirtschaftlichen Nutzens von CDS und des Handelns mit ebendiesen: *Augustin/u. a.,* AnnuRevFinancEcon, 175 (178 ff.).

613 EG 1 Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. Nr. L 86/1, vom 24.03.2012, S. 3–26).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

innerhalb eines Portfolios (sog. *Colletaralized Debt Obligations [CDO]*) spekuliert haben. Dieser Spiraleffekt nahm besonders im Zusammenhang mit dem US-amerikanischen Immobilienmarkt[614] globale Dimension an, wo sich der unkontrollierte Handel mit CDS im Jahr 2007 auf einen absurden (ausstehenden) Nominalbetrag von 62 Billionen US-Dollar belief – etwa das Dreifache des Bruttoinlandsproduktes der Vereinigten Staaten von Amerika im Jahr 2020.[615]

Der durch die Finanzkrise bedingte Zusammenbruch der Bank *Lehman Brothers* im September 2008 veranlasste die BaFin zur einstweiligen Einschränkung von Leerverkäufen. Allein in den verbleibenden Monaten im Jahr 2008 erließ sie auf Grundlage von § 4 Abs. 1 WpHG a.F. mehrere Allgemeinverfügungen, die ungedeckte Leerverkäufe in Aktien bestimmter Finanzmarktunternehmen verboten.[616] Im Mai 2010 erfolgten durch weitere Allgemeinverfügungen schließlich ein Verbot ungedeckter CDS in Staatsanleihen der Mitgliedstaaten der Eurozone, ein Verbot ungedeckter Leerverkäufe in Aktien der zehn bedeutendsten deutschen Finanzunternehmen und ein Verbot von Leerverkäufen in Schuldtiteln der Eurostaaten.[617] Alle noch gültigen Allgemeinverfügungen wurden durch das WpMiVoG[618] vom 26.07.2010 abgelöst, das wiederum in den §§ 30h ff. WpHG a.F. umgesetzt wurde. Mit §§ 30h, 30j WpHG a.F. schuf der nationale Gesetzgeber erstmals einen Verbotstatbestand gegen die Vornahme von ungedeckten Leerverkäufen und CDS.

Auch erste Vorarbeiten zu einer europäischen Regelung begannen unmittelbar nach dem Zusammenbruch von *Lehman Brothers*. Im Jahr 2009 veröffentlichte das *Technical Committee* der *International Organization of*

614 Die sog. „Subprime"-Krise aus dem Jahr 2007 gilt als Auslöser der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise aus den Jahren 2008/2009. Zur historischen Entwicklung der Finanzkrise und der Rolle von CDS, siehe *Henschel,* CDS in der Finanzkrise, S. 36 ff. m. w. N.

615 *ISDA,* Market Summary, online verfügbar unter: https://www.isda.org/category/research/surveys, S. 3; *Mülbert/Sajnovits,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Vor Art. 1 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 4; *Urmersbach,* BIP in den USA, online verfügbar unter: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/14418/umfrage/bruttoinlandsprodukt-in-den-usa/.

616 Siehe etwa Allgemeinverfügung der BaFin vom 19. September 2008; *Krüger/Ludewig,* WM 2012, 1942 (1942 f.); *Weick-Ludewig,* in: *Fuchs,* WpHG, § 30h, Rn. 5.

617 *Mülbert/Sajnovits,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Vor Art. 1 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 7.

618 Gesetz vom 21.07.2010 zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte, BGBl. I S. 945.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Securities Comissions (IOSCO)[619] einen Konsultationsreport zu einer zwischenstaatlichen Leerverkaufsregulierung. Auf dessen Grundlage veröffentlichte die *ESMA* (damals noch das *CESR*) im Jahr 2010 einen Konsultationsentwurf zu einem europäischen Transparenzregime für Leerverkäufe.[620] Diese enthielten allerdings noch keine Verbotsvorschriften. Der Europäische Gesetzgeber sah sich jedoch angesichts der durch die vielfachen nationalen Allgemeinverfügungen drohenden Rechtszersplitterung gezwungen, sowohl ungedeckte Leerverkäufe als auch CDS in seiner EU-Leerverkaufsverordnung aus dem Jahr 2012 zu verbieten.[621] Komplettiert wird die EU-Leerverkaufsverordnung durch zahlreiche Delegierte Verordnungen, die auch einzelne Merkmale von ungedeckten Leerverkäufen und CDS weiter präzisieren (Level-3-Rechtsakte).[622]

619 IOSCO ist eine internationale Vereinigung der Wertpapieraufsichtsbehörden, in der Grundsätze und Standards für die Aufsicht für die Wertpapiermärkte erarbeitet werden und durch die die Zusammenarbeit der Wertpapieraufsichtsbehörden gefördert werden sollen, *v. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 18 WpHG, Rn. 20.

620 *Krüger,* WM 2012, 1942 (1952).

621 *Mülbert/Sajnovits,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Vor Art. 1 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 9.

622 Delegierte Verordnung (EU) Nr. 918/2012 der Kommission vom 5. Juli 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps im Hinblick auf Begriffsbestimmungen, die Berechnung von Netto-Leerverkaufspositionen, gedeckte Credit Default Swaps auf öffentliche Schuldtitel, Meldeschwellen, Liquiditätsschwellen für die vorübergehende Aufhebung von Beschränkungen, signifikante Wertminderungen bei Finanzinstrumenten und ungünstige Ereignisse, (ABl. Nr. L 274/1 vom 9.1.2012, S. 45–59); Delegierte Verordnung (EU) Nr. 826/2012 der Kommission vom 29. Juni 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die Melde- und Offenlegungspflichten in Bezug auf Netto-Leerverkaufspositionen, die Einzelheiten der in Bezug auf Netto-Leerverkaufspositionen an die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde zu übermittelnden Informationen und die Methode zur Berechnung des Umsatzes zwecks Ermittlung der unter die Ausnahmeregelung fallenden Aktien (ABl. Nr. L 251/1 vom 18.9.2012, S. 27–36); Delegierte Verordnung (EU) Nr. 919/2012 der Kommission vom 5. Juli 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die Methode zur Berechnung der Wertminderung bei liquiden Aktien und anderen Finanzinstrumenten (ABl. Nr. L 274/16 vom 09.10.2012, S. 60–61).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Normzweck und Deliktsnatur

Auch der Ansicht des Europäischen Gesetzgebers zufolge haben – zumindest exzessive – ungedeckte Leerverkäufe das Potenzial, in turbulenten Zeiten das Marktgleichgewicht zu stören, da gezielt auf einen Kursverfall spekuliert wird.[623] Entsprechendes gelte für den unkontrollierten Handel mit CDS, wobei hier nicht der Kursverfall, sondern vielmehr ein Zahlungsausfall Objekt von Spekulationen wird. Angesichts der nicht von der Hand zu weisenden Vorteile und der durch die Privatautonomie grundsätzlich zu schützenden Interessen der Anleger wäre ein ausnahmsloses Verbot von Leerverkäufen und CDS jedoch weder verhältnismäßig noch zielführend. Der Europäische Gesetzgeber hat sich deshalb für eine Einschränkung des Handels mit Leerverkäufen und CDS dergestalt entschieden, als dass es eine hinreichende nachweisbare Beziehung zwischen Anleger und Leerverkaufsposition bzw. der Position aus dem CDS bedarf. Der vorrangige Schutzzweck der beiden Verbotsvorschriften soll dabei in der Förderung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte liegen.[624]

Allerdings ist es gerade hinsichtlich des Verbots ungedeckter Leerverkäufe umstritten, ob diese die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte tatsächlich beeinflussen. Anders als ungedeckte CDS, die nachweislich die Finanzkrise aus dem Jahr 2008 zumindest beschleunigt haben,[625] ist die Studienlage zu den negativen Auswirkungen ungedeckter Leerverkäufe auf die Marktvolatilität nicht eindeutig. Während einige Untersuchungen ihnen keine oder eine nur geringe volatilitätserhöhende Wirkung zuschreiben, gelangen andere zu gegenteiligen Ergebnissen.[626]

Der Europäische Gesetzgeber hat gleichwohl ein Verbot ungedeckter Leerverkäufe in die EU-Leerverkäufe mit aufgenommen. Dieser erkennt die Vornahme eines Leerverkaufs bzw. eines CDS ohne hinreichende Deckung als inhärent gefährlich für die Integrität des Finanzmarktes an.[627]

623 *Mülbert/Sajnovits,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 12, 13 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 15.

624 Siehe EG 1, 2, 14, 21, 22 Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. Nr. L 86/1 vom 24.3.2012, S. 3–26); *Schlimbach,* Leerverkäufe, S. 34 ff., 81.

625 *Chiaramonte/Casu,* EJF 2013, 861 (861); *Möschel,* ZRP 2009, 129 (130); *Zeitler,* WM 2012, 673 (676 f.); instruktiv *Dickinson,* CDS, S. 4 ff.

626 *Yadav/u. a.,* Naked Short Selling, S. 26 ff.; Überblick der Studienlage bei *Lange,* Regulierung von Aktienleerverkäufen, S. 284

627 *Zetzsche/Lehmann,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 53 WpHG, Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dass eine konkrete Gefährdungslage nicht erforderlich ist, ergibt sich schon aus der Natur der Regelungsmaterie. So führen vereinzelte Leerverkäufe und CDS noch nicht zu krisenauslösenden Spiraleffekten. Insoweit sind Art. 12, 13, 14 EU-LeerverkaufsVO richtigerweise als abstrakte Gefährdungsdelikte zu qualifizieren.

3. Tatbestandsmäßigkeit

a. Ungedeckte Leerverkäufe in Aktien und von öffentlichen Schuldtiteln, Art. 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO

Der objektive Tatbestand des Verbotes ungedeckter Leerverkäufe nach Art. 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO ist erfüllt, wenn eine natürliche oder juristische Person eine zum Handel an einem Handelsplatz zugelassene Aktie (Art. 12 EU-LeerverkaufsVO) oder einen öffentlichen Schuldtitel (Art. 13 EU-LeerverkaufsVO) ohne eine hinreichende Deckung leer verkauft (engl. *naked short selling*). Der Aktienbegriff erstreckt sich auf alle Aktiengattungen, die an einem Handelsplatz der EU zugelassen sind.[628] Der Begriff des öffentlichen Schuldtitels wird in Art. 2 Abs. 1 lit. f) EU-LeerverkaufsVO legaldefiniert und meint ein Schuldinstrument, das von einem öffentlichen Emittenten begeben wird. Ein öffentlicher Emittent ist wiederum gem. Art. 2 Abs. 1 lit. d) EU-LeerverkaufsVO jeder Mitgliedstaat einschließlich seiner Ministerien, Agenturen und Zweckgesellschaften; bei bundesstaatlich organisierten Mitgliedstaaten die Gliedstaaten des Bundes (in Deutschland die Bundesländer), eine für mehrere Mitgliedstaaten tätige Zweckgesellschaft[629] sowie ein von zwei oder mehr Mitgliedstaaten gegründetes internationales Finanzinstitut und die Europäische Investitionsbank (EIB). Erfasst sind somit auch Staatsanleihen und Fremdwährungsanleihen einzelner Mitgliedstaaten der EU.[630]

628 *Mülbert/Sajnovits,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 12, 13 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 16.

629 Wie beispielsweise der Europäische Stabilisierungsmechanismus (ESM).

630 *Mülbert/Sajnovits,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 12, 13 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 20; *ESMA,* Q&A on short selling and cds, online verfügbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-408_qa_on_ssr.pdf, answer 1. i., S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa. Leerverkauf

Der Begriff des Leerverkaufs (engl. *short selling*) ist wiederum in Art. 2 Abs. 1 lit. b EU-LeerverkaufsVO legaldefiniert.[631] Vereinfacht ist ein Leerverkauf ein Verkauf von Aktien oder Schuldinstrumenten, die sich zum Zeitpunkt der Verkaufsvereinbarung nicht im Eigentum des Verkäufers (im Folgenden: Anleger) befinden. Exemplarisch verschafft sich der Anleger hierfür in einem ersten Schritt etwa durch eine Wertpapierleihe mit entsprechend terminierter Rückgabevereinbarung die gewünschten Wertpapiere. In einem zweiten Schritt verkauft er diese an einem öffentlichen Handelsplatz zu einem bestimmten Kurs. Bei Fälligkeit der Rückgabe- oder Rückkaufvereinbarung kauft der Anleger die Wertpapiere zu einem neuen Kurs wieder ein und verschafft diese dem Verleiher. Der Anleger spekuliert dabei auf sinkende Kurse. Die Aktienrendite besteht in dem Kursverfall abzüglich der durch die Aktienleihe typischerweise entfallenden Nutzungsgebühren.

Das den Leerverkauf typisierende Merkmal ist das fehlende Eigentum des Leerverkäufers an dem Wertpapier. Der Eigentumsbegriff entspricht dabei nicht dem sachenrechtlichen Verständnis, sondern ist dem Schutzzweck der LeerverkaufsVO nach autonom zu bestimmen. Zur Präzisierung des leerverkaufsspezifischen Eigentumsbegriffs differenziert Art. 3 Del-VO (EU) 918/2012[632] zwischen dem „rechtlichen" und dem „wirtschaftlichen

631 Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck „Leerverkauf" im Zusammenhang mit Aktien oder Schuldinstrumenten einen Verkauf von Aktien oder Schuldinstrumenten, die sich zum Zeitpunkt des Eingehens der Verkaufsvereinbarung nicht im Eigentum des Verkäufers befinden, einschließlich eines Verkaufs, bei dem der Verkäufer zum Zeitpunkt des Eingehens der Verkaufsvereinbarung die Aktien oder Schuldinstrumente geliehen hat oder eine Vereinbarung getroffen hat, diese zu leihen, um sie bei der Abwicklung zu liefern; diese Begriffsbestimmung umfasst nicht: i) den Verkauf seitens einer der Parteien einer Rückkaufvereinbarung, bei der die eine Partei der anderen ein Wertpapier zu einem festgesetzten Kurs verkauft und die andere Partei sich verpflichtet, dieses Wertpapier zu einem späteren Zeitpunkt zu einem ebenfalls festgesetzten Kurs zurückzukaufen; ii) die Übertragung von Wertpapieren im Rahmen einer Wertpapierleihe-Vereinbarung oder iii) den Abschluss eines Terminkontrakts oder eines anderen Derivatekontrakts über den Verkauf von Wertpapieren zu einem bestimmten Kurs zu einem künftigen Zeitpunkt, Art. 2 Abs. 1 lit. b) Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. Nr. L 86/1 vom 24.03.2012, S. 1–24).

632 Delegierte Verordnung (EU) Nr. 918/2012 der Kommission vom 5. Juli 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eigentümer". Insofern ist neben der normativen Rechtsinhaberschaft[633] zusätzlich das mit dem Erwerb eines Finanzinstruments verbundene wirtschaftliche Risiko für die Bestimmung des Eigentums (wirtschaftlicher Eigentumsbegriff) entscheidend, Art. 3 Abs. 1 S. 3 Del-VO (EU) 918/2012. Bei einem Auseinanderfallen zwischen dem rechtlichen und dem wirtschaftlichen Eigentümer gehen die EU-LeerverkaufsVO sowie die Del-VO (EU) 918/2012 von einem Vorrang des wirtschaftlichen Eigentümers aus.[634] Auch nach Ansicht der ESMA ist die Bestimmung des Trägers des wirtschaftlichen Regelfalles für die LeerverkaufsVO maßgeblich.[635] Denn dem Zweck der Verhinderung von dem Finanzsystem schädigenden Spekulationen kann nur dann effektiv begegnet werden, wenn die Verbotsvorschriften der LeerverkaufsVO an die Spekulanten, also gerade den Trägern des wirtschaftlichen Risikos, adressiert werden.

Art. 2 Abs. 1 lit. b) EU-LeerverkaufsVO nennt drei Fallgruppen, die keine Leerverkäufe i. S. d. LeerverkaufsVO sind. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. b) i) EU-LeerverkaufsVO ist der Verkauf seitens einer der Parteien einer Rückkaufvereinbarung, bei der die eine Partei der anderen ein Wertpapier zu einem festgesetzten Kurs verkauft und die andere Partei sich verpflichtet, dieses Wertpapier zu einem späteren Zeitpunkt zu einem ebenfalls festgesetzten Kurs zurückzukaufen, kein Leerverkauf (sog. *repurchase operation, „Repo"*). Sollte der Wert des Wertpapiers zum Rückkaufszeitpunkt gesunken sein, so besteht eine Nachschusspflicht des Verkäufers. Repo-Geschäfte dienen hauptsächlich der Generierung von Liquidität und nicht der Spekulation,

---

des Rates über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps im Hinblick auf Begriffsbestimmungen, die Berechnung von Netto-Leerverkaufspositionen, gedeckte Credit Default Swaps auf öffentliche Schuldtitel, Meldeschwellen, Liquiditätsschwellen für die vorübergehende Aufhebung von Beschränkungen, signifikante Wertminderungen bei Finanzinstrumenten und ungünstige Ereignisse (ABl. Nr. L 274 vom 9.10.2012, S. 1–15).

633 Nach deutschem Börsenrecht müssen Wertpapiere nicht zwangsläufig verbrieft werden (§ 32 BörsG), weshalb von „Eigentum" nicht die Rede sein kann, vgl. auch: *Mülbert/Sajnovits,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 2 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 7.

634 *Mülbert/Sajnovits,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 2 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 9; *dies.,* ZBB 2012, 266 (270); *Schäfer,* in: *Assmann/u. a.,* Hdb. Kapitalanlagerecht, § 21, Rn. 15; *Saliger,* in: NK-KapStrR, Kap. 6.2, Rn. 9; *Weick-Ludewig,* in: *Fuchs,* WpHG, § 30h, Rn. 3.

635 *ESMA,* Technical advice on Delegated Acts, S. 8, Rn. 4; *Weick-Ludewig/Sajnovits,* WM 2014, 1521 (1522).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sodass der durch die Leerverkaufsverordnung verfolgte Schutzzweck bei Repo-Geschäften nicht berührt wird.[636]

Des Weiteren ist die Übertragung von Wertpapieren im Rahmen einer Wertpapierleihe-Vereinbarung kein Leerverkauf i. S. d. EU-Leerverkaufs-VO, Art. 2 Abs. 1 lit. b) ii) EU-LeerverkaufsVO. Die „Wertpapierleihe" ist in juristischer Terminologie als Sachdarlehen nach § 607 BGB zu kategorisieren, weshalb (rechtliches) Eigentum für eine gewisse Dauer an den Wertpapierentleiher (Darlehensnehmer) übertragen wird.[637] Geht man allerdings mit der hM von einem Überwiegen des wirtschaftlichen Eigentumsbegriffes aus, so zeigt sich die bloß deklaratorische Natur des Ausschlusses der Wertpapierleihe vom Leerverkauf. Denn der Wertpapierentleiher (Darlehensnehmer) erlangt zwar zeitweise rechtliches Eigentum am Wertpapier, das wirtschaftliche Risiko bleibt allerdings bei einer von vornherein nur befristeten Eigentumsübertragung beim Wertpapierverleiher (Darlehensgeber). Demzufolge liegt hier schon *per definitionem* aus Art. 2 Abs. 1 lit. b EU-LeerverkaufsVO kein Leerverkauf vor.[638]

Zuletzt ist nach Art. 2 Abs. 1 lit. b) iii) EU-LeerverkaufsVO der Abschluss eines Terminkontrakts (engl. *future*) oder eines anderen Derivatkontrakts über den Verkauf von Wertpapieren zu einem bestimmten Kurs zu einem künftigen Zeitpunkt vom Leerverkaufsbegriff ausgeschlossen. Die Bestimmungen der Leerverkaufsverordnung sollen mithin nicht in den Derivatemarkt eingreifen.[639] Dies ist überwiegend der EMIR[640] vorbehalten sein.

Weitere Ausnahmevorschriften wurden von der ESMA in Art. 3 Abs. 2 Del-VO (EU) 918/2012 eingebracht. Als Normen eines präzisierenden Rechtsaktes dienen die Ausnahmevorschriften überwiegend der Klarstellung und sind damit deklaratorischer Natur.[641] Auf eine vertiefte Auseinandersetzung wird daher an dieser Stelle verzichtet.

636 Ausf. zu den Repo-Geschäften: *Choudry,* The Repo Handbook.
637 BGH WM 2009, 896 (897); BFH NJW 2016, 671 (672); DStR 2014, 2012 (2016).
638 So auch: *Mülbert/Sajnovits,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 2 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 12; *Weick-Ludewig/Sajnovits,* WM 2014, 1521 (1523).
639 *Weick-Ludewig/Sajnovits,* WM 2014, 1521 (1523).
640 Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (ABl. Nr. L 201/1 vom 27.7.2012, S. 209–267).
641 *ESMA,* Technical advice on Delegated Acts, S. 8, Rn. 4; *Weick-Ludewig/Sajnovits,* WM 2014, 1521 (1523).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb. Unzureichende Deckung

Der Anleger darf ein Wertpapier nur dann leer verkaufen, wenn dieser Verkauf hinreichend gedeckt ist. Wann das der Fall ist, legen Art. 12 Abs. 1 lit. a)–c), 13 Abs. 1 lit. a)–c) EU-LeerverkaufsVO fest. Festzuhalten ist, dass die Deckung zum Zeitpunkt des Leerverkaufs gegeben sein muss. Eine nachträgliche Deckung, etwa am Ende eines Handelstages, reicht dagegen nicht aus.[642]

Ein Leerverkauf ist gem. Art. 12 Abs. 1 lit. a), 13 Abs. 1 lit. a) EU-LeerverkaufsVO dann gedeckt und somit nicht verboten, wenn er durch eine Leihe oder ein rechtlich gleichwertiges Geschäft abgesichert ist. Wie bereits ausgeführt, ist die Wertpapierleihe als Sachdarlehen einzuordnen. Der Anleger erlangt hierdurch bei Valutierung zeitweise sachenrechtlich Eigentum an dem anschließend verkauften Wertpapier. Dieses (rechtliche) Eigentum reicht dem Gesetzgeber aus, um den Leerverkauf hinreichend zu sichern. „Rechtlich gleichwertige Geschäfte" müssen somit dem Anleger ebenfalls ein zumindest befristetes Eigentum an dem Wertpapier verschaffen. Das wirtschaftliche Eigentum darf dabei begriffsnotwendig nicht auf den Anleger übergehen, da andernfalls kein Leerverkauf mehr vorliegt. Zu nennen sind etwa die bereits erwähnten Repos sowie andere Pensionsgeschäfte[643] und *Buy and Sell back (BSB)*[644]-Vereinbarungen.[645]

Gem. Art. 12 Abs. 1 lit. b), 13 Abs. 1 lit. b) EU-LeerverkaufsVO ist zudem von einer hinreichenden Deckung auszugehen, soweit das Wertpapier durch eine Leihvereinbarung oder durch einen vertraglich oder eigentums-

642 Siehe Art. 2 Abs. 1 lit. b) Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. Nr. L 86 vom 24.03.2012, S. 1–24); aA *Wehowsky,* in: Erbs/Kohlhaas Straf. NG, § 30h WpHG, Rn. 4.

643 Bei Pensionsgeschäften überträgt der Pensionsgeber dem Pensionsnehmer gegen Zahlung eines Betrages einen Vermögensgegenstand (hier Wertpapier) und vereinbart gleichzeitig, dass der Vermögensgegenstand später gegen Entrichtung des empfangenen oder eines im Voraus vereinbarten anderen Betrags an den Pensionsgeber zurückübertragen wird, vgl. § 340b HGB. Das Repo ist ein Unterfall eines echten Pensionsgeschäftes, *Gesell,* Wertpapierleihe, S. 158.

644 BSB-Vereinbarungen sind Geschäfte, bei dem eine Partei Wertpapiere oder Waren kauft oder verkauft, wobei sie sich verpflichtet, Wertpapiere oder Waren zu einem künftigen Zeitpunkt zu verkaufen bzw. zurückzukaufen. Zur Abgrenzung zum Repo *ESMA,* Report in securities financing transactions, Rn. 21 ff.

645 *Mülbert/Sajnovits,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 12, 13 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtlich unbedingt durchsetzbaren Anspruch auf Eigentumsübertragung an einer entsprechenden Anzahl von Wertpapieren derselben Gattung gesichert ist, sodass das Geschäft bei Fälligkeit abgewickelt werden kann. Mit der Aufnahme der Leihvereinbarung reicht der Abschluss der Wertpapierleihe bereits als Deckungsgeschäft aus. Die Wertpapierleihe als Sachdarlehen muss noch nicht zur Valutierung gediehen sein. Insofern muss der Leerverkäufer nicht den Zeitpunkt der (rechtlichen) Eigentumsübertragung abwarten, sondern kann schon vorher die Wertpapiere leer verkaufen. Weitere Beispiele für vertragliche oder eigentumsrechtliche Ansprüche, die eine hinreichende Deckung gewährleisten, zählt Art. 5 Abs. 1 DurchfVO (EU) 827/2012 auf.[646]

Als letzte zulässige Deckungsvariante nennen Art. 12 Abs. 1 lit. b), 13 Abs. 1 lit. b) EU-LeerverkaufsVO sog. Lokalisierungszusagen für Aktien oder für Schuldtitel von tauglichen Dritten. Art. 6 DurchfVO (EU) 827/2012 konkretisiert den Begriff der Lokalisierungszusage für Aktien, die sich aus einer Lokalisierungsbestätigung und einer Vormerkungsbestätigung zusammensetzt. Eine Lokalisierungsbestätigung ist danach eine dem Leerverkauf vorangehende Bestätigung eines Dritten, wonach er die Aktien unter Berücksichtigung der Höhe des möglichen Verkaufs und der Marktbedingungen fristgerecht für die Abwicklung zur Verfügung stellen kann und in der angegeben ist, für welchen Zeitraum die Aktie lokalisiert ist.[647] Eine Vormerkungsbestätigung ist demgegenüber eine dem Leerverkauf vorangegangene Bestätigung des Dritten, dass er die angefragte Anzahl von Aktien für diese Person zumindest vorgemerkt hat.[648] Der Anleger muss somit nicht über die Aktie verfügen; es reicht eine durch die Vormerkungs-

646 Durchführungsverordnung (EU) Nr. 827/2012 der Kommission vom 29. Juni 2012 zur Festlegung technischer Durchführungsstandards in Bezug auf die Verfahren für die Offenlegung von Nettopositionen in Aktien gegenüber der Öffentlichkeit, das Format, in dem der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde Informationen zu Netto-Leerverkaufspositionen zu übermitteln sind, die Arten von Vereinbarungen, Zusagen und Maßnahmen, die angemessen gewährleisten, dass Aktien oder öffentliche Schuldtitel für die Abwicklung des Geschäfts verfügbar sind, und die Daten, zu denen die Ermittlung des Haupthandelsplatzes einer Aktie erfolgt, sowie den Zeitraum, auf den sich die betreffende Berechnung bezieht, gemäß der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. Nr. L 251 vom 18.09.2012, S. 11–18) (DurchfVO (EU) 827/2012).

647 Art. 6 Abs. 2 lit. a) DurchfVO (EU) 827/2012.

648 Art. 6 Abs. 2 lit. b) DurchfVO (EU) 827/2012.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bestätigung gesicherte, in Aussicht gestellte Zurverfügungstellung.[649] Die Anforderungen für Lokalisierungszusagen hinsichtlich öffentlicher Schuldtitel finden sich in Art. 7 DurchfVO (EU) 827/2012.[650]

b. Credit Default Swaps (CDS) auf öffentliche Schuldtitel, Art. 14 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO

Ebenso wie Leerverkäufe dürfen Transaktionen über sog. Credit Default Swaps (CDS) auf öffentliche Schuldtitel nicht zu einer unzureichend gedeckten Position führen, Art. 14 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO. Der Begriff des öffentlichen Schuldtitels ist in diesem Kontext deckungsgleich mit demjenigen aus Art. 13 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 lit. f) EU-LeerverkaufsVO.

aa. Credit Default Swaps (CDS)

Der Begriff des CDS ist in Art. 2 Abs. 1 lit. c EU-LeerverkaufsVO legaldefiniert.[651] Vereinfacht ist ein CDS ein Derivatekontrakt, vergleichbar einer Kreditausfallversicherung[652] zwischen dem Kreditgeber (Sicherungsnehmer) und einem Dritten (Sicherungsgeber), der Bezug auf einen Refe-

649 Art. 6 DurchfVO (EU) 827/2012 enthält in seinen weiteren Absätzen erleichterte Anforderungen für Lokalisierungszusagen, die am Tag des Leerverkaufs gemacht wurden (sog. Same-Day- Lokalisierungszusagen).

650 Hierzu ausf. *Schlimbach,* Leerverkäufe, S. 135 ff.

651 „[…] der Ausdruck ‚Credit Default Swap' (bezeichnet) einen Derivatekontrakt, bei dem eine Partei einer anderen Partei eine Prämie zahlt als Gegenleistung für eine Zahlung oder einen anderen Vorteil im Falle eines Kreditereignisses mit Bezug auf einen Referenzschuldner oder bei jedem anderen Zahlungsausfall im Zusammenhang mit diesem Derivatekontrakt, der eine vergleichbare wirtschaftliche Wirkung hat", Art. 2 Abs. 1 lit. c EU-LeerverkaufsVO. Ein Credit Default Swap auf öffentliche Schuldtitel ist ein „Credit Default Swap, bei dem im Falle eines Kreditereignisses oder Zahlungsausfalls im Zusammenhang mit einem öffentlichen Emittenten eine Zahlung geleistet oder ein anderer Vorteil gewährt wird", Art. 2 Abs. 1 lit. e EU-LeerverkaufsVO.

652 Der Unterschied zu einer Kreditausfallversicherung liegt darin, dass der Sicherungsnehmer den Swap unabhängig davon erhält, ob ihm durch den Ausfall des Referenzschuldners ein Schaden entsteht. Ein CDS ist insoweit keine „Versicherung" im klassischen Sinne. Der Handlungsgegenstand von CDS ist aber dennoch das Kreditausfallrisiko, weshalb aus Verständnisgründen an dieser Stelle der Vergleich zu Kreditausfallversicherungen gezogen wird, siehe hierzu: *Weistroffer,* Credit Default Swaps, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

renzschuldner als Basiswert nimmt. Hierfür wird ein Vertrag zwischen dem Sicherungsnehmer und dem Sicherungsgeber abgeschlossen, nach dessen Inhalt der Sicherungsgeber bis zu einem gewissen Zeitpunkt ganz oder zum Teil das Insolvenzrisiko *(Default)* des Referenzschuldners übernimmt. Im Gegenzug erhält der Sicherungsgeber von dem Sicherungsnehmer eine einmalige oder regelmäßige Prämie *(Swap)*.

Erhöht sich das jeweilige Kreditausfallrisiko, so steigen auch die Prämien für die Versicherung und damit auch der Wert des betroffenen CDS (sog. *CDS-Spread*). Dies ist deshalb wichtig, weil CDS nicht nur der reinen Kreditausfallabsicherung dienen, sondern vielmehr außerbörslich als Derivatekontrakte gehandelt werden. Der Grundgedanke hinter Derivaten ist, dass es keinerlei dingliche Inhaberschaft über den Basiswert braucht.[653] Mit einem Derivatekontrakt kann demzufolge über Wertpapiere oder, wie im Fall der CDS, über Ausfallrisiken von Anleihen spekuliert werden, ohne eine jedwede Rechtsbeziehung zu der zugrunde liegenden Basis zu haben.

Spekuliert ein Anleger beispielsweise darauf, dass sich das Kreditausfallrisiko bei einem Geschäft über einen öffentlichen Schuldtitel in nächster Zeit erhöhen wird, so tritt er als Sicherungsnehmer in ein CDS mit ein, ohne Partei des ursprünglichen Kreditverhältnisses gewesen zu sein. Hierfür bezahlt er an den Sicherungsgeber eine Prämie. Bewahrheiten sich die Vermutungen des Anlegers, so erhöht sich mit dem Kreditausfallrisiko auch der am Wertpapiermarkt gehandelte CDS-Spread. Der Anleger kann den CDS zu einer höheren Prämie verkaufen. In einer solchen Situation ähnelt der Handel mit CDS aus wirtschaftlicher Sicht einem Leerverkauf.[654]

CDS können sowohl über einzelne oder auch über eine Vielzahl von Kreditnehmerinnen und -nehmern (sog. *single-* bzw. *multi-name-CDS*) abgeschlossen werden, was sie als Spekulationsinstrument noch attraktiver, gesamtwirtschaftlich gesehen, aber auch um ein Vielfaches gefährlicher macht.[655]

bb. Transaktion

Der Verbotstatbestand aus Art. 14 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO bezieht sich auf jede Transaktion, die eine natürliche oder juristische Person mit CDS

653 *Linder/Tietz,* Börsenlexikon, S. 76.
654 EG 14 EU-LeerverkaufsVO.
655 *Culp/u. a.,* Credit Default Swaps, S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf öffentliche Schuldtitel vornimmt. Der weite Begriff der Transaktionen schließt jede Art von Rechtsgeschäft, das zur Begründung eines CDS führt, ein.[656]

cc. Ungedeckte Position

Die Transaktion darf nicht zu einer ungedeckten Position in einem CDS i. S. v. Art. 4 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO führen (sog. *naked-CDS*). Das Erfordernis einer hinreichenden Deckung soll dazu führen, dass CDS nur bei einem nachweisbaren Interesse an der Kreditausfallabsicherung besteht.

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. a EU-LeerverkaufsVO ist eine Position hinreichend gedeckt, wenn der CDS dazu dient, sich gegen ein Ausfallrisiko des Emittenten abzusichern und die natürliche oder juristische Person eine *Long*-Position in öffentlichen Schuldtiteln des betreffenden Emittenten hält, auf das sich der CDS bezieht. Eine Long-Position an öffentlichen Schuldtiteln hält grundsätzlich inne, wer Eigentümer des Schuldinstruments ist oder einen durchsetzbaren Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem Schuldinstrument hat.[657] Der Kreis der möglichen CDS-Beteiligten wird somit unmittelbar auf die Träger des wirtschaftlichen Kreditausfallrisikos beschränkt.

Außerdem ist nach Art. 4 Abs. 1 lit. b EU-LeerverkaufsVO von einer hinreichenden Deckung auszugehen, wenn der CDS dazu dient, sich gegen das Risiko eines Wertverfalls des öffentlichen Schuldtitels abzusichern, und der CDS-Inhaber Vermögenswerte besitzt oder Verbindlichkeiten hat, die unter anderem Finanzgeschäfte, ein Portfolio von Vermögenswerten oder finanziellen Verpflichtungen, dessen Wert eine Korrelation zum Wert des öffentlichen Schuldtitels aufweist, umfassen.

4. Sanktionen bei Zuwiderhandlung

Ein Verstoß gegen das Verbot ungedeckter Leerverkäufe und CDS ist eine Ordnungswidrigkeit gem. § 120 Abs. 6 Nr. 3–4 WpHG und kann mit einer Geldbuße von bis zu 500.000 Euro geahndet werden, § 120 Abs. 24 WpHG.

656 *Mülbert/Sajnovits,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 14 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 20.

657 *Mülbert/Sajnovits,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 4 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hierzu muss der Täter vorsätzlich oder leichtfertig gehandelt haben, wobei bei leichtfertigem Handeln der Höchstrahmen 250.000 Euro beträgt, § 7 Abs. 2 OWiG. Zu den Begriffen des Vorsatzes und der Leichtfertigkeit kann auf die Ausführungen zum Verbot des Insiderhandels und der Marktmanipulation verwiesen werden. Die Geldbuße kann gem. § 30 OWiG sowohl gegen juristische Personen als auch bei Verletzung von Aufsichtspflichten gegenüber den jeweiligen Unternehmensverantwortlichen verhängt werden, § 9 OWiG.

Auch aus strafrechtlicher Warte können insbesondere solche Konstellationen relevant werden, in denen das Spekulationsinstrument des Leerverkaufs zu einem Mittel der Kursschädigung zweckentfremdet wird. Handelt der Leerverkäufer ohne tatsächliche Verkaufsabsicht, sondern nur mit der Intention, den Aktienkurs eines betroffenen Unternehmens negativ zu beeinflussen, so spricht man von einem *abusive naked short selling* (Leerverkaufsattacke). Dabei wird durch die vorgespiegelte Erfüllungswilligkeit ein „irreführendes Signal" hinsichtlich des Preises eines Finanzinstruments begründet, das sich in der Kursbildung niederschlägt.[658] Dabei steht eine Strafbarkeit wegen einer handelsgestützten Marktmanipulation gem. § 119 Abs. 1 Nr. 1 WpHG i. V. m. Art. 15, 12 Abs. 1 lit. a)–c) MAR im Raum.[659] Solche Leerverkaufsattacken sind keine Einzelfälle. Der Unionsgesetzgeber hat diese Praxis in Anhang I Abschnitt A lit. d MAR i. V. m. Anhang II Abschnitt 1 Nr. 4 lit. d Del-VO 2016/522[660] als Indikator für das Vorliegen von marktmanipulativen Verhalten aufgenommen.

II. Anzeige von Verdachtsfällen, § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG

Gem. § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG haben Wertpapierdienstleistungsunternehmen, andere Kreditinstitute, Kapitalverwaltungsgesellschaften und Betreiber von

658 Instruktiv *Trüg,* in: *Hiebl/Kassebohm/Lillie* (Hg.), FS-Mehle, 637 (653 ff.).

659 In Betracht kommt dabei insbesondere das Regelbeispiel des sog. *Scalping* nach Art. 12 Abs. 2 lit. d MAR, hierzu ausf.: *Bayram/Meier,* BKR 2018, 55 (56 ff.).

660 Delegierte Verordnung (EU) 2016/522 der Kommission vom 17. Dezember 2015 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf eine Ausnahme für bestimmte öffentliche Stellen und Zentralbanken von Drittstaaten, die Indikatoren für Marktmanipulation, die Schwellenwerte für die Offenlegung, die zuständige Behörde, der ein Aufschub zu melden ist, die Erlaubnis zum Handel während eines geschlossenen Zeitraums und die Arten meldepflichtiger Eigengeschäfte von Führungskräften (ABl. Nr. L 88 vom 5.4.2016, S. 1–18).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

außerbörslichen Märkten, an denen Finanzinstrumente gehandelt werden, bei der Feststellung von Tatsachen, die den Verdacht begründen, dass mit einem Geschäft über Finanzinstrumente gegen die Art. 12, 13, 14 EU-LeerverkaufsVO verstoßen wird, diese unverzüglich der BaFin mitzuteilen. Die Meldepflichtigen dürfen dabei Dritte bis auf staatliche Stellen und Berufsgeheimnisträger von der Anzeige oder von einer darauf eingeleiteten Untersuchung nicht in Kenntnis setzen, § 23 Abs. 1 S. 2 WpHG. Sowohl Verstöße gegen die Verdachtsmeldepflicht und die korrespondierende Verschwiegenheitspflicht sind bußgeldbewehrt, § 120 Abs. 2 Nr. 2 lit. a, c WpHG.

I. Hintergrund

a. Historik

Bis zur Umsetzung des 2. Finanzmarktnovellierungsgesetzes (2. FiMaNoG)[661] war die Meldepflicht bei Verdacht auf ungedeckte Leerverkäufe und CDS gemeinsam mit der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht in § 10 Abs. 1 S. 1 WpHG a.F. geregelt.[662] Anders als ihr marktmissbrauchsrechtliches Pendant ist die Meldepflicht für Leerverkäufe und CDS nicht mit dem AnSVG,[663] sondern erst nachträglich durch das Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivatgeschäfte[664] im Jahr 2010 in das WpHG eingefügt worden. Dieses Gesetz diente indes nicht der Umsetzung etwaiger Unionsvorgaben; vielmehr ist die Verdachtsmeldepflicht bei ungedeckten Leerverkäufen und CDS ein rein nationales Konstrukt, das das durch die Finanzkrise erschütterte Vertrauen in die Finanzmärkte wiederherstellen sollte.[665] Insoweit unterliegt die Vor-

661 Zweites Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz vom 23.6.2017, BGBl. I 2017, 1693.

662 Zur Rechtshistorie vor dem Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte aus dem Jahr 2010 kann daher auf die Ausführung zur Historie der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht, § 10 WpHG a.F., verwiesen werden, siehe hierzu S. 142 ff.

663 Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz – AnSVG) vom 28.10.2004, BGBl. I 2004, 2630.

664 Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte vom 21.07.2010, BGBl. I 2010, 945.

665 Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP eines Gesetzes zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte vom 08.06.2010, BT-Drs. 17/1952, S. 1; *v. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 23 WpHG, Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schrift auch nicht länger dem Gebot richtlinienkonformer Auslegung aus Art. 4 Abs. 3 EUV.[666]

Gleichwohl erscheint eine Auslegung von § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG im Einklang mit verwandten und mit der Regelungsmaterie im Kontext stehenden unionsrechtlichen Normen nach den Grundsätzen der systematischen Auslegung angezeigt.[667] So besteht ein unstreitig enger sachlicher Zusammenhang der Pflicht aus § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG zur Meldepflicht nach Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR, der sich aus der gemeinsamen Normhistorie sowie aus einem verwandten Regelungszweck, nämlich der Verhinderung und Verfolgung von marktschädigenden Verhaltensweisen, ergibt. Insoweit greifen Teile der Literatur zur Auslegung einzelner (ungeregelter) Meldemodalitäten von § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG auf die Auslegungsregeln und Durchführungsvorschriften zur MAR-Meldepflicht zurück.[668]

b. Zuständige Meldebehörde

Zuständig für die Entgegennahme und Untersuchung der eingereichten Verdachtsmeldung ist in Deutschland die BaFin, § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 lit. j EU-LeerverkaufsVO. Die Rolle der BaFin wurde bereits im Kontext von Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR thematisiert, weshalb für eine detaillierte Auseinandersetzung auf die dortigen Darstellungen verwiesen wird.[669]

c. Regelungszweck

Im Gegensatz zur geldwäscherechtlichen und marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht hat der Gesetzgeber in seiner Begründung zu § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG Ausführungen zur dogmatischen Einordnung der Vorschrift gemacht. So soll die Verdachtsmeldepflicht die Verfolgung und

666 Zur dogmatischen Herleitung des Gebots unionsrechtskonformer Auslegung aus Art. 4 EUV, grundlegend: EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Sabine von Colson und Elisabeth Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen, EU:C:1984:153, Rn. 26; Urteil vom 10.04.1984, Dorit Harz gegen Deutsche Tradax GmbH, EU:C:1984:155, Rn. 26.

667 *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 8.

668 *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 5; *v. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 23 WpHG, Rn. 2.

669 Siehe oben S. 144 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Durchsetzung der zeitgleich eingefügten Verbote ungedeckter Leerverkäufe und CDS erleichtern.[670] Wie bereits erörtert, dienen die Verbotsnormen der Art. 12 ff. EU-LeerverkaufsVO dem Schutz der Funktionstüchtigkeit der Finanzmärkte, sodass auch die Verdachtsmeldepflicht eine derartige präventive Schutzrichtung zukommen muss.[671]

Darüber hinaus sind die Verbotsvorschriften der Art. 12 ff. EU-LeerverkaufsVO gem. § 120 Abs. 6 Nr. 3–4 WpHG Ordnungswidrigkeiten bzw. in Kombination mit einem entsprechenden Vorsatz Straftaten gem. § 119 Abs. 1 Nr. 1 WpHG i. V. m. Art. 15, 12 Abs. 1 lit. a)–c) MAR.[672] Insoweit dient die Verdachtsmeldepflicht der BaFin in ihrer Funktion als Verfolgungsbehörde, etwaige Verstöße selbstständig zu ahnden oder ggf. der zuständigen Strafverfolgungsbehörde gem. § 11 WpHG anzuzeigen.[673]

2. Technische Funktionsweise

a. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Verdachtsmeldepflicht adressiert einen vergleichsweise überschaubaren Kreis an Meldepflichtigen. So sind lediglich Wertpapierdienstleistungsunternehmen, andere Kreditinstitute, Kapitalverwaltungsgesellschaften und Betreiber von außerbörslichen Märkten vom persönlichen Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG erfasst. Die Verpflichteten müssen dabei ihre Haupt- oder zumindest eine Zweigniederlassung im deutschen Inland haben oder hier zugelassen sein. Zwar enthält der Wortlaut von § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG kein solches Niederlassungserfordernis, allerdings setzt Art. 16 Abs. 3 MAR dieses im Rahmen der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldung bei grenzüberschreitenden Fällen voraus. Aufgrund der gemeinsamen Gesetzeshistorie und der identischen Zielsetzung ist bei § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG eine ähnliche Sichtweise geboten.[674]

670 Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP eines Gesetzes zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte vom 08.06.2010, BT-Drs. 17/1952 S. 9.

671 Zur dogmatischen Einordnung der Verbote ungedeckter Leerverkäufe und CDS, siehe bereits S. 177.

672 Zur strafrechtlichen Erfassung von ungedeckten Leerverkäufen und CDS, siehe oben S. 186.

673 Vgl. bereits zu Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR, S. 147 ff.

674 So auch: *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 12; *v. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 23 WpHG, Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wertpapierdienstleistungsunternehmen sind nach der Legaldefinition aus § 2 Abs. 10 WpHG Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute i. S. v. § 1 Abs. 1a KWG und nach § 53 Abs. 1 S. 1 KWG tätige Unternehmen, die Wertpapierdienstleistungen allein oder zusammen mit Wertpapiernebendienstleistungen gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. § 23 Abs. 1 S. 1 Var. 2 WpHG zählt zudem „andere Kreditinstitute" zu seinen Adressaten. Zum Teil wird aus der Formulierung „andere Kreditinstitute" geschlossen, dass der Gesetzgeber ausschließlich Kreditinstitute i. S. v. § 1 Abs. 1 KWG als Verpflichtete miteinbeziehen will. So sollen Wertpapierdienstleistungsunternehmen, die keine Kreditinstitute sind, wie etwa Finanzdienstleistungsinstitute nach § 1 Abs. 1a KWG, von der Meldepflicht ausgeschlossen sein.[675] Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass das WpHG den Terminus der Wertpapierdienstleistungsunternehmen klar definiert. Mit der Aufnahme anderer Kreditinstitute waren solche Kreditinstitute gemeint, die keine Wertpapierdienstleistungen erbringen und somit nicht als Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach §§ 23 Abs. 1 1. Var., 2 Abs. 10 WpHG zu kategorisieren sind.[676]

Anzeigepflichtig sind zudem Kapitalverwaltungsgesellschaften i. S. v. § 17 Abs. 1 S. 1 KAGB, also Unternehmen, deren Geschäftsbetrieb darauf gerichtet ist, inländische Investmentvermögen, EU-Investmentvermögen oder ausländische alternative Investmentfonds zu verwalten, sowie Betreiber von außerbörslichen Märkten. Mit der Einbeziehung von Betreibern außerbörslicher Märkte können alternative Handelssysteme erfasst werden, was gerade für den Handel mit verbrieften Derivaten von erheblicher Bedeutung ist.[677] Der Adressatenkreis von § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG ist insofern grundsätzlich kongruent mit dem aus Art. 16 Abs. 1 MAR.[678]

675 So *Marsch-Barner/Schäfer,* Hdb. Börsennotierte AG, Rn. 97.
676 Im Ergebnis: *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 12; *v. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 23 WpHG, Rn. 8.
677 Siehe hierzu ausf.: *Kumpan,* Außerbörsliche Wertpapierhandelssysteme, S. 25 ff.
678 *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, § 23, Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Meldevoraussetzungen

aa. Feststellung von Tatsachen

Ähnlich der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht muss sich ein Verdacht aus der Feststellung von Tatsachen ergeben, sodass Verdachtsmomente, die auf Gerüchte oder Vermutungen basieren, nicht ausreichen.[679] Erforderlich für ein „Feststellen" von Tatsachen ist ferner, dass der Meldepflichtige positive Kenntnis von den verdachtsbegründenden Tatsachen haben muss.[680] Hierdurch wird der Anwendungsbereich von § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG regelmäßig auf die eigene Handelssphäre des Adressaten beschränkt, da dessen Kenntnis meist nur geschäftsinterne Tatsachen umfasst.

bb. Geschäft

Die Feststellung von Tatsachen, die einen Verstoß gegen Art. 12, 13, 14 EU-LeerverkaufsVO begründen, muss sich auf ein Geschäft mit Finanzinstrumenten beziehen. Unter einem Geschäft ist der Erwerb oder die Veräußerung eines Finanzinstruments zu verstehen, unabhängig davon, ob es auf eigener oder fremder Rechnung erfolgt.[681] Für eine nähere Ausfüllung des Geschäftsbegriffs sind die oben beschriebenen Begriffe des Leerverkaufes und des CDS maßgebend. So reicht für das Vorliegen eines Leerverkaufes gem. Art. 2 Abs. 1 lit. b EU-LeerverkaufsVO etwa die Eingehung einer Verkaufsvereinbarung aus. Konsequenterweise muss auch für ein Geschäft i. S. v. § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG das Vorliegen einer Verkaufsvereinbarung für eine Leerverkaufsverdachtsmeldepflicht ausreichen.

Erfasst werden nur solche Geschäfte, die der Meldepflichtige selbst ausführt. Ein bei Dritten ausgeführtes Geschäft soll selbst dann nicht die Meldepflicht auslösen, wenn der Verpflichtete Kenntnis über die verdachts-

679 *Heinrich,* in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 31; *Petrow,* in: NK-AktR, § 23 WpHG, Rn. 2; *Schlette/Bouchon,* in: *Fuchs,* WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 6; *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 16; *v. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 23 WpHG, Rn. 22.

680 *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 16.

681 *Heinrich,* in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 26; *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auslösenden Tatsachen erlangt.[682] Dies lässt sich dadurch erklären, dass wertpapierrechtliche Sorgfaltspflichten aus der gefahrerhöhenden Tätigkeit des einzelnen Finanzdienstleisters begründet werden, sodass dieser auch nur für die Gefahrverringerung durch Sorgfaltspflichten ebendieser Tätigkeit herangezogen werden darf.

Die hM will neben den Geschäften, die der Meldepflichtige für Dritte ausführt, auch solche Geschäfte von der Meldepflicht erfasst sehen, die die Angestellten des meldepflichtigen Unternehmens selbst auf eigene Rechnung vornehmen (sog. bankinterne Geschäfte). Dies ginge zum einen auf eine parallele Bewertung zur marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht zurück. Zum anderen bestehen keine anderslautenden Angaben im Wortlaut der Vorschrift, sodass ernsthafte Argumente gegen eine solch extensive Lesart nur schwer aufzufinden sind.[683]

cc. Verdachtsgrad

Aus den festgestellten Tatsachen über ein Geschäft des Verpflichteten muss sich ein Verdacht auf einen Verstoß gegen das Verbot ungedeckter Leerverkäufe oder CDS aus Art. 12, 13, 14 EU-LeerverkaufsVO begründen lassen. Wann ein solcher Verdacht vorliegt, beantwortet die Norm allerdings nicht. Das zum notwendigen Verdachtsgrad vertretene Meinungsspektrum gleicht dem zur marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht, was angesichts der einheitlichen Ursprungsnorm aus § 10 WpHG a.F. nicht verwundert.

So bestanden Bestrebungen in der Literatur, auf den Verdachtsbegriff des § 152 Abs. 2 StPO zurückzugreifen.[684] Andere wollten den Verdachtsbegriff des § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG – ähnlich der GwG-Meldepflicht – unterhalb

682 *Heinrich,* in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 29; *Ritz,* in: JVRB-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 31; *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 21; *v. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 23 WpHG, Rn. 20.

683 Mittlerweile ganz hM: *Gebauer,* in: *Kohler* (Hg.), GS-Bosch, 31 (34); *Heinrich,* in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 29; *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 21; *v. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMenRK, § 23 WpHG, Rn. 21.

684 *Gebauer,* in: *Kohler* (Hg.), GS-Bosch, 31 (43); *Schlette/Bouchon,* in: *Fuchs,* WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

jener Schwelle des § 152 Abs. 2 StPO ansiedeln.[685] Eine jüngere Ansicht fordert bei § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG ein „qualifiziertes Verdachtsmoment", das immer dann vorliegen soll, wenn die konkrete Möglichkeit eines Verstoßes gegen das Verbot ungedeckter Leerverkäufe und CDS gerade nahe liegt.[686] Dies sei dem strengeren Wortlaut des § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG zu entnehmen, der anders als § 152 Abs. 2 StPO bloß tatsächliche Anhaltspunkte nicht für ein Erstarken der Meldepflicht ausreichen lässt, sondern vielmehr „festgestellte Tatsachen" fordert.[687] Darüber hinaus führe der Gesetzgeber in seinem Entwurf zum Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivatgeschäfte[688] aus, dass verdachtsbegründende Tatsachen für den Meldepflichtigen „deutlich erkennbar" sein müssten.

In eine entgegengesetzte Richtung äußert sich das BMF in seiner Begründung zur WpAIV, wonach an den Verdacht aus § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG nicht „die gleich hohen Anforderungen zu stellen [seien], wie an einen Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO".[689] Jedoch scheint dieser Satz für eine argumentative Untermauerung eines niedrigschwelligen Verdachtsgrads aus dem Zusammenhang gerissen, da sich die Ausführungen des BMF auf den notwendigen formellen Inhalt einer Verdachtsmeldung beziehen und nicht auf die Auslegung des Verdachtsgrades. Darüber hinaus würde eine der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht nachempfundene, niedrige Verdachtsschwelle der Materie der ungedeckten Leerverkäufe und CDS nicht gerecht. Denn der gesetzgeberischen Wertung nach sind Leerverkäufe und CDS in ihrem Grundsatz nach erlaubt. Ihrer Durchführung kommt insoweit keine Indizwirkung für ein verbotenes Verhalten zu. Diese ergibt sich vielmehr aus Anhaltspunkten, die gegen eine hinreichende Deckung sprechen. Hätte jedoch ein Meldepflichtiger Kenntnis von Tatsa-

685 *BMF,* Begründung zu einer Verordnung zur Konkretisierung von Anzeige-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten sowie der Pflicht zur Führung von Insiderverzeichnissen nach dem Wertpapierhandelsgesetz, S. 3; *Ritz,* in: JVRB-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 28.

686 *Heinrich,* in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 34; *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 19; *Vogel,* in: *Assmann/Schneider,* WpHG (2012), § 10 WpHG a.F., Rn. 15a.

687 *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 120 WpHG, Rn. 19.

688 Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP eines Gesetzes zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte vom 08.06.2010, BT-Drs. 17/1952, S. 9.

689 *BMF,* Begründung zu einer Verordnung zur Konkretisierung von Anzeige-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten sowie der Pflicht zur Führung von Insiderverzeichnissen nach dem Wertpapierhandelsgesetz, S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chen, die den Verdacht einer nicht hinreichenden Deckung begründen, so wäre dieser gehegte Verdacht wohl kaum noch als niedrigschwellig einzuordnen.[690]

Nach dem oben Gesagten bestehen in der Determinierung des nötigen Verdachtsgrads zwei gesicherte Feststellungen. Zum einen muss sich dieser auf festgestellte Tatsachen beziehen und darf nicht aus bloßen Vermutungen hergeleitet werden.[691] Zum anderen darf er die grundsätzliche Legalität von Leerverkäufen und CDS nicht konterkarieren, indem er schon aus dem Vorliegen eines Leerverkaufs oder eines CDS ohne Weiteres eine marktmissbräuchliche Verhaltensweise schließt.[692] Darüber hinausgehende Erwägungen ergeben sich lediglich aus einer systematisch-historischen Betrachtungsweise im Zusammenhang mit Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR, die für einen höher angesiedelten, dem bereits erörterten Begriff der *reasonable suspicion*, entsprechenden Verdachtsgrad sprechen.[693]

c. Verdachtskriterien

Zu den Verdachtskriterien sehen weder die EU-LeerverkaufsVO noch § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG ein den Vorgaben zur Marktmissbrauchsüberwachung vergleichbares Regelungsregime vor. Insbesondere besteht keine dem Art. 16 Abs. 1 UA 1 MAR gleich gelagerte Pflicht, „wirksame Regelungen, Systeme und Verfahren zur Aufdeckung" marktmissbräuchlicher Verhaltensweisen einzurichten und aufrechtzuerhalten.

Dennoch bestehen auch im Rahmen der Leerverkaufs- und CDS-Überwachung unbestrittene Informationseinholungs- und -verarbeitungspflichten der Meldepflichtigen, damit § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG nicht ins Leere läuft. So ergeben sich Synergieeffekte aus der Marktmanipulations-, insbesondere aus der Transaktionsüberwachung. Verpflichtete haben etwa die bei ihnen eingehenden Aufträge bzw. die von ihnen ausgeführten Geschäfte zu erfas-

690 Siehe auch: *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 19.

691 Vgl.: Entwurf eines Gesetzes der Bundesregierung zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz – AnSVG) vom 24.05.2004, BT-Drs. 15/3174, S. 32.

692 Im Ergebnis: *Gebauer,* in: *Kohler* (Hg.), GS-Bosch, 31 (43); *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 19; *v. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 23 WpHG, Rn. 24.

693 Siehe hierzu ausf. S. 151 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sen und anhand von Risikoindikatoren auszuwerten (sog. *Deal Logging*).[694] Ein solcher Risikoindikator liegt beispielsweise darin, dass die Gefahr einer unzureichenden Deckung eines Geschäfts mit Finanzinstrumenten besteht, sei es, weil ein Kunde, der seine Verkäufe üblicherweise mit einer Wertpapierleihe deckt, für Geschäfte nunmehr weder Leihe noch Repo-Geschäfte benutzt oder ein Institut davon Kenntnis erlangt, dass ein Kunde nicht in der Lage war, seine Lieferverpflichtung des Wertpapiers aus einem Geschäft zum vereinbarten Settlement-Zeitpunkt[695] zu erfüllen.[696]

Solche Konvergenzen zum Marktmanipulations-Monitoring ergeben sich nicht zufällig. Zum einen sind ungedeckte Leerverkäufe und CDS Praktiken, die i. e. S. als marktmissbräuchlich einzuordnen sind, wenngleich sie nicht unter einen der Marktmissbrauchstatbestände der MAR fallen.[697] Dass die Systeme der Marktmanipulationsüberwachung auch der Identifizierung ungedeckter Leerverkäufe und CDS dienen, liegt demnach in der Natur der Sache. Zum anderen können Leerverkaufsattacken oder koordiniert eingesetzte CDS bei einem entsprechenden Tätervorsatz auch als verbotene Marktmanipulationspraktik erfasst werden. [698] Schon aus diesen Gesichtspunkten müssen die Monitoring-Systeme in der Lage sein, missbräuchliche Leerverkäufe und CDS aufzudecken.

694 *Faust,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 89, Rn. 175; zur Nutzung von IT-Infrastrukturen, siehe bereits oben S. 160 ff.

695 *Settlement* ist im bankenrechtlichen Sinne zu verstehen und meint den endgültigen Abrechnungsprozess von Forderungen, die einer Partei im Geschäftsverkehr gegen eine andere zusteht, *Erdmann/Heck,* Bank- und Kapitalmarktrecht, S. 71.

696 *Krüger/Ludewig,* WM 2012, 1942 (1944).

697 *Poelzig,* NZG 2016, 528 (528 ff.); *dies.,* KapitalmarktR, S. 199 ff.; vgl. auch EG 45 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 Text von Bedeutung für den EWR (ABl. Nr. L 173/I vom 12.6.2014, S. 1–61).

698 Siehe hierzu bereits oben, S. 186 f., sowie instruktiv: *Bayram/Meier,* BKR 2018, 55 (55 ff.); *Fletcher,* N. Y. U. L. Rev 2019, 1073 (1113 ff.); *Möllers,* NZG 2018, 649 (649 ff.); *Mülbert/Sajnovits,* BKR 2019, 313 (318);

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d. Formelle Anforderungen

Die Meldemodalitäten der kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflicht sind in § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG sowie in §§ 2, 3 WpAV[699] des BMF geregelt. Hinsichtlich des Meldezeitpunkts legt § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG fest, dass die Meldung unverzüglich erfolgen muss. Unverzüglich meint ohne schuldhaftes Zögern i. S. v. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB.[700] Im Kontext der Verdachtsmeldung handelt der Verpflichtete dann unverzüglich, wenn er die Meldung schnellstmöglich bei der BaFin nach den Maßstäben der WpAV einreicht.

Den genauen Inhalt der Meldung regelt der Katalog aus § 2 Abs. 1 WpAV verbindlich („hat zu enthalten").[701] Zunächst muss eine Meldung gegenüber der BaFin alle relevanten Daten zur anzeigepflichtigen juristischen oder natürlichen Person wie Name und Geschäftsanschrift enthalten, § 2 Abs. 1 Nr. 1 WpAV. Hinsichtlich des Sachverhaltes, der die Meldepflicht ausgelöst hat, muss die Meldung enthalten: die Beschreibung des relevanten Geschäfts unter Einbeziehung der Art, Auftragsmerkmale und Geschäftsvolumina sowie der relevanten örtlichen und zeitlichen Merkmale, § 2 Abs. 1 Nr. 2 WpAV. Zudem müssen alle Angaben zur Identifizierung der Geschäftsparteien und zu Klärung ihrer genauen Rolle angegeben werden, wobei § 2 Abs. 1 Nr. 5 WpAV die relevanten Angaben auflistet. Insgesamt müssen alle Tatsachen angegeben werden, auf die sich die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 12 ff. EU-LeerverkaufsVO stützt, § 2 Abs. 1 Nr. 3 WpAV.

Der Meldeumfang umfasst jedoch nicht ausschließlich die verdachtsbegründenden Tatsachen. Vielmehr muss der Meldepflichtige gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 WpAV darlegen, weshalb diese Tatsachen einen relevanten Verdacht begründen. Darüber hinaus sieht § 2 Abs. 1 Nr. 6 WpAV vor, dass der Verpflichtete der BaFin alle sonstigen Angaben, die für eine weitere Prüfung des Vorgangs von Belang sein können, zukommen lassen soll.[702] Der Umfang der Verdachtsmeldung aus § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG erfasst damit alle Angaben und Schlussfolgerungen, die für eine weitere Untersuchung der

699 Verordnung zur Konkretisierung von Anzeige-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten nach dem Wertpapierhandelsgesetz (Wertpapierhandelsanzeigeverordnung – WpAV) vom 13.12.2004, BGBl. I S. 3376.

700 *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 28; *v. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 23 WpHG, Rn. 25; *Wehowsky,* in: Erbs/Kohlhaas Straf. NG, § 30h WpHG, Rn. 5.

701 *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 29.

702 Zu der sich hieraus ergebenden Problematik, siehe bereits oben S. 168 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

BaFin relevant sein können, unabhängig davon, ob diese rechtlicher oder tatsächlicher Natur sind.[703]

Begrenzt werden die Meldeangaben lediglich durch den Grundsatz der Verfügbarkeit, § 2 Abs. 2 WpAV, womit gemeint ist, dass keine Nachforschungspflicht der Meldepflichtigen für die Gewinnung weiterer Tatsachen besteht.[704] Folglich sind nur solche Tatsachen und Angaben anzeigepflichtig, die unternehmensintern oder öffentlich verfügbar sind.[705] Auf die tatsächliche Kenntnis kommt es dabei nicht an. Stehen zum Meldezeitpunkt nicht alle meldepflichtigen Daten zur Verfügung, so sind zumindest die verfügbaren Tatsachen anzugeben. Sobald die fehlenden Daten bekannt werden, sind sie unverzüglich der BaFin nachzureichen, § 2 Abs. 2 WpAV.

Die Form, die Verdachtsmeldungen nach § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG einzuhalten haben, ist in § 3 WpAV geregelt. So sind die Verdachtsmeldungen schriftlich zu übersenden. Bei Zusendungen mittels Telefax ist auf Verlangen der Bundesanstalt die eigenständig unterschriebene Anzeige auf dem Postweg nachzureichen, § 3 Abs. 1 WpAV. Überdies kann die BaFin gem. § 3 Abs. 2 WpAV die Möglichkeit eröffnen, die Anzeige nach im Wege der Datenfernübertragung zu übersenden, soweit dem jeweiligen Stand der Technik entsprechende Maßnahmen zur Sicherstellung von Datenschutz und Datensicherheit getroffen werden.

e. Weiteres Behördenverfahren

Der weitere Umgang der Bafin mit der Verdachtsmeldung ist in § 23 Abs. 2 WpHG geregelt. Zuvorderst darf die BaFin die Verdachtsmeldung ausschließlich zur Erfüllung ihrer Aufgaben[706] verwenden. Für die Meldepflicht besonders relevant ist dabei die Rolle der BaFin als Überwachungsorgan über die kapitalmarktrechtlichen Vorschriften sowie als Bußgeldbehörde. Gem. § 23 Abs. 2 S. 2 WpHG darf die BaFin die Identität der anzeigenden Person anderen als staatlichen Stelle nicht zugänglich machen,

703 Im Ergebnis auch *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 29.

704 Entwurf der Fraktionen CDU/CSU und FDP eines Gesetzes zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte vom 08.06.2010, BT-Drs. 17/1952, S. 9.

705 *V. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 23 WpHG, Rn. 28.

706 Siehe oben S. 144 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wobei ihr Recht über die Bekanntmachung von unanfechtbaren Maßnahmen hiervon unberührt bleibt, § 23 Abs. 2 S. 3 WpHG.

Hinsichtlich der Analyse der Verdachtsmeldung und der Weiterleitung an die Strafverfolgungsbehörden ergeben sich keine nennenswerten Unterschiede zu den marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldungen. Es sei damit an dieser Stelle auf die dort gemachten Ausführungen zu verweisen.[707]

3. Sanktionen bei Zuwiderhandlung

Nach § 120 Abs. 2 Nr. 2 lit. c WpHG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder leichtfertig entgegen § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG i. V. m. §§ 2, 3 WpAV eine Mitteilung nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig macht. Die verschiedenen Tatbegehungsvarianten und die subjektiven Tatbestandsmerkmale sind deckungsgleich mit dem bereits besprochenen Bußgeldtatbestand aus § 120 Abs. 15 Nr. 4, 5 WpHG, weshalb für nähere Ausführungen dorthin verwiesen wird.[708] Geahndet wird ein Verstoß mit einem Bußgeld bis zu 50.000 Euro, § 120 Abs. 24 WpHG.

707 S. 198.
708 S. 199.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Teil 2: Bestandsaufnahme

Nachdem im vorstehenden Abschnitt die Grundlagen der einzelnen Verdachtsmeldepflichten ausführlich dargelegt wurden, kann nun eine erste übergreifende Bestandsaufnahme ihrer Charakteristika gewagt werden. Anstatt sich dabei in einer schematischen Gegenüberstellung aller Tatbestandsmerkmale der untersuchten Verdachtsmeldungen zu verlieren, will der folgende Abschnitt pointiert auf die das Verdachtsmeldewesen bestimmenden Mechanismen eingehen. Welche Mechanismen dabei als wesensbestimmend einzustufen sind, muss unter dem Gesichtspunkt der für diese Untersuchung zu beantwortenden Forschungsfrage betrachtet werden. Denn freilich kann jedes einzelne Tatbestandsmerkmal von Verdachtsmeldepflichten im Einzelfall darüber entscheiden, ob ein zugrunde liegender Vorgang meldepflichtig ist oder nicht – sie alle sind in gewisser Weise wesensnotwendig. Doch längst nicht jedes Tatbestandsmerkmal berührt in vergleichbar prominenter Weise die strukturelle Einordnung von Verdachtsmeldepflichten als Ermittlungsinstrument, das überwiegend auf private Wirtschaftssubjekte statt auf staatliche Hoheitsträger für die Erkenntnisgewinnung zurückgreift. Insoweit sind – zum Zwecke dieser Arbeit – solche Mechanismen wesensnotwendig, die eine etwaige Verlagerung staatlichen Handelns auf private Wirtschaftssubjekte zu bestimmen vermögen.

Unterstellt man eine solche Verlagerung, so kann die Frage ihrer Intensität für eine spätere Überprüfung der Rechtmäßigkeit mitentscheidend sein. Diese Intensität kann der Gesetzgeber durch eine Reihe von tatbestandlichen Stellschrauben innerhalb des Verdachtsmeldewesens einstellen, namentlich durch den persönlichen wie den sachlichen Anwendungsbereich, den zugrunde liegenden Verdachtsgrad sowie durch das den Meldepflichtigen aufgetragene Ermittlungsprogramm. Die Darlegung von Gemeinsamkeiten und Differenzen dieser Stellschrauben sowie ihr Zusammenspiel im jeweiligen Verdachtsmelderegime können dabei wichtige Anhaltspunkte für spätere privatisierungsrechtliche Fragestellungen liefern[709] und nicht zuletzt mögliche rechtsdogmatische wie auch praktische Konfliktfelder aufzeigen.

709 Siehe hierfür den **Teil 3** dieser Arbeit.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

A. Ausführung zu den zugrunde liegenden Verbotstatbeständen

Der sachliche Anwendungsbereich von Verdachtsmeldepflichten wird durch die ihnen zugrunde liegenden, aus Straftaten und Ordnungswidrigkeiten bestehenden Verbotsvorschriften vorgezeichnet. So müssen die durch die Meldepflichtigen zu untersuchenden Tatsachen auf ein Vorliegen ebendieser Tatbestände hindeuten. Je nach inhaltlicher Reichweite der jeweiligen Tatbestandsmerkmale oder nach dogmatischer Einordnung als Gefährdungs- oder Verletzungsdelikt ändern sich entsprechend auch die Anforderungen, die die Meldepflichtigen etwa an ihr Compliance-System stellen müssen.[710] Vergleichbar mit Ermittlungsbehörden sind die Meldepflichtigen damit *qua* Verdachtsmeldepflicht Rechtsanwenderinnen bzw. Rechtsanwender der Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände und von etwaigen Anwendungsproblemen dieser Vorschriften in einem vergleichbaren Maße betroffen.

I. Entmaterialisierter Schutzauftrag?

Erste Parallelen bestehen bereits in den jeweiligen Schutzaufträgen, die die zugrunde liegenden Tatbestände verfolgen. So sollen sie überwiegend auffällig abstrakt gehaltene Allgemeinrechtsgüter wie die Integrität der Finanzwirtschaft[711], die inländische und ausländische Rechtspflege[712] oder die allgemeine Sicherheit und Ordnung[713] schützen. Die umstrittene rechtsdogmatische Frage, ob Straftatbestände überhaupt den Schutz bestimmter Rechtsgüter vor Verletzungen oder Gefährdungen bezwecken (Rechtsgutslehre)[714] oder sich die Legitimationsfrage vorwiegend im Verfassungsrecht – insbesondere im Rahmen des verfassungsrechtlich verankerten Verhält-

710 *Wessing,* in: *Hassemer/Kempf/Moccia* (Hg.), FS-Volk, 867 (880 f.).
711 Zum Schutzauftrag des Insiderdeliktes und der Marktmanipulation, siehe S. 121 ff., 132.
712 Zum Schutzauftrag der Geldwäsche, siehe S. 40 ff.
713 Zum Schutzauftrag der Terrorismusfinanzierung, siehe S. 61.
714 Zur Lehre des Rechtsgüterschutzes, siehe weiter: *Baumann/u. a.,* AT, 3/10 ff.; *Hassemer/Neumann,* in: NK-StGB, Vor. § 1, Rn. 108 ff.; *Kühl,* in: *Bloy/u. a.* (Hg.), FS-Maiwald, 433 (433 ff.); *Roxin,* AT I, 2/1; *Schumann,* Prozessuale Verteidigung, S. 93 ff.; *Swoboda,* ZStW 2010, 24 (24 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nismäßigkeitsgrundsatzes – niederschlägt,[715] wäre an dieser Stelle von Relevanz, wenn die Legitimation der hier angesprochenen Straftatbestände infrage gestellt werden würde. Jedes der hier angesprochenen Delikte sieht sich einer derartigen legitimatorischen Kritik ausgesetzt. So ist insbesondere hinsichtlich der Marktmissbrauchstatbestände von einer „Entmaterialisierungstendenz" die Rede, wo anstelle von konkreten Rechtsgütern davon abstrahierte „Gebilde" als Rechtsgüter anerkannt werden, sodass nahezu jede opportun empfundene Pönalisierung gerechtfertigt werden könne.[716] Einem gleichsam erhöhten Legitimationsdruck sieht sich der (nationale) Terrorismusfinanzierungstatbestand wie auch die Geldwäsche ausgesetzt.[717]

Doch Gegenstand dieser Untersuchung ist nicht die Erörterung der gesetzgeberischen Legitimation zur Pönalisierung solcher Delikte. Abseits der rechtsdogmatischen Debatte hat die Abstrahierung des verfolgten Schutzauftrags auch praktische Auswirkungen, die gerade im Zusammenhang mit Verdachtsmeldepflichten von Belang sind. Vergegenwärtigt man sich, dass die Straftatbestände den materiellen Anwendungsbereich von Verdachtsmeldepflichten vorzeichnen, so wird deutlich, dass eine ausufernde, unspezifizierte Ausbreitung der jeweiligen Schutzaufträge mit einem ebenso wenig fassbaren Überwachungsbereich der Meldepflichtigen korrespondiert.[718]

Auch eine kriminologische Sichtweise attestiert eine Korrelation zwischen der Abstrahierung von Schutzaufträgen und praktischen Anwendungsschwierigkeiten von Straftatbeständen. Denn Verletzungen oder Gefährdungen von unspezifizierten Rechtsgütern sind oft nicht „spürbar" – weder vom Opfer selbst noch von Dritten. In der Wissenschaft ist dabei zum Teil von sog. *victimless crimes* die Rede, wobei sich der Begriff *victimless* nicht auf einem tatsächlichen Mangel an Opfern, sondern auf eine mangelnde gesellschaftliche Wahrnehmung einer von der Begehung einer

715 So: BVerfGE 90, 145 (187 ff.); 120, 224 (241 f.); *Landau,* ZStW 2009, 965 (970 ff.); *Schmidt,* ZStW 2009, 645 (662 ff.); siehe auch schon *Weigend,* in: *ders./Küpper* (Hg.), FS Hirsch, 917 (917 ff.).

716 *Eichelberger,* Marktmanipulation, S. 92; *Haouache,* Börsenaufsicht durch Strafrecht, S. 19 ff.; *Hassemer/Neumann,* in: NK-StGB, Vor. § 1, Rn. 116 ff.; *Krüger,* Entmaterialisierungstendenz, S. 15; *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Vor § 119 WpHG, Rn. 15.

717 *Cancio Melía,* GA 2012, 1 (2); *Krüger,* Entmaterialisierungstendenz, S. 119 ff.; *Müssig,* Schutz abstrakter Rechtsgüter, S. 21; *Sieber,* NStZ 2009, 353 (361).

718 *Taschke,* NZWiSt 2012, 89 (92); *Vogel,* ZRP 2020, 111 (112).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Straftat ausgehenden Opferbeeinträchtigung bezieht.[719] So wird, plastisch dargestellt, eine Rechtsgutsbeeinträchtigung durch einen Schlag mit einem Bierkrug auf einem Volksfest (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB) von der Gesellschaft (in Form von Zeugen) und nicht zuletzt durch das Opfer eher wahrgenommen als das Verschleiern von Vermögenswerten durch eine Banküberweisung oder das Spekulieren auf sinkende Kurse eines Wertpapiers ohne eine hinreichende Absicherung.

Mangels konkreter Anhaltspunkte einer Straftat besteht bei *victimless crimes* kein Anlass, etwa zur Erstattung einer Strafanzeige nach § 158 Abs. 1 StPO, zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens oder eben zu einer Ermittlung im Rahmen von Verdachtsmeldepflichten. Die hiesige kriminologische Lehre spricht im Zusammenhang mit *victimless crimes* auch von sog. Kontrolldelikten, die bereits in der Einleitung zu dieser Arbeit thematisiert wurden.[720] Mangels Strafanzeigen wird das Auftreten solcher Delikte erst durch Kontrollen von Strafverfolgungsbehörden sichtbar, weshalb in diesen Bereichen von großen Dunkelfeldern auszugehen ist.[721]

II. Überwiegende Ausgestaltung als Gefährdungsdelikte

Neben einer Abstrahierung des geschützten Rechtsguts von Verdachtsmeldepflichten zugrunde liegenden Tatbeständen kritisieren Stimmen in der Literatur eine ähnlich gelagerte Abstrahierung des Begehungsmodus dieser Delikte.[722] Denn die besprochenen Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbe-

719 *Bussmann,* Geldwäscheprävention, S. 4 ff.; *Fleischer/Schmolke,* NZG 2012, 361 (365); *Buck-Heeb,* in: *Assmann/u. a.,* Hdb. Kapitalanlagerecht, § 8, Rn. 22; *Vogel,* ZRP 2020, 111 (112); *Wagner,* in: MüKo-BGB, § 823 BGB, Rn. 580; *Young,* JFC 2015, 573 (573).

720 Siehe S. 27.

721 Zur genaueren Einordnung: Alle *victimless crimes* sind Kontrolldelikte, da ihre Begehungen nicht von der Gesellschaft wahrgenommen werden und daher auf andere Erkenntnisgewinnungsinstrumente als die Strafanzeige gem. § 158 Abs. 1 StPO zurückgegriffen werden muss (wie etwa Kontrollen). Demgegenüber sind nicht alle Kontrolldelikte *victimless crimes*. Die sie charakterisierende mangelnde Anzeigebereitschaft muss nicht unbedingt mit der Struktur des Straftatbestands zusammenhängen. So ist etwa der Menschenhandel nach § 232 StGB ein Kontrolldelikt, jedoch kein *victimless crime*. Zu den Kontrolldelikten siehe bereits die Einleitung, S. 27 ff.

722 Allgemeine Kritik bei *Hassemer,* ZRP 1992, 378 (381 ff.); zur Geldwäsche: *Gazeas,* NJW 2021, 1041 (1041 ff.); *Kargl,* NJ 2001, 57 (59); *Lampe,* JZ 1994, 123 (128); *Leip,* Der Straftatbestand der Geldwäsche, S. 136 ff.; *Schindler,* NZWiSt 2020, 457 (466 f.); *Vogel,* ZRP 2020, 111 (112 f.); zur Terrorismusfinanzierung: *Biehl,* JR 2015,

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stände sind ausnahmslos als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet.[723] Dabei sehen sich allen voran die Geldwäsche und die Terrorismusfinanzierung unentwegter Kritik ausgesetzt. So ist die Rede von einer unzulässigen Verlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld der eigentlich pönalisierungswürdigen Rechtsgutsbeeinträchtigung.[724]

Ungeachtet der hiermit einhergehenden straflegitimatorischen Kritik trägt eine derartige Vorverlagerung zu massiven Schwierigkeiten in der Aufdeckung dieser Straftaten bei, die Strafverfolgungsbehörden wie die Meldepflichtigen gleichermaßen betreffen. Dies hängt wiederum mit der fehlenden – spürbaren – Rechtsgutsbeeinträchtigung zusammen, die mit abstrakten Gefährdungsdelikten einhergeht. Herkömmliche Zurechnungsvoraussetzungen wie Kausalität und Verletzungsvorsatz verlieren ihre Begrenzungswirkung und bisher strafloses wirtschaftliches Handeln wird unter das Risiko der Strafbarkeit gestellt.[725]

III. Unbestimmte Tatbestandsmerkmale

Auch inhaltlich sehen sich die den Verdachtsmeldepflichten zugrunde liegenden Verbotsvorschriften erheblicher Kritik ausgesetzt. Allen voran rügen Stimmen aus Literatur und Praxis einige Tatbestandsmerkmale der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung als zu vage und konturlos und befürchten damit ein ausuferndes Strafbarkeitsrisiko.[726] So erfasse etwa der Vereitelungs- und Gefährdungstatbestand aus

561 (563 ff.); *Gazeas,* DRiZ 2015, 218 (219 ff.); *Kaiafa-Gbandi,* in: *Herzog/Neumann* (Hg.), FS-Hassmer, 1161 (1161 ff.). Allen voran dabei: *Paeffgen,* in: NK-StGB, § 89c StGB, Rn. 1 ff.; *ders.,* in: *Safferling/u. a.* (Hg.), FS-Streng, 725 (725 ff.); *Zimmermann,* ZIS 2009, 1 (2 ff.). Zu den Kapitalmarktdelikten, siehe: *Park,* NStZ 2007, 369 (377); *ders.,* Vermögensstrafe und „modernes" Strafrecht, S. 138; zum Insiderdelikt im Speziellen: *Gehrmann,* Das versuchte Insiderdelikt, S. 14.

723 Siehe hierzu oben S. 42 ff.; S. 63 ff.; S. 123 f.; S. 177 f.

724 Siehe die Ausführungen und Verweise auf S. 42 ff.; S. 63 ff.

725 *Hassemer,* ZRP 1992, 378 (381 ff.); *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Vor § 119 WpHG, Rn. 15.

726 *Barton,* StV 1993, 156 (160); *Bauer,* in: *Momsen/Bloy/Rackow* (Hg.), FS-Maiwald, 127 (129); *Fischer,* StGB, § 261, Rn. 6 f., 38; *Hartmann,* in: NK-GesStrR, § 261 StGB, Rn. 16 ff.; *Hecker,* in: *Schönke/Schröder,* StGB, § 261, Rn. 23; *Lampe,* JZ 1994, 123 (128); *Löwe-Krahl,* wistra 1994, 121 (126); *Oswald,* 1997, 328–331 (328); in diese Richtung auch BGH NStZ 2003, 499 (499); *Salditt,* StraFo 1992, 121 (125 f.); *Schittenhelm,* in: *Eser* (Hg.), FS-Lenckner, 519 (521 ff.); *Werner,* in: *Bergmann* (Hg.), Geldwäsche, 111 (112).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB alltägliche Konstellationen aus dem Banken- und Finanzsektor, da mit Buchgeldtransaktionen regelmäßig eine Verlängerung des *paper trails* inkriminierter Vermögenswerte und damit objektiv eine Gefährdung der Herkunftsermittlung nach § 261 Abs. 1 Nr. 2 Var. 3 StGB einherginge.[727] Bankangestellte sehen sich deshalb einem besonderen Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt – insbesondere angesichts der vom BGH vertretenen Lehre der Totalkontamination.[728] Ähnliche Kritik wird auch dem Isolierungstatbestand nach § 261 Abs. 2 StGB gegenüber erhoben, der besonders durch Bargeschäfte des täglichen Lebens erfüllt werden kann.[729]

Gerade vor dem Hintergrund der leichtfertigen Geldwäsche gem. § 261 Abs. 6 StGB sind derart weitreichende Tathandlungen bedenklich. Die Diskussion über etwaige tatbestandliche Reduktionen für Alltagsgeschäfte oder für Bankangestellte ist indes größtenteils zum Erliegen geraten.[730] Auch der neuerdings verfolgte *All-Crimes-Approach* verschärft die Problematik einer möglichen Ausuferung der Geldwäschestrafbarkeit ungemein.[731]

Bedenken über exzessive Strafbarkeitsrisiken äußern Kritikerinnen und Kritiker außerdem hinsichtlich einer undifferenzierten Auslegung und Anwendung des Terrorismusfinanzierungsstraftatbestandes gem. § 89c StGB.[732] Zwar werden nach gesetzgeberischem Willen Alltagsgeschäfte, die auf Rechtspflichten beruhen, wie etwa laufende Gehalts- oder Mietzahlungen, nicht erfasst und der subjektive Tatbestand wird durch den erforderlichen Terrorismusbezug erheblich eingegrenzt.[733] Da es sich bei der Terrorismusfinanzierung aber um ein Vorfeld- bzw. um ein Planungsdelikt

727 *Flatten,* Strafbarkeit von Bankangestellten, S. 84 ff.; *Leip,* Der Straftatbestand der Geldwäsche, S. 133; *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 261 StGB, Rn. 94; *Salditt,* StraFo 1992, 121 (126); *Werner,* Bekämpfung der Geldwäsche, S. 228.

728 *Altenhain,* in: NK-StGB, § 261, Rn. 119 ff.; *DAV,* Stellungnahme, S. 7.

729 Siehe Fn. 91**;** 99**.**

730 BGHSt 47, 68 (74); *Altenhain,* in: NK-StGB, § 261, Rn. 120 ff.; *Fischer,* StGB, § 261, Rn. 40; *Gentzik,* Europäisierung des Geldwäschestrafrechts, S. 118; *Hecker,* in: *Schönke/Schröder,* StGB, § 261, Rn. 23, Fn. 104; *Heger,* in: *Lackner/u. a.*-StGB, § 261, Rn. 5; *Neuheuser,* in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 89.

731 So auch *Travers/Michaelis,* NZWiSt 2021, 125 (132); siehe hierzu bereits oben S. 36 ff.

732 *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 89c StGB, Rn. 11 ff. Zur Vorgängervorschrift des § 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB a.F. *Gazeas/u. a.,* NStZ 2009, 593 (599 ff.); *Paeffgen,* in: NK-StGB, § 89c StGB, Rn. 6 ff.; *ders.,* in: *Safferling/u. a.* (Hg.), FS-Streng, 725 (730 ff.); hierzu ferner *Sieber,* NStZ 2009, 353 (355 ff.); *Sieber/Vogel,* Terrorismusfinanzierung, S. 133 ff., die instruktiv das Spannungsfeld der Pönalisierung von Vorfeldkriminalität aufzeichnen.

733 Siehe hierzu bereits S. 65 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

handelt, das Vorbereitungshandlungen ohne einen objektiven Straftatenbezug unter Strafe stellt, bestehen kaum Anknüpfungspunkte, die eine strafrechtliche Relevanz des fraglichen Verhaltens indizieren könnten. Denn die Finanzierungshandlungen sind, isoliert betrachtet, deliktisch neutral – die Entgegennahme, Sammlung und Weiterleitung von Vermögenswerten enthalten kein originäres Unrecht. Das pönalisierte Unrecht wird erst noch begangen, wobei zwischen der Finanzierungshandlung und der Terrorismusstraftat in der Regel von einer erheblichen zeitlichen Zäsur auszugehen ist.[734] Ein deliktischer Sinnbezug besteht erst durch den Terrorismusbezug auf subjektiver Ebene, der sich – so Kritikerinnen und Kritiker – nicht oder jedenfalls kaum in der Tatbegehung manifestiert.[735]

Dem gegenüber stehen die kapitalmarktrechtlichen Straf- und Bußgeldtatbestände. Diese sind sachlich auf eine überschaubare Anzahl von speziellen Lebensbereichen begrenzt. Es besteht beispielsweise keine Gefahr, durch eine Alltagshandlung einen ungedeckten Leerverkauf oder eine handlungsgestützte Marktmanipulation zu begehen. Sind gewisse Tatbestandsmerkmale uneindeutig oder droht eine Ausuferung, so werden sie durch Anhänge oder durch Delegierte Verordnungen konkretisiert, wie beispielsweise der Anhang I der MAR zu den Indikatoren für manipulatives Verhalten oder die Del-VO (EU) Nr. 918/2012 der Kommission zur Ergänzung der LeerverkaufsVO. Auch der persönliche Anwendungsbereich ist auf einen stark eingrenzbaren potenziellen Täterkreis beschränkt.[736] Zulasten der Übersichtlichkeit geht allenfalls die verworrene Regelungssystematik in Form von Blankettverweisungen nach § 119 Abs. 3 WpHG i. V. m. Art. 14 MAR bzw. §§ 119 Abs. 1, 120 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 15 Nr. 2 WpHG i. V. m. Art. 15 MAR für Verstöße gegen den Insiderverbotstatbestand und das Verbot der Marktmanipulation sowie § 120 Abs. 6 Nr. 3 WpHG i. V. m. Art. 12, 13 EU-LeerverkaufsVO bzw. § 120 Abs. 6 Nr. 4 WpHG i. V. m. Art. 14 EU-LeerverkaufsVO für einen Verstoß gegen das Verbot ungedeckter Leerverkäufe und CDS. Beim Finanzmarkt handelt es sich jedoch allgemein um einen streng regulierten Bereich, der durch verschiedene Kompetenzen auf Rechts- und Verordnungsebene normativ umschrieben wird. Verweisungs-

734 Instruktiv: *Sieber,* NStZ 2009, 353 (355 ff.); *Sieber/Vogel,* Terrorismusfinanzierung, S. 132 ff.

735 *Radtke/Steinsiek,* ZIS 2008, 383 (388 f., 392 f.); *Sieber,* NStZ 2009, 353 (357).

736 Zu den persönlichen Anwendungsbereichen, siehe S. 86 für die GwG-Verdachtsmeldepflicht; S. 149 für die MAR-Verdachtsmeldepflicht; S. 190 für die WpHG-Verdachtsmeldepflicht.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

techniken und seitenlange Normtexte mögen für Rechtsanwenderinnen und -anwender zwar lästig sein. Eine standhafte Kritik an der Praktikabilität oder rechtsstaatliche Zweifel begründen sie jedoch mitnichten.[737]

IV. Konsequenz für Verdachtsmeldepflichten

Die geäußerte Kritik soll nicht als Kritik an den Verbotstatbeständen selbst verstanden werden. So wäre es undifferenziert, allgemeingültig Alltagsdelikte im Wirtschaftsbereich abzulehnen, wenn doch der Gesetzgeber gerade in diesem Bereich einen erheblichen (Straf-)Regelungsbedarf gesehen hat. Wie sonst könnten Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung oder Kapitalmarkstraftaten erfasst werden, wenn nicht durch abstrakte Gefährdungsdelikte? Die Beantwortung dieser Frage ist nicht Aufgabe der hier anzustellenden Untersuchung. Vielmehr interessiert im Sinne der Forschungsfrage nur die Eignung der besprochenen Verbotstatbestände als Gegenstand von Verdachtsmeldepflichten.

Vor diesem Hintergrund ließe sich die These aufstellen, dass die angestellten kritischen Erwägungen sich in einem zentralen Kritikpunkt der „Ungriffigkeit" bestimmter, den Verdachtsmeldepflichten unterliegender Tatbestände summieren lassen. Diese Bezeichnung soll kein konkret juristisch-dogmatisches Problem, sondern vielmehr das Zusammenspiel einer Gesamtheit von Aspekten umschreiben, die es vor allem den Meldepflichtigen erschweren, ihrer Verpflichtung nachzukommen.

So verursacht die Kumulation der fortschreitenden Entmaterialisierung der Schutzaufträge, die mit der Ausgestaltung als Gefährdungsdelikte verbundene Vorverlagerung sowie oftmals unbestimmt gehaltener Tatbestandsmerkmale zu einem für Meldepflichtige schier unüberschaubaren Bereich, in dem sie Monitoring- und Risikomanagement-Systeme betreiben und entsprechende Ermittlungen durchführen müssen. Es fehlt ihnen an entsprechenden Anknüpfungspunkten, um Verdachtsmomente zu entwickeln und letztlich eine substanziierte Verdachtsmeldung einzureichen.[738] Die eingangs diskutierte Problematik um die mangelnde Spürbarkeit von Rechtsgutsbeeinträchtigungen hemmt insoweit nicht nur die Wirksamkeit von Strafanzeigen nach § 158 Abs. 1 StPO, sondern ebenso die Wirksamkeit von Verdachtsmeldungen.

737 Bedenken, insbesondere im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG, äußert indes *Eggers,* in: NK-KapStrR, Kap. 3, Rn. 6 ff.

738 So auch *DAV,* Stellungnahme, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Blickt man mit dieser Prämisse auf die der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht zugrunde liegenden Straftatbestände, so besteht in keinem der oben angesprochenen Belange eine Konturierung des Meldegegenstandes. Sowohl die Geldwäsche als auch die Terrorismusfinanzierung können durch jedwede wirtschaftliche Handlung begangen werden. Ernsthafte im Tatbestand angelegte Begrenzungen finden mit dem Wegfall des Vortatenkatalogs in der Geldwäsche nicht und in der Terrorismusfinanzierung durch einen deliktischen Sinnbezug allenfalls auf subjektiver Ebene statt. Anderes gilt indes bei den kapitalmarktrechtlichen Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbeständen. Zwar besteht auch insbesondere hinsichtlich des Insider- und Marktmanipulationsverbotes der Vorwurf unspezifischer Schutzaufträge. Dennoch werden die Tatbestände durch einen beschränkten Lebensbereich, in dem sich potenzielle Tathandlungen abspielen können, sowie durch präzisierte Tatbestandsmerkmale stark eingegrenzt. Dennoch lässt sich auch in diesen Bereichen ein Wahrnehmungsdefizit von Straftaten kaum abstreiten. So bestehen im Rahmen des Insiderhandels Schwierigkeiten, überhaupt ein unrechtsbegründendes Verhalten festzustellen, was gerade in Grenzfällen, in denen nicht eindeutig ist, ob ein Täter in Kenntnis einer Insiderinformation Geschäfte abschließt, zu Ermittlungsproblemen führen kann. Die ebenfalls von Verdachtsmeldungen umfasste erfolglose Marktmanipulation setzt keine Kursbeeinträchtigung voraus, weshalb Meldepflichtige für ihre Detektion nicht auf Marktsignale zurückgreifen können.

B. Verdachtsgrade

Nachdem die Anwendungsbereiche von Verdachtsmeldepflichten rechtsgebietsübergreifend aufgezeigt wurden, ist der Frage nachzugehen, wann Verdachtsmomente zu melden sind. Dies entscheidet der jeweilige Verdachtsgrad. Durch ihn bestimmt der Gesetzgeber die tatsächlichen Parameter, die die Verpflichteten an die Bewertung eines möglicherweise verdächtigen Sachverhaltes knüpfen.[739] Sind diese Parameter zu niedrig angesetzt, geht dies mit einem erhöhten Meldeaufwand der Meldepflichtigen einher. Darüber hinaus muss der Verpflichtete der FIU oder der BaFin oftmals durch Geheimhaltungs- und Datenschutzpflichten geschützte Informationen of-

739 Vgl. hierzu detailliert die Ausführungen des nachfolgenden Abschnitts auf den S. 216 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fenlegen, obschon dies für eine Vielzahl von Vorgängen retrospektiv nicht unbedingt nötig gewesen wäre. Gleiches gilt, wenn die Verdachtskriterien zu vage und unbestimmt gehalten werden, sodass die Meldepflichtigen zur Vermeidung von Bußgeldern „sicherheitshalber" Verdachtsmeldungen abgeben.[740] Auf der anderen Seite korreliert ein hoher Verdachtsgrad mit einer stärkeren Filterung von potenziell verdächtigen Vorgängen aufseiten der Verpflichteten. Dabei ist zu befürchten, dass die Meldepflichtigen in einer Vielzahl von Grenzfällen die hoheitliche Entscheidung über die Aufnahme weiterer Ermittlungen vorwegnehmen.[741]

Der Verdachtsgrad ist insofern die maßgebliche Stellschraube, durch die der Gesetzgeber den Filterungsprozess der Verpflichteten von potenziell verdächtigen Vorgängen und den Informationszufluss aufseiten der Meldebehörden einstellen kann. Ob ein Grenzfall Gegenstand einer Verdachtsmeldung oder im Rahmen interner Verdachtsermittlungen von Verpflichteten verworfen wird, entscheidet sich in den Nuancen seiner Ausgestaltung. Auf diese Nuancierungen soll im Folgenden eingegangen werden.

I. Einordnung

Die obige Kritik zur Konturlosigkeit der Meldegegenstände setzt sich auch in den Verdachtsgraden der jeweiligen Meldepflichten weiter fort. Zieht man etwa die Verdachtsmeldepflicht aus § 43 Abs. 1 GwG heran, ist der dort festgelegte und vom Bundesverfassungsgericht bestätigte niedrigschwellige Verdachtsgrad insbesondere in Anbetracht der Reichweite der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung bemerkenswert.[742] So soll der Verdachtsgrad als Stellschraube die ohnehin schon weitreichenden Meldegegenstände nicht weiter eingrenzen, sondern zu einer nahezu lückenlosen Erfassung jedweder geschäftlichen Auffälligkeit beitragen.[743]

740 Insb. zu § 43 Abs. 1 GwG, krit.: *Lenk,* WM 2020, 115 (116); *ders.,* JR 2020, 103 (108), insb. vor dem Hintergrund eines Urteils des OLG Frankfurt a.M., wonach die Meldepflicht bei mehrfachen fünfstelligen Bargeldeinzahlungen bereits dann vorliegt, wenn „eine in jeder Hinsicht gesetzeskonforme Herkunft des in dieser Höhe eingezahlten Bargeldes […] für die Bank mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln nicht sicher belegbar" war, OLG Frankfurt a.M., WM 2019, 586 (588); siehe hierzu auch *Meyer/Hachmann,* ZStW 2022, 391 (420).

741 Vgl. *Kumpan/Misterek,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 54.

742 BVerfG NJW 2020, 1351 (1353).

743 Zwar ist mit dem neuerdings vollzogenen Strategiewechsel vom regel- zum risikobasierten Ansatz der Geldwäschebekämpfung eine Abkehr von einer unterschieds-

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eine derart weitreichende Auslegung des Verdachtsmerkmals steht im Kontrast zur Rechtsprechungsrichtlinie des Bundesverfassungsgerichts zum strafprozessualen Anfangsverdacht bei Geldwäscheverdachtsfällen. Danach ist für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens sowohl ein Anfangsverdacht hinsichtlich der Geldwäschehandlung als auch hinsichtlich des Herrührens des Vermögensgegenstandes aus einer Geldwäschevortat erforderlich (sog. doppelter Anfangsverdacht).[744] Verdachtsmomente, die sich allein auf die Verschleierungshandlung als solche beziehen, reichen demgegenüber nicht aus, da die in § 261 StGB normierten Verhaltensweisen als deliktisch neutrale Handlungen keinen eigenen Unrechtsgehalt aufweisen. Erst die Geldwäschevortat versieht den Vermögensgegenstand mit dem Makel, der einer Tathandlung das Unwerturteil der Strafbarkeit zuweist.[745]

Hierauf stützend einen doppelten Anfangsverdacht auch für die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht zu fordern, ginge jedoch zu weit. Denn die erhöhten Anforderungen an den strafprozessualen Anfangsverdacht dienen insbesondere dem Schutz der Allgemeinheit vor Ermittlungsmaßnahmen der Strafverfolgungsbehörden.[746] Ein gleichlaufendes Schutzbedürfnis besteht bei den Analyseverfahren der FIU nicht, da sich ihre Ermittlungsbefugnisse meist auf einfache Informationseingriffe beschränken.[747] Gegen einen doppelten Anfangsverdacht im Rahmen der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldung spricht ferner die Struktur von § 43 Abs. 1 GwG, der ausschließlich die Nähe der Meldepflichtigen zur Geldwäschehandlung ausnutzt und derart strafverfolgerische Informationslücken schließen will.[748] Richtigerweise wird die Notwendigkeit eines doppelten Anfangsverdachts im Verdachtsmeldewesen daher überwiegend abgelehnt.[749]

---

losen Erfassung hin zu einer situativen Bündelung der Ermittlungsmaßnahmen gewollt (siehe hierzu bereits S. 97 f.). Ein derartiger Paradigmenwechsel hat sich im geldwäscherechtlichen Verdachtsbegriff jedoch noch nicht erkennbar gemacht.

744 *Altenhain,* in: NK-StGB, § 261, Rn. 47; *Carl/Klos,* wistra 1995, 32 (33); *Raschke,* Geldwäsche und Vortat, S. 49; OLG Karlsruhe, StraFo 2004, 417 (417 ff.); BVerfG NZWiSt 2020, 276 (276 ff.).

745 BVerfG NZWiSt 2020, 276 (278; 280); NJW 2006, 2974 (2975).

746 Hierzu ausf. in der rechtssystematischen Einordnung, S. 235 ff.

747 Siehe bereits S. 110 ff.

748 Siehe hierzu schon: Fn. 30, 125.

749 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72; *Allgayer,* in: *Ellenberger/Bunte,* BankR-Hdb, § 11, Rn. 567; *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 43 GwG, Rn. 16; *BMF,* AuH-GwG, S. 21; *Häberle,* in:

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dennoch lässt die Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts mehrere Rückschlüsse auf den Verdachtsgrad aus § 43 Abs. 1 GwG zu. Gemäß dessen Ausführungen genügt der Verdacht einer Verschleierungshandlung nicht, um auf eine Strafbarkeit nach § 261 StGB zu schließen[750] – die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht aber stellt allein auf diese deliktisch neutrale Verschleierungshandlung ab. Das durch die Meldepflichtigen im Rahmen des Geldwäsche-Screenings zu ermittelnde atypische Geschäftsgebaren[751] bildet daher noch keine ausreichend fundierte Tatsachengrundlage, die einen Schluss auf eine mögliche Geldwäschestrafbarkeit zulässt.

Das Erfordernis des doppelten Anfangsverdachts ist zudem auch für die FIU problematisch. Denn damit die durch sie vorzunehmende operative Analyse von Verdachtsmeldungen Früchte trägt (in Form der Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft), muss sie zusätzlich eine ausreichende Tatsachengrundlage für den Anfangsverdacht einer konkreten Geldwäschevortat schaffen. Allerdings stellt gerade diese Ursprungsermittlung die FIU vor massive Probleme, da ihr Analyseverfahren zwar die Hintergründe verdächtiger Vorgänge aufklären soll, in den meisten Fällen allerdings nicht darauf ausgerichtet ist, konkrete Vortaten zu ermitteln.[752] Denn – zumindest in Deutschland – die FIU ist explizit nicht als Arm der Strafverfolgung ausgerichtet, sondern eine Verwaltungsbehörde der Generalzolldirektion, die zwar Strafverfolgungsbehörden unterstützt, jedoch keine polizeiliche Finanzermittlungsarbeit im klassischen Sinne ausführt.[753]

---

ders., Erbs/Kohlhaas Straf. NG, § 43 GwG, Rn. 2; *Pelz,* in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 13; *Schnabl,* in: *Wabnitz/Jankovsky/Schmitt,* Hdb. WStSR, Kap. 6, Rn. 41; aA: *Henninger,* in: *Rönnau/Samson* (Hg.), Wirtschaftsstrafrecht, S. 358; *Körner/Dach,* Geldwäsche, S. 57

750 Siehe Fn. 745.

751 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72.

752 Siehe hierzu schon *FATF,* FATF Recommendations, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html, Int. Note to Rec. 29, S. 97.

753 Krit. schon die Stellungnahme des Bundesrates hinsichtlich der Umstrukturierung der FIU in den Ressortbereich des Bundesfinanzministeriums: „Es erscheint fraglich, ob die Verortung bei einer bewusst administrativ ausgerichteten Behörde ohne eigene Expertise im Bereich genuin strafrechtlicher und im absoluten Schwerpunkt gerade nicht zoll(straf)rechtlicher Sachverhalte und deren Verfolgung den qualitativ besseren Ansatz für eine kompetente strafrechtliche Vorbewertung darstellt. Es

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Blickt man auf empirische Befunde zu der Verwertbarkeit von Verdachtsmeldungen für Strafverfolgungsbehörden, scheinen sich diese Bedenken zu bestätigen. So stellt *Bussmann* in einer bundesweit angelegten Studie zur Geldwäschestrafverfolgung eine nur marginale Verwertung von Verdachtsmeldungen fest.[754] Aburteilungen wegen Geldwäsche stagnieren auf einem jährlichen Niveau von unter 1.100 bei einer explosionsartigen Zunahme von Verdachtsmeldungen von 26.000 noch im Jahr 2014 bis zu 144.000 im Jahr 2020.[755]

Ein Faktor – so legt die Studie nahe – scheint dabei in der mangelnden Verwertbarkeit von Verdachtsmeldungen für Strafverfolgungsbehörden zu liegen. So geht aus den Statistiken hervor, dass Verdachtsmeldungen nicht allein, sondern nur in Kombination mit Strafanzeigen oder Ermittlungen von Amtswegen brauchbare Ermittlungsanlässe darstellen.[756] Dies ist hauptsächlich auf den überwiegend lückenhaften Informationsgehalt von Verdachtsmeldungen zurückzuführen, aufgrund dessen sie in Verfahren wegen Geldwäsche kaum verwertet werden können.[757] Der weitreichende, ausschließlich an Verschleierungshandlungen geknüpfte Verdachtsgrad trägt dabei eine nicht unerhebliche Mitschuld:

> *„Der geringe Detailreichtum einer Verdachtsmeldung ist auch darauf zurückzuführen, dass im Unterschied zur Strafanzeige die Schwelle für einen meldepflichtigen Verdacht bei einer Verdachtsmeldung sehr niedrig ist, auf den Verwertungsgehalt der Information für eine strafrechtliche Ermittlung kommt es nicht an. Die Verpflichteten haben sich insb. keine Gedanken über eine konkrete Vortat zu machen. Es genügen Anhaltspunkte, die*

erstaunt angesichts von deren Tragweite, dass der Gesetzentwurf auch keine Gründe für die diesbezügliche Neuausrichtung und Umressortierung aufführt.", Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 12.04.2017, BT-Drs. 18/11928, S. 18 f.; *Meyer/Hachmann,* ZStW 2022, 391 (422 ff.; 437); *BDK,* Stellungnahme, S. II.3; allgemein zu den Funktionen der FIU, siehe bereits S. 78 ff.; 110 ff.

754 *Bussmann,* Abschlussbericht Geldwäschestudie, S. 18 ff.

755 *Bussmann/Veljovic,* NZWiSt 2020, 417 (420); *FIU-Deutschland,* Jahresbericht 2020, S. 15.

756 So beruhen 19,7 % der Geldwäsche-Ermittlungsverfahren ausschließlich auf einer Verdachtsmeldung. In Kombination mit Ermittlungen von Amtswegen und Strafanzeigen steigt der Anteil auf 28,9 %, *Bussmann,* Abschlussbericht Geldwäschestudie, S. 18, 21.

757 *Bussmann/Veljovic,* NZWiSt 2020, 417 (420).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf Geldwäsche hindeuten und sich anhand vertypter Kriterien aus dem geschäftlichen Prozess ergeben."[758]

In einem direkten Kontrast hierzu stehen die Verdachtsgrade der kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflichten aus Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR sowie aus § 23 Abs. 1 WpHG. Danach ist ein Finanzgeschäft dann meldepflichtig, wenn ein Verpflichteter aus dessen Informationszugängen stichhaltige tatsächliche Anhaltspunkte erfasst, die auf einen Verstoß gegen das Insiderhandelsverbot oder gegen das Verbot der Marktmanipulation bzw. auf einen Verstoß gegen das Verbot ungedeckter Leerverkäufe oder CDS hindeuten.[759] Im Vergleich zur geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht wird den Meldepflichtigen dabei eine umfassendere Einschätzung zugetraut, ob eine Transaktion möglicherweise einen entsprechenden Straftatbestand erfüllt. So genügen festgestellte Ungewöhnlichkeiten im allgemeinen Geschäftsgebaren nicht als meldeauslösende Tatsache. Vielmehr muss ein entsprechender Vorgang auf eine konkrete Tatbegehungsvariante hindeuten.

Darüber hinaus zeichnen sich die den Verdachtsmeldepflichten zugrunde liegenden Verbotstatbestände aus Art. 12, 14 MAR sowie aus Art. 12, 13, 14 EU-LeerverkaufsVO durch einen sehr begrenzten Bereich einschlägiger Verhaltensweisen aus, die normativ in einer Reihe von norminterpretierenden und normausfüllenden Verwaltungsvorschriften oder durch Anhänge weiter ausgefüllt werden, was die Handhabung und Anwendung dieser Vorschriften massiv erleichtert.[760] Zudem grenzt die marktmissbrauchsrechtliche Verdachtsmeldepflicht ihren Anwendungsbereich auf transaktionsbezogene Verhaltensweisen ein.[761] Der Sachverhalt, aus dem die meldepflichtigen Unternehmen überhaupt Verdachtsmomente schöpfen können, ist insoweit um ein Vielfaches überschaubarer als der aus § 43 Abs. 1 GwG.

II. Schlussfolgerungen

Aus den Verdachtsgraden lassen sich zwei unterschiedliche kriminalpolitische Ansätze des Gesetzgebers in der Ausgestaltung seiner Verdachtsmelderegime ableiten.

758 *Bussmann/Veljovic,* NZWiSt 2020, 417 (421).
759 Siehe hierzu oben S. 151 ff.; 193 ff.
760 So *Schmolke,* AG 2016, 434 (438).
761 Siehe hierzu ausf. S. 116 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im Geldwäscherecht sollen die Meldepflichtigen Verdachtsfälle möglichst lückenlos melden – ein klarer Gegensatz zum national verfolgten risikobasierten Ansatz.[762] Die Filterung von tatsächlich einschlägigen Verdachtsfällen übernehmen anschließend die FIU sowie die Strafverfolgungsbehörden. Der Gedanke hinter einer weitreichenden, dafür aber inhaltlich oberflächlichen geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht scheint dabei zunächst noch nachvollziehbar: Die Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungshandlungen sind deliktisch neutral, sodass den Meldepflichtigen nicht zugemutet werden kann, weitere Ermittlungen über etwaige Beweggründe oder hinsichtlich eines möglicherweise illegitimen Ursprungs vorzunehmen – es bleibt mithin bei Meldungen von Transaktionen oder Verhaltensweisen, die „nicht dem allgemeinen Geschäftsgebaren entsprechen".[763] Allerdings belegen die Ausführungen zum doppelten Anfangsverdacht, dass die Meldung von Verdachtsmomenten, die sich ausschließlich auf sozialtypische Verhaltensweisen beziehen, für Strafverfolgungsbehörden weniger günstig zu verwerten sind. Es drängt sich insoweit die Frage auf, ob das Instrument der Verdachtsmeldung für ein Delikt wie die Geldwäsche überhaupt taugliche Ermittlungsansätze generieren kann.[764]

Hinsichtlich der Terrorismusfinanzierung hat sich das Bundesverfassungsgericht zwar nicht vergleichbar geäußert. Doch auch dort wird die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens regelmäßig einen Anfangsverdacht hinsichtlich des nötigen Terrorismusbezugs erfordern, sodass die o. g. Kritikpunkte ebenso im Rahmen der Terrorismusfinanzierung zutreffen.[765]

Ganz anders geht der Gesetzgeber mit den kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflichten um. Einen „doppelten Anfangsverdacht" braucht es dort für die Einleitung von Ermittlungsverfahren nicht. Vielmehr kann sich dieser allein aus einem auffälligen Finanztransaktionsverhalten ergeben, etwa wenn auf Sperrlisten erfasste Finanzinstrumente gehandelt oder wenn *Short*-Positionen ohne Nachweis eines Deckungsgeschäfts veräußert werden. Auch die Frage, ob ein verbotenes „Mitarbeitergeschäft" vorliegt, kann durch die Meldepflichtigen meist selbstständig mit der Analyse von *Watch*-Lists beantwortet werden. Ein restriktiverer Verdachtsgrad in Form der *reasonable suspicion,* ohne das Ziel einer lückenlosen Erfassung, son-

762 Siehe hierzu bereits S. 97 f. sowie Fn. 743.
763 Generalbundesanwalt beim BGH im Schreiben v. 25.9.2008 zu 5 StR 451/08, S. 2; vgl. ferner: OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2013, 6608 (6608); WM 2019, 586 (588).
764 In diese Richtung auch *DAV,* Stellungnahme, S. 23.
765 Vgl. *Raschke,* NZWiSt 2020, 282 (285).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dern einer Filterung bereits in der Sphäre der Meldepflichtigen, erscheint daher angemessen.

Doch auch im Kapitalmarktstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht bestehen Effektivitätszweifel. So stagniert die Zahl der von der BaFin durchgeführten Analysen auf einem niedrigen dreistelligen Niveau in den letzten drei Berichtsjahren.[766] Zu einer Verurteilung kommt es bundesweit in jedem Jahr nur in einer zu vernachlässigenden Anzahl an Fällen, weshalb überwiegend von einem hohen Dunkelfeld ausgegangen wird.[767] Ein möglicher Grund hierfür liegt in der bereits skizzierten schwierigen Erfassung von Grenzfällen. Zudem wird eine Zunahme von Vermeidungsstrategien der Täter beobachtet.[768] Nichtsdestotrotz wird die durch Verdachtsmeldepflichten veranlasste IT-gestützte Überwachung von Marktteilnehmern durch die BaFin und durch die Meldepflichtigen in der Praxis überwiegend begrüßt.[769]

C. „Verdachtsermittlungen"

Die Pflicht zur Abgabe hinreichend substanziierter Verdachtsmeldungen beinhaltet zwangsläufig die Pflicht zur Verdachtsschöpfung und -entwicklung. Solche „Verdachtsermittlungen" sind das die Verdachtsmeldepflichten charakterisierende Merkmal, das sie von gewöhnlichen Melde- und Informationspflichten abhebt. Dabei bestehen immer wieder Unklarheiten, in welchem Rahmen diese Ermittlungen erfolgen sollen. Paradoxerweise hängt dies einerseits mit der Fülle von Vorschriften zusammen, die den Meldepflichtigen – insbesondere im Rahmen der Wertpapier-Compliance – einen nahezu undurchdringbaren Katalog an Monitoring- und Untersuchungspflichten auftragen. Andererseits bestehen an entscheidenden Stellen Regelungslücken, die etwa durch Beurteilungsspielräume der Meldepflichtigen ausgefüllt werden sollen. Aufgabe des nachfolgenden Abschnittes ist es, dieses Zusammenspiel zwischen Regelungsdichte und -leere aufzuzeigen, um derart die konkreten Ermittlungsprogramme der Meldepflichtigen darlegen und kritisch würdigen zu können.

766 *BaFin,* Jahresbericht 2020, S. 87 ff.
767 *Dannecker/Bülte,* in: *Wabnitz/Jankovsky/Schmitt,* Hdb. WStSR, Kap. 1, Rn. 21; *Eggers,* in: NK-KapStrR, Kap. 3, Rn. 18; *Renz/Leibold,* CCZ 2016, 157 (168); *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Vor § 119 WpHG, Rn. 17.
768 *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Vor § 119 WpHG, Rn. 17.
769 *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Vor § 119 WpHG, Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Tatsachenermittlungen

Wie aus den Untersuchungen zu den Verdachtskriterien hervorgeht, bestehen Verdachtsermittlungen im Wesentlichen aus Untersuchungen von Tatsachenlagen.[770] Freilich unterscheiden sich die konkreten Ermittlungsprogramme der verschiedenen Meldepflichten voneinander. Sie alle erfolgen jedoch nach einem ähnlichen Prinzip: So genügt es für keine der untersuchten Meldepflichten, wenn ein automatisiertes Monitoring-Programm eine Transaktion oder Geschäftsbeziehung als ungewöhnlich einstuft.[771] Vielmehr müssen die Verpflichteten in einem nachfolgenden Schritt die Auffälligkeit weiter untersuchen, wobei sie ihnen zugängliche Hintergrundinformationen heranziehen, um die anfänglichen Verdachtsmomente zu erhärten oder zu entkräften. Erhärtet sich ein anfänglicher Verdacht in dem Maße, dass die Schwelle einer Verdachtsmeldepflicht erreicht wird, haben die Verpflichteten neben dem meldeauslösenden Ereignis auch alle weiteren herangezogenen Hintergrundinformationen anzugeben und müssen zudem darlegen, weshalb die Tatsachenlage einen relevanten Verdacht begründen, vgl. Art. 7 Abs. 2 Del-VO (EU) 2016/957, § 2 Abs. 1 Nr. 4, 6 WpAV sowie das Handbuch der FIU Deutschland zum goAML-Portal.[772]

Dort, wo es angemessen erscheint, setzen sie hierfür IT-gestützte Infrastrukturen ein. Dem Gesetzgeber war dabei bewusst, dass eine lückenlose Aufdeckung jeder denkbaren Unstimmigkeit für die verpflichteten Berufsgruppen entweder nicht möglich oder jedenfalls nicht zumutbar wäre.[773] Deshalb überließ er ihnen in allen drei Rechtsbereichen, in denen Verdachtsmeldepflichten bestehen, einen Beurteilungsspielraum. Dieser erlaubt den Verpflichteten, Risikoerwägungen anzustellen, mit welcher Intensität sie bestimmte Kundenbeziehungen oder Geschäftsbereiche überwachen. Oberste Gebote sind dabei das Gebot der Proportionalität und der Wirksamkeit.[774]

770 Siehe oben S. 103 ff.; S. 165 ff.; S. 195 ff.

771 Siehe oben S. 96; S. 156; S. 195.

772 *FIU-Deutschland,* Informationen zu goAML, online verfügbar unter: https://www.zoll.de/DE/FIU/Software-goAML/Allgemeines/allgemeines_node.html;jsessionid=1F7DE855A04373147B94E698140A00CB.internet671, S. 34 ff.

773 Vgl: *FATF,* Risk-Based-Approach, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk-Based-Approach-Banking-Sector.pdf, S. 6; *Haußner,* in: *Krimphove/Kruse,* MaComp, AT 3.2, Rn. 17 ff.; *Herzog/Achtelik,* in: *dies.,* GwG, Einl., Rn. 159.

774 Vgl. hierzu oben S. 159 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Ausmaß der durch Verdachtsmeldepflichten vorgeschriebenen Tatsachenermittlungen

Das Ausmaß der den Verdachtsmeldepflichten entspringenden Tatsachenermittlungen ist, wie oben bereits angeschnitten, eng verzahnt mit dem jeweils erforderlichen Verdachtsgrad. Je niedriger dessen Anforderungen, desto weniger fundiert muss die Tatsachenlage für das Auslösen einer Meldepflicht sein.[775] Eine niedrigere Verdachtsmeldeschwelle würde demzufolge mit einem entsprechend geringen Ermittlungsaufwand korrelieren. Betrachtet man allein davon ausgehend die verschiedenen Verdachtsmeldepflichten, so müsste konstatiert werden, dass im Rahmen der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht eine weniger fundierte Tatsachenlage erforderlich ist als bei den marktmissbrauchs- und wertpapierhandelsrechtlichen Meldepflichten.

Für die Beurteilung der Ermittlungsintensität ist allerdings nicht ausschließlich der Verdachtsgrad entscheidend. Auch Merkmale der den Meldepflichten zugrunde liegenden Verbotstatbestände können die Qualität der vorzunehmenden Ermittlungen beeinflussen. So sind besonders die Geldwäsche und die Terrorismusfinanzierung geprägt von vergleichsweise unbestimmten Tatbestandsmerkmalen, die insbesondere durch Alltagshandlungen, allen voran durch Bankgeschäfte, begangen werden können. [776] Zudem bleibt den Meldepflichtigen ein etwaiger Bezug von Verschleierungs- oder Isolierungshandlungen zu einer geldwäscherelevanten Vortat oder zu einer staatsgefährdenden (Nach-)Tat meist verborgen.[777] Schon diese Aspekte, gepaart mit einem niedrigschwelligen Verdachtsgrad, verleiten die Verpflichteten dazu, ihre Verdachtsermittlungen nicht in Form einer tatsachenbasierten Wahrscheinlichkeitsprüfung einer konkreten Straftat zu prüfen. Vielmehr gestalten sich geldwäscherechtliche Verdachtsermittlungen regelmäßig derart, dass Verpflichtete eine unplausible oder eine Hochrisikotransaktion nach § 15 Abs. 3 GwG i. V. m. den Risikoindikatoren aus dem Anhang 2 zum GwG durch ein Monitoring-System

775 *Walder,* ZStW 1983, 862 (867 ff.).

776 *Flatten,* Strafbarkeit von Bankangestellten, S. 84; *Leip,* Der Straftatbestand der Geldwäsche, S. 133; *El-Ghazi,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 261 StGB, Rn. 94; *Salditt,* StraFo 1992, 121 (125 ff.); *Schäfer,* in: MüKo-StGB, § 89c StGB, Rn. 10; *Werner,* Bekämpfung der Geldwäsche, S. 228.

777 Hierzu S. 92 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

entdecken und in einem zweiten Schritt nach Tatsachen suchen, die die Transaktion möglicherweise plausibilisieren können.[778]

Können die Verpflichteten ein unplausibles Geschäft nicht erklären, melden sie dieses an die FIU.[779] Sie müssen keine konkreten Anhaltspunkte für eine Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung positiv feststellen. Es genügt bereits die Unerklärbarkeit. Man kann in diesem Zusammenhang von einer „Ermittlungsumkehr“ sprechen, in der ein Sachverhalt nicht nach Anhaltspunkten hin untersucht wird, die auf eine konkrete Straftat hindeuten. Vielmehr wird ein als ungewöhnlich identifizierter Sachverhalt auf Anhaltspunkte untersucht, die die Legalität der fraglichen Transaktion oder Geschäftsbeziehung nahelegen.[780]

Dem gegenüber stehen die Verdachtsermittlungen der kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflichten aus Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR, § 23 Abs. 1 WpHG. Die ihnen zugrunde liegenden Verbotstatbestände aus Art. 14, 15 MAR bzw. aus Art. 12, 13, 14 EU-LeerverkaufsVO werden durch eingrenzbare Tathandlungen von einem überschaubaren potenziellen Täterkreis begangen. Verbreitete Tathandlungen werden durch norminterpretierende und normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften oder durch Anhänge weiter ausgefüllt, sodass Verpflichtete Kenntnis über konkrete Indikatoren eines möglichen Verstoßes haben.[781] Dabei müssen sie nach einer detektierten Unauffälligkeit, meist durch IT-gestützte Monitoring-Systeme, gezielt nach weiteren Tatsachen suchen, die für eine konkrete Tathandlung sprechen.

Insofern unterscheidet sich der Ermittlungsaufwand zwischen der geldwäscherechtlichen und der i. w. S. marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflichten in ganz maßgeblicher Art und Weise. Während bei Ersterer

778 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72; *Bülte,* NZWiSt 2017, 276 (280 f.); *Spoerr,* in: BeckOK-DSR, Syst. J, Rn. 171 ff.; zum Geldwäsche-Screening, siehe zudem: *Kaetzler,* CCZ 2008, 174 (178 ff.); *Zentes/Wybitul,* CCZ 2011, 90 (92 ff.).

779 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72.

780 Die BaFin spricht in ihren Auslegungshinweisen davon, dass Verpflichtete die Verdachtsmomente eines Sachverhalts „nicht ausermitteln“ müssen, *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72.

781 Art. 12 Abs. 5 MAR; Del-VO (EU) 2106/522; Del-VO (EU) 918/2012, DurchführungsVO (EU) 927/2012; vgl. ferner *Schmolke,* AG 2016, 434 (438).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ein Sachverhalt auf eine mögliche Erklärbarkeit hin untersucht wird, müssen die Verpflichteten bei Letzterer gezielt positive Verstöße feststellen. Bedingt wird dies neben dem Verdachtsgrad maßgeblich durch die den Verdachtsmeldepflichten zugrunde liegenden Verbotstatbestände.

2. Belastungen für Meldepflichtige

Die Folgen der verschiedenen Ermittlungsaufwände scheinen nur auf den ersten Blick eindeutig. Eine grobmaschigere Verdachtsermittlung, wie sie die BaFin laut ihren Auslegungshinweisen im Geldwäscherecht vorsieht,[782] korreliert nicht zwangsläufig mit einer weniger intensiven Belastung für die jeweiligen Verpflichteten, da dieser quantitativ mehr Vorgänge und damit auch mehr Kundeninformationen an die FIU weitergeben muss, als es bei den „engeren" kapitalmarktrechtlichen Meldepflichten der Fall ist. Die dort höher angesetzte Meldeschwelle resultiert darin, dass mehr Vorgänge von den Meldepflichtigen als nicht ausreichend verdächtig eingestuft werden, sodass im Ergebnis quantitativ weniger Meldungen und damit weniger Kunden- und Mitarbeiterinformationen weitergegeben werden müssen.

Andererseits korreliert ein erhöhter Ermittlungsaufwand mit einer „qualitativ" intensiveren Belastung der Verpflichteten. So müssen die Compliance-Abteilungen von Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Marktbetreibern, die durch ihr Monitoring-System aufgegriffenen unplausiblen Vorgänge im Rahmen der weiteren Verdachtsermittlungen bis zu dem Stadium überprüfen, in dem ein marktmissbrauchsrechtlicher Verstoß den Grad der *reasonable suspicion* erreicht. Ihre Untersuchungsbelastung ist weit höher zu gewichten als bei Verpflichteten des GwG, bei dem es einer weniger fundierte Tatsachenlage bedarf. Insofern bedingt sowohl ein höherer als auch ein niedriger Verdachtsgrad eine Belastung aufseiten der Verpflichteten, die allerdings unterschiedliche Interessen berühren.

II. Rechtliche Würdigung

Neben dem Maßstab von Tatsachenermittlungen stellt sich die Frage, inwiefern die Verpflichteten diese Tatsachen einer rechtlichen Bewertung unterziehen müssen. Der Wortlaut aller Verdachtsmeldepflichten erfordert

782 Siehe bereits Fn. 778.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Verdacht einer konkreten Straftat bzw. einer konkreten Ordnungswidrigkeit. Insofern muss die Auswertung der von den Verpflichteten gesammelten Tatsachen immer einen Bezug zu den meldepflichtigen Verbotstatbeständen aufweisen.[783] Eine hiermit einhergehende rechtliche Würdigung des Sachverhalts ist mithin unausweichlich. Die Frage, die sich stellt, beschränkt sich somit darauf, wie stark dieser normative Bezug in den Verdachtsermittlungen ausgeprägt sein muss. Dieser Erörterung ist aber vorwegzunehmen, dass es bei der Frage, ob Verpflichtete in ihren Verdachtsermittlungen rechtliche Bewertungen anstellen (müssen), nicht darum geht, einem potenziellen Ermittlungsverfahren der Strafverfolgungsbehörden vorzugreifen.[784] Eine rechtliche Bewertung durch Private hat keine Rechtswirkung nach außen und unterliegt nicht der Strafprozessordnung oder den Landespolizeigesetzen.[785]

1. Nahezu ausschließliche Tatsachenbewertung im Rahmen von § 43 Abs. 1 GwG?

Gem. den bereits thematisierten Auslegungs- und Anwendungshinweisen der BaFin zum GwG hat ein Verpflichteter weder das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale des § 261 StGB oder einer seiner Vortaten oder einer Terrorismusfinanzierung zu prüfen noch eine rechtliche Subsumtion des Sachverhalts unter die entsprechenden Tatbestände vorzunehmen.[786] Er hat vielmehr einen Sachverhalt nach allgemeinen Erfahrungen und dem ggf.

783 Vgl. § 43 Abs. 1 Nr. 1, 2 GwG, wo es heißt: „Tatsachen, die darauf hindeuten, dass […] ein Vermögensgegenstand (aus) einer strafbaren Handlung stammt, die eine Vortat der Geldwäsche darstellen könnte, […] im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung steht.“; Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR, wo es heißt: „[…] meldet Aufträge oder Geschäfte […], die Insidergeschäfte, Marktmanipulation […] sein könnten […].“; § 23 Abs. 1 WpHG, wo es heißt: „[…] haben bei der Feststellung von Tatsachen, die den Verdacht begründen, dass mit einem Geschäft […] gegen die Art. 12, 13, 14 der EU-LeerverkaufsVO verstoßen wird […].“

784 So formuliert es aber die BaFin, die sagt. Eine rechtliche Subsumtion des Sachverhalts unter die entsprechenden Straftatbestände sei „Sache der Strafverfolgungsbehörden“, *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72.

785 *Ambos,* in: NK-GesStrR, § 160 StPO, Rn. 8 ff.

786 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bei seinen Beschäftigen vorhandenen beruflichen Erfahrungswissen unter dem Blickwinkel der Ungewöhnlichkeit und Auffälligkeit im jeweiligen geschäftlichen Kontext zu würdigen.[787] Danach muss der Verpflichtete einen Vorgang nicht etwa dann melden, wenn ein entsprechender Verdacht einer Geldwäsche oder einer Terrorismusfinanzierung besteht, sondern bereits dann, wenn er das Geschäft als ungewöhnlich oder auffällig im Vergleich zum allgemeinen Geschäftsgebaren – er es mit anderen Worten als „faul"[788] – empfindet.

Die Auslegung der BaFin weicht vom Wortlaut des § 43 Abs. 1 Nr. 1, 2 GwG ab, in dem es heißt, dass ein Verpflichteter dann eine Verdachtsmeldung abgeben muss, wenn Tatsachen darauf hindeuten, dass ein Vermögensgegenstand aus einer strafbaren Handlung stammt, die eine Vortat der Geldwäsche darstellen könnte bzw. ein Geschäftsvorfall, eine Transaktion oder ein Vermögensgegenstand im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung steht. Der Gesetzgeber fordert vom Verpflichteten somit erst dann eine Meldung, wenn dessen Erkenntnisse zur Tatsachenlage einen konkreten normativen Bezug zur Geldwäsche oder zur Terrorismusfinanzierung aufweist.

Nun könnte die nicht formal-dogmatische Auslegung der BaFin dadurch erklärt werden, dass die Geldwäsche und die Terrorismusfinanzierung enorm weit gefasste Straftatbestände sind, die grundsätzlich durch jede denkbare Handlung mit Bezug zu Geld- oder Vermögenswerten begangen werden können.[789] Aufgrund der Bandbreite möglicher Tathandlungen bedarf es auch nur eines sehr geringen Maßes an juristischer Subsumtion potenzieller Tathandlungen. Gerade der Umstand, dass sich die Verdachtsmeldepflicht, anders als es § 43 Abs. 1 GwG suggeriert, nicht auf die geldwäscherelevante Vortat, sondern auf die konkreten Isolierungs- und Verschleierungshandlungen bezieht, untermauert das Verständnis, dass der Wortlaut für die Auslegung der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht allein nicht ausschlaggebend sein kann. Diese Umstände, gepaart mit einem weitreichenden Verdachtsgrad unterhalb der Schwelle von § 152 Abs. 2 StPO, lassen einen normativen Bezug der Verdachtsermittlungen von Meldepflichtigen in den Hintergrund rücken. Dennoch muss konstatiert werden, dass eine rein tatsachenbasierte Ermittlung ohne juris-

787 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72.
788 *Bülte,* NZWiSt 2017, 276 (280).
789 Siehe hierzu oben S. 205 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tische Wertung den Verpflichteten in quantitativer Hinsicht[790] weit mehr abverlangt, als es eine juristisch-normative Betrachtung des Sachverhalts tun würde, da weit mehr Vorgänge und kundensensible Daten an die FIU weitergegeben werden müssten.[791]

Im Idealfall vermag eine Umdeutung von juristisch-normativen Begriffen, wie sie § 43 Abs. 1 GwG enthält, in eine pragmatische, undogmatische Auslegungsform zwar potenzielle Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsverdachtsfälle weitestgehend lückenlos erfassen.[792] Die rechtliche Zulässigkeit solcher Umdeutungen ist indes zweifelhaft. Anknüpfend an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum nicht vorsätzlichen Entfernen vom Unfallort unter § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB verbietet sich eine derartige Auslegung zumindest in Straftatbeständen.[793] So können Begriffe mit einem normativen Gehalt nicht in einem nicht normativen Sinn ausgelegt werden, da andernfalls die Wortlautgrenze überschritten und gegen das strafrechtliche Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen werden würde.[794] Begriffe mit normativem Bezug basieren auf einem formal-dogmatischen Fundament, das in der Auslegung nicht ohne Weiteres in die Laiensphäre übertragen werden kann.

Münzt man die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts auf § 43 Abs. 1 GwG um, so ergibt sich, dass eine Umdeutung der Merkmale von § 43 Abs. 1 GwG in einen nicht formal-dogmatischen Sinn jedenfalls in einem Bußgeldverfahren nach § 56 Abs. 1 Nr. 69 GwG keinen Bestand haben dürfte. So könnte ein Meldepflichtiger dann nicht für ein Unterlassen der Meldeabgabe belangt werden, wenn seinem Empfinden und

790 Zur hier vorgenommenen Differenzierung zwischen qualitativer und quantitativer Belastung, siehe den vorherigen Abschnitt.

791 Zu der hier vorgenommenen Differenzierung zwischen der quantitativen und qualitativen Mehrbelastung im Verdachtsmeldewesen, siehe bereits S. 214 ff.

792 *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72.

793 BVerfG NJW 2007, 1666 (1667); dabei ging es um die ständige Rechtsprechung des BGH, ein nicht vorsätzliches Sichentfernen vom Unfallort unter den Straftatbestand des unentschuldigten Sichentfernens vom Unfallort nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB zu subsumieren. Das nicht vorsätzliche Sichentfernen sei vom Gesetzgeber mit dem Begriff des entschuldigten Sichentfernens „mitgemeint“ und brauche daher nicht formal-dogmatisch verstanden, sondern sollte dem vermeintlichen Willen des Gesetzgebers nach ausgelegt werden, siehe hierzu auch: BGH NJW 1979, 434 (434); OLG Köln NJW 1977, 2275 (2275): OLG Karlsruhe NJW 1981, 881 (881).

794 BVerfG NJW 2007, 1666 (1667); aA: OLG Karlsruhe NJW 1981, 881 (881); OLG Köln NJW 1977, 2275 (2275);.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

seiner Erfahrung nach an dem Geschäft etwas „faul" ist, es also nicht dem allgemeinen Geschäftsgebaren entspricht. Vielmehr enthält der Wortlaut von § 43 Abs. 1 GwG eindeutige Kriterien, die einen normativen Bezug zwischen etwaigen Verdachtsmomenten und den Tatbeständen der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung fordern. Eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahnung von vermeintlichen Meldeverstößen, in denen der Verpflichtete keinen Verdacht über eine konkrete Geldwäsche- oder eine Terrorismusfinanzierungstat hegt, würde gegen das strafrechtliche Analogieverbot verstoßen, das auch im Bußgeldverfahren Anwendung findet.[795]

2. Umfassendere Bewertung im Rahmen von Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 1 MAR, § 23 Abs. 1 WpHG?

Zu den Verdachtsmeldepflichten aus Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 1 MAR und aus § 23 Abs. 1 WpHG hat die BaFin keine vergleichbaren Anforderungen an die Verdachtsermittlungen erlassen. Da beide Normen auf dem Vorbild der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht beruhen, wäre allerdings eine ähnliche Auslegung grundsätzlich vorstellbar. Zum Teil wird auch hier vertreten, dass die Verdachtsermittlung sich auf eine detaillierte Plausibilitätskontrolle beschränkt, in der vornehmlich relevante Tatsachen gesichtet werden.[796]

Allerdings vermag dies aus mehreren Gesichtspunkten nicht zu überzeugen. Zum einen besteht die Regelungsmaterie aus speziellen, engmaschigen und durch Rechtsverordnungen konkretisierten Verbotstatbeständen. Anders als bei der Geldwäsche kann ein Verpflichteter aus der Bewertung, dass ein Geschäft nicht dem allgemeinen Geschäftsgebaren entspricht, keine Indizien für einen Verstoß gegen das Insider- oder das Marktmanipulationsverbot bzw. gegen das Verbot ungedeckter Leerverkäufe oder CDS entnehmen. Erst eine Subsumtion des Verhaltens unter die jeweiligen Verbotstatbestände bzw. unter die sie ausfüllenden Rechtsverordnungen können einen Beitrag zur Aufdeckung leisten. Dies wird durch den erhöhten Verdachtsgrad bestätigt. Nur eine – vergleichsweise – umfangreiche Subsumtion der durch die Monitoring-Systeme erfassten Vorgänge begründet ein solch substanziiertes Verdachtsmoment.[797]

795 Über die Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 GG im Bußgeldverfahren BVerfG NJW 1986, 1671; NJW 2005, 349; *Blum/Akay,* in: OWiG, § 3 OWiG, Rn. 1.
796 *Kumpan/Misterek,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 54.
797 Zum Insiderhandel vgl. *Gebauer,* in: *Kohler* (Hg.), GS-Bosch, 31 (35).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Zwischenfazit

Die den Meldepflichten vorgelagerten Verdachtsermittlungen beschränken sich nicht auf die Sammlung der durch ihre Überwachungssysteme erhobenen Auffälligkeiten, sondern konkretisieren diese anfänglichen Auffälligkeiten durch die Hinzuziehung weiterer Tatsachen sowie durch eine rechtliche Bewertung. Dabei hat sowohl der Verdachtsgrad als auch die Bestimmtheit und Vielseitigkeit der den Meldepflichten zugrunde liegenden Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände erheblichen Einfluss auf den Maßstab von Verdachtsermittlungen.

Der weitreichende Verdachtsgrad der geldwäscherechtlichen Meldepflicht resultiert in einer vergleichsweise geringen (qualitativen) Ermittlungsbelastung. In Kombination mit den enorm weitreichenden Tatbegehungsmöglichkeiten der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, insbesondere durch Alltags- und durch Bankgeschäfte, führt eine Ausweitung des Verdachtsgrades zu einer Umkehr von Verdachtsermittlungen dergestalt, dass eine positive Verdachtsfeststellung eines konkreten Verstoßes gegen eine der Tatbegehungsmöglichkeiten der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung nicht mehr stattfindet. Dies geht nicht zuletzt durch das in ihren Auslegungs- und Anwendungshinweisen geäußerte Begehren der BaFin hervor, Verdachtsermittlungen nicht formal-juristisch auszugestalten.[798] Obschon sich die Intensität der vorzunehmenden Ermittlungen je nach Geschäftsfeld, Unternehmensgröße oder Komplexität innerhalb des Kreises geldwäscherechtlich Verpflichteter unterscheiden vermag, ist die Linie, nach der sich das Ermittlungsprogramm im Grunde nach auszurichten hat, eindeutig vorgezeichnet: Juristisch-dogmatische Ermittlungen sind im Rahmen von § 43 Abs. 1 GwG nicht vorgesehen. Nach einer festgestellten Unregelmäßigkeit, etwa im Sinne einer Hochrisikotransaktion nach § 15 Abs. 2 GwG i. V. m. der Anlage 2 zum GwG, § 15 Abs. 3 GwG genügt die fehlende Plausibilität. Gegenteiliges kann bei den kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflichten beobachtet werden, die sich durch einen vergleichsweise hohen Verdachtsgrad sowie durch hoch konkreti-

798 „Ein Verpflichteter hat insbesondere weder das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale des § 261 StGB oder einer seiner Vortaten oder einer Terrorismusfinanzierung zu prüfen oder gar den Sachverhalt ‚auszuermitteln', noch eine rechtliche Subsumtion des Sachverhalts unter die entsprechenden Straftatbestände vorzunehmen. Dies ist Sache der Strafverfolgungsbehörden.“, *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sierten, anhand einzelner Fallbeispiele ausgefüllten Tatbegehungsvarianten auszeichnen.

Die Frage, inwiefern die Verpflichteten die von ihnen gesammelten Tatsachen einer rechtlichen Bewertung unterziehen müssen, lässt sich nicht einheitlich für alle Verdachtsmeldungen beantworten. Fest steht allerdings, dass der Wortlaut einer jeden Verdachtsmeldepflicht einen normativen Bezug zwischen der Meldung und der Tatsachenlage verlangt. Konsequenterweise müssen auch Verdachtsermittlungen einen normativen Bezug aufweisen. Das genaue Ausmaß dieses Bezuges hängt wiederum stark von dem jeweiligen Verdachtsgrad sowie von der Reichweite des jeweils melderelevanten Straf- oder Ordnungswidrigkeitentatbestandes ab.

D. Meldepflichtige

Verdachtsmeldepflichten sind nicht als allgemeingültige Bürgerpflichten[799] konzipiert. Normativ wird ihre persönliche Reichweite vielmehr durch einen gesetzlich determinierten Kreis an meldepflichtigen Berufsgruppen festgelegt, der anhand spezifischer Differenzierungskriterien bestimmt wird. Welche Kriterien dabei für die jeweilige Verdachtsmeldepflicht maßgebend sind, soll nachfolgend genauer durchleuchtet werden.

Die Heranziehung von Meldepflichten erfolgt in jedem der drei untersuchten Rechtsgebiete augenscheinlich anhand desselben Prinzips. So sollen diejenigen Berufsgruppen zur Abgabe von Verdachtsmeldungen verpflichtet werden, deren Dienstleistungen Schnittstellen für die jeweilige Tatbegehung ausmachen und für ihre Durchführung unabdingbar sind.[800] Als sog. „*Gatekeeper*" kommt ihnen ein besonderer Informationszugang zu, der ihre Heranziehung als Meldepflichtige überhaupt erst rechtfertigt.[801]

Diese *Gatekeeper*-Position ist in den verschiedenen Verdachtsmelderegimen dabei unterschiedlich intensiv ausgeprägt. Im Kapitalmarktrecht beschränkt sie sich auf eine vergleichsweise überschaubare Auswahl an

799 Zum Begriff der Bürgerpflicht, siehe ausf. S. 289.

800 *Europol,* From Suspicion to Action, S. 7; *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 4; *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 10; vgl. ferner der Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Gewinnaufspürungsgesetz – GewAufspG) vom 25.05.1992, BT/Drs. 12/2704, S. 10; *Vogel,* in: *ders./Maillart* (Hg.), AML-Law, S. 912; ausf. *Wagner,* in: *Kaal/Schmidt/Schwartze* (Hg.), FS-Kirchner, 1067 (1067 ff.); *WEF/STAR,* Unifying Framework, S. 1.

801 *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, § 23 WpHG, Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Finanzdienstleistern und Marktbetreibern. Dies hängt maßgeblich mit den ihnen zugrunde liegenden, höchst spezialisierten und auf einige wenige Tathandlungen eingegrenzten Verbotsvorschriften zusammen. So können ungedeckte Leerverkäufe beispielsweise ausschließlich im Rahmen des Wertpapierhandels und nur anhand einiger weniger Finanzdienstleistungen erfolgen. Die Anbieter ebendieser Dienstleistungen sollen durch Verdachtsmeldepflichten ihre Kundenbeziehungen auf entsprechende, verdachtsbegründende Anhaltspunkte hin untersuchen. Vergleichbares gilt für den Insiderhandel, den Marktmissbrauch und für ungedeckte CDS.

Die verpflichteten Berufsgruppen zeichnet ferner aus, dass die von ihnen angebotenen Finanzdienstleistungen für die jeweilige Tatbegehung alternativlos sind. So bedarf ein jedes der hier untersuchten Kapitalmarktdelikte ein Geschäft über Finanzdienstleistungen. Der Täter muss insofern zwangsläufig auf die Plattformen der verpflichteten Marktbetreiber bzw. die durch Wertpapierfirmen angebotenen Finanzdienstleistungen zurückgreifen. Dies lässt sich wiederum mit dem für die verdachtsmeldepflichtigen Verbotstatbestände zwingend vorgesehenen Transaktionsbezug erklären.[802] Dieser beschränkt nicht nur die meldepflichtigen Tathandlungsvarianten. Er dient vielmehr als wichtige Stellschraube für das Maß der Einbeziehung der jeweils Meldepflichtigen.

Weniger spezifisch gestaltet sich indes der § 43 Abs. 1 GwG zugrunde liegende Verpflichtetenkatalog des § 2 Abs. 1 GwG. Diese Berufsgruppen soll eine „besondere Nähe" zum Geldwäscheprozess, bestehend aus den *placement-*, *layering-* sowie den *integration*-Phasen, auszeichnen.[803] Vergleichbares gilt auch für die Terrorismusfinanzierung.[804] So müssen Täter zwingend auf die Dienstleistungen der aufgelisteten Berufsgruppen zurückgreifen, um den illegitimen Ursprung oder den staatsgefährdenden Verwendungszweck unkenntlich oder für sich wirtschaftlich fruchtbar zu machen, sei es beispielsweise durch die Überweisungen an Strohfirmen oder durch die Verwendung eines *Hawala*-Finanzsystems.[805] So heißt es in der Begründung zur Erstfassung des GwG aus dem Jahr 1993:

802 Zum Transaktionsbezug beim marktmissbrauchsrechtlichen Meldegegenstand, siehe bereits S. 116 f.
803 Siehe bereits Fn. 125; 276.
804 Zur groben Übertragbarkeit des Geldwäsche- auf den Terrorismusfinanzierungsprozess, siehe bereits S. 55 f.
805 Siehe bereits Fn. 124.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> *„Hierbei bedienen sie [die Geldwäschetäter – Anm. d. Verf.] sich z. T. der Dienstleistungen regulärer Wirtschaftsunternehmen wie z. B. des Kreditgewerbes. Ohne daß die Betroffenen in der Mehrzahl der Fälle die wirkliche Herkunft der von ihnen verwalteten Gelder kennen, wirtschaften sie mit den ihnen anvertrauten Mitteln, nehmen Überweisungen vor, investieren und tragen damit ungewollt zur Verfestigung der illegalen Strukturen bei.“*[806]

Hervorzuheben ist dabei besonders die Nähe der Verpflichteten zur *integration*-Phase, in der der Täter die gewaschenen Vermögenswerte in das Finanzsystem integriert, wie etwa durch den Kauf von Luxusgütern oder Immobilien.[807] In diesem letzten Glied der Kette von Geldwäschehandlungen finden sich vermehrt Berufsgruppen des Nichtfinanzsektors wie Immobilienmakler, Notare oder Kunst- und sonstige Güterhändler. So belegt die nationale Risikoanalyse gerade im Immobiliensektor und im Bereich des Güterhandels ein massives Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsrisiko, weshalb sich der Gesetzgeber in den letzten Jahren vermehrt zur Aufnahme ebendieser Berufsgruppen in den Kreis der Geldwäscheverpflichteten entschied.[808] Bislang ist die Anzahl der abgegebenen Verdachtsmeldungen aus dem Nichtfinanzsektor jedoch ernüchternd. 2021 gingen von 298.507 Verdachtsmeldungen 782 von Güterhändlern, 177 von Immobilienmaklern und 220 von Glücksspielveranstaltern bei der FIU ein – ein in der Gesamtbetrachtung zu vernachlässigender Anteil.[809]

Neben der geringen Anzahl der aus dem Nichtfinanzsektor abgegebenen Verdachtsmeldungen bestehen allen voran in der Literatur Zweifel über die Art und Weise der Aufnahme der dort tätigen Berufsgruppen.[810] So monieren Kritikerinnen und Kritiker, es fehle im Bereich des Nichtfinanzsektors

806 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Gewinnaufspürungsgesetz – GewAufspG) vom 25.05.1992, BT-Drs. 12/2704, S. 10.

807 *Utama,* IndLawRev 2016, 180 (184).

808 *FATF,* Designated Non-Financial Businesses and Professions (DNFBPs) in relation to AML/CFT; Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 09.10.2019, BT-Drs. 19/13827, S. 49 f.; *FIU-Deutschland,* Jahresbericht 2019, S. 34 ff., 39 ff.

809 *FIU-Deutschland,* Jahresbericht 2021, S. 17; siehe schon Fn. 248.

810 *Bülte,* NZWiSt 2017, 276 (277); *Gehling/Lüneborg,* NZG 2020, 1164 (1164); *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages,* Geldwäscheaufsicht, online verfügbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/670340/4c7721876f2aa5abb64acce6c4f63e54/WD-4-123-19-pdf-data.pdf, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

häufig an dem Bewusstsein *(„awareness")* für die Gefahr einer Geldwäschetransaktion.[811] Dies habe zur Folge, dass die Verpflichteten oftmals niemanden zum Geldwäschebeauftragten bestellen.[812] Zudem bewegen sich die Geschäfte aus dem Nichtfinanzbereich in weitaus geringeren Größenordnungen als im Finanzbereich, sodass bei größeren Bargeldtransaktionen auch die Angst vor einem substanziellen Gewinnverlust das Meldeverhalten beeinflussen vermag.

Dieses Problem betrifft nicht nur die Meldepflichtigen des Nichtfinanzsektors, sondern ist vielmehr der *Criminal-Compliance* inhärent. So bestehen aus ökonomischer Perspektive[813] nur wenige Anreize, strafrechtlich relevantes Fehlverhalten von Kunden und Geschäftspartnern aufzudecken und zu melden. Vielmehr ist bei Führungspersonen in Unternehmen die Vorstellung verbreitet, man könne sich bewusst der Kenntnis von möglichen Straftaten verschließen und dadurch einer eigenen, mitunter strafrechtlichen Verantwortlichkeit entkommen *(willful blindness).*[814] Dies kann so weit gehen, dass unternehmerische Informationsflüsse systematisch darauf ausgerichtet sind, die Leitungsebene von kompromittierendem Wissen abzuschotten.[815] Der Gesetzgeber hat auf diese Problematik im Rahmen der Verdachtsmeldepflichten reagiert, indem er neben vorsätzlichen auch leichtfertige Meldeverstöße sanktioniert.[816]

811 *Bülte,* NZWiSt 2017, 276 (277). Insbesondere Güterhändler weisen in der Gesamtschau aller Meldepflichtigen den geringsten Kenntnisstand über die Phänomenologie und die möglichen Anhaltspunkte von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung sowie das geringste Problembewusstsein auf, *Bussmann,* Geldwäscheprävention, S. 109; *Gehling/Lüneborg,* NZG 2020, 1164 (1164); *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages,* Geldwäscheaufsicht, online verfügbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/670340/4c7721876f2aa5abb64acce6c4f63e54/WD-4-123-19-pdf-data.pdf, S. 8.

812 *Bussmann,* Geldwäscheprävention, S. 109 f., 131, 154 ff.

813 Nach der ökonomisch-psychologischen Verhaltensannahme des *homo oeconomicus* handeln Privatunternehmen ausschließlich zum Zwecke der Selbsterhaltung, was vorwiegend durch die Generierung nahhaltiger Gewinne und der Vermeidung von Risiken geschieht, siehe weiter gehend: *Behringer,* CB 2018, 257 (260); *Hahn/Hungenberg,* PuK, S. 13; *Sarhan,* wistra 2017, 336 (337); *Schneider,* Betriebswirtschaftliche Theorie, S. 113; sowie S. 275 f.

814 In der angloamerikanischen Rechtssprache auch bekannt unter *„conscious avoidance"* und *„deliberate ignorance"*, *Schemmel/Kirch-Helm*, CCZ 2008, 96 (96) m. w. N.

815 *Schemmel/Kirch-Helm*, CCZ 2008, 96 (96).

816 Vgl. hierzu bereits S. 114 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

E. Zwischenfazit

Die Problemfelder aus Verdachtsmeldepflichten sind vielschichtig, wie die vorstehenden Untersuchungen gezeigt haben. Die ihnen entgegengebrachte Kritik verläuft dabei wie ein zusammenhängender roter Faden, beginnend mit Widrigkeiten in den zugrunde liegenden Verbotsvorschriften bis zu den einzelnen Meldemodalitäten.

So scheinen die einzelnen Meldemodalitäten des § 43 Abs. 1 GwG wie der Kreis meldepflichtiger Berufsgruppen, der erforderliche Verdachtsgrad sowie das jeweilige Ermittlungsprogramm nicht auf die rechtsdogmatischen und -systematischen Eigenschaften der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung angepasst. Derweil versteifen sich die Gesetzesmaterialien auf die besondere „Nähe" der Meldepflichtigen; auf eine „*Gatekeeper*"-Rolle, die sie dazu befähigen soll, verwertbare Verdachtsmomente entwickeln zu können. Wie die Untersuchungen gezeigt haben, ist die für die Strafverfolgung relevante „Nähe" jedoch keine Nähe zu sozialtypischen Verschleierungshandlungen, sondern die deliktische Nähe zur Vortat. Ohne konkrete Anhaltspunkte zur Vortat können Strafverfolgungsbehörden kein Ermittlungsverfahren einleiten. Es bleibt beim konstanten „Stempeln von Einstellungsverfügungen", wie es eine Vertreterin der Staatsanwaltschaft in der von *Bussmann* durchgeführten Geldwäschestudie mit drastischen Worten beschreibt.[817]

Dass Verdachtsmeldepflichten als Mittel der Verdachtsgewinnung aber durchaus in der Lage sein können, bestehende Aufklärungshindernisse zu überwinden, belegen die Ausführungen zu ihren kapitalmarktrechtlichen Vertreterinnen. Die dort proklamierte „Nähe" der Meldepflichtigen ist keine bloße Leerformel. Sie sind vielmehr wahrhaftige „*Gatekeeper*" wirtschaftsdeliktischen Verhaltens. Verdachtsschwellen, Monitoring- und Ermittlungspflichten sowie die Auswahl der Meldepflichtigen sind abgestimmt auf die Eigenheiten des Insiderhandels, der Marktmanipulation sowie der Verbote ungedeckter Leerverkäufe und CDS.

Eine Mitwirkung privater Wirtschaftssubjekte in der Strafverfolgung durch ein Institut wie das der Verdachtsmeldepflicht ist insofern kein inhärent ungeeignetes Mittel. Die einzelnen Modalitäten müssen jedoch streng auf den jeweiligen deliktischen Anwendungsbereich abgestimmt werden, um einen echten Mehrwert für Strafverfolgungsbehörden zu leisten. Hierzu gehört, dass die durch Verdachtsmeldepflichten herangezogenen Personen-

817 Siehe bereits Fn. 757.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und Berufsgruppen zwingend einen einschlägigen Bezug zu unrechtsbegründenden Tatbestandsmerkmalen aufweisen. Dieser Bezug muss sich im jeweiligen Verdachtsermittlungsprogramm fortsetzen. Verdachtsmomente sollten demgemäß nicht durch bloße Ungewöhnlichkeiten wie besonders große oder komplexe Transaktionen ausgelöst und den Meldebehörden bereits dann weitergeleitet werden, wenn sie nicht erklärt werden können.

Der Gesetzgeber ist vielmehr angehalten, für die Meldepflichtigen unmissverständliche und präzise Parameter für die Erfassung und Entwicklung von Verdachtsmomenten zu erarbeiten, wobei ein Bezug zu den zugrunde liegenden Straftaten und Ordnungswidrigkeiten stets erkennbar sein muss. Diesem Erfordernis ist er dabei lediglich in den kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmelderegimen aus Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR und aus § 23 Abs. 1 WpHG nachgekommen. Für die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht aus § 43 Abs. 1 GwG wird eine punktuelle Anpassung einzelner Merkmale indes nicht ausreichen, um die enormen Aufklärungslücken in der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu schließen. Vielmehr besteht ein umfassender Novellierungsbedarf.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Teil 3: Rechtliche Bewertung von Verdachtsmeldepflichten im Strafprozess

Die im vorherigen Abschnitt artikulierte „Ungriffigkeit" von Verdachtsmeldepflichten im Zusammenspiel mit den ihnen zugrunde liegenden Verbotsvorschriften ist als bloßes Symptom von tiefgreifenderen rechtsdogmatischen wie -strukturellen Ursachen zu werten. Diese Ursachen werden bereits durch eine oberflächliche Skizzierung der Funktionsweise von Verdachtsmeldepflichten erkennbar: Sie verpflichten private Wirtschaftssubjekte, Verdachtsmomente potenzieller Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Mitarbeiter- und Kundenumfeld behördlich zu melden. Wie bereits herausgearbeitet, bedingt eine wahrgenommene Unauffälligkeit zunächst noch nicht die Pflicht zur Meldeabgabe. Vielmehr ist zwischen diesen beiden Zeitpunkten ein Prozess der Untersuchung und Bewertung der Tatsachenlage zwischengeschaltet – ein Prozess der Ermittlung.[818]

Ermittlungen, sei es zur Gefahrenabwehr oder zur Strafverfolgung, werden regelmäßig staatlicherseits geführt, nicht so aber im Rahmen der Verdachtsmeldepflichten. In der Literatur ist die Rede von „Bankern" als Ermittlungspersonen[819] oder – etwas überspitzt – als „Fahnder".[820] Doch findet im Gebiet der Verdachtsmeldungen tatsächlich eine Rollenverschiebung zwischen hoheitlichen Ermittlungspersonen und der Gesellschaft statt oder wird eine solche nur wahrgenommen? Denn bevor von einer „Rollenverschiebung" gesprochen werden kann, muss überhaupt geklärt werden, welche „Rolle" die Meldepflichtigen durch Verdachtsmeldungen und die mit ihnen verbundenen Ermittlungen überhaupt durchführen.

Dieses zweite Problem der Rollenverteilung ist rechtsstruktureller Natur. Denn die Verdachtserhebung und -entwicklung geschieht nicht im Rahmen eines (einfach-)gesetzlich vorgegebenen Verfahrens wie das strafprozessuale Ermittlungsverfahren oder die polizeiliche Gefahrenverdachtsgewinnung, sondern gewissermaßen in einem verfahrensrechtlichen Vakuum. Es drängt

818 Siehe hierzu bereits S. 217 ff.

819 *Behringer,* CB 2018, 257 (258 f.); *Böse,* ZStW 2007, 848 (870 ff.); *Nolde,* DSRITB 2012, 791 (797); *Sarhan,* wistra 2017, 336 (336); *Sommer,* StraFo 2005, 327 (330); *Zuberbühler,* in: *Pieth/Dietzi* (Hg.), Bekämpfung der Geldwäscherei, 29 (29).

820 *Herzog,* WM 1996, 1753 (1753).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich daher die Frage auf, ob der Staat außerhalb des durch ihn geschaffenen Verfahrens – sei es durch ihn selbst oder durch eingesetzte Privatentitäten – überhaupt tätig werden darf. Dabei interessiert weniger die einfachgesetzliche Ausgestaltung, etwa ob Verdachtsmeldepflichten gegen Vorschriften aus der StPO oder aus den Landespolizeigesetzen verstoßen.[821] Entscheidend ist vielmehr das hinter dem Verfahren stehende verfassungsrechtliche Gebilde, das nicht ohne Weiteres abbedungen werden kann.[822]

Im folgenden Abschnitt (A.) sollen die mit Verdachtsmeldungen einhergehenden Verpflichtungen rechtssystematisch eingeordnet werden, bevor sich anschließend der Frage nach der Zulässigkeit eines staatlichen Tätigwerdens in diesem Bereich gewidmet werden kann. Als erster Anknüpfungspunkt bietet sich dabei das strafprozessuale Ermittlungsverfahren an, in dessen Rahmen – ähnlich den aus Verdachtsmeldepflichten entspringenden Ermittlungen – Erkenntnisse gesammelt werden, um eine bestimmte Verdachtsschwelle, namentlich die des hinreichenden Tatverdachts gem. § 170 Abs. 1 StPO, zu erreichen (I.). Die aus dem Vergleich mit dem Ermittlungsverfahren geschlussfolgerten Differenzen sollen anschließend die Grundlage bilden, um die durch Verdachtsmeldungen bedingten Ermittlungen auf dem breiten Feld staatlicher Ermittlungstätigkeit zu verorten (II.) und schließlich die Zulässigkeit eines derartigen staatlichen Tätigwerdens zu beurteilen (III.).

Diese rechtliche Erörterung erfährt dabei in Anbetracht der in der Untersuchung zu beantwortenden Forschungsfrage nach einer Mitwirkung Privater in der Strafverfolgung eine wesentliche Beschränkung, als dass ausschließlich auf die repressive Verwendung von Verdachtsmeldungen eingegangen wird. Etwaige präventiv-polizeiliche Verwendungen von Verdachtsmeldungen werden indes ausgeklammert.

821 Im Wege des *Lex-posterior*-Grundsatzes wäre es dem Staat nicht verwehrt, durch Verdachtsmeldepflichten bestehende Verfahrensvorschriften abzubedingen.

822 So beeinflussen „die Grundrechte nicht nur die Ausgestaltung des materiellen Rechts […], sondern setzen zugleich Maßstäbe für eine den Grundrechtsschutz effektuierende Organisations- und Verfahrensgestaltung sowie für eine grundrechtsfreundliche Anwendung vorhandener Verfahrensvorschriften", BVerfGE 69, 315 (355); siehe ferner: BVerfGE 35, 79 (120 ff.); 53, 30 (59 f.); 56, 216 (236 f.); 73, 280 (296); 84, 34 (45 f.); 84, 59 (72 f.); 90, 60 (96), sowie *Dreier,* in: *ders.,* GG, Vorb. Art. 1 GG, Rn. 105 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

A. Rechtssystematische Qualifizierung der aus Verdachtsmeldepflichten entspringenden Aufgaben

I. Verdachtsmeldepflichten im Gefüge des Strafverfahrens

Im Rahmen des strafprozessualen Ermittlungsverfahrens obliegt der Staatsanwaltschaft die Aufgabe, tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Straftat festzustellen, bis die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung die Wahrscheinlichkeit eines Freispruchs in einem gerichtlichen Verfahren übersteigt.[823] Indem § 152 Abs. 2 StPO die Staatsanwaltschaft aber schon bei einem (einfachen) Anfangsverdacht zum Einschreiten berechtigt und verpflichtet, richtet das Gesetz einen eigenen Verfahrensabschnitt ein, der der Klärung des Anfangsverdachts sowie seiner Konkretisierung auf eine bestimmte prozessuale Tat und auf bestimmte Beschuldigte dient.[824] Ein solches Ermittlungsverfahren ist aus rechtsstaatlichen Gründen als Voraussetzung für die Aufrechterhaltung wesentlicher Prozessmaxime des gerichtlichen Verfahrens und aus justizökonomischen Gründen unverzichtbar.[825]

Das Ziel des Ermittlungsverfahrens liegt primär in der Aufklärung einer bestimmten Tat, weshalb die Strafverfolgungsbehörden in erster Linie solche Tatsachen ermitteln müssen, die für die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale maßgebend sind.[826] Hierbei untersuchen sie regelmäßig den persönlichen Lebensbereich des Beschuldigten und greifen damit insbesondere in sein grundrechtlich geschütztes Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein.[827] Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens sind die Strafverfolgungsbehörden überdies befugt, weitere hoheitliche Maßnahmen einzusetzen, um zu gewährleisten, dass das Strafverfahren nicht behindert wird, etwa wenn der Tatverdächtige die Beweislage manipuliert, sich dem Verfahren entzieht oder mögliche Sanktionen vereitelt.[828]

---

823 *Moldenhauer,* in: KK-StPO, § 170 StPO, Rn. 3; *Wohlers/Albrecht,* in: SK-StPO, § 170, Rn. 28.

824 *Erb,* in: *Löwe-Rosenberg,* StPO, Vor § 158 StPO, Rn. 2.

825 *Erb,* in: *Löwe-Rosenberg,* StPO, Vor § 158 StPO, Rn. 2.

826 *Fischer,* in: KK-StPO, Einl., Rn. 138; *Gössel,* GA 1980, 325 (344); *Griesbaum,* in: KK-StPO, § 160 StPO, Rn. 20; *Kölbel,* in: MüKo-StPO, § 160 StPO, Rn. 3 f.; *Kühne,* Strafprozessrecht, Rn. 349 ff.; *Roxin/Schünemann,* Strafverfahrensrecht, S. 317; *Wohlers/Deiters,* in: SK-StPO, § 160 StPO, Rn. 18.

827 *Erb,* in: *Löwe-Rosenberg,* StPO, § 160 StPO, Rn. 60; vgl. auch: BVerfGE 65, 1 (2 ff.).; *Groß,* in: *Widmaier/u. a.* (Hg.), FS-Dahs, 249 (257 f.); *Wohlers/Deiters,* in: SK-StPO, § 160 StPO, Rn. 18.

828 *Bäcker,* Kriminalpräventionsrecht, S. 107 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Maßgeblich eingegrenzt wird das Ermittlungsverfahren durch den strafprozessualen Anfangsverdacht i. S. v. § 152 Abs. 2 StPO, wonach die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Dieses Verdachtserfordernis ist die einfachgesetzliche Ausprägung des Legalitätsprinzips, das in Art. 20 Abs. 3, Art. 3 Abs. 3 GG wurzelt.[829] Im Zusammenhang mit dem in § 152 Abs. 2 StPO positiv geregelten Verfolgungszwang wird überwiegend eine Begrenzung staatlicher Ermittlungstätigkeit angenommen: Nur bei Erreichen des strafprozessualen Anfangsverdachts *darf* die Staatsanwaltschaft überhaupt einschreiten.[830]

Dieser Umkehrschluss kann aber nicht allein auf den Wortlaut des § 152 Abs. 2 StPO gestützt werden.[831] In der Begründung einer sog. „Begrenzungsfunktion" des Anfangsverdachts ist vielmehr das – ebenso verfassungsrechtlich determinierte – Ziel des Strafverfahrens maßgeblich, das mitunter in der Beseitigung der durch eine Straftat hervorgerufenen Störung des Rechtsfriedens liegt.[832] Da eine solche Störung des Rechtsfriedens bereits durch den manifest gewordenen Verdacht einer Straftat eintritt, ist der Anfangsverdacht Grund und Anlass für die Durchführung des Strafverfahrens.[833] Er legitimiert in verfahrensorganisatorischer Hinsicht die eingriffsintensive staatliche Ermittlungstätigkeit.[834] Dass staatliches Ermittlungshandeln eines strafprozessualen Anfangsverdachts bedarf und nicht willkürlich geschehen soll, ist dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts geschuldet.[835]

---

829 *Diemer,* in: KK-StPO, § 152, Rn. 3; *Jahn,* in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M.* (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafverfahrens, 545 (550 f.); *Mavany,* in: *Löwe-Rosenberg,* StPO, § 152 StPO, Rn. 3; *Peters,* in: MüKo-StPO, § 152 StPO, Rn. 3; BVerfG NJW 1966, 1603 (1611); *Roxin/Schünemann,* Strafverfahrensrecht, § 14, Rn. 2; *Schmidt-Jortzig,* NJW 1989, 129 (137); *Schulenburg,* JuS 2004, 765 (766); *Weßlau/Deiters,* in: SK-StPO, Vor §§ 151 ff., Rn. 4.

830 Zur Limitierungsfunktion des strafprozessualen Anfangsverdachts, siehe bereits oben S. 210 f., sowie: *Eisenberg/Conen,* NJW 1998, 2241 (2241); *Fincke,* ZStW 1983, 918 (924); *Hund,* ZRP 1991, 463 (463); *Weßlau,* Vorfeldermittlungen, S. 279.

831 Hierzu instruktiv *Groß,* in: *Widmaier/u. a.* (Hg.), FS-Dahs, 249 (250 ff.).

832 *Böse,* ZStW 2007, 848 (849) m. w. N.; *Niese,* Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 124; *Schmidhäuser,* in: *Bockelmann/Gallas* (Hg.), FS-E. Schmidt, 511 (516 ff.); siehe hierzu ausf.: *Schmidt,* LK-StPO I, S. 43; *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 39.

833 *Schulz,* Normiertes Misstrauen, S. 475.

834 Siehe hierzu bereits S. 210.

835 *Fincke,* ZStW 1983, 918 (924); *Groß,* in: *Widmaier/u. a.* (Hg.), FS-Dahs, 249 (256 ff.); *Keller,* NStZ 1990, 416 (417); *Zabel,* ZIS 2014, 340 (341).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Verdachtsurteil, das die Strafverfolgungsbehörde im Rahmen ihrer Erwägungen zum strafprozessualen Anfangsverdacht bildet, bezieht sich auf eine bestimmte Straftat, die nach Art, Zeit und Ort so präzise beschrieben werden kann, dass die Ermittlungen auf sie zugeschnitten werden können.[836] Nicht erforderlich ist es hingegen, dass bereits mögliche Tatbeteiligte benannt werden.[837] Daneben tritt das Wahrscheinlichkeitsurteil, das auf einer konkreten Beurteilungsgrundlage beruhen muss. Hierbei sind alle Umstände zu berücksichtigen, aus denen sich ergibt, dass Anhaltspunkte für eine Straftat sprechen und dass die bestehenden Informationslücken durch anschließende Ermittlungen geschlossen werden können.[838]

Vergleicht man das Ermittlungsverfahren nun mit den aus Verdachtsmeldepflichten hervorgehenden Verdachtsermittlungen, so wird schnell deutlich, dass diese beiden Prozesse in mehreren Punkten voneinander abweichen. Geldwäscherechtliche oder kapitalmarktrechtliche Verdachtsermittlungen werden i. d. R. ausgelöst von einem Treffer aus einem meist automatisierten, IT-gestützten Monitoring-System.[839] Solche Treffer bilden die Beurteilungsgrundlage für die spätere Wahrscheinlichkeitsprüfung. Diese bezieht sich dabei nicht auf eine konkrete Straftat und bestimmt weder Art, Zeit oder Ort, die eine anschließende Ermittlung weiter präzisieren könnte, sondern basiert meist auf Indikatoren, die Unregelmäßigkeiten im allgemeinen Geschäftsgebaren aufweisen und deshalb einer genaueren Untersuchung unterzogen werden müssen.[840]

Aufgrund des geringen Verdachtsgrades bei der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht und der unbestimmten alltäglichen Tathandlungen der ihr zugrunde liegenden Straftatbestände beschränken sich die Ermittlungen meist auf eine Plausibilitätsprüfung, in der nach möglichen Erklärungen für auffälliges Kundenverhalten gesucht wird.[841] Die kapitalmarktrechtlichen Verdachtsermittlungen gestalten sich dagegen spezifischer und erfolgen näher an den Tatbestandsmerkmalen der ihnen zugrunde liegen-

836 *Bäcker,* Kriminalpräventionsrecht, S. 106.
837 *Bäcker,* Kriminalpräventionsrecht, S. 107.
838 *Bäcker,* Kriminalpräventionsrecht, S. 107.
839 Siehe hierzu bereits oben S. 100 f., 165.
840 *Achtelik,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, § 15 GwG, Rn. 33; *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 73; *Gabriel,* in: BeckOK-GwG, § 15 GwG, Rn. 67; *Kumpan/Misterek,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 25.
841 Hierzu schon ausf. S. 221 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Verbotstatbestände. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass – anders als bei § 43 Abs. 1 GwG – ein Verpflichteter aus der Bewertung, dass ein Geschäft nicht dem allgemeinen Geschäftsgebaren entspricht, noch keinerlei Indizien für einen Verstoß gegen das Insider- oder Marktmanipulationsverbot bzw. keine Indizien für einen Verstoß gegen das Verbot ungedeckter Leerverkäufe oder CDS entnehmen kann.[842] Dennoch sind auch die kapitalmarktrechtlichen Verdachtsermittlungen nicht an ein dem strafprozessualen Anfangsverdacht vergleichbares Legitimationselement gebunden.

Die von Verdachtsmeldepflichten geforderten Ermittlungen ähneln einem Ermittlungsverfahren insofern nur auf den ersten Blick. Zwar nehmen auch die Meldepflichtigen eine Wahrscheinlichkeitsprüfung vor, die sich auf eine im Raum stehende Straftat – bzw. im Fall von § 23 Abs. 1 WpHG eine Ordnungswidrigkeit – bezieht. Das sich hieraus ergebende Wahrscheinlichkeitsurteil muss jedoch nicht den Verdacht einer konkreten verfolgbaren Straftat ergeben. Dies geht schon aus dem Gesichtspunkt hervor, dass Verdachtsmeldepflichten neben einen repressiven auch einen präventiven Zweck verfolgen.

Darüber hinaus fehlt es bei Verdachtsermittlungen eines dem strafprozessualen Anfangsverdacht vergleichbaren Legitimationselements, das den Verpflichteten zur Vornahme eingriffsintensiver Maßnahmen ermächtigen würde. Vielmehr werden diese Ermittlungen weit im Vorfeld der Feststellung eines Anfangsverdachts, etwa durch detektierte Unauffälligkeiten im Markt- oder Kundenverhalten eingeleitet. Im Rahmen von Verdachtsmeldepflichten erfolgende Ermittlungen sind einem strafprozessualen Ermittlungsverfahren insoweit vorgelagert.

II. Möglichkeit der Strafverfolgung im Vorfeld eines Anfangsverdachts?

Die Frage über die Zulässigkeit repressiver Ermittlungen im Vorfeld des Anfangsverdachts wird heute wieder kontrovers diskutiert,[843] obschon der

842 Siehe hierzu bereits S. 224 f.

843 *Artzt,* Bedeutung polizeilicher Vorfeldermittlungen (2000); *Forkert-Hosser,* Vorermittlungen (2011); *Graulich,* NVwZ 2014, 685 (685 ff.); *Jahn,* in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M.* (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafverfahrens (2007), 545 (545 ff.); *Jahnes,* Initiativermittlungen (2011); *Senge,* in: FS- Hamm (2008), 701 (701 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Diskurs bereits Ende der 1980er-Jahre abgeschlossen schien.[844] Das Konfliktfeld hat sich dabei nicht maßgebend verändert: Durch die im Vorfeld stattfindende repressive Ermittlungstätigkeit besteht die Gefahr, dass der Staat das in Art. 20 Abs. 3, 3 Abs. 3 GG wurzelnde und im strafprozessualen Anfangsverdacht nach § 152 Abs. 2 StPO einfachgesetzlich normierte Legalitätsprinzip umgeht.[845] Da solche Ermittlungsmaßnahmen außerhalb des Rahmens der StPO verlaufen, werden sie in der Regel auf präventiv-polizeiliche Befugnisnormen gestützt. Dies sehen Kritikerinnen und Kritiker als Umgehung der strafprozessualen Verfahrensvorschriften. Die Rede ist von einer „Verpolizeilichung" des Ermittlungsverfahrens, mit der gleichsam eine Verwässerung seiner Grenzen und damit ein partielles Ausmanövrieren von Beschuldigtenrechten und richterlicher Kontrolle einherginge.[846] Staatliche, der Strafverfolgung dienende Ermittlungen im Vorfeld des Anfangsverdachts entsprächen nicht mehr den Grundsätzen eines justizförmigen Verfahrens, was auch aus straftheoretischer Sicht bedenklich wäre. Denn die im materiellen Strafrecht bestehenden Zurechnungen nach dem Schuldkonzept entsprechen im Strafverfahren einer Subjektstellung des Beschuldigten.[847] Ermittlungen außerhalb des Strafverfahrens würden die Beschuldigtenstellung indes stark einschränken, sodass schon aus diesem Grund die Verhängung einer Strafe nicht mehr auf einem rechtsstaatlichen Verfahren beruhe.[848]

Auf der anderen Seite gilt heute ein repressives Vorgehen auch schon vor der Feststellung eines Anfangsverdachts in vielen Kriminalitätsbereichen als unverzichtbar. Gerade Ermittlungen im OK- oder im BtM-Bereich werden in der Regel nicht durch einen konkreten Anfangsverdacht angestoßen. Aufgrund der Anonymität der Täter und der mangelnden Anzeigebereitschaft werden erste Untersuchungen vielmehr aufgrund statistischer Wahr-

844 *Eisenberg/Conen,* NJW 1988, 2241 (2244); *Fincke,* ZStW 1983, 918 (918 ff.); *Keller,* NStZ 1990, 416 (416 ff.); *Stümper,* Systematisierung der Verbrechensbekämpfung (1981); *Walder,* ZStW 1985, 863 (863 ff.).

845 *Albers,* Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 92; *Diemer,* in: KK-StPO, § 152 StPO; Rn. 9 ff.; *Eisenberg/Conen,* NJW 1988, 2241 (2244); *Fincke,* ZStW 1983, 918 (928); *Keller,* NStZ 1990, 416 (417); *Senge,* in: FS-Hamm, 701 (707 ff.); *Walder,* ZStW 1985, 863 (871); *Wölfl,* JuS 2001, 478 (480).

846 *Jahn,* in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M.* (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafverfahrens, 545 (546 f.); *Naucke,* in: *Albrecht/u. a.* (Hg.), GS-Frehsee, 42 (51).

847 *Kröpil,* JR 2013, 553 (554); *Rüping/Dornseifer,* JZ 1977 417 (417).

848 *Albers,* Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 92; *Fincke,* ZStW 1983, 918 (928); *Walder,* ZStW 1985, 863 (868 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

scheinlichkeiten (sog. Risiko) oder vagen Erwartungen (sog. Szenario) eingeleitet.[849]

Wie ist mit diesem Konfliktfeld also umzugehen? Stimmen, die für eine Aufhebung einer absolut dogmatischen Trennung zwischen den „tätigkeitsauslösenden" Bezugspunkten von Prävention und Repression plädierten, konnten sich bisweilen nicht durchsetzen.[850] Zu groß erscheint die Gefahr einer Beschneidung von verfahrensrechtlichen Schutzpositionen betroffener Personen. Die Stellung als Beschuldigter in einem Strafverfahren etwa kann nicht gleichgesetzt werden wie die des bloß polizeirechtlichen Störers.[851]

Zudem würde eine Abkehr von der Differenzierung zwischen Prävention und Repression Fragen auf Ebene der Gesetzgebungskompetenzen aufwerfen. So unterliegt die polizeiliche Strafverfolgung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 4. Var. GG,[852] während das Polizei- und Ordnungsrecht als Ländersache zu qualifizieren ist.[853] Diese Kompetenzen gelten unabhängig von dem Vorliegen eines Tatverdachts oder einer konkreten Gefahr und erstrecken sich demnach ebenso auf den Vorfeldbereich.[854]

Eine pauschale Lösung für das Verdachtsvorfeld ist vor diesem Hintergrund trotz jahrzehntelanger Anstrengung nicht gefunden worden. Vielmehr müssen im Einzelfall die jeweiligen Ermittlungsmaßnahmen untersucht werden. Die Wissenschaft hat dabei Fallgruppen entwickelt, in denen sie jeweils unterschiedliche Maßstäbe für die staatliche Ermittlungstätigkeit aufstellt.[855]

---

849 *Jahn,* in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M.* (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafverfahrens, 545 (555); *Kölbel,* in: MüKo-StPO, § 160 StPO, Rn. 13.

850 *Albers,* Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 110; *Stümper,* Kriminalstatistik 1975, 49 (49), der in diesem Zusammenhang von einer „überholten Unterscheidung" zwischen Prävention und Repression spricht.

851 *Albers,* Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 92.

852 *Uhle,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 70 GG, Rn. 111.

853 BVerfG NJW 2005, 2603, (2605); NJW 2001, 879 (879); BVerwG NJW 2006, 1225 (1226). Instruktiv hierzu: *Albers,* Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 265 ff.; *Schwan,* VerwArch 1979, 109 (114 ff.).

854 *Albers,* Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 202; *Keller,* NStZ 1990, 416 (419); *Uhle,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 74 GG, Rn. 121.

855 Auf eine Darstellung der Meinungsstreitigkeiten der einzelnen Verfahrensstadien im Vorfeld des Anfangsverdachts wird aus Übersichtlichkeitsgründen und mangels eines unmittelbaren Bezuges zum Untersuchungsgegenstand verzichtet und auf die dargelegten Fundstellen verwiesen.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Fallgruppen

a. Vorermittlungen

Der Begriff der Vorermittlung umschreibt die Abklärung der Strafverfolgungsbehörde, ob ein strafprozessualer Anfangsverdacht vorliegt oder nicht (sog. AR-Sache).[856] In diesem Stadium reicht die vorhandene Informationslage (noch) nicht aus, um einen Anfangsverdacht zu begründen. Vorermittlungen sollen dazu beitragen, vorhandene Verdachtsmomente unterhalb des Anfangsverdachts weiter zu verdichten bzw. neue Verdachtsmomente zu generieren, sodass ein förmliches Ermittlungsverfahren eröffnet werden kann. Ein Beispiel von Vorermittlungen liegt in Ermittlungen nach Eingang von Strafanzeigen, die einen weitgehend diffusen Sachverhalt wiedergeben, wie etwa eine Schlägerei auf einer Großveranstaltung. Hier muss die Staatsanwaltschaft weitere Sachverhaltsforschungen betreiben, bevor sie ein förmliches Ermittlungsverfahren einleitet.[857]

Das Vorverfahren ist in der StPO nicht geregelt. Seine Zulässigkeit wird heute jedoch kaum noch abgestritten. So impliziert die Pflicht der Staatsanwaltschaft, nach § 152 Abs. 2 StPO ein Verfahren bei Vorliegen eines Anfangsverdachtes einzuleiten, die Überprüfung, ob ein solcher Anfangsverdacht überhaupt vorliegt.[858] Gleichzeitig müsse aber die Begrenzungsfunktion des strafprozessualen Anfangsverdachts gewahrt werden. Insoweit ist das Vorermittlungsverfahren strukturell vom Ermittlungsverfahren abzutrennen. Auf die Befugnisse der StPO kann sich die Staatsanwaltschaft vor der Feststellung eines strafprozessualen Anfangsverdachtes nicht berufen. Ebenso unzulässig sind schwerwiegende oder tiefgreifende Grundrechts-

856 *Hilger,* in: *Wolter/u. a.* (Hg.), FG Hilger, 11 (12 ff.); *Himmelreich,* Insiderstrafverfolgung, S. 145; *Jahn,* in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M.* (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafverfahrens, 545 (557); *Jahnes,* Initiativermittlungen, S. 7 ff.; *Kammann,* Der Anfangsverdacht, S. 145; *Keller,* NStZ 1990, 416 (417); *Krause,* in: *Beulke/Müller* (Hg.), FS-Strafrechtsausschuss, 351 (351 ff.); *Lange,* Vorermittlungen, S. 17 ff.; *Mavany*, in: *Löwe-Rosenberg,* StPO, § 152 StPO, Rn. 43; *Peters,* in: MüKo-StPO, § 152 StPO, Rn. 62.

857 *Peters,* in: MüKo-StPO, § 152 StPO, Rn. 62.

858 *Albers,* Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 80 f.; *Diemer,* NStZ 2005, 666 (667); *Forkert-Hosser,* Vorermittlungen, S. 137 ff.; *Gössel,* GA 1980, 325 (669 ff.); *Jahn,* in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M.* (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafverfahrens, 545 (558); *Jahnes,* Initiativermittlungen, S. 8; *Lange,* Vorermittlungen, S. 34 ff.; *dies.,* DRiZ 2002, 264 (265); *Rudolph,* Antizipierte Strafverfolgung, S. 190; LG Offenburg NStZ 1993.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eingriffe.[859] Der Strafverfolgung dienende Grundrechtseingriffe, die nicht als schwerwiegend einzustufen sind, sollen demgegenüber auch im Stadium der Vorermittlungen erlaubt sein, soweit sie tatsächlich der Abklärung weiterer Verdachtsmomente dienen und nach Lage des Einzelfalls für die Aufnahme bzw. der Ablehnung der Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens geeignet, erforderlich und angemessen sind.[860]

b. Vorfeldermittlungen

Abzugrenzen sind die Vorermittlungen von den sog. Vorfeldermittlungen. Diese werden nicht erst durch das Vorliegen einer konkreten Gefahr oder eines Verdachts einer konkreten Straftat ausgelöst, sondern setzen schon in deren Vorfeld ein.[861] Die folgenden Ausführungen akzentuieren repressiv ausgestaltete Vorfeldermittlungen, die die Durchsetzung der Strafverfolgung in Bezug auf mögliche zukünftige Straftaten gewährleisten wollen – der sog. Strafverfolgungsvorsorge.[862] Derartige Ermittlungen erfolgen regelmäßig anlasslos und dienen – im Unterschied zu den Vorermittlungen – nicht dazu, einen Anfangsverdacht willkürfrei zu bejahen (oder zu verneinen), sondern sollen erste tatsächliche Anhaltspunkte gewinnen, auf die sich ein späterer Anfangsverdacht beziehen könnte.[863]

Die Frage nach der Legitimierung der Strafverfolgungsvorsorge ist schwierig zu beantworten. So besteht weder eine konkrete Gefahr, die ein polizeiliches Einschreiten voraussetzt, noch bestehen Verdachtsmomente, die einen strafprozessualen Anfangsverdacht oder eine Überprüfung

859 *Jahn,* in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M.* (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafverfahrens, 545 (560) m. w. N.

860 *Groß,* in: *Widmaier/u. a.* (Hg.), FS-Dahs, 249 (263 f.); *Hilger,* in: *Wolter/u. a.* (Hg.), FG Hilger, 11 (17 f.); *Jahn,* in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M.* (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafverfahrens, 545 (560).

861 *Albers,* Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 111; *Graulich,* NVwZ 2014, 685 (685).

862 Die präventiv ausgerichteten Unterfälle der Vorfeldermittlungen, in Form der Gefahrenvorsorge und der Straftatenverhütung, sind für die hier anzustellende Untersuchung weniger relevant.

863 LG Offenburg NStZ 1993, 506 (506 f.); *Artzt,* Bedeutung polizeilicher Vorfeldermittlungen, S. 11; *Haas,* Vorermittlungen, S. 41 ff.; *Himmelreich,* Insiderstrafverfolgung, S. 146; *Lange,* DRiZ 2002, 264 (264); *Peters,* in: MüKo-StPO, § 152 StPO, Rn. 62; *Rudolph,* Antizipierte Strafverfolgung, S. 6; *Schmitt,* in: *Meyer-Goßner/Schmitt*-StPO, § 152 StPO, Rn. 4b.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

desselben im Rahmen etwaiger Vorermittlungen begründen. Die Strafverfolgungsvorsorge geschieht insofern in zeitlicher Hinsicht präventiv, da sie einen zukünftigen Missstand aufheben will, betrifft in der Sache aber die Strafverfolgung bestimmter Taten.[864] Diese Schräglage im Vergleich zum traditionellen Differenzierungsverständnis zwischen den tätigkeitsauslösenden Begriffen der Gefahr und des Verdachts löst die rechtssystematischen Konturen des Vorfelds weiter auf.

Trotz des repressiven Gegenstandes wird die Strafverfolgungsvorsorge von Literatur und Rechtsprechung als Teil der Gefahrenabwehraufgabe zugeordnet, ohne die Gemengelage zwischen Verdacht und Gefahr abschließend zu lösen.[865] Daneben besteht auch im Strafverfahrensrecht mit § 81b Var. 2 StPO eine der Strafverfolgungsvorsorge dienende Norm, die es der Polizei u. a. erlaubt, Lichtbilder und Fingerabdrücke des Beschuldigten auch gegen seinen Willen aufzunehmen, um diese Daten in kriminalpolizeiliche Sammlungen zu überführen.[866] Nach gefestigter Rechtsprechung begründet § 81b Var. 2 StPO aber keine über seine Grenzen hinausgehende Einbeziehung des Verdachtsvorfelds in den Anwendungsbereich der Strafprozessordnung.[867] Andernfalls würde die Begrenzungsfunktion des strafprozessualen Anfangsverdachts außer Kraft gesetzt und Individuen würden nicht mehr von einer willkürlichen Überwachung durch die Strafverfolgungsbehörden geschützt.

In der Praxis sind Vorfeldermittlungen insbesondere im Bereich der OK-Bekämpfung von Bedeutung, da es dort an der Anzeigebereitschaft

---

864 *Graulich,* NVwZ 2014, 685 (686).

865 *Albers,* Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 66, 128, mit dem Nachweis der Rechtsprechung; BVerwG NJW 1967, 1192 (1192 f.); BVerwGE 66, 192 (196 f.); 66, 202 (204); DÖV 1990, 117 (117); NVwZ-RR 2011, 710 (710 f.); siehe auch § 1 Abs. 1 S. 1 Vorentwurf des Arbeitskreises II der Innenminister und -senatoren vom 12. März 1986 zur Änderung des Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder gemäß Beschluss der Innenministerkonferenz vom 25. November 1977 (ME) (VE MEPolG), abgedruckt in: *Bäcker,* Kriminalpräventionsrecht, S. 301 ff.; *Graulich,* NVwZ 2014, 685 (686); *Mavany,* in: *Löwe-Rosenberg,* StPO, § 152 StPO, Rn. 45; *Peters,* in: MüKo-StPO, § 152 StPO, Rn. 63; *Rudolph,* Antizipierte Strafverfolgung, S. 4; *Schmitt,* in: *Meyer-Goßner/Schmitt*-StPO, § 152 StPO, Rn. 4b; differenzierend: *Weßlau,* Vorfeldermittlungen, S. 75.

866 Siehe hierzu *Graulich,* NVwZ 2014, 685 (686); *Trück,* in: MüKo-StPO, § 81b StPO, Rn. 2.

867 Vgl. OVG Hamburg 11.4.2013 – 4 Bf 141/11, NordÖR 2014, 36 (39 ff.); OVG Lüneburg, Beschluss vom 22.04.2015 – 11 ME 58/15, BeckRS 2015, 44635; OLG Naumburg, NStZ-RR 2006, 179 (179 ff.); OVG Münster 13.1.1999 – 5 B 2562/98, NJW 1999, 2689 (2690); VGH München 27.9.1983 – 21 B 82 A 2261, NJW 1984, 2235 (2236 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des unmittelbaren Täterumfeldes mangelt und es aufgrund der gesteigerten Anonymität von Tätern und Opfern sonst sehr schwer ist, auf Straftaten aufmerksam zu werden.[868] So weisen Vorfeldermittlungen bei der Polizei Parallelen zu den Arbeitsweisen von Nachrichtendiensten auf, die ihrerseits aufgrund einer Vielzahl gesammelter Einzelerkenntnisse strukturelle Analysen oder Lagebilder erarbeiten, in denen einzelne Daten oder Ereignisse als Mosaikstein erscheinen und gegebenenfalls vielfältig verwendet und immer neu bewertet werden.[869] In dieser Weise werden die Strukturen des jeweils untersuchten Komplexes aufgedeckt (sog. Strukturermittlungen). Verdichten sich etwaige Verdachtsmomente aus den polizeirechtlich geführten Vorfeldermittlungen, können die hieraus erhobenen Informationen für ein Vorermittlungs- oder für ein förmliches Ermittlungsverfahren an die Staatsanwaltschaft übertragen werden.[870]

c. Initiativermittlungen

Eng verknüpft mit den Vor- und den Vorfeldermittlungen sind die sog. Initiativermittlungen.[871] Ihre Grundlage haben sie in Anlage 6.1 Abs. 2 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV), wonach die Aufklärung und wirksame Verfolgung der organisierten Kriminalität voraussetzt, dass Staatsanwaltschaft und Polizei von sich aus im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse Informationen gewinnen oder bereits erhobene Informationen zusammenführen können, um Ansätze zu weiteren Ermittlungen zu erhalten. Sie dienen der „Durchleuchtung" konkreter krimineller Strukturen, um den strafrechtlich aktiven Mitgliedern

868 *Himmelreich,* Insiderstrafverfolgung, S. 147.
869 *Albers,* Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 115.
870 *Kölbel,* in: MüKo-StPO, § 160 StPO, Rn. 14.
871 Der Begriff „Initiativermittlungen" wird unterschiedlich eingeordnet. Einige Autoren verwenden Initiativermittlungen synonym mit den sog. Vorfeldermittlungen, *Himmelreich,* Insiderstrafverfolgung, S. 146; *Kölbel,* in: MüKo-StPO, § 160 StPO, Rn. 13. Andere verwenden Initiativermittlungen synonym mit den sog. Vorermittlungen, *Peters,* in: MüKo-StPO, § 152 StPO, Rn. 62. Mit Blick auf die untergesetzliche Anerkennung in Anlage E 6.1 Abs. 2 RiStBV bietet sich eine separate rechtssystematische Einordnung von Initiativermittlungen an, vgl: *Jahn,* in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M.* (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafverfahrens, 545 (554 ff.); *Jahnes,* Initiativermittlungen, S. 10; *Rudolph,* Antizipierte Strafverfolgung, Fn. 43

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bisher unbekannt gebliebene oder ihnen nicht zuzuordnende Straftaten nachzuweisen.[872]

Im Gegensatz zu den Vorfeldermittlungen erfolgen Initiativermittlungen nicht aufgrund fremdbestimmt-rechtlicher „Ermittlungsauslöser" wie Gefahr oder Anfangsverdacht, die bei Vorfeldermittlungen zwar noch nicht vorliegen, deren Eintritt aber für die Zukunft prognostiziert wird. Vielmehr wird die Polizei oder Staatsanwaltschaft aus eigener Initiative, also proaktiv tätig, was aber nicht heißt, dass sie willkürlich Ermittlungen aufnehmen können. Vielmehr legitimiert sie ihr Handeln durch eigene, kriminalistische oder kriminalstrategisch-übergreifende und entsprechend flexible Kriterien.[873]

Initiativermittlungen sind als Sonderfall der bereits thematisierten Vorfeldermittlungen zu betrachten. Insofern gilt hinsichtlich ihrer rechtssystematischen Einordnung sowie für ihre rechtliche Zulässigkeit das oben Gesagte. Auch Anlage E 6.1 Abs. 2 RiStBV kann schon aufgrund ihrer Rechtsnatur als Verwaltungsvorschrift nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Durchführung von Initiativermittlungen herangezogen werden.[874]

2. Zwischenfazit

De lege lata bestehen verschiedene Möglichkeiten, die es Strafverfolgungsbehörden erlauben, im Vorfeld eines Anfangsverdachts zu ermitteln. Das Legalitätsprinzip verwehrt als absolute Schranke des Strafverfahrens jedoch eine repressive Ausrichtung dieser Ermittlungen. Insoweit werden Vorfeld- und Initiativermittlungen als Präventivmaßnahmen gewertet, da sie auf die Verfolgung zukünftiger Taten gerichtet sind. Diese dogmatische Brücke lässt sich zumindest kontrovers betrachten. So scheint die Einordnung von Vorfeldermittlungen als Präventivmittel wie ein Kunstgriff, durch den der eigentliche repressive Zweck der Maßnahme kaschiert werden soll. Eine positiv-rechtliche Ausgestaltung zulässiger Ermittlungsmaßnahmen, wie sie in Anlage E 6.1 Abs. 2 RiStBV für Initiativermittlungen konzipiert wurde, wäre schon aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert,

872 *Jahnes,* Initiativermittlungen, S. 10, die auf den unveröffentlichten Bericht des BKA „Abschlussbericht der Bund-Länder-Projektgruppe „Struktur-und Initiativermittlungen"" vom 30.01.2002 verweist.

873 *Albers,* Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 112 ff.

874 *Engelstätter,* in: BeckOK-StPO, Anl. E RiStBV, Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wenngleich sich dies nur schwerlich umsetzen ließe.[875] Denn – das haben die Ausführungen gezeigt – eine pauschale Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit von Ermittlungen im Verdachtsvorfeld ist angesichts ihrer Vielseitigkeit grundsätzlich ausgeschlossen. Entscheidend ist vielmehr die Einzelfallbetrachtung einer jeden Maßnahme und die damit verbundene rechtliche Überprüfung, ob konkret gegen das Legalitätsprinzip verstoßen wird und Beschuldigtenrechte ausgehebelt werden.

III. Zulässiges staatliches Tätigwerden im Vorfeld durch Verdachtsmeldepflichten?

1. Einordnung von Ermittlungen im Rahmen der Verdachtsmeldepflichten

Vergleicht man die im Rahmen von Verdachtsmeldepflichten erfolgenden Ermittlungen mit den staatsanwaltschaftlich geführten Vorermittlungen, so wird deutlich, dass beide Ermittlungsstadien einen ähnlichen Zweck verfolgen, nämlich der Sammlung und Bewertung erster Anhaltspunkte, die für oder gegen eine weitere Verfolgung einer im Raum stehenden Straftat sprechen. Wie die vorausgegangenen Untersuchungen gezeigt haben, zeichnen sich Verdachtsermittlungen nicht nur durch eine Sammlung von Tatsachen, sondern zudem durch eine rechtliche Bewertung ebendieser aus. Hervorzuheben ist dabei die Ermittlungsstruktur im Rahmen kapitalmarktrechtlicher Verdachtsmeldepflichten, die durch einen hohen Bestimmtheitsgrad der zugrunde liegenden Verbotstatbestände sowie durch einen höheren Verdachtsgrad geprägt ist.[876] Diese Kriterien verpflichten die Meldepflichtigen dazu, die gesammelte Tatsachenlage positiv nach einem bestimmten Verstoß gegen einen zugrunde liegenden Tatbestand zu untersuchen. Einer anderen Richtung folgen hingegen die Ermittlungen aus der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht, in der anfängliche Auffälligkeiten einer Plausibilitätsprüfung unterzogen werden. Dennoch verfolgen auch geldwäscherechtliche Verdachtsermittlungen, ungeachtet dieses divergierenden Ansatzes, gleichsam das Ziel, anfängliche Anhaltspunkte, die für eine entsprechende Straftat sprechen, zu sammeln und bei Erreichen der einschlägigen Verdachtsschwelle zu melden.

Der wesentliche Unterschied zwischen den Vor- und den Verdachtsermittlungen liegt indes in der zeitlichen Komponente, präziser in der von

875 *Graulich,* NVwZ 2014, 685 (691).
876 Siehe hierzu bereits ausf. die Bestandsaufnahme, S. 205 ff., 209 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem strafprozessualen Anfangsverdacht abweichenden Meldeschwelle. Wie bereits erörtert, wohnt dem Anfangsverdacht ein konstitutives Element inne; er legitimiert das staatliche Ermittlungsverfahren. Die Verdachtsermittlungen dienen nicht der Bestätigung oder der Widerlegung des strafprozessualen Anfangsverdachts, sondern sind darunter angesiedelt. In einer gedachten Zeitspanne liegen Verdachtsermittlungen vor dem Vorermittlungsverfahren.

Insofern scheinen auf den ersten Blick nicht die Kriterien des Vor-, sondern die der Vorfeld- oder der Initiativermittlungen erfüllt zu sein: In zeitlicher Hinsicht liegt dort noch kein Verdacht vor; gegenständlich verfolgen sie eine repressive Zielrichtung. Dennoch ist eine Einordnung von Verdachtsermittlungen als Vorfeldermittlungen abzulehnen. Denn Verdachtsermittlungen erfolgen nicht anlasslos und sollen grundsätzlich keine Beweise für zukünftige Straftaten sichern. Vielmehr geht es in der Regel um bereits abgeschlossene oder noch andauernde Straftaten, durch die die Verpflichteten im Rahmen von Treffern aus ihren Monitoring-Systemen aufmerksam werden. Darüber hinaus erfassen Verdachtsmeldungen und damit auch die ihr zugrunde liegenden Ermittlungen einen bestimmten, sachlich und zeitlich abgrenzbaren Vorgang, während Vorfeldermittlungen meist milieu- oder szenebezogen erfolgen. Ihre Qualifizierung als Vorfeld- oder als Initiativermittlungen ist daher abzulehnen.

Insofern ist zu konstatieren, dass keine der von der Wissenschaft entwickelten Fallgruppen für die Verdachtsermittlungen zutrifft. Ein anderes Ergebnis wäre für eine klare rechtssystematische Einordnung zwar von Vorteil, jedoch besteht kein *Numerus clausus* von Vorfeldtätigkeiten.

Bis auf ihre zeitliche Komponente gleichen die Verdachtsermittlungen denen der Vorermittlungen. So dienen sie nicht der Bestätigung oder Widerlegung eines Anfangsverdachts, sondern sollen einen ihn vorgelagerten Verdachtsgrad entwickeln. Dieser Verdachtsgrad hat ungeachtet seiner Verdachtsschwelle keine dem strafprozessualen Anfangsverdacht vergleichbare legitimatorische Wirkung, sondern löst – mit der Abgabe einer Verdachtsmeldung – den ersten Schritt der Analyseverfahren bei der FIU oder bei der BaFin aus.[877] Hierbei setzen diese Behörden gezielt einzelfallbezogene Ermittlungsmaßnahmen ein, um den von den Verpflichteten geäußerten Verdacht zu erhärten oder zu entkräften.[878] Bei einer entsprechenden Er-

877 Siehe dazu S. 110, 169.

878 Zum Vergleich des „Clearingverfahrens" der BaFin zum strafprozessualen Ermittlungsverfahren, siehe *Himmelreich,* Insiderstrafverfolgung, S. 144 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

härtung leiten die Meldebehörden die durch die operativen Analysen angereicherten Verdachtsmeldungen an die Strafverfolgungsbehörden weiter. Verdachtsermittlungen durch Meldepflichtige bilden damit das erste Glied einer Ermittlungskette unterschiedlicher Akteure mit aufsteigenden Ermittlungsbefugnissen.

2. Konsequenzen

Die durch Verdachtsmeldepflichten bedingten Ermittlungen dienen aufgrund ihrer Einzelfallbezogenheit und aufgrund fremdbestimmt-rechtlicher „Ermittlungsauslöser“[879] der Verfolgung von Straftaten, ohne Strafverfolgung im Sinne der Strafprozessordnung zu sein. Normen der Strafprozessordnung sind aufgrund der Begrenzungswirkung des strafprozessualen Anfangsverdachtes nicht anwendbar. Eines den Vorfeldermittlungen vergleichbaren Rückgriffes auf polizeirechtliche Ermächtigungsgrundlagen bedarf es innerhalb des Verdachtsmelderegimes überdies ebenso wenig. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit den jeweiligen Verdachtsmeldepflichten selbst sowie den sie flankierenden Sorgfalts-, Überwachungs- und Datenverarbeitungspflichten spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlagen geschaffen. Ein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes, wie er teilweise bei nicht normierten Vorfeldermittlungen gesehen wird, ist bei den Ermittlungen aus Verdachtsmeldepflichten nicht erkennbar.[880]

Die Verdachtsermittlungen im Vorfeld des Anfangsverdachts sind dabei nicht als systematischer Dammbruch von Ermittlungsbefugnissen zu bewerten. Vielmehr hat sich durch Strukturen wie Vorfeld- und Initiativermittlungen schon seit geraumer Zeit eine Trendwende von Informationseingriffen abgezeichnet, die losgelöst von tradierten Legitimationsmerkmalen wie den Anfangsverdacht und der konkreten Gefahr stattfinden.[881]

879 Hierzu siehe oben S. 244 f.

880 Hierzu: *Albers,* Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 201; *Hilger,* in: *Wolter/u. a.* (Hg.), FG Hilger, 11 (17); *Lange,* Vorermittlungen, S. 223 ff.

881 *Albers,* Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 116 ff.; *Hilger,* in: *Wolter/u. a.* (Hg.), FG Hilger, 11 (12 ff.); *Rudolph,* Antizipierte Strafverfolgung, S. 15 ff.; *Weßlau,* Vorfeldermittlungen, S. 49 ff. Siehe schon § 1 Abs. 1 S. 1 „Vorentwurf des Arbeitskreises II der Innenminister und -senatoren vom 12. März 1986 zur Änderung des Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder gemäß Beschluss der Innenministerkonferenz vom 25. November 1977 (ME) (VE MEPolG)“, abgedruckt in *Bull,* Sicherheit durch Gesetze?, S. 181 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die dogmatische Begründung bleibt dabei nachvollziehbarer Kritik ausgesetzt.[882]

3. Bewertung für Ordnungswidrigkeiten

Die bislang angestellte Untersuchung bezog sich auf die rechtssystematische Einordnung von Verdachtsermittlungen aus einer strafrechtlichen Perspektive. Doch neben ihrer Rolle im Strafverfahren werden die aus Verdachtsmeldepflichten gewonnenen Erkenntnisse auch für Ordnungswidrigkeitenverfahren verwendet. Insbesondere § 23 Abs. 1 WpHG hat keine Straftaten, sondern ausschließlich Ordnungswidrigkeitentatbestände zum Gegenstand. Auch Insidergeschäfte und Marktmanipulationshandlungen können gem. § 120 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 15 Nr. 2, 6–11 WpHG als Ordnungswidrigkeiten geahndet werden.

Rechtsdogmatisch ist das Ordnungswidrigkeitenrecht Strafrecht i. w. S.[883] So soll es das Fehlverhalten einzelner Personen oder Personenverbände (§ 30 OWiG) mit einer Rechtsfolge belegen, die typischerweise der repressiven Sanktion dient.[884] Auch das das materielle OWiG ausfüllende formelle Bußgeldverfahren greift auf eine Vielzahl von strafprozessualen Vorschriften zurück, § 46 Abs. 1 OWiG. So muss für ein ordnungswidrigkeitenrechtliches Ermittlungsverfahren gem. § 46 Abs. 1 OWiG i. V. m. § 152 Abs. 2 StPO ein Anfangsverdacht über eine etwaige Ordnungswidrigkeit vorliegen. Allerdings verpflichtet eine Feststellung dieses Anfangsverdachts die Ahndungsbehörde nicht zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, § 47 Abs. 1 S. 1 OWiG. Das strafprozessuale Legalitätsprinzip aus §§ 152 Abs. 2, 160 StPO wird – jedenfalls im Rahmen von inländischen Bußgeldtatbeständen[885] – in seiner positiven Ausprägung durch das ord-

882 *Albers,* Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 120; *Dölling,* Polizeiliche Ermittlungstätigkeit, S. 272 ff.; *Hund,* ZRP 1991, 463 (465 ff.); *Keller,* NStZ 1990, 416 (419); *Kniesel,* ZRP 1991, 164 (165 ff.); *Rudolph,* Antizipierte Strafverfolgung, S. 2 ff., 109 ff.; *Wolter,* ZStW 1995, 793 (826 ff.); *ders.,* GA 1988, 49 (52 ff.).

883 EGMR, *Özturk gegen Deutschland,* Urteil vom 21.2.1984 – 8544/79; BVerfG NJW 1969, 1619 (1619 ff.); *Bülte,* OWiR, § 1, Rn. 1; *Klesczewski,* OWiR, § 1, Rn. 1.

884 *Bülte,* OWiR, § 1, Rn. 1; *Mitsch,* in: *ders.,* KK-OWiG, Einl., Rn. 1.

885 So kann in Rechtsgebieten, in denen eine Sanktion durch das Europarecht vorgeschrieben ist, der Effektivitätsgrundsatz nach Art. 4 Abs. 3 EUV als Maßstab bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen sein, siehe hierzu: *Gassner,* in: *dies./Seith,* OWiG, § 47 OWiG, Rn. 7 f. Auf europäische Rechtsverordnungen ist § 47 OWiG nicht anwendbar, wobei diese oft selbst Opportunitätserwägungen enthalten, siehe etwa Art. 83 DS-GVO, hierzu: *Gola,* in: *ders.,* DS-GVO, Art. 83 DS-GVO, Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nungswidrigkeitenrechtliche Opportunitätsprinzip ersetzt, sodass die Entscheidung der Verfahrenseinleitung als eine echte Ermessensentscheidung allein der Verfolgungsbehörde obliegt.[886]

Allerdings kommt auch im Bußgeldverfahren das Legalitätsprinzip in seiner negativen Ausprägung zum Tragen. So darf kein Verfahren eingeleitet werden, wenn dessen gesetzlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind.[887] Mithin wäre die Einleitung eines Vorverfahrens ohne die Feststellung eines Anfangsverdachts ermessensfehlerbehaftet und damit rechtswidrig. Der Anfangsverdacht hat demnach ebenso im Bußgeldverfahren eine Begrenzungsfunktion. Für Ermittlungen im Verdachtsvorfeld bestehen im Ordnungswidrigkeitenverfahren dieselben rechtlichen Hürden wie im Strafprozess. Die Ausführungen zur rechtlichen Einordnung von Verdachtsermittlungen gelten *mutatis mutandis* auch für das Ordnungswidrigkeitenverfahren.

IV. Zwischenergebnis

Die den Verdachtsmeldungen zugrunde liegenden Ermittlungen finden im Vorfeld eines behördlich festgestellten Anfangsverdachts statt. Dabei unterfallen sie keiner der durch die Wissenschaft erarbeiteten Fallgruppen. Ihr Zweck liegt nicht darin, einen Anfangsverdacht i. S. v. § 152 Abs. 2 StPO festzustellen und damit eine legitimatorische Grundlage für die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens zu schaffen. Vielmehr sind sie einem Vorermittlungsverfahren vorgelagert und bilden damit ein erstes Glied in der Erkenntnisgewinnung für die Verfolgung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung sowie in den marktmissbrauchs- und wertpapierhandelsrechtlichen Tatbeständen.

B. Privatisierung durch Verdachtsmeldepflichten im Strafverfahren

Die soeben vorgenommene Untersuchung hat gezeigt, dass es dem Staat grundsätzlich nicht verwehrt ist, neuartige Ermittlungsstadien für die Strafverfolgung einzurichten, solange er dem Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes und der Justizförmigkeit der Strafrechtspflege genügt. Ein ganz maß-

886 *Gassner,* in: *dies./Seith,* OWiG, § 47 OWiG, Rn. 4.
887 *Klesczewski,* OWiR, § 9, Rn. 708; *Lutz,* in: KK-OWiG, Vor § 53, Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geblicher Gesichtspunkt wurde dabei allerdings nicht in die Erwägungen miteinbezogen: Der Staat ermächtigt durch Verdachtsmeldepflichten – von den nachgelagerten Analyseverfahren einmal abgesehen – nicht seine Hoheitsträger zur Aufnahme von Ermittlungen, sondern die nach dem GwG, der MAR und dem WpHG Verpflichteten. Private werden demnach für den Staat in der Strafverfolgung tätig.

„Strafverfolgung durch den Bürger" ist insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht eine Thematik, die die Wissenschaft gerade in jüngerer Zeit beschäftigt, allen voran im Rahmen der sog. „unternehmensinternen Ermittlungen", in denen Unternehmen selbst oder durch extern beauftragte Dienstleister interne Abläufe auf mögliche bußgeldbewehrte Taten des Personals untersuchen.[888] Der aufsehenerregende Beschluss des Bundesverfassungsgerichts in Sachen *Jones Day*[889] löste eine Kaskade an wissenschaftlichen Beiträgen aus, die sich mit dieser Thematik beschäftigen. Doch anders als im Rahmen der unternehmensinternen Ermittlungen besteht bei durch Verdachtsmeldepflichten ausgelösten Ermittlungen zum einen eine bußgeldbewehrte Ermittlungspflicht.[890] Zudem beschränken sich die Untersuchungen der Meldepflichtigen nicht auf Taten des Personals, sondern sind in der Regel auf Kunden- und Geschäftsbeziehungen – also auf etwaige Taten Dritter – ausgerichtet, was sie von den unternehmensinternen Ermittlungen abhebt.

Es drängt sich demzufolge im Rahmen von Verdachtsmeldepflichten umso mehr die Frage auf, ob der Staat eine konstitutive Grenze zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Verantwortung überschreitet, indem er private Wirtschaftssubjekte verpflichtet, Ermittlungen hinsichtlich Straftaten Dritter aufzunehmen. Auf der Suche nach einer Antwort auf diese Frage müssen die Grenzen zwischen Staat und Gesellschaft definiert werden (I.), um anschließend *in konkretum* feststellen zu können, ob der Staat durch Verdachtsmeldepflichten eine Aufgabe aus dessen Hoheitsbereich der gesellschaftlichen Ausführung überlässt (II.).

888 *Klaas,* Interne Untersuchungen, S. 54 ff.; *Lilie-Hutz/Ihwas,* NZWiSt 2018, 349 (349 ff.); *Lis,* Unternehmensinterne Untersuchungen; *Ott/Lüneborg,* CCZ 2019, 71 (71 ff.); *Rotsch/u. a.,* CCZ 2020, 169 (169 ff.).

889 Dabei ging es weniger um Privatisierungsaspekte, sondern mehr um die Frage, ob Arbeitsprodukte von Internal Investigations bei der ermittelnden Kanzlei beschlagnahmt werden können, BVerfG NJW 2018, 2385 (2385 ff.).

890 Auch die §§ 16–18 des gescheiterten Entwurfs zum Verbandssanktionengesetz (Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft vom 21.10.2020, BT-Drs. 19/23568) sahen lediglich Verbandssanktionsmilderungen bei zuvor durchgeführten unternehmensinternen Ermittlungen vor.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. „Privatisierungsfestigkeit" der Strafverfolgung?

Wie bereits in der Einleitung dieser Untersuchung thematisiert, muss der Staat zur Wahrheitsfindung zwingend auf seine Bürgerinnen und Bürger zurückgreifen.[891] Ein rechtsstaatliches Strafverfahren wäre sonst nicht möglich, sodass ein absoluter Staatsvorbehalt schon aus diesem Grund ausscheidet. Doch wie weit kann der Staat sich aus der Strafverfolgung zurückziehen und Private an dessen Stelle treten lassen? Inwiefern kann er die Strafverfolgung „privatisieren"?

Was „Privatisierung" überhaupt bedeutet, wird in der Wissenschaft nicht einheitlich beantwortet. Einige Autoren wollen dem Begriff einen ökonomietheoretischen Gedanken zusprechen,[892] andere verzichten aufgrund der Vielzahl ihrer Erscheinungsformen gänzlich auf den Versuch, die Privatisierung zu definieren, und konzentrieren sich stattdessen auf die einzelnen Typologien.[893] Letzteres ist dahin gehend pragmatisch, als dass an die verschiedenen Erscheinungsformen aufgrund ihrer unterschiedlichen Intensität und Stoßrichtung auch unterschiedliche Schranken geknüpft werden müssen.[894] Die Frage, was Privatisierung im Allgemeinen ist, bleibt hingegen eine rein terminologische.

Dennoch braucht es für die Erörterung ihrer Phänomenologie ein Verständnis über den ihr zugrunde liegenden Gedanken. Im weitesten Sinne wird bei der Privatisierung eine Tätigkeit, ein Leistungsbereich oder eine Aufgabe, die der Staat als seine eigene betrachtet hat, auf Personen des Privatrechts übertragen.[895] Insoweit wird die Zuweisung eines bislang von einem staatlichen Monopol erfassten Handlungsgegenstands geändert – und zwar unabhängig davon, ob hierdurch eine Übertragung von Rechten einhergeht.[896]

---

891 Siehe hierzu bereits S. 27.

892 *Thiemeyer/Blankart,* Öffentliche Unternehmen, S. 95 ff.

893 *Görgmaier,* DÖV 1977, 356 (356 ff.); *Weiner,* Privatisierung staatlicher Sicherheitsaufgaben, S. 67.

894 So müssen für die verwaltungsprivatrechtliche Errichtung einer juristischen Person des Privatrechts beispielsweise für die Errichtung öffentlicher Straßen und Gebäude andere Voraussetzungen gelten als bei einer Veräußerung einst staatlich geführter Unternehmen (wie etwa die Privatisierung der Deutschen Bundespost).

895 *Däubler,* Privatisierung, S. 16; *Di Fabio,* JZ 1999, 585 (585); *Ehlers,* Privatisierung, S. 38; *Gramm,* Privatisierung, S. 27; *Gromoll,* Privatisierung, S. 142; *Hagemeister,* Privatisierung, S. 40 f.; *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 18.

896 *Kämmerer,* Privatisierung, S. 37; *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Privatisierungsdogmatik – Die öffentliche Aufgabe

Obschon die Privatisierung nicht zwangsläufig aufgabenbezogen gestaltet werden muss, sondern auch durch anderweitige Übertragung von Rechtsmacht erfolgen kann, ist für ihr Verständnis der öffentliche Aufgabenbegriff entscheidend.[897] Denn von einer Privatisierung kann erst gesprochen werden, wenn die Aufgabe, in der, bzw. der Bereich, in dem eine Übertragung stattfindet, überhaupt im Verantwortungsbereich des Staates liegt. Es kann mit anderen Worten nicht privatisiert werden, was von vornerein niemals öffentlich war.

Auf eine eingehende Betrachtung des Begriffs der Aufgabe kann für die folgende Untersuchung verzichtet werden, da dieser für das Verständnis der Privatisierung wenig beiträgt und seine Auslegung sich nur in Nuancen unterscheidet.[898] Zum Zwecke dieser Diskussion kann er i. S. v. „Tätigkeitsbereich" oder „Aktionssphäre" verstanden werden.[899]

Die Beantwortung der Frage, wann eine Aufgabe „öffentlich" ist, gleicht hingegen einem dogmatischen Kraftakt, dem sich bereits etliche Autorinnen und Autoren monografisch widmeten.[900] Ungeachtet dieser Anstrengungen war der Begriff der öffentlichen Aufgabe lange von einer „dogmatischen Verlegenheit"[901] geprägt, trotz der immensen Wichtigkeit einer eindeutigen Trennung zwischen dem öffentlich-staatlichen und dem gesellschaftlich-privaten Verantwortungsbereich. Einen großen Anteil an dieser terminologischen Zerfahrenheit trug vor allem die synonyme Verwendung der Begriffe der öffentlichen Aufgabe und der Staatsaufgabe bei.[902] Nach modernem Staatsaufgabenverständnis ist aufgrund der verfassungsrechtlichen Legitimation und den sich hieraus ergebenden Folgen die Staatsaufga-

---

897 Bei der Privatisierung muss dem Privaten keine Aufgabe übertragen werden, dennoch ist bei einer Privatisierung immer eine öffentliche Aufgabe des Staates betroffen, siehe zur weiteren Differenzierung der Privatisierungstypen unten S. 285 ff.

898 *Ehlers,* Privatisierung, S. 62.

899 So auch: *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 30; *Dagtoglou,* DÖV 1970, 532 (533 f.); *Hansen,* Indienstnahme und Verfassungstreue, S. 38 f.; *Krautzberger,* Öffentliche Aufgaben, S. 42.

900 Wegweisend für die Diskussion über die Begriffsbestimmung u. a.: *Isensee,* Subsidiaritätsprinzip; *Kirmer,* Öffentliche Aufgaben; *Martens,* Öffentlich als Rechtsbegriff; *Preuß,* Begriff des Öffentlichen.

901 *Di Fabio,* JZ 1999, 585 (586).

902 *Becker,* Aufgabenerfüllung, S. 98. So beispielsweise BVerfGE 21, 362 (370); BVerwG NJW 1997, 2694 (2694). Für eine umfassende Erörterung des Staatsaufgabenbegriffs, siehe unten S. 255 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

be als Spezialfall der öffentlichen Aufgabe zu verstehen und dient nicht als Privatisierungsmerkmal, sondern vielmehr als eines ihrer Schranken.[903]

Entscheidend für die Qualifizierung einer Aufgabe als öffentlich – und auch hier hat sich mittlerweile weitestgehend terminologischer Konsens gebildet – ist das sog. Gemeinwohlerfordernis. Unter dem Gemeinwohl *(bonum commune)* versteht die allgemeine Auffassung das aus vielen besonderen privaten sowie aus öffentlichen Interessen zusammengeführte Gemeininteresse.[904] Es ist wird dabei nicht auf die Summe von Individuen, sondern auf die Gesamtheit der Gesellschaft als integrale Allgemeinheit abgestellt.[905] Der Inhalt und die Reichweite des Gemeininteresses wird durch Rechtsnormen bestimmt, allen voraus durch das Grundgesetz, wie in Grundrechten und den Staatszielbestimmungen.[906]

Der Gedanke hinter dem Gemeinwohlerfordernis liegt in dem aus Art. 20 Abs. 2 GG hervorgehenden notwendigen Legitimationszusammenhang zwischen dem Volk und den Staatsorganen. Auch bei der Vollziehung hoheitlicher Gewalt muss sich das hoheitliche Handeln auf den Willen des Volkes zurückführen lassen. Dies schließt nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes auch eine „sachlich-inhaltliche Legitimationsgrundlage"[907] staatlichen Handelns mit ein: Notwendig ist, dass hoheitliches Handeln dem Willen des Volkes entspricht.[908] Öffentliches Handeln ist daher kein Selbstzweck, sein Zweck liegt immer in der Steigerung des Gemeinwohls.[909] Hierauf aufbauend ist nach *Burgi*

> *„die Öffentlichkeit einer Aufgabe dadurch gekennzeichnet, dass ihre Wahrnehmung im öffentlichen Interesse liegt, wobei […] die Summe aller öffentlichen Interessen identisch mit dem Gemeinwohl im engeren, instrumenta-*

903 *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 42; *Di Fabio,* JZ 1999, 585 (588); *Ehlers,* Privatisierung, S. 66; *Hagemeister,* Privatisierung, S. 8; *Martens,* Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 118 ff.; *Osterloh,* in: VVDStRL 1994, 206 (224 ff.).

904 *Isensee,* Subsidiaritätsprinzip, S. 175 f.; vgl. auch BVerfGE 15, 235 (241); *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 137.

905 *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 137.

906 *Häberle,* Europäische Rechtskultur, S. 323 ff.

907 Begriff nach *Dreier*, in: *ders.,* GG, Art. 20 GG, Rn. 112 m. w. N.

908 BVerfGE 83, 60 (72); 77, 1 (40); 93, 37, (66); 107, 59 (87); 136, 194 (261).

909 *Gramm,* Privatisierung, S. 194; *Isensee,* Subsidiaritätsprinzip, S. 212 ff.; *ders.,* in: Hdb-StR III (2. Auflage), § 57, Rn. 8. Grundlegend hierzu *Locke,* Second Treatise, Ch. IX, Sec. 123, 124; *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 137; *Uibeleisen,* Inpflichtnahme Privater, S. 60.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

len Sinne ist, also mit demjenigen Bereich, in dem der Staat überhaupt nur tätig werden kann".[910]

2. Grenzen der Privatisierung

Der Zugang zur Diskussion über die Grenzen der Privatisierung erfolgt über den Staatsaufgabenbegriff. Schon *Jellinek* sah in der Staatlichkeit die Aufforderung an den Staat, „sein Dasein mit einem materiell gerechtfertigten Inhalt zu füllen".[911] Sie ergibt sich nicht aus der bloßen Existenz eines Staatsgebildes oder aus transzendenten Motiven, sondern ausschließlich aus der Erfüllung staatlicher Zwecke.[912] Staatsaufgaben beschreiben somit nicht nur die Ausübung von Staatlichkeit. Sie verleihen dem Staat vielmehr seine souveräne Daseinsberechtigung.[913]

Eine Staatsaufgabe umschreibt – im Gegensatz zu den öffentlichen Aufgaben – nicht nur denjenigen Verantwortungsbereich, in dem der Staat tätig werden *darf,* sondern darüber hinaus einen Bereich, in dem der Staat zu einer Aufgabenwahrnehmung *kompetent* ist.[914] Nach der im heutigen Staatsaufgabenverständnis vorherrschenden formellen-positivistischen Betrachtungsweise ist der Staat zu jeder Aufgabe im öffentlichen Interesse kompetent, „mit der er sich selbst befasst".[915] Der Staat kann danach in freier Entschließung und in eigener Verantwortung diejenigen Aufgaben

910 *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 43.

911 *Jellinek,* Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, S. 229.

912 *Gramm,* Privatisierung, S. 21 ff.; *Grimm,* in: *ders.* (Hg.), Staatsaufgaben, 771 (785); *Jellinek,* Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, S. 229: „Der Staat in seiner konkreten Ausgestaltung, in der Fülle seines geschichtlichen Daseins wird aber nur gerechtfertigt durch die Zwecke, die er vollbringt."; *Weiß,* Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 56

913 *Jellinek,* Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, S. 230.

914 *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 44; *Gramm,* Privatisierung, S. 20; *Krautzberger,* Öffentliche Aufgaben, S. 31 ff.; *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 35; *Ossenbühl,* in: VVDStRL 1970, 138 (153 ff.); *Schulze-Fielitz,* in: *Grimm* (Hg.), Wachsende Staatsaufgaben, 11 (11); *Weiner,* Privatisierung staatlicher Sicherheitsaufgaben, S. 27; BVerfGE 30, 292, Rn. 51.

915 BVerfGE 12, 205 (243); *Badura,* Verwaltungsmonopol, S. 313 ff.; *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 48 ff.; *Gramm,* Privatisierung, S. 31 ff.; *Grimm,* in: *ders.* (Hg.), Staatsaufgaben, 771 (771 ff.); *Krautzberger,* Öffentliche Aufgaben, S. 37 ff.; *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 47 ff.; *Martens,* Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 131; *Ossenbühl,* in: VVDStRL 1970, 138 (153); *Osterloh,* in: VVDStRL 1994, 206 (207); *Peters,* in: *Dietz/Hübner* (Hg.), FS-Nipperdey, 877 (892); *Sauer,* DVBl 1970, 486 (488).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

als Staatsaufgaben erklären, die er wegen der zu bewältigenden Lagen für erforderlich hält. Diese Bestimmungskompetenz (auch Kompetenz-Kompetenz genannt) ist die erste und maßgebliche Prämisse für die Identifizierung einer Aufgabe als staatlich. Der Staat ist – ein öffentliches Interesse vorausgesetzt – allzuständig.[916]

Diese Allzuständigkeit ist aber nicht mit einer staatlichen Allmacht oder mit einer staatlichen Alleinzuständigkeit zu verwechseln.[917] Denn ein jedes staatliche Handeln muss mit der Verfassung im Einklang stehen, Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG. So finden staatliche Aufgaben ihre Grenzen in den individuellen Freiheitsgrundrechten. Der Staat kann nicht unter Berufung auf seine Allzuständigkeit Private von einem Tätigkeitsfeld ganz ausschließen – seine Kompetenz-Kompetenz erstreckt sich mithin nicht auf die Bestimmung des gesellschaftlichen Wirkungskreises seiner Bürgerinnen und Bürger.[918] So führt *Ossenbühl* zu diesem Zusammenspiel zwischen der staatlichen Kompetenz-Kompetenz und der Verfassung zutreffend aus, dass

> *„die innere Souveränität des Staates, sich selbst Aufgaben zu stellen und diese zu erfüllen […], zumindest durch die Grundrechte gezügelt und modifiziert [wird], so daß sich in der Verknüpfung von Freiheit und Souveränität eine Kompetenzordnung konstituiert, die nach dem Verfassungsrecht gebildet und gegen einen Totalitätsverdacht abgeschirmt ist".*[919]

916 Die heute nicht mehr vertretene materiell-normative Auslegung des Staatsaufgabenbegriffs sagt demgegenüber aus, dass nicht die staatliche Bestimmung maßgeblich ist, sondern dass jede einzelne Staatsaufgabe aus der Verfassung deduzierbar sein muss. Ihr ist allerdings entgegenzuhalten, dass staatliches Handeln sich nicht in dem Vollzug von Verfassungsrecht beschränkt, sondern hierüber hinausgeht und verfassungsautonom bestimmt werden muss. Dass sich staatliches Handeln jedoch an der Verfassung messen lassen muss, steht auf einem anderen Blatt, siehe hierzu: *Bull,* Staatsaufgaben, S. 211 ff.; *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 48 ff.; *Gusy,* DÖV 1996, 573 (574); *Isensee,* Subsidiaritätsprinzip, S. 189; *ders.,* in: Hdb-StR III (2. Auflage), § 57, Rn. 156 ff.; *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 49; *Schulze-Fielitz,* in: *Grimm* (Hg.), Wachsende Staatsaufgaben, 11 (15 f.).

917 *Kirchhof,* in: Hdb-StR III (2. Auflage), § 59, Rn. 3.

918 *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 23, 51; *Isensee* spricht deshalb von einer nur „virtuellen" Allzuständigkeit, siehe: *Isensee,* Subsidiaritätsprinzip, S. 189; *ders.,* in: Hdb-StR III (2. Auflage), § 57, Rn. 158 ff.; *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 49, mit dem Hinweis, dass anderenfalls ein „totaler Staat geschaffen werden würde, in dem es einen ausschließlich privaten Teil der Existenz nicht geben könnte".

919 *Ossenbühl,* in: VVDStRL 1970, 138 (156).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aus der Verfassung geht mithin eine Kompetenzgrundlage staatlicher Aufgaben hervor, die aber das staatliche Prärogativ nicht berührt, sondern den Rahmen für dessen Wahrnehmung bildet.[920]

3. „Privatisierungsfeste" Staatsaufgaben

Für die Privatisierungsdiskussion bzw. für die Diskussion über die normativen Grenzen der Verlagerung staatlicher Handlungsmacht auf Private ist das Prädikat der Staatsaufgabe derweil allein nicht aussagekräftig. Denn nur weil der Staat eine Aufgabe als Staatsaufgabe erklärt und damit seine Souveränität begründet, kann hieraus noch nicht abgeleitet werden, dass die Erfüllung dieser Aufgabe oder die Aufgabe als solche nicht (wieder) ganz oder teilweise an Private übertragen werden kann.

Die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft zieht die Literatur, sich dem formell-positivistischen Staatsaufgabenbegriff anschließend, dann, wenn eine gesellschaftliche Ausübung einer Aufgabe den Staat in seiner Souveränität gefährden würde.[921] Die obligatorische staatliche Trägerschaft solcher sog. „notwendigen Staatsaufgaben"[922] muss typischerweise die Staatlichkeit ausmachen.[923] Auch die Rechtsprechung geht von der Existenz solcher notwendigen Staatsaufgaben aus. Das Bundesverfassungsgericht etwa setzt es als gegeben voraus, dass typische Anwendungsbereiche ihrem Wesen nach nur von dem Staat durch dessen Hoheitsträger wahrgenommen werden können.[924] Wie diese Aufgaben jedoch im Einzelnen zu bestimmen

920 *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 54; *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 49.

921 *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 50; *Ehlers,* Privatisierung, S. 69 ff.; *Gramm,* Privatisierung, S. 25; *v. Heimburg,* Verwaltungsaufgaben, S. 22; *Helm,* Privatisierung, S. 53 f.; *Kämmerer,* Privatisierung, S. 157 ff.; *Krautzberger,* Öffentliche Aufgaben, S. 52; *Kruis,* ZRP 2000, 1 (4 f.); *Lecheler,* ZBR 1980, 69 (69 f.); *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 51 ff.; *v. Münch,* Funktionale Privatisierung, S. 56; *Ossenbühl,* in: *Leßmann/Großfeld/Vollmer* (Hg.), FS-Lukes, 525 (528 f.); *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 28; *Weiß,* Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 97 ff.

922 In der Literatur werden notwendige Staatsaufgaben oft auch als „unbedingte", „originäre", „obligatorische" oder „echte" Staatsaufgaben bezeichnet. Zum Teil unterscheiden sich diese Begriffe nur in Nuancen, sodass eine differenzierte Untersuchung an dieser Stelle nicht geboten erscheint. Für eine ausf. Diskussion des Staatsaufgabenbegriffs, siehe die Nachweise in *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 51.

923 *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 52; *Ronellenfitsch,* DÖV 1999, 705 (708); *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 28 m. w. N.

924 BVerfGE 17, 371 (376); 30 292 (311 f.); 73, 280 (294); 95, 250 (265).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sind, wird unterschiedlich bewertet. Die überwiegende Ansicht zieht als „Basis" für die Bestimmung notwendiger Staatsaufgaben die Verfassung heran.[925] Auf den ersten Blick scheint die Bestimmung der Notwendigkeit als *terminus constitutionalis* widersprüchlich zu den oben herausgearbeiteten Grundsätzen der positivistischen Staatsaufgabenlehre. Vergegenwärtigt man sich jedoch, dass die Verfassung den Rahmen für die Ausübung der souveränen Allzuständigkeit vorgibt, erscheint seine verfassungsrechtliche Auslegung nur folgerichtig.[926]

Das Grundgesetz beinhaltet indes keinen abschließenden Katalog notwendiger Staatsaufgaben. Die Literatur und die Rechtsprechung entwickeln diese vorwiegend aus Staatszielbestimmungen, einzelnen positiv geregelten Staatsaufgaben mit Verfassungsrang sowie aus Freiheitsgrundrechten, denen der Staat – und nur der Staat – im Sinne einer positiven Gewährleistungspflicht nachkommen muss.[927] Zu den häufig genannten Aufgaben zählen etwa die auswärtige Gewalt, die Landesverteidigung, das Finanzwesen in Form von Steuereinnahmen, die Polizei, die Gesetzgebung oder der Strafvollzug.[928]

Im Rahmen von notwendigen Staatsaufgaben ist eine „Entstaatlichung", also der vollständige staatliche Rückzug aus der Aufgabenwahrnehmung, ausgeschlossen.[929] Allerdings ist die Verantwortungstiefe des Staates einer jeden Staatsaufgabe nach unterschiedlich zu bewerten. So bestehen gem. einem Teil der Lehre sog. „ausschließlich[e] Staatsaufgaben",[930] in denen die Verfassung ein konkretes Verbot arbeitsteiliger und daher im Umkehrschluss ein entsprechendes Gebot einer exklusiven staatlichen Wahrneh-

925 *Gramm,* Privatisierung, S. 59 ff.; *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 52; *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 28; *Weiß,* Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 97 ff.; aA: *Krautzberger,* Öffentliche Aufgaben, S. 49 ff.; *Ossenbühl,* in: *Leßmann/Großfeld/Vollmer* (Hg.), FS-Lukes, 525 (542 ff.); *ders.,* in: VVDStRL 1970, 138 (152).

926 *Gramm,* Privatisierung, S. 59 ff.; *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 28; *Weiß,* Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 97 ff.

927 *Burgi,* in: HbStR IV, § 75, Rn. 16; *Gramm,* Privatisierung, S. 41 ff., 60; *Häberle,* AöR 1986, 595 (602); *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 51; *Möstl,* Staatliche Garantie, S. 44; *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 28.

928 *Di Fabio,* JZ 1999, 585 (591); *Lecheler,* ZBR 1980, 69 (69 f.); *Kruis,* ZRP 2000, 1 (1 ff.); *v. Münch,* Funktionale Privatisierung, S. 57.

929 *Ronellenfitsch,* DÖV 1999, 705 (708); *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 29.

930 *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 195; *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 55.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mung vorsieht.[931] Mit anderen Worten sieht das Grundgesetz vereinzelt staatliche Verwaltungsmonopole vor, bspw. in der Aufstellung von Streitkräften gem. Art. 87a Abs. 1 GG.[932]

Doch auch bei notwendigen Staatsaufgaben, die keine ausschließlichen Staatsaufgaben sind, kann mitunter ein absoluter Staatsvorbehalt bestehen. So soll nach überwiegender Ansicht ein Tätigwerden Privater dann ausgeschlossen sein, wenn der „Staatsaufgabenkern"[933] bzw. der „unverzichtbare Staatsanteil einer Staatsaufgabe"[934] (engl. „*defining activities*") betroffen ist. *Kämmerer* bezeichnet diesen Staatsaufgabenkern als „das Minimum dessen, was zur Unterscheidung des Staates von Gesellschaft erforderlich ist".[935] Der Wesenskern versteht sich dabei nicht als Privatisierungsschranke, sondern vielmehr als „Axiom, auf dem das durch die Verfassung ausgeformte Verhältnis von Staat und Gesellschaft und damit auch das Rechtsinstrument der Privatisierung aufbaut".[936]

Insofern ist zu konstatieren, dass den maßgeblichen Bezugspunkt für die Grenzen der Übertragung von Staatsaufgaben an die Gesellschaft die Verfassung bildet.[937] Notwendige Staatsaufgaben sind Verfassungsaufgaben, weshalb auch der Grad staatlicher Verantwortung Gegenstand der Verfassungsauslegung sein muss.[938] Als Verfassungsstaat muss der Staat die im Grundgesetz explizit (in Form ausschließlicher Staatsaufgaben) wie auch die implizit (in Form des Kernbereiches seiner notwendigen Staatsaufgaben) festgelegten Grenzen beachten.

4. Grenzen der Privatisierung in der Strafverfolgung

Welche Grenzen sich hieraus für ein privates Tätigwerden in der Strafverfolgung auftun, muss – den obigen Ausführungen folgend – anhand einer zweistufigen Untersuchung ermittelt werden. Dabei gilt es, zunächst festzustellen, ob in der Strafverfolgung überhaupt eine staatliche Einstandspflicht besteht. Dies wäre der Fall, wenn es sich bei der Strafverfolgung um eine

931 *Gramm,* VerwArch 1999, 329 (332).
932 *Gramm,* VerwArch 1999, 329 (332).
933 *Herschel,* in: FS-Nipperdey, 221 (231); *Kämmerer,* Privatisierung, S. 158 m. w. N.
934 *Gramm,* VerwArch 1999, 329 (332).
935 *Kämmerer,* Privatisierung, S. 163 m. w. N.
936 *Kämmerer,* Privatisierung, S. 165.
937 Siehe hierzu bereits Fn. 925.
938 *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 164.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

notwendige Staatsaufgabe handelt. Liegt eine solche vor, so wäre es dem Staat verwehrt, sich aus der Strafverfolgung zurückzuziehen und diesen Bereich vollständig der gesellschaftlichen Disposition zu überlassen. Ist die Strafverfolgung als notwendige Staatsaufgabe zu qualifizieren, muss in einem zweiten Prüfungsschritt die staatliche Verantwortungstiefe erörtert werden, wobei die einschlägigen Vorschriften aus der Verfassung heranzuziehen sind.[939]

a. 1. Stufe: Strafverfolgung als notwendige Staatsaufgabe

Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei der Strafverfolgung – dem formell-positivistischen Staatsaufgabenverständnis zufolge – um eine Staatsaufgabe handelt.

Ein erster Anhaltspunkt für die Notwendigkeit dieser Staatsaufgabe bietet die Vorschrift des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GG, woraus sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Verfolgung von Straftaten ergibt. Zwar regeln die Art. 70 ff. GG das Verhältnis zwischen Bund und Ländern (und nicht zwischen Staat und Gesellschaft) und haben keine unmittelbar materiell-rechtliche Wirkung.[940] Gleichwohl sprechen das Bundesverfassungsgericht und ein Großteil der staatsrechtlichen Literatur den Gesetzgebungskompetenzen eine materiell-rechtliche Dimension zu, aus der Erkenntnisse für die einzelfallbezogene Auslegung über Reichweite sowie Inhalt der den Kompetenzen zugrunde liegenden Staatsaufgaben geschlossen werden können.[941] Aus einer kompetenzrechtlichen Zuweisung kann daher jedenfalls ein erstes Indiz für die Bestimmung etwaiger Staatsvorbehalte entnommen werden.[942]

939 Diese Schrankensystematik findet sich auch bei *Gramm,* Privatisierung, S. 416 ff.

940 So sind sie weder Gesetzgebungsaufträge noch institutionelle Garantien und können ihre Gegenstände nicht zu Richtwerten mit Verfassungsrang erheben, *Broemel,* in: *v. Münch/Kunig*-GG, Art. 70 GG, Rn. 2; *Degenhart,* in: *Sachs,* GG, Art. 70 GG, Rn. 70; *Wittreck,* in: *Dreier,* GG, Vorb. Art. 70 ff. GG, Rn. 54.

941 Vgl.: BVerfGE 12, 45 (50); 14, 105 (111); 21, 245 (248); 41, 205 (218); 53, 30 (56); *Ossenbühl,* in: *Leßmann/Großfeld/Vollmer* (Hg.), FS-Lukes, 525 (530); *Pieroth,* AöR 1989, 422 (425 ff.); *Wittreck,* in: *Dreier,* GG, Vorb. Art. 70 ff. GG, Rn. 55.

942 Noch weiter geht *Ossenbühl*, der in einer verfassungsrechtlichen Gesetzgebungskompetenz auch einen aufgabenrechtlichen Inhalt erkennt, aus dem eine verfassungsrechtliche Staatsaufgabe abgeleitet werden kann, siehe *Ossenbühl,* in: *Leßmann/Großfeld/Vollmer* (Hg.), FS-Lukes, 525 (531).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa. Strafverfolgung als Ausdruck staatlicher Friedens- und Sicherheitsgewährleistung

Evident wird die Einordnung der Strafverfolgung als notwendige Staatsaufgabe dann, wenn der durch sie verfolgte Zweck vergegenwärtigt wird. Mit den Worten *Eberhard Schmidts* dient der Strafprozess der „Durchsetzung materiellen Strafrechts".[943] Das materielle Strafrecht bestimmt seinerseits die Verhängung einer Strafe für ein bestimmtes menschliches Verhalten. Diese Strafe muss entsprechend dem Unwert der begangenen Tat verhängt werden – sie muss mit anderen Worten gerecht sein.[944]

Mit der Gerechtigkeit untrennbar verbunden ist die Ermittlung des wahren Tatgeschehens. Denn eine – gemessen am Unwert seiner Tat – angemessene Strafe kann als Rechtsfolge nur dann verhängt werden, wenn sie auf das wahre Tatgeschehen bezogen wird.[945] Gerechtigkeit ist ohne Wahrheit sachlogisch ausgeschlossen.[946] Der Strafprozess dient daher der Herstellung von Gerechtigkeit, indem durch ihn eine am Unwert der Tat gemessene Strafe verhängt und der wahre Sachverhalt ermittelt wird. Wie bereits herausgearbeitet, ist der Strafprozess dabei kein bloßer Selbstzweck.[947] Vielmehr muss die Durchsetzung des Strafrechts in Gestalt einer

943 *Schmidt,* LehrK-StPO I, S. 31, Rn. 16.

944 *Dölling,* in: NK-GesStrR, Vorb. §§ 1 ff. StPO, Rn. 1; *Fischer,* in: KK-StPO, Einl., Rn. 1 ff.; *Meyer-Goßner/Schmitt,* in: *dies.*-StPO, Einl., Rn. 4; *Neumann,* ZStW 1989, 52 (52); *Niese,* Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 16; krit. bei *Popp,* Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 140 ff.; *Roxin/Schünemann,* Strafverfahrensrecht, § 1, Rn. 3; *Schmidhäuser,* in: *Bockelmann/Gallas* (Hg.), FS-E. Schmidt, 511 (512); *Schmidt,* LK-StPO I, S. 43; *ders.,* Justitia, S. 31 ff.; *Wolter,* GA 1985, 49 (53). Vgl.: BVerfGE 33, 367 (368); 46, 214 (222); 122, 248 (272); NJW 2011, 2417 (2419).

945 *Schmidhäuser,* in: *Bockelmann/Gallas* (Hg.), FS-E. Schmidt, 511 (512); *Schmidt,* LK-StPO I, S. 44.

946 *Fischer,* in: KK-StPO, Einl., Rn. 3; instruktiv hierzu *Jung,* JZ 2009, 1129 (1130); *Kröpil,* JR 2013, 553 (554). Siehe ferner *Landau,* NStZ 2007, 121 (125 f.), der Gerechtigkeit und Wahrheit als Unterziele der Herstellung einer unverbrüchlichen Rechtsordnung sieht; ähnlich *Neumann,* ZStW 1989, 52 (53). Zum Teil wird die Gerechtigkeit aber auch als alleiniges Ziel des Strafprozesses verstanden und die Wahrheit als konstitutives „Vorziel", ohne das Gerechtigkeit nicht erreicht wird, siehe hierzu *Schmidhäuser,* in: *Bockelmann/Gallas* (Hg.), FS-E. Schmidt, 511 (512); *Wolter,* GA 1985, 49 (53). Vgl. ferner: BVerfG NJW 2012, 907 (909); BVerfGE 57, 250 (275); 63, 45 (61); 80, 367 (375); 107, 104 (118 f.); 115, 1666 (192); 118, 212 (230 ff.); 211, 248 (270). Allerdings spielt die unterschiedliche dogmatische Bewertung der Prozessziele für die hier vorzunehmende Untersuchung keine Rolle, sodass auf eine vertiefende Betrachtung an dieser Stelle verzichtet wird.

947 Siehe hierzu bereits S. 238 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

an Gesetzen messbaren Verurteilung und Strafverhängung – in einem justizförmigen Verfahren – erfolgen.[948]

Die Verhängung einer gerechten, auf einem wahren Sachverhalt fundierten Strafe in einem justizförmigen Verfahren dient der Herstellung von Rechtsfrieden.[949] Mit dem Verdacht eines mit Strafe bedrohten Rechtsbruches entsteht, wie es *Schmidhäuser* beschreibt, ein Zustand gesellschaftlicher „Beunruhigung".[950] Durch die Verhängung einer gerechten Strafe will der Strafprozess diesen Zustand beseitigen und die Gesellschaft über den Rechtsbruch „beruhigen". In einer derartigen Wiederherstellung des Rechtsfriedens verfolgt der Staat nach Ansicht verschiedener Staatsrechtler nicht nur ein in der Verfassung bestimmtes Staatsziel.[951] Vielmehr schöpft er hieraus die Legitimation seiner Souveränität. So erkennt das Bundesverfassungsgericht, dass

> *„der Rechtsstaat […] nur verwirklicht werden [kann], wenn sichergestellt ist, daß Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden*".[952]

Die Begründung dieser These lässt sich unter anderem auf Erwägungen neuzeitlicher Staatstheorien zurückführen. Etwa dem Staatsverständnis von *Thomas Hobbes* zufolge legitimiert sich der Staat allein in seiner Rolle als Garant für Frieden und Sicherheit. Aus dem durch seinerzeit in England wütende Bürgerkriege geschaffenen „Urtrauma" leben Menschen in einem „Zustand der Friedlosigkeit und allseitiger Bedrohungen in der Anarchie *(‚homo homini lupus est')*".[953] Dieser Zustand steht dem Grundbedürfnis

948 *Roxin/Schünemann,* Strafverfahrensrecht, § 1, Rn. 3; *Schreiber,* in: *Beulke/u. a.* (Hg.), Strafprozess und Reform, 15 (15); sowie ferner: *Kühne,* in: *Löwe-Rosenberg,* StPO, Einl. Abschnitt B, Rn. 13 ff. Siehe schon *Schmidt,* LK-StPO I, S. 46, wonach der Staat dem Bürger eine „justizförmige Justizgewährung, ausgerichtet auf Wahrheit und Gerechtigkeit", schuldet.

949 Siehe hierzu bereits die Ausführungen auf S. 235 ff.; *Niese,* Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 124; *Sauer,* Allgemeine Prozessrechtslehre, S. 3; *Schmidt,* LehrK-StPO I, S. 23, Rn. 3 ff.

950 *Schmidhäuser,* in: *Bockelmann/Gallas* (Hg.), FS-E. Schmidt, 511 (516 f.).

951 Siehe Fn. 954**;** 956**.**

952 BVerfGE 51, 324 (343 f.), wo es weiter heißt: „Das Prinzip der Rechtstaatlichkeit, die Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen, und die Gleichbehandlung aller in Strafverfahren Beschuldigten erfordern grundsätzlich die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs"; vgl. auch: 33, 367 (383); 38, 105 (115 f.); 38, 312 (321); 39, 156 (163); 41, 246 (250); 44, 353 (374); 46, 214 (222); *Landau,* NStZ 2007, 121 (121 ff.).

953 *Möstl,* Staatliche Garantie, S. 9 ff.; *Schimpfhauser,* Gewaltmonopol, S. 36 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Menschen nach physischer Sicherheit diametral entgegen.[954] Der Staat, den *Hobbes* zeichnet, ist eine „institutionelle Überwindung" dieser Zustände: Auf Grundlage des staatlich sanktionierten Bürgerfriedens können sich Zivilisation, Kultur, Wirtschaft, Rechtsleben im Reichtum ihrer Möglichkeiten entfalten.[955] Damit der Staat als Institution wirken kann, muss er fähig und willens sein, sein Sicherheits- und Friedensversprechen durchzusetzen. Auch *John Locke* beurteilte den menschlichen Naturzustand später zwar nicht als dauerhaften Kriegszustand, aber als eine tiefgreifende Unsicherheit, der (mit irdischen Mitteln) nur entgangen werden kann, wenn sich Menschen in einem Staatsgebilde zusammenfinden.[956] Einem Staat ist deshalb das Monopol „legitimer[957] Gewaltsamkeit" – ein staatlicher Machtanspruch – zugewiesen, der seine Position über alle privaten Sonderinteressen hervorhebt und ihm Geltung verschafft („Gewaltmonopol").[958]

Im Strafverfahren drückt sich dieses Gewaltmonopol in der Justizgewährungspflicht des Staates aus.[959] Es umfasst die autoritative Pflicht, Rechtspflegeorgane (Gerichte, Staatsanwaltschaften, Vollstreckungsbehörden) zur Verfügung zu stellen und den Gang eines justizförmigen Verfahrens mit dem Doppelziel „Wahrheit und Gerechtigkeit" zu regeln.[960] Die Gewährleistung von Sicherheit und Frieden – und damit auch das Strafverfahren – ist demnach nicht nur ein durch den Verfassungsgeber vorgegebenes Ziel,

954 „[…] iuris naturalis fundamentum primum est, ut quisque vitam et membra sua, quantum potest, tueatur." *Hobbes,* De Cive, S. 10 f.; entnommen aus *Isensee,* JZ 1999, 265 (271).

955 *Gramm,* Privatisierung, S. 401; *Isensee,* JZ 1999, 265 (271).

956 *Locke,* Second Treatise, Ch. III, IV, Sec. 19, 20, 21.

957 Hier weichen die Ansichten von *Hobbes* und *Locke* voneinander ab. Nach *Hobbes* hat ein Souverän eine uneingeschränkte Macht, dem sich das Volk unterwerfen muss, *Hobbes,* Leviathan, S. 156; *Locke* hingegen schränkt die Staatsgewalt durch die Volkssouveränität und durch ihre Bindung an Recht und Gesetz ein, *Locke,* Second Treatise, Ch. XVIII, Sec. 202.

958 *Herdegen,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 79 GG, Rn. 180; *Isensee,* JZ 1999, 265 (271); *Landau,* NStZ 2007, 121 (126); *Schimpfhauser,* Gewaltmonopol, S. 38 f.; *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 31.

959 *Eberhard Schmidt* bezeichnet die Justizgewährungspflicht als Ausfluss des *status civitatis,* also als Ausfluss einer bestehenden staatlich verfassten Bürgerordnung, *Schmidt,* LehrK-StPO I, S. 29, Rn. 8.

960 *Schmidt,* LehrK-StPO I, S. 29, Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das der Staat erreichen soll. Sie ist „eine der ältesten Konkretionen des Gemeinwohls" und damit Leitmotiv eines jeden staatlichen Handelns.[961]

bb. Determinierung der Friedens- und Sicherheitsgewährleistung in der Verfassung

Die staatliche Gewährleistung öffentlicher Sicherheit und Frieden ist auch normativ in der Verfassung fest verankert. Einerseits wird sie individualrechtlich durch das Grundrecht auf Freiheit und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1, 2 GG in der Dimension als grundrechtliche Schutzpflicht begründet. Die Anerkennung grundrechtlicher Schutzpflichten folgt daraus, dass Grundrechtsnormen nicht nur subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat enthalten, sondern zugleich Teil einer objektiven Wertordnung verkörpern, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.[962] So hat der Staat nicht nur selbst ungerechtfertigte Eingriffe zu unterlassen, sondern ist darüber hinaus verpflichtet, sicherzustellen, dass die durch die Grundrechte gesicherten Güter vor Übergriffen durch Private bewahrt werden.[963] Im Kontext von Art. 2 Abs. 2 S. 1, 2 GG hat der Staat demzufolge dafür Sorge zu tragen, dass einzelne Mitglieder der Gesellschaft in ihrer Freiheit und körperlichen Unversehrtheit vor dem Übergriff anderer geschützt ist – er muss mit anderen Worten auf seinem Staatsgebiet „Sicherheit" gewährleisten.[964]

In direkter Wechselwirkung mit der Schutzpflicht steht das staatliche Gewaltmonopol, das unter anderem in Art. 79 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 2, 92 GG als unantastbarer verfassungsrechtlicher Regelungsbereich Ausdruck findet. Indem der Staat es dem Einzelnen verbietet, zur

961 *Bull,* Staatsaufgaben, S. 352; *Landau,* NStZ 2007, 121 (127); *Link,* in: VVDStRL 1989, 7 (27); *Sommermann,* Staatsziele und Staatszielbestimmungen, S. 203. Siehe zum Gemeinwohl als Richtungsgeber staatlichen Handelns bereits S. 253 ff.

962 BVerwG NJW 2021, 1610 (1614).

963 *Dreier,* in: *ders.,* GG, Vorb. Art. 1 GG, Rn. 101; *Grabenwarter,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rn. 108; *Isensee,* Grundrecht auf Sicherheit, S. 27 ff. Siehe zur Rechtsprechung des BVerfG zu den Schutzpflichten insb. BVerfGE 39, 1 (41 f.); 77, 170 (214); 88, 203 (251); siehe ferner BVerwG NJW 2021, 1610 (1614); *Sodan,* NVwZ 2000, 601 (602).

964 *Isensee,* Grundrecht auf Sicherheit, S. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Selbsthilfe zu schreiten, trägt er im Gegenzug seinerseits die Verantwortung für einen wirksamen Schutz vor Eingriffen durch Dritte.[965]

Darüber hinaus ist die Sicherheits- und Friedensgewährleistung auch als ein verfassungsrechtliches Gemeinschaftsgut anerkannt, ohne dass das Grundgesetz es wortwörtlich als solches umschreibt.[966] Als Schutzgüter konzipiert die Verfassung den Staat in seinem Bestand und seiner Sicherheit sowie die wesentlichen Züge der grundgesetzlichen Verfassungsordnung in Form der freiheitlichen demokratischen Grundordnung.[967] Aufgrund ihrer staatslegitimatorischen Bedeutung muss die Sicherheits- und Friedensgewährleistung von allen Staatsgewalten selbstverständlich – auch ohne explizite Nennung in den Verfassungstexten – beachtet werden.[968]

cc. Zwischenergebnis

Insofern ist der Zweck des Strafverfahrens, durch ein gerechtes und justizförmiges Verfahren den gestörten Rechtsfrieden wiederherzustellen, als Bestandteil einer verfassungsrechtlich wie auch staatslegitimatorisch vorgegebenen Aufgabe der Gewährleistung öffentlicher Sicherheit und Frieden zu verstehen. Die Strafverfolgung ist damit eine notwendige Staatsaufgabe, derer sich der Staat nicht ohne Weiteres entledigen kann.

b. 2. Stufe: Absoluter Staatsvorbehalt im Strafverfahren

Ein umfassendes Verbot arbeitsteiligen Vorgehens zwischen staatlichen Hoheitsträgern und Privaten in der Friedens- und Sicherheitsgewährleistung sucht man in der Verfassung vergebens. Es bestehen indes Vorschriften, die eine staatliche Befassung für zumindest Teile des Strafverfahrens zwingend vorgeben.

965 *Klein,* JuS 2006, 960 (960).
966 *Bull,* Staatsaufgaben, S. 354 ff.; *Götz,* in: Hdb-StR III (2. Auflage), § 79, Rn. 17; *Möstl,* Staatliche Garantie, S. 55.
967 *Bull,* Staatsaufgaben, S. 83; *Möstl,* Staatliche Garantie, S. 55.
968 *Möstl,* Staatliche Garantie, S. 56.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa. Richtervorbehalt – Art. 92 GG

So ist etwa gem. Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt allein den Richtern anvertraut. Die Norm trägt dabei zuvorderst dem Gewaltenteilungsgrundsatz aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG Rechnung, indem sie die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt von der Exekutive und Legislative abtrennt und allein den Richterinnen und Richtern zuteilt.[969] Sie ist dabei eine zentrale Grundsatznorm für die justizorganisatorische Ausgestaltung mit historischer Bedeutung. Sie steht im direkten Kontrast zur Unterordnung der „Rechtsprechung" der Willkür der vollziehenden Gewalt im NS-Unrechtsstaat.[970] Ein Rechtsprechungsmonopol von unparteilichen staatlichen Richterinnen und Richtern ist die zentrale Voraussetzung für effektiven Rechtsschutz und damit zur Gewährleistung und Aufrechterhaltung von Rechtsfrieden.[971]

i. Art. 92 GG als absoluter Staatsvorbehalt

Neben dieser kompetenzrechtlichen Komponente zwischen den Staatsgewalten besteht eine weitere zentrale Ausprägung von Art. 92 GG in der Verhinderung eigenmächtig-gewaltsamer Rechtsdurchsetzung zwischen Privaten, der sog. Selbstjustiz. Insofern wirkt das Richtermonopol auch im Verhältnis Staat – Gesellschaft. Es konstatiert einen Gerichtszwang und vergegenständlicht damit wiederum das staatliche Gewaltmonopol.[972] Auf anderer Seite derselben Medaille besteht ein Justizgewährungsanspruch einzelner Mitglieder der Gesellschaft gegenüber dem Staat. Denn der Verzicht auf Selbstjustiz kann einer Gesellschaft nur zugemutet werden, wenn der Staat als Inhaber des Gewaltmonopols anstelle des Einzelnen in einem verfassten rechtsstaatlichen Verfahren tätig wird.[973]

969 *Arndt,* in: *Eschenburg/Heuss/Zinn* (Hg.), FG-Schmid, 5 (7 f.); *Aschmann,* Richtervorbehalt, S. 157 ff.; *Classen,* in: *v. Mangoldt/Klein/Stark*-GG, Art. 92 GG, Rn. 1; *Detterbeck,* in: *Sachs,* GG, Art. 92 GG, Rn. 1; BVerfGE 22, 49 (76 f.); 148, 69 (87 ff.); *Meyer,* in: *v. Münch/Kunig*-GG, Art. 92 GG, Rn. 1; *Rennert,* JZ 2105, 529 (533); *Schulze-Fielitz,* in: *Dreier,* GG, Art. 92 GG, Rn. 17.

970 Siehe hierzu ausf.: *Meyer,* in: *v. Münch/Kunig*-GG, Art. 92 GG, Rn. 4.

971 BVerfGE 54, 277 (292); 141, 121 (134 f.); *Schulze-Fielitz,* in: *Dreier,* GG, Art. 92 GG, Rn. 17.

972 BVerfGE 54, 277 (292).

973 *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtsprechung als besonderes formalisiertes Verfahren der Streiterledigung ist damit ein tragender Pfeiler der Staatlichkeit.[974] Das Ausführungsmonopol durch Richterinnen und Richter als hoheitliche, überparteiliche Instanz nach festgelegten Maßstäben ist wiederum unablässig für ihre ordnungsgemäße Gewährleistung.[975] Art. 92 GG beschreibt mithin einen absoluten Staatsvorbehalt für einen bestimmten Kreis von Hoheitsträgern.[976]

Dieser Staatsvorbehalt verbietet demnach ein privates Tätigwerden in dem Bereich der „rechtsprechenden Gewalt". Weder Art. 92 GG noch eine andere Norm des GG definieren diesen Begriff, sondern setzen ihn als vorkonstitutionellen Terminus axiomatisch voraus.[977] In seiner Ausfüllung haben sich im Wesentlichen zwei Lager herausgebildet. Einer formellen Interpretation zufolge sind unter der rechtsprechenden Gewalt alle den Richterinnen und Richtern durch einfache Gesetze oder durch die Verfassung zugewiesenen Aufgaben zu verstehen.[978] Dies ginge schon aus historischen Gesichtspunkten hervor, denen für die Begriffsbestimmung des vorkonstitutionellen Rechtsprechungsbegriffs eine besondere Bedeutung zuzusprechen ist. So verstehen die Paulskirchenverfassung von 1848, die Reichsverfassung von 1871 sowie die Weimarer Reichsverfassung von 1919 den Begriff der rechtsprechenden Gewalt als Summe der den Spruchrichtern zugewiesenen Aufgaben.[979]

Die Gegenbewegung versteht die Rechtsprechung als materiellen Begriff und stellt daher auf ihren Wesenskern ab.[980] Dieser Wesenskern

974 *Classen,* in: *v. Mangoldt/Klein/Stark*-GG, Art. 92 GG, Rn. 1; BVerfGE 54, 277 (291); *Schulze-Fielitz,* in: *Dreier,* GG, Art. 92 GG, Rn. 2.

975 *Rennert,* JZ 2105, 529 (534 f.).

976 So nahezu unisono die Literatur und Rechtsprechung: BVerfGE 10, 200 (214 f.); 18, 241 (253 f.); 22, 49 (80); 64, 261 (278); 148, 69 (87 ff.); *Bettermann,* in: Hdb-StR III (2. Auflage), § 73, Rn. 73; *ders.,* in: *ders./Nipperdey/Scheuner* (Hg.), Grundrechte, 523 (632); *Gramm,* Privatisierung, S. 355; *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 183; *Meyer,* in: *v. Münch/Kunig*-GG, Art. 92 GG, Rn. 6; *Scholz,* NJW 1997, 14 (16); *Schulze-Fielitz,* in: *Dreier,* GG, Art. 92 GG, Rn. 17; *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 33.

977 Der Begriff der Rechtsprechung wird ohne Erläuterung auch in Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 2 S. 2, 20 Abs. 3 GG verwendet, *Detterbeck,* in: *Sachs,* GG, Art. 92 GG, Rn. 4; *Schulze-Fielitz,* in: *Dreier,* GG, Art. 92 GG, Rn. 25.

978 So etwa *Gossrau,* NJW 1958, 929 (931).

979 *Arndt,* in: *Eschenburg/Heuss/Zinn* (Hg.), FG-Schmid, 5 (5 ff.); *Aschmann,* Richtervorbehalt, S. 45, Fn. 114.

980 BVerfGE 22, 49 (73 ff.); 27, 18 (28); 76, 100 (106); 152, 345 (358); *Heyde,* in: *Benda/Maihofer/Vogel* (Hg.), Hdb VerfR, Rn. 15; *Detterbeck,* in: *Sachs,* GG, Art. 92 GG, Rn. 21; Zuspruch auch bei: *Meyer,* in: *v. Münch/Kunig*-GG, Art. 92 GG, Rn. 28 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wird wiederum anhand unterschiedlicher Kriterien bewertet.[981] Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass allein verfassungsrechtliche Maßstäbe der Art. 20 Abs. 2, 79 Abs. 3, 92 ff. GG herangezogen werden müssen.[982] Hierzu ergänzt das Bundesverfassungsgericht, dass dabei nicht der sachliche Gegenstand der Rechtsprechung, sondern vielmehr die verfassungsrechtlich vorgegebenen Funktionen der Rechtsprechung für ihre Bestimmung entscheidend sein sollen.[983] So liegt „rechtsprechende Gewalt" dann vor, wenn der Gesetzgeber ein gerichtsförmiges Verfahren hoheitlicher Streitbeteiligung vorsieht und den dort zu treffenden Entscheidungen eine Rechtswirkung verleiht, die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können.[984] Bei einer rein formellen Betrachtung würde Art. 92 GG inhaltsleer bleiben und dem Gehalt der Norm in Form der richterlichen Zuweisung der Rechtsprechung jede Bedeutung nehmen.[985]

ii. Ausprägung im Strafverfahren

Unabhängig davon, welcher Interpretation der rechtsprechenden Gewalt man folgt, ist die Leitung des strafprozessualen Gerichtsverfahrens ein Teil der rechtsprechenden Gewalt i. S. v. Art. 92 GG und damit allein den Strafrichterinnen und -richtern vorbehalten. Hierzu gehören insbesondere die Leitung der Beweisaufnahme, die richterliche Beweiswürdigung und die Urteilsfindung.

Ob darüber hinaus auch das Ermittlungsverfahren als Teil der rechtsprechenden Gewalt gesehen werden kann, wird hingegen unterschiedlich bewertet. Wie bereits herausgearbeitet, dient das Ermittlungsverfahren der Vorbereitung der öffentlichen Klage. So steht es nicht nur in einem engen Zusammenhang zum gerichtlichen Verfahren, sondern ist für dieses vielmehr aus rechtsstaatlichen und justizökonomischen Gründen unverzicht-

981 Die Behandlung der einzelnen Sichtweisen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und ist für die hier vorzunehmende rechtliche Bewertung nicht relevant. Für eine detaillierte Auseinandersetzung wird auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen, vornehmlich auf: *Detterbeck,* in: *Sachs,* GG, Art. 92 GG, Rn. 9 ff.; *Arndt,* in: *Eschenburg/Heuss/Zinn* (Hg.), FG-Schmid, 5 (5 ff.) *Bettermann,* in: Hdb-StR III (2. Auflage), § 73, Rn. 18 ff. *Aschmann,* Richtervorbehalt, S. 46 ff.

982 *Aschmann,* Richtervorbehalt, S. 45.

983 BVerfGE 22, 49 (62).

984 *Detterbeck,* in: *Sachs,* GG, Art. 92 GG, Rn. 21a; *Hillgruber,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 92 GG, Rn. 37.

985 BVerfGE 22, 49 (62); *Classen,* in: *v. Mangoldt/Klein/Stark*-GG, Art. 92 GG, Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bar.[986] Geleitet wird das Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft. Diese ist formell der Exekutive zugeordnet.[987] Einfachgesetzlich ergibt sich dies schon aus § 147 Nr. 2 GVG. Dennoch ist sie vor allem aufgrund ihrer Bindung an das Legalitätsprinzip und wegen der strengen Objektivitäts- und Neutralitätsmaxime eine „Justizbehörde"[988], deren Aufgabe nicht in der Vollstreckung des staatlichen Willens, sondern zuvorderst in der Justizgewährung liegt.[989] Sie ist deshalb ein dem Gericht gleichgeordnetes Organ der Strafrechtspflege, das die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit, Ordnungsgemäßheit sowie die Gründlichkeit des Ermittlungsverfahrens trägt.[990] Darüber hinaus trifft auch die Staatsanwaltschaft im Rahmen des Ermittlungsverfahrens durch Einstellungen nach §§ 153 Abs. 1 S. 2, 153a Abs. 1 S. 6 StPO nicht anfechtbare Entscheidungen über einen staatlichen Strafanspruch, die ohne Mitwirkung eines Gerichts ergehen.[991]

Aufgrund dieser Janusköpfigkeit der Staatsanwaltschaft und aufgrund der Abhängigkeit des gerichtlichen Verfahrens vom Ermittlungsverfahren liegt der Gedanke also nahe, auch das Ermittlungsverfahren unter die „rechtsprechende Gewalt" zu subsumieren. Legt man jedoch den formellen Rechtsprechungsbegriff zugrunde, ist das Ermittlungsverfahren eindeutig kein Teil der rechtsprechenden Gewalt, da der Staatsanwaltschaft trotz ihrer maßgeblichen Rolle in der Justizgewährung formell keine spruchrichterlichen Befugnisse eingeräumt werden. Auch die materielle bzw. die durch das Bundesverfassungsgericht konkretisierte funktionale Betrachtungsweise zählt im Kontext der Strafrechtspflege nur solche Tätigkeiten zur rechtsprechenden Gewalt, die unmittelbar an der Sanktionsentscheidung sowie

986 *Erb,* in: *Löwe-Rosenberg,* StPO, Vor § 158 StPO, Rn. 2.

987 BVerfGE 103, 142 (156); BGH NJW 2001, 1121 (1123); VGH Mannheim NVwZ 2018, 750, (752). Im Zusammenhang mit der Frage, ob Staatsanwaltschaften als „Justizbehörden" einen Europäischen Haftbefehl ausstellen dürfen, EuGH NJW 2019, 2145 (2145 ff.).

988 So schon: *Schmidt,* Lehrkommentar StPO/GVG, Teil 1 (1952), Rn. 95; BVerfGE 9, 223 (228); aA im Kontext der Eignung der Staatsanwaltschaft als Ausstellungsbehörde Europäischer Haftbefehle EuGH NJW 2019, 2145 (2145 ff.), wonach deutsche Staatsanwaltschaften zwar „Justizbehörden" sind, das Kriterium der Unabhängigkeit aber nicht erfüllen, weil „sie im Rahmen des Erlasses eines Europäischen Haftbefehls unmittelbar oder mittelbar Anordnungen oder Einzelweisungen seitens der Exekutive unterworfen werden können".

989 *Eisele/Trentmann,* NJW 2020, 2365 (2365).

990 BGHSt 24, 170 (171); *Schmitt,* in: *Meyer-Goßner/Schmitt*-StPO, Vor § 141 GVG, Rn. 1.

991 *Hillgruber,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 92 GG, Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

an der ihr notwendigerweise vorgelagerten Entscheidungsfindung mitwirken.[992]

Ob dieses Unmittelbarkeitserfordernis innerhalb der Durchführung des Ermittlungsverfahrens erfüllt ist, ist indes fraglich. Zwar sind strafprozessuale Ermittlungen für die gerichtliche Entscheidungs- und Sanktionsfindung unerlässlich. Es besteht allerdings kein Automatismus zwischen dem Ermittlungsergebnis der Staatsanwaltschaft und der Sanktionsentscheidung des Gerichts, sondern vielmehr eine erhebliche Zäsur in Form der richterlichen Beweiserhebung und -würdigung. Auch die Einstellungsbefugnisse der Staatsanwaltschaft ändern an diesem Befund nichts, da durch sie nicht festgestellt wird, ob ein Beschuldigter eine Straftat begangen hat, sondern lediglich, dass er ihr entweder derzeit nicht überführt werden kann oder dass die Schuld die Geringfügigkeitsschwelle nicht erreicht worden ist (und ein öffentliches Interesse nicht besteht).[993] Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens selbst bestehen mithin keine eigenen Befugnisse, die die Staatsanwaltschaft zur „rechtsprechenden Gewalt" zählen lassen können. Darüber hinaus besteht zwischen dem Ermittlungsverfahren und der Sanktions- bzw. Freispruchentscheidung keine funktionelle Einheit, wie es das Bundesverfassungsgericht fordert, sodass ein absoluter Staatsvorbehalt für das Ermittlungsverfahren abgelehnt werden muss.[994]

iii. Zwischenergebnis

Aus Art. 92 GG kann ein absoluter Staatsvorbehalt lediglich für das gerichtliche, nicht aber für das Ermittlungsverfahren abgeleitet werden.

bb. Funktionsvorbehalt – Art. 33 Abs. 4 GG

Art. 33 Abs. 4 GG enthält einen Funktionsvorbehalt, wonach die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel den Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist. Die Norm ist im Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 5 GG zu lesen und statuiert eine institu-

992 *Detterbeck,* in: *Sachs,* GG, Art. 92 GG, Rn. 14; *Hillgruber,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 92 GG, Rn. 52, 75; *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 35.
993 *Hillgruber,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 92 GG, Rn. 53.
994 So auch *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tionelle Garantie des Beamtentums, wonach der Verwaltungsapparat auf ausreichend qualifiziertes, zuverlässiges und verfassungstreues Personal zurückgreifen muss.[995] In dieser Weise soll die Kontinuität hoheitlicher Staatsfunktionen abgesichert werden – Beamte sollen als personelle Garanten für die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einstehen.[996]

i. Art. 33 Abs. 4 GG als absoluter Staatsvorbehalt

Aus dieser *ratio* will ein Teil der Lehre der Norm eine Schrankenfunktion im Rahmen der Privatisierungsdiskussion zusprechen.[997] Denn der Schutzzweck von Art. 33 Abs. 4 GG, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durch den Einsatz von besonders geschultem und verfassungstreuem Personal zu gewährleisten, sei nicht nur in der Dimension der öffentlich-rechtlichen Personalstruktur tangiert, sondern noch weitaus gravierender im Verhältnis Beamter – Privatperson.[998]

Ein umfassendes Privatisierungsverbot ist Art. 33 Abs. 4 GG aber dennoch nicht zu entnehmen, da die Vorschrift keine Funktionssperre, sondern lediglich einen Funktionsvorbehalt normiert, der „in der Regel" einzuhalten ist. Gleichwohl ergibt sich hieraus ein Regel-Ausnahme-Verhältnis dergestalt, dass hoheitliche Befugnisse nur von Berufsbeamten ausgeführt werden dürfen und eine Abweichung hiervon eines sachlichen Grundes bedarf.[999] Insoweit ist Art. 33 Abs. 4 GG als objektiv-rechtliche Organisationsvorschrift[1000] zu qualifizieren, die den Erfüllungsmodus einer öffentlichen

995 BVerfGE 119, 247 (260 ff.); 268 (285); NVwZ 2007, 1396 (1397); *Badura,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 33 GG, Rn. 55; *Battis,* in: *Sachs,* GG, Art. 33 GG, Rn. 45; *Bickenbach,* in: *v. Münch/Kunig*-GG, Art. 33 GG, Rn. 95; *Brosius-Gersdorf,* in: *Dreier,* GG, Art. 33 GG, Rn. 149; *Jachmann-Michel/Kaiser,* in: *v. Mangoldt/Klein/Stark*-GG, Art. 33 GG, Rn. 29; *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 53.

996 BVerfGE 88, 103 (114); *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 54; *Strauß,* Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, S. 98 ff.

997 *Danne/Roth,* NVwZ 2020, 1633 (1636); *Gramm,* Privatisierung, S. 360 ff.; *ders.,* VerwArch 1999, 329 (331 ff.); *Haug,* NVwZ 1999, 816 (819); *Jachmann-Michel/Kaiser,* in: *v. Mangoldt/Klein/Stark*-GG, Art. 33 GG, Rn. 38; *Weiner,* Privatisierung staatlicher Sicherheitsaufgaben, S. 161 ff.

998 BVerfG NJW 2012, 1563 (1566); vgl. auch BVerfG NVwZ 2011, 368 (369); *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 56.

999 BVerfG NJW 2012, 1563 (1565).

1000 BVerfGE 9, 268 (284); 119, 247 (260 f.); 130, 76 (111).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aufgabe charakterisiert.[1001] Nicht von ihrer gesetzgeberischen Konzeption umfasst ist indes die konstitutive Bestimmung eines Staatsvorbehaltes.[1002]

ii. Zwischenergebnis

Art. 33 Abs. 4 GG scheidet für die hier vorzunehmende Untersuchung als absoluter Staatsvorbehalt aus.

cc. Institutionelle Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege

i. Begriff

Die institutionelle Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege[1003] setzt voraus, dass der Staat hinreichende qualitative und quantitative Standards in der Verfolgung und Ahndung von Straftaten installiert und durchsetzt, sodass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.[1004] Sie wird dabei zum Teil synonym mit der Pflicht des Staates zur Gewährleistung einer „effektiven Strafverfolgung" oder einer „effizienten Strafrechtspflege" verwendet.[1005] Allerdings ist das Postulat einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege mehr als ein bloßer justizökonomischer Abwägungstopos, sondern heute fest im Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG verankert. So führte das Bundesverfassungsgericht schon in den 1970er-Jahren aus:

1001 *Brosius-Gersdorf,* in: *Dreier,* GG, Art. 33 GG, Rn. 151 ff.; *Hense,* in: BeckOK-GG, Art. 33 GG, Rn. 31.

1002 *Brosius-Gersdorf,* in: *Dreier,* GG, Art. 33 GG, Rn. 151; *Gramm,* Privatisierung, S. 366; *Hense,* in: BeckOK-GG, Art. 33 GG, Rn. 31; *Kämmerer,* Privatisierung, S. 215; *Rebler,* SVR 2011, 1 (3); *Scholz,* NJW 1997, 14 (15); *Strauß,* Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, S. 201; *Waechter,* NZV 1997, 329 (329); aA: *Haug,* NVwZ 1999, 816 (817); *Weiner,* Privatisierung staatlicher Sicherheitsaufgaben, S. 170.

1003 BVerfGE 33, 367 (383); 53, 152 (160); 77, 65 (76 f.); 103, 142 (154); 107, 104 (118 f.); 198, 279 (336); 139, 245 (268); krit: *Grünwald,* JZ 1976, 766 (771 ff.); *Hassemer,* StV 1982, 275 (275 ff.); *Kudlich,* in: *ders.,* MüKo-StPO, Einl., Rn. 87 ff.; *Landau,* NStZ 2007, 121 (122 ff.); *ders.,* NStZ 2011, 537 (544); *Sachs,* in: *ders.,* GG, Art. 20 GG, Rn. 162.

1004 BVerfGE 133, 168 (199); *Kudlich,* in: *ders.,* MüKo-StPO, Einl., Rn. 87; *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 37.

1005 Hierzu *Landau,* NStZ 2007, 121 (121).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> *„Soweit der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit die Idee der Gerechtigkeit als wesentlicher Bestandteil enthält, verlangt er auch die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann.“*[1006]

Pflichtiger einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege ist der Staat selbst in Form seiner Verfassungsorgane.[1007] Er muss seine Gesetze selbst durchsetzen – anderenfalls verlieren das Gewaltmonopol und das Verbot der Selbstjustiz ihre Daseinsberechtigung.

Damit ist aber noch nicht über das notwendige Maß seiner Einbeziehung entschieden. Wann das Funktionstüchtigkeitspostulat einer Übertragung der Erfüllungsverantwortung entgegensteht, verrät wiederum ein genauer Blick auf ihren Gewährleistungsumfang: Mit der Anerkennung der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege als institutionelle Garantie soll die *Institution* der Strafrechtspflege als wirkungsvolles und wirksames Mittel zur Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens *garantiert* werden. Diese Garantie kann im Kontext der Privatisierung dann nicht mehr gewährleistet werden, wenn eine Delegation von Strafverfolgungsaufgaben an Private den Zweck der Institution Strafrechtspflege gefährdet. Diese Gefährdung ist nicht etwa mit negativen Einflüssen auf die Verfolgungseffizienz gleichzusetzen.[1008] Geboten ist vielmehr eine Rückbesinnung darauf, was der Staat durch ein Strafverfahren aus staatslegitimatorischer Sicht gewährleisten muss: die Schaffung von Rechtsfrieden in einem justizförmigen Verfahren durch die Herstellung von Gerechtigkeit und die Ermittlung von Wahrheit.[1009]

1006 BVerfGE 33, 367 (383). Diese Aussage ist seither in zahlreichen Entscheidungen als *obiter dictum* wiederholt worden: BVerfGE 34, 248 (248); 36, 174 (186); 38, 105 (115); 39, 156 (163); 41, 246 (250); 44, 353 (374); 46, 214 (222); 47, 239 (247 f.); 51, 324 (343); dem (weitgehend) zustimmend: *Hassemer,* StV 1982, 275 (277 f.); *Kröpil,* JR 2013, 553 (554); *Landau,* NStZ 2007, 121 (124 ff.); *Sachs,* in: *ders.,* GG, Art. 20 GG, Rn. 162; *Schreiber,* in: *Beulke/u. a.* (Hg.), Strafprozess und Reform, 15 (21). Siehe hierzu bereits ausf. S. 264 f.

1007 *Landau,* ZStW 2009, 965 (128).

1008 *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 38 m. w. N.

1009 *Dölling,* in: NK-GesStrR, Vorb. §§ 1 ff. StPO, Rn. 1; *Fischer,* in: KK-StPO, Einl., Rn. 1 ff.; *Meyer-Goßner/Schmitt,* in: *dies.*-StPO, Einl., Rn. 4; *Neumann,* ZStW 1989, 52 (52); *Niese,* Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 16; krit. bei *Popp,* Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 140 ff.; *Roxin/Schünemann,* Strafverfahrensrecht, § 1, Rn. 3; *Schmidhäuser,* in: *Bockelmann/Gallas* (Hg.), FS-E. Schmidt, 511 (512). Siehe hierzu bereits die Qualifizierung der Strafverfolgung als notwendige Staatsaufgabe auf den S. 260 ff. und ferner: *Schmidt,* LK-StPO I, S. 43; *ders.,* Justitia,

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nach dem oben Gesagten würde der Staat gegen seinen Verfassungsauftrag der Gewährung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege verstoßen, wenn er aufgrund der Delegation sowohl der Aufgaben- als auch der Erfüllungsverantwortung, die Verfahrenszwecke der Herstellung von Gerechtigkeit sowie der Wahrheitsermittlung nicht mehr gewährleisten könnte und in dieser Weise das übergeordnete Ziel der Herstellung von Rechtsfrieden verfehlt.

ii. Herleitung aus der staatlichen Gewährleistung öffentlicher Sicherheit und Frieden

Mit seinen Ausführungen zum Postulat einer funktionsfähigen Strafrechtspflege verdeutlicht das Bundesverfassungsgericht die Korrelation zwischen den Strafverfahrenszwecken und der Gewährleistung von öffentlicher Sicherheit und Frieden. So kann der Staat seine durch das Gewaltmonopol begründete Justizgewährungspflicht nur dann rechtfertigen, wenn er ein justizförmiges, auf die Wahrheitsermittlung und Gerechtigkeitsherstellung gerichtetes Strafverfahren sicherstellt.[1010] Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts ist

> *„die Sicherung des Rechtsfriedens durch Strafrecht […] seit jeher eine wichtige Aufgabe staatlicher Gewalt. Die Aufklärung von Straftaten, die Ermittlung des Täters, die Feststellung seiner Schuld und seine Bestrafung wie auch der Freispruch des Unschuldigen sind die wesentlichen Aufgaben der Strafrechtspflege, die zum Schutz der Bürger den staatlichen Strafanspruch in einem justizförmigen und auf die Ermittlung der Wahrheit ausgerichteten Verfahren in gleichförmiger Weise durchsetzen soll.“*[1011]

Auch das Bundesverfassungsgericht sieht insofern die Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege als unverzichtbaren Bestandteil in der Aufrechterhaltung gesellschaftlichen Rechtsfriedens.[1012] Hieraus folgt mittelbar, dass eine funktionstüchtige Strafrechtspflege für die Schaffung und Erhaltung von Sicherheit und Frieden – und somit für die Legitimierung der Staatlichkeit an sich – notwendig ist.

S. 31 ff.; *Wolter,* GA 1985, 49 (53); vgl: BVerfGE 33, 367 (368); 46, 214 (222); 122, 248 (272); NJW 2011, 2417 (2419).

1010 *Hassemer/Matussek,* Opfer als Verfolger, S. 45; *Krugmann,* ZRP 2001, 306 (306); *Landau,* NStZ 2011, 537 (540).

1011 BVerfGE 107, 104 (118 f.).

1012 *Landau,* NStZ 2007, 121 (127 f.); *ders.,* NStZ 2011, 537 (544).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

iii. Ausgestaltung des „privatisierungsfesten" Staatsaufgabenkerns in der Strafverfolgung

Wie sich der „privatisierungsfeste Kern" der Staatsaufgabe Sicherheits- und Friedensgarantie in Ausgestaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege nun genau umschreiben lässt, muss normativ anhand der Auslegung des Verfassungstextes bestimmt werden.[1013] Dieser Analyse ist vorwegzunehmen, dass sich in der Verfassung keinerlei Anhaltspunkte dazu finden lassen, die für einen vollumfänglichen Staatsvorbehalt sprechen. So ginge der Staat seinem Justizgewährungsmonopol nicht dadurch verlustig, wenn er Private in der Strafverfolgung einsetzt, sei es beispielsweise durch die Verwertung von privaten oder unternehmerischen Ermittlungsergebnissen [1014] oder durch die Einsetzung von Schöffinnen und Schöffen in der gerichtlichen Hauptverhandlung.[1015] Ein Rückgriff auf Private in der Strafverfolgung ist grundsätzlich noch nicht geeignet, das Minimum dessen, was zur Unterscheidung des Staats von der Gesellschaft erforderlich ist, zu untergraben.[1016]

Für gerichtliche Verfahren ergeben sich die Schranken einer Einbeziehung Privater jedenfalls aus Art. 92 GG, sodass eine Übertragung von richterlichen Befugnissen an Private ausgeschlossen ist.[1017] Weitere Grenzen sind für dieses Verfahrensstadium aus der Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege nicht zu entnehmen.

Etwas anderes gilt indes für den Verfahrensabschnitt des strafprozessualen Ermittlungsverfahrens. Auch hier ist sich die Literatur weitestgehend einig, dass ein teilweiser staatlicher Rückzug aus der Ermittlungstätigkeit grundsätzlich nicht unzulässig ist. Ein zwingend auszuübendes staatliches

---

1013 Hierzu ausf. S. 257 ff.

1014 *Eckhardt,* Private Ermittlungsbeiträge, S. 6 ff.; *Gaede,* StV 2004, 46 (51); *Hassemer/Matussek,* Opfer als Verfolger, S. 39 ff., 43 ff., 85; *Jahn,* StV 2009, 41 (43); *Klaas,* Interne Untersuchungen, S. 54 ff.; *Nienaber,* Unternehmensinterne Ermittlungen, S. 141 ff.; *Reeb,* Internal Investigations, S. 28 ff.; *Ronellenfitsch,* DAR 1997, 147 (151); *Sarhan,* wistra 2017, 336 (340 f.); *Scharnberg,* Internal Investigations, S. 59; *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 142 ff.

1015 Hierzu: BVerfGE 54, 159 (167); *Groß,* BewHi 2011, 99 (101 ff.); *Schulze-Fieliz,* in: *Dreier*-GG, Art. 92 GG, Rn. 34 f.

1016 Siehe Fn. 935**.**

1017 Die aus der institutionellen Garantie der Strafrechtspflege ausgehenden Privatisierungsgrenzen für das gerichtliche Verfahren sind für die weiteren Ausführungen nicht relevant, weshalb auf eine vertiefte Auseinandersetzung an dieser Stelle verzichtet wird.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Ermittlungsmonopol" der Strafverfolgung kann der institutionellen Garantie nicht entnommen werden.[1018]

Eine grenzenlose Übertragung der Erfüllungsverantwortung von Ermittlungshandlungen ginge andererseits entschieden zu weit. Dies hängt insbesondere mit dem Umstand zusammen, dass Private im Gegensatz zu Strafverfolgungsbehörden nicht dazu verpflichtet sind, eine objektive Ermittlung zu gewährleisten. Vielmehr können sie diese willkürlich und sachfremd ausgestalten, ohne dass hieran unmittelbare Konsequenzen, wie etwa Beweisverwertungsverbote, geknüpft sind.[1019] Privates Handeln richtet sich regelmäßig nicht nach der Gemeinwohlförderung,[1020] sondern primär nach der Verfolgung von Eigeninteressen.[1021] Würde der Staat jedwede Ermittlungshandlungen an Private übertragen, so wäre ein solches Verfahren nicht mehr justizförmig gestaltet, die Hinwirkung auf die Wahrheitsfindung und Gerechtigkeitsherstellung und damit der Rechtsfrieden wären gefährdet.

Umso mehr trifft diese Erwägung im unternehmerischen Kontext zu. Denn nach der ökonomisch-psychologischen Verhaltensannahme des *homo oeconomicus* handeln Privatunternehmen ausschließlich zum Zwecke der Selbsterhaltung.[1022] Dies geschieht vorwiegend durch die Generierung nachhaltiger Gewinne und der Vermeidung von Risiken.[1023] Gerade wenn sich der Gegenstand der Ermittlungen vorwiegend aus Kunden- und Geschäftsbeziehungen zusammensetzt, gefährden Unternehmensinteressen nach Selbsterhaltung durch Gewinnmaximierung die Wahrheitsfindung der Strafverfolgung.[1024]

1018 Siehe schon Fn. 1014.

1019 Parallel zu der Verwertbarkeit von Beweisen aus unternehmensinternen Ermittlungen, siehe *Salvenmoser/Seier,* in: *Achenbach/u. a.,* Hdb. WStrR, Teil 15, Rn. 69 ff. m. w. N.

1020 Siehe hierzu bereits oben S. 253 ff.

1021 So *Theile* zu den unternehmensinternen Ermittlungen: „Anstelle von Wahrheit und Gerechtigkeit geht es primär um die Generierung von Wahrheitsbildern am Maßstab dieses (Unternehmens-)Interesses", *Theile,* in: *Beckemper/Rotsch,* Criminal Compliance, § 34, Rn. 55; siehe hierzu ferner *Theile/u. a.,* ZStW 2014, 803 (818 f.).

1022 *Behringer,* CB 2018, 257 (260); *Hahn/Hungenberg,* PuK, S. 13; *Schneider,* Betriebswirtschaftliche Theorie, S. 113.

1023 *Sarhan,* wistra 2017, 336 (337).

1024 *De Vries,* Kriminalistik 2011, 83 (87); *Knierim,* StV 2009, 324 (325). Hierzu instruktiv: *Kubiciel,* GA 2013, 226 (238); vgl. ferner bei: *Mansdörfer,* jM 2019, 123 (128); *Sarhan,* wistra 2017, 336 (337 ff.); *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 49.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

iv. Lösungsmöglichkeiten

Wie ist diesen Beeinträchtigungen der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege in einer Übertragung von Ermittlungsbefugnissen also zu begegnen? Die wenige rechtswissenschaftliche Literatur hat hierzu bislang noch keine allgemeingültige Antwort gefunden.[1025] Vielmehr beschränkt sie sich größtenteils auf einzelne Problemfelder, wie beispielsweise die bereits angesprochenen unternehmensinternen Ermittlungen[1026] oder die Zuhilfenahme Privater bei Geschwindigkeitsmessungen im Straßenverkehr.[1027] Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse auf Verdachtsmeldepflichten oder gar im Wege eines *argumentum a minore ad maius* auf die allgemeine Privatisierungsdiskussion im Ermittlungsverfahren zu übertragen, vermag nicht zu überzeugen, da die behandelten Bereiche zu wesensverschieden sind. So geht es bei unternehmensinternen Ermittlungen etwa um die Frage, ob Unternehmen interne u. U. strafbewehrte Regelverstöße ihrer Mitarbeitenden aufklären und ob Strafverfolgungsbehörden auf die hieraus gewonnenen Erkenntnisse zugreifen können.[1028] Ein gesetzlicher Zwang oder eine rechtliche Einbindung in das Ermittlungsverfahren findet dort nicht statt.[1029] Auch die Erkenntnisse aus der Aufnahme Privater in Geschwindigkeitsmessungen können, wenn überhaupt, nur bedingt übertragen werden, da auch dort Private keine mit einem Ermittlungsverfahren vergleichbaren Ermittlungsbeiträge leisten.

Die folgenden Lösungsmöglichkeiten können insoweit keine abschließende Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit einer Privatisierung im Ermittlungsverfahren bieten. Vielmehr sind sie als „kleinste gemeinsa-

1025 Nur wenige Autorinnen und Autoren beschäftigen sich ganzheitlich mit der Problematik, siehe allen voran zudem: *Braum,* in: *Strafverteidigervereinigungen* (Hg.), 22. Strafverteidigertag, 161 (170 ff.); *Brunhöber,* GA 2010, 571 (571 ff.); *de Vries,* Kriminalistik 2011, 83 (83 ff.); *Groß,* BewHi 2001, 99 (99 ff.); *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 24 ff.

1026 Siehe hierzu bereits oben S. 250 sowie: *Klaas,* Interne Untersuchungen, S. 54 ff.; *Knierim,* StV 2009, 324 (325 ff.); *Reeb,* Internal Investigations, S. 28 ff.; *Renners,* Private Investigation, S. 93 ff.; *Scharnberg,* Internal Investigations, S. 59 f.; *Zapfe,* Compliance und Strafverfahren, S. 106 ff.

1027 *Rebler,* SVR 2011, 1 (1 ff.); *Ronellenfitsch,* DAR 1997, 147 (147 ff.); *Scholz,* NJW 1997, 14 (14 ff.); *Waechter,* NZV 1997, 329 (329 ff.).

1028 Siehe hierzu insb. Fn. 889.

1029 Auch die §§ 16–18 des gescheiterten Entwurfs zum Verbandssanktionengesetz (Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft vom 21.10.2020, BT-Drs. 19/23568) sahen lediglich Verbandssanktionsmilderungen bei zuvor durchgeführten unternehmensinternen Ermittlungen vor.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

me Nenner" zu verstehen, die ein objektives Verfahren gewährleisten und Willkür vorbeugen sollen, indem sie das Verfahren in seinen Grundfesten institutionell schützen.

α. Keine Abgabe der „Ermittlungshoheit"

Von einer privaten Wahrnehmung ausgeschlossen sind zunächst solche Befugnisse, die für das Ermittlungsverfahren richtungsweisend sind. Nach der Ansicht *Stoffers* darf der Staat die „Ermittlungshoheit" nicht an Private übertragen.[1030] Denn die Leitung des Ermittlungsverfahrens obliegt allein der Staatsanwaltschaft, die als „Herrin des Ermittlungsverfahrens"[1031] – gemeinsam mit den Gerichten – „die der Justiz übertragenen Aufgabe der Justizgewährung"[1032] erfüllt und damit einen unverzichtbaren Eckpfeiler des deutschen Strafverfahrens bildet.[1033] Eine Wahrnehmung dieser Funktion durch Private würde den Staat als Souverän delegitimieren, da diese nun nicht mehr durch eine objektive und justizförmige Staatsbehörde ausgeübt werden.[1034]

Über die Leitung des Ermittlungsverfahrens hinaus geht aus dem Monopol der Ermittlungshoheit auch hervor, dass die Staatsanwaltschaft stets in der Lage sein muss, Ermittlungsmaßnahmen und -entscheidungen der eingesetzten Privatpersonen engmaschig zu überwachen und zu kontrollieren.[1035] Denn wesentliche Prozessentscheidungen dürfen nicht durch rein privates Verhalten determiniert werden.[1036] Vielmehr ist es maßgeblicher Bestandteil der institutionellen Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, dass dort eine staatlich-objektive Kontinuität besteht, die von jedwedem Willkürverdacht abgeschirmt ist. Die staatsanwaltschaftliche Ermittlungshoheit setzt insofern den Rahmen für ein mögliches Tätigwerden

1030 LG Kiel NJW 2006, 3224 (3225); *Reeb,* Internal Investigations, S. 10; *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 54 ff.; vgl. ferner: *de Vries,* Kriminalistik 2011, 83 (88).

1031 *Griesbaum,* in: KK-StPO, § 163 StPO, Rn. 3; *Kudlich,* in: *ders.,* MüKo-StPO, Einl., Rn. 214; *Riediger/Schilling,* in: *Wabnitz/Jankovsky/Schmitt,* Hdb. WStSR, Kap. 20, Rn. 16.

1032 *Schmidt,* DRiZ 1957, 273 (279).

1033 *Eisele/Trentmann,* NJW 2020, 2365 (2365).

1034 *Mende,* Grenzen privater Ermittlungen, S. 103; *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 46.

1035 *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 49.

1036 *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 186; *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Privater im Ermittlungsverfahren. So dürfen etwaige Privatisierungsbestrebungen nicht dazu führen, dass der Staat seine Handhabe über die von Privaten getroffenen Entscheidungen verliert. Vielmehr müssen entsprechende Rechtsmechanismen geschaffen werden, durch die Ermittlungshandlungen und -maßnahmen Privater staatlicherseits überwacht und kontrolliert werden können.

β. Keine Abgabe „wesentlicher Ermittlungshandlungen"?

Ein hiervon abweichender Ansatz findet sich derweil bei *Groß,* der insbesondere auf die Eingriffsintensität der jeweiligen Ermittlungsmaßnahme abstellt. So sollen „wesentliche Ermittlungsmaßnahmen" von einer privaten Wahrnehmung ausgeschlossen sein. Je schwerwiegender die jeweilige Maßnahme in die Rechte des Betroffenen eingreift, desto zwingender sei die Aufgabenerfüllung durch den Staat selbst.[1037] So wächst die Eingriffsschwere insbesondere dann, wenn zu Strafverfolgungszwecken systematisch Daten über Personen erhoben werden, „die (noch) nicht einmal Beschuldigte sind, bei denen also die Datenerhebung der Verdachtsermittlung dienen soll".[1038] Ein absoluter Staatsvorbehalt sei ferner dann erreicht, wenn aufgrund der privaten Ermittlung eine Veränderung der Rechtsposition einhergeht, etwa bei der Einstufung eines Betroffenen als Beschuldigter.

γ. Eigene Akzentuierung: Wahrung der Rahmenbestimmungskompetenz

Die Eingriffsintensität als konstitutives Bestimmungsmerkmal zu erklären, scheint zunächst noch vor dem Hintergrund verständlich, als dass der hiermit bezweckte Schutz von Beschuldigtenrechten gleichsam wie eine institutionelle Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege im Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG verankert ist.[1039] Trotz dieser gleichlaufenden Verortung stehen sich diese beiden Interessen diametral

1037 *Groß,* BewHi 2001, 99 (105 ff.); *Ronellenfitsch,* DAR 1997, 147 (151).

1038 *Groß,* BewHi 2001, 99 (106).

1039 BVerfGE 33, 367 (383); 34, 248 (248); 36, 174 (186); 38, 105 (115); 39, 156 (163); 41, 246 (250); 44, 353 (374); 46, 214 (222); 47, 239 (247 f.); 51, 324 (343); dem (weitgehend) zustimmend: *Hassemer,* StV 1982, 275 (277 f.); *Kröpil,* JR 2013, 553 (554); *Landau,* NStZ 2007, 121 (124 ff.); *Sachs,* in: *ders.,* GG, Art. 20 GG, Rn. 162; *Schreiber,* in: *Beulke/u. a.* (Hg.), Strafprozess und Reform, 15 (21).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

entgegen: So soll das Rechtsstaatsprinzip – mit den Worten *Grünwalds* – der Durchsetzung staatlichen Willens Grenzen aufzeigen und damit einen Schutzwall bilden, an dem Strafverfolgungsinteressen brechen.[1040] Da nun jedoch auch Strafverfolgungsinteressen (in Form der institutionellen Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege) einen Teil ebendieses Schutzwalls bilden, stünden die Interessen innerhalb desselben Staatsprinzips im Widerstreit zueinander.[1041]

Dies hat für die hiesige Untersuchung zur Folge, dass die Frage nach dem „Staatsaufgabenkern" einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege nicht, wie von *Groß* vorgeschlagen, von der Eingriffsintensität der jeweiligen Ermittlungsmaßnahme abhängig gemacht werden kann. Eine solche Sichtweise würde gerade dem Schutz von Beschuldigtenrechten dienen und damit der verfassungsdogmatischen Begründung der institutionellen Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege als hiermit widerstreitender Belang konterkarieren.

Stattdessen ist für die Bestimmung des Staatsaufgabenkerns auf die durch das Strafverfahren verfolgten Zwecke abzustellen, denen durch die institutionelle Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege Geltung verschafft werden soll. So geht aus der bisherigen Untersuchung hervor, dass der Staat in seiner Souveränität beeinträchtigt wäre, wenn er das materielle Strafrecht nicht mehr durch ein justizförmiges Verfahren durchsetzen und den gestörten Rechtsfrieden nicht mehr wiederherstellen kann. Die maßgebliche Frage, die im Kontext der Privatisierung gestellt werden muss, wäre demnach: Wann würde ein Rückgriff auf Private den Staat in der Erreichung seiner Strafverfahrenszwecke behindern?

Ein solches privatisierungsbedingtes Verfehlen der Strafverfahrenszwecke wäre jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Staat seine Verfahrensleitung an Private überträgt. Dies wäre – und hier muss *Groß* wiederum zugestimmt werden – auch dann der Fall, wenn ohne staatliche Überwachungs- und Kontrollmechanismen Private auf wesentliche Verfahrensabschnitte Einfluss nehmen können. Hierzu gehört neben dem Ausgang des Verfahrens auch eine Veränderung der Rechtsposition des Betroffenen.[1042]

Darüber hinaus muss die Bestimmung des Rahmens, in dem sich die Ermittlung bewegt, in staatlicher Hand verbleiben. Hierzu gehören nicht nur leitende Ermittlungsmaßnahmen, sondern darüber hinaus Bestimmungen

1040 *Grünwald,* JZ 1976, 766 (772).
1041 *Landau* spricht von einer „Abwägungstortur", siehe *Landau,* NStZ 2007, 121 (124).
1042 Siehe bereits Fn. 1038.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

über den Ermittlungsumfang und die Ermittlungsintensität. Der Staat muss einen konkreten Rahmen schaffen, in dem sich Ermittlungen bewegen, sodass es für den Einzelnen erkennbar bleibt, wo Private in repressiver Hinsicht operieren (dürfen) und wo nicht. In zeitlicher Hinsicht geht dies aus den Erwägungen zum strafprozessualen Anfangsverdacht hervor. Mit diesem Merkmal hat der Staat konstitutive Mindestvoraussetzungen für staatliche Ermittlungstätigkeit geschaffen. So muss eine Bürgerin oder ein Bürger nur dann mit einem Ermittlungsverfahren typischerweise einhergehende Grundrechtseingriffe befürchten, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte auf eine Straftat vorliegen, § 152 Abs. 2 StPO.

Eine derartige staatlich determinierte Trennlinie muss auch über diese zeitliche Dimension hinaus bestehen. So hat der Staat etwa in personeller Hinsicht den Kreis ermittlungsbefugter Personen eindeutig festzulegen. Im strafprozessualen Ermittlungsverfahren etwa sind gem. § 152 Abs. 1 GVG, § 161 Abs. 1 StPO die Staatsanwaltschaft sowie ihre Ermittlungspersonen und -helfer ermittlungsbefugt, was eine kontinuierliche Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft ermöglicht und eine Zersplitterung der Ermittlungstätigkeit an verschiedene Fachbehörden verhindert.[1043] Gleichsam müssen auch die Ermittlungen Privater ausgestaltet sein. So würde der Staat sein Gewaltmonopol dann konterkarieren, wenn er Ermittlungsbefugnisse unterschiedslos an Privatpersonen übertragen würde. Vielmehr muss die Auswahl privater Ermittlungspersonen mithilfe von staatlich determinierten Differenzierungskriterien erfolgen, die es ihm einerseits erlauben, private Ermittlungstätigkeit zu überwachen, und zum anderen, den Kreis der Ermittlungspersonen klar abzustecken.

Zur Wahrung seiner Rahmenbestimmungskompetenz über das Strafverfahren hat der Staat insoweit bei seiner Aufgabenübertragung hinreichend bestimmte Grenzen aufzuzeigen, die markieren, wann und unter welchen Umständen bestimmte Private repressive Ermittlungsmaßnahmen unternehmen und Betroffene entsprechend einen Grundrechtseingriff befürchten müssen. Anderenfalls stellt der Staat die funktionstüchtige Strafrechtspflege zur gesellschaftlichen Disposition, da er Tür und Tor für staatlicherseits befürwortete, anlasslose und möglicherweise nicht der Wahrheitsfindung dienliche Ermittlungen öffnet.

1043 Den Ermittlungspersonen kommt damit eine „gerichtsverfassungsrechtliche Organstellung" und innerhalb dieser ein Ermittlungsauftrag zu, im Rahmen dessen sie zum Teil die strafprozessualen Rechte der Staatsanwaltschaft wahrnehmen, *Wackernagel/Graßie,* NStZ 2021, 12 (17); *Wenzel,* NZWiSt 2016, 85 (85).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

v. Zwischenergebnis

Aus der institutionellen Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege kann ein absoluter Staatsvorbehalt für das Strafverfahren abgeleitet werden. Im Ermittlungsverfahren umfasst dieser ein Verbot der Übertragung der „Ermittlungshoheit". Insbesondere hat der Staat dafür Sorge zu tragen, einen rechtlichen Rahmen über das Maß und den Umfang von Ermittlungsmaßnahmen zu schaffen. Darüber hinaus muss er wirksame Kontroll- und Überwachungsmechanismen in Kraft setzen, sodass für Bürgerinnen und Bürger stets erkennbar bleibt, dass die Entscheidungskompetenz über den weiteren Ausgang des Verfahrens beim Staat verbleibt und nicht an Private übertragen wird.

dd. Absoluter Staatsvorbehalt durch ein „Grundrecht auf Sicherheit"

Als absolute Privatisierungsschranke käme zudem das bereits thematisierte Grundrecht auf Sicherheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1, 2 GG in seiner Ausprägung als Schutzpflicht in Betracht. Dieses beinhaltet in seiner hier relevanten Ausprägung, dass der Staat sein Strafverfahren so gestalten muss, dass Sicherheit für seine Bürgerinnen und Bürger besteht.[1044] Wie die Ausführungen zur staatsrechtlichen Dimension der Sicherheits- und Friedensgewährleistung gezeigt haben, beinhaltet diese auch die durch ein justizförmiges Strafverfahren bezweckte Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens.[1045]

Allerdings bestehen allgemein Zweifel an der Eignung grundrechtlicher Schutzpflichten als Privatisierungsschranken in Form von absoluten Staatsvorbehalten. Denn der Maßstab grundrechtlicher Schutzpflichten unterliegt einer nur eingeschränkten gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit, die wiederum eng mit ihrer Funktionsweise zusammenhängt: Durch eine Schutzpflicht soll ein Grundrechtsträger vor einer bestimmten Gefahrenquelle geschützt werden. Ist diese Gefahrenquelle allerdings nicht der Staat, sondern ein dritter Grundrechtsträger, so ist die gegen ihn gerichtete Schutzmaßnahme als Eingriff zu werten.[1046] Gem. der Wesentlichkeitstheorie obliegt dieser „Schutz durch Eingriff" allein dem demokratisch legiti-

1044 *Isensee,* Grundrecht auf Sicherheit, S. 21.
1045 Siehe hierzu S. 261 ff.
1046 *Klein,* JuS 2006, 960 (961).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mierten parlamentarischen Gesetzgeber, dessen Maßnahmen anschließend der gerichtlichen Kontrolle unterstellt werden.[1047] Wenn die Judikative den Umfang solcher grundrechtlichen Schutzpflichten bestimmt, würde sie damit mittelbar Grundrechte Dritter einschränken und damit – mangels demokratischer Legitimation – gegen Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG verstoßen.

Um dieser Güterkollision zu entrinnen, hat das Bundesverfassungsgericht in Anknüpfung an das Schrifttum[1048] ein Untermaßverbot entwickelt.[1049] Dieses beschränkt eine gerichtliche Überprüfung grundrechtlicher Schutzpflichten zum einen auf eine Ergebniskontrolle und lässt die Frage des Wie einer Schutzpflichterfüllung weitgehend außer Betracht.[1050] Zum anderen beschränkt sich das Untermaßverbot auf eine Minimalkontrolle: So müssen die Vorkehrungen des Gesetzgebers für einen „angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein".[1051] Dieses Minimum an Schutz soll jedenfalls dann verfehlt sein, wenn der Gesetzgeber seine Schutzpflicht evident verletzt hat.[1052]

Konsequenterweise kann aus einer Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten kein absoluter Staatsvorbehalt abgeleitet werden, da sich die Art und Weise ihrer Erfüllung und somit auch die Übertragung der Erfüllungsverantwortung an Private der gerichtlichen Kontrolle entzieht.

c. Zwischenergebnis

Die vorangegangene Untersuchung hat bewiesen, dass ein allumfassendes Privatisierungsverbot für das Strafverfahren nicht besteht. Vielmehr müssen die konkreten Maßnahmen, in denen die Erfüllungsverantwortung an Private abgetreten wird, individuell untersucht werden.

Davon auszunehmen ist der Abschnitt des gerichtlichen Verfahrens. Hier besteht mit Art. 92 GG und der institutionellen Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege ein absoluter Staatsvorbehalt der rechtsprechenden Gewalt. Die rechtsprechende Gewalt muss demnach zwingend von Berufsrichterinnen und -richtern eigenständig ausgeführt werden.

1047 *Klein,* NJW 1989, 1633 (1637 ff.); *Lagodny,* Strafrecht vor Grundrechten, S. 260 f.
1048 *Canaris,* AcP 1984, 202 (228 ff.); *ders.,* JuS 1989, 161 (163); *Götz,* in: Hdb-StR III (2. Auflage), § 79, Rn. 13; *Sommermann,* in: *v. Mangoldt/Klein/Stark*-GG, Art. 20 GG, Rn. 319.
1049 BVerfGE 88, 203 (254); 109, 190 (247).
1050 *Klein,* JuS 2006, 960 (961).
1051 BVerfGE 88, 203 (254).
1052 BVerfGE 56, 54 (80); *Klein,* JuS 2006, 960 (961).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hinsichtlich des Ermittlungsverfahrens ergibt sich die Grenze der Mitwirkung Privater aus dem Postulat der Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege. Die Grenze bildet dabei das Verbot der Übertragung von staatlicher Ermittlungshoheit auf den privaten Wirkbereich. Dies umfasst zum einen, dass der Staat einen rechtlichen Rahmen über das Maß und den Umfang von Ermittlungsmaßnahmen schaffen muss. So müssen alle für den Ausgang der jeweiligen Verfahrensstadien relevanten Entscheidungen bei einem staatlichen Hoheitsträger verbleiben. Zum anderen muss er wirksame Kontroll- und Überwachungsmechanismen in Kraft setzen.

II. Zulässigkeit von privaten Verdachtsdetektionssystemen auf staatlicher Veranlassung

Nun, nachdem die Grenzen der staatlichen Hinzuziehung Privater im Strafverfahren dargelegt worden sind, kann sich dem ursprünglichen Untersuchungsgegenstand der Verdachtsmeldepflichten zugewandt und der Frage nachgegangen werden, wie eine Involvierung von Meldepflichtigen in die Strafverfolgung zu bewerten ist.

Um jedoch die für das Strafverfahren gültigen Schranken auch im Bereich der Verdachtsmeldepflichten anwenden zu können, ist zunächst das konkrete Maß der Einbeziehung Privater zu ermitteln. So hat die Wissenschaft verschiedene Fallgruppen der Privatisierung ausgearbeitet, die die jeweils unterschiedlichen Arten der Mitwirkung Privater an öffentlichen Aufgaben aufzeigen.[1053] Um den in Verdachtsmeldepflichten enthaltenen Mechanismus der Einbeziehung Privater vollständig zu erfassen, muss – nach einer summarischen Vorstellung der verschiedenen Privatisierungsmodi (1.) – zunächst dargelegt werden, unter welche dieser Fallgruppen Verdachtsmeldepflichten zu verorten sind (2.). In einem letzten Prüfungsschritt (3.) kann schließlich eine Antwort auf die ursprüngliche

1053 Strittig ist, ob die Beleihung unter den Oberbegriff der Privatisierung zu kategorisieren ist, da der Beliehene durch den Beleihungsakt zum Hoheitsträger wird, so etwa *Stoffer,* Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 21. Der Staat zieht sich hier nicht zurück, sondern lässt sein staatliches Handeln durch Dritte ausführen. Da die Beleihung auf Verdachtsmeldepflichten mangels gesetzlicher Erteilung hoheitlicher Befugnisse auf die Verpflichteten evident nicht einschlägig ist, wird auf die gesonderte Erörterung der Beleihung an dieser Stelle verzichtet und auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen, siehe hierzu *Ibler,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 86 GG, Rn. 76.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Forschungsfrage gesucht werden, ob und inwiefern der Staat im Wege von Verdachtsmeldepflichten auf Private zum Zwecke der strafverfolgerischen Verdachtsgewinnung zurückgreifen kann.

I. Privatisierungsmodus

a. Materielle, formelle und funktionale Privatisierung

Als Hauptfallgruppen haben sich in der Fachliteratur die materielle, die funktionale sowie die formelle Privatisierung etabliert. Im Rahmen der sog. materiellen Privatisierung (auch „echte", „eigentliche" oder Aufgaben-Privatisierung genannt)[1054] gibt der Staat im Hinblick auf ein bestimmtes öffentliches Tätigkeitsfeld seine Präsenz vollständig auf, sodass eine hierdurch entstehende Lücke durch Private ausgefüllt werden kann.[1055] Es findet dabei ein „echter Rückzug" des Staates statt, da er nicht nur die Aufgabenerfüllung, sondern darüber hinaus auch jede Verantwortung für die Tätigkeit als solche insgesamt aufgibt, also einen Sachgegenstand „entstaatlicht".[1056] Dabei kann der Staat zwar einen gewissen Rechtsrahmen setzen bzw. Regulierungsmechanismen wie bspw. eine Aufsichtsbehörde festlegen. Ein Direktionsrecht besteht nach erfolgter Aufgabenprivatisierung jedoch nicht.[1057] Die staatliche Aufgabensteuerung wird vielmehr durch eine umfassende Entscheidungsfreiheit Privater (über das Ob und Wie der Aufgabenerfüllung) und damit durch das Rechtsprinzip der Privatautonomie ersetzt.[1058]

1054 Zum Teil vertreten verschiedene Autoren unterschiedliche Nuancierungen zwischen materieller, echter, eigentlicher und der Aufgabenprivatisierung. Diese Schattierungen des Aufgabenprivatisierungsbegriffs sind aber für die Qualifizierung der durch Verdachtsmeldepflichten entspringenden Aufgaben nebensächlich, weshalb für eine ausf. Typologiebeschreibung der Privatisierung auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen wird.

1055 *Di Fabio,* JZ 1999, 585 (586); *Ehlers,* Privatisierung, S. 47; *Gramm,* Privatisierung, S. 107; *Hagemeister,* Privatisierung, S. 51; *Ibler,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 86 GG, Rn. 110; *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 18; *Osterloh,* in: VVDStRL 1994, 206 (209 ff.); *Peine,* DÖV 1997, 353 (354 f.); *Maurer/Waldhoff,* Allg. VerwR, § 23, Rn. 70

1056 *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 19.

1057 *Ibler,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 86 GG, Rn. 110.

1058 *Gramm,* Privatisierung, S. 108.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Aufgabenprivatisierung in ihrer Reinform kommt in der Staatswirklichkeit nur äußerst selten vor.[1059] Ihre abgeschwächte Form wird als funktionale (oder „funktionelle") Privatisierung definiert, in der eine öffentliche Aufgabe nur teilweise auf einen Privaten verschoben wird. Im Grundsatz behält der Staat seine Leistungsverantwortung, dem Privaten wird hingegen die Wahrnehmung oder die Organisation der Aufgabenerfüllung übertragen.[1060] Die wohl prominenteste Ausgestaltung der funktionalen Privatisierung liegt in der Rechtsfigur des Verwaltungshelfers.[1061]

Der materiellen und der funktionalen Privatisierung steht die formelle Privatisierung (auch „Organisationsprivatisierung") gegenüber. Innerhalb dieser Privatisierungsform wird die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe auf einen privatrechtlich organisierten Träger übertragen. Dieser Träger steht dabei allerdings weiterhin im Staatseigentum.[1062] Die öffentliche Aufgabe wird lediglich in eine privatrechtliche Organisationshülle übertragen, ohne dass sich die materielle Aufgabenverantwortung des Staates verändert. Der Hintergrund der Organisationsprivatisierung liegt in dem Gedanken, dass dem Staat für Bereiche der Leistungsverwaltung ein Wahlrecht zuzusprechen ist, sich für die Erledigung ihm obliegender öffentlicher Aufgaben auch der Handlungsformen des Privatrechts zu bedienen.[1063]

b. Indienst- bzw. Inpflichtnahme Privater

aa. Begriffsüberblick

Neben diesen Grundformen besteht für den Staat mit der sog. Indienstbzw. der Inpflichtnahme eine weitere Gestaltungsmöglichkeit, um öffentli-

1059 *Gramm,* Privatisierung, S. 108 ff.; *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 21; *Osterloh,* in: VVDStRL 1994, 206 (210 f.); *Gramm,* VerwArch 1999, 329 (331).

1060 *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 158 ff.; *Di Fabio,* JZ 1999, 585 (588); *Gramm,* Privatisierung, S. 109; *Ibler,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 86 GG, Rn. 117; *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 21 f.

1061 *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 434; *Ehlers,* Privatisierung, S. 48.

1062 *Maurer/Waldhoff,* Allg. VerwR, § 23, Rn. 68f; *Ibler,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 86 GG, Rn. 116; *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 25; zum Teil wird die Organisationsprivatisierung nicht als Privatisierung verstanden, da keine Rechtsmacht vom Staat auf ein Privatrechtssubjekt übergeht, so *Gramm,* Privatisierung, S. 110 ff.

1063 BVerwG BeckRS 1969, 31296419; NJW 1975, 891; 1985, 197 (198); 1993, 2695 (2697); 1994, 1169 (1169); *Ehlers,* Privatisierung, S. 46; *Schmitz,* in: *Stelkens/Bonk/Sachs,* VwVfG, § 1 VwVfG, Rn. 104 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

che Aufgaben auf Private zu übertragen.[1064] Dieses Rechtsinstrument geht auf *H. P. Ipsen*[1065] zurück und sollte zunächst vor allem die Einbehaltungs- und Abgabepflichten von Arbeitgebern hinsichtlich der Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen ihrer Beschäftigten an den Staat dogmatisch einordnen.[1066] Im Rahmen der Indienstnahme überträgt der Staat einer Gruppe von Privaten bestimmte öffentliche Aufgaben ganz oder zum Teil, indem er die Erfüllung dieser Aufgaben normativ als öffentlich-rechtliche Pflichten des Privaten erklärt.[1067] Statt dem Privaten Rechtsmacht zuzusprechen, weitet der Staat einen ohnehin von der Gesellschaft zu erfüllenden Leistungskatalog weiter aus. Das Resultat entspricht, je nach Reichweite der beim Staat verbleibenden Verantwortung, dem der materiellen bzw. dem der funktionalen (Regelfall) Privatisierung, nämlich der Übernahme der Aufgabenverantwortung von Privaten anstelle des Staates.[1068] Vom Verwaltungshelfer unterscheidet sich der Indienstgenommene in seiner fehlenden Eingliederung in die Verwaltungsorganisation, seiner Weisungsfreiheit sowie in der zumeist fehlenden beiderseitigen Rezeption seines Handelns als gemeinwohlbezogen.[1069]

Nach *Ipsen* kann eine Indienstnahme nur durch Gesetz erfolgen, da sie zumindest einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht[1070] darstellt, der im Rahmen der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gesetzlich festgelegt sein muss, soweit keine Grundrechte

1064 Zur Anerkennung der Indienstnahme als „grundsätzlich nicht verfassungswidriges Rechtsinstrument“: BVerfGE 30, 292 (311 ff.); 68, 155 (170 ff.); 95, 173 (187 ff.); 110, 226 (261).

1065 *Ipsen,* in: *Kaufmann*-FG, 141 (141 ff.); *ders.,* AöR 1965, 393 (417 ff.).

1066 *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 82.

1067 *Dreier,* Hierarchische Verwaltung, S. 248; *Ibler,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 86 GG, Rn. 120; *Ipsen,* AöR 1965, 393 (417 ff.); *Ossenbühl,* in: VVDStRL 1970, 138 (143).

1068 So auch: *Appel/Ramsauer,* NordÖR, 375 (381); *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 82; *Ibler,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 86 GG, Rn. 120; *Uibeleisen,* Inpflichtnahme Privater, S. 83.

1069 *Ehlers/Schneider,* in: *Schoch/Schneider,* VwGO, § 40 VwGO, Rn. 291; *Jani,* Partielle Inpflichtnahme, S. 60.

1070 Darüber hinaus wäre in vielen Fällen noch an das Grundrecht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (Art. 14 GG) sowie an die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) zu denken. Ein Eingriff in letztere Grundrechtsposition erfordert indes eine objektiv berufsregelnde Tendenz. Diese wird in der Literatur bei der Indienstnahme bejaht, wenn sie an eine berufliche Tätigkeit anknüpft, siehe *Manssen,* in: *v. Mangoldt/Klein/Stark*-GG, Art. 12 GG, Rn. 78. Das BVerfG versteht das Erfordernis der berufsregelnden Tendenz hingegen enger und verlangt für einen Eingriff in Art. 12 GG einen engen Zusammenhang der Indienstnahme mit der konkreten beruflichen Ausübung, so: BVerfGE 22, 380 (384); 57, 139 (158); 68, 155 (170).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dritter oder das Sittengesetz betroffen sind. Nicht zum Tatbestand der Indienstnahme zählen demnach Fälle, in denen die Dienste des Privaten durch Verwaltungsakt (zwangsweise) in Anspruch genommen werden.[1071] Heute gilt die Ansicht, die Figur der Indienstnahme ausschließlich auf unmittelbar durch das Gesetz auferlegte Pflichten zu beschränken, als überholt.[1072] Denn, so die überwiegende Ansicht aus der Literatur, es bestehen weder in der Schutzwürdigkeit des Indienstgenommenen noch in der Behandlung der rechtlichen Probleme Unterschiede zwischen einer Indienstnahme durch Gesetz und einer Indienstnahme durch einen auf ein bestimmtes Gesetz beruhenden Verwaltungsakt.[1073] Neben der gesetzlichen Indienstnahme ist deshalb mittlerweile auch die administrative Indienstnahme anerkannt, soweit diese einer entsprechenden Rechtsgrundlage zugrunde liegt.

Das Institut der Indienstnahme ist von den allgemeinen Bürgerpflichten abzugrenzen. Bürgerpflichten sind unmittelbar in der Verfassung angelegte gesellschaftliche Verpflichtungen, weshalb in ihrem Zusammenhang auch von „Grundpflichten" gesprochen wird.[1074] Als Beispiel ist etwa die in Art. 14 Abs. 2 GG verankerte allgemeine Lohnsteuerpflicht nach § 38 EStG zu nennen.[1075]

Solche Pflichten richten sich grundsätzlich an jedermann, der den Tatbestand der Pflicht erfüllt.[1076] Im Rahmen der Lohnsteuerpflichtigkeit etwa richtet sich diese an alle natürlichen Personen, die den Kriterien aus § 1 Abs. 1 EStG entsprechen. Dieser grundsätzlich an die Allgemeinheit gerichtete Adressatenkreis unterscheidet die Bürgerpflicht von der Indienstnahme. So zeichnet die Indienstnahme aus, dass diese ein Sonderopfer Ein-

1071 *Ipsen,* in: *Kaufmann*-FG, 141 (143); siehe hierzu ferner *Vogel,* Öffentliche Wirtschaftseinheiten, S. 30.

1072 So *Drüen,* der die Inpflichtnahme als „von der Vorstellung seines Schöpfers emanzipiert" erkennt, *Drüen,* Indienstnahme, S. 59; *Ibler,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 86 GG, Rn. 120.

1073 *Di Fabio,* in: VVDStRL 1996, 237 (259); *Drüen,* Indienstnahme, S. 59; *Ehlers/Schneider,* in: *Schoch/Schneider,* VwGO, § 40 VwGO, Rn. 291; *Ibler,* in: *Dürig/u. a.*-GG, Art. 86 GG, Rn. 120; *Jani,* Partielle Inpflichtnahme, S. 89; vgl. auch bei BVerfGE 30, 292 (311): „durch oder aufgrund Gesetzes".

1074 *Bethge,* NJW 1982, 2145 (2145 ff.); *Götz,* in: VVDStRL 1982, 7 (8); *Starck,* in: *Huber/Voßkuhle/v. Mangoldt/Klein/Stark*-GG, Art. 1 GG, Rn. 197 f.; *Stober,* NVwZ 1982, 473 (473 ff.).

1075 *Ackermann,* Verwaltungshilfe, S. 59; *Götz,* in: VVDStRL 1982, 7 (34); *v. Heimburg,* Verwaltungsaufgaben, S. 17, 38.

1076 *Ackermann,* Verwaltungshilfe, S. 59; *Götz,* in: VVDStRL 1982, 7 (12).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zelner fordert. Mit den Worten *Ackermanns* „entspricht das Verhältnis der Bürgerpflicht zur Indienstnahme demjenigen der allgemeinen Steuerpflicht zur Sonderabgabe".[1077]

Das wohl prominenteste Beispiel der gesetzlichen Indienstnahme liegt – neben ihrer Ursprungsform des Lohnsteuerabzugsverfahrens – in der Bevorratungspflicht von Mineralölunternehmen.[1078] So wurden diese gesetzlich verpflichtet, einen bestimmten Mindestvorrat an Erdölerzeugnissen anzulegen, um derart Versorgungssicherheit im Bundesgebiet gewährleisten zu können. Ein weiteres Beispiel liegt nach *Ossenbühl* in der Verpflichtung von Flughafenunternehmen, bombenbedrohte Flugzeuge auf sog. Sicherheitspositionen zu verbringen.[1079]

bb. Pflichteninhalt

Die im obigen Abschnitt genannten Beispiele illustrieren das entscheidende Abgrenzungsmerkmal der Indienstnahme: der Inhalt der übertragenen Pflicht. So kann nicht jede Verpflichtung, eine mitunter gemeinnützige Aufgabe zu übernehmen, als Inpflichtnahme qualifiziert werden. Anderenfalls würde das Instrument an Konturen verlieren und zum „Sammelbecken aller privaten Tätigkeiten" im öffentlichen Bereich verwandeln.[1080]

i. Eingrenzung des öffentlichen Aufgabenbegriffs

Zunächst muss der öffentliche Aufgabenbegriff im Kontext der Indienstnahme eingegrenzt werden. Gemäß der Grundkonzeption *Ipsens* sollte die In*dienst*nahme ausschließlich die zwangsweise Übernahme öffentlicher *Dienst*leistungen umfassen, wobei damals wie heute nicht eindeutig bestimmt werden kann, welcher Dienstleistungsbegriff hiermit gemeint sein soll.[1081] Ein Rückgriff etwa auf den zivilrechtlichen Dienstleistungsbegriff aus § 611 BGB erscheint jedenfalls aus grundrechtlicher Perspektive abwegig, da es für den Betroffenen grundsätzlich keinen Unterschied macht, ob

1077 *Ackermann,* Verwaltungshilfe, S. 59.
1078 BVerfGE 30, 292 (292 ff.); instruktiv *Ipsen,* AöR 1965, 393 (417 ff.).
1079 *Ossenbühl,* Eigensicherung, S. 17; *ders.,* in: VVDStRL 1970, 137 (155 ff.); siehe hierzu auch *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 82 f.
1080 *Uibeleisen,* Inpflichtnahme Privater, S. 68.
1081 Siehe auch *Drüen,* Indienstnahme, S. 51 ff.; *Ipsen,* in: *Kaufmann*-FG, 141 (145).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Staat persönliche Dienste oder, wie beim Werkvertrag, einen konkreten Erfolg schuldet (§ 631 BGB). Nach dem heutigen Verständnis der Indienstnahme sollen vielmehr vor allem Abgabepflichten von dem Rechtsinstitut ausgeschlossen werden, damit spezialgesetzliche Abgabenregelungen nicht durch die Indienstnahme konterkariert werden. In Konsequenz versteht die überwiegende Ansicht *Ipsens* Dienstleistungsbegriff als jede natürliche Leistung, sei es Dienst-, Sach- oder Werkleistungen, die der Staat den Pflichtenträgerinnen und -trägern auferlegt.[1082] Nicht erfasst sind hingegen bloße Geldleistungspflichten.

ii. Rechtskreisverkleinerung

Von einer Indienstnahme kann ferner nur dann gesprochen werden, wenn sich der Rechtskreis des Indienstgenommenen durch die auferlegte Pflicht überhaupt verkleinert. Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn ein begünstigender Verwaltungsakt mit belastenden Nebenbestimmungen versehen ist oder ein Gesetz ein bestimmtes, vorher nicht erlaubtes Handeln unter Auflagen erlaubt.[1083] So muss aus einer ganzheitlichen Betrachtung heraus bestimmt werden, ob sich der Rechtskreis des Betroffenen durch eine Übertragung der Dienstleistung verkleinert. Allerdings ist besonders im Fall der gesetzlichen Indienstnahme eine solche negative Beeinträchtigung des individuellen Rechtskreises nicht immer eindeutig zu identifizieren. Beispielsweise wird in regulierten Märkten eine wirtschaftliche Ausübung durch die Schaffung gesetzlicher Grundlagen überhaupt ermöglicht und gleichzeitig stark mit zahlreichen Verpflichtungen versehen.

In solchen Gemengesituationen bietet es sich an, zwischen solchen belastenden Bestimmungen, die mit einer wirtschaftlichen Betätigung zwingend einhergehen, wie etwa der Wertpapierzulassung für den Börsenhandel, und solchen belastenden Bestimmungen, die über diese wirtschaftliche Betätigung hinausgehen, wie beispielsweise eine gesetzliche Verankerung von Pflichten betreffend der *Corporate-Responsibility* für börsenrechtliche Unternehmen, abzugrenzen.[1084] Denn der Staat kann die Erschließung neuer

1082 *Drüen,* Indienstnahme, S. 54; *Jani,* Partielle Inpflichtnahme, S. 30 f.; *Wilke,* Gebührenrecht und Grundgesetz, S. 7, 15.

1083 *Drüen,* Indienstnahme, S. 56, der als Beispiel die Pflicht von Jägern zur Hege nicht als Indienstnahme sieht, da sie mit der Gewährung des Jagdrechts (§ 1 Abs. 1 S. 2 BJagdG) verbunden ist.

1084 *Habersack,* in: 69. DJT, 1 (33 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Handlungsformen für Private nicht ohne Weiteres als Einfallstor zur Auferlegung gesellschaftspolitischer Ziele nutzen. Vielmehr ist eine derartige Verlagerung öffentlicher Aufgaben auf Unternehmen in einem solchen Fall das Instrument der Indienstnahme einschlägig.[1085]

cc. Fremdnützigkeit

In der Rechtsrealität rückt in den meisten Fällen neben das Gemeininteresse an der Erbringung einer öffentlichen Aufgabe ein Eigeninteresse des jeweils Indienstgenommenen. Greift man das anfangs genannte Beispiel des Rückgriffs von Flughafenunternehmen zur Verbringung bombenbedrohter Flugzeuge wieder auf, so besteht unstreitig ein Allgemeininteresse an der Minimierung der von dem Flugzeug ausgehenden Gefahr. Gleichsam hat der Flughafenbetreiber jedoch auch ein nicht unerhebliches Eigeninteresse daran, durch die Verbringung sein Eigentum zu schützen. Insoweit stellt sich die Frage, ob und inwieweit das Rechtsinstrument der Indienstnahme auch solche Pflichten umfasst, die eine ausgeprägte Selbstbetroffenheit des Privaten vorweisen.

Bevor eine Aussage getroffen werden kann, wann eine bestimmte Aufgabe als fremd- und wann eine Aufgabe als eigennützig einzuordnen ist, muss sich in Erinnerung gerufen werden, dass es sich bei den hier thematisierten Aufgaben um solche öffentlicher Natur[1086] handelt: Die Angelegenheit liegt demzufolge ausnahmslos im Verantwortungsbereich des Staates. Ein etwaiger Eigennutz des Privaten an einer gemeinwohlbezogenen Aufgabe vermag an dieser Grund-Verantwortlichkeit nichts zu ändern, sondern allenfalls eine zusätzliche Mit-Verantwortlichkeit des betroffenen Privaten begründen.[1087] Diese Mitverantwortung kann dabei, je nach Art der betroffenen Pflicht, unterschiedlich intensiv ausgeprägt sein, sodass sie zum Teil die staatliche Verantwortlichkeit nahezu vollständig in den Hintergrund treten lässt. Derartige Pflichten werden in der Wissenschaft oft als Antipoden

1085 Hierzu *Habersack,* in: 69. DJT, 1 (33 ff.), der als Beispiel die Frauenquote in börsennotierten Unternehmen nennt.

1086 Hierzu siehe bereits ausf. S. 253 ff.

1087 *Möstl,* Staatliche Garantie, S. 323 ff., spricht in diesem Zusammenhang von einer „unauffegbaren Garantenstellung des Staates". Vgl. auch *Schmidt-Aßmann,* Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 154, wonach dem Staat zumindest eine „Rahmenverantwortung" als Ausdruck seiner Grundverantwortung für einen gemeinwohlverträglichen Interessensausgleich zwischen Privaten zuzusprechen ist.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu den „indienstnahmefähigen" öffentlichen Pflichten deklariert, ohne sich allerdings vorher mit den rechtlichen Folgen eines attestierten Eigennutzes zu befassen, die eine von der Indienstnahme abweichende Einordnung rechtfertigen könnten.[1088]

Denn virulent wird die Differenzierung zwischen Fremd- und Eigennutz vor allem in der grundrechtlichen Bewertung der übertragenen Pflicht: Die Heranziehung eines Privaten für eine Pflicht, die er selbst mit zu verantworten hat, unterliegt nämlich einem deutlich weniger strengen Rechtfertigungsmaßstab als bei einer „Zwangspatenschaft" vollständig fremdnütziger Angelegenheiten.[1089] Tritt der Fremdnutz in den Hintergrund, so ist – in der Regel – auch von einem nicht unverhältnismäßigen Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen auszugehen.

Ob diese Vorzeichnung der grundrechtlichen Zulässigkeit für sich allein ausreicht, überwiegend eigennützige öffentliche Aufgaben von der Indienstnahme auszugrenzen, ist derweil fraglich. Denn es muss festgehalten werden, dass die staatliche Perspektive in beiden Konstellationen nicht voneinander abweicht: Der Staat entledigt sich einer öffentlichen Aufgabe, und zwar unabhängig davon, ob der Private ein Sonderinteresse an der konkreten Aufgabenwahrnehmung hat. Die Frage der hieraus erfolgenden Belastung ist indes eine Einzelfrage, die einer individuellen Grundrechtsprüfung bedarf.

dd. Fazit

Von einer Indienstnahme kann mit der hL nur gesprochen werden, wenn dem Privaten gegen seinen Willen anlässlich einer grundrechtlich geschützten Freiheitsbetätigung die Erfüllung einer gemeinwohlbezogenen Pflicht auferlegt wird, deren Beachtung die Freiheitsbetätigung als solche nicht notwendig erfordert.[1090] Ob eine überwiegende Selbstbetroffenheit der öffentlichen Aufgabe eine Indienstnahme ausschließt, bleibt eine terminologische Abgrenzung. In solchen Konstellationen besteht jedenfalls Einigkeit darüber, dass die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Übertragung die-

1088 So *Jani,* Partielle Inpflichtnahme, S. 30 f.; *Uibeleisen,* Inpflichtnahme Privater, S. 71 ff.

1089 *Drüen,* Indienstnahme, S. 78; *Sidow,* Steuerliche Mitwirkungspflichten, S. 116 f.

1090 Ausf. *Drüen,* Indienstnahme, S. 51 ff.; *Ehlers/Schneider,* in: *Schoch/Schneider,* VwGO, § 40 VwGO, Rn. 290; *Voßkuhle,* in: VVDStRL 2002, 226 (300, Fn. 139).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ser Pflichten auf Private aufgrund des hohen Maßes an Selbstbetroffenheit bereits stark vorgezeichnet ist.

2. Einordnung der aus Verdachtsmeldepflichten entspringenden Ermittlungen

a. Vorüberlegungen

Verdachtsmeldepflichten reflexartig mit der Privatisierung zu verknüpfen, scheint auf dem ersten Blick vor dem Hintergrund nachvollziehbar, dass auch in diesem Bereich der Staat auf Private zurückzugreifen scheint, um für die Verbrechensverfolgung und -abwehr erforderliche Erkenntnisse zu gewinnen. Nachdem die „klassischen" Privatisierungsformen nunmehr aber durchleuchtet wurden, kommen erste Zweifel hinsichtlich der Einordnung des Instituts der Verdachtsmeldepflicht in eine der etablierten Privatisierungstypologien auf. Dies hängt unweigerlich damit zusammen, dass die Privatisierungsdiskussion hauptsächlich im wirtschaftlichen Bereich geführt wird. Für eine straf- oder sicherheitsrechtlich geprägte staatliche Rollenverschiebung scheint der Topos Privatisierung indes nicht konzipiert worden zu sein.[1091] So findet sich etwa für eine formelle Privatisierung in den Bereichen der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung kaum eine denkbare Verwendung. Auch eine vollständige materielle Privatisierung ist vorliegend abzulehnen, da der Staat mit der Schaffung privater Verdachtsdetektionssysteme sich nicht vollständig aus der entsprechenden Verbrechensbekämpfung zurückzieht.

Insofern kommen von den hier behandelten Privatisierungsformen lediglich die funktionale Privatisierung in Form der Verwaltungshilfe sowie die Indienstnahme in Betracht. Im Rahmen beider Privatisierungsformen wird ein Aufgabenbereich nicht vollständig „entstaatlicht". Vielmehr verbleibt die Leistungsverantwortung beim Staat und ausschließlich die Aufgabenerfüllung wird an den Privaten übertragen.[1092] Durch Verdachtsmelde-

1091 Derweil ist die Frage nach der Privatisierung im Rahmen der inneren Sicherheit Gegenstand instruktiver privatisierungsspezifischer Abhandlungen, siehe hierzu: *Arzt,* in: FS-Wiegand, 313 (313 ff.); *Danne/Roth,* NVwZ 2020, 1633 (1636 ff.); *Gramm,* Privatisierung, S. 395 ff.; *ders.,* VerwArch 1999, 329 (329 ff.); *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 35 ff.; *Weiner,* Privatisierung staatlicher Sicherheitsaufgaben, S. 27 ff.

1092 Siehe Fn. 1060.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und den damit verbundenen Monitoring- und Ermittlungspflichten tritt der Staat nicht seine Verantwortung für die Verfolgung der jeweiligen Delikte an Private ab, sondern bindet die Verpflichteten in einen Teil dieser Aufgabe mit ein. Was die Verpflichteten indes von Verwaltungshelfern abhebt, ist, dass sie nicht weisungsgebunden handeln. Zumindest im Rahmen der Verdachtsermittlungen besteht ein nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum sowohl in der Ausgestaltung ihres Monitoring-Systems als auch in den darauf aufbauenden einzelfallbezogenen Ermittlungen.[1093] Die Verpflichteten legen unbestimmte Rechtsbegriffe, wie etwa die verschiedenen Verdachtsschwellen, eigenständig aus.[1094] Dies erfolgt zwar in einem streng reglementierten Rahmen von Verwaltungsvorschriften, wie es etwa aus der WpAV, der Del-VO EU 2016/957 oder aus den Auslegungs- und Anwendungshinweisen der jeweiligen Aufsichtsbehörde hervorgeht. Die Meldepflichtigen operieren dabei jedoch außerhalb des verwaltungsrechtlichen Organisationsapparates, weshalb schon aus diesem Grund keine Verwaltungshilfe vorliegen kann. Einschlägig ist vielmehr das Rechtsinstitut der gesetzlichen Indienstnahme Privater, deren Voraussetzungen im Folgenden einer dezidierten Prüfung unterzogen werden.

b. Verdachtsmeldepflichten als gesetzliche Indienstnahme Privater

aa. Zwangsweise Übernahme einer öffentlichen Aufgabe

Das kennzeichnende Kriterium einer gesetzlichen Indienstnahme Privater ist die zwangsweise Übertragung einer öffentlichen Aufgabe. Da es sich, wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, bei der Strafverfolgung um eine (notwendige) Staatsaufgabe handelt, kann im Wege eines *argumentum a maiore ad minus* konstatiert werden, dass sie ebenso als eine öffentliche Aufgabe qualifiziert werden kann.[1095] Mit der Wiederherstellung des durch eine Straftat gestörten Rechtsfriedens dient das Strafverfahren einem Belang des Gemeinwohls.[1096]

1093 Siehe hierzu ausf.: oben S. 220 ff.
1094 So etwa *BaFin,* AuA-GwG, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, S. 72.
1095 Siehe hierzu bereits ausf.: S. 260 ff.
1096 Siehe hierzu ferner: *Götz,* in: Hdb-StR III (2. Auflage), § 79, Rn. 5; *Möstl,* Staatliche Garantie, S. 149.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Allerdings erfolgen die durch Verdachtsmeldepflichten entstehenden Ermittlungen der Meldepflichtigen nicht innerhalb des in der StPO vorgegebenen Ermittlungsverfahrens, sondern sind diesem vorgelagert. So könnte aus der Begrenzungsfunktion des strafprozessualen Anfangsverdachts[1097] eine gleichlaufende Begrenzung des staatlichen Verantwortungsbereichs geschlussfolgert werden, da der Staat nicht dort verantwortlich sein kann, wo ihm die Verfassung ein Tätigwerden verwehrt.

Diesem Gedanken muss jedoch entgegnet werden, dass es – wie die Untersuchungen in Abschnitt A[1098] belegen – dem Staat im Verdachtsvorfeld nicht von Verfassungswegen verwehrt ist, Ermittlungen aufzunehmen. Dass er mit der StPO einen in sich geschlossenen Katalog von Ermächtigungsgrundlagen geschaffen hat, ist für die Bestimmung seines Verantwortungsbereichs unerheblich.[1099]

Die aus der Verdachtsmeldepflicht entspringenden Aufgaben haben die Verpflichteten ferner obligatorisch zu erledigen. Dies geht aus den Bußgeldvorschriften hervor, die Meldeverfehlungen entsprechend sanktionieren, § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 69 GwG; § 120 Abs. 15 Nr. 4, 5 WpHG; § 120 Abs. 2 Nr. 2 lit. c WpHG. Insofern findet durch Verdachtsmeldepflichten eine zwangsweise Übernahme öffentlicher Aufgaben statt.

bb. Pflichteninhalt

Die Abgabe der Verdachtsmeldung sowie die ihr zugrunde liegende Verdachtsermittlungen sind als Dienstleistungen grundsätzlich indienstnahmefähige Pflichten. Sie richten sich zudem an einen konkreten, von der Allgemeinheit abgrenzbaren Personenkreis und sind daher auch nicht als Bürgerpflichten konzipiert.

Weniger eindeutig erscheint indes die Beantwortung der Frage, inwiefern die Meldepflichtigen durch die ihnen im Wege der Verdachtsmeldepflicht aufgetragenen Aufgaben fremd- oder eigennützige Belange verfolgen. Wie bereits eingehend erörtert, werden die aus Verdachtsmeldungen gewonnenen Erkenntnisse von Analyse- und anschließend ggf. von Strafverfolgungsbehörden verwendet. Verdachtsmeldungen dienen als doppelfunktio-

1097 Siehe hierzu ausf.: oben S. 235 ff.
1098 Siehe S. 235 ff.
1099 Vgl.: BVerfG NJW 2005, 2603, (2605 f.): NJW 2001, 879 (879); BVerwG NJW 2006, 1225 (1226).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nales Instrument sowohl präventiven wie auch repressiven und insgesamt unstreitig gemeinwohlfördernden Belangen.[1100]

Allerdings fußt die Verdachtsmeldepflicht allen voran auf den geschäftlichen Nähebeziehungen der Verpflichteten zur Täterschaft, woraus sich – verglichen mit den Strafverfolgungsbehörden – ein deutlich besserer Zugang zu relevanten Informationen ergibt.[1101] Die Strafverfolgung ist insofern auf die Erkenntnisgewinnung durch Private angewiesen, da ihren Ermittlungsbehörden die Nähe zum Tatumfeld regelmäßig fehlt, um selbstständig Anknüpfungspunkte für etwaige Verdachtsmomente entwickeln zu können. Dem Staat wäre somit eine eigenständige Pflichtenerfüllung, wie sie die Meldepflichtigen vornehmen, schlechterdings nicht möglich.

Insofern stellt sich die Frage, ob das Instrument der Indienstnahme auch die Übertragung solcher Pflichten umfasst, die der Staat selbst überhaupt nicht vornehmen vermag. *Forsthoff* verneint dies bei sog. Verwaltungspflichten.[1102] Hierunter sind „höchstpersönliche, unvertretbare Pflichten des Bürgers zur Verwirklichung von Verwaltungsaufgaben" zu verstehen. Gemeint sind bspw. Auskunfts- oder Zeugnis- sowie bestimmte Sachleistungs- und Ablieferungspflichten.[1103] Solche in der Person des ausführenden Privaten angelegten Aufgaben würden – nach *Forsthoff* – nicht mehr in dem Verantwortungsbereich des Staates liegen.[1104] Vielmehr seien sie als überwiegend eigennützig einzustufende öffentliche Aufgaben einzuordnen. Diese dienen zwar unstreitig dem Allgemeinwohl. Da dem Staat indes keine andere Möglichkeit als ein Rückgriff auf seine Bürgerinnen und Bürger bleibt, um diese Aufgaben zu erfüllen, unterliegen sie nicht der von *Ipsen* konzipierten Privatisierungsdogmatik.

Die Verdachtsmeldepflichten unter den Begriff der Verwaltungspflichten zu qualifizieren, erscheint jedoch aus mehreren Gesichtspunkten nicht sachgerecht. So kann ein besonderer Informationszugang der Meldepflich-

1100 Siehe ausf. S. 261 ff.

1101 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Gewinnaufspürungsgesetz – GewAufspG) vom 25.05.1992, BT/Drs. 12/2704, S. 16 f.; *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, Vorb. zu Abschnitt 6, Rn. 3; *Degen,* Mitwirkungspflichten, S. 128 ff.; *Europol,* From Suspicion to Action, S. 7; *Müller/Starre,* CCZ 2014, 23 (23 f.).

1102 *Forsthoff,* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 179 f.; siehe hierzu ferner: *Bachof,* in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hg.), Grundrechte, 155 (258); *Burgi,* Funktionale Privatisierung, S. 75; *Möstl,* Staatliche Garantie, S. 79; *Ossenbühl,* in: VVDStRL 1970, 138 (155); krit. *Steiner,* Öffentliche Verwaltung, S. 198 f.

1103 *Drüen,* Indienstnahme, S. 79.

1104 *Forsthoff,* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 182.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tigen zwar nicht geleugnet werden. Doch aus diesem Grund von einer „Höchstpersönlichkeit" der Pflicht zu sprechen, wäre nach dem hiesigen Dafürhalten zu undifferenziert. Vielmehr meint *Forsthoff,* wenn er von Verwaltungspflichten spricht, nicht solche Pflichten in Verwaltungsverfahren, die Private besser als der Staat zu erfüllen vermögen, sondern solche, deren staatliche Erfüllung unmöglich ist. Prozessuale Zeugnispflichten können nur von Zeugen erbracht werden, da nur diese allein die persönliche Wahrnehmung eines erlebten Sachverhalts zu schildern vermögen.

Anders verhält es sich indes bei Verdachtsmeldepflichten. Diese dienen zuvorderst der Gewinnung von Daten und Erkenntnissen. Die Qualität oder Brauchbarkeit dieser Daten und Erkenntnisse hängt nicht von der Person des Verpflichteten ab. Vielmehr wäre es dem Staat nicht verwehrt, selbstständig Daten zu erheben, wenngleich hierfür grundlegende rechtliche Neustrukturierungen erforderlich wären.

Insofern begründet die Sonderstellung der Meldepflichtigen noch keine Höchstpersönlichkeit der Verdachtsmeldepflicht, die dem Staat seine Aufgabenwahrnehmung unmöglich macht, sondern eine Eigenschaft, die sie als Informationsquellen besonders hervorheben. Ein zwangsweiser Rückgriff auf Private aus Gründen der Zweckmäßigkeit spiegelt indes das ursprünglich von *Ipsen* eingeordnete Phänomen der Indienstnahme mustergültig wider.[1105]

c. Zwischenergebnis

Die Verdachtsmeldepflichten aus § 43 Abs. 1 GwG, Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 MAR und aus § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG fallen unter den Privatisierungsbegriff als Rechtsphänomen der gesetzlichen Indienstnahme Privater.[1106]

1105 Siehe *Ipsen,* AöR 1965, 393 (420 f.); *Mackeben,* Grenzen der Privatisierung, S. 35; vgl. auch *Ossenbühl,* in: VVDStRL 1970, 138 (158); *Sauer,* DVBl 1970, 486 (487); *Steiner,* DÖV 1970, 526 (528); *Weiner,* Privatisierung staatlicher Sicherheitsaufgaben, S. 27.

1106 So auch: *Carl/Klos,* wistra 1994, 161 (168 f.); *Mülbert,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 1; *v. Hein,* in: *Schwark/Zimmer,* KMRK, § 10 WpHG a.F., Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. „Privatisierungsfestigkeit" der durch Verdachtsmeldepflichten übertragenen Aufgaben

Nun, nachdem die Privatisierungsschranken für das Strafverfahren dargelegt wurden, muss der Frage nachgegangen werden, ob und inwiefern diese auch für die durch das Verdachtsmelderegime auferlegten repressiven Vorfeldpflichten gelten. Anknüpfend an die Untersuchungen des vorherigen Teils ist sowohl die Privatisierungsschranke des Art. 92 GG als auch die des Art. 33 Abs. 4 GG im Rahmen von Verdachtsmeldepflichten nicht einschlägig. Auch aus dem „Grundrecht auf Sicherheit" kann aufgrund der eingeschränkten Überprüfungsmöglichkeit kein absoluter Staatsvorbehalt entnommen werden.

Als Privatisierungsschranke entscheidend ist somit allein die institutionelle Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, die einer Indienstnahme durch Verdachtsmeldepflichten dann entgegenstünde, wenn die Ermittlungstätigkeit Privater den Zwecken des Strafverfahrens zuwiderlaufen würde. Wann genau ein derartiges Zuwiderlaufen angenommen werden kann, muss nachfolgend genauer untersucht werden. Vorwegzunehmen ist dabei, dass prozessökonomische Unzulänglichkeiten allein noch keinen Verstoß des Staates gegen seinen Verfassungsauftrag, eine funktionsfähige Strafrechtspflege zu gewährleisten, begründen. Vielmehr ist zu fragen, ob die aufgezeigten Widrigkeiten in der Lage sind, die Zwecke der Strafrechtspflege derart zu erschüttern, dass hierdurch ein Souveränitätsverlust zu befürchten ist. In dem hier gewählten Privatisierungskontext sind dabei nur solche Hindernisse relevant, die sich gerade aus einer privaten Aufgabenwahrnehmung ergeben, nicht sämtliche Probleme, die Verdachtsmeldepflichten im Allgemeinen betreffen.

a. Einwände gegen eine Beeinträchtigung der institutionellen Garantie durch Verdachtsmeldepflichten

aa. Funktionstüchtige Strafrechtspflege im Verdachtsvorfeld?

Dabei ist zunächst die Frage zu stellen, ob eine Zweckbeeinträchtigung oder gar -verfehlung des Strafverfahrens im Verdachtsvorfeld, in dem Verdachtsmeldepflichten hauptsächlich eine Rolle spielen, überhaupt möglich ist. Schließlich hat der Gesetzgeber mit dem strafprozessualen Anfangsverdacht eine zeitliche Grenze gebildet, die seine Verantwortlichkeit im

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sinne des Legalitätsprinzips markiert.[1107] Dem folgend müsste sich der Verfassungsauftrag des Gebots einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege ausschließlich auf die Gewährleistung des in der Strafprozessordnung festgelegten Verfahrens beziehen.

Wie schon im Rahmen der Qualifizierung von Verdachtsmeldepflichten als öffentliche Aufgaben gezeigt, kann der Gesetzgeber jedoch nicht ohne Weiteres durch Normbildung die Grenze seiner Verantwortlichkeit verschieben.[1108] Die Grenze der staatlichen Verantwortlichkeit bildet vielmehr die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung, aus der eine Verankerung der funktionstüchtigen Strafrechtspflege in das durch die StPO vorgegebene Verfahren (insbesondere in einer Begrenzung durch den Anfangsverdacht) hervorgehen muss. Die Begrenzungsfunktion des Anfangsverdachts wird indes – wie bereits untersucht[1109] – nicht einfachgesetzlich hergeleitet, sondern dem aus dem Rechtsstaatsprinzip entwickelten Grundsatz des Gesetzesvorbehalts entnommen. Hierdurch soll vor allem der Beschuldigte vor willkürlichen, grundrechtsbeeinträchtigen Ermittlungen geschützt werden. Gleichzeitig ist der strafprozessuale Anfangsverdacht Anlass und Grund der Durchführung des Strafverfahrens, da eine Störung des Rechtsfriedens, der durch das Strafverfahren wiederhergestellt werden soll, mit einem Tatverdacht eintritt.[1110] Der Anfangsverdacht ist für das Strafverfahren damit ein konstitutives, verfassungsrechtlich determiniertes Element. Insoweit scheint es naheliegend, dass mit einer „funktionstüchtigen Strafrechtspflege" nur der Verfahrensabschnitt nach der Feststellung eines Anfangsverdachts gemeint sein soll. Anderenfalls müsste der Staat einen Verfahrensabschnitt garantieren, in dem er überhaupt nicht tätig werden darf.

Das Verfahrensvorfeld allerdings unterschiedslos von der institutionellen Garantie auszunehmen, kann dennoch aus mehreren Gründen nicht überzeugen. Zieht man die Verdachtsmeldepflichten exemplarisch für Ermittlungen im Vorfeld des Anfangsverdachts heran, so erkennt man, dass auch diese der Erforschung und Bewertung eines konkreten Tathergangs dienen. Sie bezwecken ebenso wie strafprozessuale Ermittlungen die Wahrheitsfindung.[1111] So erkannte der Gesetzgeber im Kapitalmarktstrafrecht

1107 Zur Begrenzungsfunktion des strafprozessualen Anfangsverdachts, siehe bereits ausf.: oben S. 235 ff.
1108 Siehe S. 294 ff.
1109 Ausf. bereits oben S. 235 ff.
1110 Siehe hierzu S. 261 ff.
1111 Siehe hierzu bereits S. 294 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wie auch in der Geldwäsche und in der Terrorismusfinanzierung ein defizitäres Anzeigevorkommen und sah hierin die effektive Strafverfolgung nicht mehr gewährleistet, woraufhin Verdachtsmeldepflichten gleichsam als präventives Strafverfolgungsvorsorge- wie auch als repressives Ermittlungsinstrument geschaffen wurden. Die aus ihnen gewonnenen Erkenntnisse gelten heute überwiegend als Initialzündung für Ermittlungsverfahren sie betreffender Straftaten und Ordnungswidrigkeiten.[1112] Im Umkehrschluss würden ohne Verdachtsmeldepflichten eine Vielzahl von Wirtschaftsdelikten unentdeckt bleiben – der wahre Sachverhalt würde nicht ermittelt und Gerechtigkeit könnte nicht hergestellt werden.[1113]

Ferner sprechen Billigkeitserwägungen gegen die Annahme, Verdachtsmeldepflichten vom verfassungsrechtlichen Schutzschirm der institutionellen Garantie der Strafrechtspflege auszuschließen. So beschränken sich die Ermittlungen der Meldepflichtigen nicht nur auf die Registrierung, Filterung und Weiterleitung von Auffälligkeiten im Geschäftsverkehr an Meldebehörden; vielmehr müssen die Meldepflichtigen ihnen zugängliche Hintergrundinformationen heranziehen, um anfängliche Verdachtsmomente erhärten oder entkräften zu können. Dabei findet – entgegen der gesetzgeberischen Auffassung – regelmäßig eine rechtliche Bewertung der individuellen Sachverhalte durch die Meldepflichtigen statt.[1114] Dieses Nachgehen anfänglicher Verdachtsmomente, das Abgleichen mit Hintergrundinformationen sowie die rechtliche Subsumtion des Sachverhalts unter eine konkrete Strafrechtsnorm sind typischerweise Bestandteile des strafprozessual geführten Ermittlungsverfahrens.[1115] Nur weil diese ursprünglichen Teile des Ermittlungsverfahrens im Wege der Verdachtsmeldepflichten in der Geldwäsche-, Terrorismusfinanzierungs- sowie in der Kapitalmarktstrafverfolgung nun diesem vorgelagert stattfinden, erscheint eine Ausklammerung

1112 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Gewinnaufspürungsgesetz – GewAufspG) vom 25.05.1992, BT-Drs. 12/2704, S. 16 f.; *Barretto da Rosa,* in: *Herzog/Achtelik,* GwG, Vorb. zu Abschnitt 6, Rn. 3; *Bussmann,* Abschlussbericht Geldwäschestudie, S. 21; *Degen,* Mitwirkungspflichten, S. 128 ff.; *Europol,* From Suspicion to Action, S. 7; *Müller/Starre,* CCZ 2014, 23 (23 f.).

1113 Zwar bleiben in der Praxis auch mit Verdachtsmeldepflichten eine Vielzahl von Straftaten unentdeckt, siehe oben, S. 210 ff. Dennoch gelten sie mittlerweile als etabliertes Ermittlungsinstrument zur Gewinnung erster Ermittlungsansätze.

1114 Siehe bereits ausf. S. 220 ff.

1115 Siehe hierzu schon oben S. 235 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aus der Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege nur schwer nachvollziehbar.[1116]

Insoweit muss das Verfassungsgebot der Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege unweigerlich auch die die Strafverfolgung bestimmenden Ermittlungen im Vorfeld eines Anfangsverdachts erfassen, soweit sie maßgeblich zur Aufdeckung bestimmbarer Straftaten beitragen. Aufgrund der unmittelbaren Wirkung von Verdachtsmeldepflichten auf das Ermittlungsverfahren müssen auch sie zwingend durch die institutionelle Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege gewährleistet werden.[1117]

bb. Verdachtsmeldepflichten als zusätzliches Ermittlungsinstrument?

Neben diesem zeitlichen Einwand stellt sich die Frage, ob Verdachtsmeldepflichten als zusätzliches Instrument der Strafverfolgung überhaupt in der Lage sind, die Wahrheitsfindung negativ zu beeinträchtigen. Denn Verdachtsmeldepflichten substituieren keine strafprozessualen Ermittlungen. Den Strafverfolgungsbehörden ist es durch Verdachtsmeldepflichten nicht verwehrt, auf „altbewährte" Ermittlungsmethoden zurückzugreifen. Daher muss die Frage gestellt werden, ob der Zweck des Strafverfahrens überhaupt beeinträchtigt werden kann, wenn Strafverfolgungsbehörden bloß ein zusätzliches Informationsermittlungs- und -bewertungsinstrument zur Verfügung gestellt wird.

Dem ist zu entgegnen, dass sich durch die Einführung von Verdachtsmeldepflichten die Ermittlungsmethoden der Strafverfolgung verändert haben. *Bussmann* spricht etwa von einem durch Verdachtsmeldepflichten bedingten „Paradigmenwechsel der Geldwäschestrafverfolgung".[1118] So sind Verdachtsmeldungen für nahezu jedes dritte Geldwäscheermittlungsverfahren zumindest mitursächlich.[1119] 19,7 % der Ermittlungsverfahren beruhten

1116 Vgl. bei *Nolde,* DSRITB 2012, 791 (795).

1117 Vgl. zum Vorermittlungsverfahren als „selbstständiger Verfahrensabschnitt", das dem Offizialprinzip unterliegt: *Groß,* in: *Widmaier/u. a.* (Hg.), FS-Dahs, 249 (260 f.); *Haas,* Vorermittlungen, S. 35; *Lange,* DRiZ 2002, 264 (264); *Wackernagel/Graßie,* NStZ 2021, 12 (17).

1118 *Bussmann,* Geldwäscheprävention, S. 1 f.

1119 *Bussmann,* Abschlussbericht Geldwäschestudie, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dabei ausschließlich auf Verdachtsmeldungen.[1120] Strafverfolgungsbehörden haben ihre Ermittlungsprozesse auf Verdachtsmeldungen abgestimmt, sodass ihr Einfluss auf das nachgelagerte Ermittlungsverfahren heute als unbestritten gelten dürfte.[1121]

Im Rahmen der kapitalmarktrechtlichen Delikte werden vergleichbare Statistiken nicht veröffentlicht. Dennoch kann aus den von der BaFin aufgrund von Verdachtsmeldungen weitergeleiteten Marktmissbrauchsuntersuchungen an die Staatsanwaltschaft und den eingeleiteten Ermittlungsverfahren wegen Insiderhandel oder Marktmanipulation jedenfalls geschlossen werden, dass auch die marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldungen einen wichtigen Bestandteil der kapitalmarktrechtlichen Strafverfolgung ausmachen.[1122] Eng verbunden mit diesem Eingliederungsaspekt ist die Ressourcenallokation der Strafverfolgung. Allein aus der quantitativen Menge der bei den Strafverfolgungsbehörden eingehenden Verdachtsmeldungen wird deutlich, dass die Einarbeitung von Verdachtsmeldungen im Strafverfahren einen zeitlich wie personell erheblichen Aufwand beansprucht. Das wird insbesondere bei den geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldungen deutlich.[1123]

Die Miteinbeziehung von Verdachtsmeldungen ist deshalb für Strafverfolgungsbehörden nicht als zusätzliche Draufgabe zu verstehen. Vielmehr nimmt sie Einfluss auf das System der Verfolgung von Wirtschaftskriminalität. Ob etwaige Missstände dabei lediglich die Prozessökonomie beeinflussen oder Auswirkungen auf die Zwecke des Strafverfahrens haben können, wird noch zu untersuchen sein.

cc. Zwischenergebnis

Verdachtsmeldepflichten sind in den Bereichen der Geldwäsche-, Terrorismusfinanzierungs- sowie der kapitalmarktrechtlichen Strafverfolgung ein unverzichtbares Instrument der Wahrheitsfindung. Die in ihren Rahmen von den Meldepflichtigen durchzuführenden Ermittlungen weisen dabei

1120 *Bussmann,* Abschlussbericht Geldwäschestudie, S. 21; *Bussmann/Veljovic,* NZWiSt 2020, 417 (420).

1121 *Bussmann/Veljovic,* NZWiSt 2020, 417 (421 ff.).

1122 *BaFin,* Jahresbericht 2020, S. 85 ff.

1123 2019 wurden 36 % von den 114.914 bei der FIU eingegangenen Verdachtsmeldungen, also 41.369 an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet. Bei den Empfängerinnen trugen die Landeskriminalämter (64 %) das Gros, gefolgt von den Staatsanwaltschaften (25 %), *FIU-Deutschland,* Jahresbericht 2019, S. 18, 20.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bestandteile des – grundsätzlich staatlichen Hoheitsträgern vorbehaltenen – strafprozessualen Ermittlungsverfahrens auf. Der Umstand, dass der Gesetzgeber diese wesentlichen Ermittlungsschritte der den Verdachtsmeldepflichten zugrunde liegenden Straftaten dem Ermittlungsverfahren vorverlagert, vermag an der grundsätzlichen Annahme, dass er auch hier eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten hat, nichts ändern. Dabei ist auch im Rahmen von Verdachtsmeldepflichten eine Zweckverfehlung der institutionellen Garantie grundsätzlich denkbar.

b. Zweckverfehlung

Wie im vorherigen Abschnitt herausgearbeitet, wäre eine Zweckverfehlung dann anzunehmen, wenn der Staat seine Ermittlungshoheit verlieren würde. Die Ermittlungshoheit umfasst auch dafür Sorge zu tragen, einen hinreichend bestimmten rechtlichen Rahmen über Maß und Umfang von Ermittlungsmaßnahmen zu schaffen, sodass für den Einzelnen erkennbar bleibt, wo Private in repressiver Hinsicht operieren (dürfen) und wo nicht. Darüber hinaus muss der Staat wirksame Kontroll- und Überwachungsmechanismen über die durch die Meldepflichtigen durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen geschaffen haben.[1124]

aa. Souveränitätsverlust durch ausufernden Ermittlungsgegenstand?

Den Ermittlungsgegenständen von Verdachtsmeldepflichten – in Form der ihnen zugrunde liegenden Straftatbestände – wird von Kritikerinnen und Kritikern häufig eine inhaltliche wie strukturelle Ausuferung vorgeworfen. Die sich hieraus ergebenden Implikationen für das Verdachtsmeldewesen wurden bereits ausführlich im zweiten Teil dieser Arbeit dargelegt.

So wurde festgestellt, dass die extensiven Schutzaufträge des Geldwäsche- und der Terrorismusfinanzierungsstraftatbestandes, die unbestimmten Tatbestandsmerkmale sowie ihre überwiegende Ausgestaltung als abstrakte Gefährdungsdelikte die Verdachtsermittlungen der Meldepflichtigen erheblich erschweren, da sich das Feld, auf das sich die Ermittlungen erstrecken (müssen), nur schwer sachlich eingrenzen lässt. Hierdurch weiten sich auch Verdachtsermittlungen quantitativ auf alle denkbaren Lebensbereiche

1124 Siehe hierzu bereits S. 279 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aus. Bei der Terrorismusfinanzierung findet überdies eine massive Verlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld einer konkreten Rechtsgutsbeeinträchtigung statt, was etwaige Anhaltspunkte für Verdachtsermittlungen weiter verschwimmen lässt.

Mit dieser Ausuferung korreliert ein entsprechender Kontrollverlust des Staates über die Handhabung von Verdachtsermittlungen. Denn durch dessen Säumnis, den Rahmen von Verdachtsermittlungen durch präzise formulierte, auf bestimmte Lebensbereiche eingegrenzte Verbotsvorschriften festzulegen, obliegt das Feld, in denen diese Ermittlungen stattfinden, allein der Disposition der Meldepflichtigen. Damit bestehen für die Heranziehung von Verdachtsmeldepflichten bei Delikten, die typischerweise durch neutrale Alltagshandlungen begangen werden, nicht nur kriminalpolitische Wirksamkeitszweifel.[1125] Vielmehr erstrecken sich diese Bedenken auf eine staatslegitimatorische Ebene, da sich die Unbestimmtheit des Ermittlungsgegenstandes in eine unbestimmte Ausweitung von Ermittlungen in jeden denkbaren Lebensbereich fortsetzt. Insoweit ist bei der Vornahme jedweder wirtschaftlichen Handlung, die nicht einmal einen deliktischen Sinnbezug aufweisen muss, eine Ermittlung durch Privatpersonen zu befürchten.[1126]

Gegenteiliges ist der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht zu konstatieren. Abgesehen von der besonders beim Insiderhandel bestehenden Kritik zum ausufernden Rechtsgüterschutz zeichnen den Insiderhandel und die Marktmanipulation in ihren Tatbeständen ein hoher Grad an inhaltlicher wie struktureller Bestimmtheit aus. Normkonkretisierende Rechtsakte sowie überschaubare Tatbegehungsvarianten erlauben den Meldepflichtigen, entsprechend präzise Monitoring-Systeme zu installieren, aus denen anschließende Ermittlungsansätze entspringen. Auch die gesetzgeberische Entscheidung, die Meldepflicht auf transaktionsbezogene Marktmissbrauchshandlungen zu begrenzen, trägt zu einer weiteren Präzisierung des Ermittlungsgegenstandes bei.

Der Staat zeichnet durch diese eingrenzenden Maßnahmen den Ermittlungsgegenstand vor. Freilich umfassen die automatisierten Monitoring-Systeme der Finanzdienstleister quantitativ eine enorme Menge an verschiedensten Transaktionen. Dennoch ist sowohl für die Meldepflichtigen als auch für die einzelnen Bürgerinnen und Bürger absehbar, wann Transaktionen tiefgreifenderen Einzelfalluntersuchungen unterworfen werden.

1125 So hierzu bereits S. 205 ff.
1126 Vgl. bei: *Behringer,* CB 2018, 257 (260); *Nolde,* DSRITB 2012, 791 (802).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb. Souveränitätsverlust durch ausufernden Ermittlungsrahmen?

Die Kritik zum ausufernden Handlungsspielraum der Meldepflichtigen setzt sich im normativen Ermittlungsrahmen weiter fort. Dieser ergibt sich zum einen aus dem jeweiligen Verdachtsgrad und aus den einschlägigen Compliance-Vorschriften zur Verdachtsschöpfung und -entwicklung.

Hinsichtlich des niedrigschwelligen Verdachtsgrades aus § 43 Abs. 1 GwG bestehen erhebliche kriminalpolitische Zweifel über seine Eignung als wirksames Differenzierungsinstrument im Rahmen der – ohnehin schon als ausufernd kritisierten – Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsstrafbarkeit.[1127] Zudem ist der Anknüpfungspunkt des geldwäscherechtlichen Verdachtsgrades diskutabel, da dieser auf sozialtypische, deliktisch-neutrale Handlungen abzielt, die unrechtsbegründende Vortaten indes größtenteils ausklammert.

Diese Kritik berührt derweil nicht nur die kriminalpolitische Dimension um die Verdachtsmeldepflicht, sondern auch die hier relevanten Privatisierungsaspekte. Denn der Verdachtsgrad zeichnet den Umfang der privaten Einschätzungsprärogative vor; er ist die maßgebliche Stellschraube, die entscheidet, wie tiefgreifend das von den Meldepflichtigen auszuführende Ermittlungsprogramm ausfällt.

In *qualitativer* Hinsicht[1128] führt der niedrigschwellige Verdachtsgrad aus § 43 Abs. 1 GwG zu einer Verringerung der erforderlichen Ermittlungsintensität aufseiten der Meldepflichtigen, da anfängliche Verdachtsmomente möglichst frühzeitig und lückenlos an die FIU (und später ggf. an die Strafverfolgungsbehörde) weitergeleitet werden. So haben die Untersuchungen gezeigt, dass im Rahmen von § 43 Abs. 1 GwG eine Art „Ermittlungsumkehr“[1129] stattfindet, wonach von den Verpflichteten nicht mehr verlangt wird, konkrete Anhaltspunkte, die für eine Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung sprechen, positiv festzustellen. Das Ermittlungsprogramm erschöpft sich vielmehr in der Plausibilisierung geschäftlicher Auffälligkeiten. Eine rechtliche Würdigung des Sachverhaltes findet dabei nur in geringem Maße statt.

Dieser beschränkte Überprüfungsmaßstab führt insgesamt zu einer (qualitativ) weniger intensiven Einbeziehung der Meldepflichtigen in den

1127 Siehe hierzu schon ausf. S. 202 ff.
1128 Zur hier vorgenommenen Differenzierung zwischen qualitativer und quantitativer Mehrbelastung der Verdachtsmeldepflichtigen, S. 220 f.
1129 Hierzu S. 218 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ermittlungsvorgang. Aus kriminalpolitischer Sicht bereitet dieser Umstand durchaus Grund zur Sorge. Dies belegt die anhaltende „Flut" an Verdachtsmeldungen bei der FIU bei einer konstant niedrigen Aufklärungsrate.[1130] Für die Privatisierungsdiskussion bedeutet eine weniger intensive und nur oberflächliche Einbeziehung der Meldepflichtigen derweil, dass der Staat die Kontrolle über Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsermittlungen grundsätzlich beibehält. Zwar machen die durch Meldepflichtigen ausgeführten Plausibilitätsprüfungen auffälliger Transaktionen und Geschäftsbeziehungen einen unerlässlichen Bestandteil staatlicher Ermittlungstätigkeit aus. Doch die tiefgreifende, einzelfallbezogene Tatsachen- und Rechtsanalyse verbleibt in staatlicher Hand, präziser bei der FIU und den Strafverfolgungsbehörden.[1131]

Demgegenüber sehen Kritikerinnen und Kritiker nicht in *qualitativer,* sondern in *quantitativer* Hinsicht eine unzulässige Privatisierung durch die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht.[1132] Denn die aus § 43 Abs. 1 GwG entnommene „Ermittlungsumkehr" führe in Kombination mit dem weitreichenden Ermittlungsgegenstand dazu, dass Verpflichtete mehr Transaktionen und Geschäftsbeziehungen auf Auffälligkeiten hin untersuchen müssen. *Michalke* etwa wirft dem Gesetzgeber in diesem Zusammenhang „blinden Aktionismus vor", da er Privaten anstelle von Strafverfolgungsbehörden aufgebe, Ermittlungen zum Geldwäschetatverdacht zu übernehmen. So führe der ausufernde Ermittlungsrahmen, der darauf ausgelegt sei, in einem immer umfangreicheren Maße Verdächtige zu generieren, zu einer unsachgemäßen Belastung der Verpflichteten.[1133]

Ein Großteil der Kritik will bereits aufgrund dieser intensiven Belastung ein Anzeichen für eine verfassungswidrige Privatisierung durch Verdachtsmeldepflichten erkennen.[1134] Mit einem unüberblickbaren Ermittlungsfeld

1130 Siehe bereits Fn. 754, 755 sowie: *Hartmann,* in: NK-GesStrR, § 261 StGB, Rn. 19; *Lenk,* WM 2020, 115 (116); *ders.,* JR 2020, 103 (108).

1131 Ähnlich auch bei *Böse,* ZStW 2007, 848 (871, Fn. 105).

1132 So auch: *Behringer,* CB 2018, 257 (258); *DAV,* Stellungnahme, S. 20 f.; *Lenk,* JR 2020, 103 (105 ff.); *Michalke,* in: *Barton/u. a.* (Hg.), FS-Fischer, 449 (459 f.); vgl. ferner bei *Wastl,* ZRP 2011, 57 (57).

1133 *DAV,* Stellungnahme, S. 20 f.; *Michalke,* in: *Barton/u. a.* (Hg.), FS-Fischer, 449 (454, 459).

1134 *Michalke,* in: *Barton/u. a.* (Hg.), FS-Fischer, 449 (459), konstatiert im Rahmen der Privatisierungsdiskussion: „Es wäre nicht allzu fernliegend, wenn man in der Überforderung der Bürger, solche juristischen Wertungen zu treffen, und der daraus resultierenden Haltung von ‚im Zweifel Anzeige' die Erklärung für die hohe Diskrepanz zwischen den wenigen Fällen von nachgewiesenen gerichtlichen

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ginge eine (Über-)Belastung der Meldepflichtigen einher, was auf eine unzulässige private Wahrnehmung hoheitlicher Ermittlungsaufgaben hindeute. Dabei darf, wie im Rahmen der absoluten Staatsvorbehalte bereits festgestellt, die Privatisierungsfrage nicht mit einer subjektiven Grundrechtsprüfung verwechselt werden.[1135] Hinsichtlich der Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege ist vielmehr der Aspekt von Belang, ob der Staat im Wege von Verdachtsmeldepflichten seine Ermittlungshoheit verliert bzw. die damit einhergehende Rahmenbestimmungspflicht verletzt und in der Folge das staatliche Gewaltmonopol konterkariert.

Insoweit interessiert im Rahmen der Privatisierungsdiskussion nicht die individuelle Betrachtung der Belastung einzelner Meldepflichtiger, sondern die Reichweite und Intensität ihrer Ermittlungen. Weder der Ermittlungsgegenstand noch die gesetzgeberischen Ermittlungsanforderungen geben diesbezüglich einen abgrenzbaren Rahmen vor, anhand dessen der Bereich privaten Mitwirkens an der Strafverfolgung hinreichend abgesteckt werden kann.

So versteht sich der Verdachtsgrad der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht im Gegensatz zum strafprozessualen Anfangsverdacht aus § 152 Abs. 2 StPO vordergründlich nicht als Legitimations- und Begrenzungsinstrument, sondern dient hauptsächlich der Generierung möglichst vielzähliger und umfassender Ermittlungsanlässe.[1136] Der vorherrschenden Interpretationsweise nach finden dabei nur minimale normativ-juristische Erwägungen im Rahmen der Verdachtsschöpfung statt. Der Gegenstand von Verdachtsermittlungen bezieht sich nicht auf Straftaten, sondern auf Auffälligkeiten im allgemeinüblichen Geschäftsgebaren, im Gegensatz zum strafprozessualen Anfangsverdacht, der „zureichende Anhaltspunkte" einer verfolgbaren Straftat erfordert.[1137] Für den einzelnen Bürger besteht insofern keine dem hoheitlichen Ermittlungsverfahren vergleichbare normative Grenze, hinter der er einen Eingriff in seine informatorischen Grundrechte durch Ermittlungen Privater befürchten muss. Vielmehr wird die Meldepflichtigkeit durch grundsätzlich deliktisch neutrale wirtschaftliche

Verurteilungen wegen Geldwäsche und den jährlich vielen zehntausend im Ergebnis dann doch unbegründeten Verdachtsanzeigen sähe." Auch der *DAV* wertet die zunehmende „Aufbürdung" sanktionsbewehrter Pflichten des GwG als einen „grotesken und irrationalen" Grund, der Zweifel an einer zulässigen Privatisierung aufkommen lässt, *DAV,* Stellungnahme, S. 21.

1135 Vgl. *Böse,* ZStW 2007, 848 (871); *Lenk,* JR 2020, 103 (106).

1136 So schon: *Findeisen,* wistra 1997, 121 (122 ff.); *Herzog,* WM 1999, 1905 (1905 ff.).

1137 Instruktiv: *Schulz,* Normiertes Misstrauen, S. 475 ff.; *Zabel,* ZIS 2014, 340 (341).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verhaltensweisen ausgelöst.[1138] Von einem „Verdacht" im traditionellen Sinne kann im Rahmen der Verdachtsmeldepflichten keine Rede sein. Die Aufweichung des Verdachtskriteriums korreliert mit einem gleichsamen Aufweichen des Rahmens, in dem sich die Ermittlungen der Meldepflichtigen vollziehen müssen.

Auch die marktmissbrauchsrechtliche Verdachtsmeldepflicht birgt hinsichtlich ihres Verdachtsgrades Privatisierungsprobleme – wenngleich aus genau den gegenteiligen Gründen. Denn Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR zeichnet ein engmaschiger, strenger Verdachtsgrad aus, was mit einer weitreichenden Einschätzungsprärogative der Meldepflichtigen einhergeht. Anstelle einer lückenlosen staatlichen Erfassung aller geschäftlichen Auffälligkeiten sind es private Wirtschaftssubjekte, denen die Entscheidung obliegt, welche Vorgänge einer staatlichen Untersuchung durch die BaFin und anschließend durch die Strafverfolgungsbehörden unterworfen werden. Diese Untersuchung erfordert neben einer umfassenden Tatsachenerfassung auch eine vergleichsweise fortgeschrittene rechtliche Subsumtion dieser Tatsachen unter die Verbotstatbestände des Insiderhandels und der Marktmanipulation bzw. der sie ausfüllenden Delegierten Verordnungen und beschränkt sich dabei nicht auf die Überwachung des eigenen Kunden- und Mitarbeiterbereichs, sondern umfasst darüber hinaus die Observierung des allgemeinen Marktgeschehens.[1139] Insofern sind es die Meldepflichtigen, die einen Großteil ermittlerischer Tätigkeit anstelle der grundsätzlich zuständigen Strafverfolgungsbehörden übernehmen. Doch korreliert eine derart weitreichende Einbeziehung der Meldepflichtigen mit einem Verlust staatlicher Ermittlungshoheit?

Dagegen spricht zunächst, dass der Rahmen von Verdachtsermittlungen nicht vollständig der Disposition der Meldepflichtigen überlassen wird. Entgegen dem vormaligen Konzept der freiwilligen Selbstregulierung besteht heute eine Fülle von Vorschriften, die exakte Vorgaben zur Ausgestaltung des Wertpapier-Compliance-Systems enthalten, wie die Art. 2–4 DelVO (EU) 2016/957; die Art. 31, 51 MIFID II, §§ 25a ff. KWG; Art. 21–26 DelVO 2017/565/EU. Darüber hinaus trägt in operativer Hinsicht die engmaschige Aufsicht der BaFin über den Wertpapiersektor zu einer starken Bindung zwischen den Meldepflichtigen und dem Staat bei. So überwacht sie

1138 Vgl. hierzu *Nolde,* DSRITB 2012, 791 (794), die von einer Erosion des Anfangsverdachts im Wirtschaftsstrafrecht spricht.

1139 Zum sog. Market-Watching als Teil des Marktmanipulations-Monitoring-Programms, siehe bereits S. 165 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gem. § 6 Abs. 2 S. 1 WpHG die Einhaltung der zahlreichen Organisationsvorschriften. Die von ihr veröffentlichten Rundschreiben (allen voran die Abschnitte AT 6.1; 6.2 und BT 1.2 der MaComp; AT 4.4.2 der MaRisk) enthalten überdies umfängliche Konturierungen zur Wertpapier-Compliance für Wertpapierfirmen und tragen damit maßgeblich zur Rechtssicherheit bei.[1140]

Insgesamt kann im Rahmen der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht kein Verlust staatlicher Ermittlungshoheit beobachtet werden. Durch die zahlreichen Organisations- und Verhaltensvorschriften verbleibt die Handhabe über den Ermittlungsrahmen, der durch die BaFin hinreichend kontrolliert und überwacht wird, beim Staat.

cc. Souveränitätsverlust durch ausufernden Kreis von Meldepflichtigen?

Die finale Stellschraube, die im Rahmen von Verdachtsmeldepflichten über die Intensität der Einbeziehung privater Wirtschaftssubjekte entscheidet, ist im Kreis der Meldepflichtigen auszumachen. Die Untersuchungen zum zweiten Teil dieser Arbeit[1141] belegen die diametral entgegengesetzten gesetzgeberischen Herangehensweisen. So ist im Rahmen der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht eine enorme Ausweitung des Kreises von Meldepflichtigen zu beobachten. Diese Ausweitung hat mittlerweile Ausmaße angenommen, die Kritiker im Zusammenhang von § 2 Abs. 1 GwG von einer Scheinbegrenzung sprechen lassen: So sei die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht längst zu einer allgemeinen Anzeigepflicht mutiert, da nicht mehr auf besondere Informationszugänge, sondern auf organisatorische Fähigkeiten abgestellt würde.[1142] Daher sei heute grundsätzlich jede Berufsgruppe, die faktisch Verdachtsmomente hinsichtlich potenzieller Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungshandlungen entwickeln kann, auch zu einer Meldung verpflichtet.

Eine ähnlich geartete Kritik ist im Zusammenhang mit den Verpflichteten der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht nicht zu finden. Die engen Tatbegehungsmöglichkeiten korrelieren mit einer weitaus geringeren Anzahl an *Gatekeepern,* deren Dienstleistungen für die Deliktsbegehung unumgehbar sind. Beispielsweise umfasst das Verbot von Insiderhandel ausschließlich den Handel mit Wertpapieren, wozu Straftäter

1140 *Bottmann,* in: NK-KapStrR, Kap. 2.1., Rn. 16; *Schäfer,* BKR 2011, 45 (187).
1141 Siehe S. 226 ff.
1142 So *Bussmann,* Geldwäscheprävention, S. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unweigerlich auf Wertpapierinstitute und auf Marktbetreiber zurückgreifen müssen.

Das Problem der ausufernden Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsstrafbarkeit setzt sich demnach auch in der Auswahl der Verdachtsmeldepflichtigen weiter fort. Im Zusammenhang mit dem Gewährleistungspostulat einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege bedeutet dies, dass anstelle hoheitlich legitimierter Ermittlungspersonen nun Berufsgruppen Ermittlungen durchführen, deren Legitimation sich allein aus ihrer Fähigkeit zur Detektion von Auffälligkeiten im allgemeinen Geschäftsgebaren schöpft. Wie bereits erörtert, weisen diese Auffälligkeiten häufig keinen deliktischen Sinnbezug auf, sondern erschöpfen sich in Transaktionen, die die Verpflichteten nicht anhand der ihnen zur Verfügung stehenden Informationen plausibilisieren vermögen. Mit der „Veralltaglichung" des Geldwäschetatbestandes geht insofern eine gleichsame Verallgemeinerung des Verpflichtetenkatalogs aus § 2 Abs. 1 GwG einher. Da eine potenzielle Geldwäschehandlung oder eine potenzielle Terrorismusfinanzierung durch jedes denkbare Bankgeschäft in jedem denkbaren Lebensbereich begangen werden kann, kann heute in dem Katalog des § 2 Abs. 1 GwG nicht mehr von einem besonderen Differenzierungsinstrument gesprochen werden.

4. Fazit

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass der Staat mit der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht aus § 43 Abs. 1 GwG die Kontrolle über repressive Vorfeldermittlungen an private Wirtschaftssubjekte überträgt, womit ein erheblicher Souveränitätsverlust einhergeht. Derartige Vorfeldermittlungen unterliegen der institutionellen Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, sodass eine Aufgabenübertragung – und hiervon ist die bloße Übertragung der Erfüllungsverantwortung umfasst – dann als verfassungswidrig zu betrachten ist, wenn der Staat hierdurch seine Ermittlungshoheit verliert.

Die massive inhaltliche wie auch strukturelle Expansion der Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungstatbestände auf jeden denkbaren Lebensbereich führt zu einer gleichsamen Ausweitung des Verdachtsmeldewesens, die sich auf den Rahmen der von Verpflichteten durchzuführenden Ermittlungen und auf den Kreis der Ermittlungs- und Meldepflichtigen niederschlägt. So kann jedwede Alltagstransaktion potenziell Gegenstand von Verdachtsmeldungen sein.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dem gegenüber steht die marktmissbrauchsrechtliche Verdachtsmeldepflicht aus Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR. Im Vergleich zu ihrer geldwäscherechtlichen Vorgängervorschrift zeichnet diese Verdachtsmeldepflicht eine intensivere Einbeziehung der verpflichteten Wirtschaftssubjekte in die grundsätzlich dem Staat vorbehaltene repressive Ermittlungstätigkeit aus. Dennoch vermag der Staat seine Ermittlungshoheit durch präzise Vorgaben zur Ausgestaltung des Wertpapier-Compliance-Systems sowie durch eine enge Beaufsichtigung durch die BaFin beizubehalten. Schlussfolgernd bewegen sich die Ermittlungen im Rahmen der marktmissbrauchsrechtlichen sehr viel enger in einem gesetzlich vorgegebenen Rahmen.

Insgesamt versäumt der Staat mit der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht, einen klaren Rechtsrahmen für die mit ihr einhergehenden Ermittlungen zu installieren und zu unterhalten. In der Folge verstößt die Übertragung der Erfüllungsverantwortung durch die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht gegen die institutionelle Garantie der Strafrechtspflege. Die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht ist damit *de lege lata* als verfassungswidriges Instrument zur Mitwirkung Privater an repressiven Ermittlungsmaßnahmen zu bewerten.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Resümee

A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Die den Verdachtsmeldepflichten zugrunde liegenden Verbotsvorschriften eint ihre Eigenschaft als Kontrolldelikte.[1143] Aufgrund ihrer klandestinen Deliktsumfelder sowie ihrer strukturellen Eigenschaft als Gefährdungsdelikte zum Schutz abstrakter – oft als ausufernd kritisierter – Rechtsgüter wird ihre Begehung gesellschaftlich kaum wahrgenommen, was den Gesetzgeber zu einem Rückgriff der Mitwirkung Privater durch das Instrument der Verdachtsmeldepflicht veranlasst. Doch insbesondere der Geldwäschestraftatbestand ist seit der Einführung der Verdachtsmeldepflicht fortwährend Gegenstand umfassender Reformen. Heute dient er nicht mehr der Bekämpfung der organisierten Kriminalität. Vielmehr soll er ermöglichen, jedwede Straftäter von den Früchten ihrer illegalen Handlungen finanziell zu isolieren. Dies hatte eine massive Ausweitung der Tatbegehungsvarianten, den Wegfall des Vortatenkatalogs unter gleichzeitiger Beibehaltung der Einführung des Leichtfertigkeitsmerkmals zur Folge. Eine vergleichbare, umfassende Strategie verfolgt der Gesetzgeber in der Ausgestaltung der Terrorismusfinanzierungs(straf)tatbestände aus § 1 Abs. 2 GwG und § 89c StGB.
2. Diese umfassende Ahndungsstrategien setzen sich in der Ausgestaltung des geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldewesens weiter fort. Im Widerspruch zum erklärten risikobasierten Ansatz sollen die Meldepflichtigen Verdachtsfälle möglichst lückenlos melden. Dies belegen der niedrigschwellige Verdachtsgrad sowie die geringfügige erforderliche juristische Würdigung von Verdachtsmomenten, wie sie die BaFin in ihren Anwendungs- und Auslegungshinweisen betont. Die tatsächliche Stichhaltigkeitskontrolle von Verdachtsmomenten übernimmt vielmehr die FIU. Im starken Kontrast hierzu sind die jüngeren kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflichten ausgestaltet. Durch die hohen Verdachtsanforderungen wird den Verpflichteten eine tiefgreifende tatsächliche und juristische Würdigung der durch ihre Wertpapier-Compliance-Systeme aufgegriffenen Auffälligkeiten zugetraut und zugemutet. Ihnen obliegt

1143 Zur Definition der Kontrolldelikte, siehe bereits die Einleitung, S. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

damit in weitreichendem Maße die Einschätzungsprärogative, welche Verdachtsmomente der BaFin und schließlich den Ermittlungsbehörden weitergegeben werden und welche nicht die erforderliche Schwelle erreichen. Dies wird durch ihre maßgebliche *Gatekeeper*-Stellung und dem damit verbundenen exzellenten Informationszugang ermöglicht, der im Rahmen der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldung aufgrund des enorm weitreichenden und kaum über- und einsehbaren Spektrums von pönalisierten Verhaltensweisen nicht zu erreichen ist.

3. Neben kriminalpolitischen Unzulänglichkeiten muss sich auch auf staatsstruktureller Ebene gefragt werden, ob eine durch Verdachtsmeldepflichten bedingte Mitwirkung privater Wirtschaftssubjekte in der Verbrechensaufklärung verfassungskonform ist. Denn die Besonderheit von Verdachtsmeldepflichten besteht in dem ihnen enthaltenen Prozess der Verdachtsschöpfung und -bewertung. Dieser Prozess ist als maßgeblicher Bestandteil der Strafverfolgung eine unvertretbare Staatsaufgabe, die grundsätzlich dem Staat in Form der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen obliegt. Durch das Mittel der Verdachtsmeldepflicht erklärt der Gesetzgeber die repressive Ermittlungsarbeit hinsichtlich Verdachtsmomenten der Geldwäsche, der Terrorismusfinanzierung, des Insiderhandels und der Marktmanipulation zu Pflichten bestimmter Berufsgruppen. Derartige Ermittlungen finden zwar im Vorfeld des formalen Ermittlungsverfahrens und damit in gewisser Weise in einem normativ luftleeren Raum statt. Dennoch sind auch solche antizipierten Ermittlungen wesentlicher Bestandteil der Strafverfolgung, derer sich der Gesetzgeber nicht schrankenlos auf Private entledigen darf. Vielmehr gebietet die Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, dass der Staat durch die Übertragung von Ermittlungsbefugnissen auf den Privatsektor nicht seine Ermittlungshoheit und damit seine Kompetenz über die Bestimmung von Umfang und Intensität einzelner Ermittlungsmaßnahmen verliert.
4. Aufgrund der Ausweitung des Ermittlungsgegenstandes und der damit einhergehenden Abstrahierung des Ermittlungsrahmens und des Kreises der Meldepflichtigen verliert der Staat die Handhabe über die im Rahmen der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht durchgeführten Ermittlungen. Mit der Übertragung der Erfüllungsverantwortung seiner Staatsaufgabe der Strafverfolgung durch § 43 Abs. 1 GwG verfehlt der Staat seine institutionelle Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. Ausblick

Die vorstehenden Untersuchungen haben gezeigt, dass Wirksamkeitsdefizite von Verdachtsmeldungen häufig mit rechtsstrukturellen Problemen einhergehen. Legislative Effektuierungsbemühungen, wie beispielsweise Vorschläge, die Meldebehörden mit weiteren personellen und informationsinfrastrukturellen Ressourcen aufzustocken, vermögen auf kurze Sicht zwar Besserung zu verschaffen.[1144] Derartige Maßnahmen lindern indes nur die Symptome, blenden ihre Ursachen aber weitestgehend aus. So zeigen die Reformbestrebungen der letzten Jahrzehnte, dass sich die legislativen Entscheidungsträger in der Ausgestaltung von Verdachtsmeldepflichten die falsche Frage gestellt haben. Der vom Gesetzgeber augenscheinlich verfolgte Ansatz

> *Wie können Verdachtsmeldungen für die Wirtschaftsstrafverfolgung möglichst viele stichhaltige Anhaltspunkte generieren?*

ist dabei zu oberflächlich gedacht. Vielmehr muss das den Verdachtsmeldepflichten zugrunde liegende Rechtsphänomen der Indienstnahme Privater in die Ausgestaltung des Meldewesens miteinbezogen werden. Die Kardinalfrage sollte daher lauten:

> *Wie kann eine Einbeziehung Privater in den Wirtschaftsstrafprozess ausgestaltet werden, sodass diese ihre Nähe zum deliktischen Umfeld bestmöglich ausnutzen, der Staat aber gleichzeitig seine leitende und gestaltende Stellung in der Strafverfolgung beibehält?*

Ihre Beantwortung gleicht einem Drahtseilakt. So muss der Gesetzgeber einerseits die vermeintlichen Informationsvorteile der verpflichteten Berufsgruppen sowie deren Beitrag zur Strafverfolgung gewissenhaft identifizieren. Die Meldepflichtigen müssen darüber hinaus in der Lage sein, Verdachtsmomenten nachzugehen und diese eigenständig zu bewerten. Der Staat muss den von ihm eingesetzten Privaten einen Vertrauensvorschuss in Gestalt einer weitreichenden Einschätzungsprärogative gewähren. Denn nur wenn die Verpflichteten eigenständig über die Stichhaltigkeit untersuchter Verdachtsansätze entscheiden können, zahlt sich die ursprünglich identifizierte Deliktsnähe und der damit verbundene Informationsvorteil auch aus.

1144 *Bussmann/Veljovic,* NZWiSt 2020, 417 (421); *Meyer/Hachmann,* ZStW 2022, 391 (441); *Brian/u. a.,* CCZ 2021, 209 (218); *Gazeas,* NJW 2021, 1041 (1046); *Steiger,* CCZ 2021, 12 (17).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Andererseits darf der Staat nicht zum Zaungast repressiver Ermittlungen mutieren. Mit der Einschätzungsprärogative der Meldepflichtigen geht eine staatliche Verpflichtung zur Schaffung eines strengen normativen Rahmens einher, der den Bereich von Ermittlungen klar absteckt und umfassende Regeln zu Verdachtsindikatoren zum Kreis der Meldepflichtigen sowie zur Beaufsichtigung enthält, sodass die staatlichen Konturen stets in den durch die Privaten durchgeführten Ermittlungen durchscheinen.

Diesen Spagat vollzieht der Gesetzgeber erfolgreich im Rahmen der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht. Zwar wird im Bereich des Kapitalmarktstrafrechts noch immer ein großes Dunkelfeld vermutet.[1145] Doch hinsichtlich der Ausgestaltung von Verdachtsmeldungen und der mit ihr verbundenen Implementierung von Wertpapier-Compliance-Systemen ist aus der Verfolgungspraxis eine zunehmend positive Resonanz zu verzeichnen. Die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht hingegen ist *de lege lata* weder aus verfassungsrechtlicher noch aus kriminalpolitischer Sicht tragbar. Die Strategie der großflächigen Einbeziehung Privater geht nicht auf. Obschon sich der Gesetzgeber mutmaßlich mit einer inhaltlich minimalen Übertragung von Ermittlungstätigkeit gegen staatsstrukturelle Kritik absichern wollte, steht die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht auch aus Privatisierungsgesichtspunkten auf tönernen Füßen.

Wie kann die geldwäscherechtliche Verdachtsmeldepflicht also anders ausgestaltet werden, um der genannten Kritik gerecht zu werden? Punktuelle Veränderungen reichen jedenfalls nicht aus. Vielmehr braucht es einen umfassenden Novellierungsansatz zur Mitwirkung Privater in der Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung. Wie dieser Ansatz aussehen könnte, soll der nachfolgende Reformvorschlag skizzieren.

I. „Objektivierung" der Meldegegenstände aus § 43 Abs. 1 GwG

Die deliktische Neutralität von Tathandlungen der Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierung ist zugleich das maßgebliche Legitimationsmerkmal wie auch die größte Hürde für die Heranziehung Privater im Wege von Verdachtsmeldungen.[1146] Mit einer baldigen Konkretisierung oder Eingrenzung

1145 *Dannecker/Bülte,* in: *Wabnitz/Jankovsky/Schmitt,* Hdb. WStSR, Kap. 1, Rn. 21; *Eggers,* in: NK-KapStrR, Kap. 3, Rn. 18; *Renz/Leibold,* CCZ 2016, 157 (168); *Spoerr,* in: *Assmann/Schneider/Mülbert,* WpHR, Vor § 119 WpHG, Rn. 17.

1146 Vgl. *DAV,* Stellungnahme, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von Geldwäschehandlungen ist allerdings nicht zu rechnen. Zum einen stünde eine derartige Neuausrichtung eklatant im Widerspruch zum gesetzgeberischen Konzept, Verwertungshandlungen möglichst umfassend durch eine wirtschaftliche Isolierung von Straftätern entgegenzuwirken. Darüber hinaus verhindern der umfassende Geldwäschebegriff der FATF sowie die unionsrechtlichen Mindestvoraussetzungen zur Geldwäschestrafbarkeit derartige Reformbestrebungen auf nationalrechtlichem Niveau. Rufe nach einer Umstrukturierung der geldwäscherechtlichen Kriminalpolitik treffen insoweit auf taube Ohren.[1147]

Ein größerer Gestaltungsspielraum besteht indes in der Ausgestaltung des konkreten Anknüpfungspunktes der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht. So enthalten weder Art. 33 Abs. 1 S. 1 lit. a der 4. EU-Geldwäscherichtlinie[1148] noch das FATF-Regelwerk konkrete Vorgaben zum exakten Meldegegenstand. Vielmehr genügt es, wenn Mitgliedstaaten eine Meldepflicht bei Verdacht des illegitimen Ursprungs aus einer kriminellen Tätigkeit vorschreiben. Rechtlich umsetzbar wäre daher eine Neuausrichtung des Meldegegenstands in Form einer zusätzlichen Tatbegehungsvariante des § 261 StGB, auf die sich die Verdachtsmeldepflicht ausschließlich bezieht.

Wie eine solch neuartige Tatbegehungsvariante aussehen könnte, hat *B. Vogel* jüngst eindrücklich beschrieben.[1149] Danach sei das Geldwäschedelikt um einen Täuschungstatbestand zu ergänzen, der die einschlägigen kundenspezifischen Sorgfaltspflichten aus dem Geldwäschegesetz konkretisiert. Dieser Vorschlag folgt der Prämisse, dass die Sorgfaltspflichten des GwG dazu eingesetzt werden, Transparenz von Transaktionen und Geschäftsverbindungen herzustellen – ein Zweck konträr zu den Interessen

1147 Die Kritik zur Rolle des Strafrechts in der Geldwäschebekämpfung ist dennoch nicht zu überhören, siehe *Bauer,* in: *Momsen/Bloy/Rackow* (Hg.), FS-Maiwald, 127 (130 f.); *Bülte,* NZWiSt 2017, 276 (277 f.); *DAV,* Stellungnahme, S. 5 ff.; *Gazeas,* NJW 2021, 1041 (1041 ff.); *Gercke/Jahn,* StV 2021, 330 (330 ff.); *Geurts,* ZRP 1997, 250 (252 ff.); *Helmers,* ZStW 2009, 509 (509 ff.); *Michalke,* in: *Barton/u. a.* (Hg.), FS-Fischer, 449 (451 ff.); *Schindler,* NZWiSt 2020, 457 (457 ff.).

1148 Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (ABl. Nr. L 141 vom 5.6.2015, S. 73–117).

1149 *Vogel,* in: *ders./Maillart* (Hg.), AML-Law, S. 920 f.; *ders.,* ZRP 2020, 111 (112).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von Geldwäschern und Terrorismusfinanzierern.[1150] Zur Vermeidung der Offenlegung inkriminierender Aspekte von Geschäften und Transaktionen sehen sich Straftäter gezwungen, die geldwäscherechtlich Verpflichteten über bestimmte Umstände einer Geschäftsbeziehung oder Transaktion zu täuschen. So sollen genau diese Täuschungen über Tatsachen tatbestandlich erfasst werden, die für die Bewertung des Geldwäscherisikos objektiv relevant sind.[1151]

Eine derartige Täuschungsvariante als alleiniger Anknüpfungspunkt zur geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht hätte den Vorteil, dass das pönalisierte Unrecht von der Begehung der Geldwäschevortat – wo gerade kein gesonderter Informationszugang der Meldepflichtigen besteht – in die Verschleierungshandlung übertragen wird. In dieser Weise würde dem ursprünglichen Legitimationsmerkmal von Verdachtsmeldepflichten in Form der „besonderen deliktischen Nähe" der Meldepflichtigen neues Leben eingehaucht. Vergleichbar mit den Verpflichteten der kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflichten würden sie als „echte" *Gatekeeper* über geldwäschespezifische Verwertungshandlungen wachen.

II. Anpassung des Ermittlungsrahmens

Die Präzisierung des Meldegegenstandes würde die Meldepflichtigen demgemäß näher an das unrechtsspezifische Geschehen der Geldwäsche rücken lassen. Insoweit erscheint es nur folgerichtig, sie intensiver in die staatliche Ermittlungstätigkeit aufzunehmen. Dass dies aus staatsstrukturellerer und verfassungsrechtlicher Sicht zulässig ist, hat die Untersuchung zur marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht verdeutlicht.

Hierzu müsste zunächst die Verdachtsschwelle aus § 43 Abs. 1 GwG angehoben werden, sodass sich das Ermittlungsprogramm der Meldepflichtigen nicht in der bloßen Erklärbarkeit auffälliger Transaktionen und Geschäftsbeziehungen erschöpft. Vielmehr enthält die neue meldespezifische Tatbegehungsvariante den juristisch-normativen Begriff der Täuschung. Der Täuschungsgehalt etwaiger Umgehungs- und Verschleierungsversuche wäre für Verpflichtete durch ihre Geldwäsche-Compliance-Systeme zumindest im Ansatz nach überprüfbar. Insofern erscheint es sachgerecht, ihnen hin-

1150 Siehe zur Einordnung der kundenbezogenen Sorgfaltspflichten und ihrer Signifikanz für die Ermittlungen der Meldepflichtigen bereits S. 98.

1151 *Vogel,* in: *ders./Maillart* (Hg.), AML-Law, S. 920 f.; *ders.,* ZRP 2020, 111 (112).

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sichtlich der Stichhaltigkeit entdeckter Auffälligkeiten eine mit der wertpapierhandelsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht vergleichbare Einschätzungsprärogative zuzusprechen, die auch eine rechtliche Würdigung des Sachverhalts umfasst.

Wie bereits untersucht, würde eine Anhebung der Verdachtsschwelle zu einer Entlastung der FIU führen. Für die Meldepflichtigen verteilt sich die Belastung indes ambivalent: In quantitativer Hinsicht müssen sie weniger Meldungen erstatten und damit weniger sensible Kundendaten offenlegen. Gleichzeitig korreliert der höhere Verdachtsgrad mit einer inhaltlich intensiveren Erfassung und Analyse von auffälligen Transaktionen und Geschäftsbeziehungen. So kann die rechtliche Würdigung nicht automatisiert erfolgen, sondern nur durch entsprechend geschultes Fachpersonal.

Mit dieser intensiveren Einbeziehung muss unweigerlich der Ermittlungsrahmen staatlicherseits weiter präzisiert werden. Dabei kann an dieser Stelle wiederum ein Vergleich zu den kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflichten gezogen werden, wo der Gesetzgeber etwa mit den Regelbeispielen aus Art. 12 Abs. 2 MAR, den Indikatoren aus dem Anhang I MAR sowie den zahlreichen Konkretisierungen aus Delegierten Verordnungen zu den Leerverkäufen und CDS[1152] veröffentlicht hat. Vergleichbare Typologiepapiere könnten etwa hinsichtlich der Erscheinungsformen von Umgehungsgeschäften erlassen werden. In dieser Weise könnte der Staat den genauen Ablauf sowie das Maß der durch die Meldepflichtigen vorzunehmenden Ermittlungen festlegen.

Freilich vermag auch dieser Vorschlag nicht, sämtliche Probleme der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht zu lösen. Allerdings unterstreicht er das einstige Legitimationsmerkmal von Verdachtsmeldepflichten in Form des gesonderten Informationszugangs der indienstgenommenen Berufsgruppen. Ob sich der Gesetzgeber aber von seiner verfolgten Strategie der großflächigen, möglichst lückenlosen Aufklärung geschäftlicher Ungereimtheiten abbringen lässt, bleibt abzuwarten.

1152 Siehe bereits Fn. 622.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Literaturverzeichnis

Achenbach, Hans, Das Höchstmaß der Verbandsgeldbuße wegen Kapitalmarkt-Straftaten, WM 2018, S. 1337–1340.

ders. u. a., Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2019.

Ackermann, Marie, Verwaltungshilfe zwischen Werkzeugtheorie und funktionaler Privatisierung, Berlin 2016.

Albers, Marion, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, Berlin 2001.

dies./Groth, Lena, Globales Recht und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung: Zur Einführung, in: *dies.* (Hg.), Globales Recht und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, Baden-Baden 2015, S. 9–36.

Altenhain, Karsten, Die Neuregelung der Marktpreismanipulation durch das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz, BB 2002, S. 1874–1879.

Ambos, Kai, Annahme „bemakelten" Verteidigerhonorars als Geldwäsche? Einschränkungsversuche im Lichte des völker- und ausländischen Rechts, JZ 2002, S. 70–82.

ders., Internationalisierung des Strafrechts: Das Beispiel „Geldwäsche", ZStW 2002, S. 236–256.

Anwalt Kommentar, StGB, 3. Auflage, herausgegeben von *Leipold,* Klaus/*Zöller,* Mark/*Tsambikakis,* Michael, Heidelberg 2020.

Appel, Ivo/*Ramsauer,* Ulrich, Einschaltung privater Unternehmer bei der Ausgabe neuer KfZ-Kennzeichen – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Figur des Verwaltungshelfers, NordÖR, S. 375–384.

Arndt, Adolf, Rechtsprechende Gewalt und Strafkompetenz, in: *Eschenburg,* Theodor/*Heuss,* Theodor/*Zinn,* Georg-Augustin (Hg.), Festgabe für Carlo Schmid zum 65. Geburtstag, Tübingen 1962, S. 5–32.

Artzt, Matthias, Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfeldermittlungen: Zugleich eine Studie zur Rechtsstellung des von Vorfeldermittlungen betroffenen Personenkreises, Frankfurt am Main u. a. 2000.

Arzt, Gunther, Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall, JZ 1993, S. 913–917.

ders., Privatisierung der Sicherheit – Strafrecht am Ende, in: *Wiegand,* Wolfgang (Hg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Tagung vom 15./16. Oktober 1997 an der Universität Bern, Bern 1998.

ders., Anmerkung zu BGH v. 17.07.1997 – 1 StR 791/96, JR 1999, S. 79–81.

Aschmann, Tjark Erich, Der Richtervorbehalt im deutschen Polizeirecht, Würzburg 1999.

Assies, Paul H. u. a., Handbuch des Fachanwalts Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, Köln 2019.

Assmann, Heinz-Dieter, Das neue deutsche Insiderrecht, ZGR 1994, S. 494–527.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ders./Schneider, Uwe H., Wertpapierhandelsgesetz Kommentar, 6. Auflage, Berlin u. a. 2012.

ders. u. a., Wertpapierhandelsrecht Kommentar, 7. Auflage, Berlin u. a. 2019.

ders. u. a., Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Auflage, München 2020.

Aston, Jurij Daniel, Die Bekämpfung abstrakter Gefahren für den Weltfrieden durch legislative Maßnahmen des Sicherheitsrats – Resolution 1373 (2001) im Kontext, ZaöRV 2002, S. 257–291.

Augustin, Patrick u. a., Credit Default Swaps – Past, Present, and Future, AnnuRevFinancEcon, S. 175–196.

Bachmann, Gregor, Das Europäische Insiderhandelsverbot, Berlin u. a. 2015.

Bachof, Otto, Freiheit des Berufs, in: *Bettermann,* Karl August/*Nipperdey,* Hans Carl/*Scheuner,* Ulrich (Hg.), Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Berlin 1958, S. 155–265.

Bäcker, Matthias, Kriminalpräventionsrecht: Eine rechtsetzungsorientierte Studie zum Polizeirecht, zum Strafrecht und zum Strafverfahrensrecht, Tübingen 2015.

Badura, Peter, Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963.

Barretto da Rosa, Steffen/*Diergarten,* Achim, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.4.2018 – 2 Ss-Owi 1059/17 – Rechtzeitige Verdachtsmitteilung des Geldwäschebeauftragten, NStZ 2020, S. 173–180.

Barth, Thomas, Zur Wissenszurechnung von Aufsichtsratswissen: Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils XI ZR 108/15 und seiner Auswirkungen auf das österreichische Recht, GesRZ 2016, S. 319–325.

Barton, Stephan, Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB), StV 1993, S. 156–163.

Bauer, Torsten, Der Geldwäschetatbestand gem. § 261 StGB einschließlich der Probleme seiner Anwendung, in: *Momsen,* Carsten/*Bloy,* René/*Rackow,* Peter (Hg.), Fragmentarisches Strafrecht, Beiträge zum Strafrecht, Strafprozessrecht und zur Strafrechtsvergleichung für Manfred Maiwald zum Anlaß seiner Emeritierung, verfaßt von seinen Schülern, Mitarbeitern und Freunden, Frankfurt am Main 2003, S. 127–144.

Baumann, Jürgen u. a., Strafrecht Lehrbuch: Allgemeiner Teil, Bielefeld 2003.

Bausch, Olaf/*Voller,* Thomas, Geldwäsche-Compliance: Praxisbuch für Güterhändler, Kunstvermittler und Kunstlagerhalter, 2. Auflage, Wiesbaden 2020.

Bayram, Milan, Manipulative Handelspraktiken gem. Art. 12 MAR, Berlin 2020.

ders./Meier, Dominik, Marktmanipulation durch Leerverkaufsattacken, BKR 2018, S. 55–61.

Beckemper, Katharina/*Rotsch,* Thomas, Criminal Compliance, Baden-Baden 2015.

Becker, Ralf/*Rodde,* Anja, Auswirkungen europäischer Rechtsakte auf das Kapitalmarktsanktionsrecht – Neuerungen durch das Finanzmarktnovellierungsgesetz, ZBB 2016, S. 11–20.

Becker, Ulrich, Aufgabenerfüllung durch verselbständigte Betriebseinheiten aus Sicht der Grossstadt, Bonn 1976.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beck'scher Kurzkommentar, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Auflage, herausgegeben von *Graf,* Jürgen Peter/*Jäger,* Markus/*Wittig,* Petra, München 2017.

ders., Betäubungsmittelgesetz, 10. Auflage, herausgegeben von *Patzak,* Jörn/*Volkmer,* Mathias/*Fabricius,* Jochen, München 2022.

Beck'scher Onlinekommentar, Datenschutzrecht, herausgegeben von *Brink,* Stefan/*Wolff,* Heinrich Amadeus, 42. Edition, München 2022.

ders., Geldwäschegesetz, herausgegeben von *Frey,* Tobias/*Pelz,* Christian, 12. Edition, München 2022.

ders., Gewerbeordnung, herausgegeben von *Pielow,* Johann-Christian, 57. Edition, München 2022.

ders., Grundgesetz, herausgegeben von *Epping,* Volker/*Hillgruber,* Christian, 53. Edition, München 2022.

ders., Strafgesetzbuch, herausgegeben von *Heintschel-Heinegg,* Bernd von, 55. Edition, München 2022.

ders., StPO mit RiStBV und MiStra, herausgegeben von *Graf,* Jürgen Peter, 45. Edition, München 2022.

ders., Wertpapierhandelsrecht, herausgegeben von *Seibt,* Christoph/*Buck-Heeb,* Petra/*Harnos,* Rafael, 6. Edition, München 2022.

Behringer, Stefan, Privatisierung des Rechtsstaats durch Compliance?, CB 2018, S. 257–261.

Bekritsky, Grigory, Die Zuständigkeit des Aufsichtsrats für die Ad-Hoc-Publizität: Mehr als bloß Formsache, BKR 2020, S. 382–389.

Bergmann, Mario/*Drees,* Susanne, Das neue Insiderstrafrecht des WpHG und seine Durchsetzbarkeit in der Praxis, StraFo 2005, S. 364–370.

Bergold, Felix/*Wendt,* Domenik, Technische Durchführungsstandards im Finanzmarktrecht: Fortschrittliche Rechtsetzung oder Demokratiedefizit?, EuR 2019, S. 86–111.

Bernsmann, Klaus, Privatisierung der Justiz? Ein Fallbeispiel, in: *Strafverteidigervereinigungen* (Hg.), 22. Strafverteidigertag vom 20.–22. März 1998 in Erfurt, Köln 1999, S. 151–160.

ders., Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche: Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund, StV 2000, S. 40–45.

Berthel, Ralph, Wirtschaftskriminalität in Deutschland: Der Stand der Dinge, in: *Polizei-Führungsakademie* (Hg.), Aktuelle Herausforderungen bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Dresden 2003, S. 8–35.

ders., Wirtschaftskriminalität: Lage und Herausforderungen, Die Kriminalpolizei (Special) 2019, S. 4–8.

ders./Lapp, Matthias, Kriminalstrategie, Heidelberg 2017.

Bethge, Herbert, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, NJW 1982, S. 2145–2150.

Bettermann, Karl August, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzlichen Richter, in: *ders./Nipperdey,* Hans Carl/*Scheuner,* Ulrich (Hg.), Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Berlin 1959, S. 523–642.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beyer-Fehling, Hermann/*Bock,* Alexander, Die deutsche Börsenreform und Kommentar zur Börsengesetznovelle, Frankfurt am Main 1975.

Biehl, Stefan, Erweiterung des strafrechtlichen Instrumentariums zur Terrorismusbekämpfung – Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten, JR 2015, S. 561–571.

Binder, Jens-Hinrich, Die geplante deutsche Allfinanzaufsicht und der britische Prototyp: Ein vergleichender Blick auf den deutschen Referentenentwurf, WM 2001, S. 2230–2238.

Birkner, Sabrina, Der Einwirkungserfolg der Marktmanipulation im Kontext nationalen und europäischen Rechts, Halle 2018.

Bischofberger, Nadina, Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Herrühren" im Rahmen des Straftatbestandes § 261 StGB, Marburg 2010.

Bittmann, Folker, Folgewirkungen des neuen § 261 StGB: Kontaminierung – Vermischung – Abschöpfung, NStZ 2022, S. 577–585.

Bonk, Heinz Joachim/*Stelkens,* Paul/*Leonhardt,* Klaus, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Auflage, herausgegeben von *Sachs,* Michael/*Schmitz,* Heribert, München 2018.

Börsensachverständigenkommission (Hg.), Empfehlungen der Börsensachverständigenkommission beim Bundeswirtschaftsministerium zur Lösung der sogenannten Insider-Probleme, Frankfurt am Main 1972.

Böse, Martin, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung: Die verfahrensübergreifende Verwendung von Informationen und die Grund- und Verfahrensrechte des Einzelnen, Tübingen 2005.

ders., Aufsichtsrechtliche Vorermittlungen in der Grauzone zwischen Strafverfolgung und Gefahrenabwehr, ZStW 2007, S. 848–886.

ders., Enzyklopädie Europarecht, 11. Band, 2. Auflage, Baden-Baden 2021.

Bottermann, Christoph, Untersuchung zu den grundlegenden Problematiken des Geldwäschetatbestandes, auch in seinen Bezügen zum Geldwäschegesetz, Bochum 1995.

Bottke, Wilfried, Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche: Teil 2, wistra 1995, S. 121–127.

Braum, Stefan, Strafrechtliche Grenzen der Privatisierung, in: *Strafverteidigervereinigungen* (Hg.), 22. Strafverteidigertag vom 20.–22. März 1998 in Erfurt, Köln 1999, S. 161–174.

Brian, Ilka u. a., Aktuelles Geldwäscherecht: Sommernovellen in Deutschland vor Winterreformen der EU, CCZ 2021, S. 209–220.

Brunhöber, Beatrice, Privatisierung des Ermittlungsverfahrens im Strafprozess, GA 2010, S. 571–588.

Buck-Heeb, Petra, Kapitalmarktrecht, 10. Auflage, Heidelberg 2019.

Bull, Hans Peter, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Auflage, Kronberg 1977.

ders., Sicherheit durch Gesetze?, Baden-Baden 1987.

Bülte, Jens, Zu den Gefahren der Geldwäschebekämpfung für Unternehmen, die Rechtsstaatlichkeit und die Effektivität der Strafverfolgung, NZWiSt 2017, S. 276–288.

ders., Ordnungswidrigkeitenrecht, 6. Auflage, München 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ders., Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche BT-Drucksache 19/24180, Mannheim 2020.

ders./Marinitsch, Julia, Meldepflicht für Notare nach § 43 Abs. 6 GwG und der Geldwäschegesetzmeldeverordnung, DNotZ 2021, S. 804–812.

Bund Deutscher Kriminalbeamter (BDK) (Hg.), Stellungnahme zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie (Richtlinie (EU) 2018/843) vom 09.10.2019, (BT-Drs. 19/13827) sowie zu den Anträgen der Fraktionen Die Linke (BT-Drs. 19/11098) und Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 19/10218), Berlin 2019.

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) (Hg.), Emittentenleitfaden, Bonn u. a. 2013.

dies., Die BaFin stellt sich vor, Bonn 2018.

dies., Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz, 2020, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Rundschreiben 05/2018 (WA), Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und weitere Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten: MaComp, 2020, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Jahresbericht 2020, Bonn 2021.

dies., Rundschreiben 10/2021 (BA), Mindestanforderungen an das Risikomanagement: MaRisk, 2021, online verfügbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2021/rs_1021_MaRisk_BA.html?nn=9450904#doc16502162bodyText1, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

Bundeskriminalamt (BKA) (Hg.), Managementfassung zur Fachstudie „Geldwäsche im Immobiliensektor in Deutschland", Wiesbaden 2012.

Bundesministerium der Finanzen (BMF) (Hg.), Auslegungshinweise des Bundesministeriums der Finanzen zur Handhabung des Verdachtsmeldewesens (§ 11 GwG) – WK 5023/10/10011, Berlin 2014.

dass., Erste Nationale Risikoanalyse: Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung 2018/2019, Berlin 2020.

dass., Schlaglicht: Monatsbericht Februar 2020, Berlin 2020.

Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz, Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht, 2006, online verfügbar unter: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PeriodischerSicherheitsbericht/periodischersicherheitsbericht_node.html, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

Bundesnotarkammer (BNotK) (Hg.), Auslegungs- und Anwendungshinweise zum GwG, 2021, online verfügbar unter: https://www.bnotk.de/aufgaben-und-taetigkeiten/geldwaeschebekaempfung, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) (Hg.), Auslegungs- und Anwendungshinweise zum GwG, 2020, online verfügbar unter: https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/newsletter/nachrichten-aus-berlin/2020/ausgabe-13-2020-v-2972020/geldwaesche-aufsicht-aktualisierte-auslegungs-und-anwendungshinweise-der-brak, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

Bundeszentrale für politische Bildung (BpB) (Hg.), 1976: Anti-Terror-Paragraf wird eingeführt, 2016, online verfügbar unter: https://www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/232718/1976-anti-terror-paragraf-16-08-2016, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

Burgi, Martin, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendogmatik, Phänomenologie, Verfassungsrecht, Tübingen 1999.

Busekist, Konstantin von u. a., „Know-Your-Customer" oder doch „Know-Your-Contracting-Party"?, CCZ 2020, S. 291–293.

Bussmann, Kai-Detlef, Geldwäscheprävention im Markt: Funktionen, Chancen und Defizite, Berlin/Heidelberg 2018.

ders., Abschlussbericht zur „Geldwäschestudie" der „Nationalen Risikoanalyse Bekämpfung von Geldwäsche u. Terrorismusfinanzierung-Ermittlungs- u. Strafverfahren wg. Geldwäsche in DEU von 2014-16" – Forschungsauftrag fe 11/17 des Bundesministeriums der Finanzen, Berlin/Halle an der Saale 2019.

ders./Veljovic, Miguel, Die hybride strafrechtliche Verfolgung der Geldwäsche: Schlussfolgerungen aus den Ergebnissen einer bundesweiten Studie, NZWiSt 2020, S. 417–425.

Calliess, Christian/*Ruffert,* Matthias, EUV/AEUV, 5. Auflage, München 2016.

Calliess, Rolf-Peter, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Frankfurt am Main 1973.

Canaris, Claus-Wilhelm, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, S. 202–246.

ders., Grundrechtseinwirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 161–172.

Cancio Melía, Manuel, Zum strafrechtlichen Begriff des Terrorismus, GA 2012, S. 1–13.

Carl, Dieter/*Klos,* Joachim, Verdachtsmeldepflicht und Strafaufhebung in Geldwäschefällen: Zur Konkurrenz des § 11 GwG zu § 261 IX StGB, wistra 1994, S. 161–167.

dies., Anmerkung zum Beschluss des LG Saarbrücken v. 12.10.1994 – 3 Qs 230/94, wistra 1995, S. 32–33.

Cascante, Christian/*Bingel,* Adrian, Insiderhandel – in Zukunft leichter nachweisbar? Die Auslegung des Insiderrechts durch den EuGH und Folgen für die M&A-Praxis, NZG 2010, S. 161–165.

Chiaramonte, Laura/*Casu,* Barbara, The determinants of bank CDS spreads: evidence from the financial crisis, EJF 2013, S. 861–887.

Choudry, Moorad, The Repo Handbook, 2. Auflage, Oxford 2010.

Colussi, Marc, Kapitalmarktstrafrecht – Insiderhandel und Marktmanipulation: Einführung, Analyse, Ausblick, Frankfurt am Main 2010.

Committee of European Securities Regulators (CESR) (Hg.), Press Release, 2006, online verfügbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/06_583.pdf, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass., CESR and ERGEG advice to the European Commission in the context of the Third Energy Package Draft Response to Question F.20 – Market Abuse Consultation Paper, 2008, online verfügbar unter: https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/894cfac4-a4c5-7632-cfeb-3586401a3e91, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

Culp, Christopher u. a., Credit default swaps: mechanics and empirical evidence on benefits, costs, and inter-market relations, Cham 2018.

D'Ambrosio, Raffaele, Single Supervision Mechanism: Organs and Procedures, in: *Chiti,* Mario/*Santoro,* Vittorio (Hg.), The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, Cham 2019, S. 157–182.

Dagtoglou, Prodromos, Die Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben, DÖV 1970, S. 532–537.

Danne, Marius/*Roth,* Maximilian, Privatisierungsgrenzen im operativen Sicherheitsrecht, NVwZ 2020, S. 1633–1638.

Däubler, Wolfgang, Privatisierung als Rechtsproblem, Neuwied 1980.

de Vries, Hinrich, Privatisierung der Ermittlungen: Ermittlungen durch Private, Kriminalistik 2011, S. 83–94.

Degen, Andreas, Gesetzliche Mitwirkungspflichten der Kreditwirtschaft bei der Geldwäsche- und Terrorismusbekämpfung: Eine verfassungsrechtliche Betrachtung aus Sicht der Bankkunden am Beispiel des Konten-Screenings und des Kontendatenabrufverfahrens, Frankfurt am Main 2009.

Deloitte Deutschland GmbH (Hg.), Wirksame Geldwäscheprävention im Immobiliensektor: Im Fokus von Aufsicht und Öffentlichkeit, 2019, online verfügbar unter: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/de/Documents/risk/Whitepaper-Wirksame-Geldwäscheprävention-im-Immobiliensektor.pdf, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

Deutscher Anwaltverein (DAV) (Hg.), Stellungnahme des DAV durch den Ausschuss Strafrecht zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 11.08.2020: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche sowie zum Regierungsentwurf, Stellungnahme Nr.: 83/2020, Berlin 2020.

Dickinson, Eric, Credit Default Swaps: So dear to us, so dangerous, Fordham 2008.

Di Fabio, Udo, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Hg.), Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Dresden vom 2. bis 5. Oktober 1996, Berlin 1997, S. 235–277.

ders., Privatisierung und Staatsvorbehalt: Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe, JZ 1999, S. 585–636.

Diemer, Herbert, Erhebungen des Generalbundesanwalts zur Klärung des Anfangsverdachts im Rahmen von ARP-Vorgängen, NStZ 2005, S. 666–669.

Dionyssopoulou, Athanassia, Der Tatbestand der Geldwäsche, Frankfurt am Main u. a. 1998.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dölling, Dieter, Polizeiliche Ermittlungstätigkeit und Legalitätsprinzip: Eine empirische und juristische Analyse des Ermittlungsverfahrens unter besonderer Berücksichtigung der Aufklärungs- und Verurteilungswahrscheinlichkeit, BKA - Forschungsreihe, 1. Halbband, Wiesbaden 1987.

Dörr, Oliver/*Grote,* Rainer/*Marauhn,* Thilo, EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 1. Band, 3. Auflage, Tübingen 2022.

Dreier, Horst, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat: Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive, Tübingen 1991.

ders., Grundgesetz-Kommentar, 1. Band, 3. Auflage, Tübingen 2013.

ders., Grundgesetz-Kommentar, 2. Band, 3. Auflage, Tübingen 2015.

ders., Grundgesetz-Kommentar, 3. Band, 3. Auflage, Tübingen 2018.

Drüen, Klaus-Dieter, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, Tübingen 2012.

Dürig, Günter u. a., Grundgesetz, 1. Band, 98. EL, München 2022.

dies., Grundgesetz, 4. Band, 98. EL, München 2022.

dies., Grundgesetz, 5. Band, 98. EL, München 2022.

dies., Grundgesetz, 6. Band, 98. EL, München 2022.

Eckhardt, Sebastian, Private Ermittlungsbeiträge im Rahmen der staatlichen Strafverfolgung, Frankfurt am Main 2009.

Ehlers, Jan Philip, Aushöhlung der Staatlichkeit durch die Privatisierung von Staatsaufgaben? Genuine Staatsaufgaben und das Prinzip der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns als Grenzen der Privatisierung von Aufgaben der vollziehenden Gewalt, Frankfurt am Main 2002.

Eichelberger, Jan, Anmerkung zu LG München 1: Unrechtskontinuität in Nachfolgevorschriften des Börsengesetzes: LG München I, Urteil vom 21.11.2002 – KLs 305 Js 34066/02, NStZ 2004, S. 291–293.

ders., Das Verbot der Marktmanipulation (§ 20a WpHG), Berlin 2006.

Eisele, Jörg/*Trentmann,* Christian, Die Staatsanwaltschaft – „objektivste Behörde der Welt"?, NJW 2020, S. 2365–2368.

Eisenberg, Ulrich/*Conen,* Stefan, § 152 II StPO: Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum?, NJW 1998, S. 2241–2249.

ders./Kölbel, Ralf, Kriminologie, 7. Auflage, Tübingen 2017.

Ekkenga, Jens, Fragen der deliktischen Haftungsbegründung bei Kursmanipulationen und Insidergeschäften, ZIP 2004, S. 781–792.

El-Ghazi, Mohammed/*Laustetter,* Christian, Das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche: Ein Überblick über die wichtigsten Änderungen beim Straftatbestand des § 261 StGB und bei der selbständigen Einziehung nach § 76 a Abs. 4 StGB, NZWiSt 2021, S. 209–216.

Ellenberger, Jürgen/*Bunte,* Hermann-Josef, Bankrechts-Handbuch, 1. Band, 6. Auflage, München 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Emmerich-Fritsche, Angelika, Globale Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung als Referenzgebiet einer Entwicklung vom Völkerrecht zum Weltrecht, in: *Albers,* Marion/*Groth,* Lena (Hg.), Globales Recht und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, Baden-Baden 2015, S. 134–201.

Engelhart, Marc, Die neuen Compliance-Anforderungen der BaFin (MaComp), ZIP 2010, S. 1832–1840.

Engelstätter, Tobias, Die Richtlinie zur Terrorismusbekämpfung (EU) 2017/541: Deutsches Staatsschutzstrafrecht unter Anpassungsdruck?, GSZ 2019, S. 95–100.

Erbs, Georg/*Kohlhaas,* Max, Strafrechtliche Nebengesetze, 4. Band, 224. EL, herausgegeben von *Häberle,* Peter, München 2019.

Erdmann, Kay Uwe/*Heck,* Oliver, Bank- und Kapitalmarktrecht von A–Z, München 2020.

Esser, Robert u. a., Wirtschaftsstrafrecht, Köln 2017.

Europäische Kommission (Hg.), Mapping Exercise and Gap Analysis on FIUs' Powers and Obstacles for Obtaining and Exchanging Information: Report, Brüssel 2016.

European Securities and Markets Authority, MAR-Guidelines: Delay in the disclosure of inside information, online verfügbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-1478_mar_guidelines_-_legitimate_interests.pdf, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Questions and Answers on the Regulation on short selling and certain aspects of credit default swaps (SSR), online verfügbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-408_qa_on_ssr.pdf, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Questions and Answers on the Market Abuse Regulation (MAR), online verfügbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-111_qa_on_mar.pdf, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., ESMA's draft technical advice on possible Delegated Acts concerning the regulation on short selling and certain aspects of credit default swaps, Paris 2012.

dies., Final Report: Draft technical standards on the Market Abuse Regulation, 2015, online verfügbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2015-esma-1455_-_final_report_mar_ts.pdf, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Final Report: Guidelines on the exemption for market making activities and primary market operations under Regulation (EU) 236/2012 of the European Parliament and the Council on short selling and certain aspects of Credit Default Swaps, 2016, online verfügbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2013-158.pdf, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Final Report: Guidelines on the Market Abuse Regulation - market soundings and delay of disclosure of inside information, 2016, online verfügbar unter: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-1130_final_report_on_mar_guidelines.pdf, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Report on securities financing transactions and leverage in the EU, Paris 2016.

Europol (Hg.), From Suspicion to Action: Converting Financial Intelligence into Greater Operational Impact, Den Haag 2017.

Falkner, Robert/*Gerty,* Jon, Regulation of market misconduct in the United Kingdom, JIC 2005, S. 35–53.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Federle, Markus Alexander, Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act der USA (RICO): Übertragbarkeit auf deutsche Verhältnisse? Ein Rechtsvergleich, ZStW 1998, S. 767–795.

Financial Action Task Force (FATF) (Hg.), The 40 Recommendations of the Financial Task Force on Money Laundering 1990, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%201990.pdf, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., FATF IX Special Recommendations, 2001, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/ixspecialrecommendations.html, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Designated Non-Financial Businesses and Professions (DNFBPs) in relation to AML/CFT, Manama 2008.

dies., Mutual Evaluation Report on Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism: Germany, Paris 2010.

dies., Operational Issues: Financial Investigations Guidance, 2012, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/operationalissues-financialinvestigationsguidance.html, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Guidance for a Risk-Based Approach for the Banking Sector, 2014, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk-Based-Approach-Banking-Sector.pdf, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Guidance to Transparancy and Beneficial Ownership, 2014, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-transparency-beneficial-ownership.pdf, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., The FATF Recommendations: International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, 2021, online verfügbar unter: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

Fincke, Martin, Zum Begriff des Beschuldigten und den Verdachtsgraden, ZStW 1983, S. 918–972.

Findeisen, Michael, Der Präventionsgedanke im Geldwäschegesetz: Anforderungen der Bankenaufsicht an die internen Sicherungsmaßnahmen der Kreditinstitute gem. § 14 Abs. 2 GwG zur Bekämpfung der Geldwäsche, wistra 1997, S. 121–128.

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch, 70. Auflage, München 2023.

Flatten, Thomas, Zur Strafbarkeit von Bankangestellten bei der Geldwäsche, Frankfurt am Main 1996.

Fleischer, Holger/*Schmolke,* Klaus Ulrich, Finanzielle Anreize für Whistleblower im Europäischen Kapitalmarktrecht? Rechtspolitische Überlegungen zur Reform des Marktmissbrauchsregimes, NZG 2012, S. 361–368.

Fletcher, Gina-Gail, Engineered Credit Default Swaps: Innovative or Manipulative?, N. Y. U. L. Rev 2019, S. 1073–1143.

Forkert-Hosser, Sandra, Vorermittlungen im Strafprozessrecht: Erhebung und Verwendung von Daten vor dem Anfangsverdacht, Frankfurt am Main 2011.

Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1, München 1950.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Forthauser, Roman, Geldwäsche de lege lata et ferenda, München 1991.

Frankfurter Kommentar, GwG, Geldwäschegesetz, GeldtransferVO, relevante Vorgaben aus AO, KWG, StGB, VAG, ZAG sowie Exkurs zu Finanzsanktionen, 3. Auflage, herausgegeben von *Zentes,* Uta/*Glaab,* Sebastian, Frankfurt am Main 2022.

Fuchs, Andreas, Wertpapierhandelsgesetz (WpHG), 2. Auflage, München 2016.

Fülbier, Andreas/*Aepfelbach,* Rolf, Das Geldwäschegesetz, 3. Auflage, Köln 1995.

Gaede, Karsten, Das Verbot der Umgehung der EMRK durch den Einsatz von Privatpersonen bei der Strafverfolgung, StV 2004, S. 46–53.

Gazeas, Nikolaos, Zu viel des Guten? Zur Verschärfung im Terrorismusstrafrecht, DRiZ 2015, S. 218–224.

ders., Das neue Geldwäsche-Strafrecht: Weitreichende Folgen für die Praxis, NJW 2021, S. 1041–1046.

ders. u. a., Die neuen Tatbestände im Staatsschutzstrafrecht – Versuch einer ersten Auslegung der §§ 89a, 89b und 91 StGB, NStZ 2009, S. 593–604.

Gebauer, Martin/*Teichmann,* Christoph, Enzyklopädie Europarecht, 6. Band, Baden-Baden 2016.

Gebauer, Stefan, Verdachtsmitteilungen gem. § 10 WpHG: Auslegung und Umsetzung in der Praxis, in: *Kohler,* Klaus (Hg.), Kapitalmarkt – Recht und Praxis, Gedächtnisschrift für Ulrich Bosch, Recklinghausen 2006, S. 31–49.

Gehling, Christian/*Lüneborg,* Cäcilie, Pflichten des Güterhändlers nach dem Geldwäschegesetz, NZG 2020, S. 1164–1173.

Gehrmann, Philipp, Das versuchte Insiderdelikt: Reichweite der Strafbarkeit des Versuchs gemäß § 38 Abs. 3 WpHG nach kritischer Auseinandersetzung mit dem Rechtsgut und der Struktur des Insiderdelikts, Baden-Baden 2009.

Gentzik, Daniel, Die Europäisierung des deutschen und englischen Geldwäschestrafrechts: Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Berlin 2002.

Gercke, Björn/*Jahn,* Matthias, Sorgenkind außer Kontrolle: Paradigmenwechsel der Geldwäsche-„Bekämpfung" mit der Neufassung des § 261 StGB, StV 2021, S. 330–340.

Gesell, Harald, Wertpapierleihe und Repurchase Agreement im deutschen Recht, Köln 1995.

Geurts, Matthias, Die Strafbarkeit der Geldwäsche: Metastasen politischen Willens, ZRP 1997, S. 250–257.

Gilmore, William C., Dirty Money: The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism, Strasburg 2011.

Gola, Peter/*Heckmann,* Dirk, Datenschutz-Grundverordnung, 3. Auflage, München 2022.

Görling, Helmut, Wirtschaftskriminalität: Ausufernde Schadenssummen in Deutschland; Ansichten aus der Rechtspraxis, Der Kriminalist 2008, S. 345–351.

Görgmaier, Dietmar, Möglichkeiten und Grenzen der Entstaatlichung öffentlicher Aufgaben, DÖV 1977, S. 356–363.

Gössel, Karl Heinz, Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei, GA 1980, S. 325–354.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gossrau, Eberhard, Ist die Strafgewalt und die Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden noch mit Art. 92 GG vereinbar?, NJW 1958, S. 929–932.

Götz, Volkmar, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Hg.), Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Konstanz vom 6. bis 9. Oktober 1982, Berlin 1983, S. 7–41.

Gramm, Christof, Schranken der Personalprivatisierung bei der inneren Sicherheit: Zugleich ein Beitrag zur Rechtsdogmatik des Art. 33 Abs. 4 GG, VerwArch 1999, S. 329–360.

ders., Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2001.

Graulich, Kurt, Strafverfolgungsvorsorge: Gegenstand und rechtliche Verortung, NVwZ 2014, S. 685–691.

Grimm, Dieter, Staatsaufgaben: Eine Bilanz, in: *ders.* (Hg.), Staatsaufgaben, Frankfurt am Main 1996, S. 771–785.

Gromoll, Bernhard, Rechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Untersucht am Beispiel kommunaler Dienstleistungen, München 1982.

Groß, Karl-Heinz, Privatisierung bei der Strafverfolgung?, BewHi 2001, S. 99–110.

ders., Zur Notwendigkeit des strafrechtlichen Anfangsverdachts: Keine falschen Umkehrschlüsse aus § 152 Abs. 2 StPO, in: *Widmaier,* Gunter u. a. (Hg.), Festschrift für Hans Dahs, Köln 2005, S. 249–266.

Groth, Lena, Wie global ist das Recht gegen Terrorismusfinanzierung?, in: *Albers,* Marion/*Groth,* Lena (Hg.), Globales Recht und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, Baden-Baden 2015, S. 39–66.

dies., Globales Finanzmarktrecht gegen Terrorismusfinanzierung, Baden-Baden 2016.

Grünwald, Gerald, Anmerkung zu BVerfG, Beschluß v. 21.1.1976 – 2 BvR 941/75, JZ 1976, S. 766–773.

Gusy, Christoph, Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, DÖV 1996, S. 573–583.

Haas, Günter, Vorermittlungen und Anfangsverdacht, Berlin 2003.

Häberle, Peter, Verfassungsrechtliche Staatsaufgabenlehre: Rezensionsabhandlung, AöR 1986, S. 595–611.

ders., Europäische Rechtskultur: Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten, Baden-Baden 1994.

Habersack, Matthias, Teil E: Staatliche und halbstaatliche Eingriffe in die Unternehmensführung, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hg.), Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentags, Band 1, München 2012.

Hagemeister, Adrian von, Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Abhandlung unter Zugrundelegung des Verfassungs- und Verwaltungsrechts der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland, München 1992.

Hagemeister, Hans-Otto, Die neue Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, WM 2002, S. 1773–1780.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hahn, Dieter/*Hungenberg,* Harald, PuK: Wertorientierte Controllingsysteme, Planung und Kontrolle – Planungs- und Kontrollsysteme – Planungs- und Kontrollrechnung, Wiesbaden 2001.

Hansen, Tobias, Indienstnahme und Verfassungstreue: Eine bereichsübergreifende Untersuchung der Anforderungen an private Akteure bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben, Berlin 2020.

Haouache, Gerhard Gordon, Börsenaufsicht durch Strafrecht: Eine Untersuchung zur straf- und verfassungsrechtlichen Problematik der strafrechtlichen Sanktionierung des Insiderhandels durch das Wertpapierhandelsgesetz in Deutschland im Hinblick auf die Umsetzung der EG-Richtlinie 89/592/EWG, Frankfurt am Main u. a. 1996.

Hassemer, Winfried, Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege": ein neuer Rechtsbegriff?, StV 1982, S. 275–280.

ders., Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, S. 378–383.

ders., Sicherheit durch Strafrecht: Eröffnungsvortrag Strafverteidigertag am 24.3.2006, StV 2006, S. 321–332.

ders., Die Basis des Wirtschaftsstrafrechts, wistra 2009, S. 169–174.

ders./Matussek, Karin, Das Opfer als Verfolger: Ermittlungen des Verletzten im Strafverfahren, Frankfurt am Main 1996.

Haug, Volker, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum als Privatisierungsschranke, NVwZ 1999, S. 816–820.

Hauschka, Christoph u. a., Corporate Compliance, 3. Auflage, München 2016.

Hecker, Bernd, Europäisches Strafrecht, 5. Auflage, Berlin/Heidelberg 2015.

Hefendehl, Roland, Politisches Strafrecht zwischen dem Schutz von Staat und Verfassung und einem Kampf gegen Feinde, in: *Hoyer,* Andreas u. a. (Hg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006, S. 453–475.

Heimburg, Sibylle von, Verwaltungsaufgaben und Private: Funktionen und Typen der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts, Berlin 1982.

Heintzen, Markus, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Hg.), Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in St. Gallen vom 1. bis 5. Oktober 2002, Berlin 2003, S. 220–266.

Hellgardt, Alexander, Regulierung und Privatrecht: Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016.

Hellmann, Uwe, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Auflage, Stuttgart 2018.

Helm, Martin, Die Bildung terroristischer Vereinigungen: Auslegungsprobleme beim neuen § 129a StGB, StV 2006, S. 719–723.

Helm, Thorsten Matthias, Rechtspflicht zur Privatisierung: Privatisierungsgebote im deutschen und europäischen Recht, Baden-Baden 1999.

Helmers, Gunnar, Zum Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB): Beispiel einer rechtsprinzipiell verfehlten Strafgesetzgebung, ZStW 2009, S. 509–547.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Henschel, Eduard, Credit Default Swaps in der Finanzkrise: Untersuchung der Entwicklungen und Einflüsse, Darstellung systemrelevanter Kritikpunkte anhand der Principal Agent Theory sowie Bewertung unterschiedlicher Ansätze von Regulierungsmaßnahmen, Hamburg 2014.

Herschel, Wilhelm, Staatsentlastende Tätigkeit im Arbeitsschutz, in: *Dietz,* Rolf/*Hübner,* Heinz (Hg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag am 21. Januar 1965, Band 2, München 1965, S. 221–254.

Herzog, Felix, Der Banker als Fahnder? Von der Verdachtsanzeige zur systematischen Verdachtsgewinnung: Entwicklungstendenzen der Geldwäschebekämpfung, WM 1996, S. 1753–1763.

ders., Geldwäschebekämpfung – quo vadis? Rechtsstaatliche Grenzen der Geldwäschebekämpfung durch Aufsichtshandlungen des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen, WM 1999, S. 1905–1948.

ders./Achtelik, Olaf, Geldwäschegesetz (GwG), 2. Auflage, München 2014.

dies., Geldwäschegesetz (GwG), 4. Auflage, München 2020.

ders./Mülhausen, Dieter, Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung, München 2006.

dies., Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung, München 2006.

Heyde, Wolfgang, § 33 Rechtsprechung, in: *Benda,* Ernst/*Maihofer,* Werner/*Vogel,* Hans-Jochen (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 2. Auflage, Berlin/New York 1994.

Hilger, Hans, Vor(feld)ermittlungen / Datenübermittlungen, in: *Wolter,* Jürgen u. a. (Hg.), Datenübermittlungen und Vorermittlungen, Festgabe für Hans Hilger, Heidelberg 2003, S. 11–24.

Himmelreich, Thomas, Insiderstrafverfolgung durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Baden-Baden 2013.

Hobbes, Thomas, Elementa philosophica de cive, Amsterdam 1696.

ders., Leviathan, übersetzt von Jacob Mayer, Stuttgart 1970.

Höche, Thorsten/*Rößler,* Gernot, Das Gesetz zur Optimierung der Geldwäscheprävention und die Kreditwirtschaft, WM 2012, S. 1505–1512.

Hofer, Karl-Heinz, Geldwäschebekämpfung und Clearingstellen, in: *Gropp,* Walter/*Sinn,* Arndt (Hg.), Organisierte Kriminalität und kriminelle Organisationen, Präventive und repressive Maßnahmen vor dem Hintergrund des 11. September 2001, Baden-Baden 2007, S. 533–538.

Hoffman, Bruce, Terrorismus: Der unerklärte Krieg – Neue Gefahren politischer Gewalt, Frankfurt am Main 2006.

Hoffmann, Annemarie, Lamfalussy-Verfahren und Strafrecht, Baden-Baden 2021.

Hohnel, Andreas/*Brunke,* Oliver, Kapitalmarktstrafrecht Kommentar, München 2013.

Holzborn, Timo/*Israel,* Alexander, Das Anlegerschutzverbesserungsgesetz: Die Veränderungen im WpHG, VerkProspG und BörsG und ihre Auswirkungen in der Praxis, WM 2004, S. 1948–1956.

Hopt, Klaus/*Will,* Michael, Europäisches Insiderrecht: Einführende Untersuchung ausgewählter Materialien, Stuttgart 1973.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hüls, Silke, Grenzen des Wirtschaftsstrafrechts?, Tübingen 2019.

Hund, Horst, Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat: Die sogenannten Vorfeldstrategien, ZRP 1991, S. 463–468.

ders., Der Geldwäschetatbestand: mißglückt oder mißverstanden?, ZRP 1996, S. 163–166.

Hütwohl, Mathias, Die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (FIU): Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung nach dem neu gefassten Geldwäschegesetz, ZIS 2017, S. 680–687.

International Swaps and Derivatives Association (ISDA) (Hg.), Market Survey Summaries: 2010-1995, 2010, online verfügbar unter: https://www.isda.org/category/research/surveys, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

Internationaler Währungsfonds (IWF) (Hg.), Financial Intelligence Units: An Overview, Washington D.C. 2004.

Ipsen, Hans Peter, Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in: Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für Erich Kaufmann zu seinem 70. Geburtstag, Stuttgart, Köln 1950, S. 141–161.

ders., Gesetzliche Bevorratungspflichten Privater: Erläutert am Modell des Gesetzes über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1217), AöR 1965, S. 393–451.

Isensee, Josef, Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. November 1982, Erweiterte Fassung, Berlin/New York 1983.

ders., Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates: Situationen in einem laufenden Prozeß, JZ 1999, S. 265–278.

ders., Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht: Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, 2. Auflage, Berlin 2001.

ders./Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Band, 2. Auflage, Heidelberg 1996.

ders./Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 4. Band, 3. Auflage, Heidelberg 2006.

Ivanov, Eduard, Die Praxis der Terrorismusfinanzierungsbekämpfung: Nationales und Internationales, in: *Albers,* Marion/*Groth,* Lena (Hg.), Globales Recht und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, Baden-Baden 2015, S. 256–290.

Jacobs, Günther, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 1985, S. 751–785.

ders., Terroristen als Personen im Recht?, ZStW 2006, S. 839–851.

Jahn, Matthias, Der Verdachtsbegriff im präventiv orientierten Strafprozess: Initiativ-, Vor- und Strukturermittlungen der Staatsanwaltschaft und ihre rechtsstaatliche gerichtliche Kontrolle, in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt am Main* (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, Frankfurt am Main 2007, S. 545–569.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ders., Ermittlungen in Sachen Siemens/SEC: Legitimer Baustein des globalisierten Wirtschaftsstrafverfahrens oder rechtswidriges Parallelverfahren zur Strafprozessordnung – Eine Problemskizze, StV 2009, S. 41–46.

Jahnes, Ines, Initiativermittlungen im Bereich der Organisierten Kriminalität, Frankfurt am Main 2010.

Jani, Michael, Die partielle verwaltungsrechtliche Inpflichtnahme Privater zu Handlungs- und Leistungspflicht, Pfaffenweiler 1992.

Jaskulla, Ekkehard, Das deutsche Hochfrequenzhandelsgesetz – eine Herausforderung für Handelsteilnehmer, Börsen und Multilaterale Handelssysteme (MTF), BKR 2013, S. 221–232.

Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, Dritte Auflage unter Verwertung des handschriftlichen Nachlasses, 3. Auflage, Berlin 1921.

Jellinek, Walter, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen – Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, Tübingen 1913.

Jung, Heike, Über die Wahrheit und ihre institutionellen Garanten, JZ 2009, S. 1129–1180.

Just, Clemens u. a., Wertpapierhandelsgesetz Kommentar, München 2015.

Kaetzler, Joachim, Anforderungen an die Organisation der Geldwäscheprävention bei Bankinstituten – ausgewählte Einzelfragen, CCZ 2008, S. 174–180.

Kaiafa-Gbandi, Maria, Terrorismusbekämpfung in der Europäischen Union und das vor-präventive Strafrecht: Neue Vorgaben für strafbare Taten nach dem Rahmenbeschluss 2008/919/JI, in: *Herzog,* Felix/*Neumann,* Ulfrid (Hg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg 2010, S. 1161–1184.

Kaiser, Günther, Kriminologie: Ein Lehrbuch, 3. Auflage, Heidelberg, 1996.

Kammann, Nicola, Der Anfangsverdacht, Hamburg 2003.

Kämmerer, Jörn Axel, Privatisierung: Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen, Tübingen 2001.

Kargl, Walter, Probleme des Tatbestands der Geldwäsche (§ 261 StGB), NJ 2001, S. 57–63.

ders., Strafrecht: Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit, Baden-Baden 2019.

Karlsruher Kommentar, zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Auflage, herausgegeben von *Mitsch,* Wolfgang, München 2018.

ders., Strafprozessordnung, 2. Band, 8. Auflage, herausgegeben von *Hannich,* Rolf, München 2019.

Keller, Rolf, Das Phänomen der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, NStZ 1990, S. 416–420.

Kirmer, Petra, Der Begriff der öffentlichen Aufgaben in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, München 1995.

Klaas, Arne, Interne Untersuchungen und Informationsaustausch: Die Kohärenz von Datenschutz, Verfahrensrechten und Verfahrensgrundsätzen, Baden-Baden 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Klapdor, Jens, Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten im Rahmen der transparenzregisterrechtlichen Regelungen des Geldwäschegesetzes, Baden-Baden 2021.

Klein, Eckart, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633–1640.

Klein, Oliver, Das Untermaßverbot: Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichterfüllung, JuS 2006, S. 960–964.

Klesczewski, Diethelm, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Auflage, München 2016.

Klöhn, Lars, The European Insider Trading Regulation after Spector Photo Group, ECFR 2010, S. 347–366.

ders., Wann ist eine Information öffentlich bekannt i. S. v. Art. 7 MAR?, ZHR 2016, S. 707–732.

ders., Die Regelung legitimer Handlungen im neuen Insiderrecht (Art. 9 MAR), ZBB 2017, S. 261–316.

ders., Marktmissbrauchsverordnung, München/Köln 2018.

ders., War die BaFin wirklich nicht für die Kontrolle der Wirecard-Bilanzen zuständig? Zur angeblichen Sperrwirkung der §§ 106 ff. WpHG gegenüber § 6 WpHG bei Untersuchungen wegen Marktmanipulation, ZIP 2021, S. 381–390.

Knierim, Thomas, Das Verhältnis von strafrechtlichen und internen Ermittlungen, StV 2009, S. 324–331.

Kniesel, Michael, Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit: eine unendliche Geschichte, ZRP 1991, S. 164–167.

Kobbach, Jan, Regulierung des algorithmischen Handels durch das neue Hochfrequenzhandelsgesetz: Praktische Auswirkungen und offene rechtliche Fragen, BKR 2013, S. 233–238.

Koch, Arnd, Denunciato: Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts, Frankfurt am Main 2015.

Kölner Kommentar, WpHG, Wertpapierhandelsgesetz, herausgegeben von *Hirte,* Heribert/*Möllers,* Thomas, Köln 2007.

ders., WpHG, Wertpapierhandelsgesetz, 2. Auflage, herausgegeben von *Hirte,* Heribert/*Möllers,* Thomas, Köln 2014.

Körner, Harald Hans/*Dach,* Eberhard, Geldwäsche: Ein Leitfaden zum geltenden Recht, München 1994.

Kõve, Villu, Die Transplantate vom deutschen Recht für die Reform des Privatrechts in Estland, Juridica International 2021, S. 123–131.

Kraatz, Erik, Die Geldwäsche (§ 261 StGB), Jura 2015, S. 699–709.

Krais, Jürgen, Geldwäsche und Compliance: Praxisleitfaden für Güterhändler, München 2018.

Krämer, Gregor, Die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung: Die Tätigkeit der FATF als internationaler Standardsetter, Baden-Baden 2008.

Krause, Daniel M., Allgemeine Rechtsfragen von „Vorermittlungen", Vorprüfungen und „AR"-Verfahren, in: *Beulke,* Werner/*Müller,* Eckhart (Hg.), Festschrift zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, Neuwied 2006, S. 351–363.

Krautzberger, Michael, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private: Zum Begriff des staatlichen Bereichs, Berlin 1971.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Krimphove, Dieter/*Kruse,* Oliver, MaComp, Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 63 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, 2. Auflage, München 2019.

Kröpil, Karl, Gerechtigkeit im Strafverfahren: Zusammenspiel von materiellem und formellem Strafrecht, JR 2013, S. 553–558.

ders./Ludewig, Verena, Leerverkaufsverordnung: Aktueller Stand in Deutschland und Ausblick auf die europäische Regulierung unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Vorschläge zu den ausgestaltenden Rechtsakten, WM 2012, S. 1942–1950.

Krüger, Matthias, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, Berlin 2000.

Krugmann, Michael, Die Rechtsweggarantie des GG: Zum Gebot eines qualitativen Rechtsschutzes, ZRP 2001, S. 306–309.

Kruis, Konrad, Haftvollzug als Staatsaufgabe, ZRP 2000, S. 1–5.

Kubiciel, Michael, Strafprozessuale Verwertbarkeit digitaler Konterbande, GA 2013, S. 226–239.

Kühl, Kristian, Von der gerechten Strafe zum legitimen Bereich des Strafbaren, in: *Bloy,* René u. a. (Hg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, Berlin 2010, S. 433–450.

Kuhlen, Lothar, Anmerkung zu BGH v. 18.2.2009 – 1 StR 4/09, JR 2010, S. 270–273.

Kühne, Hans-Heiner, Der Beweiswert von Zeugenaussagen, NStZ 1985, S. 252–255.

ders., Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Auflage, Heidelberg 2015.

Kumpan, Christoph, Die Regulierung außerbörslicher Wertpapierhandelssysteme im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Recht, Berlin 2006.

Kümpel, Siegfried u. a., Bank- und Kapitalmarktrecht, 6. Auflage, Köln 2021.

Kutzner, Lars, Das Verbot der Kurs- und der Marktpreismanipulation nach § 20a WpHG: Modernes Strafrecht?, WM 2005, S. 1402–1408.

Lackner, Karl u. a., Strafgesetzbuch, 30. Auflage, herausgegeben von *Kühl,* Kristian/*Heger,* Martin, München 2023.

Lagodny, Otto, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen 1996.

Lampe, Ernst-Joachim, Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB), JZ 1994, S. 123–132.

Landau, Herbert, Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, NStZ 2007, S. 121–129.

ders., Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung: Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?, ZStW 2009, S. 965–976.

ders., Strafrecht nach Lissabon, NStZ 2011, S. 537–546.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Lange, Dirk-Fabian, Die Regulierung von Aktienleerverkäufen in der Europäischen Union und in den USA unter Berücksichtigung der ökonomischen Auswirkungen von Leerverkäufen auf die Aktienmärkte sowie unter Einbeziehung rechtshistorischer Aspekte, Berlin 2016.

Lange, Nicole, Vorermittlungen: Die Behandlung des staatsanwaltschaftlichen Vorermittlungsverfahrens unter besonderer Berücksichtigung von Abgeordneten, Politikern und Prominenten, Frankfurt am Main 1999.

dies., Staatsanwaltschaftliche Vorermittlungen: ohne rechtliche Grundlage?, DRiZ 2002, S. 264–273.

Langenbucher, Katja, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, München 2022.

dies. u. a., Zur Nutzung von Insiderinformationen nach der Marktmissbrauchsrichtlinie, BKR 2010, S. 133–136.

Lecheler, Helmut, Privatisierung: Ein Weg zur Neuordnung der Staatsleistungen?, ZBR 1980, S. 69–75.

Leip, Carsten, Der Straftatbestand der Geldwäsche: zur Auslegung des § 261 StGB, Berlin 1999.

Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Band, 12. Auflage, herausgegeben von *Laufhütte,* Heinrich Wilhelm/*Rissing-van Saan,* Ruth/*Tiedemann,* Klaus, Berlin/New York 2009.

ders., Strafgesetzbuch, 8. Band, 12. Auflage, herausgegeben von *Laufhütte,* Heinrich Wilhelm/*Rissing-van Saan,* Ruth/*Tiedemann,* Klaus, Berlin/New York 2010.

Leisch, Franz, Vorstandshaftung für falsche Ad-hoc-Mitteilungen – Ein höchstrichterlicher Beitrag zur Stärkung des Finanzplatzes Deutschland, ZIP 2004, S. 1573–1579.

Leitner, Werner/*Rosenau,* Henning, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Baden-Baden 2017.

Lenk, Maximilian, Die geldwäscherechtliche Meldepflicht gem. § 43 Abs. 1 Nr. 1 GwG: Ein Konkretisierungsversuch für nachträgliche Verdachtsfeststellungen, WM 2020, S. 115–119.

ders., Sanktionsbewehrte Melde- und Anzeigepflichten: Zu den materiell-rechtlichen Problemen einer privatisierten Kriminalitätsbekämpfung, JR 2020, S. 103–112.

Lilie-Hutz, Astrid/*Ihwas,* Saleh, Ein Ausblick auf Internal Investigations nach den VW/Jones Day-Entscheidungen: zugleich Besprechung der BVerfG Entscheidungen 2 BvR 1405/17; 2 BvR 1780/17; 2 BvR 1287/17; 2 BvR 1583/17; 2 BvR 1562/17, NZWiSt 2018, S. 349–355.

Lindemann, Michael, Voraussetzungen und Grenzen legitimen Wirtschaftsstrafrechts, Tübingen 2012.

Linder, Hans G./*Tietz,* Volker, Das große Börsenlexikon, München 2008.

Link, Christoph, Staatszwecke im Verfassungsstaat: nach 40 Jahren Grundgesetz, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Hg.), Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hannover vom 4. bis 6. Oktober 1989, Berlin 1990, S. 7–55.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Lis, Patrick, Unternehmensinterne Untersuchungen nach der sog. Jones-Day Entscheidung des BVerfG, Hamburg 2020.

Lisken, Hans/*Denninger,* Erhard, Handbuch des Polizeirechts, Gefahrenabwehr: Strafverfolgung – Rechtsschutz, herausgegeben von *Bäcker,* Matthias/*Denninger,* Erhard/*Graulich,* Kurt, München 2018.

Locke, John, Two Treatises of Government: Second Treatise of Government, 21st Edition, Cambridge 2010.

Lösler, Thomas, Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern, Berlin 2003.

Löwe, Ewald/*Rosenberg,* Werner, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 1. Band, 27. Auflage, herausgegeben von *Becker,* Jörg-Peter u. a., Berlin/Boston 2016.

dies., Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 5; Teilband 2. Band, 27. Auflage, herausgegeben von *Becker,* Jörg-Peter u. a., Berlin 2018.

dies., Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 5; Teilband 1. Band, 27. Auflage, herausgegeben von *Becker,* Jörg-Peter u. a., Berlin 2020.

Löwe-Krahl, Oliver, Das Geldwäschegesetz: ein taugliches Instrumentarium zur Verhinderung der Geldwäsche?, wistra 1994, S. 121–127.

Lutter, Marcus/*Bayer,* Walter/*Schmidt,* Jessica, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht – Grundlagen, Stand und Entwicklung nebst Text und Materialien, 6. Auflage, Berlin/Boston 2017.

Lütz, Susanne, Der Staat und die Globalisierung von Finanzmärkten: Regulative Politik in Deutschland, Großbritannien und den USA, Frankfurt am Main 2002.

Mackeben, Andreas, Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, Baden-Baden 2004.

Maiwald, Manfred, Auslegungsprobleme im Tatbestand der Geldwäsche, in: *Weigend,* Thomas/*Küpper,* Georg (Hg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin 1999, S. 631–650.

Mangoldt, Hermann von, Grundgesetz, Kommentar, 1. Band, 7. Auflage, herausgegeben von *Huber,* Peter M./*Voßkuhle,* Andreas, München 2018.

ders., Grundgesetz, Kommentar, 2. Band, 7. Auflage, herausgegeben von *Huber,* Peter M./*Voßkuhle,* Andreas, München 2018.

ders., Grundgesetz, Kommentar, 3. Band, 7. Auflage, herausgegeben von *Huber,* Peter M./*Voßkuhle,* Andreas, München 2018.

Mansdörfer, Marco, Internal Investigations: Das BVerfG inhaltsleer und provinziell? Das Jones-Day-Debakel im Spiegel der Kommentatoren und im Lichte der Strafrechtspolitik, jM 2019, S. 123–128.

Markham, Jerry W., Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation, London 2014.

Martens, Wolfgang, Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg/Berlin 1969.

Maurer, Hartmut/*Waldhoff,* Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, München 2020.

Mende, Boris, Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat, Berlin 2001.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Mertins, Torsten, Der Spannungsfall. Eine Untersuchung zur Notstandsverfassung des Grundgesetzes unter besonderer Berücksichtigung der Abwehr terroristischer Gefahren, Baden-Baden 2013.

Meyer, Andreas u. a., Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht, München 2018.

Meyer, Frank, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen: Eine Untersuchung der Strukturen und Legitimationsvoraussetzungen strafrechtlicher Normbildungsprozesse in Mehrebenensystemen, Baden-Baden 2012.

ders., Financial Intelligence Units: Epitome and Test Case of Transnational Security Law, in: *Engelhart,* Marc/*Kudlich,* Hans/*Vogel,* Benjamin (Hg.), Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention, Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag, Berlin 2021, S. 1203–1216.

ders./Hachmann, Nick, Institutionelle Bedingungen effektiver Geldwäschebekämpfung – Zu den Funktionen und Potenzialen von Financial Intelligence Units, ZStW 2022, S. 391–455.

Meyer-Goßner, Lutz/*Schmitt,* Bertram, Strafprozessordnung, mit GVG und Nebengesetzen, 65. Auflage, herausgegeben von *Schmitt,* Bertram/*Köhler,* Marcus, München 2022.

Michalke, Regina, Geldwäsche: Die Kriminalpolitik oder was uns der Fall Al Capone lehren sollte, in: *Barton,* Stephan u. a. (Hg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 449–461.

Middel, Stefan, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, Baden-Baden 2007.

Möllers, Thomas, Die juristische Aufarbeitung der Übernahmeschlacht VW-Porsche – ein Überblick, NZG 2014, S. 361–368.

ders., Marktmanipulation durch Leerverkaufsattacken und irreführende Finanzanalysen, NZG 2018, S. 649–658.

Moosmayer, Klaus, Compliance: Praxisleitfaden für Unternehmen, 4. Auflage, München 2021.

Möschel, Wernhard, Die Finanzkrise – Wie soll es weitergehen?, ZRP 2009, S. 129–133.

Möstl, Markus, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung: Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Tübingen 2002.

Mülbert, Peter/*Sajnovits,* Alexander, Das künftige Regime für Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps nach der Verordnung (EU) Nr. 236/2012, ZBB 2012, S. 266–285.

dies., Short-Seller-Attacken 2.0: Der Fall Wirecard, BKR 2019, S. 313–323.

Müller, Christian/*Starre,* Mario, Verbot der Informationsweitergabe über Verdachtsanzeigen für Institute und Unternehmen aus EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten: Ein Hindernis für die effektive Geldwäschebekämpfung?, CCZ 2014, S. 23–29.

Müller, Kai, Insiderrechtliche Mitwirkungspflichten der Kreditinstitute im Lichte des nemo-tenetur Grundsatzes, wistra 2001, S. 167–171.

Müller-Dietz, Heinz, Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß, ZStW 1981, S. 1177–1270.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Münch, Antje von, Das Spannungsverhältnis zwischen funktionaler Privatisierung und demokratischer Legitimation: Eine Untersuchung der Anwendung und Anforderungen des Demokratieprinzips auf die Einbeziehung privater Verwaltungshelfer im Vorfeld einer Verwaltungsentscheidung, Baden-Baden 2013.

Münch, Ingo von/*Kunig,* Philip, Grundgesetz, Kommentar, 1. Band, 7. Auflage, herausgegeben von *Kämmerer,* Jörn Axel/*Kotzur,* Markus, München 2021.

dies., Grundgesetz, Kommentar, 2. Band, 7. Auflage, herausgegeben von *Kämmerer,* Jörn Axel/*Kotzur,* Markus, München 2021.

Münchener Kommentar, Strafprozessordnung, 2. Band, herausgegeben von *Schneider,* Hartmut, München 2016.

ders., Aktiengesetz, 1. Band, 5. Auflage, herausgegeben von *Goette,* Wulf/*Habersack,* Mathias/*Kalss,* Susanne, München 2019.

ders., Strafgesetzbuch, 7. Band, 3. Auflage, herausgegeben von *Joecks,* Wolfgang/*Miebach,* Klaus, München 2019.

ders., Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Band, 8. Auflage, herausgegeben von *Habersack,* Mathias, München 2020.

ders., Strafgesetzbuch, 1. Band, 4. Auflage, herausgegeben von *Joecks,* Wolfgang/*Miebach,* Klaus, München 2020.

ders., Strafgesetzbuch, 3. Band, 4. Auflage, herausgegeben von *Joecks,* Wolfgang/*Miebach,* Klaus, München 2021.

ders., Strafgesetzbuch, 4. Band, 4. Auflage, herausgegeben von *Joecks,* Wolfgang/*Miebach,* Klaus, München 2021.

ders., Strafprozessordnung, 1. Band, 2. Auflage, herausgegeben von *Kudlich,* Hans, München 2023.

Müssig, Bernd, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz: Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament: am Beispiel der Rechtsgutbestimmung für die §§ 129, 129a und 324 StGB, Frankfurt am Main 1994.

Naucke, Wolfgang, Das Zerfasern des Strafrechts, in: *Althoff,* Martin u. a. (Hg.), Zwischen Anatomie und Inszenierung, Interpretationen der Entwicklung der Kriminalität und der sozialen Kontrolle – Zum Gedenken an Detlev Frehsee, Baden-Baden 2004, S. 42–56.

Nemet, Maruan/*Dittrich,* Sebastian, Risikoorientierte Geldwäsche- und Betrugsprävention, FLF 2012, S. 198–203.

Nestler, Nina, Der Schutz der äußeren Sicherheit Deutschlands durch das Strafrecht, ZStW 2013, S. 259–298.

Neubacher, Frank, Kriminologie, 4. Auflage, Baden-Baden 2020.

Neuheuser, Stephan, Die Strafbarkeit des Bereithaltens und Weiterleitens des durch „Phishing" erlangten Geldes, NStZ 2008, S. 492–497.

ders., Die Strafbarkeit des Geldwäschebeauftragten wegen Geldwäsche durch Unterlassen bei Nichtmelden eines Verdachtsfalles gemäß § 11 Abs. 1 GwG, NZWiSt 2015, S. 241–245.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Neumann, Ulfrid, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, ZStW 1989, S. 52–74.

Nienaber, Laura, Umfang, Grenzen und Verwertbarkeit compliancebasierter unternehmensinterner Ermittlungen, Baden-Baden 2019.

Niese, Werner, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen: Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, Göttingen 1950.

Nolde, Malaika, Die Privatwirtschaft als „Bundesbotnetz" der Strafverfolgungsvorsorge?, DSRITB 2012, S. 791–807.

Noll, Peter, Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für die wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität? Teil M: Sitzungsbericht über die Verhandlungen der Strafrechtlichen Abteilungen, Referat, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hg.), Verhandlungen des neunundvierzigsten Deutschen Juristentages, Band 2, München 1972.

Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Band, 5. Auflage, herausgegeben von *Kindhäuser,* Urs/*Neumann,* Ulfrid/*Paeffgen,* Hans-Ullrich, Baden-Baden 2017.

ders., Kapitalmarktstrafrecht, Straftaten, Ordnungswidrigkeiten, Finanzaufsicht, Compliance, 5. Auflage, herausgegeben von *Park,* Tido, Baden-Baden 2019.

ders., Aktien- und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, herausgegeben von *Heidel,* Thomas, Baden-Baden 2020.

ders., Ordnungswidrigkeitengesetz, Handkommentar, herausgegeben von *Gassner,* Kathi/*Seith,* Sebastian, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.

ders., Gesamtes Strafrecht, 5. Auflage, herausgegeben von *Dölling,* Dieter u. a., Baden-Baden 2022.

Nouvertné, Richard/*Ruland,* Yorick, Die leichtfertige Unterlassung von Geldwäscheverdachtsmeldungen beim Onlinebanking, WM 2017, S. 1544–1548.

Opitz, Peter, Der EuGH und die Unschuldsvermutung bei Insiderdelikten: Europa auf dem Wege in die Verdachtsstrafe?, BKR 2010, S. 72–74.

Ossenbühl, Fritz, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Hg.), Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Speyer am 8. und 9. Oktober 1970, Band 29, Berlin 1971.

ders., Eigensicherung und hoheitliche Gefahr: Rechtsgutachten zum 9. Änderungsgesetz des Luftverkehrsgesetzes vom 18. Sept. 1980 (BGBl. I 1729), Stuttgart 1981.

ders., Staatliches Fernmeldemonopol als Verfassungsgebot?, in: *Leßmann,* Herbert/*Großfeld,* Bernhard/*Vollmer,* Lothar (Hg.), Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag, Köln u. a., 1989, S. 525–546.

Ostendorf, Heribert, Organisierte Kriminalität: eine Herausforderung für die Justiz, JZ 1991, S. 62–70.

Osterloh, Lerke, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Hg.), Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Halle/Saale vom 5. bis 8. Oktober 1994, Berlin 1995, S. 204–242.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Oswald, Katharina, Die Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche (§ 261 StGB i. V. m. dem GwG): Eine kriminologische, empirische Untersuchung, Freiburg 1997.

Ott, Nicolas/*Lüneborg,* Cäcilie, Internal Investigations in der Praxis: Umfang und Grenzen der Aufklärungspflicht, Mindestaufgriffsschwelle und Verdachtsmanagement, CCZ 2019, 71–80.

Otto, Harro, Das strafrechtliche Risiko der gesetzlichen Vertreter und Geldwäschebeauftragten der Kreditinstitute nach dem Geldwäschegesetz, wistra 1995, S. 323–328.

Paeffgen, Hans-Ullrich, Gesetzgebers Geisterbahnen mit echten Falltüren: Oder: Terrorismus„Bekämpfung" zur gesamten Hand, in: *Safferling,* Christoph u. a. (Hg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburstag, Heidelberg 2017, S. 725–742.

Park, Tido, Vermögensstrafe und „modernes" Strafrecht: eine verfassungsrechtliche, strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung zu § 43a StGB, Berlin 1997.

ders., Die Entwicklung des Kapitalmarktstrafrechts, in: *Beulke,* Werner/*Müller,* Eckhart (Hg.), Festschrift zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, Neuwied 2006, S. 229–242.

ders., Kapitalmarktstrafrecht und Anlegerschutz, NStZ 2007, S. 369–377.

Peine, Franz-Joseph, Grenzen der Privatisierung: Verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, S. 353–365.

Penna, Marc, The ‚Pre-investigative' Role of Financial Intelligence Units in Recovering Assets, in: *Ligeti,* Katalin/*Simonato,* Michele (Hg.), Chasing Criminal Money, Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU, Oxford/Portland 2017, S. 269–286.

Peters, Hans, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: *Dietz,* Rolf/*Hübner,* Heinz (Hg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag am 21. Januar 1965, Band 2, S. 877–895.

Petzsche, Anneke, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung: Eine vergleichende Untersuchung der Bekämpfung terroristischer Vorbereitungshandlungen in Deutschland, Großbritannien und Spanien, Baden-Baden/Bern 2013.

Pfisterer, Uwe, Machtmissbrauch im Wertpapierhandel durch Insider: Implikationen für die Bundesrepublik Deutschland aus Erfahrungen in den USA, Tübingen 1976.

Pieroth, Bodo, Materielle Rechtsfolgen grundgesetzlicher Kompetenz- und Organisationsnormen, AöR 1989, S. 422–450.

Pieth, Mark, Criminalizing the Financing of Terrorism, JICJ 2006, S. 1074–1086.

Poelzig, Dörte, Insider- und Marktmanipulationsverbot im neuen Marktmissbrauchsrecht, NZG 2016, S. 528–538.

dies., Kapitalmarktrecht, München 2018.

Poller, Michelle, Neuer Sanktionsrahmen auf dem Gebiet der Marktmanipulation nach dem aktuellen europäischen Marktmissbrauchsrecht: Europarechtskonformität des 1. FimaNoG?, Halle 2017.

Popp, Andreas, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren: Eine Darstellung am Beispiel der Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren, Berlin 2005.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ders., Theorie des Strafverfahrens und allgemeine Verfahrensrechtswissenschaften, GVRZ 2018, S. 3–7.

President's Commission on Organized Crime (Hg.), The Cash Connection: Organized Crime, Financial Institutions, and Money Laundering: Interim Report to the President and the Attorney General, Washington D.C. 1984.

Preuß, Wolfgang, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen: Untersucht am Beispiel des verfassungsrechtlichen Status kultureller Organisationen, Stuttgart 1969.

Priebe, Reinhard, Maßnahmen der EU gegen Terrorismusfinanzierung, in: *Albers,* Marion/*Groth,* Lena (Hg.), Globales Recht und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, Baden-Baden 2015, S. 291–307.

Putzke, Holm, Gefahrgeneigte Tätigkeiten – oder: Zur Strafbarkeit berufstypischen Verhaltens, zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 22.1.204 – 5 StR 468/12, sowie OLG München, Beschl. v. 3.11.2014 – OLG 15 Ss 66/14, ZJS 2014, S. 635–647.

Radtke, Henning/*Steinsiek,* Mark, Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen? Zum Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten (Referentenentwurf des BMJ vom 21.4.2008), ZIS 2008, S. 383–396.

Ransiek, Andreas, Insiderstrafrecht und Unschuldsvermutung: Anmerkung zu EuGH v. 23.12.2009 – Rs. C-55/08, wistra 2011, S. 1–4.

Raschke, Andreas, Geldwäsche und rechtswidrige Vortat: Eine Analyse der Irrtumsproblematik am Beispiel der Geldwäsche, Baden-Baden 2014.

ders., Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 31. Januar 2020 – 2 BvR 2992/14: Doppelter Anfangsverdacht bei der Geldwäsche, NZWiSt 2020, S. 282–285.

Rebler, Adolf, Verkehrsüberwachung durch Private: Ein Dauerbrenner: Privatisierung staatlicher Aufgaben, SVR 2011, S. 1–5.

Rebscher, Erich/*Vahlenkamp,* Werner, Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland: Bestandsaufnahme, Entwicklungstendenzen und Bekämpfung aus Sicht der Polizeipraxis, Wiesbaden 1988.

Reeb, Philipp, Internal Investigations: Neue Tendenzen privater Ermittlungen, Berlin 2011.

Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil I: Vermögensdelikte, 24. Auflage, München 2022.

Renners, Stephan, Private Investigation und Arbeitsrecht, Hamburg 2007.

Rennert, Klaus, Legitimation und Legitimität des Richters, JZ 2105, S. 529–580.

Renz, Hartmut/*Leibold,* Michael, Die neuen strafrechtlichen Sanktionsregelungen im Kapitalmarktrecht, CCZ 2016, S. 157–172.

Reynolds, Carmen/*Rutter,* Mathew, Market abuse: A pan-Euopean approach, JFRC 2004, S. 306–314.

Richter, Christian, Anfangsverdacht für Geldwäsche: Probleme mit der Verdachtsgewinnung, der Einleitung des Ermittlungsverfahrens und den ersten Ermittlungen, Göttingen 2009.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Richter, Hans, Zur Wirtschaftskriminalität: Ursachen und Bedeutung, in: *Müller-Gugenberger,* Christian/*Bieneck,* Klaus (Hg.), Wirtschaftsstrafrecht: Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, 5. Auflage, Köln 2011.

Riehle, Eckart, Funktionstüchtige Strafrechtspflege contra strafprozessuale Garantien, KJ 1980, S. 316–324.

Ritz, Corinna, ESMA Level 2 – Vorschläge zu Eigengeschäften von Führungskräften (director's dealings) und Insiderlisten, RdF 2015, S. 268–275.

Ronellenfitsch, Michael, Private Verkehrsüberwachung, DAR 1997, S. 147–153.

ders., Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben, DÖV 1999, S. 705–711.

Rönnau, Thomas/*Samson,* Erich, Wirtschaftsstrafrecht, 1. Band, Köln 2003.

Rotsch, Friederike/*Mutschler,* Magnus/*Grobe,* Tony, Der Regierungsentwurf zum Verbandssanktionengesetz: kritische Analyse und Ausblick, CCZ 2020, S. 169–182.

Rotsch, Thomas, Criminal Compliance in Theorie und Praxis des Wirtschaftsstrafrechts, in: *ders.* (Hg.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, Baden-Baden 2013, S. 1–17.

Roxin, Claus, Was ist Beihilfe?, in: *Kühne,* Hans-Heiner (Hg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses, Baden-Baden 1995, S. 501–518.

ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003.

ders., Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre, München 2006.

ders./Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch, 29. Auflage, München 2017.

Rudolph, Bernd, Antizipierte Strafverfolgung: Zum Regelungsstandort der Strafverfolgungsvorsorge unter Beachtung strafverfahrensrechtlich-funktionaler Aspekte, Köln 2005.

Rüping, Hinrich/*Dornseifer,* Gerhard, Dysfunktionales Verhalten im Prozeß, JZ 1977, S. 417–420.

Sachs, Michael, Grundgesetz, 9. Auflage, München 2021.

Salditt, Franz, Der Tatbestand der Geldwäsche, StraFo 1992, S. 121–132.

Saliger, Frank, Geldwäsche als „crime in progress": Der Fall Commerzbank, Strafbarkeitsrisiken für Bankmitarbeiter und die Grenzen des Präventionsstrafrechts, in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt am Main* (Hg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, Frankfurt am Main 2007, S. 447–469.

Sarhan, Amr, Wie viel Kooperation zwischen Unternehmen und der Strafjustiz bei der Aufklärung verbandsinterner Kriminalität verträgt der Strafprozess?, wistra 2017, S. 336–344.

Sauer, Hubert, Rechtsnatur der Entscheidung des amtlich anerkannten Sachverständigen oder Prüfers beim Technischen Überwachungsverein über Bestehen oder Nichtbestehen der Fahrprüfung, DVBl 1970, S. 486–495.

Sauer, Wilhelm, Allgemeine Prozessrechtslehre: Zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis, Berlin 1951.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Saul, Ben, The Legal Black Hole in United Nations Counterterrorism, online verfügbar unter: https://theglobalobservatory.org/2021/06/the-legal-black-hole-in-united-nations-counterterrorism/, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

Schäfer, Frank/*Hamann,* Uwe, Kapitalmarktgesetze, 2. Auflage, Stuttgart 2013.

Schäfer, Holger, Die MaComp und das Erfordernis der Unabhängigkeit, Wirksamkeit und Dauerhaftigkeit von Compliance, BKR 2011, S. 45–57.

Schall, Alexander, Insiderinformation und zivilrechtliche Aufklärungspflicht – Das Leitbild des Individualvertrags als neue Perspektive, JZ 2010, S. 392–397.

Scharnberg, Josephine, Illegale Internal Investigations: Strafrechtliche Grenzen unternehmensinterner Ermittlungen, Frankfurt am Main 2015.

Schemmel, Alexander/*Kirch-Helm,* Claudio, „Willfull Blindness" im Wirtschaftsstrafrecht – Kann gewollte Unwissenheit vor Strafe schützen?, CCZ 2008, S. 96–100.

Schimpfhauser, Eva Maria, Das Gewaltmonopol des Staates als Grenze der Privatisierung von Staatsaufgaben: Dargestellt am Beispiel des Strafvollzugs, Frankfurt am Main 2009.

Schindler, Jonathan, Ist § 261 StGB noch zu retten? Anmerkungen zur Geldwäschebekämpfung im Lichte des Referentenentwurfs vom 11.8.2020, NZWiSt 2020, S. 457–469.

Schirra, Andreas, Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, Frankfurt am Main 2002.

Schittenhelm, Ulrike, Alte und neue Probleme der Anschlußdelikte im Lichte der Geldwäsche, in: *Eser,* Albin (Hg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 519–538.

Schlimbach, Friedrich, Leerverkäufe: Die Regulierung des gedeckten und ungedeckten Leerverkaufs in der Europäischen Union, Tübingen 2015.

Schlitt, Christian, Das Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie: wesentliche Neuerungen für Versicherungsunternehmen, VersR 2017, S. 1313–1321.

Schmidhäuser, Eberhard, Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, in: *Bockelmann,* Paul/*Gallas,* Wilhelm (Hg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961, S. 511–524.

Schmidt, Eberhard, Justitia fundamentum regnorum: Fünf Vorträge über Macht und Recht, Staat und Justiz, Heidelberg 1947.

ders., Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Göttingen 1952.

ders., Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz: Rechtsgutachten, DRiZ 1957, S. 273–283.

ders., Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Auflage, Göttingen 1964.

Schmidt, Heiner Christian, Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe, ZStW 2009, S. 645–670.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin/Heidelberg 1998.

Schmidt-Jortzig, Edzard, Möglichkeiten einer Aussetzung des strafverfolgerischen Legalitätsprinzips bei der Polizei, NJW 1989, S. 129–138.

Schmolke, Klaus Ulrich, Der Lamfalussy-Prozess im Europäischen Kapitalmarktrecht: Eine Zwischenbilanz, NZG 2005, S. 912–919.

ders., Das Verbot der Marktmanipulation nach dem neuen Marktmissbrauchsregime, AG 2016, S. 434–445.

Schneider, Dieter, Geschichte betriebswirtschaftlicher Theorie, München/Wien 1981.

Schoch, Friedrich/*Schneider,* Jens-Peter, Verwaltungsrecht VwGO Kommentar, 1. Band, 43. EL, München 2022.

Scholz, Rupert, Verkehrsüberwachung durch Private?, NJW 1997, S. 14–18.

Schönke, Adolf/*Schröder,* Horst, Strafgesetzbuch, 30. Auflage, München 2019.

Schott, Paul Allan, Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, Washington D.C. 2006.

Schreiber, Hans-Ludwig, Tendenzen der Strafprozessreform, in: *Beulke,* Werner u. a. (Hg.), Strafprozess und Reform, Eine kritische Bestandsaufnahme, Neuwied/Darmstadt 1979, S. 15–29.

Schröder, Christian, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 4. Auflage, Köln 2020.

ders./Sethe, Rolf, Kapitalmarktrecht und Pressefreiheit: Rechtliche Risiken des investigativen Journalismus und der Berichterstattung über börsennotierte Unternehmen, Baden-Baden 2011.

Schulenburg, Johanna, Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Strafverfahren, JuS 2004, S. 765–770.

Schüler, Martin, Germany, in: *Masciandaro,* Donato (Hg.), Handbook of Central Banking and Financial Authorities in Europe: New Architectures in the Supervision of Financial Markets, Cheltenham 2005, S. 288–310.

Schulz, Harald, Der Einfluss von Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln auf die Entwicklung der Aktienkurse: Eine empirische Untersuchung für den Zeitraum von 1960 bis 1969 unter Berücksichtigung von Insider-, Publizitäts- und Splittingeffekten, Göttingen 1972.

Schulz, Lorenz, Normiertes Misstrauen: Der Verdacht im Strafverfahren, Frankfurt am Main 2001.

Schulze-Fielitz, Helmuth, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung: Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung von Staatsaufgaben, in: *Grimm,* Dieter (Hg.), Wachsende Staatsaufgaben, sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 11–47.

Schumann, Kay, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat: Zur Rechtfertigung des beschuldigten „Berufsgeheimnispflichtigen" (gem. § 203 Abs. 1 StGB) bei Offenbarungen zu Lasten unbeteiligter Geheimnisträger, Baden-Baden 2016.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schwan, Eggert, Die Abgrenzung des Anwendungsbereiches der Regeln des Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfolgungsrechtes von dem des Rechtes der Gefahrenabwehr, VerwArch 1979, S. 109–130.

Schwark, Eberhard/*Zimmer,* Daniel, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Auflage, München 2010.

dies., Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Auflage, München 2020.

Schwintek, Sebastian, Die Anzeigepflicht bei Verdacht von Insidergeschäften und Marktmanipulation nach § 10 WpHG, WM 2005, S. 861–868.

Senge, Lothar, Zur Zulässigkeit staatsanwaltlicher Vorermittlungen, in: *Michalke,* Regina u. a. (Hg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag, Berlin 2008, S. 701–718.

Shatterly, Daryl, Starving the Terrorists of Funding: How the United States Treasury is fighting the War on Terror, Regent U. Law Review 2006, S. 327–348.

Sidow, Friedrich Wilhelm, Die Vereinbarkeit der steuerlichen Mitwirkungspflichten mit dem Grundgesetz, Hamburg 1969.

Sieber, Ulrich, Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt: Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im „Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten", NStZ 2009, S. 353–364.

ders./Vogel, Benjamin, Terrorismusfinanzierung: Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorlagen, Berlin 2015.

Sodan, Helge, Der Anspruch auf Rechtsetzung und seine prozessuale Durchsetzbarkeit, NVwZ 2000, S. 601–608.

Soesters, Frank, Die Insiderhandelsverbote des Wertpapierhandelsgesetzes: Wirtschaftsstrafrecht europäischen Ursprungs, Frankfurt am Main u. a. 2002.

Sommer, Ulrich, Geldwäschemeldungen und Strafprozess, StraFo 2005, S. 327–334.

Sommermann, Karl-Peter, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen 1997.

Spernath, Valentin, Strafbarkeit und zivilrechtliche Nichtigkeit des Ankaufs von Bankdaten, NStZ 2010, S. 307–312.

Spiske, Wolfgang, Pecunia olet? Der neue Geldwäschetatbestand § 261 StGB im Verhältnis zu den §§ 257, 258, 259 StGB, insbesondere zur straflosen Ersatzhehlerei, Frankfurt am Main u. a. 1997.

Stage, Diana, Strafbare Marktmanipulation während der Aktienemission im engeren Sinne, Baden-Baden 2016.

Steiger, Max, Die Causa Wirecard: Compliance im Spannungsfeld zwischen der Finanz- und der Tech-Branche, CCZ 2021, S. 12–17.

Steiner, Udo, Öffentliche Verwaltung durch Private, DÖV 1970, S. 526–532.

ders., Öffentliche Verwaltung durch Private: Allgemeine Lehren, Hamburg 1975.

Stober, Rolf, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, NVwZ 1982, S. 473–479.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Stoffer, Hannah, Wie viel Privatisierung „verträgt" das strafprozessuale Ermittlungsverfahren? Eine Untersuchung zur Zulässigkeit privater Beweisbeschaffung und zur Verwertbarkeit auf diese Weise erlangter Beweismittel im Strafverfahren, Tübingen 2016.

Strauß, Thomas, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum: Zur Bedeutung des Art. 33 Abs. 4 GG, Berlin 2000.

Streinz, Rudolf/*Ohler,* Christoph, § 20a WpHG in rechtsstaatlicher Perspektive: Europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen an das Verbot von Kurs- und Marktpreismanipulationen, WM 2004, S. 1309–1317.

Stümper, Alfred, Prävention und Repression als überholte Unterscheidung?, Kriminalstatistik 1975, S. 49–55.

ders., Systematisierung der Verbrechensbekämpfung: Die Herausforderung von Politik, Justiz und Polizei durch eine sich tiefgreifend verändernde Sicherheitsproblematik, Stuttgart 1981.

Swoboda, Sabine, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW 2010, S. 24–50.

Sydow, Gernot, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 3. Auflage, Baden-Baden 2022.

Systematischer Kommentar, Strafprozessordnung, Mit GVG und EMRK, 3. Band, 5. Auflage, herausgegeben von *Wolter,* Jürgen, Köln 2016.

ders., Strafgesetzbuch, 3. Band, 9. Auflage, herausgegeben von *Wolter,* Jürgen, Köln 2019.

ders., Strafgesetzbuch, 5. Band, 9. Auflage, herausgegeben von *Wolter,* Jürgen, Köln 2019.

Szesny, André, Finanzmarktaufsicht und Strafprozess: Die Ermittlungskompetenzen der BaFin und der Börsenaufsichtsbehörden nach Kreditwesengesetz, Wertpapierhandelsgesetz und Börsengesetz und ihr Bezug zum Strafprozessrecht, Hamburg 2008.

ders., Das Sanktionsregime im neuen Marktmissbrauchsrecht, DB 2016, S. 1420–1425.

Taheri, Chorusch, Das Hawala-System: Eine zahlungsdienstrechtliche Variante im Fokus, BKR 2020, S. 133–136.

Taschke, Jürgen, Zur Entwicklung der Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen in der Bundesrepublik Deutschland: Teil 3 – Auf dem Weg zur Privatisierung der Strafverfolgung, NZWiSt 2012, S. 89–94.

Theile, Hans u. a., Domestizierung von Internal Investigations?, ZStW 2014, S. 803–843.

Thiemeyer, Theo/*Blankart,* Charles B., Öffentliche Unternehmen und ökonomische Theorie – Referate und Diskussionsbeiträge eines Kolloquiums des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für Öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft am 2. und 3. Oktober 1986 in der Universität Mannheim, Baden-Baden 1987.

Thomas, Stefan, Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, S. 423–444.

Tippach, Stefan, Das Insider-Handelsverbot und die besonderen Rechtspflichten der Banken, Köln 1995.

Töller, Annette, Freiwillige Regulierung zwischen Staat und Markt: Der Deutsche Corporate-Governance-Kodex, dms 2009, S. 293–313.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Tountopoulos, Vassilios, Marking the Close nach Europäischem Kapitalmarktrecht, WM 2013, S. 351–357.

Transparency International e. V., Geldwäsche bei Immobilien in Deutschland: Umfang des Problems und Reformbedarf, online verfügbar unter: http://docs.dpaq.de/14244-studie_geldwa_sche.pdf, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Geldwäschebekämpfung in Deutschland: Probleme, Lösungsvorschläge und Beispielsfälle, Berlin 2021.

Travers, Daniel/*Michaelis,* Marcel, Der neue § 261 StGB: Die deutsche Umsetzung der EU-Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, NZWiSt 2021, S. 125–132.

Trüg, Gerson, Zur strafrechtlichen Relevanz von Leerverkäufen, in: *Hiebl,* Stefan/*Kassebohm,* Nils/*Lillie,* Hans (Hg.), Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11.11.2009, Baden-Baden 2009, S. 637–664.

ders., Konzeption und Struktur des Insiderstrafrechts, Tübingen 2014.

Uibeleisen, Maximilian, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inpflichtnahme Privater: Dargestellt am Beispiel des Kontenresearches gemäß § 25 a Abs. 1 Nr. 6 KWG, Frankfurt am Main 2006.

Urmersbach, Bruno, Bruttoinlandsprodukt (BIP) in den USA bis 2026, online verfügbar unter: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/14418/umfrage/bruttoinlandsprodukt-in-den-usa/, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

Utama, Pako, Gatekeepers' Role as a Fundamental Key in Money Laundering, IndLawRev 2016, S. 180–206.

van Duyne, Petrus, Money Laundering Policy: Fears and Facts, in: *ders./Lampe,* Klaus von/*Newell,* James (Hg.), Criminal Finances and Organising Crime in Europe, Nijmegen 2003, S. 72–109.

Veil, Rüdiger, Die Ad-hoc-Publizitätshaftung im System kapitalmarktrechtlicher Informationshaftung, ZHR 2003, S. 365–402.

ders., Europäisches Kapitalmarktrecht, 2. Auflage, Tübingen 2022.

Ventoruzzo, Marco/*Mock,* Sebastian, Market abuse regulation, Oxford 2017.

Vogel, Benjamin Strafbarkeit der Geldwäsche als Firewall der legalen Wirtschaft: Plädoyer für eine grundlegende Reform des § 261 StGB, ZRP 2020, S. 111–115.

ders./Maillart, Jean-Baptiste (Hg.), National and International Anti-Money Laundering Law, Developing the Architecture of Criminal Justice, Regulation and Data Protection, Cambridge u. a. 2020.

Vogel, Joachim, Geldwäsche: Ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?, ZStW 1997, S. 335–356.

Vogel, Klaus, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959.

Voß, Marko, Die Tatobjekte der Geldwäsche, Köln u. a. 2007.

Voßkuhle, Andreas, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Hg.), Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in St. Gallen vom 1. bis 5. Oktober 2002, Berlin 2003 S. 266–335.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wabnitz, Heinz-Bernd u. a., Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Auflage, München 2020.

Wackernagel, Udo/*Graßie,* Christian, Die Beauftragung von IT-Forensikern im Ermittlungsverfahren: Zulässige Sachverständigenbeauftragung oder unzulässiges Outsourcing originärer Ermittlungstätigkeit?, NStZ 2021, S. 12–18.

Waechter, Kai, Die Organisation der Verkehrsüberwachung: Auch zur Auslegung des Art. 33 IV GG, NZV 1997, S. 329–340.

Wagner, Gerhard, Gatekeeper Liability: A Response to the Financial Crisis, in: *Kaal,* Wulf/*Schmidt,* Matthias/*Schwartze,* Andreas (Hg.), Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner, Tübingen 2014, S. 1067–1096.

Walder, Hans, Grenzen der Ermittlungstätigkeit, ZStW 1983, S. 862–893.

Wastl, Ulrich, Zwischenruf: Privatisierung staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen, ZRP 2011, S. 57–58.

Weber, Martin, Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2003, NJW 2004, S. 28–38.

Weferling, Laura/*Engelbrecht,* Oliver, WpHG und GwG Verdachtsmeldungen: Vergleich der rechtlichen Anforderungen und praktischen Umsetzung, ZRFC 2016, S. 218–223.

Weick-Ludewig, Verena/*Sajnovits,* Alexander, Der Leerverkaufsbegriff nach der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 (EU-LVVO): Unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeit einer gespaltenen Auslegung von europäischem Verordnungsrecht und nationalem Ordnungswidrigkeitenrecht, WM 2014, S. 1521–1528.

Weigend, Thomas, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt, in: *ders./Küpper,* Georg (Hg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin 1999, S. 917–938.

Weiler, Rudolf, Wirtschaftsethik, Graz 1993.

Weiner, Bernhard, Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben: Eine Untersuchung mit verfassungsrechtlichem Schwerpunkt, Frankfurt am Main 2001.

Weiß, Wolfgang, Privatisierung und Staatsaufgaben: Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz, Tübingen 2002.

ders., Dezentrale Agenturen in der EU-Rechtsetzung, EuR 2016, S. 631–666.

Weißer, Bettina, Der „Kampf gegen den Terrorismus": Prävention durch Strafrecht?, JZ 2008, S. 388–395.

dies., Expertokratie? Über Macht und Ohnmacht von Experten im Hinblick auf die Strafrechtsentwicklung, ZStW 2017, S. 961–994.

Weistroffer, Christian, Credit Default Swaps: Auf dem Weg zu einem robusteren System, Frankfurt am Main 2010.

Weltwirtschaftsforum (WEF)/Stolen Assets Recovery Initiative (STAR) (Hg.), The Role and Responsibilities of Gatekeepers in the Fight against Illicit Financial Flows: A Unifying Framework, Cologny 2021.

Wenzel, Henning, Rechtliche Grundlagen der IT-Forensik, NZWiSt 2016, S. 85–93.

Werner, Gerhard, Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft, Freiburg im Breisgau 1996.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Werner, Maja, Die Tathandlungen der Geldwäsche und die Tathandlungen der Hehlerei, in: *Bergmann,* Marcus (Hg.), Geldwäsche, Materiellrechtliche und prozessuale Überlegungen, Halle an der Saale 2019, S. 111–139.

Wessing, Jürgen, Compliance: oder wie sich der Staat aus der Kriminalprävention stiehlt, in: *Hassemer,* Winfried/*Kempf,* Eberhard/*Moccia,* Sergio (Hg.), In Dubio Pro Libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, München 2009, S. 867–883.

Weßlau, Edda, Vorfeldermittlungen: Probleme der Legalisierung „vorbeugender Verbrechensbekämpfung" aus strafprozessualer Sicht, Berlin 1989.

Wilke, Dieter, Gebührenrecht und Grundgesetz: Ein Beitrag zum allgemeinen Abgabenrecht, München 1973.

Wirtschaftsprüferkammer (WPK) (Hg.), Anwendungs- und Auslegungshinweise zum GwG, 2020, online verfügbar unter: https://www.wpk.de/fileadmin/documents/Mitglieder/Geldwaesche/WPK-Bekaempfung_der_Geldwaesche-Anwendungshinweise.pdf, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (Hg.), Geldwäscheaufsicht im Nicht-Finanzsektor: Sachstand, WD 4 - 3000 - 123/19, 2019, online verfügbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/670340/4c7721876f2aa5abb64acce6c4f63e54/WD-4-123-19-pdf-data.pdf, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

Wobst, Felix/*Ackermann,* Julian, Der Zweckveranlasser wird 100 – Ein Grund zum Feiern?, JA 2013, S. 916–920.

Wohlers, Wolfgang, Insiderhandel und Kursmanipulation – Prüfstein der Frage, wie weit sich Strafrechtsnormen an der Realität des Marktes zu orientieren haben, ZStW 2013, S. 443–480.

Wojtek, Ralf, Insider Trading im deutschen und amerikanischen Recht, Berlin 1978.

Wollersheim, Sascha, Von der Krise zur Allfinanzaufsicht – Entstehung, Entwicklung und Herausforderungen der Bankenaufsicht in Deutschland (BaFin) und der Schweiz (FINMA) im historischen und internationalen Kontext, Hamburg 2015.

Wolf, Niklas, Gegenstände der Geldwäsche (und das Problem der Kontamination): Was rührt aus einer Vortat her?, in: *Bergmann,* Marcus (Hg.), Geldwäsche, Materiellrechtliche und prozessuale Überlegungen, Halle an der Saale 2019, S. 63–92.

Wölfl, Bernd, Vorermittlungen der Staatsanwaltschaft, JuS 2011, S. 478–481.

Wolter, Jürgen, Strafverfahrensrecht und Strafprozessreform, GA 1985, S. 49–92.

ders., Heimliche und automatisierte Informationseingriffe wider Datengrundrechtsschutz: Gesamtanpassung vor Gesamtreform von Strafprozeß- und Polizeirecht, GA 1988, S. 49–90.

ders., Datenschutz und Strafprozeß: Zum Verhältnis von Polizeirecht und Strafprozeßrecht, ZStW 1995, S. 793–843.

Yadav, Pradeep/*Fotak,* Veljko/*Raman,* Vikas, Naked short selling: The emperor's new clothes?, CFR working paper, Köln 2010

Young, Mary Alice, The dark figure of money laundering, JFC 2015, S. 573–574.

Zabel, Benno, Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts, ZIS 2014, S. 340–347.

Zapfe, Henrik, Compliance und Strafverfahren: Das Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteressen und Beschuldigtenrechten, Frankfurt am Main 2013.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zeitler, Franz-Christoph, Vergessene Ursachen der Banken- und Finanzkrise, WM 2012, S. 673–678.

Zentes, Uta/*Wybitul,* Tim, Interne Sicherungsmaßnahmen und datenschutzrechtliche Grenzen bei Kreditinstituten sowie bei anderen Instituten des Finanzwesens: Neue Anforderungen zur Verhinderung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und sonstigen strafbaren Handlungen, CCZ 2011, S. 90–95.

Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (FIU-Deutschland) (Hg.), Informationen zur Software goAML, online verfügbar unter: https://www.zoll.de/DE/FIU/Software-goAML/Allgemeines/allgemeines_node.html;jsessionid=1F7DE855A0437314–7B94E698140A00CB.internet671, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Jahresbericht 2018, online verfügbar unter: https://www.zoll.de/DE/FIU/Fachliche-Informationen/Jahresberichte/jahresberichte_node.html, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Jahresbericht 2019, online verfügbar unter: https://www.zoll.de/DE/FIU/Fachliche-Informationen/Jahresberichte/jahresberichte_node.html, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Jahresbericht 2020, online verfügbar unter: https://www.zoll.de/DE/FIU/Fachliche-Informationen/Jahresberichte/jahresberichte_node.html, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

dies., Jahresbericht 2021, online verfügbar unter: https://www.zoll.de/DE/FIU/Fachliche-Informationen/Jahresberichte/jahresberichte_node.html, zuletzt geprüft am 08.01.2023.

Ziemons, Hildegard, Neuerungen im Insiderrecht und bei der Ad-hoc Publizität durch die Marktmissbrauchsrichtlinie und das Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes, NZG 2004, S. 537–543.

Zimmermann, Frank, Tendenzen der Strafrechtsangleichung in der EU: Dargestellt anhand der Bestrebungen zur Bekämpfung von Terrorismus, Rassismus und illegaler Beschäftigung, ZIS 2009, S. 1–10.

Ziouvas, Dimitris, Das neue Kapitalmarktstrafrecht: Europäisierung und Legitimation, Köln 2005.

Zuberbühler, Daniel, Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei? Sicht eines Bankaufsehers, in: *Pieth,* Mark/*Dietzi,* Hanspeter (Hg.), Bekämpfung der Geldwäscherei, Modellfall Schweiz?, Basel 1992, S. 29–66.

https://doi.org/10.5771/9783748917267, am 05.06.2024, 20:29:02
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb