

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 Tatsachenslage 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 Ermittlungspersonen⁸¹⁹ 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).

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.

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; Kölbl, 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.

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, *Vorfelddermittlungen*, 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).

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 Verdachtsmeldspflicht 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.

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.); Jahn, Initiativermittlungen (2011); Senge, in: FS- Hamm (2008), 701 (701 ff.).

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.).

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.

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 Anfangsverdachts 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 Anfangsverdachts nicht berufen. Ebenso unzulässig sind schwerwiegende oder tiefgreifende Grundrechts-

856 Hilger, in: Wolter/u. a. (Hg.), FG Hilger, II (12 ff.); Himmelreich, Insiderstrafverfolgung, S. 145; Jahn, in: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M.* (Hg.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafverfahrens*, 545 (557); Jahn, 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); Jahn, Initiativermittlungen, S. 8; Lange, Vorermittlungen, S. 34 ff.; dies., DRiZ 2002, 264 (265); Rudolph, Antizipierte Strafverfolgung, S. 190; LG Offenburg NSTZ 1993.

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. III; 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-Göfner/Schmitt-StPO*, § 152 StPO, Rn. 4b.

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.).

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

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 Jahnke, 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.

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.

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.

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 Anfangsverdachts 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 Initiativmittlungen 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, II (17); *Lange*, Vorermittlungen, S. 223 ff.

881 *Albers*, Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 116 ff.; *Hilger*, in: *Wolter/u. a.* (Hg.), FG Hilger, II (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.

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 gehandelt 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 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 Bußgeldtatbeständen⁸⁸⁵ – 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, *Öztürk gegen Deutschland*, Urteil vom 21.2.1984 – 8544/79; BVerfG NJW 1969, 1619 (1619 ff.); Bülte, OWiR, § 1, Rn. 1; Kleszczewski, 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. 7f. 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.

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 Kleszczewski, OWiR, § 9, Rn. 708; Lutz, in: *KK-OWiG*, Vor § 53, Rn. 36.

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 aufsehererregende 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.

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.

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.

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 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; *Uebeisen*, Inpflichtnahme Privater, S. 60.

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, II (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).

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 abgesichert 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: *Burgi*, 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, II (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).

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).

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: Krautzbberger, 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 Ronellenfitch, DÖV 1999, 705 (708); Stoffer, Privatisierung Ermittlungsverfahren, S. 29.

930 Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 195; Mackeben, Grenzen der Privatisierung, S. 55.

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 auf tun, 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.

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 Verfassungsrank 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).

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.

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 Rechtsstaatlichkeit, 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 *Mörtl*, Staatliche Garantie, S. 9 ff.; *Schimpfhauser*, Gewaltmonopol, S. 36 m. w. N.

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*, *NSZ* 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.

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 Regelungsbe- reich 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.

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.

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.

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.

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.

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-Göfner/Schmitt-StPO, Vor § 141 GVG, Rn. 1.

991 Hillgruber, in: Dürig/u. a.-GG, Art. 92 GG, Rn. 53.

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.

tionelle Garantie des Beamtentums, wonach der Verwaltungsapparat auf ausreichend qualifiziertes, zuverlässiges und verfassungstreuendes Personal zurückgreifen muss.⁹⁹⁵ In dieser Weise soll die Kontinuität hoheitlicher Staatsfunktionen abgesichert werden – Beamte sollen als personelle Garanten für die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung eintreten.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 Organisationsvorschrift¹⁰⁰⁰ 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).

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 Strafrechtspflege¹⁰⁰³ 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).

„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-Göfner/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,

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 Strafanpruch 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).

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 Ermittlungsergebnissen¹⁰¹⁴ 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-Fielitz*, 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.

„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.

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 Ermittlungen¹⁰²⁶ 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 *Rebber*, 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.

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 abgesichert 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.

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).

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.

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).

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 Überprüfbarkeit, 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).

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 entinnen, hat das Bundesverfassungsgericht in Anknüpfung an das Schrifttum¹⁰⁴⁸ ein Untermaßverbot entwickelt.¹⁰⁴⁹ Dieses beschränkt eine gerichtliche Überprüfung grundrechtlicher Schutzpflichten zum einen auf eine Ergebniskontrolle und lässt die Frage des Wie einer Schutzpflichtenerfüllung 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 funktions-tüchtigen 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).

Hinsichtlich des Ermittlungsverfahrens ergibt sich die Grenze der Mitwirkung Privater aus dem Postulat der Gewährleistung einer funktions-tüchtigen 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 Belehene 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.

Forschungsfrage gesucht werden, ob und inwiefern der Staat im Wege von Verdachtsmeldepflichten auf Private zum Zwecke der strafverfolgerischen Verdachtsgewinnung zurückgreifen kann.

1. 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.

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. Indienst- bzw. 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.

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 Persönlichkeitsrecht¹⁰⁷⁰ 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).

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).

zelter 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 *Indienstnahme* ausschließlich die zwangsweise Übernahme öffentlicher *Dienstleistungen* 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).

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.).

Handlungsformen für Private nicht ohne Weiteres als Einfallstor zur Auf-erlegung 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 Natur¹⁰⁸⁶ 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, I (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 „unauffgbaren 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.

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.; *Ubeleisen*, 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; *Vofßkuhle*, in: VVDStRL 2002, 226 (300, Fn. 139).

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.

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_a_ua.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.

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 Anfangsverdachts¹⁰⁹⁷ eine gleichlaufende Begrenzung des staatlichen Verantwortungsbereichs geschlossen 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 A¹⁰⁹⁸ 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 indienstnahme-fähige 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).

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 (Gewinnaufspürgeretz – 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; *Mörtl*, 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.

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 muster-gültig 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.

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

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 untersucht¹¹⁰⁹ – nicht einfachgesetzlich hergeleitet, sondern dem aus dem Rechtsstaatsprinzip entwickelten Grundsatz des Gesetzesvorbehalts entnommen. Hierdurch soll vor allem der Beschuldigte vor willkürlichen, grundrechtsbeeinträchtigenden 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.

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 (Gewinnaufspürgeretz – 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.

aus der Garantie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege nur schwer nachvollziehbar.¹¹¹⁶

Insoweit muss das Verfassungsgebot der Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege unweigerlich auch 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 Geldwäschere Ermittlungsverfahren zumindest mitursächlich.¹¹¹⁹ 19,7 % der Ermittlungsverfahren beruhen

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. 1f.

1119 *Bussmann*, Abschlussbericht Geldwäschestudie, S. 18.

dabei ausschließlich auf Verdachtsmeldungen.¹¹²⁰ Strafverfolgungsbehörden haben ihre Ermittlungsprozesse auf Verdachtsmeldungen abgestimmt, so dass 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.

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.

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).

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* Hinsicht¹¹²⁸ führt der niedrigschwellige Verdachtsgrad aus § 43 Abs. 1 GwG zu einer Verringerung der erforderlichen Ermittlungsinintensität 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.

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 aufgabe, 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

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 funktions-tüchtigen 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 „Aufbüdung“ 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 Instrukтив: Schulz, Normiertes Misstrauen, S. 475 ff.; Zabel, ZIS 2014, 340 (341).

Verhaltensweisen ausgelöst.¹¹³⁸ Von einem „Verdacht“ im traditionellen Sinne kann im Rahmen der Verdachtsmeldepflichten keine Rede sein. Die Aufweichung des Verdachtskriteriums korreliert mit einem gleichsamem 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 ermittlungsfähiger 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.

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 Arbeit¹¹⁴¹ 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 Deliktbegehung unumgebar 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.

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 gleichsamer 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 gleichsamten 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.

Dem gegenüber steht die marktmisbrauchsrechtliche 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 marktmisbrauchsrechtlichen 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.

