

## Teil 1: Phänomenologie

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

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

#### I. Zugrunde liegende Tatbestände

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

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

---

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

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

## 1. Geldwäsche, § 261 StGB

### a. Normgenese

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

ist als erster Meilenstein der Geldwäschegesetzgebung die Wiener-Drogenkonvention von 1988 (vgl. hierzu das Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen [Vertragsgesetz Suchtstoffübereinkommen 1988], BGBl. II 1993/II36), in der sich die partizipierenden Mitgliedstaaten auf einen einheitlichen objektiven Geldwäschetatbestand einigten. Dieser Geldwäschetatbestand wurde nahezu wortgleich in Art. 6 der darauffolgenden Palermo-Konvention (United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto, G.A. Res. 55/25, U.N. 55th Sess., U.N. Doc. A/RES/55/25 [2001]), in Art. 6 des Europarats-Übereinkommens über Geldwäsche (Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, Sammlung Europäischer Verträge – Nr. 141 [1990]) sowie in Art. 1 der 1. EG-Geldwäscherrichtlinie (Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche [ABl. Nr. L 166 vom 28.06.1991, S. 77–82]) übernommen.

- 34 Zum Stellenwert der FATF in der Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsbekämpfung, siehe: *Gilmore*, *Dirty Money*, S. 93 ff.; *Hecker*, *Europäisches Strafr*, § 5, Rn. 16; *Krämer*, *Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung*, S. 15 ff.; *Meyer/Hachmann*, *ZStW* 2022, 391 (393 ff.).
- 35 FATF, FATF Recommendations, online verfügbar unter: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>.
- 36 Zum Einfluss der FATF auf den Gesetzgebungsprozess, instruktiv *Meyer*, *Strafrechts-genese*, S. 517; krit. hierzu *Weißer*, *ZStW* 2017, 961 (965 ff.). Zur Quasi-Verbindlichkeit der FATF-Standards, siehe ferner: *Meyer/Hachmann*, *ZStW* 2022, 391 (394).
- 37 Rahmenbeschluss 2001/500/JI des Rates vom 26. Juni 2001 über Geldwäsche sowie Ermittlung, Einfrieren, Beschlagnahme und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten (ABl. Nr. L 185 vom 05.07.2001, S. 1–2).
- 38 Richtlinie (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche (ABl. Nr. L 284 vom 12.11.2018, S. 22–30).

verschiedenen Geldwäschehandlungen.<sup>39</sup> Ferner legt sie das Höchststrafmaß der Geldwäsche auf mindestens vier Jahre Freiheitsstrafe verbindlich fest.<sup>40</sup>

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

---

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

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

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

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

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

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

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

## b. Normzweck

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

51 BVerfG NJW 2004, 1305 (1307).

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

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

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



§ 261 StGB lediglich eine Scheinlegitimation, die allein der Schaffung „so vieler Ermittlungsansätze wie nur möglich“ diene.<sup>55</sup>

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

## c. Deliktsnatur

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

---

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

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

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

58 Lampe, JZ 1994, 123 (125).

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

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

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



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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

#### d. Tatbestandsmäßigkeit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

73 Siehe Fn. 71.

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

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

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

Umgehung der Geldwäschestrafbarkeit, etwa indem kleine Teilbeträge aus illegalen Handlungen sukzessive auf legitime Konten übertragen werden.<sup>77</sup>

## aa. Tathandlungen

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

## bb. Tatbestandsausschlüsse

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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



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

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

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

---

97 BVerfG NJW 2004, 1305 (1307 ff.).

98 BVerfG NJW 2004, 1305 (1309 ff.).

99 Barton, StV 1993, 156 (159 ff.); Bauer, in: Momsen/Bloy/Rackow (Hg.), FS-Maiwald, 127 (143); Dionyssopoulou, Der Tatbestand der Geldwäsche, S. 117 ff.; Hund, ZRP 1996, 163 (166).

100 Barton, StV 1993, 156 (159 ff.).

101 Altenhain, in: NK-StGB, § 261, Rn. 120 ff.; Fischer, StGB, § 261, Rn. 40; Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, § 261, Rn. 23; Heger, in: Lackner/u. a.-StGB, § 261, Rn. 5; Neuheuser, in: MüKo-StGB, § 261, Rn. 91 f.

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

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

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

### a. Normgenese

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

---

<sup>102</sup> Siehe Fn. 24.

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

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

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

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

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

i. Die Entwicklung eines strafrechtlichen Terrorismusbegriffs

Was „Terrorismus“<sup>106</sup> bedeutet, vermag eine jede und ein jeder intuitiv zu beantworten. Dieses vermeintliche Selbstverständnis ist derweil an unter-

---

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

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

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

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

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

Eine deutlichere Linie findet sich hingegen in der Gesetzgebung der Europäischen Union. Als Wertegemeinschaft<sup>111</sup> ist es ihr gelungen,

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

116 Engelstätter, GSZ 2019, 95 (95).

117 Art. 3 Abs. 1 Terrorismus-RL: Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die folgenden vorsätzlichen Handlungen entsprechend ihrer Definition als Straftaten nach den nationalen Rechtsvorschriften, die durch die Art ihrer Begehung oder den jeweiligen Kontext ein Land oder eine internationale Organisation ernsthaft schädigen können, als terroristische Straftaten eingestuft werden, wenn sie mit einem der in Absatz 2 aufgeführten Ziele begangen werden:

- a) Angriffe auf das Leben einer Person, die zum Tode führen können;
- b) Angriffe auf die körperliche Unversehrtheit einer Person;
- c) Entführung oder Geiselnahme;

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

## ii. Die Ahndung der Terrorismusfinanzierung

Auch die Ahndung der Terrorismusfinanzierung war seit jeher Gegenstand des globalen Bestrebens einer wirksamen Terrorismusbekämpfung.<sup>119</sup> Mit

---

d) schwerwiegende Zerstörungen an einer Regierungseinrichtung oder einer öffentlichen Einrichtung, einem Verkehrsmittel, einer Infrastruktur einschließlich eines Informatiksystems, an einer festen Plattform, die sich auf dem Festlandsockel befindet, einem allgemein zugänglichen Ort oder einem Privateigentum, die Menschenleben gefährden oder zu erheblichen wirtschaftlichen Verlusten führen können;

e) Kapern von Luft- und Wasserfahrzeugen oder von anderen öffentlichen Verkehrsmitteln oder Gütertransportmitteln;

f) Herstellung, Besitz, Erwerb, Beförderung, Bereitstellung oder Verwendung von Sprengstoffen oder Waffen, einschließlich chemischen, biologischen, radiologischen oder atomaren Waffen sowie die Forschung und Entwicklung im Zusammenhang mit chemischen, biologischen, radiologischen oder atomaren Waffen;

g) Freisetzung gefährlicher Stoffe oder Herbeiführen von Bränden, Überschwemmungen oder Explosionen, wenn dadurch das Leben von Menschen gefährdet wird;

h) Störung oder Unterbrechung der Versorgung mit Wasser, Strom oder anderen lebenswichtigen natürlichen Ressourcen, wenn dadurch das Leben von Menschen gefährdet wird;

i) rechtswidrige Systemeingriffe im Sinne des Artikels 4 der Richtlinie 2013/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates (19) in den Fällen, in denen Artikel 9 Absatz 3 oder Artikel 9 Absatz 4 Buchstaben b oder c der genannten Richtlinie Anwendung findet, und rechtswidrige Eingriffe in Daten im Sinne des Artikels 5 der genannten Richtlinie in den Fällen, in denen Artikel 9 Absatz 4 Buchstabe c der genannten Richtlinie Anwendung findet;

j) Drohung, eine unter den Buchstaben a bis i genannte Handlung zu begehen.

118 Art. 3 Abs. 2 Terrorismus-RL: Die in Absatz 1 genannten Ziele bestehen darin,

a) die Bevölkerung auf schwerwiegende Weise einzuschüchtern;

b) öffentliche Stellen oder eine internationale Organisation rechtswidrig zu einem Tun oder Unterlassen zu zwingen;

c) die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Landes oder einer internationalen Organisation ernsthaft zu destabilisieren oder zu zerstören.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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



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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

140 Petzsche, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, S. 94.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## b. Normzweck

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

c. Deliktsnatur

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

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

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

---

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

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

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

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

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



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

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

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

---

160 BGH NJW 2000, 3010 (3010 ff.); NStZ 2004, 42 (43); 2000, 34 (34 ff.); Fischer, StGB, § 27, Rn. 18.

161 BGH NStZ 2000, 34 (34).

162 Roxin, AT II, § 26, Rn. 224; ders., in: Kühne (Hg.), FS-Miyazawa, 501 (512 ff.).

163 BGH NZWiSt 2015, 139 (139 ff.); ausf. besprochen in Putzke, ZJS 2014, 635 (637 ff.).

164 El-Ghazi, in: Herzog/Achtelik, GwG, § 89c StGB, Rn. 11 ff.; Gazeas, DRiZ 2015, 218 (220 ff.); Paeffgen, in: NK-StGB, § 89c StGB, Rn. 5.

165 So zu § 89a StGB, BGH NJW 2014, 3459 (3459).

166 In dieser Deutlichkeit nur Paeffgen, in: NK-StGB, § 89c StGB, Rn. 5.

barkeitserweiterung führt.<sup>167</sup> Im Rahmen der Staatsschutztatbestände von einem „Herumspielen mit Unrechtskategorien“<sup>168</sup> oder gar von der Schaffung von Gesinnungsstrafrecht<sup>169</sup> zu sprechen, ginge dabei entschieden zu weit.

#### d. Tatbestandsmäßigkeit

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

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

##### i. Finanzierungskomponente

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

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

---

167 Zu sich hieraus ergebenden praktischen, und insbesondere die Meldepflicht betreffenden Implikationen, siehe S. 202 ff.

168 *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 89c StGB, Rn. 5.

169 Im Ergebnis aber ablehnend *Radtke/Steinsieck*, ZIS 2008, 383 (387).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

iii. Relevante Tatbestände der Terrorismus-RL

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

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

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

i. § 89c Abs. 1 StGB

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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



ii. § 89c Abs. 2 StGB

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

3. Verstoß gegen § 11 Abs. 6 S. 3 GwG

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

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

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

---

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

#### a. Voraussetzungen

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

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

---

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

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

untersuchen, ob der Vertragspartner wahrheitswidrig einen wirtschaftlich Berechtigten verschweigt.

## b. Rechtsfolgen

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

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

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

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

---

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

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

## 1. Hintergrund

### a. Historik

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

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

---

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

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

201 Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche (ABl. Nr. L 166 vom 28.06.1991, S. 77–83): Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß die Kredit- und Finanzinstitute sowie deren leitendes Personal und deren Angestellte mit den für die Bekämpfung der Geldwäsche zuständigen Behörden in vollem Umfang zusammenarbeiten, indem sie

- diese Behörden von sich aus über alle Tatsachen, die ein Indiz für eine Geldwäsche sein könnten, unterrichten;
- diesen Behörden auf Verlangen alle erforderlichen Auskünfte in Einklang mit den Verfahren erteilen, die in den anzuwendenden Rechtsvorschriften festgelegt sind.

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

§ 11 Abs. 1 S. 1 GwG (1993)<sup>203</sup> um, wonach erstmalig Finanzinstitute und Spielbanken

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

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

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

Mit der Neufassung des Geldwäschegesetzes im Jahr 2008 durch das Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz (GwBekErgG)<sup>207</sup> zur Um-

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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



## b. Zuständige Meldebehörde

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

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

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

---

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

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

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

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

zur institutionellen Ausgestaltung und Eingliederung von FIUs in die nationalen Rechtssysteme, sodass die Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht über einen beträchtlichen Umsetzungsspielraum verfügen.<sup>217</sup>

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

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

---

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

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

218 Hütwohl, ZIS 2017, 680 (680).

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

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

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

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

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

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

### c. Regelungszweck

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

229 Unterrichtung durch die Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen – Drucksache 18/11555 – Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung vom 12.04.2017, BT-Drs. 18/11928, S. 26; BaFin, AuA-GwG, online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung\\_2020\\_05\\_18\\_anpassung\\_aua.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html), S. 75; Findeisen, wistra 1997, 121 (125); Höche/Röfßler, WM 2012, 1505 (1509); Otto, wistra, 323 (325).

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

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

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

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

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

---

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

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

233 Siehe hierzu unten S. 98 ff.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

rufsgruppen, die den Rahmen und die Systeme für potenzielle Verschleierungshandlungen setzen, mögliche Straftaten zu verhindern.<sup>240</sup>

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

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

---

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

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

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



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

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

---

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

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

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

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

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

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

## 2. Technische Funktionsweise

### a. Persönlicher Anwendungsbereich

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

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

---

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

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

---

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

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

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

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

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

## b. Meldevoraussetzungen

### aa. Vorliegen von Tatsachen

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

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

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

---

253 Pelz, in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 11.

254 Siehe § 11 Abs. 1 GwG in der Fassung vom 20. August 2008, BGBl. I 2008, S. 1690 ff.

255 So noch *Nouvertné/Ruland*, WM 2017, 1544 (1544).

256 Pelz, in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 12.

257 Siehe ausf. S. 80 ff.

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

#### bb. Verdachtsgrad

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

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

---

258 Siehe ausf. S. 75 ff.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

265 BaFin, AuA-GwG, online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung\\_2020\\_05\\_18\\_anpassung\\_aua.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html), S. 72; Allgayer, in: Ellenberger/Bunte, BankR-Hdb, § 42, Rn. 570; Barretto da Rosa, in: Herzog/Achtelik, GwG, § 43 GwG, Rn. 19; BMF, AuH-GwG, S. 21; Greite, in: Frankfurter Kommentar GwG, § 43 GwG, Rn. 21; Häberle, in: ders., Erbs/Kohlhaas Straf. NG, § 43 GwG, Rn. 2; Pelz, in: BeckOK-GwG, § 43 GwG, Rn. 13; Schnabl, in: Wabnitz/Jankovsky/Schmitt, Hdb. WStSR, Kap. 6, Rn. 41.

wesens eine Beweislastumkehr schafft, indem es eine Verdachtsmeldepflicht schon dann annimmt, wenn eine „in jeder Hinsicht gesetzeskonforme Herkunft“ von Vermögenswerten nicht sicher belegbar ist.<sup>266</sup>

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

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

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

---

266 OLG Frankfurt a.M. ZIP 2019, 257 (258 f.); krit. hierzu insb. Barretto da Rosa/Diergarten, NStZ 2020, 173 (177 f.).

267 BVerfG NJW 2020, 1351 (1353).

268 Siehe hierzu ausf. unten: S. 144 ff.



*finanzierung oder gemäß § 261 StGB nicht ausgeschlossen werden. Im Zweifel ist daher eine Meldung nach § 43 Abs. 1 GwG zu erstatten.*<sup>269</sup>

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

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

## cc. Meldepflichtige Sachverhalte

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

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

---

269 BaFin, AuA-GwG, online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung\\_2020\\_05\\_18\\_anpassung\\_aua.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html), S. 72.

270 BaFin, AuA-GwG, online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung\\_2020\\_05\\_18\\_anpassung\\_aua.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html), S. 73; Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 17.08.2011, BT-Drs. 17/6804, S. 35; Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 17.08.2011, BT-Drs 17/6804, S. 35; Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 27.05.2011, BR-Drs. 317/11, S. 49; Barretto da Rosa, in: Herzog/Achtelik, GwG, § 43 GwG, Rn. 19. Zur kritischen Auseinandersetzung mit diesem Beurteilungsspielraum, siehe unten S. 209 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

besondere „Nähe“ zu einer der für Geldwäschehandlungen typischen *placement*-, *layering*- oder *integration*-Phasen aus.<sup>276</sup> Der Ursprung von Vermögenswerten bleibt ihnen demgegenüber meist verborgen.

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

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

---

276 Dies geht auch aus den Auslegungs- und Anwendungshinweisen der BaFin zum GwG hervor, in denen Verpflichtete besonders auf potenzielle Verschleierungshandlungen für die Entwicklung von Verdachtsmomenten achten sollen, *BaFin*, AuA-GwG, online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung\\_2020\\_05\\_18\\_anpassung\\_aua.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html), S. 72 f.

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

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

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

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

nologische Anpassung an unionsrechtliche Vorgaben, ohne dass sich am konkreten Anknüpfungspunkt etwas ändert.<sup>281</sup>

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

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

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

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

---

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

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

283 BMF, AuH-GwG, S. 5.

nen erhöhten Verschleierungsgefahren aufzudecken, ist für sich genommen ein Indiz für kriminelle Handlungen, die mit einer Verdachtsmeldepflicht wirksam begegnet werden können.<sup>284</sup>

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

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

### c. Verdachtskriterien

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

sollen Präventionsmaßnahmen auf besonders risikoträchtige Geschäftsfelder konzentriert werden.<sup>291</sup>

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

## bb. Verdachtsansätze

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

## i. Kundensorgfaltspflichten

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

---

291 Herzog/Achteik, in: *dies.*, GwG, Einl., Rn. 156.

292 Müller, in: BeckOK-GwG, § 3a GwG, Rn. 15.

293 Siehe bspw. die Regelungen zum Risikomanagement, §§ 4–9 GwG, die Differenzierung zwischen vereinfachten und verstärkten Sorgfaltspflichten, §§ 14, 15 GwG.



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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

## ii. Risikomanagementsysteme

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

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

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

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

---

299 Siehe die Anlagen 1 und 2 zum GwG.

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

301 *Achtelik*, in: *Herzog/Achtelik*, GwG, § 25h KWG, Rn. 13; *BaFin*, AuA-GwG, online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung\\_2020\\_05\\_18\\_anpassung\\_aua.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html), S. 53 f.; *Mülhausen*, in: *GwHdb.*, § 43, Rn. 13.

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

forderungen zur Unterhaltung von Risikomanagementsystemen bestehen ferner nach § 33 Abs. 1 WpIG für Wertpapierinstitute.<sup>303</sup>

### iii. Spontane Informationseinholung

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

### cc. Ermittlungsmaßstab

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

---

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

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

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

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

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

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

305 Vgl. *Gabriel*, in: BeckOK-GwG, § 15 GwG, Rn. 67.

306 *Achtelik*, in: *Herzog/Achtelik*, GwG, § 15 GwG, Rn. 33.

307 *BaFin*, AuA-GwG, online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung\\_2020\\_05\\_18\\_anpassung\\_aua.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html), S. 73.

308 *BaFin*, AuA-GwG, online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung\\_2020\\_05\\_18\\_anpassung\\_aua.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html), S. 73.

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

ii. Verordnungsermächtigung, § 43 Abs. 5 GwG

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

iii. Verordnungsermächtigung, § 43 Abs. 6 GwG

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

313 BKA, Geldwäsche im Immobiliensektor, *passim*; siehe z. B.: Deloitte Deutschland GmbH, Geldwäscherprävention im Immobiliensektor, online verfügbar unter: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/de/Documents/risk/Whitepaper-Wirksame-Geldwäscherprävention-im-Immobiliensektor.pdf>, *passim*; Transparency International e. V., Geldwäsche bei Immobilien, online verfügbar unter: [http://docs.dpaq.de/14244-studie\\_geldwa\\_sche.pdf](http://docs.dpaq.de/14244-studie_geldwa_sche.pdf), *passim*.

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

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



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

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

#### iv. Auslegungs- und Anwendungshinweise

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

---

316 Krit. hierzu *Bülte/Marinitsch*, DNotZ 2021, 804 (810).

317 *Barretto da Rosa*, in: *Herzog/Achtelik*, GwG, § 43 GwG, Rn. 86.

318 *BaFin*, AuA-GwG, online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung\\_2020\\_05\\_18\\_anpassung\\_aua.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html).

319 *BNotK*, AuA-GwG, online verfügbar unter: <https://www.bnotk.de/aufgaben-und-taetigkeiten/geldwaeschebekaeempfung>.

320 *BRAK*, AuA-GwG, online verfügbar unter: <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/newsletter/nachrichten-aus-berlin/2020/ausgabe-13-2020-v-2972020/geldwaesche-aufsicht-aktualisierte-auslegungs-und-anwendungshinweise-der-brak>.

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

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

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

---

321 WPK, AuA-GwG, online verfügbar unter: [https://www.wpk.de/fileadmin/document\\_s/Mitglieder/Geldwaesche/WPK-Bekaempfung\\_der\\_Geldwaesche-Anwendungshinweise.pdf](https://www.wpk.de/fileadmin/document_s/Mitglieder/Geldwaesche/WPK-Bekaempfung_der_Geldwaesche-Anwendungshinweise.pdf).

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

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

324 BaFin, AuA-GwG, online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung\\_2020\\_05\\_18\\_anpassung\\_aua.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html), S. 72 f.; vgl. ferner BRAK, AuA-GwG, online verfügbar unter: <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/newsletter/nachrichten-aus-berlin/2020/ausgabe-13-2020-v-2972020/geldwaesche-aufsicht-aktualisierte-auslegungs-und-anwendungshinweise-der-brak>, S. 40: „Es ist nicht Aufgabe des Verpflichteten, die rechtlichen

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

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

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

#### dd. Fazit

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

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

---

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

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

326 BaFin, AuA-GwG, online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung\\_2020\\_05\\_18\\_anpassung\\_aua.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html), S. 72; WPK, AuA-GwG, online verfügbar unter: [https://www.wpk.de/fileadmin/documents/Mitglieder/Geldwaesche/WPK-Bekaempfung\\_der\\_Geldwaesche-Anwendungshinweise.pdf](https://www.wpk.de/fileadmin/documents/Mitglieder/Geldwaesche/WPK-Bekaempfung_der_Geldwaesche-Anwendungshinweise.pdf), Rn. 144.

Transaktion die Abgleichung mit Hintergrundinformationen. Erst wenn diese Hintergrunduntersuchungen einen Verdacht, wie er von § 43 Abs. 1 GwG gefordert wird, begründet, besteht die Pflicht zur Meldeabgabe.

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

#### d. Formelle Anforderungen

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

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

---

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

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

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

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

#### e. Weiteres Behördenverfahren

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

---

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

330 FIU-Deutschland, Informationen zu goAML, online verfügbar unter: [https://www.zoll.de/DE/FIU/Software-goAML/Allgemeines/allgemeines\\_node.html;jsessionid=1F7DE855A04373147B94E698140A00CB.internet671](https://www.zoll.de/DE/FIU/Software-goAML/Allgemeines/allgemeines_node.html;jsessionid=1F7DE855A04373147B94E698140A00CB.internet671).

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

gungsbehörden begründen können, wird von der FIU selbstständig entschieden.<sup>338</sup>

### 3. Sanktionen bei Zuwiderhandlungen

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

##### aa. Allgemeines

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

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

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

---

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

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

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



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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

## bb. Tatbestand

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vermögensgegenstände bewusst die Augen verschließt (engl. sog. *willful blindness*).<sup>355</sup>

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

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

**I. Zugrunde liegende Tatbestände**

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

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

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

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

erforderlichen Transaktionsbezug ferner aus der europäischen Vorgängervorschrift des Art. 6 Abs. 9 MAD I<sup>357</sup> ab, in der es heißt, dass

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

## 1. Verbot des Insiderhandels, Art. 14 lit. a MAR

### a. Normgenese

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

---

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

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

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

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

setzt werden.<sup>365</sup> Vielmehr wurde darauf vertraut, dass sich die Unternehmen allein aus wirtschaftlichen Anreizen an die von ihnen gesetzten Regelungen halten.

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

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

---

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

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

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

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

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

370 Ziouvas, Kapitalmarktstrafrecht, S. 16.

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

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



entsprechenden Ausfüllungsnormen maßgeblich um.<sup>373</sup> Insgesamt wurde der Anwendungsbereich des WpHG auf eine bis dahin nie da gewesenen Weise ausgeweitet, was zu einer gleichsamten Ausweitung der im WpHG aufgeführten Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbestände führte.

Die letzte grundlegende Umstrukturierung erfuhr das Insiderrecht durch die bis heute geltende Marktmissbrauchsverordnung (MAR)<sup>374</sup>, flankiert von der Zweiten Marktmissbrauchsrichtlinie (CRIM-MAD)<sup>375</sup>, die seit dem 03.07.2016 unionsweit gelten. Durch die unmittelbare Wirkung der MAR sollten letzte kapitalmarktrechtliche Segmentierungen einzelner Mitgliedstaaten endgültig beseitigt werden. Zudem legte die CRIM-MAD die Ahnung vorsätzlicher Insidergeschäfte erstmals unionsweit verbindlich fest.<sup>376</sup>

Die MAR sowie die CRIM-MAD wurden im sog. *Lamfalussy*-Verfahren<sup>377</sup> verabschiedet. Dieses besondere Rechtsetzungsverfahren soll der Dynamik des Finanzsektors Rechnung tragen und den oft langwierigen EU-Gesetzgebungsprozess beschleunigen.<sup>378</sup> Auf einer ersten Ebene wird in einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gem. Art. 294 AEUV ein

---

373 Synoptisch: *Hilgendorf/Kusche*, in: NK-KapStrR, Kap. 7.1., Rn. 4; *Park*, in: *Beulke/Müller* (Hg.), FS-Strafrechtsausschuss, 229 (236 f.).

374 Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission (ABl. Nr. L 173/1 vom 12.06.2014 S. 1–61).

375 Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie) (ABl. Nr. L 173/179 vom 12.06.2014, S. 179–189).

376 Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie) vom 12.06.2014 (ABl. Nr. L 173/179, S. 179–189).

377 Mit der durch den Vertrag von Lissabon primärrechtlich geregelten, delegierten Rechtsetzungskompetenz in Art. 290, 291 AEUV wird seither das *Lamfalussy*-Verfahren auch als *Lamfalussy-II*-Verfahrens bezeichnet. Die Grundkonzeption bleibt allerdings dieselbe, ausf. zum *Lamfalussy*-Verfahren: *Allgayer*, in: *Ellenberger/Bunte*, BankR-Hdb, § 11, Rn. 588; *Bergold/Wendt*, EuR 2019, 86 (91 ff.); *De-Larosière*, Jacques, Report of the High-Level-Group on Financial Supervision in the EU („de Larosière-Report“), online verfügbar unter: [https://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/pages/publication14527\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14527_en.pdf), S. 48 ff.; *Hoffmann*, *Lamfalussy*-Verfahren und Strafrecht, S. 15 ff.; *Lutter u. a.*, Europ. BankKapR, § 35, Rn. 35.4 ff.; *Poelzig*, NZG 2016, 528 (529 ff.); *Schmolke*, NZG 2005, 912 (912 ff.); *ders.*, EuR 2006, 432 (433 ff.); *Weiß*, EuR 2016, 631 (637 ff.).

378 *Becker/Rodde*, ZBB 2016, 11 (12); ausf. *Klöhn*, in: *ders.*, MAR, Einl., Rn. 32 ff.; *Kolasas*, in: *Ellenberger/Bunte*, BankR-Hdb, § 121, Rn. 45 ff.; *Poller*, Sanktionsrahmen, S. 7; *Schmolke*, NZG 2005, 912 (912); *Walla*, in: *Veil*, Europ. KapMR, § 4, Rn. 3 ff.

sog. Basisrechtsakt (hier die MAR auf Grundlage von Art. 114 AEUV und die CRIM-MAD auf Grundlage von Art. 83 Abs. 2 AEUV) verabschiedet und damit eine „politische Grundentscheidung“ getroffen.<sup>379</sup> Dabei werden etwaige Durchführungsbefugnisse auf die Kommission übertragen, die gem. Art. 291 AEUV Durchführungsstandards erlässt (Level-2-Rechtsakte).<sup>380</sup> Diese Standards sollen die im Basisrechtsakt getroffenen Regelungen ergänzen oder einheitlich anwendbar machen. Auf einer dritten Stufe erarbeiten die europäischen Aufsichtsbehörden – im Fall der MAR und der CRIM-MAD die Europäische Wertaufsichtsbehörde (ESMA) – technische Standards, die die Kommission wiederum als Durchführungsstandards nach Art. 291 AEUV erlässt (sog. Level-3-Rechtsakte).<sup>381</sup>

#### b. Normzweck

Die überwiegende Ansicht geht bei den Insiderdelikten von einem rein marktbezogenen Regelungsansatz aus.<sup>382</sup> Als überindividuelles Schutzgut wird dabei auf das Vertrauen der Anleger hinsichtlich der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes abgestellt, vgl. Art. 1 MAR. Diese Ansicht findet sich auch in Erwägungsgrund 24 der MAR wieder, in dem es heißt, der Zweck in dem Verbot der Insidergeschäfte liege darin,

*„die Integrität des Finanzmarktes zu schützen und das Vertrauen der Investoren zu stärken, das wiederum auf der Gewissheit beruht, dass die Investoren gleichbehandelt und vor der missbräuchlichen Verwendung von Insiderinformationen geschützt werden“.*

Dieser Vertrauensverlust, der mit dem Informationsvorsprung der Insider einherginge, hätte schwindende Investitionen auf dem europäischen Kapi-

379 Ritz, RdF 2015, 268 (269).

380 Bergold/Wendt, EuR 2019, 86 (95).

381 Zimmer/Bator, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 15 VO (EU) 596/2014, Rn. 4.

382 EuGH, Urteil vom 23.12.2009, Spector Photo Group NV u. a., EU:C:2009:806, Rn. 61; Assmann, in: ders./Schneider/Mülbert, WpHR, Vor Art. 7 MAR, Rn. 29 m. w. N.; Bergmann/Drees, StraFo 2005, 364 (365); Colussi, Kapitalmarktstrafrecht, S. 106; Himmelreich, Insiderstrafverfolgung, S. 25; Pananis, in: MüKo-StGB, § 119 WpHG, Rn. 5; Schröder, in: ders., Hdb Kapitalmarktstrafrecht, Kap. 2, Rn. 6 m. w. N.; Theile, in: Esser u. a., Wirtschaftsstrafrecht, § 38 WpHG, Rn. 96 m. w. N.

talmarkt zur Folge, was wiederum eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Wertpapiermärkte mit sich bringen würde.<sup>383</sup>

Nach der Gegenansicht trägt das Verbot von Insidergeschäften überdies einen individualbezogenen Regelungsansatz.<sup>384</sup> Der Schutz des Kapitalmarktes allein sei demnach kein Selbstzweck; vielmehr solle verhindert werden, dass Anleger im Glauben an die gleichen Informationszugangschancen nachteilige Vermögensdispositionen treffen.<sup>385</sup> Das Insiderhandelsverbot solle insoweit vor der Intransparenz des privatautonom ausgestalteten Kapitalverkehrs schützen. Es diene dem (aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleiteten) Verbraucherschutz, da zwischen Anlegern und Finanzdienstleistern grundsätzlich ein Informationsgefälle bestehe, aus dem sich eine spezifische (vermögensbezogene) Schutzbedürftigkeit ergebe.<sup>386</sup> Die überwiegende Ansicht verkenne die insbesondere durch das AnSVG und das 4. FFG zum Ausdruck gebrachte gesetzgeberische Intention, wonach dem Anlegerschutz und damit auch dem Anlegervermögensschutz eine zentrale Bedeutung zukomme.<sup>387</sup>

In Anlehnung an eine ähnliche Problematik aus §§ 264a, 265b StGB wird außerdem vorgebracht, dass die Beschränkung des Rechtsgutes von Art. 14 MAR auf das überindividuelle Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes zu einer Entmaterialisierung des ursprünglichen Rechtsgutsbegriffes führe.<sup>388</sup> Damit ist gemeint, dass der Kapitalmarkt als Universalrechtsgut aufgrund seiner Vagheit und Konturlosigkeit überhaupt nicht konkret gefährdet oder verletzt werden kann.<sup>389</sup> Das Verbot von Insidergeschäften soll mithin vor allem die Individualinteressen, namentlich das Vermögen der einzelnen Anleger schützen.

Gegen den individualbezogenen Regelungsansatz spricht jedoch, dass der Anlegerschutz durch das Insiderhandelsverbot, wenn überhaupt, nur

---

383 *Bergmann/Drees*, StraFo 2005, 364 (365) m. w. N.; *Colussi*, Kapitalmarktstrafrecht, S. 106.

384 *Bachmann*, Insiderhandelsverbot, S. 27; *Hellmann*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 32; *Ziouvas*, Kapitalmarktstrafrecht, S. 148.

385 *Hellmann*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 32.

386 *Schall*, JZ 2010, 392 (396); *Ziouvas*, Kapitalmarktstrafrecht, S. 141.

387 *Trüg*, Insiderstrafrecht, S. 80; *Ekkenga*, ZIP 2004, 781 (781 ff.); *Leisch*, ZIP 2004, 1473 (1578).

388 *Krüger*, Entmaterialisierungstendenz, S. 125.

389 *Ziouvas*, Kapitalmarktstrafrecht, S. 145.

mittelbar erreicht wird.<sup>390</sup> Die von dem Insiderhandel betroffenen Anleger hätten auch ohne den Insider dieselben Finanzinstrumente zum selben Preis ge- oder verkauft.<sup>391</sup> Stellt man hingegen darauf ab, dass die betroffenen Anleger bei Kenntnis der Insiderinformation einen höheren Preis verlangt bzw. einen niedrigeren Preis bezahlt hätten, so beruht diese Vermögenseinbuße nicht auf eine Schädigung durch den Insiderhandel, sondern vielmehr auf die mangelnde Offenlegung von Insiderinformationen.<sup>392</sup>

Auch die Befürchtung, dass bei einem rein marktbezogenen Regelungsansatz der Insidertatbestand zu einer fortwährenden Entmaterialisierung des Rechtsgutsbegriffes führt, ist unbegründet. Der Schutz des überindividuellen Vertrauens in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes ist Ausdruck der sozialen Daseinsvorsorge, bei der es dem Staat nicht verwehrt ist, auf eine strafrechtliche Durchsetzung zurückzugreifen.<sup>393</sup> Ohne das kollektive Vertrauen in Stabilität, Integrität, Fairness, Effizienz und Transparenz des Marktes würde kein Haushalt das Ersparnis und kein Unternehmen seine Investitionen in den Kapitalmarkt leiten und damit das namensgebende Kapital generieren.<sup>394</sup> Das Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit des Kapitalmarkts ist für eine funktionstüchtige Kapitalallokation unerlässlich und damit kein entmaterialisiertes, sondern ein fassbares Allgemeinrechtsgut, das durch das Insiderhandelsverbot geschützt wird.

### c. Deliktsnatur

Die verschiedenen Insiderverbotstatbestände setzen allesamt keinen tatbestandsmäßigen Erfolg voraus, sodass Art. 14 lit. a MAR unstreitig als Tätigkeitsdelikt qualifiziert werden kann. Das deliktsspezifische Unrecht liegt in der Vornahme der verschiedenen gearteten Handlungen und der damit einhergehenden Gefahr des Verlustes des Anlegervertrauens in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts. Der Großteil der Literatur belässt es hierbei bei

---

390 Instrukтив *Buck-Heeb*, in: *Assmann/u. a.*, Hdb. Kapitalanlagerecht, § 8, Rn. 17 m. w. N.; *Gehrmann*, Das versuchte Insiderdelikt, S. 63 ff.; *Hilgendorf/Kusche*, in: NK-KapStrR, Kap. 7.1., Rn. 17; *Pananis*, in: MüKo-StGB, § 119 WpHG, Rn. 7 m. w. N.

391 *Klöhn*, in: *ders.*, MAR, Vor Art. 7 MAR, Rn. 30 m. w. N.

392 *Klöhn*, in: *ders.*, MAR, Vor Art. 7 MAR, Rn. 30; *Pananis*, in: MüKo-StGB, § 119 WpHG, Rn. 7 m. w. N.

393 *Schröder*, in: *ders.*, Hdb Kapitalmarktstrafrecht, Kap. 2, Rn. 6 m. w. N.

394 *Kumpan/Misterek*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 2 m. w. N. zu den zentralen Säulen des Vertrauensschutzes.

dem Erfordernis einer abstrakten Gefährdung des Rechtsgutes.<sup>395</sup> Gegen die Charakterisierung der Tatbestände in Art. 14 MAR als konkrete Gefährdungsdelikte spricht dabei vor allem, dass es für eine konkrete Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte zu einer tatsächlichen Kursbewegung kommen muss. Das Erfordernis einer konkreten Kursbewegung wird allerdings in keinem der Delikte als Tatbestandsmerkmal vorausgesetzt.<sup>396</sup> Das Vertrauen der Anleger ist bereits bei der abstrakten Gefahr von Chancenungleichheiten erheblich gestört, weshalb eine Nachverlagerung der Strafbarkeit auf den Zeitpunkt einer konkreten Gefährdung auch kaum mit dem Willen des Unionsgesetzgebers vereinbar wäre. Die Insiderdelikte sind mithin allesamt als abstrakte Gefährdungsdelikte zu qualifizieren.

#### d. Tatbestandsmäßigkeit

##### aa. Begriff der Insiderinformation, Art. 7 MAR

Kernstück der Insiderhandelsverbote ist der Begriff der Insiderinformation. Nach Art. 7 Abs. 1 lit. a MAR sind hierunter nicht öffentlich bekannte präzise Informationen zu verstehen, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs damit verbundener Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen. Art. 7 Abs. 1 lit. b, c MAR enthalten besondere eigenständige Insiderinformationsdefinitionen für Warenderivate und für Emissionszertifikate. Diese Begrifflichkeiten sind genau wie der Sondertatbestand für Ausführung von Aufträgen aus Art. 7 Abs. 1 lit. d MAR für die hier angestrebte weitere Untersuchung der Verdachtsmeldepflicht von nur untergeordneter Bedeutung, weshalb auf eine gesonderte Darstellung an

---

395 Assmann, in: *ders./Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 8 MAR, Rn. 79 m. w. N.; Buck-Heeb, KapitalmarktR, Rn. 400; Klöhn, in: *ders.*, MAR, Art. 14 MAR, Rn. 15 m. w. N.; *ders.*, in: KK-WpHG, § 14 WpHG a.F., Rn. 1 m. w. N.; aA für Art. 10 MAR Assmann, in: *ders./Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 10 MAR, Rn. 7, der darauf hinweist, dass die Gefährdung nicht in der Möglichkeit der Kenntnisnahme, sondern vielmehr in der Offenlegung an sich liege, da sich bereits hier der Kreis der Insider weite.

396 Klöhn, in: *ders.*, MAR, Art. 14 MAR, Rn. 15.

dieser Stelle verzichtet und auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen wird.<sup>397</sup>

i. Präzise Information mit Emittenten- oder Finanzinstrumentenbezug

Der in Art. 7 Abs. 1 lit. a MAR umschriebene Begriff der Insiderinformation unterscheidet sich nach allgemeiner Ansicht nicht wesentlich von dem seiner Vorgängervorschrift aus § 13 WpHG a.F.<sup>398</sup> Die Insiderinformation muss sich auf Ereignisse oder Umstände beziehen. Diese Begriffe werden weit ausgelegt und schließen neben Tatsachen nach der hL auf Werturteile oder Prognosen ein, soweit diese auf einem dem Beweis zugänglichen Umstand beruhen.<sup>399</sup>

Zudem muss die Information präzise sein (Kurspezifizität). Nach Art. 7 Abs. 2 MAR ist dies der Fall, wenn die Information sich auf „Umstände und Ereignisse bezieht, die bereits gegeben sind oder bei denen man vernünftigerweise erwarten kann, dass sie in Zukunft eintreten werden und diese Information darüber hinaus spezifisch genug ist, um einen Schluss auf die möglichen (Kurs-)Auswirkungen [...] zuzulassen“. Die Insiderinformation bedarf eines konkreten Bezuges zum Emittenten oder zum Finanzinstrument, wobei mittelbare Verbindungen wie bspw. Leitzinsentscheidungen der Zentralbanken<sup>400</sup> ausreichen.

ii. Fehlende öffentliche Bekanntheit

Schon dem Wortlaut nach dürfen nur Insider, also ein von der Öffentlichkeit abgrenzbarer Personenkreis, Kenntnis von der Information haben. Die Frage, wann eine öffentliche Bekanntheit vorliegt, bestimmt sich nach objektiven Gesichtspunkten und soll dann zu bejahen sein, wenn eine unbestimmte Anzahl von Personen von der Information Kenntnis erlangt

---

397 Hopt/Kumpan, in: *Ellenberger/Bunte*, BankR-Hdb, § 86, Rn. 57 f.; Klöhn, in: *ders.*, MAR, Art. 7 MAR, Rn. 304 ff.; Krause, in: *Meyer/Rönnau/Veil*, Hdb. MMR, § 6, Rn. 183 ff.; Poelzig, Kapitalmarktrecht, Rn. 388 f.

398 Assmann, in: *ders./Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 7 MAR, Rn. 2; Hilgendorf/Kusche, in: NK-KapStrR, Kap. 7.3., Rn. 8; Poelzig, NZG 2016, 528 (532).

399 Colussi, Kapitalmarktrecht, S. III; Himmelreich, Insiderstrafverfolgung, S. 31 m. w. N.; Wehowsky, in: Erbs/Kohlhaas Straf. NG, § 13 WpHG a.F., Rn. 4 m. w. N.

400 Poelzig, Kapitalmarktrecht, Rn. 380.

hat.<sup>401</sup> Diese unbestimmte Anzahl von Personen muss einer breiten Anlegeröffentlichkeit entsprechen.<sup>402</sup> Insoweit hat sich der Gesetzgeber für eine möglichst weite Auslegung entschieden, da nur in dieser Weise das Vertrauen der Anleger und somit letztendlich auch die Institution des Kapitalmarktes als solcher geschützt werden.

### iii. Kurserheblichkeit

Schließlich muss die Insiderinformation kurserheblich sein. Dies ist in Anlehnung an Art. 1 Abs. 2 RL 2003/124/EG<sup>403</sup> dann anzunehmen, wenn ein verständiger Anleger aus der ex-ante Perspektive die Information wahrscheinlich als Teil der Grundlage seiner Anlageentscheidung nutzen würde.<sup>404</sup> Ein verständiger Anleger ist ein börsenkundiger Anleger, der mit den Gegebenheiten und Gesetzlichkeiten des Marktes vertraut ist.<sup>405</sup>

Es reicht mithin ein bloßes Kursbeeinflussungspotenzial aus. Eine tatsächliche Kursbeeinflussung wird, anders als bei der Marktmanipulation, hingegen nicht gefordert.<sup>406</sup> Dies ist wiederum auf das konkrete Rechtsgut des Insiderhandelsverbots zurückzuführen. Denn das kollektive Anlegervertrauen ist bereits dann beeinträchtigt, wenn die abstrakte Gefahr eines Informationsvorsprungs des Insiders besteht, unabhängig von einer tatsächlichen Kursbeeinträchtigung. Um Bagatellfälle von dem Verbotstat-

---

401 *BaFin*, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 2013, S. 34; instruktiv *Klöhn*, ZHR 2016, 707 (714 ff.).

402 *Assmann*, in: *ders./Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 7 MAR, 64 ff.; BGH Urt. v. 27.01.2010 – 5StR 224/09; im Unterschied zu § 13 WpHG a.F., wo eine Insiderinformation dann als öffentlich bekannt einzustufen war, wenn sie unter den unmittelbaren Marktteilnehmenden verbreitet war (sog. Bereichsöffentlichkeit), instruktiv: *Krause*, in: *Meyer/Rönnau/Veil*, Hdb. MMR, § 6, Rn. 76; *Schröder/Sethe*, Kapitalmarktrecht und Pressefreiheit, S. 96.

403 Richtlinie 2003/124/EG der Kommission vom 22. Dezember 2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Begriffsbestimmung und die Veröffentlichung von Insider-Informationen und die Begriffsbestimmung der Marktmanipulation (ABl. Nr. L 339 vom 24.12.2003 S. 70–72).

404 BGH Urt. v. 21.03.2013 – VII ZR 224/12, Rn. 24; *Assmann*, in: *ders./Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 7 MAR, Rn. 78; *Hilgendorf/Kusche*, in: NK-KapStrR, Kap. 7.3., Rn. 68 m. w. N.

405 *Waßmer*, in: *Assies u. a.*, FA-BKR, Kap. 1, Rn. 536 m. w. N.

406 Siehe *Theile*, in: *Esser u. a.*, Wirtschaftsstrafrecht, § 38 WpHG, Rn. 105, der vor allem auf die Klassifizierung des Insiderhandelsverbots als abstraktes Gefährdungsdelikt abstellt.



bestand auszunehmen, muss die mögliche Kursbeeinträchtigung von einer gewissen Erheblichkeit sein.<sup>407</sup>

bb. Insidergeschäfte, Art. 14 lit. a MAR i. V. m. Art. 8 Abs. 1 MAR

Art. 14 lit. a i. V. m. Art. 8 Abs. 1 MAR enthält einen Verbotstatbestand für Insidergeschäfte und löst das bis zum 1. Juli 2016 geltende gleichnamige Verbot aus § 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG a.F. ab. Art. 8 Abs. 1 S. 1 MAR konkretisiert dabei den Begriff des Insidergeschäftes. Danach liegt ein solches vor, wenn eine Person über Insiderinformationen verfügt und unter Nutzung derselben für eigene oder fremde Rechnung direkt oder indirekt Finanzinstrumente, auf die sich die Informationen beziehen, erwirbt oder veräußert. Soweit eine Insiderinformation über die Stornierung oder Änderung eines Auftrags in Bezug auf ein Finanzdienstleistungsinstrument im Raum steht, so ist nach Art. 8 Abs. 1 S. 2 MAR ein Insiderhandel anzunehmen, wenn der Auftrag vor Erlangen der Insiderinformationen erteilt wurde.

i. Erwerb oder Veräußerung von Finanzinstrumenten

Maßgebliche Tathandlung von Art. 8 Abs. 1 S. 1 MAR ist das Erwerben oder Veräußern von Finanzinstrumenten. Die Begriffe des Erwerbens oder Veräußerns werden weder in der MAR noch in normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften weiter definiert und sind mithin ihrem Zweck nach auszulegen. Teilweise wurde sowohl nach der alten als auch nach der neuen Rechtslage dabei auf das dingliche Rechtsgeschäft abgestellt: Ob ein Finanzinstrument erworben oder veräußert wird, hängt demzufolge konstitutiv von einer Veränderung der Verfügungsmacht ab.<sup>408</sup>

Gegen diese Ansicht spricht allerdings, dass eine Vielzahl mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen eine Trennung zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Erwerb nicht vorsieht.<sup>409</sup> Da die MAR unionsweit einheitlich

407 Vorgeschlagen werden dabei *de-minimis* Kursänderungen zwischen 2–10 %, *Hilgendorf/Kusche*, in: NK-KapStrR, Kap. 7.3., Rn. 70 m. w. N.

408 *Schäfer*, in: *ders./Hamann*, KapmG, § 14 WpHG a.F., Rn. 12; *Soesters*, Insiderhandelsverbote, S. 153; *Zetsche*, in: *Gebauer/Teichmann*, EnzEuR VI, § 7C, Rn. 139.

409 So kennen etwa das belgische, luxemburgische, italienische, spanische und portugiesische Recht das zivilrechtliche Trennungsprinzip nicht, *Köve*, *Juridica International* 2021, 123 (124).

anzuwenden ist, würde ein alleiniges Abstellen auf das dingliche Rechtsgeschäft unweigerlich zu Wirksamkeitsbedenken führen.<sup>410</sup>

Entscheidend ist vielmehr der Abschluss der schuldrechtlichen Verpflichtung zum Erwerb oder zur Veräußerung von Finanzinstrumenten, da eine abstrakte Beeinträchtigung des kollektiven Anlegervertrauens bereits zu diesem Zeitpunkt zu befürchten ist.<sup>411</sup> Denn mit dem Abschluss des Rechtsgeschäfts besteht bereits eine Gewinnrealisierungsmöglichkeit des Insiders, etwa durch Abtretung seiner Forderung.<sup>412</sup> Spiegelbildlich kann sich die Gegenseite von der vertraglichen Verbindlichkeit nicht ohne Weiteres lösen, ohne dass Schadensersatzansprüche entstehen. In der Konsequenz erscheint es sachgerecht, auf diesen frühzeitigen Zeitpunkt abzustellen, um etwaige Strafbarkeitslücken zu vermeiden.<sup>413</sup>

## ii. Stornieren oder Ändern von Aufträgen

Anders als die Vorgängervorschrift des § 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG ist in Art. 14 lit. a i. V. m. Art. 8 Abs. 1 S. 2 MAR die Stornierung oder Änderung von Aufträgen inkriminiert, soweit diese Aufträge vor Erlangung der Insiderinformation erteilt wurden. Stornierung meint dabei das vollständige Streichen eines Auftrags.<sup>414</sup> Eine Änderung umfasst jede inhaltliche Abwandlung des erteilten Auftrags.<sup>415</sup> Ziel des europäischen Gesetzgebers war es, mit der Aufnahme dieser Tathandlungsvariante alle Handlungen nach Erhalt einer Insiderinformation im Rechtsverkehr, die aufgrund jener Information vorgenommen werden, zu inkriminieren.<sup>416</sup>

410 Klöhn, in: *ders.*, MAR, Art. 8 MAR, Rn. 49.

411 Assmann, in: *ders./Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 8 MAR, Rn. 18; Hilgendorf/Kusche, in: NK-KapStrR, Kap. 7.4., Rn. 19; instruktiv Klöhn, in: *ders.*, MAR, Art. 8 MAR, Rn. 52 ff.; Theile, in: Esser u. a., Wirtschaftsstrafrecht, § 38 WpHG, Rn. 109; Veil, in: Meyer/Rönnau/Veil, Hdb. MMR, § 7, Rn. 26; Waßmer, in: Assies u. a., FA-BKR, Kap. 1, Rn. 538, der allerdings „Erwerb“ und „Veräußerung“ mit „Kauf“ und „Verkauf“ gleichsetzt, obschon jedes entgeltliche Rechtsgeschäft, wie bspw. die Wertpapierleihe, erfasst ist.

412 Himmelreich, Insiderstrafverfolgung, S. 37; Pananis, in: MüKo-StGB, § 119 WpHG, Rn. 193 m. w. N.; Schwark/Kruse, in: *ders./Zimmer*, KMRK, § 14 WpHG a.F., Rn. 10; Wehowsky, in: Erbs/Kohlhaas Straf. NG, § 14 WpHG a.F., Rn. 3.

413 Veil, in: Meyer/Rönnau/Veil, Hdb. MMR, § 7, Rn. 27.

414 Klöhn, in: *ders.*, MAR, Art. 8 MAR, Rn. 78.

415 Assmann, in: *ders./Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 8 MAR, Rn. 28.

416 Erwägungsgrund 25 VO EU/596/2014.

### iii. Nutzung einer Insiderinformation

Art. 8 Abs. 1 S. 1–3 MAR setzen voraus, dass die betroffene Person die Insiderinformation für eigene oder für fremde Rechnung nutzt. Diese Voraussetzung war bereits in der MAD<sup>417</sup> aus dem Jahr 2003 vorgesehen und wurde vom Gesetzgeber 2005 in das deutsche Recht umgesetzt.<sup>418</sup> Streitig war bisweilen, ob hierbei der bloße Handel in Kenntnis einer Insiderinformation ausreicht<sup>419</sup> oder ob darüber hinaus ein Kausalzusammenhang zwischen der Kenntnis der Insiderinformation und dem erfolgten Handelsgeschäft bestehen muss.<sup>420</sup> Der EuGH ist u. a. dieser Frage in seiner prominenten *Spector-Photo-Group*-Entscheidung zur MAD aus dem Jahr 2003 nachgegangen. Um Beweisschwierigkeiten vorzubeugen, soll ein Kausalzusammenhang bei positiver Kenntnis der betroffenen Person von der Insiderinformation widerleglich vermutet werden (sog. Kausalitätsvermutung).<sup>421</sup> Diese, nicht zuletzt aufgrund der Kollision mit der rechtsstaatlich verankerten Unschuldsvermutung vielfach kritisierte<sup>422</sup> Beweislastumkehr wurde vom Europäischen Gesetzgeber in Erwägungsgrund 24 der MAR

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

418 Veil, in: *Meyer/Rönnau/Veil*, Hdb. MMR, § 7, Rn. 36.

419 Klöhn, in: *ders.*, MAR, Art. 8 MAR, Rn. 119, 120, der sich für eine umfassende Wertung im Einzelfall, ob das Geschäft nach dem Sinn und Zweck des Insiderrechts verboten werden soll, ausspricht; Pawlik, in: *KK-WpHG* (2007), § 14 WpHG a.F., Rn. 15 ff.; Ziemons, *NZG* 2004, 537 (539).

420 Assmann, in: *ders./Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 8 MAR, Rn. 30; Buck-Heeb, *KapitalmarktR*, Rn. 409; Hilgendorf/Kusche, in: *NK-KapStrR*, Kap. 7.4., Rn. 29 m. w. N.; Hopt/Kumpan, in: *Ellenberger/Bunte*, BankR-Hdb, § 86, Rn. 69; Poelzig, *Kapitalmarktrecht*, Rn. 397; *dies.*, *NZG* 2016, 528 (532); Ransiek, *wistra* 2011, 1 (4); Theile, in: *Esser u. a.*, *Wirtschaftsstrafrecht*, § 38 WpHG, Rn. 112; Veil, in: *Meyer/Rönnau/Veil*, Hdb. MMR, § 7, Rn. 36 ff.; Zetsche, in: *Gebauer/Teichmann*, *EnzEuR* VI, § 7C, Rn. 142 f.

421 EuGH, Urteil vom 23.12.2009, *Spector Photo Group NV u. a.*, EU:C:2009:806, Rn. 54, 62.

422 Kritisiert wird dabei vor allem, dass die Vermutung als eine Vorsatzvermutung zu verstehen ist und somit im Widerspruch zu der in Art. 6 Abs. 2 EMRK statuierten Unschuldsvermutung steht, vgl.: *Langenbucher/u. a.*, *BKR* 2010, 133 (135); *Opitz*, *BKR* 2010, 72 (73); *Schwark/Kruse*, in: *ders./Zimmer*, *KMRK*, § 14 WpHG a.F., Rn. 16a; aA *Hilgendorf/Kusche*, in: *NK-KapStrR*, Kap. 7.4., Rn. 29, die darauf hinweisen, dass sich die Vermutung lediglich auf die psychische Kausalität als objektives Tatbestandsmerkmal bezieht und eine daraus resultierende Bejahung des Vorsatzes lediglich implizit als Schlussfolgerung zu sehen ist, vgl. auch EuGH, Urteil vom 23.12.2009, *Spector Photo Group NV u. a.*, EU:C:2009:806, Rn. 44.

aufgenommen. Ein Kausalzusammenhang ist mithin zwingend erforderlich, obschon dieser wegen der Vermutung in den allermeisten Fällen bejaht und nur mit einem erhöhten Dokumentationsaufwand widerlegt werden kann.<sup>423</sup>

#### iv. Legitime Handlungen, Art. 9 MAR

Die in der *Spector-Photo-Group*-Entscheidung aufgestellte Nutzungsvermutung ist außerdem Grundlage für Art. 9 MAR, wo festgelegt wird, welche Anforderungen an eine solche Widerlegung zu stellen sind (sog. *Spector*-Ausnahmen).<sup>424</sup> Die dort aufgezählten, nicht abschließenden „legitimen Handlungen“ sind Fallgruppen, in denen die Vermutung für die Nutzung der Insiderinformation als widerlegt gilt. Ist eine der Fallgruppen erfüllt, so liegt nach allgemeiner Ansicht<sup>425</sup> der Tatbestand von Art. 8 Abs. 1 MAR nicht vor.<sup>426</sup> Nicht anwendbar sind die legitimen Handlungen auf Taten nach Art. 8 Abs. 2, 3 MAR und Art. 10 MAR.<sup>427</sup>

#### 2. Verbot der Marktmanipulation, Art. 15 MAR

Den zweiten Pfeiler der Verbotstatbestände im Marktmissbrauchsrecht bildet neben dem Insiderhandelsverbot das Verbot der Marktmanipulation aus Art. 15 MAR. Hier generiert der Täter nicht etwa durch etwaige Interessenvorsprünge Sondervorteile gegenüber den anderen Anlegern, sondern vielmehr durch irreführende, kursprägende Informationen.

---

423 *Cascante/Bingel*, NZG 2010, 161 (165); *Himmelreich*, Insiderstrafverfolgung, S. 38 m. w. N.

424 Erstmals *Klöhn*, ECFR 2010, 347 (350). Neben Art. 9 MAR ist außerdem der Spezialfall aus Art. 5 MAR zu beachten, der bestimmte Konstellationen von Rückkaufprogrammen und Stabilisierungsmaßnahmen von dem Tatbestand der Marktmanipulation ausnimmt.

425 *Assmann*, in: *ders./Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 9 MAR, Rn. 2 m. w. N.; *Hopt/Kumpan*, in: *Ellenberger/Bunte*, BankR-Hdb, § 86, Rn. 78 m. w. N.; *Klöhn*, in: *ders.*, MAR, Art. 9 MAR, Rn. 1 m. w. N.; *ders.*, ZBB 2017, 261 (262); *Poelzig*, NZG 2016, 528 (532); *Szesny*, DB 2016, 1420 (1424).

426 Siehe aber die Rückausnahme von Art. 9 Abs. 6 MAR.

427 *Assmann*, in: *ders./Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 9 MAR, Rn. 3.

a. Normgenese

Das Ausnutzen marktspezifischer Informationssensibilität zum persönlichen Vorteil ist kein durch den Wertpapiermarkt geschaffenes Problem. Erste Nachweise datieren zurück auf 483 n. Chr., als der römische Kaiser Zeno dem Prätorianerpräfekten von Konstantinopel per Dekret aufgab, Preismanipulationsversuche im Rohstoffsektor einzudämmen.<sup>428</sup> Seitdem ist die Marktmanipulation immer wieder Gegenstand der Strafgesetzgebung – in Deutschland erstmals im Jahr 1884, wo mit Art. 249d Abs. 1 Nr. 2 ADHGB<sup>429</sup> der Kursbetrug als Vorgänger des heutigen Marktmanipulationstatbestandes unter Strafe gestellt wurde.<sup>430</sup> Mit Entstehung des Börsengesetzes wurde die Vorschrift in Form des § 79 Abs. 1 BörsG<sup>431</sup> übernommen und später in § 88 BörsG<sup>432</sup> umgeändert. Da das Börsengesetz allerdings die Marktorganisation und nicht das Marktverhalten regeln sollte, wurde die Norm im Jahr 2002 durch §§ 20a, 38, 39 WpHG a.F. abgelöst.<sup>433</sup>

Die europäische Mindestharmonisierung erfolgte durch die bereits besprochene MAD. Heute gilt ein zweigleisiger Regelungsansatz: Vollharmonisierung auf Tatbestandsseite durch die MAR und gleichzeitige Mindestharmonisierung auf Rechtsfolgenreite durch die CRIM-MAD, die der Gesetzgeber mit §§ 119, 120 WpHG in nationales Recht umgesetzt hat.<sup>434</sup>

---

428 Markham, Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation, S. 9; falsche Jahresangaben in: Mühlbert, in: Assmann/Schneider/Mühlbert, WpHR, Vor Art. 12 MAR, Rn. 1 m. w. N.; Schmolke, in: Klöhn, MAR, Vor Art. 12 MAR, Rn. 35 m. w. N., die das Dekret Zenos auf 483 v. Chr. datieren.

429 Eingeführt durch das Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, RGBl. Band 1884, Nr. 22, S. 170 ff.

430 Mühlbert, in: Assmann/Schneider/Mühlbert, WpHR, Vor Art. 12 MAR, Rn. 1.

431 Börsengesetz vom 22.06.1896, RGBl. Band 1896, Nr. 15, S. 176 ff.

432 Geändert durch das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) vom 15.05.1986, BGBl. I 1986, S. 725 ff.

433 Entwurf der Bundesregierung zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz) vom 18.01.2002, BT Drs. 14/8017, S. 89; Mühlbert, in: Assmann/Schneider/Mühlbert, WpHR, Vor Art. 12 MAR, Rn. 1; Poelzig, NZG 2016, 528 Rn. 417.

434 Siehe dazu bereits S. 118 ff.

## b. Normzweck

Die MAR verfolgt gem. Art. 1 MAR eine einheitliche, binnenmarktspezifische Zielsetzung für Insidergeschäfte wie auch für die Marktmanipulation.<sup>435</sup> So soll auch das Verbot der Marktmanipulation zuvorderst die Integrität und den Bestand der Institution des Wertpapiermarktes schützen, wozu auch der kollektive Schutz des Anlegervertrauens gehört.<sup>436</sup> Für eine weitere Auseinandersetzung mit diesem kollektiven Schutzgut kann auf die oben stehenden Erwägungen zum Insiderhandelsverbot verwiesen werden.<sup>437</sup>

Ob das Verbot der Marktmanipulation darüber hinaus das Vermögen einzelner Anleger schützt, wird unterschiedlich bewertet. Dafür sollen insbesondere die Erwägungsgründe 44, 47 und 49 der MAR sprechen, wo von „beträchtlichen Verlusten“ oder von „besonderen Schäden“ infolge von marktmanipulativen Verhaltensweisen auf Anlegerseite die Rede ist. Einige Stimmen sehen hierin ein klares Indiz für die konkrete Bezugnahme auf Vermögenspositionen Einzelner.<sup>438</sup> In der Tat stellt Erwägungsgrund 44 einen Systembruch dar – allerdings lediglich in der Formulierung, und nicht etwa in der Kundgabe einer etwaigen gesetzgeberischen Intention. So fehlt jeder Hinweis darüber, dass über die Anlegergesamtheit individuelle Anleger vom Schutzbereich mit umfasst sein sollten.<sup>439</sup> Es kommt dem Verbot der Marktmanipulation – wie auch dem Insiderhandelsverbot – keine individuell-drittschützende Wirkung zu.

---

435 Siehe hierzu schon EG 12 Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) (ABl. Nr. L 096 vom 12.04.2003, S. 16–25).

436 *Langenbucher*, Akt- u. KaptMR, § 16, Rn. 1; *Möllers*, NZG 2018, 649 (649); *Mülbert*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 22; *Schmolke*, in: *Klöhn*, MAR, Vor Art. 12 MAR, Rn. 33; *Teigelack*, in: *Meyer/Rönnau/Veil*, Hdb. MMR, § 12, Rn. 3 m. w. N.; *Zetsche*, in: *Gebauer/Teichmann*, EnzEuR VI, § 7C, Rn. 5, der zutreffend von einer „kapitalmarktrechtlichen Zweckdichotomie“ spricht.

437 Siehe oben S. 121 ff.

438 *Altenhain*, BB 2002, 1874 (1875); *Hellmann*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 93; *Stage*, Marktmanipulation, S. 159 f.; *Streinz/Ohler*, WM 2004, 1309 (1316).

439 *Mülbert*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 25.

c. Deliktsnatur

Bei der Marktmanipulation ist zwischen der erfolglosen (Art. 12 Abs. 1 lit. a i. Var. 2; ii. Var. 2; lit. b Var. 2; lit. c Var. 2 MAR) und der erfolgreichen Marktmanipulation (Art. 12 Abs. 1 lit. a i. Var. 1; ii. Var. 1; lit. b Var. 1; lit. c Var. 1 MAR) zu unterscheiden. Bei Ersterer erschöpft sich das Unrecht in der tatbestandlichen Handlung, während Letztere eine tatsächliche Preis- oder Kursbeeinflussung voraussetzt. Die erfolglose Marktmanipulation ist rechtstechnisch als Tätigkeitsdelikt (bezogen auf die Tathandlung) und als abstraktes Gefährdungsdeltikt (in Bezug auf das Handlungsobjekt) einzuordnen.<sup>440</sup> Sie ist überdies eine Ordnungswidrigkeit gem. § 120 Abs. 2 Nr. 3; Abs. 15 Nr. 2 WpHG i. V. m. Art. 15 MAR, soweit sie vorsätzlich oder leichtfertig begangen wird. Bei der erfolgreichen Marktmanipulation rückt hingegen neben dem Handlungsunwert der erfolglosen Marktmanipulation ein erheblicher Erfolgsunwert in Form der tatsächlichen Beeinflussung des Preises und den daraus resultierenden nachteiligen Auswirkungen, sodass es sich um ein Verletzungs- (bezogen auf die Tathandlung) sowie um ein Erfolgsdelikt (bezogen auf das Handlungsobjekt) handelt.<sup>441</sup> Ihre vorsätzliche oder leichtfertige Begehung ist eine Straftat nach §§ 119 Abs. 1; 120 Abs. 2 Nr. 3; Abs. 15 Nr. 2 WpHG i. V. m. Art. 15 MAR.

d. Tatbestandsmäßigkeit

Art. 15 MAR enthält lediglich ein allgemeines Verbot der Marktmanipulation sowie des Versuchs hierzu. Ausgefüllt wird die Verbotsvorschrift durch die unterschiedlich gearteten Handlungsformen aus Art. 12 MAR, die sowohl aus geschäftlichen und geschäftsähnlichen Handlungen (sog. handels- und handlungsgestützte Marktmanipulation), Art. 12 Abs. 1 lit. a, b MAR, Art. 12 Abs. 1 lit. d Var. 3 MAR, als auch aus bloßen Informationsdarbie-

440 Eichelberger, Marktmanipulation, S. 135; Kutzner, WM 2005, 1402 (1406); Saliger, in: NK-KapStrR, Kap. 6.1., Rn. 66; Zimmer/Bator, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 15 VO (EU) 596/2014, Rn. 7.

441 BGH BB 2004, II (14); NJW 2014, 1399 (1402); LG München NStZ 2004, 291 (292); Birkner, Einwirkungserfolg, S. 8 ff., 26 ff.; Eichelberger, Marktmanipulation, S. 135; ders., NStZ 2004, 291 (293); Holzborn/Israel, WM 2004, 1948 (1954); Kutzner, WM 2005, 1402 (1406); Waßmer, in: Assies u. a., FA-BKR, Kap. 1, Rn. 549; Zimmer/Bator, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 15 VO (EU) 596/2014, Rn. 7.



tungen (sog. informationsgestützte Marktmanipulation), Art. 12 Abs. 1 lit. c MAR, Art. 12 Abs. 1 lit. d MAR, bestehen können.

Wie bereits erörtert, ist für die Verdachtsmeldepflicht ausschließlich die handelsgestützte Marktmanipulation, also solche Manipulationshandlungen, die durch den Abschluss eines Geschäfts, durch die Erteilung eines Handelsauftrags oder durch andere handelsgestützte Manipulationsarten vorgenommen werden, relevant.<sup>442</sup> Die folgende Untersuchung beschränkt sich demzufolge vorwiegend auf die Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR, Art. 12 Abs. 1 lit. b Var. 1, 2 MAR sowie nach Art. 12 Abs. 1 lit. d Var. 3 MAR.

#### aa. Handelsgestützte Marktmanipulation nach Art. 15, 12 Abs. 1 lit. a MAR

Das Verbot der handelsgestützten Marktmanipulation aus Art. 15 MAR i. V. m. Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR richtet sich gegen das Setzen falscher bzw. irreführender Signale zu Angebot, Nachfrage oder Preis (Var. i) sowie die (wahrscheinliche) Sicherung eines anormalen oder künstlichen Kursniveaus (Var. ii). Es umfasst Manipulationen sowohl in Bezug auf Finanzinstrumente als auch auf, hier aus Übersichtlichkeitsgesichtspunkten nicht näher behandelte, Waren-Spot-Kontrakte und Emissionszertifikate.

#### i. Tatbestand

Für den Tatbestand der handelsgestützten Marktmanipulation muss der Täter zunächst ein Geschäft oder einen Handelsauftrag abschließen. Unter Geschäften fasst die hL sämtliche Transaktionen auf dem Finanzmarkt, wobei für deren Abschluss das Zustandekommen eines Verpflichtungsgeschäfts maßgeblich ist.<sup>443</sup> Unter Handelsaufträgen sind alle Arten von Aufträgen (engl. *orders*) – seien es Vermittlungs- oder Kauf- bzw. Verkaufsaufträge – im Kapitalbereich zu verstehen.<sup>444</sup>

Neben Geschäften und Handlungsaufträgen erfasst Art. 12 Abs. 1 lit. a Var. 3 MAR auch „jede andere Handlung“. Was hierunter zu verstehen

442 Zum für die Verdachtsmeldepflicht relevanten transaktionsbezogenen Marktmissbrauchsbegriff, siehe bereits oben S. 116 f.

443 Anschütz/Kunzelmann, in: Meyer/Rönnau/Veil, Hdb. MMR, § 14, Rn. 12, 13; Mühlbert, in: Assmann/Schneider/Mühlbert, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 52, 53; Pananis, in: MüKo-StGB, § 119 WpHG, Rn. 60; Schmolke, in: Klöhn, MAR, Art. 12, Rn. 35, 36.

444 Mühlbert, in: Assmann/Schneider/Mühlbert, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 56.

ist, wird unterschiedlich bewertet. So subsumieren einzelne Stimmen der Literatur auch handlungs- und informationsgestützte Manipulationshandlungen unter „andere Handlungen“ i. S. v. Art. 12 Abs. 1 lit. a Var. 3 MAR.<sup>445</sup> Eine derart extensive Interpretationsweise wird allerdings von der überwiegenden Literaturmeinung abgelehnt.<sup>446</sup> Zwar schließe der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 lit. a Var. 3 MAR handlungs- und informationsgestützte Manipulationshandlungen nicht explizit aus, allerdings spreche die Beibehaltung der rein handelsbezogenen Regelbeispiele nach Art. 12 Abs. 2 MAR sowie die Übernahme der Indikatoren aus Art. 4 der Durchführungsrichtlinie 2003/124/EG<sup>447</sup> in Anhang I/Teil A MAR für eine Beschränkung auf die handlungsgestützte Marktmanipulation.<sup>448</sup> Mit „anderen Handlungen“ seien demnach solche handlungsgestützten Manipulationshandlungen gemeint, die nicht als Geschäft oder Handelsauftrag klassifiziert werden können, wie etwa das Stornieren oder Ändern von Handelsaufträgen.<sup>449</sup>

Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR setzt zudem voraus, dass aufgrund der o. g. Tathandlungen ein (wahrscheinlich) falsches oder irreführendes Signal hinsichtlich des Angebots, der Nachfrage oder des Preises bzw. ein anormales oder künstliches Kursniveau des Finanzinstrumentes entsteht. Als falsch gilt ein Signal, wenn es in seinem Aussagegehalt von der Wirklichkeit abweicht; es ist irreführend, wenn es geeignet ist, bei einem verständigen Anleger eine Fehlvorstellung über die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse hervorzurufen.<sup>450</sup> Ein Finanzinstrument hat ein anormales oder künstliches Kursniveau, wenn der Preis entgegen den wahren wirtschaftlichen Verhältnissen am Markt stabilisiert wird.<sup>451</sup>

---

445 Schmidt, in: JVRB-WpHG, § 20a WpHG a.F., Rn. 380; Schmolke, AG 2016, 434 (441).

446 Anschütz/Kunzelmann, in: Meyer/Rönnau/Veil, Hdb. MMR, § 14, Rn. 16; Diversty/Köpferl, in: BKK-WSStr, § 38 WpHG, Rn. 78; Mülberr, in: Assmann/Schneider/Mülberr, WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 59; Saliger, in: NK-KapStrR, Kap. 6.1., Rn. 76; ausf. Zimmer/Bator, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 15 VO (EU) 596/2014, Rn. 13 ff., 23.

447 Richtlinie 2003/124/EG der Kommission vom 22. Dezember 2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Begriffsbestimmung und die Veröffentlichung von Insider-Informationen und die Begriffsbestimmung der Marktmanipulation (ABl. Nr. L 339 vom 24.12.2003, S. 70–72).

448 Saliger, in: NK-KapStrR, Kap. 6.1., Rn. 76.

449 Anschütz/Kunzelmann, in: Meyer/Rönnau/Veil, Hdb. MMR, § 14, Rn. 16.

450 Buck-Heeb, KapitalmarktR, Rn. 652; Mülberr, in: Assmann/Schneider/Mülberr, WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 63 m. w. N.

451 Buck-Heeb, KapitalmarktR, Rn. 652.

Zu Konkretisierungszwecken findet sich in Anhang I der MAR eine nicht erschöpfende Aufzählung von Indikatoren, die tatbestandlich relevante Signale oder Kursniveaus implizieren, Art. 12 Abs. 3 MAR. Liegt ein Fall aus dem Anhang I der MAR vor, so begründet dies noch keinen Verstoß gegen das Verbot einer handelsgestützten Marktmanipulation, sondern indiziert einen solchen lediglich. In der Praxis führt ein Vorliegen eines Indikators aus Anhang I MAR zu einer detaillierten Einzelfallprüfung des betroffenen Vorgangs durch die BaFin.<sup>452</sup>

## ii. Kein Ausschluss

Der Tatbestand nach Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR ist nicht erfüllt, sofern der Täter legitime Gründe hat und im Einklang mit der zulässigen Marktpraxis gem. Art. 13 MAR steht, Art. 12 Abs. 1 lit. a HS 2 MAR.<sup>453</sup> Art. 13 Abs. 2 MAR enthält dabei einzelne Kriterien, die die zuständige Behörde – in Deutschland die BaFin, Art. 3 Abs. 1 Nr. 12, Art. 22 MAR i. V. m. § 6 Abs. 5 S. 1 WpHG – zur Beurteilung der zulässigen Marktpraxis festlegen kann. Hintergrund dieser Regelung ist es, dass sich die Beurteilung des (noch) zulässigen Verhaltens am Kapitalmarkt mit der Zeit ändern kann und die BaFin als fachnächste Behörde deshalb möglichst flexibel agieren muss. Mit Art. 13 MAR überträgt der Gesetzgeber der Aufsichtsbehörde einen Teil seiner legislativen Einschätzungsprärogative dahin gehend, als dass nun diese anhand der vorgegebenen Kriterien nach Art. 13 Abs. 2 MAR eine grundsätzlich tatbestandsmäßige handelsgestützte Marktmanipulation im Einzelfall für zulässig erklären kann.<sup>454</sup>

---

452 Buck-Heeb, KapitalmarktR, Rn. 652; Mülberr, in: Assmann/Schneider/Mülberr, WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 257; Schmolke, in: Klöhn, MAR, Art. 12, Rn. 68.

453 Neben Art. 13 MAR ist außerdem der Spezialfall aus Art. 5 MAR zu beachten, der bestimmte Konstellationen wie Rückkaufprogramme und Stabilisierungsmaßnahmen vom Tatbestand der Marktmanipulation ausnimmt.

454 Richtigerweise ist mit der hM von einem Tatbestandsausschluss und nicht von einem Rechtfertigungsgrund auszugehen, so spricht auch Faust, in: Ellenberger/Bunte, BankR-Hdb, § 89, Rn. 65 von einer „rechtlichen Zulässigkeit“ bei bestehenden legitimen Gründen, die dann zu einem Strafbarkeitsausschluss führen; siehe auch: Mülberr, in: Assmann/Schneider/Mülberr, WpHR, Art. 13 MAR, Rn. 8; Saliger, in: NK-KapStrR, Kap. 6.1., Rn. 141; aA Schmolke, in: Klöhn, MAR, Vor Art. 12 MAR, Rn. 8.

bb. Handelsgestützte Marktmanipulation nach Art. 15, 12 Abs. 1 lit. b MAR

Nach Art. 15 MAR i. V. m. Art. 12 Abs. 1 lit. b MAR ist es außerdem verboten, unter Vorspiegelung falscher Tatsachen oder unter Verwendung sonstiger Kunstgriffe, den Kurs eines oder mehrerer Finanzinstrumente<sup>455</sup> (potenziell) zu beeinflussen. Es bedarf dabei weder eines Vermögensschadens auf der einen noch einer Bereicherungsabsicht auf der anderen Seite.

Vorliegen muss wiederum der Abschluss eines Geschäftes, die Erteilung eines Handelsauftrags oder gem. Var. 3 eine sonstige vergleichbare Handlung.<sup>456</sup> Art. 12 Abs. 1 lit. b MAR definiert bereits die einschlägigen Täuschungshandlungen, nämlich das Vorspiegeln von Tatsachen und sonstige Kunstgriffe oder Formen der Täuschung. Letzteres versteht sich als jedes Verhalten, das geeignet ist, einen verständigen Anleger über die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse in die Irre zu führen, und soll insbesondere Unterlassungskonstellationen bei etwaigen Auskunftspflichten erfassen.<sup>457</sup> Anhang I MAR enthält wiederum Indikatoren zur Konkretisierung der o. g. Tathandlungen, Art. 12 Abs. 3 MAR. Zuletzt muss die Täuschungshandlung den Kurs des Finanzinstruments beeinflussen oder hierzu geeignet sein. Die Beeinflussung meint dabei jede Art der Einwirkung auf den Kurs. Zur Kursbeeinflussung geeignet ist die Tathandlung dann, wenn eine Kursbeeinflussung wahrscheinlich ist.<sup>458</sup>

---

455 Da Waren-Spot-Kontrakte und Emissionszertifikate in der Rechtsrealität eine nur untergeordnete Rolle spielen und ihre rechtliche Behandlung nicht substanziell zum allgemeinen, systematischen Verständnis der Marktmanipulation beiträgt, wird nicht weiter auf diese Themenbereiche eingegangen und auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen.

456 Dazu oben S. 134. Die „sonstige vergleichbare Handlung“ ist genau wie die „andere Handlung“ gem. Art. 12 Abs. 1 lit. a Var. 3 MAR zu verstehen, so: *Mülbert*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 141; *Saliger*, in: *NK-KapStrR*, Kap. 6.1., Rn. 175; aA: *Anschütz/Kunzelmann*, in: *Meyer/Rönnau/Veil*, Hdb. MMR, § 14, Rn. 16; *Zimmer/Bator*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, Art. 15 VO (EU) 596/2014, Rn. 66 ff., die auch die handlungs- und informationsgestützte Marktmanipulation unter Art. 12 Abs. 1 lit. b Var. 3 MAR kategorisieren wollen.

457 Verordnung des Bundesministeriums der Finanzen zur Konkretisierung des Verbotes der Marktmanipulation (Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung – MaKonV) vom 07.01.2005, BR-Drs. 18/05, S. 16; *Pananis*, in: *MüKo-StGB*, § 119 WpHG, Rn. 97; *Schmolke*, in: *Klöhn*, MAR, Art. 12, Rn. 196.

458 *Anschütz/Kunzelmann*, in: *Meyer/Rönnau/Veil*, Hdb. MMR, § 14, Rn. 85.

cc. Referenzwertmanipulation nach Art. 15, 12 Abs. 1 lit. d. Var. 3 MAR

Ein Sonderfall sowohl der informationsgestützten als auch der handels- und handlungsbezogenen Marktmanipulation findet sich in Art. 12 Abs. 1 lit. d. MAR – die sog. Referenzwert- (bzw. die *Benchmark*-) Manipulation. Manipulationsobjekt ist dabei der Referenzwert, der in Art. 3 Abs. 1 Nr. 29 MAR legaldefiniert wird. Ein Referenzwert ist verkürzt ein Kurs, Index oder Wert, der der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird und periodisch oder regelmäßig durch die Anwendung einer Formel auf den Wert eines oder mehrerer Basiswerte oder -preise ermittelt bzw. auf der Grundlage dieser Werte bestimmt wird. Gemeint sind neben Aktienindizes wie DAX oder FTSE 100 auch Anleiheindizes wie NASDAQ sowie Referenzpreise für Rohstoffe mit Finanzmarktbezug, wie etwa die Ölpreisbewertung.<sup>459</sup> Flankiert wird der Tatbestand der Referenzwertmanipulation von der Benchmark-VO,<sup>460</sup> die die konkrete Ermittlung maßgeblicher Finanzmarktindizes vorgibt.

Die tatbestandlichen Handlungen der Referenzwertmanipulation sind grundsätzlich informationsgestützt und können in jeder Übermittlung falscher oder irreführender Angaben (Var. 1) sowie in jeder Bereitstellung falscher oder irreführender Ausgangsdaten (Var. 2) liegen. Mangels Transaktionsbezugs unterliegen sie nicht der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht. Art. 12 Abs. 1 lit. d. MAR enthält jedoch in Var. 3 einen – u. U. meldepflichtigen – Auffangtatbestand, worin auch alle „sonstigen“ handels- und handlungsgestützten Referenzwertmanipulationshandlungen erfasst sind.<sup>461</sup>

---

459 Schmolke, in: Klöhn, MAR, Art. 12, Rn. 277.

460 Verordnung (EU) 2016/1011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über Indizes, die bei Finanzinstrumenten und Finanzkontrakten als Referenzwert oder zur Messung der Wertentwicklung eines Investmentfonds verwendet werden, und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2014/17/EU sowie der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 (ABl. Nr. 171/1 vom 29.06.2016, S. 1–65).

461 Zimmer/Bator, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 15 VO (EU) 596/2014, Rn. 108.

dd. Zwingende Beispiele, Art. 12 Abs. 2 MAR

Art. 12 Abs. 2 MAR enthält einen Katalog zwingender Beispiele<sup>462</sup> für Verhaltensweisen, die als Marktmanipulation gelten.<sup>463</sup> Dieser Katalog umfasst die gängigsten Manipulationspraktiken. Ist eines dieser Beispiele erfüllt, so liegt ohne jede weitere Abwägung eine vollendete Marktmanipulation vor, sofern keine Ausnahme i. S. v. Art. 13 MAR oder von Art. 5 MAR gegeben ist. Art. 12 Abs. 2 lit. a–c MAR beschäftigen sich dabei mit der für die Verdachtsmeldepflicht relevanten handelsbezogenen Marktmanipulation.<sup>464</sup>

---

462 Aufgrund der zwingenden Wirkung der Beispiele des Art. 12 Abs. 2 MAR ist der im Strafrecht gängige Terminus des Regelbeispiels ungenau, siehe hierzu ausf.: Schmolke, in: Klöhn, MAR, Art. 12, Rn. 304 f.

463 Als handelsgestützte Marktmanipulation gelten unter anderem die folgenden Handlungen:

a) Sicherung einer marktbeherrschenden Stellung in Bezug auf das Angebot eines Finanzinstruments, damit verbundener Waren-Spot-Kontrakte oder eines auf Emissionszertifikaten beruhenden Auktionsobjekts oder die Nachfrage danach durch eine Person oder mehrere in Absprache handelnde Personen mit der tatsächlichen oder wahrscheinlichen Folge einer unmittelbaren oder mittelbaren Festsetzung des Kaufs- oder Verkaufspreises oder anderen unlauteren Handelsbedingungen führt oder hierzu geeignet ist;

b) Kauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten bei Handelsbeginn oder bei Handelsschluss an einem Handelsplatz mit der tatsächlichen oder wahrscheinlichen Folge, dass Anleger, die aufgrund der angezeigten Kurse, einschließlich der Eröffnungs- und Schlusskurse, tätig werden, irreführt werden; (...)

c) die Erteilung von Kauf- oder Verkaufsaufträgen an einen Handelsplatz, einschließlich deren Stornierung oder Änderung, mittels aller zur Verfügung stehenden Handelsmethoden, auch in elektronischer Form, beispielsweise durch algorithmische und Hochfrequenzhandelsstrategien, die eine der in Absatz 1 Buchstabe a oder b genannten Auswirkungen hat, indem sie

i) das Funktionieren des Handelssystems des Handelsplatzes tatsächlich oder wahrscheinlich stört oder verzögert,

ii) Dritten die Ermittlung echter Kauf- oder Verkaufsaufträge im Handelssystem des Handelsplatzes tatsächlich oder wahrscheinlich erschwert, auch durch das Einstellen von Kauf- oder Verkaufsaufträgen, die zur Überfrachtung oder Beeinträchtigung des Orderbuchs führen, oder

iii) tatsächlich oder wahrscheinlich ein falsches oder irreführendes Signal hinsichtlich des Angebots eines Finanzinstruments oder der Nachfrage danach oder seines Preises setzt, insbesondere durch das Einstellen von Kauf- oder Verkaufsaufträgen zur Auslösung oder Verstärkung eines Trends.

464 Auf die handelsbezogene Marktmanipulation mit Emissionszertifikaten nach Art. 12 Abs. 2 lit. e MAR wird hier nicht näher eingegangen und auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen, siehe Fn. 455.

Art. 12 Abs. 2 lit. a MAR umfasst das Verbot der Sicherung einer marktbeherrschenden Stellung in Bezug auf das Angebot eines Finanzinstruments unter unlauteren Handelsbedingungen (sog. *abusive squeeze*).<sup>465</sup> Ebenso wie das kartellrechtliche Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 102 Abs. 1 AEUV soll das Verbot aus Art. 12 Abs. 2 lit. a MAR die wirtschaftliche Machtposition marktführender Unternehmen beschränken.<sup>466</sup> Die hL greift daher für die Auslegung der Norm auf die Grundsätze und die Kasuistik des Kartellrechts zurück.<sup>467</sup>

Art. 12 Abs. 2 lit. b MAR stellt demgegenüber nicht auf die wettbewerbliche Stellung des Handelnden ab, sondern vielmehr auf den Zeitpunkt der marktmissbräuchlichen Handlung. Erfolgt diese zu Handelsbeginn oder Handelsschluss und werden Anleger, die aufgrund der angezeigten Kurse (einschließlich der Eröffnungs- und Schlusskurse) tätig werden, hierdurch tatsächlich oder wahrscheinlich irregeführt, liegt stets eine tatbestandliche Marktmanipulation vor (sog. *marking the open/close*), Art. 12 Abs. 2 lit. b MAR. Das Abstellen auf die Zeitpunkte unmittelbar nach Handelsbeginn oder unmittelbar vor Handelsschluss hat den Hintergrund, dass Eröffnungs- oder Schlusskurse zur Berechnung bestimmter Kennzahlen, deren Erfüllung ihrerseits Rechtsfolgen auslösen können, herangezogen werden.<sup>468</sup> Manipulative Verhaltensweisen, die auf die Berechnung dieser Kennzahlen hinwirken, bergen ein erhebliches Täuschungspotenzial.

Art. 12 Abs. 2 lit. c MAR befasst sich mit Manipulationshandlungen im Rahmen des algorithmischen sowie des Hochfrequenzhandels. Die Vorschrift will dabei insbesondere das gezielte, großvolumige Einstellen und Löschen von Aufträgen (sog. *spoofing*) sowie das „Verstopfen“ des Handelsplatzes durch eine große Zahl von Aufträgen und Stornierungen (sog. *quote stuffing*) erfassen und als marktmissbräuchlich erklären.<sup>469</sup> Im Rahmen des algorithmischen Handels bestimmt ein Computeralgorithmus die einzelnen Auftragsparameter automatisch, sodass Aufträge nur mit eingeschränk-

---

465 Bayram, Manipulative Handelspraktiken, S. 143 ff.

466 Zimmer/Bator, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 12 VO (EU) 596/2014, Rn. 116 ff.

467 Maume, in: BeckOK-WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 109; Möllers, NZG 2014, 361 (365); Mülbart, in: Assmann/Schneider/Mülbart, WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 218; Zimmer/Bator, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 12 VO (EU) 596/2014, Rn. 113.

468 Bayram, Manipulative Handelspraktiken, S. 152 ff.; Maume, in: BeckOK-WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 121; Tountopoulos, WM 2013, 351 (351).

469 Maume, in: BeckOK-WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 131; Mülbart, in: Assmann/Schneider/Mülbart, WpHR, Art. 12 MAR, Rn. 116, 122 f.; Schmolke, in: Klöhn, MAR, Art. 12 MAR, Rn. 145, 160.



ter oder gar keiner menschlichen Beteiligung bearbeitet werden müssen, Art. 3 Abs. 1 Nr. 18 MAR i. V. m. Art. 4 Abs. 1 Nr. 39 MiFiD II.<sup>470</sup> Ähnlich verhält es sich im Hochfrequenzhandel, vgl. Art. 3 Abs. 1 Nr. 33 MAR i. V. m. Art. 4 Abs. 1 Nr. 40 MiFiD II. Aufgrund der Komplexität, der hochfrequentierten Handelsgeschwindigkeit sowie einer eingeschränkten manuellen Eingriffsmöglichkeit bestehen im Rahmen des algorithmischen sowie im Hochfrequenzhandel eine erhöhte Volatilität der gehandelten Finanzinstrumente, was sie wiederum besonders anfällig für marktmissbräuchliche Verhaltensweisen macht.<sup>471</sup>

## II. Meldepflicht zur Vorbeugung und Aufdeckung von Marktmissbrauch, Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR

Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR beinhalten die Pflicht eines jeden Marktbetreibers sowie einer jeden Wertpapierfirma, die einen Handelsplatz betreibt, Aufträge und Geschäfte, einschließlich deren Stornierung oder Änderung, die (versuchte) Insidergeschäfte oder (versuchte) Marktmanipulationen sein könnten, unverzüglich der zuständigen Handelsbehörde zu melden, Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR. Art. 16 Abs. 2 S. 2 MAR spezifiziert den Umfang der Meldepflicht für Personen, die gewerbsmäßig Geschäfte vermitteln oder ausführen, weiter: Wann immer die betreffende Person den begründeten Verdacht hat, dass ein Auftrag oder ein Geschäft in Bezug auf ein Finanzinstrument – wobei es unerheblich ist, ob dieser bzw. dieses auf einem Handelsplatz oder anderweitig erteilt oder ausgeführt wurde – ein Insidergeschäft oder eine Marktmanipulation bzw. den Versuch hierzu darstellt, so unterrichtet sie unverzüglich die zuständige Behörde. Weitere Modalitäten zum Umgang mit dieser Verdachtsmeldepflicht enthalten die Art. 1–9 Del-VO EU 2016/957.<sup>472</sup>

470 Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (MiFiD II) (ABl. Nr. L 173 vom 12.6.2014, S. 349–496).

471 Bayram/Meier, BKR 2018, 55 (56); Fett, in: Schwark/Zimmer, KMRK, § 80 WpHG, Rn. 154; Jaskulla, BKR 2013, 221 (221); Kobbach, BKR 2013, 233 (233 ff.); Koller, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 80 WpHG, Rn. 103.

472 Delegierte Verordnung (EU) 2016/957 der Kommission vom 9. März 2016 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die geeigneten Regelungen, Systeme und Verfahren sowie Mitteilungsmuster zur Vorbeugung, Auf-

Das Verhältnis zwischen den Meldepflichten aus Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR und Art. 16 Abs. 2 S. 2 MAR geht aus dem Normtext nicht eindeutig hervor. Art. 1 lit. a Del-VO EU 2016/957 legt den Begriff der „Meldung verdächtiger Geschäfte (Verdachtsmeldung)“ für Art. 16 Abs. 1 UA 2 und Art. 16 Abs. 2 S. 2 MAR jedoch einheitlich aus. Dies spricht trotz des unterschiedlichen Wortlauts der beiden Vorschriften systematisch für eine einheitliche Handhabung der Verdachtsmeldepflicht sowohl für Marktbetreiber und Wertpapierfirmen als auch für Personen, die gewerbsmäßig Geschäfte vermitteln oder ausführen.<sup>473</sup>

## 1. Hintergrund

### a. Historik

Die Meldepflicht bei Verdacht auf verbotene Insidergeschäfte und Marktmanipulation geht im deutschen Recht auf § 10 Abs. 1 WpHG a.F. zurück. Diese Vorschrift wurde auf Grundlage des AnSVG<sup>474</sup> im Jahr 2004 zur Umsetzung von Art. 6 Abs. 9 MAD I<sup>475</sup> sowie der Durchführungsrichtlinie 2004/72/EG<sup>476</sup> geschaffen. Im Rahmen des Europäischen Rechtsetzungsprozesses hat für die Ausgestaltung des marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldewesens der Ausschuss der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden (*Committee of European Securities Regulators – CESR*) maßgeblich mitgewirkt.<sup>477</sup> Dessen Empfehlungen, insbesondere zum Umfang, Zeitpunkt sowie zur Übermittlung von Verdachtsmeldungen, hat die Kommission in den Art. 7–11 der Durchführungsrichtlinie 2004/72/EG

---

deckung und Meldung von Missbrauchspraktiken oder verdächtigen Aufträgen oder Geschäften (ABl. Nr. L 160 vom 17.06.2016, S. 1–14).

473 Im Ergebnis Mülbert, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 47.

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

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

476 Richtlinie 2004/72/EG der Kommission vom 29. April 2004 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates – Zulässige Marktpraktiken, Definition von Insider-Informationen in Bezug auf Warenderivate, Erstellung von Insider-Verzeichnissen, Meldung von Eigengeschäften und Meldung verdächtiger Transaktionen (ABl. Nr. L 162/70 vom 30.04.2004, S. 70–75).

477 CESR, Press Release 2006, online verfügbar unter: [https://www.esma.europa.eu/site/s/default/files/library/2015/11/06\\_583.pdf](https://www.esma.europa.eu/site/s/default/files/library/2015/11/06_583.pdf), S. 1.

(später Art. 5–8 Delegierte Verordnung EU 2016/957<sup>478</sup>) übernommen.<sup>479</sup> Als Vorbild galt dabei das in der EWG-Geldwäscherichtlinie statuierte Verdachtsmeldewesen, wenngleich sich zahlreiche Vorgaben, wie beispielsweise das Stillhaltegebot, aufgrund erheblichen Widerstandes aus der Finanzwirtschaft nicht durchsetzen konnten.<sup>480</sup>

Die ersten Änderungen erfuhr die Norm im Jahr 2007 durch das InvÄndG,<sup>481</sup> das Kapitalanlagegesellschaften in den Kreis der meldepflichtigen Unternehmen mit aufnahm. Der Meldegegenstand erweiterte sich im Jahr 2010 durch das WpMiVoG,<sup>482</sup> indem der Gesetzgeber neben dem Insiderhandel und der Marktmanipulation auch ungedeckte Leerverkäufe nach §§ 30h–30j WpHG zu meldepflichtigen Vorgängen erklärte. Mit dem EU-LeerverkaufsausfG<sup>483</sup> wurden die nationalrechtlichen Leerverkaufsverbote gestrichen und in die EU-LeerverkaufsVO<sup>484</sup> transferiert. Dementsprechend änderten sich auch in dieser Hinsicht die Verweisungsnormen von § 10 Abs. 1 WpHG a.F. Weitere redaktionelle Änderungen erfuhr die marktmissbrauchsrechtliche Verdachtsmeldepflicht durch das AIFM-UmsG,<sup>485</sup>

---

478 Delegierte Verordnung 2016/957 der Kommission vom 9. März 2016 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die geeigneten Regelungen, Systeme und Verfahren sowie Mitteilungsmuster zur Vorbeugung, Aufdeckung und Meldung von Missbrauchspraktiken oder verdächtigen Aufträgen oder Geschäften (ABl. Nr. L 160/1 vom 17.06.2016, S. 1–14).

479 CESR, Market Abuse Consultation Paper, online verfügbar unter: [https://www.cesr.eu/documents/104400/-/-/894cfac4-a4c5-7632-cfeb-3586401a3e91\\_passim](https://www.cesr.eu/documents/104400/-/-/894cfac4-a4c5-7632-cfeb-3586401a3e91_passim); Heinrich, in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 8.

480 Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) (KOM(2001) 281 – C5-0262/2001 – 2001/0118(COD)) vom 27. Februar 2004, RR\462759DE.doc, S. 37.

481 Gesetz zur Änderung des Investmentgesetzes und zur Anpassung anderer Vorschriften (Investmentänderungsgesetz – InvÄndG) vom 21.12.2007, BGBl. I S. 3089.

482 Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte (WpMiVoG) vom 21.07.2010, BGBl. I S. 945.

483 Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (EU-Leerverkaufs-Ausführungsgesetz – EU-LeerVkaG) vom 06.11.2012, BGBl. I S. 2286.

484 Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. Nr. L 86/1 vom 24.03.2012, S. 3–26).

485 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz – AIFM-UmsG) vom 04.07.2013, BGBl. I S. 1981.

bevor sie im Jahr 2016 durch Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR mit einigen inhaltlichen Erweiterungen abgelöst wurde.<sup>486</sup> § 10 WpHG a.F. blieb allerdings die maßgebliche Verdachtsmeldepflicht für ungedeckte Leerverkäufe für Leerverkäufe und Credit-Default Swaps, Art. 1 I. FiMaNoG,<sup>487</sup> bis im Jahr 2017 auch diese Meldepflicht mit § 23 Abs. 1 WpHG durch das 2. FiMaNoG<sup>488</sup> abgelöst wurde.

Eine europäische Meldepflicht auf Verordnungsebene sollte angesichts der fortwährenden Internationalisierung des Kapitalmarktes einheitliche Meldevoraussetzungen schaffen. Die von der Kommission ermittelten Differenzen in der Umsetzung der bisherigen MAD führten insbesondere zu uneinheitlichen Rahmenbedingungen sowie zu Compliance-Kosten und dementsprechend zu Negativanreizen für Emittenten bei der Kapitalbeschaffung.<sup>489</sup> Im Gegensatz zur Ursprungsfassung ist die Meldepflicht nach Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR um ein Vielfaches weitreichender. So sind nunmehr auch vergangene Vorgänge zu melden, wenn Folgeereignisse oder spätere Informationen den Verdacht eines Marktmissbrauches begründen.<sup>490</sup> Zudem wurde die Durchführungsrichtlinie 2004/72/EG durch die Delegierte Verordnung EU 2016/957<sup>491</sup> abgelöst.

## b. Zuständige Meldebehörde

Zuständig für die Entgegennahme und Verarbeitung der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldung ist in Deutschland die BaFin,

---

486 Zur Synopsis von § 10 WpHG a.F. Ritz, in: JVRB-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 1 ff.

487 Erstes Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz – 1. FiMaNoG), BGBl. 2016 I Nr. 31 vom 1.07.2016, S. 1514.

488 Zweites Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG), BGBl. 2017 I Nr. 39 vom 24.07.2017, S. 1693.

489 Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), COM/2011/0651 final.

490 Renz/Leibold, in: Meyer/Rönnau/Veil, Hdb. MMR, § 25, Rn. 11.

491 Delegierte Verordnung 2016/957 der Kommission vom 9. März 2016 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die geeigneten Regelungen, Systeme und Verfahren sowie Mitteilungsmuster zur Vorbeugung, Aufdeckung und Meldung von Missbrauchspraktiken oder verdächtigen Aufträgen oder Geschäften (ABl. Nr. L 160/1 vom 17.06.2016, S. 1–14).

Art. 16, 3 Abs. 1 Nr. 12, Art. 22 MAR i. V. m. § 6 Abs. 5 S. 1 WpHG, soweit der deutsche Kapitalmarkt betroffen ist, Art. 3 Abs. 1 Nr. 10 MAR, Art. 4 Abs. 1 Nr. 24 MiFiD II.<sup>492</sup> Geht eine Verdachtsmeldung bei der BaFin ein, die Manipulationshandlungen mit Auswirkungen auf ausländische Handelsplätze beinhaltet, so hat sie diese der dort jeweils zuständigen Behörde vollumfänglich weiterzuleiten, Art. 16 Abs. 4 MAR.<sup>493</sup>

Die BaFin überwacht als „Allfinanzaufsicht“ das Finanzwesen und wurde am 01. Mai 2002 aufgrund des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes (FinDAG)<sup>494</sup> gegründet. Sie ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts des Bundes mit Sitz in Frankfurt am Main und Bonn und untersteht der Rechts- und Fachaufsicht des BMF, §§ 1 Abs. 1–2, 2 FinDAG. Mit der BaFin sollte in Deutschland eine neue staatliche Aufsicht geschaffen werden, die die Aufsichtskompetenzen der ursprünglich separaten Bundesämter für Versicherungswesen, für Kreditwesen und für Wertpapieraufsicht zusammenschließt.<sup>495</sup> Diese Kompetenzbündelung sollte sich vor allem positiv auf die Behördeneffizienz auswirken, indem Synergieeffekte im Bereich von zentralen und aufsichtlichen Querschnittsaufgaben geschaffen und kostengünstig genutzt werden.<sup>496</sup> Das sog. „Allfinanzkonzept“ orientiert sich dabei vor allem am Vorbild der britischen *Financial Services Authority* (FSA) und wurde in der Jahrtausendwende aufgrund zunehmender Konvergenzen zwischen Bank-, Versicherungs- und Wertpapierprodukten von der breiten Fachöffentlichkeit begrüßt.<sup>497</sup>

492 Siehe hierzu auch: Fn. 511, 512.

493 Eine Ausnahme zu dem Grundsatz der Handelsplatzbegebenheit als maßgebliches Zuständigkeitskriterium findet sich in Art. 16 Abs. 3 MAR. Hiernach gelten für Meldungen von Personen, die beruflich Geschäfte mit Finanzinstrumenten erteilen oder ausführen, unbeschadet der Zuständigkeiten der für den Handelsplatz zuständigen Behörde, die Vorschriften des Mitgliedstaats oder in dem sie registriert sind oder in dem sie ihren Hauptniederlassungssitz haben, bei Zweigniederlassungen, die Vorschriften des Mitgliedstaats ihrer Zweigniederlassung. Die Meldung muss gegenüber der zuständigen Behörde dieses Mitgliedstaats erfolgen, Art. 16 Abs. 3 S. 2 MAR.

494 Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz – FinDAG) vom 22. April 2002, BGBl 2002, I, 1310.

495 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht vom 05.10.2001, BT-Drs. 14/7033, S. 1.

496 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht vom 05.10.2001, BT-Drs. 14/7033, S. 1.

497 Binder, WM 2001, 2230 (2232); Hagemester, WM 2002, 1773 (1774); Schüler, in: Masciandaro (Hg.), Hdb. Financial Authorities, 288 (288 ff.); Szesny, Finanzmarktaufsicht und Strafprozess, S. 7; Weber, NJW 2004, 28 (34); Wollersheim, Allfinanzauf-

Die Kernaufgabe der BaFin besteht darin, die Finanzmärkte zu beaufsichtigen, zu überwachen und zu regulieren, um die Funktionsfähigkeit, Stabilität und Integrität des deutschen Finanzmarktes zu sichern.<sup>498</sup> Was unter den Begriffen der Aufsicht, Überwachung und Regulierung der Finanzmärkte zu verstehen ist, wird allgemein in § 4 FinDAG zusammengefasst. Für den hier relevanten Kontext des Wertpapierhandels legt § 6 WpHG den Aufgabenbereich der BaFin fest. So hat sie Missständen entgegenzuwirken, die den ordnungsgemäßen Handel mit Finanzinstrumenten oder von Wertpapierdienstleistungen oder Ähnliches beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für den Finanzmarkt bewirken können, § 6 Abs. 1 S. 2 WpHG. Dabei kann sie Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, diese Missstände zu beseitigen oder zu verhindern, § 6 Abs. 1 S. 3 WpHG.

Um ihrem enormen Aufgabenbereich gerecht zu werden, hat sie der Gesetzgeber mit einem weitreichenden Arsenal an Kompetenzen ausgestattet, die von konkret-individuellen Eingriffsbefugnissen bis hin zu quasi-legislatorischen Regelungsbefugnissen reichen.<sup>499</sup> Zudem hat die BaFin die Kompetenz, finanzmarktbezogene Ordnungswidrigkeiten selbstständig zu verfolgen und die sich hieraus ergebenden Bußen zu vollstrecken. Neben der Generalklausel aus § 6 Abs. 1 S. 2, 3 WpHG bestehen einzelne besondere Anordnungsbefugnisse der BaFin, wie etwa die Möglichkeit, den Handel mit bestimmten Finanzinstrumenten vorübergehend zu untersagen oder die Aussetzung des Handels mit ihnen anzuordnen, § 6 Abs. 2 S. 4 WpHG. Ihre Regulierungsaufgaben nimmt die BaFin durch Rechtsverordnungen, Richtlinien in Form von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften, Allgemeinverfügungen und Rundschreiben wahr.<sup>500</sup>

Im Kontext der sanktionsbehafteten Verdachtsmeldepflichten besonders relevant ist die Rolle der BaFin in der selbstständigen Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten, § 121 WpHG i. V. m. § 36 OWiG. Besteht ein Verdacht auf eine Ordnungswidrigkeit mit Finanzmarktbezug nach § 120 WpHG, kann die BaFin diese Verdachtsmomente gem. § 53 OWiG verfolgen. Dabei bestehen für sie nach Maßgabe des § 46 Abs. 2 OWiG grundsätzlich dieselben Rechte (und Pflichten) wie für die Staatsanwalt-

---

sicht, S. 140 ff.; vgl. *D'Ambrosio*, in: *Chiti/Santorno* (Hg.), Hdb. European Banking Union Law, 157 (157).

498 *BaFin*, Die BaFin stellt sich vor, S. 1.

499 *Himmelreich*, Insiderstrafverfolgung, S. 59.

500 *Bayer*, in: *MüKo-AktG*, § 45 WpHG, Rn. 2; *Himmelreich*, Insiderstrafverfolgung, S. 64; v. *Hein*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, § 45 WpHG, Rn. 2.

schaft im Rahmen des strafprozessualen Ermittlungsverfahrens. Bestätigen die Ermittlungen den ursprünglichen Verdacht, so kann die BaFin das Bußgeld selbstständig innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Rahmens festlegen. Besteht infolge der Ermittlungen der Verdacht einer Straftat, ist die BaFin gem. § 11 WpHG zur Anzeige gegenüber der Staatsanwaltschaft verpflichtet. Besonders bei Ordnungswidrigkeiten, die gleichzeitig Straftatbestände darstellen (wie es etwa bei Insidergeschäften und der Marktmanipulation der Fall ist) ist diese behördliche Anzeigepflicht von besonderer Bedeutung.

### c. Regelungszweck

Die Dogmatik hinter der Verdachtsmeldepflicht für Insidergeschäfte und Marktmanipulation wird kontrovers diskutiert. Weder die Gesetzgebungsmaterialien zu Art. 16 MAR noch diejenigen zu seinem Vorgänger § 10 WpHG a.F. können hierzu einschlägige Erkenntnisse liefern. Stimmen in der Literatur plädieren teilweise für ein rein präventives Verständnis der Verdachtsmeldepflicht und berufen sich dabei auf die grundsätzliche Rolle der BaFin als präventives Marktüberwachungsorgan.<sup>501</sup> Andere sehen in ihr ein repressives Instrument, das der BaFin ermöglichen soll, ihrer *Enforcement*-Funktion<sup>502</sup> hinsichtlich der straf- und bußgeldbewährten Verbotstatbeständen gerecht zu werden.<sup>503</sup>

Wie die Ausführungen zur geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht allerdings verdeutlicht haben, gestaltet sich eine Einteilung in absolute Regelungszwecke bei Instrumenten doppelfunktional tätiger Hoheitsträger häufig als zu einseitig. Insiderhandel und Marktmanipulation sind Straftaten wie auch Ordnungswidrigkeiten. Wird die BaFin durch eine Meldung nach Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR von einem Verdacht in Kenntnis gesetzt, geht sie diesem unter Ausnutzung ihrer Hoheitsrechte weiter nach, bis zu einer Schwelle, zu der sie gem. § 11 WpHG die (mit eigenen Erkenntnissen angereicherte) Verdachtsmeldung der Staatsanwaltschaft weiterleitet

---

501 Schlette/Bouchon, in: Fuchs, WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 2; Schwintek, WM 2005, 861 (863).

502 Mülberr, in: Assmann/Schneider/Mülberr, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 7.

503 Böse, ZStW 2007, 848 (870 f.); Sarhan, wistra 2017, 336 (336); Szesny, Finanzmarktaufsicht und Strafprozess, S. 210.



oder selbstständig ein Bußgeld verhängt.<sup>504</sup> Insoweit erscheinen Ansichten, die in der kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflicht ein rein präventives Instrument sehen, als realitätsfern.<sup>505</sup>

Gleichzeitig nutzt die BaFin Verdachtsmeldungen, um ihrer Überwachungsfunktion über die Einhaltung der Verbote von Art. 14 und 15 MAR gerecht zu werden und derart Missständen entgegenzuwirken, die den ordnungsgemäßen Handel mit Finanzinstrumenten beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für den Finanzmarkt bewirken können, § 6 Abs. 1 S. 2 WpHG. Dem könne man – ähnlich der Argumentation zu § 43 Abs. 1 GwG<sup>506</sup> – allerdings entgegensetzen, dass zum Zeitpunkt der Meldeabgabe das marktmisbräuchliche Ereignis regelmäßig bereits eingetreten ist.<sup>507</sup> Der BaFin wäre es insoweit nicht mehr möglich, eine Gefahr für den Finanzmarkt abzuwenden. Die Analyse und Weiterleitung von Verdachtsmeldungen wäre demnach nicht mehr als Teil ihrer präventiven Überwachungstätigkeit anzusehen.

Wie allerdings schon die Argumentation zu § 43 Abs. 1 GwG verdeutlicht hat, kann hieraus allein eine präventive Zweckrichtung nicht ausgeschlossen werden. So nutzt auch die BaFin ihre aus Verdachtsmeldungen gewonnenen Erkenntnisse etwa für Marktanalysen, um zukünftigen Marktmisbrauch zu unterbinden. Im Vergleich zu § 43 Abs. 1 GwG erscheint das präventive Gewicht der kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldung zwar weniger eindeutig. Dennoch ist im Rahmen von Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR gleichsam von einer präventiv-repressiven Zweckrichtung auszugehen.<sup>508</sup>

---

504 Hierzu ausf. S. 169 ff.

505 Böse, ZStW 2007, 848 (851 ff.); instruktiv *ders.*, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, S. 3 ff.; Döhmel, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 11 WpHG, Rn. 5 ff.; *dies.*, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 6 WpHG, Rn. 66; Litsoukov, in: Meyer/Rönnau/Veil, Hdb. MMR, § 26, Rn. 12; Mülbert, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 7.

506 Siehe oben S. 80 ff.

507 Szesny, Finanzmarktaufsicht und Strafprozess, S. 210.

508 Heinrich, in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 3, 4; Mülbert, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 7; v. Hein, in: Schwark/Zimmer, KMRK, § 10 WpHG a.F., Rn. 3.

## 2. Technische Funktionsweise

### a. Persönlicher Anwendungsbereich

Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR verpflichtet die in aus Art. 16 Abs. 1 UA 1 MAR bezeichneten Personengruppen, namentlich Betreiber von Märkten und Wertpapierfirmen, die einen Handelsplatz betreiben. Der Begriff des Marktbetreibers wird in der deutschen Fassung der MAR nicht näher definiert. Ein Blick in die englische Fassung verrät, dass mit Marktbetreiber (engl. *market operator*) der in Art. 3 Abs. 1 Nr. 5 MAR definierte Marktteilnehmer (engl. *market operator*) gemeint sein soll. Unter Bezugnahme auf Art. 4 Abs. 1 Nr. 18 MIFID II sind hierunter Personen zu verstehen, die das Geschäft eines geregelten Marktes verwalten und/oder betreiben und die der geregelte Markt selbst sein kann.<sup>509</sup>

Eine Wertpapierfirma ist gem. Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 MAR, Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 MIFID II jede juristische Person, die im Rahmen ihrer üblichen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gewerbsmäßig eine oder mehrere Wertpapierdienstleistungen für Dritte erbringt und/oder eine oder mehrere Anlagetätigkeiten ausübt. Der Begriff der Wertpapierfirma entspricht dem Begriff des Wertpapierdienstleistungsunternehmens i. S. v. § 2 Abs. 10 WpHG.<sup>510</sup> Die Wertpapierfirma muss einen Handelsplatz i. S. v. Art. 3 Abs. 1 Nr. 10 MAR, Art. 4 Abs. 1 Nr. 24 MIFID II, also einen geregelten Markt, ein multilaterales Handelssystem (MTF) gem. Art. 4 Abs. 1 Nr. 22 MIFID II<sup>511</sup> oder ein organisiertes Handelssystem (OTF) gem. Art. 4 Abs. 1 Nr. 23 MIFID II<sup>512</sup> betreiben.

Zur Meldung nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 MAR verpflichtet sind im Übrigen Personen, die gewerbsmäßig Geschäfte vermitteln oder ausführen. Dies

---

509 So auch Mock, in: *Ventoruzzo/Mock*, MAR Commentary, Art. 16 MAR, B.16.03; nur im Ergebnis zutreffend: Mühlbert, in: *Assmann/Schneider/Mühlbert*, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 12.

510 Mühlbert, in: *Assmann/Schneider/Mühlbert*, WpHR, Art. 3 MAR, Rn. 8.

511 Ein MTF ist ein von einer Wertpapierfirma oder einem Marktbetreiber betriebenes multilaterales System, das die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb des Systems und nach nicht diskretionären Regeln in einer Weise zusammenführt, die zu einem Vertrag führt.

512 Ein OTF ist ein multilaterales System, bei dem es sich nicht um einen geregelten Markt oder ein MTF handelt und das die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Schuldverschreibungen, strukturierten Finanzprodukten, Emissionszertifikaten oder Derivaten innerhalb des Systems in einer Weise zusammenführt, die zu einem Vertrag führt.

sind nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 28 MAR solche Personen, die gewerbsmäßig mit der Entgegennahme und Übermittlung von Aufträgen oder der Ausführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten befasst sind. Erfasst sind somit nicht bereits unter Art. 16 Abs. 1 MAR unterfallende Wertpapierfirmen gem. Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 MIFID II, professionelle Trading-Gesellschaften sowie Investmentmanagementfirmen.<sup>513</sup> Im Vergleich zu Art. 16 Abs. 1 MAR wird der verpflichtete Personenkreis hier aktivitätsbezogen und losgelöst von der MIFID II verstanden, weshalb auch Unternehmen erfasst werden, die keine Wertpapierdienstleistungen oder Anlagevermittlungen i. S. v. Anhang I Abschnitt A Nr. 2 MIFID II erbringen.<sup>514</sup>

## b. Meldevoraussetzungen

Die Meldepflicht entsteht, wenn die betreffende Person den begründeten Verdacht hat, dass ein Auftrag oder ein Geschäft in Bezug auf Finanzinstrumente (versuchten) Insiderhandel oder (versuchte) Marktmanipulation darstellen könnte. Maßgebliche Kriterien für das Erstarken der Verdachtspflicht sind also ein zulässiger Verdachtsanknüpfungspunkt (aa.) sowie ein entsprechender Verdachtsgrad (bb.).

### aa. Verdachtsanknüpfung

Der Verdacht kann sich nach Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR auf Aufträge und Geschäfte einschließlich derer Stornierung oder Änderung beziehen. Die Begriffe sind deckungsgleich mit dem der handelsgestützten Marktmanipulation nach Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR, sodass für deren weitere Erläuterung hierauf verwiesen werden kann.<sup>515</sup> Art. 16 Abs. 2 S. 2 MAR begrenzt den Anwendungsbereich auf Geschäfte mit Bezug auf Finanzinstrumen-

---

513 ESMA, Q&A on short selling and cds, online verfügbar unter: [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-408\\_qa\\_on\\_ssr.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-408_qa_on_ssr.pdf), S. 6; Kumpán/Misterek, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 15; Mülberr, in: Assmann/Schneider/Mülberr, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 13.

514 ESMA, Q&A MAR, online verfügbar unter: [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-111\\_qa\\_on\\_mar.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-111_qa_on_mar.pdf), S. 18; Mülberr, in: Assmann/Schneider/Mülberr, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 13.

515 Siehe S. 134.

te.<sup>516</sup> Waren-Spot-Kontrakte und der Emissionszertifikatehandel werden hingegen wörtlich von dem Anwendungsbereich ausgeklammert. Dies ist wohl als redaktioneller Fehler zu verstehen, da weder aus den Gesetzesmaterialien noch aus praktischen Gesichtspunkten Anhaltspunkte dafür bestehen, den Anwendungsbereich für Verdachtsmeldepflichten derart einzuzugrenzen.<sup>517</sup> Richtigerweise begründen auch Verdachtsmomente in Bezug auf Emissionszertifikate und auf Waren-Spot-Kontrakte eine Meldepflicht aus Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR.

#### bb. Verdachtsgrad

Die Verpflichteten müssen Handelsgeschäfte oder Aufträge nach Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR dann melden, wenn diese (versuchte) Insidergeschäfte oder (versuchte) Marktmanipulationen sein könnten bzw. nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 MAR ein begründeter Verdacht eines (versuchten) Insidergeschäftes oder einer (versuchten) Marktmanipulation besteht. Aufgrund der einheitlichen Behandlung dieser beiden sich nur im Wortlaut unterscheidenden Pflichten sind auch die Anforderungen an den erforderlichen Verdachtsgrad einheitlich auszulegen.<sup>518</sup> So muss für beide Meldetatsachen einheitlich ein sog. „begründeter Verdacht“ vorliegen.

Schon im Rahmen der Vorgängervorschrift des § 10 WpHG a.F. waren die Anforderungen an den Verdachtsgrad umstritten. Dabei wurden teilweise Parallelen zum strafprozessualen Anfangsverdacht nach § 152 Abs. 2 StPO gezogen, sodass ein Verdacht i. S. v. § 10 WpHG a.F. immer dann vorliegen sollte, wenn ein Verstoß gegen das Insiderverbot oder ein Verstoß gegen das Verbot der Marktmanipulation nach der Lebenser-

---

516 Siehe für den Begriff des Finanzinstruments Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 Verordnung EU Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission (MAR), Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (MiFiD II) (ABl. Nr. L 173 vom 12.6.2014, S. 349–496).

517 Mülberr, in: Assmann/Schneider/Mülberr, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 48.

518 Dazu siehe bereits oben S. 141 f.; zur einheitlichen Lesart des Verdachtsgrads, siehe ferner: Kumpan/Misterek, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 52.

fahrung der konkret Verpflichteten möglich erscheint.<sup>519</sup> Andere wollten die Verdachtsschwelle – der GwG-Meldepflicht vergleichbar – niedriger, also unterhalb der des strafprozessualen Anfangsverdachts ansiedeln.<sup>520</sup> Letztgenannter Auffassung liegt die dem Ermittlungsverfahren vorgeschaltete Stellung des durch die Verdachtsmeldung eingeleiteten Analyseverfahrens der BaFin zugrunde. Bestünde eine zu hohe Meldeschwelle, bliebe für Analysen der BaFin kein Raum, bevor sie der Staatsanwaltschaft zur Weiterleitung der Verdachtsmeldungen gem. § 11 S. 1 WpHG verpflichtet ist. Die von der BaFin durchzuführenden Analysen würden demnach zu stark beschnitten und ihre Weiterleitungsentscheidung vorweggenommen.<sup>521</sup>

Letztere Ansicht vermochte jedoch schon nach der alten Rechtslage nicht zu überzeugen. Denn ein behördlich gehegter Verdacht, der zu einer Weiterleitungspflicht an die Staatsanwaltschaft führt, kann nicht mit unternehmerischen Verdachtsmomenten gleichgesetzt werden. Im Vergleich zur BaFin haben die durch die MAR Verpflichteten weder Zugriff auf eine umfassende Datenlandschaft, noch können sie sich mit verpflichtenden Auskunftersuchen an Drittbehörden oder an verdächtige Finanzakteurinnen und -akteure wenden. Eine Vorwegnahme des Analyseverfahrens ist auch bei einer hohen Meldeschwelle nicht zu befürchten.

Aufgrund der vollständigen europarechtlichen Determinierung der Verdachtsmeldepflicht im Wege der MAR ist die Heranziehung von § 152 Abs. 2 StPO für die Auslegung des Verdachtsgrads endgültig abzulehnen.<sup>522</sup> Geboten ist indes eine kapitalmarktautonomie und unionsrechtskonforme Auslegung des geforderten „begründeten Verdachts“, losgelöst von national-prozessrechtlichen Grundsätzen.<sup>523</sup>

Im europäischen Kosmos wird der Terminus des begründeten Verdachts – jedenfalls in seiner englischen Übersetzung der sog. *reasonable suspicion* – im Zusammenhang mit der nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK konformen

---

519 Gebauer, in: Kohler (Hg.), GS-Bosch, 31 (43); zur alten Rechtslage: Schlette/Bouchon, in: Fuchs, WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 5; Szesny, Finanzmarktaufsicht und Strafprozess, S. 207; v. Hein, in: Schwark/Zimmer, KMRK, § 10 WpHG a.F., Rn. 21.

520 Hohnel, in: ders./Brunke, KmSR, § 10 WpHG a.F., Rn. 6; zur alten Rechtslage: Ritz, in: JVRB-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 28; Weimann, in: Hohnel/Brunke, KmSR, 14. Teil, Rn. 46.

521 Weimann, in: Hohnel/Brunke, KmSR, 14. Teil, Rn. 46.

522 Siehe hierzu ausf. die Bestandsaufnahme, S. 210 ff.

523 Böse, ZStW 2007, 848 (873); Gebauer, in: Kohler (Hg.), GS-Bosch, 31 (37); Mülberty, in: Assmann/Schneider/Mülberty, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 53.

Anordnung der Untersuchungshaft gefordert.<sup>524</sup> So müssen nach ständiger Rechtsprechung des EGMR aus Sicht eines objektiven Beobachters stichhaltige und ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die diesen davon überzeugen würden, dass der Betroffene eine Straftat begangen haben könnte.<sup>525</sup> Dabei muss die im Raum stehende Straftat noch nicht so weit aufgeklärt sein, dass bereits Anklage erhoben werden kann.<sup>526</sup>

Verlagert man die Rechtsprechung des EGMR in das nationalstrafprozessuale Verdachtsdogma, so wäre die *reasonable suspicion* zwischen dem Anfangsverdacht gem. § 152 Abs. 2 StPO und dem hinreichenden Tatverdacht gem. §§ 170 Abs. 1, 203 StPO zu verorten. Anders als der hinreichende Tatverdacht verlangt die *reasonable suspicion* keine überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit.<sup>527</sup> Demgegenüber muss ein objektiver Dritter von einer Straftatbegehung überzeugt sein – die bloße Möglichkeit einer Straftat reicht hingegen nicht aus.<sup>528</sup>

Allerdings ist es fraglich, ob die Grundsätze der *reasonable suspicion* aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK ohne Weiteres für die Verdachtsschwelle aus Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR übernommen werden können. Zwar bezwecken beide Vorschriften die Schaffung einer gedanklichen Grenze, hinter der Betroffene mit grundrechtsintensiven Maßnahmen rechnen müssen – der Anordnung der Untersuchungshaft auf der einen und die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens durch die BaFin auf der anderen Seite. Allerdings liegt der Nutzen der Verdachtsmeldepflicht nach Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR zuvorderst in der Verschaffung von für

---

524 Die deutsche Fassung spricht indes nicht von einem begründeten, sondern von einem „hinreichenden Tatverdacht“. Um Verwechslungen mit dem „hinreichenden Tatverdacht“ aus §§ 170 Abs. 1, 203 StPO zu vermeiden, wird im Folgenden der Terminus in seiner englischen Fassung verwendet.

525 St. Rsp.: EGMR, *Altan gegen Türkei*, Urteil vom 13. April 2021 – 13252/17, Rn. 126; *Stepulac gegen Moldawien*, Urteil vom 6. November 2007 – 8207/06, Rn. 68; *Labita gegen Italien*, Urteil vom 6. April 2000 – 26772/95, Rn. 153; *K.F. gegen Bundesrepublik Deutschland*, Urteil vom 27. November 1997 – 144/1996/765/962, Rn. 57; *Murray gegen Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 28. Oktober 1994 – 14310/88, Rn. 55; *Tómasi gegen Frankreich*, Urteil vom 27. August 1992 – 12850/87, Rn. 84; *Fox, Campbell und Hartley gegen Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 30. August 1990 – 12244/86, 12245/86, 12246/86, Rn. 32, 35.

526 EGMR, *Jafarov gegen AZE*, Urteil vom 17. März 2016 – 69981/14, Rn. 115; *K.F. gegen Bundesrepublik Deutschland*, Urteil vom 27. November 1997 – 144/1996/765/962, Rn. 57; *Lohse/Jakobs*, in: KK-StPO, Art. 5 EMRK, Rn. 20; *Meyer*, in: SK-StPO, X, Art. 5 EMRK, Rn. 115.

527 *Meyer*, in: SK-StPO, X, Art. 5 EMRK, Rn. 116.

528 *Dörr*, in: *dies./Grote/Marauhn*, EMRK/GG, I, Kap. 13, Rn. 189.

die Strafverfolgung und Marktüberwachung relevanten Informationen an Hoheitsträger.<sup>529</sup> Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK hat demgegenüber neben der Sicherung strafrechtlicher Ermittlungen vor allem eine negatorische Funktion für Betroffene gegen eine willkürliche staatliche Festnahme.<sup>530</sup> Darüber hinaus ist der Adressatenkreis der Vorschriften ein anderer. So richtet sich die Schwelle der *reasonable suspicion* aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK an innerstaatliche Institutionen; die der kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflicht an (private) Wertpapierfirmen sowie an Marktbetreiber.

Dennoch kann es nicht als reiner Zufall verstanden werden, dass sich der Europäische Gesetzgeber des vom EGMR in jahrzehntelanger Rechtsprechung gefestigten und auch vom EuGH im Zusammenhang mit Art. 6 GrC<sup>531</sup> thematisierten<sup>532</sup> Terminus der *reasonable suspicion* in Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR bedient. Vielmehr bringt er hiermit die Wertung zum Ausdruck, dass auch in der Auslegung des kapitalmarktrechtlichen Verdachtsbegriffes erhöhte Anforderungen gelten müssen. So würde die Annahme eines dem strafprozessualen Anfangsverdacht vergleichbaren niedrigschwelligen Verdachtsgrades dieser Wertung ebenso widersprechen wie die Annahme eines den hinreichenden Tatverdacht übersteigenden Verdachtsgrades. In dieser „qualitativen“ Bewertung der Verdachtschwelle ist insoweit auf die auslegende Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK zurückzugreifen.

Neben dieser Wertungsebene sind etwaige kapitalmarktrechtliche Besonderheiten in der Auslegung von Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR zu berücksichtigen.<sup>533</sup> Im Gegensatz zur Rechtsprechung des EGMR kann daher nicht auf einen „objektiven Dritten“ abgestellt werden. Schließlich begründet der besondere Informationszugang der Wertpapierfirmen und Marktbetreiber überhaupt erst deren Heranziehung als Adressaten der Verdachtsmeldepflicht, sodass der Horizont dieses speziellen Adressatenkreises maßgeblich ist.

---

529 Siehe schon S. 147 ff.

530 Meyer, in: SK-StPO, X, Art. 5 EMRK, Rn. 104.

531 So entsprechen die Rechte nach Art. 6 GrC den durch Art. 5 EMRK garantierten Rechten, denen sie nach Art. 52 Abs. 3 GrCh an Bedeutung und Tragweite gleichkommen, Erläuterung zur Charta der Grundrechte vom 14. Dezember 2007 (ABl. 2007/C 303/02, S. 19).

532 Siehe zuletzt EuGH, Urteil vom 09.11.2021, *Sofiyski rayonen sad*, EU:C:2021:719, Rn. 19; Urteil vom 28.01.2021, *Spetsializiran nakazatelen sad*, EU:C:2021:75, Rn. 55.

533 Mülbert, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 53.



Zieht man die mit der Verwendung des Terminus der *reasonable suspicion* zum Ausdruck gebrachte Wertung sowie den Kapitalmarktbezug zusammenfassend heran, so bestünde eine kapitalmarktrechtliche Verdachtsmeldepflicht dann, wenn sich aus dem gesonderten Informationszugang der Meldepflichtigen stichhaltige und ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte ergeben, die darauf hindeuten, dass ein Insidergeschäft oder eine Marktmanipulation vorliegt.

### c. Verdachtskriterien

Ähnlich ihres geldwäscherechtlichen Pendant besteht auch bei der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht kein Automatismus zwischen einer Kenntnis der verdachtsbegründenden Umstände und der Abgabe der Verdachtsmeldung.<sup>534</sup> Vielmehr ist zwischen diesen zwei Zeitpunkten ein Prozess zwischengeschaltet, bei dem die zuständigen Angestellten der Marktbetreiber und Wertpapierfirmen bewerten müssen, inwieweit ein bestimmter Sachverhalt den Anforderungen von Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR entspricht oder nicht.<sup>535</sup> Für ein besseres Verständnis dieses Prozesses muss wiederum ein genauer Blick auf die Erkenntnisquellen der Verpflichteten als auch auf die gesetzlichen Schranken in der weiteren Verwendung dieser Erkenntnisse im Verdachtsmeldewesen geworfen werden, wozu der folgende Abschnitt dient.

Innerhalb des streng regulierten Finanzmarkts sind die potenziellen Informationsquellen und vorgesehenen Überwachungssysteme der hier maßgeblichen Wertpapierfirmen und Marktbetreiber mannigfaltig. Daher wird sich im Folgenden, anschließend eines summarischen Überblicks über die Wertpapier-Compliance im Allgemeinen, auf die Darlegung derjenigen Informationsquellen beschränkt, die typischerweise der Aufdeckung von

---

534 Zu den Verdachtskriterien für die Verdachtsmeldung aus § 43 Abs. 1 GwG, siehe oben S. 96 ff.

535 ESMA, Technical Standards, online verfügbar unter: [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2015-esma-1455\\_-\\_final\\_report\\_mar\\_ts.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2015-esma-1455_-_final_report_mar_ts.pdf), Rn. 151; vgl. ferner: Art. 3 Abs. 4, 5 Del-VO (EU) 2016/957; Art. 22 Abs. 2 Del-VO (EU) 2017/565.

Insidergeschäften oder von Marktmanipulation dienen. Im Übrigen wird auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen.<sup>536</sup>

## aa. Verdachtsansätze

Wertpapierdienstleistungsunternehmen, Marktbetreiber und Personen, die beruflich Geschäfte mit Finanzinstrumentenbezug ausführen oder vermitteln, haben grundsätzlich die Pflicht, in ihrer Struktur und Geschäftstätigkeit angemessene Strategien und Verfahren einzurichten und aufrechtzuhalten, um eine ordnungsgemäße Durchführung ihrer Wertpapierdienstleistungen zu gewährleisten.<sup>537</sup> Dieser Strauß an Verhaltens-, Organisations- und Aufzeichnungspflichten in Bezug auf den Wertpapierhandel lässt sich unter den Oberbegriff der sog. *Wertpapier-Compliance* zusammenfassen. Der Terminus der *Compliance* stammt aus dem angloamerikanischen Sprachraum und meint in seiner deutschen Übersetzung die „Einhaltung“, „Übereinstimmung“ und „Befolgung“ (... von rechtlichen Geboten).<sup>538</sup> Im Zusammenhang mit der Einhaltung von Strafvorschriften, insbesondere mit der Vermeidung derselben innerhalb der wirtschaftlichen Betätigung, wird von der sog. *Criminal Compliance* gesprochen.<sup>539</sup>

Die Wertpapier-Compliance hinsichtlich des Insiderhandels und der Marktmanipulation nimmt in der *Criminal Compliance* eine Sonderstellung ein, da sie nicht allein der präventiven Einhaltung von (Straf-)Vorschriften durch die jeweiligen Wertpapierfirmen und Marktbetreiber selbst dient, sondern auch der Einhaltung dieser Vorschriften durch Dritte. Entsprechend weitreichend gestaltet sich daher die gebotene fortlaufende

---

536 Überblick bei: *Boehm*, in: NK-KapStrR, Kap. 2.2, Rn. 1 ff.; *Franke/Grenzebach*, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, Corporate Compliance, § 17, Rn. 31 ff.; *Rothenhöfer*, in: *Kümpel/u. a.*, BankKapR, 13. Teil, Rn. 13.1 ff.

537 Art. 22 Abs. 1 UA 2 Del-VO (EU) 2017/565; *BaFin*, Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs\\_18\\_05\\_wa3\\_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1), BT 1; *Fuchs*, in: *ders.*, WpHG, § 33 WpHG a.F., Rn. 1; *Meyer u. a.*, in: KK-WpHG, § 33 WpHG a.F., Rn. 1; *Rothenhöfer*, in: *Mülbart/Früh/Seyfried*, BankKapR, Teil 13, Rn. 401.

538 *Bottmann*, in: NK-KapStrR, Kap. 2.1, Rn. 1 m. w. N.; siehe auch die Legaldefinition aus Grundsatz 5 des Deutschen Corporate Governance Kodex, online verfügbar unter: [https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/220627\\_Deutscher\\_Corporate\\_Governance\\_Kodex\\_2022.pdf](https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/220627_Deutscher_Corporate_Governance_Kodex_2022.pdf), S. 5.

539 Hierzu *Rotsch*, ZIS 2010, 614 (614 ff.).

Überwachungstätigkeit, die sich sowohl auf Mitarbeiter- als auch auf Kundengeschäfte und -transaktionen erstreckt.<sup>540</sup> Dieses sog. *Monitoring* verschafft den aus Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR verpflichteten Entitäten einen Überblick über die internen Unternehmensabläufe sowie über das allgemeine Marktgeschehen, was sie dazu befähigen soll, potenzielle Verstöße gegen das Marktmissbrauchsrecht möglichst effektiv aufzudecken.

### i. Rechtsgrundlagen

Eine einzelne gesetzliche Grundlage, die die konkrete Ausgestaltung der Wertpapier-Compliance für die aus Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR Verpflichteten abschließend bestimmt, besteht nicht. Zum einen ist dies bedingt durch die komplexen Anforderungen, die ein Wertpapier-Compliance-System mit sich bringen muss. Zum anderen bestand im Wertpapierhandel lange ein liberales Verständnis der freiwilligen Selbstregulierung.<sup>541</sup> So lag es im Ermessen der Geschäftsleitung, Geschäftspraktiken und -strukturen entsprechend zu organisieren. Der Reputationsverlust, der durch etwaige Finanzskandale entstünde, privatrechtliche Haftungsrisiken sowie (wirtschafts-)ethische Überzeugungen wurden als hinreichende Beweggründe für die Etablierung eines ausreichenden Systems erachtet.<sup>542</sup>

Die Idee eines Beurteilungsspielraumes der Geschäftsleitung in der Ausgestaltung der Wertpapier-Compliance besteht noch heute. Mit der Einführung der strafbewehrten Verbotstatbestände des Insiderhandels und der Marktmanipulation hat der Gesetzgeber jedoch mittelbar Minimalanforderungen an die Ausgestaltung von entsprechenden Präventionssystemen geschaffen. So bestimmt § 130 Abs. 1 OWiG, dass der Inhaber eines Betriebs oder Unternehmens, der schuldhaft seine Aufsichtspflicht verletzt, ordnungswidrig handelt, wenn in seinem Betrieb ordnungswidrige oder strafbare Zuwiderhandlungen gegen inhaberbezogene Pflichten begangen werden. Hieraus folgt, dass die Geschäftsleitung der relevanten Unternehmen den Betrieb so zu organisieren und entsprechende Kontrollmechanismen einzurichten hat, dass Zuwiderhandlungen der nachgeordneten

---

540 Gebauer/Niermann, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 48, Rn. 24.

541 Siehe hierfür schon oben S. 118 ff.; Lösler, Compliance, S. 18 ff.

542 Lösler, Compliance, S. 12; Rothenhöfer, in: Mülberty/Früh/Seyfried, BankKapR, Teil 13, Rn. 404 f.; Tippach, Insider-Handelsverbot, S. 223; zur Ethik im wirtschaftlichen Handeln: Weiler, Wirtschaftsethik, S. 27 ff.

Angestellten gegen das Insiderhandelsverbot oder gegen das Marktmanipulationsverbot verhindert werden.<sup>543</sup> Seit der Schaffung des WpHG durch das Zweite Finanzmarktförderungsgesetz haben sich jedoch darüber hinausgehende spezielle Organisationspflichten entwickelt, sodass § 130 Abs. 1 OWiG für die Compliance-Gestaltung mittlerweile als subsidiärer Auffangtatbestand zu verstehen ist.<sup>544</sup>

Eine dieser für die Insider- und Marktmanipulationsüberwachung spezialgesetzlichen Vorschriften ist Art. 16 Abs. 1 UA 1 MAR. Danach sind Marktbetreiber und Wertpapierfirmen, sofern sie einen Handelsplatz betreiben, verpflichtet, wirksame Regelungen, Systeme und Verfahren zur Vorbeugung und Aufdeckung von (versuchten) Insidergeschäften und (versuchter) Marktmanipulation zu schaffen und aufrechtzuerhalten, wobei für genauere Anforderungen auf die Art. 31 und 54 MiFiD II verwiesen wird. Eine ähnliche Bestimmung enthält Art. 16 Abs. 2 S. 1 MAR für Personen, die beruflich Geschäfte mit Finanzinstrumenten vermitteln oder ausführen. Konkretisiert wird die Ausgestaltung dieser Regelungen, Systeme und Verfahren durch Art. 2–4 Del-VO (EU) 2016/957.

Für die allgemeine Wertpapier-Compliance von Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Wertpapierfirmen)<sup>545</sup> ist § 80 WpHG die zentrale Vorschrift. Gem. § 80 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 2 WpHG i. V. m. § 25a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 KWG besteht die Pflicht zur Einrichtung und Aufrechterhaltung von (Kontroll-)Maßnahmen wertpapierrechtlicher Vorschriften. Der genaue Umfang dieser Kontrollmaßnahmen ergibt sich aus den Art. 21–26 Del-VO 2017/565/EU<sup>546</sup>, § 80 Abs. 1 S. 3 WpHG. Eine Vielzahl von Mitteln und Verfahren der Wertpapier-Compliance sind hingegen nicht gesetzlich, sondern durch Rundschreiben der BaFin festgelegt. So

---

543 *Buck-Heeb*, in: *Assmann/u. a.*, Hdb. Kapitalanlagerecht, § 8, Rn. 349.

544 *Buck-Heeb*, in: *Assmann/u. a.*, Hdb. Kapitalanlagerecht, § 8, Rn. 351.

545 Der Begriff des Wertpapierdienstleistungsunternehmens entspricht dem der Wertpapierfirma aus Art. 4. Abs. 1 Nr. 1 MiFiD II (§ 2 Abs. 10 WpHG; Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 MAR), *Assmann*, in: *ders./Schneider/Mülbert*, WpHR, § 2 WpHG, Rn. 198; *Kumpan*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, § 2 WpHG, Rn. 180.

546 Delegierte Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission vom 25. April 2016 zur Ergänzung der Richtlinie 23014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie (ABl. Nr. L 87/1 vom 31.3.2017, S. 1–83).

präzisieren die sog. MaComp<sup>547</sup> die gesetzlichen Vorgaben, indem sie Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion festlegen und gleichzeitig eine möglichst praxisnahe und flexible Orientierungshilfe für die konkrete Ausgestaltung bieten.<sup>548</sup>

Die MaRisk<sup>549</sup> enthalten hingegen essenzielle Konkretisierungen für die Ausgestaltung von Risikomanagementsystemen. Eine Verpflichtung zur Einrichtung solcher Systeme findet sich für Wertpapierdienstleistungsunternehmen in § 80 Abs. 1 S. 1 WpHG i. V. m. § 25a KWG. Hierzu gehören – ähnlich dem Geldwäscherecht – interne Kontrollmaßnahmen zur Beurteilung von kunden- und transaktionsbezogenen Risiken, die weitere Untersuchungen hinsichtlich marktmissbräuchlicher Verhaltensweisen veranlassen können.<sup>550</sup>

Die allgemeine Wertpapier-Compliance nach § 80 WpHG, § 25a KWG steht dabei ergänzend neben den Vorgaben zur Einrichtung und Unterhaltung eines Überwachungssystems aus Art. 16 Abs. 1 UA 1, Abs. 2 S. 1 MAR.<sup>551</sup>

## ii. Anforderungen

Die Ausgestaltung der Wertpapier-Compliance obliegt im Wesentlichen der jeweiligen Geschäftsleitung der verpflichteten Entitäten. Ihnen ist ein entsprechender Beurteilungsspielraum einzuräumen. Hierdurch tragen die Gesetz- bzw. Verordnungsgeber der heterogenen Unternehmensstruktur der verpflichteten Akteure des Finanzmarks und der daraus resultierenden Vielfalt an Geschäftsaktivitäten Rechnung.<sup>552</sup>

---

547 BaFin, Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs\\_18\\_05\\_wa3\\_maccomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_maccomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1).

548 BaFin, Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs\\_18\\_05\\_wa3\\_maccomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_maccomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1), AT 1.1; ferner zur MaComp: Engelhart, ZIP 2010, 1832 (1832 ff.); Schäfer, BKR 2011, 45 (45 ff.).

549 BaFin, Rundschreiben 10/2021 (BA), online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2021/rs\\_1021\\_MaRisk\\_BA.html?nn=9450904#doc16502162bodyText1](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2021/rs_1021_MaRisk_BA.html?nn=9450904#doc16502162bodyText1).

550 Weferling/Engelbrecht, ZRfC 2016, 218 (223).

551 Dies geht aus dem Verweis des Art. 16 Abs. 1 MAR auf die Art. 31, 54 MiFiD II hervor, hierzu: Mülbert, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 22; Zetsche, in: Gebauer/Teichmann, EnzEuR VI, § 7C, Rn. 33.

552 Haußner, in: Krimphove/Kruse, MaComp, AT 3.2, Rn. 25.

Eingeschränkt wird der Beurteilungsspielraum jedoch durch das sog. „Proportionalitätsprinzip“.<sup>553</sup> So müssen für die Einrichtung und Unterhaltung eines Überwachungssystems aus Art. 16 Abs. 1 UA 1, Abs. 2 S. 1 MAR gem. Art. 2 Abs. 5 lit. a Del-VO 2016/957 die vom Verpflichteten eingesetzten Regelungen, Systeme und Verfahren geeignet sein und in einem angemessenen Verhältnis zu Umfang, Größe und Art ihrer Geschäftstätigkeit stehen. Das Proportionalitätsgebot verlangt von den Verpflichteten, dass diese ihre Überwachungssysteme im Rahmen einer eigenen Risikoeinschätzung einrichten und aufrechterhalten.<sup>554</sup> Auch die allgemeine Wertpapier-Compliance richtet sich nach dem Prinzip der Proportionalität. So sieht Art. 21 Abs. 1 S. 2 Del-VO (EU) 2017/565 vor, dass Wertpapierfirmen bei der Erfüllung ihrer Compliance-Organisation die Art, den Umfang, die Komplexität ihrer Geschäfte sowie die Art und das Spektrum der im Zuge dieser Geschäfte erbrachten Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten berücksichtigen müssen. In den MaComp der BaFin heißt es zudem, dass bei Ermittlungen der jeweils angemessenen Vorkehrungen Art, Umfang, Komplexität und Risikogehalt des jeweiligen Geschäfts sowie Art und Spektrum der angebotenen Wertpapierdienstleistungen zu berücksichtigen sind.<sup>555</sup>

### iii. Erkenntnisquellen für Verdachtsmeldungen

#### α. Monitoring von Marktbetreibern und Wertpapierfirmen, die einen Handelsplatz betreiben, Art. 16 Abs. 1 UA 1 MAR

Im Rahmen des Monitorings nach Art. 16 Abs. 1 UA 1 MAR i. V. m. Art. 2 Abs. 3 lit. a Del-VO 2016/957 müssen die Verpflichteten ein Softwaresystem einrichten, das nach Art. 3 Abs. 3 UA 2 Del-VO 2016/957 in der Lage ist, verzögert und automatisch Orderbuchdaten zu lesen, abzubilden und zu analysieren (sog. Transaktions- oder Trade-Monitoring).<sup>556</sup> Zentrale Aufgabe eines solchen IT-Systems ist es, durch Auswertung bestimmter Indi-

553 Hierzu: Koller, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 80 WpHG, Rn. 84; Rothenhöfer, in: Mülbert/Früh/Seyfried, BankKapR, Teil 13, Rn. 429.

554 Mülbert, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 20; Renz/Leibold, in: Meyer/Rönnau/Veil, Hdb. MMR, § 25, Rn. 6.

555 BaFin, Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs\\_18\\_05\\_wa3\\_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1), AT 3.2.

556 Faust, in: Ellenberger/Bunte, BankR-Hdb, § 89, Rn. 170.

katoren besonders verdächtige Geschäfte und Aufträge herauszufiltern.<sup>557</sup> Indikatoren können dabei beispielsweise auffällige Muster bei Frequenzen, Terminierung und Volumen von Aufträgen oder Geschäften sein.<sup>558</sup> Hinsichtlich möglicher Insidergeschäfte ist insbesondere die Observierung von Transaktionen relevant, die vor einer Ad-hoc-Mitteilung<sup>559</sup> eines Emittenten in die durch die Meldung indizierte Kursrichtung abgeschlossen wurden.<sup>560</sup>

Die eingesetzte Software muss im Hinblick auf potenzielle Verstöße gegen das Marktmanipulationsverbot ferner in der Lage sein, einzelne Orderdateien im Kontext des jeweiligen Marktgeschehens, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, ob ein anormales Preis- oder Kursniveau besteht, systematisch zu analysieren (sog. *Market-Watching*).<sup>561</sup> Anknüpfungspunkte können dabei vor allem offene, geänderte und gestrichene Kundenorders, börsengehandelte Derivate vom Vortag oder einzelne Marktdaten sein.<sup>562</sup> Im Rahmen einer systematischen Analyse werden dabei einschlägige Szenarienbetrachtungen genutzt, um damit marktmissbräuchliche Praktiken zu identifizieren, wie sie im Anhang I zur MAR aufgezählt sind.<sup>563</sup>

Umstritten ist die Frage, inwiefern die eingesetzten informationstechnologischen Systeme automatisiert sein müssen. Weder Art. 16 Abs. 1 MAR noch die Vorschriften aus der Del-VO 2016/957 setzen eine solche Automatisierung voraus. Die ESMA geht jedoch davon aus, dass die Compliance-Organisation bei Marktbetreibern und bei handelsplatzbetreibenden Wertpapierfirmen erst dann als hinreichend wirksam erachtet werden

---

557 *Kumpan/Misterek*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 25.

558 *Kumpan/Misterek*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 25.

559 Die Ad-hoc-Publizitätspflicht ist in Art. 17 Abs. 1 UA 1 MAR geregelt und verpflichtet Emittenten, sie betreffende Insiderinformationen nach Kenntnisnahme schnellstmöglich zu veröffentlichen. Durch die Veröffentlichung soll eine Insiderinformation zu einer öffentlichen Information und somit einem möglichen Insiderhandel vorgebeugt werden. Ausf. zur Ad-hoc-Publizität: *Assmann*, in: *ders./Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 17 MAR, Rn. 1 ff.; *Bekritsky*, BKR 2020, 382 (382 ff.); *Kumpan/Grütze*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, Art. 17 MAR, Rn. 1 ff.; *Veil*, ZHR 2003, 365 (365 ff.).

560 *Kumpan/Misterek*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 25; *Mülbert*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 27.

561 *Faust*, in: *Ellenberger/Bunte*, BankR-Hdb, § 89, Rn. 173.

562 *Renz/Leibold*, in: *Meyer/Rönnau/Veil*, Hdb. MMR, § 25, Rn. 7.

563 *Fleischer*, in: *Fuchs*, WpHG, § 20a a.F., Rn. 50 ff.; *Renz/Leibold*, in: *Meyer/Rönnau/Veil*, Hdb. MMR, § 25, Rn. 7.



kann, wenn sie über ein automatisiertes Monitoring-System verfügen.<sup>564</sup> Wenn Unternehmen einen Markt oder einen Handelsplatz betreiben, ist von einem gewissen Aktivitätsniveau auszugehen, bei dem es schwierig ist, auf andere Weise als automatisiert durch Festlegung algorithmischer Muster verdächtige Transaktionen zu erkennen.<sup>565</sup> Vor dem Hintergrund des Proportionalitätsprinzips wird in den meisten Fällen ein gewisser Grad an automatisierter Datenerfassung notwendig sein.

β. Monitoring von Personen, die beruflich Geschäfte vermitteln oder ausführen, Art. 16 Abs. 2 S. 1 MAR

Für die Verpflichtetengruppe der Personen, die beruflich Geschäfte mit Finanzinstrumentenbezug vermitteln oder ausführen, verlangt Art. 16 Abs. 2 S. 1 MAR i. V. m. Art. 2 Abs. 1 lit. a Del-VO 2016/957 eine Implementierung und Unterhaltung wirksamer Monitoring-Systeme zur Aufdeckung und Identifizierung möglicher marktmissbrauchsrechtlicher Verstöße. Demzufolge sind sie im Gegensatz zu den aus Art. 16 Abs. 1 MAR Verpflichteten nur zum Monitoring hinsichtlich einer Verfolgung, nicht aber zur Vorbeugung von Insidergeschäften und Marktmanipulationen verpflichtet.<sup>566</sup>

Bezüglich der Ausgestaltung des Monitorings kann auf die Ausführungen zu den Marktbetreibern und handelsplatzbetreibenden Wertpapierfirmen verwiesen werden, da hier Art. 16 Abs. 2 MAR sowie die Art. 3, 4 Del-VO EU 2016/954 keine abweichenden Erfordernisse enthalten. Differenzen ergeben sich jedoch im konkreten Umfang des Compliance-Monitorings. Zum einen können sich aus dem Proportionalitätsgebot geringere Anforderungen an den Organisationsgrad ergeben, da Betriebe von beruflich Geschäfte vermittelnden oder ausführenden Personen in der Regel kleiner sind und daher weniger detaillierte Vorkehrungen benötigen.<sup>567</sup> Zum anderen besteht für die Verpflichteten aus Art. 16 Abs. 2 S. 1 MAR nicht das Erfordernis zur Etablierung eines Softwaresystems, wie es Art. 3 Abs. 3 Del-VO EU 2016/954 für Entitäten aus Art. 16 Abs. 1 MAR vorsieht.

---

564 ESMA, Technical Standards, online verfügbar unter: [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2015-esma-1455\\_-\\_final\\_report\\_mar\\_ts.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2015-esma-1455_-_final_report_mar_ts.pdf), S. 36, Rn. 149.

565 Kumpan/Misterek, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 24.

566 Kumpan/Misterek, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 35.

567 Kumpan/Misterek, in: Schwark/Zimmer, KMRK, Art. 16 MAR, Rn. 36.

γ. Compliance-Monitoring von Wertpapierdienstleistungsunternehmen,  
§ 80 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 22 Del-VO EU 2017/565

Neben dem Monitoring von eingegangenen Aufträgen und ausgeführten Geschäften haben Wertpapierdienstleistungsunternehmen ihre allgemeine Wertpapier-Compliance nach Art. 80 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 22 Del-VO EU 2017/565 zu erfüllen. Dabei müssen sie angemessene Strategien und Verfahren festlegen, die darauf ausgelegt sind, potenzielle Risiken einer etwaigen Missachtung relevanter Vorschriften aufzudecken, Art. 22 Abs. 1 UA 1 Del-VO EU 2017/565. Der Umfang und Schwerpunkt ist auf Basis einer regelmäßig durchzuführenden Risikoanalyse festzulegen.<sup>568</sup>

Für die Aufdeckung potenzieller Insidergeschäfte besonders relevant ist die Überwachung von Mitarbeitergeschäften durch die Unterhaltung einer sog. *Watch-List* (dt. Beobachtungsliste). Diese definiert die BaFin als eine nicht öffentliche, laufend aktualisierte Liste von Finanzinstrumenten, zu denen im Wertpapierdienstleistungsunternehmen compliance-relevante Informationen vorliegen.<sup>569</sup> Zugang zu compliance-relevanten Informationen haben dabei Personen, die auf Insider- oder andere vertrauliche Informationen zugreifen können, sodass grundsätzlich alle Angestellten in die *Watch-List* aufgenommen werden müssen, die in Ausübung ihrer Tätigkeit in Kontakt mit sensiblen Daten kommen.<sup>570</sup> Dies erlaubt dem Unternehmen, ihre Mitarbeitergeschäfte daraufhin zu überwachen, ob etwaige Informationsvorteile ihrer Angestellten unlauter verwendet und ob die von ihr

---

568 BaFin, Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs\\_18\\_05\\_wa3\\_macom.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macom.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1), BT 1.2.1; Moosmayer, Compliance, S. 26; Rothenhöfer, in: Mühlert/Früh/Seyfried, BankKapR, Teil 13, Rn. 443.

569 BaFin, Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs\\_18\\_05\\_wa3\\_macom.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macom.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1), AT 6.2 Nr. 3 lit. c).

570 BaFin, Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs\\_18\\_05\\_wa3\\_macom.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macom.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1), AT 6.1; Faust, in: Ellenberger/Bunte, BankR-Hdb, § 89, Rn. 150.

errichteten Vertrauensbereiche unterschiedlicher Abteilungen (sog. *Chinese Walls*<sup>571</sup>) eingehalten werden.<sup>572</sup>

Neben Watch-Lists haben sich auch die sog. *Restricted-Lists* (dt. Sperrlisten) als Instrument der Insiderüberwachung etabliert. Diese werden in bestimmten Konfliktsituationen als Handelsbeschränkung für die entsprechenden Mitarbeiter des Wertpapierdienstleistungsunternehmens auferlegt, sodass diese mit einem dort vermerkten Finanzinstrument nicht mehr unentdeckt handeln können.<sup>573</sup>

Für die Aufdeckung von Marktmanipulation bestehen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen hingegen besondere Monitoring-Pflichten beim sog. algorithmischen Handel gem. § 80 Abs. 2–5 WpHG. Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen betreibt dann einen algorithmischen Handel, wenn beim Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten mithilfe eines Computeralgorithmus mindestens ein Auftragsparameter automatisch bestimmt wird.<sup>574</sup> Aufgrund seiner Komplexität und der hochfrequentierten Handelsgeschwindigkeit besteht beim algorithmischen Handel eine erhöhte Volatilität der gehandelten Finanzinstrumente, was ihn wiederum besonders anfällig für marktmissbräuchliches Verhalten macht.<sup>575</sup> Insofern treffen dort tätige Wertpapierdienstleistungsunternehmen verstärkte Aufzeichnungs- und Dokumentationspflichten, § 80 Abs. 3 WpHG. Zudem müssen sie gem. § 80 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 WpHG i. V. m. Del-VO (EU) 2017/589 über Systeme und Risikokontrollen verfügen, die sicherstellen, dass ihre Handelssysteme nicht zum Zwecke des Marktmissbrauchs verwendet werden können. Dies umfasst neben der Risikominimierung, dass Unternehmen gem. Art. 13 Abs. 2, 3 Del-VO (EU) 2017/589 automatisierte Überwachungssysteme aufbauen, die das gesamte Spektrum ihrer Handelstätigkeit erfassen.

---

571 Unter *Chinese Walls* versteht man organisatorische Maßnahmen, Abteilungen eines Unternehmens, die von unterschiedlichen Zielsetzungen geleitet werden, so voneinander zu trennen, dass es zu keinem Austausch sensibler Informationen kommt, sodass Interessenkonflikte vermieden werden können, *Rothenhöfer*, in: *Mülbert/Früh/Seyfried*, BankKapR, Teil 13, Rn. 253 ff.

572 *Faust*, in: *Ellenberger/Bunte*, BankR-Hdb, § 89, Rn. 150.

573 *BaFin*, Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs\\_18\\_05\\_wa3\\_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1), AT 6.2 Nr. 3 lit. c); *Rothenhöfer*, in: *Mülbert/Früh/Seyfried*, BankKapR, Teil 13, Rn. 452.

574 *Fett*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, § 80 WpHG, Rn. 154.

575 *Bayram/Meier*, BKR 2018, 55 (1300); *Fett*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, § 80 WpHG, Rn. 154; *Jaskulla*, BKR 2013, 221 (221); *Kobbach*, BKR 2013, 233 (233 ff.); *Koller*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, § 80 WpHG, Rn. 103.

sen. Diese Form des Transaktions-Monitorings muss mit Kapazitäten ausgestattet sein, die der Art, dem Umfang und die Komplexität des jeweiligen Wertpapierdienstleistungsunternehmens entsprechen.<sup>576</sup>

bb. Ermittlungsmaßstab

Nachdem die wesentlichen Erkenntnisquellen der Meldepflichtigen für Verdachtsmeldungen dargelegt wurden, stellt sich die Frage, welche Maßstäbe die Gesetz- und Verordnungsgeber an die weitere Verarbeitung dieser Informationen stellen.

i. Ausgestaltung des Überwachungssystems nach Art. 16 Abs. 1, Abs. 2 MAR

Detaillierte Anforderungen an die Ausgestaltung des in Art. 16 Abs. 1 und 2 MAR vorgeschriebenen Überwachungssystems sind wiederum in Art. 3 Del-VO (EU) 2016/957 zu finden. Allgemein ist die Ausgestaltung des Überwachungssystems am bereits thematisierten Proportionalitätsgebot zu bemessen.

Nach Art. 3 Abs. 1 Del-VO (EU) 2016/957 müssen die Überwachungssysteme in der Lage sein, Warnmeldungen potenziell verdächtiger Transaktionen zu produzieren. In Kombination mit Art. 3 Abs. 3 Del-VO (EU) 2016/957 bedeutet dies für Marktbetreiber und für Wertpapierfirmen, die einen Handelsplatz betreiben, dass diese IT-Systeme einrichten müssen, die verdächtige Geschäfte oder Aufträge erkennen und entsprechend kennzeichnen (sog. *Flagging* oder *Alert*).<sup>577</sup> Für die Verpflichtetengruppe aus Art. 16 Abs. 2 MAR gilt zwar auch die Pflicht, ein Warnsystem zu etablieren, wobei aber nicht der gesetzliche Zwang besteht, hierfür IT-Infrastrukturen einzusetzen.

Hervorzuheben ist bei allen Verpflichteten, dass der Einsatz von (automatisierten) Warnmeldesystemen nicht die personelle, also die manuelle

---

576 EG 1 Delegierte Verordnung (EU) 2017/589 der Kommission vom 19. Juli 2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates durch technische Regulierungsstandards zur Festlegung der organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen, die algorithmischen Handel betreiben (ABl. Nr. L 87 vom 31.03.2017, S. 417–448); Gebauer/Niermann, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 48, Rn. 36.

577 Müllbert, in: Assmann/Schneider/Müllbert, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 27.

Untersuchung potenziell verdächtiger Vorgänge durch Mitarbeiter ersetzt, Art. 3 Abs. 4 Del-VO 2016/957. Eine persönliche Untersuchung knüpft zwar meist an eine automatisierte Warnmeldung an, wobei eine vorherige Warnmeldung nicht zwingend erforderlich ist.<sup>578</sup> Vielmehr können besondere Marktsituationen, wie etwa ein ungewöhnlich starker Kursverfall, eine zusätzliche manuelle Überprüfung großvolumiger Aufträge oder Geschäfte erforderlich machen.<sup>579</sup>

## ii. „Conflict-Clearing“

Im Rahmen des sog. „Watch-List-“ und „Restricted-List-Monitoring“ von Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das vor allem potenzielle Insidergeschäfte entdecken soll, ist es Aufgabe der Compliance-Abteilung, anhand von bereichsübergreifenden Datenbanken aus Watch-Lists und Restricted-Lists, das Aufkommen vertraulicher Informationen und geschäftlicher Konflikte in Bezug auf Wertpapiere zu erfassen und mit den laufenden Wertpapiergeschäften und Empfehlungen des Wertpapierdienstleistungsunternehmens abzugleichen (sog. *Conflict-Clearing*).<sup>580</sup> Steht etwa aufgrund einer compliance-relevanten Information ein Finanzinstrument auf der Watch-List, so gleicht die Compliance-Abteilung die Geschäfte, die im Eigenhandel oder durch Mitarbeitende für private Zwecke getätigt wurden, mit dieser Liste meist mittels Software automatisiert ab.<sup>581</sup> Dabei hat die Compliance-Abteilung Zugriff auf die eigenen Handelssysteme des Instituts, auf die bei ihr geführten Mitarbeiterdepots (sog. Depot-A) sowie mittelbar<sup>582</sup>

---

578 EG I S. 4 Delegierte Verordnung (EU) 2016/957 der Kommission vom 9. März 2016 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die geeigneten Regelungen, Systeme und Verfahren sowie Mitteilungsmuster zur Vorbeugung, Aufdeckung und Meldung von Missbrauchspraktiken oder verdächtigen Aufträgen oder Geschäften (ABl. Nr. L 160 vom 17.06.2016, S. 1–14).

579 Mülbert, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 27.

580 Faust, in: Ellenberger/Bunte, BankR-Hdb, § 89, Rn. 167.

581 Gebauer, in: Kohler (Hg.), GS-Bosch, 31 (35).

582 Regelmäßig erfolgt die Zusendung von getätigten persönlichen Geschäften eines Mitarbeiters bei einer Drittbank über einen Zweitschriftenversand, vgl. BaFin, Rundschreiben 05/2018 (WA), online verfügbar unter: [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs\\_18\\_05\\_wa3\\_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2018/rs_18_05_wa3_macomp.html?nn=9450904#doc10744966bodyText1), BT 2.4 Nr. 1; Gebauer, in: Kohler (Hg.), GS-Bosch, 31 (35); Gebauer/Niermann, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 48, Rn. 33.

auf die Depots der Mitarbeiter bei Drittbanken.<sup>583</sup> Werden Geschäfte in einem Watch-List-Wert entdeckt, spricht man von einem einfachen Watch-List-Hit.<sup>584</sup> Stellt sich bei einer weiteren Prüfung heraus, dass ein auf der Liste namentlich Genannter, also ein Inhaber einer compliance-relevanten Information bzw. ein Angehöriger das Geschäft getätigt hat, besteht ein sog. qualifizierter Watch-List-Hit.

Watch-List-Hits sind in der Praxis keine Seltenheit und begründen deshalb für sich alleine noch keinen hinreichenden Verdacht für die Abgabe einer Verdachtsmeldung.<sup>585</sup> Vielmehr ist es die Aufgabe der Compliance-Abteilung, die Treffer manuell durch weitere Abgleichung der bei ihr vorhandenen Daten zu prüfen.

#### cc. Zwischenfazit

Die Kriterien der der Abgabe einer Verdachtsmeldung vorgelagerten Verdachtsermittlungen lassen sich im Kern wie folgt zusammenfassen:

1. Die Verpflichteten sammeln die für die Verdachtsmeldepflicht relevanten Erkenntnisse vorwiegend aus dem Monitoring verschiedener Tätigkeitsbereiche. Die Art und Intensität der einzurichtenden Monitoring-Systeme variiert dabei zwischen den verpflichteten Berufsgruppen untereinander sowie innerhalb der jeweiligen Berufsgruppen je nach Umfang, Größe und Art der Geschäftstätigkeit (Proportionalitätsprinzip).
2. Das Monitoring umfasst vor allem den unternehmerischen Tätigkeitsbereich. Im Vordergrund stehen dabei die Überwachung der eigenen Angestellten (Watch- und Restricted-List-Monitoring) sowie die Überwachung der eingegangenen und durchgeführten Kundenaufträge (Transaktions-Monitoring). Ferner besteht die Pflicht, das weitere Marktgeschehen über den eigenen Geschäftsbereich hinaus zu überwachen, um eine gesamtheitliche Sicht über das Marktgeschehen beizubehalten (Market-Watching).
3. Die von den Verpflichteten vorzunehmende Verarbeitung der aus dem Monitoring gewonnenen Informationen zeichnet ein Zusammenspiel

---

583 Gebauer, in: Kohler (Hg.), GS-Bosch, 31 (35); Renz/Leibold, in: Meyer/Rönnau/Veil, Hdb. MMR, § 25, Fn. 22. Zur Reichweite des internen Zugriffs, siehe Faust, in: Ellenberger/Bunte, BankR-Hdb, § 89, Rn. 170 ff.

584 Gebauer, in: Kohler (Hg.), GS-Bosch, 31 (35).

585 Gebauer, in: Kohler (Hg.), GS-Bosch, 31 (35).

zwischen automatisierter, informationstechnologischer Datenverarbeitung (red flags, watch list hits etc.) sowie der Einzelfallermittlung durch Angestellte aus. Automatisierte Treffer können dabei lediglich ein Indiz für weitere Ermittlungen sein, nicht aber alleiniger Gegenstand einer Verdachtsmeldung.

#### d. Formelle Anforderungen

Die formellen Voraussetzungen des marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldewesens sind in der Delegierten Verordnung 2016/957<sup>586</sup> geregelt, ein sog. *Level-3-Rechtsakt* aus dem *Lamfalussy-Verfahren*.<sup>587</sup> Nach Art. 6 Del-VO EU 2016/957 sind Verdachtsmeldungen unverzüglich zu übermitteln, sobald ein begründeter Verdacht eines Verstoßes gegen das relevante Marktmissbrauchsrecht vorliegt. Die im vorherigen Abschnitt thematisierten Einzelfallermittlungen erfolgen rein tatsachenbasiert und sind so rasch wie möglich durchzuführen, EG 10 Del-VO EU 2016/957. Es ist demzufolge bei der Frage, ob der betroffene Vorgang (schon) meldepflichtig ist oder nicht, allein die objektive Tatsachenlage relevant.<sup>588</sup> Weitere Spekulationen oder Annahmen sind nicht anzustellen. Hat sich der Verdacht aufgrund von Folgeereignissen oder späteren Informationen ergeben, so müssen Verdachtsmeldungen des Verpflichteten auch solche in der Vergangenheit liegende Vorgänge erfassen, Art. 6 Abs. 2 UA 1 Del-VO 2016/957. Dabei muss der Verpflichtete in der Lage sein, der BaFin die Gründe für die Verzögerung zwischen dem mutmaßlichen Verstoß und der Übermittlung der Verdachtsmeldung zu erläutern, Art. 6 Abs. 2 UA 2 Del-VO 2016/957.

Nach Art. 7 Del-VO EU 2016/957 i. V. m. Anhang 1 hat die Verdachtsmeldung nach einem bestimmten Muster als sog. *Suspicious Transaction and Order Report* (STOR) zu erfolgen. Zwingend müssen diese STORs gem. Art. 7 Abs. 2 Del-VO EU 2016/957 enthalten: die Identifikation der Übermittlungsperson, eine Beschreibung des verdächtigen Geschäfts

---

586 Delegierte Verordnung (EU) 2016/957 der Kommission vom 9. März 2016 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die geeigneten Regelungen, Systeme und Verfahren sowie Mitteilungsmuster zur Vorbeugung, Aufdeckung und Meldung von Missbrauchspraktiken oder verdächtigen Aufträgen oder Geschäften Del-VO 2016/957, (ABl. Nr. L 160 vom 17.6.2016, S. 1–14).

587 Siehe hierzu schon oben S. 118 ff.

588 Müllert, in: Assmann/Schneider/Müllert, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 55; Renz/Leibold, in: Meyer/Rönnau/Veil, Hdb. MMR, § 25, Rn. 12.



(einschließlich der Art des Geschäfts sowie der Preis und das Volumen), die konkreten Verdachtsgründe, die Mittel zur Identifizierung der am Geschäft Beteiligten sowie alle anderen Informationen und Belege, die für die Zwecke der Aufdeckung, Untersuchung und Verfolgung von Insidergeschäften, Marktmanipulation sowie versuchten Insidergeschäften und versuchter Marktmanipulation für die zuständige Behörde relevant sein können.

Letztgenannter STOR-Bestandteil bedarf gesonderter Aufmerksamkeit, da er die besondere Reichweite der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht veranschaulicht. So obliegt es dem Meldepflichtigen, der Meldebehörde alle möglicherweise für eine weitere Verwertung relevanten Daten weiterzuleiten. Dieses umfassende Weiterleitungsgebot ist nicht nur hinsichtlich der empfindlichen Sanktionsandrohung von Meldeverfehlungen problematisch – es geht über den ursprünglich konzipierten Zweck von Verdachtsmeldungen hinaus, da der Meldepflichtige nicht mehr nur auf eine im Raum stehende Straftat aufmerksam macht, sondern möglichst umfassende Ermittlungsansätze liefert.

Begründet wird diese Pflicht aus Praktikabilitätsabwägungen. So wäre es für die Aufsichtsbehörde hinderlich, über die hilfreichen Informationen nicht gleich von Beginn an zu verfügen, sondern erst im fortgeschrittenen Verfahren im Wege eines Auskunftersuchens sich an den Verpflichteten zu wenden, EG 7 Del-VO EU 2016/957. Ob Praktikabilität einen derartigen Rundumschlag in der Datenanforderung rechtfertigt, ist derweil fraglich.

Die Übermittlung des STOR geschieht gem. Art. 8 Abs.1 Del-VO EU 2016/957 elektronisch über ein von der zuständigen Aufsichtsbehörde nach Art. 8 Abs. 2 Del-VO EU 2016/957 vorher auf ihrer Webseite veröffentlichtem Kanal.<sup>589</sup>

#### e. Weiteres Behördenverfahren

Die MAR enthält keine abschließenden Vorgaben zu einem etwaigen Marktmissbrauchsanalyseverfahren. Vielmehr müssen hierfür nationalrechtliche Regelungen herangezogen werden. Die Aufgaben und Befugnisse der BaFin sind in § 6 WpHG geregelt. Gem. § 6 Abs. 2 S.1 WpHG i. V. m. § 1 Abs.1 Nr. 8 lit. e WpHG überwacht sie ebenso die Einhaltung der Bestimmungen der MAR, wozu konsequenterweise auch die Überprüfung der

---

589 In Deutschland geschieht dies über das sog. „MVP Portal“ der BaFin, erreichbar unter <https://portal.mvp.bafin.de/MvpPortalWeb/app/login.html>.

Stichhaltigkeit von Anhaltspunkten über mögliche marktmissbrauchsrechtlich relevante Verhaltensweisen fällt.<sup>590</sup> Dabei greift die BaFin meist auf schlicht hoheitliche Maßnahmen ohne Regelungsqualität zurück, wie auf die Heranziehung von öffentlich verfügbaren oder im Haus vorhandenen Informationen.<sup>591</sup> Sofern diese erste Analyse bestehende Auffälligkeiten bestärkt oder neue hervorbringt, wird nachfolgend mit einer tiefgreifenderen sachverhaltsbezogenen Analyse begonnen. Hierbei stehen der BaFin weitere hoheitliche Maßnahmen zur Erkenntnisgewinnung zur Verfügung, die vergleichbar mit denen von Strafverfolgungsbehörden sind.<sup>592</sup> Dazu gehören etwa Auskunftsverlangen über Unterlagen und sonstige Daten sowie die Ladung und Vernehmung von Zeugen (§ 6 Abs. 3 WpHG), die Durchsuchung von Geschäfts- und Wohnräumen (§ 6 Abs. 12 S. 1 WpHG) sowie die Sicherstellung und die Beschlagnahme von beweiserheblichen Gegenständen und inkriminierten Vermögenswerten (§ 6 Abs. 12 S. 3, 4, Abs. 13 WpHG).

Aufgrund dieser weitreichenden Ermittlungsbefugnisse kommt der BaFin im kapitalmarktstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren eine besondere Rolle zu. Leitet sie die Verdachtsmeldung an die Staatsanwaltschaft gem. § 11 S. 1 WpHG weiter, so hat sie sich meist bereits intensiv mit dem Sachverhalt auseinandergesetzt und eine umfassende Materialsammlung angelegt.<sup>593</sup> In der Regel sind die Verdachtsmomente vergleichsweise weit fortgeschritten, sodass Strafverfolgungsbehörden meist wenig eigene Ermittlungsmaßnahmen einleiten müssen.<sup>594</sup> Ferner ermöglicht § 112 Abs. 1 S. 2 WpHG, dass die für die Analyse zuständigen Angestellten der BaFin bereits im Ermittlungsverfahren als Sachverständige durch die Staatsanwaltschaft herangezogen werden können.<sup>595</sup>

Die BaFin muss spätestens dann eine Anzeige gegenüber der Staatsanwaltschaft erstatten, wenn sie Kenntnis von Tatsachen hat, die den Verdacht einer Straftat nach § 119 WpHG begründen, § 11 S. 1 WpHG.

---

590 Döhmle, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 6 WpHG, Rn. 66; Klöhn, ZIP 2021, 381 (382). Zur alten Rechtslage Vogel, in: Assmann/Schneider, WpHG (2012), § 10 WpHG a.F., Rn. 61.

591 Döhmle, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 6 WpHG, Rn. 66; instruktiv Himmelreich, Insiderstrafverfolgung, S. 83 ff.

592 Klöhn, ZIP 2021, 381 (382); ausf. Szesny, Finanzmarktaufsicht und Strafprozess, S. 33 ff.

593 Gehrmann, in: Wabnitz/Jankovsky/Schmitt, Hdb. WStSR, Kap. 11, Rn. 215.

594 Hippeli, in: BeckOK-WpHG, § 11 WpHG, Rn. 10.

595 Zu Fragen einer möglichen Befangenheit der sachverständigen BaFin-Mitarbeitenden, siehe BGH NJW 2016, 3459 (3459 ff.).

Als Verdachtsschwelle zieht die hL wiederum den strafprozessualen Anfangsverdacht aus § 152 Abs. 2 StPO heran. Danach ist allein auf tatsächliche Anhaltspunkte abzustellen. Nach kriminalistischer Erfahrung muss es also möglich erscheinen, dass eine verfolgbare Tat vorliegt.<sup>596</sup> Die Befürchtung, dass ein geringerer Verdachtsgrad in § 11 S. 1 WpHG als in Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR das Analyseverfahren der BaFin vorwegnehmen würde,<sup>597</sup> ist aus den bereits thematisierten Gründen unbegründet.<sup>598</sup>

### 3. Sanktionen bei Zuwiderhandlung

Nach § 120 Abs. 15 Nr. 4, 5 WpHG handelt ordnungswidrig, wer entgegen Art. 16 Abs. 1 UA 2 MAR bzw. Art. 16 Abs. 2 S. 2 MAR eine Meldung vorsätzlich oder leichtfertig nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig vornimmt. Geahndet wird ein Verstoß mit einem Bußgeld von bis zu einer Million Euro bei natürlichen Personen, bei juristischen Personen wie bei Personenvereinigungen darüber hinaus den höheren der Beträge von zweieinhalb Millionen Euro oder zwei Prozent des Gesamtumsatzes aus dem Vorjahr, § 120 Abs. 18 S. 1, 2 Nr. 2 WpHG. Zudem kann der Verstoß mit einer Geldbuße bis zum Dreifachen des hieraus gezogenen wirtschaftlichen Vorteils geahndet werden, § 120 Abs. 18 S. 3 WpHG. Zur Substituenten- sowie zur Unternehmenshaftung gilt das bereits im Rahmen der GwG-Meldeverfehlungen Gesagte.<sup>599</sup>

§ 120 Abs. 15 Nr. 4, 5 WpHG ist als Blanketttatbestand ausgestaltet, der zur näheren Umschreibung der im Raum stehenden Pflicht auf die MAR als Ausfüllungsnorm zurückgreift.<sup>600</sup> Dass der Gesetzgeber zur Durchsetzung der Meldepflicht – wie auch bei einem Großteil der sonstigen kapitalmarktrechtlichen Verhaltens- und Mitwirkungspflichten – die kriminalpolitische Entscheidung getroffen hat, auf bußgeldrechtliche Mittel zurückzugreifen, ist nicht selbstverständlich. Vielmehr wird in der Literatur zum Teil infrage gestellt, ob es in einem so stark regulierten Bereich wie dem Kapitalmarktrecht überhaupt einer Sanktionierung bei Verstößen gegen das individuelle

596 Diemer, in: KK-StPO, § 152, Rn. 7 m. w. N.

597 Himmelreich, Insiderstrafverfolgung, S. 103 ff.

598 Siehe bereits S. 151 ff.

599 Siehe hierzu bereits S. 112 ff.

600 Zu den Beweggründen hinter diesem Regelungsmodell, siehe oben S. 118 ff.

Pflichtenprogramm bedarf, zumal der nationale Gesetzgeber auch unionsrechtlich nicht zu einer Ahndung sämtlicher Zuwiderhandlungen verpflichtet ist.<sup>601</sup> So wird unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit bezweifelt, ob neben privatrechtlichem *Enforcement* im Horizontalverhältnis<sup>602</sup>, verwaltungsbehördlicher Aufsicht und Rechtsdurchsetzung eine dritte Säule der repressiven Sanktionierung überhaupt erforderlich ist.<sup>603</sup>

Dem ist jedoch zu entgegnen, dass die Befolgung der im WpHG enthaltenen Verhaltenspflichten für die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts unerlässlich und ein Nichtbefolgen oftmals mit erheblichen materiellen Schäden sowie mit einem Verlust im kollektiven Anlegervertrauen verbunden ist.<sup>604</sup> Zudem können nicht alle der in § 120 WpHG aufgeführten Bußgeldtatbestände gleichzeitig Schäden im privatrechtlich ausgestalteten Horizontalverhältnis begründen, sodass der Vorwand der „Doppelbelastung“ nicht vollständig zu überzeugen vermag.

Bei einer Durchführung von verdächtigen Geschäften steht zudem eine mögliche Strafbarkeit der meldepflichtigen natürlichen Person wegen Beteiligung am Verstoß gegen das Insiderhandels- oder das Marktmanipulationsverbot gem. § 119 Abs. 3 WpHG; Art. 14 MAR i. V. m. § 27 Abs. 1 StGB resp. §§ 119 Abs. 1; 120 Abs. 2 Nr. 3; Abs. 15 Nr. 2 WpHG; Art. 15 MAR i. V. m. § 27 Abs. 1 StGB im Raum. Wie auch im Rahmen der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht thematisiert, muss sich hierfür ein deliktischer Sinnbezug im objektiven Handeln des Täters manifestieren.<sup>605</sup> Dies wäre im Einzelfall zu prüfen, wobei auch auf kapitalmarktrechtliche Wertungen abgestellt werden kann. So wird ein solcher Sinnbezug von einem Teil der Literatur kategorisch unter Verweis auf die Abwesenheit etwaiger Durchführungsverbote (bzw. Stillhaltegebote, vgl. § 46 Abs. 1 GwG) abgelehnt.<sup>606</sup>

---

601 Krit.: Achenbach, WM 2018, 1337 (1337 ff.); Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, S. 605 ff.; Spoerr, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 120 WpHG, Rn. 7, 14 spricht bei weit über 300 bußgeldbewährten Einzeltatbeständen von einer Hyperinflation der kapitalmarktrechtlichen Bußgeldandrohungen.

602 Hierzu BaFin, Informationspflichten für den Emittenten, online abrufbar unter: [https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BoersenMaerkte/Emittentenleitfaden/Modull/Kapitel/Kapitel\\_3/Kapitel\\_3\\_1/kapitel\\_3\\_1\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BoersenMaerkte/Emittentenleitfaden/Modull/Kapitel/Kapitel_3/Kapitel_3_1/kapitel_3_1_node.html), *passim*.

603 Kämpfer/Travers, in: BeckOK-WpHG, § 120 WpHG, Rn. 8; Spoerr, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 120 WpHG, Rn. 14.

604 Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über den Wertpapierhandel und zur Änderung börsenrechtlicher und wertpapierrechtlicher Vorschriften (Zweites Finanzmarktförderungsgesetz) vom 05.11.1993, BT-Drs. 793/93, S. 101 ff.

605 Siehe hierzu zudem ausf. zu § 89c StGB auf S. 61 ff.

606 Mülbert, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, Art. 16 MAR, Rn. 67.

Der Gesetzgeber habe augenscheinlich keinen Anlass gesehen, die Durchführung verdächtiger Transaktionen zu verbieten. Folglich könne auch ein Meldepflichtiger nicht dafür belangt werden, eine verdächtige Transaktion durchzuführen. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber das Stillhaltegebot bewusst nicht in die MAR aufgenommen hat, um der Schnellebigkeit des Kapitalmarktes und der ihr diametral entgegenlaufenden langwierigen Prüfungsverfahren der BaFin gerecht zu werden.<sup>607</sup> Eine Privilegierung von Bankangestellten, die mit einem doppelten Gehilfenvorsatz verdächtige Transaktionen ausführen, war indes nicht bezweckt. Die Beteiligtenstrafbarkeit unterschiedslos abzulehnen, erscheint daher nicht sachgerecht. Da die durch den BGH aufgestellten Kriterien für die neutrale Beihilfe ohnehin äußerst eng gefasst sind, ist der Meinungsstreit über die Beihilfe durch die Durchführung verdächtiger Transaktion überwiegend theoretischer Natur. Von einer Ausweitung der Strafbarkeit im Bankensektor kann insoweit kaum die Rede sein.<sup>608</sup>

*C. Anzeige von Verdachtsfällen bei ungedeckten Leerverkäufen und Credit Default Swaps (CDS), § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG*

Gem. § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG haben Wertpapierdienstleistungsunternehmen, andere Kreditinstitute, Kapitalverwaltungsgesellschaften und Betreiber von außerbörslichen Märkten der BaFin gegenüber eine Meldung abzugeben, sofern festgestellte Tatsachen einen Verdacht begründen, dass mit einem Geschäft über Finanzinstrumente gegen das Verbot ungedeckter Leerverkäufe oder Credit Default Swaps (CDS) aus Art. 12, 13, 14 EU-Leerverkaufs-VO<sup>609</sup> verstoßen wurde. Etwaige Meldeverfehlungen der Verpflichteten sind nach § 120 Abs. 2 Nr. 2 lit. a WpHG bußgeldbewehrt.

**I. Zugrunde liegende Tatbestände**

Die der Verdachtsmeldepflicht aus § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG zugrunde liegenden Verbote sind das Verbot ungedeckter Leerverkäufe in Aktien und

---

607 Schwintek, WM 2005, 861 (866).

608 Instrukтив hierzu Schwintek, WM 2005, 861 (867).

609 Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. Nr. L 86/1 vom 24.03.2012, S. 3–26).

öffentlichen Schuldtiteln gem. Art. 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 EU-Leerverkaufs-VO und das Verbot ungedeckter CDS auf öffentliche Schuldtitel gem. Art. 14 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO. Beide Verbote ähneln sich sowohl in ihrer dogmatischen Behandlung als auch in ihrer historischen Entwicklung, weshalb die Hintergründe zu den Vorschriften im Folgenden gemeinsam behandelt werden.

## 1. Normgenese

Das Bedürfnis nach einer Regulierung von Leerverkäufen und CDS wurde aus deutscher Sicht erst im Rahmen der globalen Finanzkrise im Jahr 2008 erkennbar.<sup>610</sup> Bis dahin herrschte die Auffassung, dass die Vorteile der freien Nutzung der Finanzinstrumente die Nachteile überwiegen würden. So können Leerverkäufe insbesondere dazu eingesetzt werden, Liquidität in Reaktion auf eine unerwartete Nachfrage auf ein Finanzinstrument bereitzustellen.<sup>611</sup> CDS dienen hingegen der Abdeckung von Kreditrisiken. Ihr Handel bringt auf den ersten Blick keine Nachteile mit sich. Vielmehr ist in ihnen ein Finanzinstrument zu sehen, mit dem gehandelt und auf das spekuliert werden kann und angesichts ihres erforschten Nutzens im Rahmen der Kapitalallokation und Liquiditätserhöhung auch soll.<sup>612</sup>

Die Finanzkrise 2008 hat jedoch gezeigt, dass eine unkontrollierte Nutzung dieser Finanzinstrumente verheerende Wirkungen nach sich ziehen kann. Gerade in Zeiten beträchtlicher finanzieller Instabilität vermögen Leerverkäufe Abwärtsspiralen von Aktienkursen zu verstärken.<sup>613</sup> Denn sinkende Aktienkurse veranlassen Anleger zu weiteren Leerverkäufen, die im Ergebnis weiter sinkende Aktienkurse mit sich bringen. Ein vergleichbarer Spiraleffekt konnte auch im Handel mit CDS beobachtet werden. Gerät der ursprüngliche Debitor in Zahlungsschwierigkeiten, so betrifft dies nicht nur den Kreditoren, sondern auch die vielzähligen Anleger, die hinsichtlich des Ausfallrisikos außerbörslich, meist gebündelt mit weiteren CDS

---

610 *Augustin/u. a.*, *AnnuRevFinancEcon*, 175 (175); Trüg, in: *Hiebl/Kassebohm/Lillie* (Hg.), FS-Mehle, 637 (637).

611 *Schlimbach*, *Leerverkäufe*, S. 18; zur Funktionsweise von Leerverkäufen siehe unten S. 179 ff.

612 Zum Forschungsstand des gesamtwirtschaftlichen Nutzens von CDS und des Handelns mit ebendiesen: *Augustin/u. a.*, *AnnuRevFinancEcon*, 175 (178 ff.).

613 EG 1 Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. Nr. L 86/1, vom 24.03.2012, S. 3–26).

innerhalb eines Portfolios (sog. *Colletaralized Debt Obligations [CDO]*) spekuliert haben. Dieser Spiraleffekt nahm besonders im Zusammenhang mit dem US-amerikanischen Immobilienmarkt<sup>614</sup> globale Dimension an, wo sich der unkontrollierte Handel mit CDS im Jahr 2007 auf einen absurden (ausstehenden) Nominalbetrag von 62 Billionen US-Dollar belief – etwa das Dreifache des Bruttoinlandsproduktes der Vereinigten Staaten von Amerika im Jahr 2020.<sup>615</sup>

Der durch die Finanzkrise bedingte Zusammenbruch der Bank *Lehman Brothers* im September 2008 veranlasste die BaFin zur einstweiligen Einschränkung von Leerverkäufen. Allein in den verbleibenden Monaten im Jahr 2008 erließ sie auf Grundlage von § 4 Abs.1 WpHG a.F. mehrere Allgemeinverfügungen, die ungedeckte Leerverkäufe in Aktien bestimmter Finanzmarktunternehmen verboten.<sup>616</sup> Im Mai 2010 erfolgten durch weitere Allgemeinverfügungen schließlich ein Verbot ungedeckter CDS in Staatsanleihen der Mitgliedstaaten der Eurozone, ein Verbot ungedeckter Leerverkäufe in Aktien der zehn bedeutendsten deutschen Finanzunternehmen und ein Verbot von Leerverkäufen in Schuldtiteln der Eurostaaten.<sup>617</sup> Alle noch gültigen Allgemeinverfügungen wurden durch das WpMiVoG<sup>618</sup> vom 26.07.2010 abgelöst, das wiederum in den §§ 30h ff. WpHG a.F. umgesetzt wurde. Mit §§ 30h, 30j WpHG a.F. schuf der nationale Gesetzgeber erstmals einen Verbotstatbestand gegen die Vornahme von ungedeckten Leerverkäufen und CDS.

Auch erste Vorarbeiten zu einer europäischen Regelung begannen unmittelbar nach dem Zusammenbruch von *Lehman Brothers*. Im Jahr 2009 veröffentlichte das *Technical Committee* der *International Organization of*

---

614 Die sog. „Subprime“-Krise aus dem Jahr 2007 gilt als Auslöser der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise aus den Jahren 2008/2009. Zur historischen Entwicklung der Finanzkrise und der Rolle von CDS, siehe *Henschel*, CDS in der Finanzkrise, S. 36 ff. m. w. N.

615 ISDA, Market Summary, online verfügbar unter: <https://www.isda.org/category/research/surveys>, S. 3; *Mülbert/Sajnovits*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, Vor Art. 1 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 4; *Urmersbach*, BIP in den USA, online verfügbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/14418/umfrage/bruttoinlandsprodukt-in-den-usa/>.

616 Siehe etwa Allgemeinverfügung der BaFin vom 19. September 2008; *Krüger/Ludewig*, WM 2012, 1942 (1942 f.); *Weick-Ludewig*, in: *Fuchs*, WpHG, § 30h, Rn. 5.

617 *Mülbert/Sajnovits*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, Vor Art. 1 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 7.

618 Gesetz vom 21.07.2010 zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte, BGBl. I S. 945.



*Securities Comissions (IOSCO)*<sup>619</sup> einen Konsultationsreport zu einer zwischenstaatlichen Leerverkaufsregulierung. Auf dessen Grundlage veröffentlichte die ESMA (damals noch das CESR) im Jahr 2010 einen Konsultationsentwurf zu einem europäischen Transparenzregime für Leerverkäufe.<sup>620</sup> Diese enthielten allerdings noch keine Verbotsvorschriften. Der Europäische Gesetzgeber sah sich jedoch angesichts der durch die vielfachen nationalen Allgemeinverfügungen drohenden Rechtszersplitterung gezwungen, sowohl ungedeckte Leerverkäufe als auch CDS in seiner EU-Leerverkaufsverordnung aus dem Jahr 2012 zu verbieten.<sup>621</sup> Komplettiert wird die EU-Leerverkaufsverordnung durch zahlreiche Delegierte Verordnungen, die auch einzelne Merkmale von ungedeckten Leerverkäufen und CDS weiter präzisieren (Level-3-Rechtsakte).<sup>622</sup>

---

619 IOSCO ist eine internationale Vereinigung der Wertpapieraufsichtsbehörden, in der Grundsätze und Standards für die Aufsicht für die Wertpapiermärkte erarbeitet werden und durch die die Zusammenarbeit der Wertpapieraufsichtsbehörden gefördert werden sollen, v. Hein, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, § 18 WpHG, Rn. 20.

620 Krüger, WM 2012, 1942 (1952).

621 Mülbart/Sajnovits, in: *Assmann/Schneider/Mülbart*, WpHR, Vor Art.1 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 9.

622 Delegierte Verordnung (EU) Nr. 918/2012 der Kommission vom 5. Juli 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps im Hinblick auf Begriffsbestimmungen, die Berechnung von Netto-Leerverkaufspositionen, gedeckte Credit Default Swaps auf öffentliche Schuldtitel, Meldeschwellen, Liquiditätsschwellen für die vorübergehende Aufhebung von Beschränkungen, signifikante Wertminderungen bei Finanzinstrumenten und ungünstige Ereignisse, (ABl. Nr. L 274/1 vom 9.1.2012, S. 45–59); Delegierte Verordnung (EU) Nr. 826/2012 der Kommission vom 29. Juni 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die Melde- und Offenlegungspflichten in Bezug auf Netto-Leerverkaufspositionen, die Einzelheiten der in Bezug auf Netto-Leerverkaufspositionen an die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde zu übermittelnden Informationen und die Methode zur Berechnung des Umsatzes zwecks Ermittlung der unter die Ausnahmeregelung fallenden Aktien (ABl. Nr. L 251/1 vom 18.9.2012, S. 27–36); Delegierte Verordnung (EU) Nr. 919/2012 der Kommission vom 5. Juli 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für die Methode zur Berechnung der Wertminderung bei liquiden Aktien und anderen Finanzinstrumenten (ABl. Nr. L 274/16 vom 09.10.2012, S. 60–61).

## 2. Normzweck und Deliktsnatur

Auch der Ansicht des Europäischen Gesetzgebers zufolge haben – zumindest exzessive – ungedeckte Leerverkäufe das Potenzial, in turbulenten Zeiten das Marktgleichgewicht zu stören, da gezielt auf einen Kursverfall spekuliert wird.<sup>623</sup> Entsprechendes gelte für den unkontrollierten Handel mit CDS, wobei hier nicht der Kursverfall, sondern vielmehr ein Zahlungsausfall Objekt von Spekulationen wird. Angesichts der nicht von der Hand zu weisenden Vorteile und der durch die Privatautonomie grundsätzlich zu schützenden Interessen der Anleger wäre ein ausnahmsloses Verbot von Leerverkäufen und CDS jedoch weder verhältnismäßig noch zielführend. Der Europäische Gesetzgeber hat sich deshalb für eine Einschränkung des Handels mit Leerverkäufen und CDS dergestalt entschieden, als dass es eine hinreichende nachweisbare Beziehung zwischen Anleger und Leerverkaufsposition bzw. der Position aus dem CDS bedarf. Der vorrangige Schutzzweck der beiden Verbotsvorschriften soll dabei in der Förderung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte liegen.<sup>624</sup>

Allerdings ist es gerade hinsichtlich des Verbots ungedeckter Leerverkäufe umstritten, ob diese die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte tatsächlich beeinflussen. Anders als ungedeckte CDS, die nachweislich die Finanzkrise aus dem Jahr 2008 zumindest beschleunigt haben,<sup>625</sup> ist die Studienlage zu den negativen Auswirkungen ungedeckter Leerverkäufe auf die Marktvolatilität nicht eindeutig. Während einige Untersuchungen ihnen keine oder eine nur geringe volatilitäts erhöhende Wirkung zuschreiben, gelangen andere zu gegenteiligen Ergebnissen.<sup>626</sup>

Der Europäische Gesetzgeber hat gleichwohl ein Verbot ungedeckter Leerverkäufe in die EU-Leerverkäufe mit aufgenommen. Dieser erkennt die Vornahme eines Leerverkaufs bzw. eines CDS ohne hinreichende Deckung als inhärent gefährlich für die Integrität des Finanzmarktes an.<sup>627</sup>

---

623 Mülberr/Sajnovits, in: Assmann/Schneider/Mülberr, WpHR, Art. 12, 13 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 15.

624 Siehe EG 1, 2, 14, 21, 22 Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. Nr. L 86/1 vom 24.3.2012, S. 3–26); Schlimbach, Leerverkäufe, S. 34 ff., 81.

625 Chiaramonte/Casu, EJF 2013, 861 (861); Möschel, ZRP 2009, 129 (130); Zeitler, WM 2012, 673 (676 f.); instruktiv Dickinson, CDS, S. 4 ff.

626 Yadav/u. a., Naked Short Selling, S. 26 ff.; Überblick der Studienlage bei Lange, Regulierung von Aktienleerverkäufen, S. 284

627 Zetzsche/Lehmann, in: Schwark/Zimmer, KMRK, § 53 WpHG, Rn. 6.

Dass eine konkrete Gefährdungslage nicht erforderlich ist, ergibt sich schon aus der Natur der Regelungsmaterie. So führen vereinzelte Leerverkäufe und CDS noch nicht zu krisenauslösenden Spiraleffekten. Insoweit sind Art. 12, 13, 14 EU-LeerverkaufsVO richtigerweise als abstrakte Gefährdungsdelikte zu qualifizieren.

### 3. Tatbestandsmäßigkeit

- a. Ungedeckte Leerverkäufe in Aktien und von öffentlichen Schuldtiteln,  
Art. 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO

Der objektive Tatbestand des Verbotes ungedeckter Leerverkäufe nach Art. 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO ist erfüllt, wenn eine natürliche oder juristische Person eine zum Handel an einem Handelsplatz zugelassene Aktie (Art. 12 EU-LeerverkaufsVO) oder einen öffentlichen Schuldtitel (Art. 13 EU-LeerverkaufsVO) ohne eine hinreichende Deckung leer verkauft (engl. *naked short selling*). Der Aktienbegriff erstreckt sich auf alle Aktiengattungen, die an einem Handelsplatz der EU zugelassen sind.<sup>628</sup> Der Begriff des öffentlichen Schuldtitels wird in Art. 2 Abs. 1 lit. f) EU-LeerverkaufsVO legaldefiniert und meint ein Schuldinstrument, das von einem öffentlichen Emittenten begeben wird. Ein öffentlicher Emittent ist wiederum gem. Art. 2 Abs. 1 lit. d) EU-LeerverkaufsVO jeder Mitgliedstaat einschließlich seiner Ministerien, Agenturen und Zweckgesellschaften; bei bundesstaatlich organisierten Mitgliedstaaten die Gliedstaaten des Bundes (in Deutschland die Bundesländer), eine für mehrere Mitgliedstaaten tätige Zweckgesellschaft<sup>629</sup> sowie ein von zwei oder mehr Mitgliedstaaten gegründetes internationales Finanzinstitut und die Europäische Investitionsbank (EIB). Erfasst sind somit auch Staatsanleihen und Fremdwährungsanleihen einzelner Mitgliedstaaten der EU.<sup>630</sup>

---

628 Mülbert/Sajnovits, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, Art. 12, 13 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 16.

629 Wie beispielsweise der Europäische Stabilisierungsmechanismus (ESM).

630 Mülbert/Sajnovits, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, Art. 12, 13 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 20; ESMA, Q&A on short selling and cds, online verfügbar unter: [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-408\\_qa\\_on\\_ssr.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-145-408_qa_on_ssr.pdf), answer 1. i., S. 7.

aa. Leerverkauf

Der Begriff des Leerverkaufs (engl. *short selling*) ist wiederum in Art. 2 Abs. 1 lit. b EU-LeerverkaufsVO legaldefiniert.<sup>631</sup> Vereinfacht ist ein Leerverkauf ein Verkauf von Aktien oder Schuldinstrumenten, die sich zum Zeitpunkt der Verkaufsvereinbarung nicht im Eigentum des Verkäufers (im Folgenden: Anleger) befinden. Exemplarisch verschafft sich der Anleger hierfür in einem ersten Schritt etwa durch eine Wertpapierleihe mit entsprechend terminierter Rückgabvereinbarung die gewünschten Wertpapiere. In einem zweiten Schritt verkauft er diese an einem öffentlichen Handelsplatz zu einem bestimmten Kurs. Bei Fälligkeit der Rückgabe- oder Rückkaufvereinbarung kauft der Anleger die Wertpapiere zu einem neuen Kurs wieder ein und verschafft diese dem Verleiher. Der Anleger spekuliert dabei auf sinkende Kurse. Die Aktienrendite besteht in dem Kursverfall abzüglich der durch die Aktienleihe typischerweise entfallenden Nutzungsgebühren.

Das den Leerverkauf typisierende Merkmal ist das fehlende Eigentum des Leerverkäufers an dem Wertpapier. Der Eigentumsbegriff entspricht dabei nicht dem sachenrechtlichen Verständnis, sondern ist dem Schutzzweck der LeerverkaufsVO nach autonom zu bestimmen. Zur Präzisierung des leerverkaufsspezifischen Eigentumsbegriffs differenziert Art. 3 Del-VO (EU) 918/2012<sup>632</sup> zwischen dem „rechtlichen“ und dem „wirtschaftlichen

---

631 Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck „Leerverkauf“ im Zusammenhang mit Aktien oder Schuldinstrumenten einen Verkauf von Aktien oder Schuldinstrumenten, die sich zum Zeitpunkt des Eingehens der Verkaufsvereinbarung nicht im Eigentum des Verkäufers befinden, einschließlich eines Verkaufs, bei dem der Verkäufer zum Zeitpunkt des Eingehens der Verkaufsvereinbarung die Aktien oder Schuldinstrumente geliehen hat oder eine Vereinbarung getroffen hat, diese zu leihen, um sie bei der Abwicklung zu liefern; diese Begriffsbestimmung umfasst nicht: i) den Verkauf seitens einer der Parteien einer Rückkaufvereinbarung, bei der die eine Partei der anderen ein Wertpapier zu einem festgesetzten Kurs verkauft und die andere Partei sich verpflichtet, dieses Wertpapier zu einem späteren Zeitpunkt zu einem ebenfalls festgesetzten Kurs zurückzukaufen; ii) die Übertragung von Wertpapieren im Rahmen einer Wertpapierleihe-Vereinbarung oder iii) den Abschluss eines Terminkontrakts oder eines anderen Derivatekontrakts über den Verkauf von Wertpapieren zu einem bestimmten Kurs zu einem künftigen Zeitpunkt, Art. 2 Abs. 1 lit. b) Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. Nr. L 86/1 vom 24.03.2012, S. 1–24).

632 Delegierte Verordnung (EU) Nr. 918/2012 der Kommission vom 5. Juli 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und

Eigentümer“. Insofern ist neben der normativen Rechtsinhaberschaft<sup>633</sup> zusätzlich das mit dem Erwerb eines Finanzinstruments verbundene wirtschaftliche Risiko für die Bestimmung des Eigentums (wirtschaftlicher Eigentumsbegriff) entscheidend, Art. 3 Abs. 1 S. 3 Del-VO (EU) 918/2012. Bei einem Auseinanderfallen zwischen dem rechtlichen und dem wirtschaftlichen Eigentümer gehen die EU-LeerverkaufsVO sowie die Del-VO (EU) 918/2012 von einem Vorrang des wirtschaftlichen Eigentümers aus.<sup>634</sup> Auch nach Ansicht der ESMA ist die Bestimmung des Trägers des wirtschaftlichen Regelfalles für die LeerverkaufsVO maßgeblich.<sup>635</sup> Denn dem Zweck der Verhinderung von dem Finanzsystem schädigenden Spekulationen kann nur dann effektiv begegnet werden, wenn die Verbotsvorschriften der LeerverkaufsVO an die Spekulanten, also gerade den Trägern des wirtschaftlichen Risikos, adressiert werden.

Art. 2 Abs. 1 lit. b) EU-LeerverkaufsVO nennt drei Fallgruppen, die keine Leerverkäufe i. S. d. LeerverkaufsVO sind. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. b) i) EU-LeerverkaufsVO ist der Verkauf seitens einer der Parteien einer Rückkaufvereinbarung, bei der die eine Partei der anderen ein Wertpapier zu einem festgesetzten Kurs verkauft und die andere Partei sich verpflichtet, dieses Wertpapier zu einem späteren Zeitpunkt zu einem ebenfalls festgesetzten Kurs zurückzukaufen, kein Leerverkauf (sog. *repurchase operation*, „Repo“). Sollte der Wert des Wertpapiers zum Rückkaufszeitpunkt gesunken sein, so besteht eine Nachschusspflicht des Verkäufers. Repo-Geschäfte dienen hauptsächlich der Generierung von Liquidität und nicht der Spekulation,

---

des Rates über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps im Hinblick auf Begriffsbestimmungen, die Berechnung von Netto-Leerverkaufspositionen, gedeckte Credit Default Swaps auf öffentliche Schuldtitel, Meldeschwellen, Liquiditätsschwellen für die vorübergehende Aufhebung von Beschränkungen, signifikante Wertminderungen bei Finanzinstrumenten und ungünstige Ereignisse (Abl. Nr. L 274 vom 9.10.2012, S. 1–15).

633 Nach deutschem Börsenrecht müssen Wertpapiere nicht zwangsläufig verbriefte werden (§ 32 BörsG), weshalb von „Eigentum“ nicht die Rede sein kann, vgl. auch: Mühlbert/Sajnovits, in: Assmann/Schneider/Mühlbert, WpHR, Art. 2 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 7.

634 Mühlbert/Sajnovits, in: Assmann/Schneider/Mühlbert, WpHR, Art. 2 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 9; dies., ZBB 2012, 266 (270); Schäfer, in: Assmann/u. a., Hdb. Kapitalanlagerecht, § 21, Rn. 15; Saliger, in: NK-KapStrR, Kap. 6.2, Rn. 9; Weick-Ludewig, in: Fuchs, WpHG, § 30h, Rn. 3.

635 ESMA, Technical advice on Delegated Acts, S. 8, Rn. 4; Weick-Ludewig/Sajnovits, WM 2014, 1521 (1522).

sodass der durch die Leerverkaufsverordnung verfolgte Schutzzweck bei Repo-Geschäften nicht berührt wird.<sup>636</sup>

Des Weiteren ist die Übertragung von Wertpapieren im Rahmen einer Wertpapierleihe-Vereinbarung kein Leerverkauf i. S. d. EU-Leerverkaufs-VO, Art. 2 Abs. 1 lit. b) ii) EU-LeerverkaufsVO. Die „Wertpapierleihe“ ist in juristischer Terminologie als Sachdarlehen nach § 607 BGB zu kategorisieren, weshalb (rechtliches) Eigentum für eine gewisse Dauer an den Wertpapierentleiher (Darlehensnehmer) übertragen wird.<sup>637</sup> Geht man allerdings mit der hM von einem Überwiegen des wirtschaftlichen Eigentumsbegriffes aus, so zeigt sich die bloß deklaratorische Natur des Ausschlusses der Wertpapierleihe vom Leerverkauf. Denn der Wertpapierentleiher (Darlehensnehmer) erlangt zwar zeitweise rechtliches Eigentum am Wertpapier, das wirtschaftliche Risiko bleibt allerdings bei einer von vornherein nur befristeten Eigentumsübertragung beim Wertpapierverleiher (Darlehensgeber). Demzufolge liegt hier schon *per definitionem* aus Art. 2 Abs. 1 lit. b) EU-LeerverkaufsVO kein Leerverkauf vor.<sup>638</sup>

Zuletzt ist nach Art. 2 Abs. 1 lit. b) iii) EU-LeerverkaufsVO der Abschluss eines Terminkontrakts (engl. *future*) oder eines anderen Derivatkontrakts über den Verkauf von Wertpapieren zu einem bestimmten Kurs zu einem künftigen Zeitpunkt vom Leerverkaufsbegriff ausgeschlossen. Die Bestimmungen der Leerverkaufsverordnung sollen mithin nicht in den Derivatemarkt eingreifen.<sup>639</sup> Dies ist überwiegend der EMIR<sup>640</sup> vorbehalten sein.

Weitere Ausnahmenvorschriften wurden von der ESMA in Art. 3 Abs. 2 Del-VO (EU) 918/2012 eingebracht. Als Normen eines präzisierenden Rechtsaktes dienen die Ausnahmenvorschriften überwiegend der Klarstellung und sind damit deklaratorischer Natur.<sup>641</sup> Auf eine vertiefte Auseinandersetzung wird daher an dieser Stelle verzichtet.

---

636 Ausf. zu den Repo-Geschäften: Choudry, The Repo Handbook.

637 BGH WM 2009, 896 (897); BFH NJW 2016, 671 (672); DStR 2014, 2012 (2016).

638 So auch: Mülbert/Sajnovits, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, Art. 2 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 12; Weick-Ludewig/Sajnovits, WM 2014, 1521 (1523).

639 Weick-Ludewig/Sajnovits, WM 2014, 1521 (1523).

640 Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (ABl. Nr. L 201/1 vom 27.7.2012, S. 209–267).

641 ESMA, Technical advice on Delegated Acts, S. 8, Rn. 4; Weick-Ludewig/Sajnovits, WM 2014, 1521 (1523).

## bb. Unzureichende Deckung

Der Anleger darf ein Wertpapier nur dann leer verkaufen, wenn dieser Verkauf hinreichend gedeckt ist. Wann das der Fall ist, legen Art. 12 Abs. 1 lit. a)–c), 13 Abs. 1 lit. a)–c) EU-LeerverkaufsVO fest. Festzuhalten ist, dass die Deckung zum Zeitpunkt des Leerverkaufs gegeben sein muss. Eine nachträgliche Deckung, etwa am Ende eines Handelstages, reicht dagegen nicht aus.<sup>642</sup>

Ein Leerverkauf ist gem. Art. 12 Abs. 1 lit. a), 13 Abs. 1 lit. a) EU-LeerverkaufsVO dann gedeckt und somit nicht verboten, wenn er durch eine Leihe oder ein rechtlich gleichwertiges Geschäft abgesichert ist. Wie bereits ausgeführt, ist die Wertpapierleihe als Sachdarlehen einzuordnen. Der Anleger erlangt hierdurch bei Valutierung zeitweise sachenrechtlich Eigentum an dem anschließend verkauften Wertpapier. Dieses (rechtliche) Eigentum reicht dem Gesetzgeber aus, um den Leerverkauf hinreichend zu sichern. „Rechtlich gleichwertige Geschäfte“ müssen somit dem Anleger ebenfalls ein zumindest befristetes Eigentum an dem Wertpapier verschaffen. Das wirtschaftliche Eigentum darf dabei begriffsnotwendig nicht auf den Anleger übergehen, da andernfalls kein Leerverkauf mehr vorliegt. Zu nennen sind etwa die bereits erwähnten Repos sowie andere Pensionsgeschäfte<sup>643</sup> und *Buy and Sell back (BSB)*<sup>644</sup>-Vereinbarungen.<sup>645</sup>

Gem. Art. 12 Abs. 1 lit. b), 13 Abs. 1 lit. b) EU-LeerverkaufsVO ist zudem von einer hinreichenden Deckung auszugehen, soweit das Wertpapier durch eine Leihvereinbarung oder durch einen vertraglich oder eigentums-

---

642 Siehe Art. 2 Abs. 1 lit. b) Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. Nr. L 86 vom 24.03.2012, S. 1–24); aA *Wehowsky*, in: Erbs/Kohlhaas Straf. NG, § 30h WpHG, Rn. 4.

643 Bei Pensionsgeschäften überträgt der Pensionsgeber dem Pensionsnehmer gegen Zahlung eines Betrages einen Vermögensgegenstand (hier Wertpapier) und vereinbart gleichzeitig, dass der Vermögensgegenstand später gegen Entrichtung des empfangenen oder eines im Voraus vereinbarten anderen Betrags an den Pensionsgeber zurückübertragen wird, vgl. § 340b HGB. Das Repo ist ein Unterfall eines echten Pensionsgeschäftes, *Gesell*, Wertpapierleihe, S. 158.

644 BSB-Vereinbarungen sind Geschäfte, bei dem eine Partei Wertpapiere oder Waren kauft oder verkauft, wobei sie sich verpflichtet, Wertpapiere oder Waren zu einem künftigen Zeitpunkt zu verkaufen bzw. zurückzukaufen. Zur Abgrenzung zum Repo *ESMA*, Report in securities financing transactions, Rn. 21 ff.

645 *Mülbert/Sajnovits*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, Art. 12, 13 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 32.



rechtlich unbedingt durchsetzbaren Anspruch auf Eigentumsübertragung an einer entsprechenden Anzahl von Wertpapieren derselben Gattung gesichert ist, sodass das Geschäft bei Fälligkeit abgewickelt werden kann. Mit der Aufnahme der Leihvereinbarung reicht der Abschluss der Wertpapierleihe bereits als Deckungsgeschäft aus. Die Wertpapierleihe als Sachdarlehen muss noch nicht zur Valutierung gediehen sein. Insofern muss der Leerverkäufer nicht den Zeitpunkt der (rechtlichen) Eigentumsübertragung abwarten, sondern kann schon vorher die Wertpapiere leer verkaufen. Weitere Beispiele für vertragliche oder eigentumsrechtliche Ansprüche, die eine hinreichende Deckung gewährleisten, zählt Art. 5 Abs. 1 DurchfVO (EU) 827/2012 auf.<sup>646</sup>

Als letzte zulässige Deckungsvariante nennen Art. 12 Abs. 1 lit. b), 13 Abs. 1 lit. b) EU-LeerverkaufsVO sog. Lokalisierungszusagen für Aktien oder für Schuldtitel von tauglichen Dritten. Art. 6 DurchfVO (EU) 827/2012 konkretisiert den Begriff der Lokalisierungszusage für Aktien, die sich aus einer Lokalisierungsbestätigung und einer Vormerkungsbestätigung zusammensetzt. Eine Lokalisierungsbestätigung ist danach eine dem Leerverkauf vorangehende Bestätigung eines Dritten, wonach er die Aktien unter Berücksichtigung der Höhe des möglichen Verkaufs und der Marktbedingungen fristgerecht für die Abwicklung zur Verfügung stellen kann und in der angegeben ist, für welchen Zeitraum die Aktie lokalisiert ist.<sup>647</sup> Eine Vormerkungsbestätigung ist demgegenüber eine dem Leerverkauf vorangegangene Bestätigung des Dritten, dass er die angefragte Anzahl von Aktien für diese Person zumindest vorgemerkt hat.<sup>648</sup> Der Anleger muss somit nicht über die Aktie verfügen; es reicht eine durch die Vormerkungs-

---

646 Durchführungsverordnung (EU) Nr. 827/2012 der Kommission vom 29. Juni 2012 zur Festlegung technischer Durchführungsstandards in Bezug auf die Verfahren für die Offenlegung von Nettopositionen in Aktien gegenüber der Öffentlichkeit, das Format, in dem der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde Informationen zu Netto-Leerverkaufspositionen zu übermitteln sind, die Arten von Vereinbarungen, Zusagen und Maßnahmen, die angemessen gewährleisten, dass Aktien oder öffentliche Schuldtitel für die Abwicklung des Geschäfts verfügbar sind, und die Daten, zu denen die Ermittlung des Haupthandelsplatzes einer Aktie erfolgt, sowie den Zeitraum, auf den sich die betreffende Berechnung bezieht, gemäß der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (ABl. Nr. L 251 vom 18.09.2012, S. 11–18) (DurchfVO (EU) 827/2012).

647 Art. 6 Abs. 2 lit. a) DurchfVO (EU) 827/2012.

648 Art. 6 Abs. 2 lit. b) DurchfVO (EU) 827/2012.

bestätigung gesicherte, in Aussicht gestellte Zurverfügungstellung.<sup>649</sup> Die Anforderungen für Lokalisierungszusagen hinsichtlich öffentlicher Schuldtitel finden sich in Art. 7 DurchfVO (EU) 827/2012.<sup>650</sup>

b. Credit Default Swaps (CDS) auf öffentliche Schuldtitel, Art. 14 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO

Ebenso wie Leerverkäufe dürfen Transaktionen über sog. Credit Default Swaps (CDS) auf öffentliche Schuldtitel nicht zu einer unzureichend gedeckten Position führen, Art. 14 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO. Der Begriff des öffentlichen Schuldtitels ist in diesem Kontext deckungsgleich mit demjenigen aus Art. 13 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 lit. f) EU-LeerverkaufsVO.

aa. Credit Default Swaps (CDS)

Der Begriff des CDS ist in Art. 2 Abs. 1 lit. c EU-LeerverkaufsVO legaldefiniert.<sup>651</sup> Vereinfacht ist ein CDS ein Derivatekontrakt, vergleichbar einer Kreditausfallversicherung<sup>652</sup> zwischen dem Kreditgeber (Sicherungsnehmer) und einem Dritten (Sicherungsgeber), der Bezug auf einen Refe-

---

649 Art. 6 DurchfVO (EU) 827/2012 enthält in seinen weiteren Absätzen erleichterte Anforderungen für Lokalisierungszusagen, die am Tag des Leerverkaufs gemacht wurden (sog. Same-Day- Lokalisierungszusagen).

650 Hierzu ausf. *Schlimbach*, Leerverkäufe, S. 135 ff.

651 „[...] der Ausdruck ‚Credit Default Swap‘ (bezeichnet) einen Derivatekontrakt, bei dem eine Partei einer anderen Partei eine Prämie zahlt als Gegenleistung für eine Zahlung oder einen anderen Vorteil im Falle eines Kreditereignisses mit Bezug auf einen Referenzschuldner oder bei jedem anderen Zahlungsausfall im Zusammenhang mit diesem Derivatekontrakt, der eine vergleichbare wirtschaftliche Wirkung hat“, Art. 2 Abs. 1 lit. c EU-LeerverkaufsVO. Ein Credit Default Swap auf öffentliche Schuldtitel ist ein „Credit Default Swap, bei dem im Falle eines Kreditereignisses oder Zahlungsausfalls im Zusammenhang mit einem öffentlichen Emittenten eine Zahlung geleistet oder ein anderer Vorteil gewährt wird“, Art. 2 Abs. 1 lit. e EU-LeerverkaufsVO.

652 Der Unterschied zu einer Kreditausfallversicherung liegt darin, dass der Sicherungsnehmer den Swap unabhängig davon erhält, ob ihm durch den Ausfall des Referenzschuldners ein Schaden entsteht. Ein CDS ist insoweit keine „Versicherung“ im klassischen Sinne. Der Handlungsgegenstand von CDS ist aber dennoch das Kreditausfallrisiko, weshalb aus Verständnisgründen an dieser Stelle der Vergleich zu Kreditausfallversicherungen gezogen wird, siehe hierzu: *Weistroffer*, Credit Default Swaps, S. 4.

renzschuldner als Basiswert nimmt. Hierfür wird ein Vertrag zwischen dem Sicherungsnehmer und dem Sicherungsgeber abgeschlossen, nach dessen Inhalt der Sicherungsgeber bis zu einem gewissen Zeitpunkt ganz oder zum Teil das Insolvenzrisiko (*Default*) des Referenzschuldners übernimmt. Im Gegenzug erhält der Sicherungsgeber von dem Sicherungsnehmer eine einmalige oder regelmäßige Prämie (*Swap*).

Erhöht sich das jeweilige Kreditausfallrisiko, so steigen auch die Prämien für die Versicherung und damit auch der Wert des betroffenen CDS (sog. *CDS-Spread*). Dies ist deshalb wichtig, weil CDS nicht nur der reinen Kreditausfallsicherung dienen, sondern vielmehr außerbörslich als Derivatekontrakte gehandelt werden. Der Grundgedanke hinter Derivaten ist, dass es keinerlei dingliche Inhaberschaft über den Basiswert braucht.<sup>653</sup> Mit einem Derivatekontrakt kann demzufolge über Wertpapiere oder, wie im Fall der CDS, über Ausfallrisiken von Anleihen spekuliert werden, ohne eine jedwede Rechtsbeziehung zu der zugrunde liegenden Basis zu haben.

Spekuliert ein Anleger beispielsweise darauf, dass sich das Kreditausfallrisiko bei einem Geschäft über einen öffentlichen Schuldtitel in nächster Zeit erhöhen wird, so tritt er als Sicherungsnehmer in ein CDS mit ein, ohne Partei des ursprünglichen Kreditverhältnisses gewesen zu sein. Hierfür bezahlt er an den Sicherungsgeber eine Prämie. Bewahrheiten sich die Vermutungen des Anlegers, so erhöht sich mit dem Kreditausfallrisiko auch der am Wertpapiermarkt gehandelte CDS-Spread. Der Anleger kann den CDS zu einer höheren Prämie verkaufen. In einer solchen Situation ähnelt der Handel mit CDS aus wirtschaftlicher Sicht einem Leerverkauf.<sup>654</sup>

CDS können sowohl über einzelne oder auch über eine Vielzahl von Kreditnehmerinnen und -nehmern (sog. *single-* bzw. *multi-name-CDS*) abgeschlossen werden, was sie als Spekulationsinstrument noch attraktiver, gesamtwirtschaftlich gesehen, aber auch um ein Vielfaches gefährlicher macht.<sup>655</sup>

## bb. Transaktion

Der Verbotstatbestand aus Art. 14 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO bezieht sich auf jede Transaktion, die eine natürliche oder juristische Person mit CDS

---

<sup>653</sup> Linder/Tietz, Börsenlexikon, S. 76.

<sup>654</sup> EG 14 EU-LeerverkaufsVO.

<sup>655</sup> Culp/u. a., Credit Default Swaps, S. 3.

auf öffentliche Schuldtitel vornimmt. Der weite Begriff der Transaktionen schließt jede Art von Rechtsgeschäft, das zur Begründung eines CDS führt, ein.<sup>656</sup>

#### cc. Ungedeckte Position

Die Transaktion darf nicht zu einer ungedeckten Position in einem CDS i. S. v. Art. 4 Abs. 1 EU-LeerverkaufsVO führen (sog. *naked-CDS*). Das Erfordernis einer hinreichenden Deckung soll dazu führen, dass CDS nur bei einem nachweisbaren Interesse an der Kreditausfallabsicherung besteht.

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. a EU-LeerverkaufsVO ist eine Position hinreichend gedeckt, wenn der CDS dazu dient, sich gegen ein Ausfallrisiko des Emittenten abzusichern und die natürliche oder juristische Person eine *Long-Position* in öffentlichen Schuldtiteln des betreffenden Emittenten hält, auf das sich der CDS bezieht. Eine *Long-Position* an öffentlichen Schuldtiteln hält grundsätzlich inne, wer Eigentümer des Schuldinstruments ist oder einen durchsetzbaren Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem Schuldinstrument hat.<sup>657</sup> Der Kreis der möglichen CDS-Beteiligten wird somit unmittelbar auf die Träger des wirtschaftlichen Kreditausfallrisikos beschränkt.

Außerdem ist nach Art. 4 Abs. 1 lit. b EU-LeerverkaufsVO von einer hinreichenden Deckung auszugehen, wenn der CDS dazu dient, sich gegen das Risiko eines Wertverfalls des öffentlichen Schuldtitels abzusichern, und der CDS-Inhaber Vermögenswerte besitzt oder Verbindlichkeiten hat, die unter anderem Finanzgeschäfte, ein Portfolio von Vermögenswerten oder finanziellen Verpflichtungen, dessen Wert eine Korrelation zum Wert des öffentlichen Schuldtitels aufweist, umfassen.

#### 4. Sanktionen bei Zuwiderhandlung

Ein Verstoß gegen das Verbot ungedeckter Leerverkäufe und CDS ist eine Ordnungswidrigkeit gem. § 120 Abs. 6 Nr. 3–4 WpHG und kann mit einer Geldbuße von bis zu 500.000 Euro geahndet werden, § 120 Abs. 24 WpHG.

---

656 Müllert/Sajnovits, in: Assmann/Schneider/Müllert, WpHR, Art. 14 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 20.

657 Müllert/Sajnovits, in: Assmann/Schneider/Müllert, WpHR, Art. 4 VO (EU) Nr. 236/2012, Rn. 9.

Hierzu muss der Täter vorsätzlich oder leichtfertig gehandelt haben, wobei bei leichtfertigem Handeln der Höchststrafen 250.000 Euro beträgt, § 7 Abs. 2 OWiG. Zu den Begriffen des Vorsatzes und der Leichtfertigkeit kann auf die Ausführungen zum Verbot des Insiderhandels und der Marktmanipulation verwiesen werden. Die Geldbuße kann gem. § 30 OWiG sowohl gegen juristische Personen als auch bei Verletzung von Aufsichtspflichten gegenüber den jeweiligen Unternehmensverantwortlichen verhängt werden, § 9 OWiG.

Auch aus strafrechtlicher Warte können insbesondere solche Konstellationen relevant werden, in denen das Spekulationsinstrument des Leerverkaufs zu einem Mittel der Kursschädigung zweckentfremdet wird. Handelt der Leerverkäufer ohne tatsächliche Verkaufsabsicht, sondern nur mit der Intention, den Aktienkurs eines betroffenen Unternehmens negativ zu beeinflussen, so spricht man von einem *abusive naked short selling* (Leerverkaufsattacke). Dabei wird durch die vorgespiegelte Erfüllungswilligkeit ein „irreführendes Signal“ hinsichtlich des Preises eines Finanzinstruments begründet, das sich in der Kursbildung niederschlägt.<sup>658</sup> Dabei steht eine Strafbarkeit wegen einer handelsgestützten Marktmanipulation gem. § 119 Abs. 1 Nr. 1 WpHG i. V. m. Art. 15, 12 Abs. 1 lit. a)–c) MAR im Raum.<sup>659</sup> Solche Leerverkaufsattacken sind keine Einzelfälle. Der Unionsgesetzgeber hat diese Praxis in Anhang I Abschnitt A lit. d MAR i. V. m. Anhang II Abschnitt 1 Nr. 4 lit. d Del-VO 2016/522<sup>660</sup> als Indikator für das Vorliegen von marktmanipulativen Verhalten aufgenommen.

## II. Anzeige von Verdachtsfällen, § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG

Gem. § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG haben Wertpapierdienstleistungsunternehmen, andere Kreditinstitute, Kapitalverwaltungsgesellschaften und Betreiber von

658 Instrukтив Trüg, in: Hiebl/Kassebohm/Lillie (Hg.), FS-Mehle, 637 (653 ff.).

659 In Betracht kommt dabei insbesondere das Regelbeispiel des sog. *Scalping* nach Art. 12 Abs. 2 lit. d MAR, hierzu ausf.: Bayram/Meier, BKR 2018, 55 (56 ff.).

660 Delegierte Verordnung (EU) 2016/522 der Kommission vom 17. Dezember 2015 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf eine Ausnahme für bestimmte öffentliche Stellen und Zentralbanken von Drittstaaten, die Indikatoren für Marktmanipulation, die Schwellenwerte für die Offenlegung, die zuständige Behörde, der ein Aufschub zu melden ist, die Erlaubnis zum Handel während eines geschlossenen Zeitraums und die Arten meldepflichtiger Eigengeschäfte von Führungskräften (ABl. Nr. L 88 vom 5.4.2016, S. 1–18).

außerbörslichen Märkten, an denen Finanzinstrumente gehandelt werden, bei der Feststellung von Tatsachen, die den Verdacht begründen, dass mit einem Geschäft über Finanzinstrumente gegen die Art. 12, 13, 14 EU-LeerverkaufsVO verstoßen wird, diese unverzüglich der BaFin mitzuteilen. Die Meldepflichtigen dürfen dabei Dritte bis auf staatliche Stellen und Berufsgeheimnisträger von der Anzeige oder von einer darauf eingeleiteten Untersuchung nicht in Kenntnis setzen, § 23 Abs. 1 S. 2 WpHG. Sowohl Verstöße gegen die Verdachtsmeldepflicht und die korrespondierende Verschwiegenheitspflicht sind bußgeldbewehrt, § 120 Abs. 2 Nr. 2 lit. a, c WpHG.

## 1. Hintergrund

### a. Historik

Bis zur Umsetzung des 2. Finanzmarktnovellierungsgesetzes (2. FiMa-NoG)<sup>661</sup> war die Meldepflicht bei Verdacht auf ungedeckte Leerverkäufe und CDS gemeinsam mit der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht in § 10 Abs. 1 S. 1 WpHG a.F. geregelt.<sup>662</sup> Anders als ihr marktmissbrauchsrechtliches Pendant ist die Meldepflicht für Leerverkäufe und CDS nicht mit dem AnSVG,<sup>663</sup> sondern erst nachträglich durch das Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivatgeschäfte<sup>664</sup> im Jahr 2010 in das WpHG eingefügt worden. Dieses Gesetz diente indes nicht der Umsetzung etwaiger Unionsvorgaben; vielmehr ist die Verdachtsmeldepflicht bei ungedeckten Leerverkäufen und CDS ein rein nationales Konstrukt, das das durch die Finanzkrise erschütterte Vertrauen in die Finanzmärkte wiederherstellen sollte.<sup>665</sup> Insoweit unterliegt die Vor-

---

661 Zweites Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz vom 23.6.2017, BGBl. I 2017, 1693.

662 Zur Rechtshistorie vor dem Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte aus dem Jahr 2010 kann daher auf die Ausführung zur Historie der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht, § 10 WpHG a.F., verwiesen werden, siehe hierzu S. 142 ff.

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

664 Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte vom 21.07.2010, BGBl. I 2010, 945.

665 Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP eines Gesetzes zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte vom 08.06.2010, BT-Drs. 17/1952, S. 1; v. Hein, in: Schwark/Zimmer, KMRK, § 23 WpHG, Rn. 2.

schrift auch nicht länger dem Gebot richtlinienkonformer Auslegung aus Art. 4 Abs. 3 EUV.<sup>666</sup>

Gleichwohl erscheint eine Auslegung von § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG im Einklang mit verwandten und mit der Regelungsmaterie im Kontext stehenden unionsrechtlichen Normen nach den Grundsätzen der systematischen Auslegung angezeigt.<sup>667</sup> So besteht ein unstreitig enger sachlicher Zusammenhang der Pflicht aus § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG zur Meldepflicht nach Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR, der sich aus der gemeinsamen Normhistorie sowie aus einem verwandten Regelungszweck, nämlich der Verhinderung und Verfolgung von marktschädigenden Verhaltensweisen, ergibt. Insoweit greifen Teile der Literatur zur Auslegung einzelner (ungeregelter) Meldemodalitäten von § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG auf die Auslegungsregeln und Durchführungsvorschriften zur MAR-Meldepflicht zurück.<sup>668</sup>

#### b. Zuständige Meldebehörde

Zuständig für die Entgegennahme und Untersuchung der eingereichten Verdachtsmeldung ist in Deutschland die BaFin, § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 lit. j EU-LeerverkaufsVO. Die Rolle der BaFin wurde bereits im Kontext von Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR thematisiert, weshalb für eine detaillierte Auseinandersetzung auf die dortigen Darstellungen verwiesen wird.<sup>669</sup>

#### c. Regelungszweck

Im Gegensatz zur geldwäscherechtlichen und marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht hat der Gesetzgeber in seiner Begründung zu § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG Ausführungen zur dogmatischen Einordnung der Vorschrift gemacht. So soll die Verdachtsmeldepflicht die Verfolgung und

---

666 Zur dogmatischen Herleitung des Gebots unionsrechtskonformer Auslegung aus Art. 4 EUV, grundlegend: EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Sabine von Colson und Elisabeth Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen, EU:C:1984:153, Rn. 26; Urteil vom 10.04.1984, Dorit Harz gegen Deutsche Tradax GmbH, EU:C:1984:155, Rn. 26.

667 Spoerr, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 8.

668 Spoerr, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 5; v. Hein, in: Schwark/Zimmer, KMRK, § 23 WpHG, Rn. 2.

669 Siehe oben S. 144 ff.



Durchsetzung der zeitgleich eingefügten Verbote ungedeckter Leerverkäufe und CDS erleichtern.<sup>670</sup> Wie bereits erörtert, dienen die Verbotsnormen der Art. 12 ff. EU-LeerverkaufsVO dem Schutz der Funktionstüchtigkeit der Finanzmärkte, sodass auch die Verdachtsmeldepflicht eine derartige präventive Schutzrichtung zukommen muss.<sup>671</sup>

Darüber hinaus sind die Verbotsvorschriften der Art. 12 ff. EU-LeerverkaufsVO gem. § 120 Abs. 6 Nr. 3–4 WpHG Ordnungswidrigkeiten bzw. in Kombination mit einem entsprechenden Vorsatz Straftaten gem. § 119 Abs. 1 Nr. 1 WpHG i. V. m. Art. 15, 12 Abs. 1 lit. a)–c) MAR.<sup>672</sup> Insoweit dient die Verdachtsmeldepflicht der BaFin in ihrer Funktion als Verfolgungsbehörde, etwaige Verstöße selbstständig zu ahnden oder ggf. der zuständigen Strafverfolgungsbehörde gem. § 11 WpHG anzuzeigen.<sup>673</sup>

## 2. Technische Funktionsweise

### a. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Verdachtsmeldepflicht adressiert einen vergleichsweise überschaubaren Kreis an Meldepflichtigen. So sind lediglich Wertpapierdienstleistungsunternehmen, andere Kreditinstitute, Kapitalverwaltungsgesellschaften und Betreiber von außerbörslichen Märkten vom persönlichen Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG erfasst. Die Verpflichteten müssen dabei ihre Haupt- oder zumindest eine Zweigniederlassung im deutschen Inland haben oder hier zugelassen sein. Zwar enthält der Wortlaut von § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG kein solches Niederlassungsanfordernis, allerdings setzt Art. 16 Abs. 3 MAR dieses im Rahmen der marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldung bei grenzüberschreitenden Fällen voraus. Aufgrund der gemeinsamen Gesetzeshistorie und der identischen Zielsetzung ist bei § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG eine ähnliche Sichtweise geboten.<sup>674</sup>

---

670 Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP eines Gesetzes zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte vom 08.06.2010, BT-Drs. 17/1952 S. 9.

671 Zur dogmatischen Einordnung der Verbote ungedeckter Leerverkäufe und CDS, siehe bereits S. 177.

672 Zur strafrechtlichen Erfassung von ungedeckten Leerverkäufen und CDS, siehe oben S. 186.

673 Vgl. bereits zu Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR, S. 147 ff.

674 So auch: *Spoerr*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 12; v. *Hein*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, § 23 WpHG, Rn. 14.

Wertpapierdienstleistungsunternehmen sind nach der Legaldefinition aus § 2 Abs. 10 WpHG Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute i. S. v. § 1 Abs. 1a KWG und nach § 53 Abs. 1 S. 1 KWG tätige Unternehmen, die Wertpapierdienstleistungen allein oder zusammen mit Wertpapierebendienstleistungen gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. § 23 Abs. 1 S. 1 Var. 2 WpHG zählt zudem „andere Kreditinstitute“ zu seinen Adressaten. Zum Teil wird aus der Formulierung „andere Kreditinstitute“ geschlossen, dass der Gesetzgeber ausschließlich Kreditinstitute i. S. v. § 1 Abs. 1 KWG als Verpflichtete miteinbeziehen will. So sollen Wertpapierdienstleistungsunternehmen, die keine Kreditinstitute sind, wie etwa Finanzdienstleistungsinstitute nach § 1 Abs. 1a KWG, von der Meldepflicht ausgeschlossen sein.<sup>675</sup> Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass das WpHG den Terminus der Wertpapierdienstleistungsunternehmen klar definiert. Mit der Aufnahme anderer Kreditinstitute waren solche Kreditinstitute gemeint, die keine Wertpapierdienstleistungen erbringen und somit nicht als Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach §§ 23 Abs. 1 i. Var., 2 Abs. 10 WpHG zu kategorisieren sind.<sup>676</sup>

Anzeigepflichtig sind zudem Kapitalverwaltungsgesellschaften i. S. v. § 17 Abs. 1 S. 1 KAGB, also Unternehmen, deren Geschäftsbetrieb darauf gerichtet ist, inländische Investmentvermögen, EU-Investmentvermögen oder ausländische alternative Investmentfonds zu verwalten, sowie Betreiber von außerbörslichen Märkten. Mit der Einbeziehung von Betreibern außerbörslicher Märkte können alternative Handelssysteme erfasst werden, was gerade für den Handel mit verbrieften Derivaten von erheblicher Bedeutung ist.<sup>677</sup> Der Adressatenkreis von § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG ist insofern grundsätzlich kongruent mit dem aus Art. 16 Abs. 1 MAR.<sup>678</sup>

---

675 So Marsch-Barner/Schäfer, Hdb. Börsennotierte AG, Rn. 97.

676 Im Ergebnis: Spoerr, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 12; v. Hein, in: Schwark/Zimmer, KMRK, § 23 WpHG, Rn. 8.

677 Siehe hierzu ausf.: Kumpan, Außerbörsliche Wertpapierhandelssysteme, S. 25 ff.

678 Spoerr, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 23 WpHG, § 23, Rn. 13.

## b. Meldevoraussetzungen

### aa. Feststellung von Tatsachen

Ähnlich der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht muss sich ein Verdacht aus der Feststellung von Tatsachen ergeben, sodass Verdachtsmomente, die auf Gerüchte oder Vermutungen basieren, nicht ausreichen.<sup>679</sup> Erforderlich für ein „Feststellen“ von Tatsachen ist ferner, dass der Meldepflichtige positive Kenntnis von den verdachtsbegründenden Tatsachen haben muss.<sup>680</sup> Hierdurch wird der Anwendungsbereich von § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG regelmäßig auf die eigene Handelssphäre des Adressaten beschränkt, da dessen Kenntnis meist nur geschäftsinterne Tatsachen umfasst.

### bb. Geschäft

Die Feststellung von Tatsachen, die einen Verstoß gegen Art. 12, 13, 14 EU-LeerverkaufsVO begründen, muss sich auf ein Geschäft mit Finanzinstrumenten beziehen. Unter einem Geschäft ist der Erwerb oder die Veräußerung eines Finanzinstruments zu verstehen, unabhängig davon, ob es auf eigener oder fremder Rechnung erfolgt.<sup>681</sup> Für eine nähere Ausfüllung des Geschäftsbegriffs sind die oben beschriebenen Begriffe des Leerverkaufes und des CDS maßgebend. So reicht für das Vorliegen eines Leerverkaufes gem. Art. 2 Abs. 1 lit. b EU-LeerverkaufsVO etwa die Eingehung einer Verkaufsvereinbarung aus. Konsequenterweise muss auch für ein Geschäft i. S. v. § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG das Vorliegen einer Verkaufsvereinbarung für eine Leerverkaufsverdachtsmeldepflicht ausreichen.

Erfasst werden nur solche Geschäfte, die der Meldepflichtige selbst ausführt. Ein bei Dritten ausgeführtes Geschäft soll selbst dann nicht die Meldepflicht auslösen, wenn der Verpflichtete Kenntnis über die verdachts-

---

679 Heinrich, in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 31; Petrow, in: NK-AktR, § 23 WpHG, Rn. 2; Schlette/Bouchon, in: Fuchs, WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 6; Spoerr, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 16; v. Hein, in: Schwark/Zimmer, KMRK, § 23 WpHG, Rn. 22.

680 Spoerr, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 16.

681 Heinrich, in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 26; Spoerr, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 21.

auslösenden Tatsachen erlangt.<sup>682</sup> Dies lässt sich dadurch erklären, dass wertpapierrechtliche Sorgfaltspflichten aus der gefahrerhöhenden Tätigkeit des einzelnen Finanzdienstleisters begründet werden, sodass dieser auch nur für die Gefahrverringerung durch Sorgfaltspflichten ebendieser Tätigkeit herangezogen werden darf.

Die hM will neben den Geschäften, die der Meldepflichtige für Dritte ausführt, auch solche Geschäfte von der Meldepflicht erfasst sehen, die die Angestellten des meldepflichtigen Unternehmens selbst auf eigene Rechnung vornehmen (sog. bankinterne Geschäfte). Dies ginge zum einen auf eine parallele Bewertung zur marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht zurück. Zum anderen bestehen keine anderslautenden Angaben im Wortlaut der Vorschrift, sodass ernsthafte Argumente gegen eine solch extensive Lesart nur schwer aufzufinden sind.<sup>683</sup>

#### cc. Verdachtsgrad

Aus den festgestellten Tatsachen über ein Geschäft des Verpflichteten muss sich ein Verdacht auf einen Verstoß gegen das Verbot ungedeckter Leerverkäufe oder CDS aus Art. 12, 13, 14 EU-LeerverkaufsVO begründen lassen. Wann ein solcher Verdacht vorliegt, beantwortet die Norm allerdings nicht. Das zum notwendigen Verdachtsgrad vertretene Meinungsspektrum gleicht dem zur marktmissbrauchsrechtlichen Verdachtsmeldepflicht, was angesichts der einheitlichen Ursprungsnorm aus § 10 WpHG a.F. nicht verwundert.

So bestanden Bestrebungen in der Literatur, auf den Verdachtsbegriff des § 152 Abs. 2 StPO zurückzugreifen.<sup>684</sup> Andere wollten den Verdachtsbegriff des § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG – ähnlich der GwG-Meldepflicht – unterhalb

---

682 *Heinrich*, in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 29; *Ritz*, in: JVRB-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 31; *Spoerr*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 21; v. *Hein*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, § 23 WpHG, Rn. 20.

683 Mittlerweile ganz hM: *Gebauer*, in: *Kohler* (Hg.), GS-Bosch, 31 (34); *Heinrich*, in: KK-WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 29; *Spoerr*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 21; v. *Hein*, in: *Schwark/Zimmer*, KMenRK, § 23 WpHG, Rn. 21.

684 *Gebauer*, in: *Kohler* (Hg.), GS-Bosch, 31 (43); *Schlette/Bouchon*, in: *Fuchs*, WpHG, § 10 WpHG a.F., Rn. 6.

jener Schwelle des § 152 Abs. 2 StPO ansiedeln.<sup>685</sup> Eine jüngere Ansicht fordert bei § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG ein „qualifiziertes Verdachtsmoment“, das immer dann vorliegen soll, wenn die konkrete Möglichkeit eines Verstoßes gegen das Verbot ungedeckter Leerverkäufe und CDS gerade nahe liegt.<sup>686</sup> Dies sei dem strengerem Wortlaut des § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG zu entnehmen, der anders als § 152 Abs. 2 StPO bloß tatsächliche Anhaltspunkte nicht für ein Erstarken der Meldepflicht ausreichen lässt, sondern vielmehr „festgestellte Tatsachen“ fordert.<sup>687</sup> Darüber hinaus führe der Gesetzgeber in seinem Entwurf zum Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivatgeschäfte<sup>688</sup> aus, dass verdachtsbegründende Tatsachen für den Meldepflichtigen „deutlich erkennbar“ sein müssten.

In eine entgegengesetzte Richtung äußert sich das BMF in seiner Begründung zur WpAIV, wonach an den Verdacht aus § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG nicht „die gleich hohen Anforderungen zu stellen [seien], wie an einen Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO“.<sup>689</sup> Jedoch scheint dieser Satz für eine argumentative Untermauerung eines niedrigschwelligen Verdachtsgrads aus dem Zusammenhang gerissen, da sich die Ausführungen des BMF auf den notwendigen formellen Inhalt einer Verdachtsmeldung beziehen und nicht auf die Auslegung des Verdachtsgrades. Darüber hinaus würde eine der geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldepflicht nachempfundene, niedrige Verdachtsschwelle der Materie der ungedeckten Leerverkäufe und CDS nicht gerecht. Denn der gesetzgeberischen Wertung nach sind Leerverkäufe und CDS in ihrem Grundsatz nach erlaubt. Ihrer Durchführung kommt insoweit keine Indizwirkung für ein verbotenes Verhalten zu. Diese ergibt sich vielmehr aus Anhaltspunkten, die gegen eine hinreichende Deckung sprechen. Hätte jedoch ein Meldepflichtiger Kenntnis von Tatsa-

---

685 *BMF*, Begründung zu einer Verordnung zur Konkretisierung von Anzeige-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten sowie der Pflicht zur Führung von Insiderverzeichnissen nach dem Wertpapierhandelsgesetz, S. 3; *Ritz*, in: *JVRB-WpHG*, § 10 WpHG a.F., Rn. 28.

686 *Heinrich*, in: *KK-WpHG*, § 10 WpHG a.F., Rn. 34; *Spoerr*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 19; *Vogel*, in: *Assmann/Schneider*, WpHG (2012), § 10 WpHG a.F., Rn. 15a.

687 *Spoerr*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, § 120 WpHG, Rn. 19.

688 Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP eines Gesetzes zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivatgeschäfte vom 08.06.2010, BT-Drs. 17/1952, S. 9.

689 *BMF*, Begründung zu einer Verordnung zur Konkretisierung von Anzeige-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten sowie der Pflicht zur Führung von Insiderverzeichnissen nach dem Wertpapierhandelsgesetz, S. 3.

chen, die den Verdacht einer nicht hinreichenden Deckung begründen, so wäre dieser gehegte Verdacht wohl kaum noch als niedrigschwellig einzuordnen.<sup>690</sup>

Nach dem oben Gesagten bestehen in der Determinierung des nötigen Verdachtsgrads zwei gesicherte Feststellungen. Zum einen muss sich dieser auf festgestellte Tatsachen beziehen und darf nicht aus bloßen Vermutungen hergeleitet werden.<sup>691</sup> Zum anderen darf er die grundsätzliche Legalität von Leerverkäufen und CDS nicht konterkarieren, indem er schon aus dem Vorliegen eines Leerverkaufs oder eines CDS ohne Weiteres eine marktmissbräuchliche Verhaltensweise schließt.<sup>692</sup> Darüber hinausgehende Erwägungen ergeben sich lediglich aus einer systematisch-historischen Betrachtungsweise im Zusammenhang mit Art. 16 Abs. 1 UA 2, Abs. 2 S. 2 MAR, die für einen höher angesiedelten, dem bereits erörterten Begriff der *reasonable suspicion*, entsprechenden Verdachtsgrad sprechen.<sup>693</sup>

### c. Verdachtskriterien

Zu den Verdachtskriterien sehen weder die EU-LeerverkaufsVO noch § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG ein den Vorgaben zur Marktmissbrauchsüberwachung vergleichbares Regelungsregime vor. Insbesondere besteht keine dem Art. 16 Abs. 1 UA 1 MAR gleich gelagerte Pflicht, „wirksame Regelungen, Systeme und Verfahren zur Aufdeckung“ marktmissbräuchlicher Verhaltensweisen einzurichten und aufrechtzuerhalten.

Dennoch bestehen auch im Rahmen der Leerverkaufs- und CDS-Überwachung unbestrittene Informationseinholungs- und -verarbeitungspflichten der Meldepflichtigen, damit § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG nicht ins Leere läuft. So ergeben sich Synergieeffekte aus der Marktmanipulations-, insbesondere aus der Transaktionsüberwachung. Verpflichtete haben etwa die bei ihnen eingehenden Aufträge bzw. die von ihnen ausgeführten Geschäfte zu erfassen.

690 Siehe auch: *Spoerr*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 19.

691 Vgl.: Entwurf eines Gesetzes der Bundesregierung zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz – AnSVG) vom 24.05.2004, BT-Drs. 15/3174, S. 32.

692 Im Ergebnis: *Gebauer*, in: *Kohler* (Hg.), GS-Bosch, 31 (43); *Spoerr*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 19; v. *Hein*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, § 23 WpHG, Rn. 24.

693 Siehe hierzu ausf. S. 151 ff.

sen und anhand von Risikoindikatoren auszuwerten (sog. *Deal Logging*).<sup>694</sup> Ein solcher Risikoindikator liegt beispielsweise darin, dass die Gefahr einer unzureichenden Deckung eines Geschäfts mit Finanzinstrumenten besteht, sei es, weil ein Kunde, der seine Verkäufe üblicherweise mit einer Wertpapierleihe deckt, für Geschäfte nunmehr weder Leihe noch Repo-Geschäfte benutzt oder ein Institut davon Kenntnis erlangt, dass ein Kunde nicht in der Lage war, seine Lieferverpflichtung des Wertpapiers aus einem Geschäft zum vereinbarten Settlement-Zeitpunkt<sup>695</sup> zu erfüllen.<sup>696</sup>

Solche Konvergenzen zum Marktmanipulations-Monitoring ergeben sich nicht zufällig. Zum einen sind ungedeckte Leerverkäufe und CDS Praktiken, die i. e. S. als marktmissbräuchlich einzuordnen sind, wenngleich sie nicht unter einen der Marktmissbrauchstatbestände der MAR fallen.<sup>697</sup> Dass die Systeme der Marktmanipulationsüberwachung auch der Identifizierung ungedeckter Leerverkäufe und CDS dienen, liegt demnach in der Natur der Sache. Zum anderen können Leerverkaufsattacken oder koordiniert eingesetzte CDS bei einem entsprechenden Tätervorsatz auch als verbotene Marktmanipulationspraktik erfasst werden.<sup>698</sup> Schon aus diesen Gesichtspunkten müssen die Monitoring-Systeme in der Lage sein, missbräuchliche Leerverkäufe und CDS aufzudecken.

---

694 Faust, in: Ellenberger/Bunte, BankR-Hdb, § 89, Rn. 175; zur Nutzung von IT-Infrastrukturen, siehe bereits oben S. 160 ff.

695 *Settlement* ist im bankenrechtlichen Sinne zu verstehen und meint den endgültigen Abrechnungsprozess von Forderungen, die einer Partei im Geschäftsverkehr gegen eine andere zusteht, Erdmann/Heck, Bank- und Kapitalmarktrecht, S. 71.

696 Krüger/Ludewig, WM 2012, 1942 (1944).

697 Poelzig, NZG 2016, 528 (528 ff.); dies., KapitalmarktR, S. 199 ff.; vgl. auch EG 45 Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission Text von Bedeutung für den EWR (Abl. Nr. L 173/I vom 12.6.2014, S. 1–61).

698 Siehe hierzu bereits oben, S. 186 f., sowie instruktiv: Bayram/Meier, BKR 2018, 55 (55 ff.); Fletcher, N. Y. U. L. Rev 2019, 1073 (1113 ff.); Möllers, NZG 2018, 649 (649 ff.); Mülbert/Sajnovits, BKR 2019, 313 (318);



#### d. Formelle Anforderungen

Die Meldemodalitäten der kapitalmarktrechtlichen Verdachtsmeldepflicht sind in § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG sowie in §§ 2, 3 WpAV<sup>699</sup> des BMF geregelt. Hinsichtlich des Meldezeitpunkts legt § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG fest, dass die Meldung unverzüglich erfolgen muss. Unverzüglich meint ohne schuldhaftes Zögern i. S. v. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>700</sup> Im Kontext der Verdachtsmeldung handelt der Verpflichtete dann unverzüglich, wenn er die Meldung schnellstmöglich bei der BaFin nach den Maßstäben der WpAV einreicht.

Den genauen Inhalt der Meldung regelt der Katalog aus § 2 Abs. 1 WpAV verbindlich („hat zu enthalten“).<sup>701</sup> Zunächst muss eine Meldung gegenüber der BaFin alle relevanten Daten zur anzeigepflichtigen juristischen oder natürlichen Person wie Name und Geschäftsanschrift enthalten, § 2 Abs. 1 Nr. 1 WpAV. Hinsichtlich des Sachverhaltes, der die Meldepflicht ausgelöst hat, muss die Meldung enthalten: die Beschreibung des relevanten Geschäfts unter Einbeziehung der Art, Auftragsmerkmale und Geschäftsvolumina sowie der relevanten örtlichen und zeitlichen Merkmale, § 2 Abs. 1 Nr. 2 WpAV. Zudem müssen alle Angaben zur Identifizierung der Geschäftsparteien und zu Klärung ihrer genauen Rolle angegeben werden, wobei § 2 Abs. 1 Nr. 5 WpAV die relevanten Angaben auflistet. Insgesamt müssen alle Tatsachen angegeben werden, auf die sich die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 12 ff. EU-LeerverkaufsVO stützt, § 2 Abs. 1 Nr. 3 WpAV.

Der Meldeumfang umfasst jedoch nicht ausschließlich die verdachtsbegründenden Tatsachen. Vielmehr muss der Meldepflichtige gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 WpAV darlegen, weshalb diese Tatsachen einen relevanten Verdacht begründen. Darüber hinaus sieht § 2 Abs. 1 Nr. 6 WpAV vor, dass der Verpflichtete der BaFin alle sonstigen Angaben, die für eine weitere Prüfung des Vorgangs von Belang sein können, zukommen lassen soll.<sup>702</sup> Der Umfang der Verdachtsmeldung aus § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG erfasst damit alle Angaben und Schlussfolgerungen, die für eine weitere Untersuchung der

---

699 Verordnung zur Konkretisierung von Anzeige-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten nach dem Wertpapierhandelsgesetz (Wertpapierhandelsanzeigeverordnung – WpAV) vom 13.12.2004, BGBl. I S. 3376.

700 Spoerr, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 28; v. Hein, in: Schwark/Zimmer, KMRK, § 23 WpHG, Rn. 25; Wehowsky, in: Erbs/Kohlhaas Straf. NG, § 30h WpHG, Rn. 5.

701 Spoerr, in: Assmann/Schneider/Mülbert, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 29.

702 Zu der sich hieraus ergebenden Problematik, siehe bereits oben S. 168 f.

BaFin relevant sein können, unabhängig davon, ob diese rechtlicher oder tatsächlicher Natur sind.<sup>703</sup>

Begrenzt werden die Meldeangaben lediglich durch den Grundsatz der Verfügbarkeit, § 2 Abs. 2 WpAV, womit gemeint ist, dass keine Nachforschungspflicht der Meldepflichtigen für die Gewinnung weiterer Tatsachen besteht.<sup>704</sup> Folglich sind nur solche Tatsachen und Angaben anzeigepflichtig, die unternehmensintern oder öffentlich verfügbar sind.<sup>705</sup> Auf die tatsächliche Kenntnis kommt es dabei nicht an. Stehen zum Meldezeitpunkt nicht alle meldepflichtigen Daten zur Verfügung, so sind zumindest die verfügbaren Tatsachen anzugeben. Sobald die fehlenden Daten bekannt werden, sind sie unverzüglich der BaFin nachzureichen, § 2 Abs. 2 WpAV.

Die Form, die Verdachtsmeldungen nach § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG einzuhalten haben, ist in § 3 WpAV geregelt. So sind die Verdachtsmeldungen schriftlich zu übersenden. Bei Zusendungen mittels Telefax ist auf Verlangen der Bundesanstalt die eigenständig unterschriebene Anzeige auf dem Postweg nachzureichen, § 3 Abs. 1 WpAV. Überdies kann die BaFin gem. § 3 Abs. 2 WpAV die Möglichkeit eröffnen, die Anzeige nach im Wege der Datenfernübertragung zu übersenden, soweit dem jeweiligen Stand der Technik entsprechende Maßnahmen zur Sicherstellung von Datenschutz und Datensicherheit getroffen werden.

#### e. Weiteres Behördenverfahren

Der weitere Umgang der BaFin mit der Verdachtsmeldung ist in § 23 Abs. 2 WpHG geregelt. Zuvorderst darf die BaFin die Verdachtsmeldung ausschließlich zur Erfüllung ihrer Aufgaben<sup>706</sup> verwenden. Für die Meldepflicht besonders relevant ist dabei die Rolle der BaFin als Überwachungsorgan über die kapitalmarktrechtlichen Vorschriften sowie als Bußgeldbehörde. Gem. § 23 Abs. 2 S. 2 WpHG darf die BaFin die Identität der anzeigenden Person anderen als staatlichen Stelle nicht zugänglich machen,

---

703 Im Ergebnis auch *Spoerr*, in: *Assmann/Schneider/Mülbert*, WpHR, § 23 WpHG, Rn. 29.

704 Entwurf der Fraktionen CDU/CSU und FDP eines Gesetzes zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte vom 08.06.2010, BT-Drs. 17/1952, S. 9.

705 *V. Hein*, in: *Schwark/Zimmer*, KMRK, § 23 WpHG, Rn. 28.

706 Siehe oben S. 144 ff.

wobei ihr Recht über die Bekanntmachung von unanfechtbaren Maßnahmen hiervon unberührt bleibt, § 23 Abs. 2 S. 3 WpHG.

Hinsichtlich der Analyse der Verdachtsmeldung und der Weiterleitung an die Strafverfolgungsbehörden ergeben sich keine nennenswerten Unterschiede zu den marktmisbrauchrechtlichen Verdachtsmeldungen. Es sei damit an dieser Stelle auf die dort gemachten Ausführungen zu verweisen.<sup>707</sup>

### 3. Sanktionen bei Zuwiderhandlung

Nach § 120 Abs. 2 Nr. 2 lit. c WpHG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder leichtfertig entgegen § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG i. V. m. §§ 2, 3 WpAV eine Mitteilung nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig macht. Die verschiedenen Tatbegehungsvarianten und die subjektiven Tatbestandsmerkmale sind deckungsgleich mit dem bereits besprochenen Bußgeldtatbestand aus § 120 Abs. 15 Nr. 4, 5 WpHG, weshalb für nähere Ausführungen dorthin verwiesen wird.<sup>708</sup> Geahndet wird ein Verstoß mit einem Bußgeld bis zu 50.000 Euro, § 120 Abs. 24 WpHG.

---

<sup>707</sup> S. 198.

<sup>708</sup> S. 199.

