

**Marcus Bergmann (Hg.)**

# Europäisiertes Kapitalmarktstrafrecht





*Band 3*

Strafrechtliche Studien

Die Reihe *Strafrechtliche Studien* wird herausgegeben von  
Christian Schröder und Marcus Bergmann

*Marcus Bergmann (Hg.)*

# Europäisiertes Kapitalmarktstrafrecht

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://d-nb.de> abrufbar.

CXXV

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2020

Umschlaggestaltung: pixzicato GmbH Hannover, Horst Stöllger

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ISBN 978-3-86977-214-1

## Vorwort

Das deutsche Kapitalmarktstrafrecht ist ein Rechtsgebiet, das seit seinen Anfängen in starkem Maße von europarechtlichen Vorgaben geprägt ist. Zunächst waren dies die Vorgaben der Richtlinie 2003/6/EG, die seinerzeit „Marktmissbrauchsrichtlinie“ genannte wurde. Inzwischen ist diese abgelöst worden durch die Richtlinie 2014/57/EU, die sich selbst als „Marktmissbrauchsrichtlinie“ bezeichnet. Um diese beiden Richtlinien zu unterscheiden, werden in diesem Band die auf die englische Bezeichnung („marked abuse directive“) zurückgehenden Abkürzungen MAD I und MAD II verwendet. Die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 wird dementsprechend nach ihrer englischen Bezeichnung („marked abuse regulation“) im Folgenden mit MAR abgekürzt.

Vor allem die beiden letzten Rechtsakte haben nachhaltige Veränderungen im deutschen Kapitalmarktstrafrecht hervorgerufen, das ohne Rückgriff auf das Europarecht heute gar nicht mehr betrachtet werden kann. Diesen Prozess der Europäisierung des Strafrechts und der Ausbildung des modernen Kapitalmarktstrafrechts hat *Prof. Dr. Christian Schröder* intensiv und kritisch wissenschaftlich begleitet. Ohne seine Forschungstätigkeit auf diesem Gebiet und seine Lehrveranstaltungen zum europäisierten Kapitalmarktstrafrecht hätten die an diesem Band beteiligten Autorinnen und Autoren vermutlich niemals Zugang zu diesem Rechtsgebiet erhalten.

Die Beiträge dieses Bandes entspringen daher einer mehr oder weniger direkten Verknüpfung der beteiligten Personen mit seinem Lehrstuhl. Seine Seminare zum Kapitalmarktstrafrecht haben zu einigen herausragenden Seminararbeiten geführt, die *Christian Francke*, *Vincent Walter*, *Moritz Schwarz* und *Franziska Tischler* für die Veröffentlichung um- und überarbeitet haben. Der Beitrag von *Julius Günther* geht zurück auf dessen von *Christian Schröder* betreute Schwerpunktbereichsarbeit. Die übrigen Beiträge beruhen auf Impulsen, die durch die Tätigkeit an seinem Lehrstuhl und die Beschäftigung mit den von ihm bearbeiteten Forschungsgebieten geweckt wurden. Deshalb möchten die Autorinnen und Autoren ihm diesen Band in Dankbarkeit widmen.

Die in den Beiträgen zitierte Literatur und Rechtsprechung befindet sich auf dem Stand Oktober 2019, vereinzelt konnte noch aktuellere Literatur berücksichtigt werden. Die zitierten Internetquellen sind insgesamt am 31.10.2019 zuletzt geprüft worden.

Abschließend muss an dieser Stelle noch ein besonderer Dank an Peter Junkermann vom Universitätsverlag Halle-Wittenberg für dessen Unterstützung ausgesprochen werden. Er hat diese Form der Veröffentlichung durch die durch ihn verlegte Schriftenreihe Strafrechtliche Studien überhaupt erst ermöglicht.

Halle, 17.11.2019

*Marcus Bergmann*



## Inhalt

CHRISTIAN FRANCKE Die Rechtssetzungskompetenz der Europäischen Union auf dem Gebiet des Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung des Integrationsverantwortungsgesetzes . . . . .	9
VINCENT WALTER Die Wechselwirkung zwischen den Grundrechtsschutzverfahren der EMRK, den Konventionsstaaten des Europarats und der Europäischen Union . . . . .	43
MORITZ SCHWARZ Die eintägige Regelungslücke bei der Marktmanipulation – Lediglich ein Tag und doch weitreichende Konsequenzen. . . . .	73
JULIUS GÜNTHER Die Strafbarkeit der Marktmanipulation durch Unterlassen (§ 119 Abs. 1 WpHG, Art. 15, 12 MAR) . . . . .	103
GRETA SONNENSCHNEIN Die Vereinbarkeit europäischer Rechtssetzungsakte mit nationalen Verfassungs- und Strafprozessprinzipien – Stellt Art. 13 Abs. 1 MAR eine unzulässige Nachweispflicht zu Lasten des Betroffenen auf? . . . . .	131
MICHELLE POLLER Prägung des Kapitalmarktaufsichtsrechts durch europäische Vorgaben mit strafrechtlichen Folgen . . . . .	143
FRANZISKA TISCHLER Naming and Shaming: Zur Publikation kapitalmarktrechtlicher Verstöße . . . . .	157

---

JANNIK PIEPENBURG Zur Strafbarkeit wegen Kapitalanlagebetrugs gem. § 264a StGB durch die Emissionen von Utility-Token . . . . .	189
MARCUS BERGMANN Doppelte Strafandrohung für das unerlaubte Ausüben der Zentralverwahrertätigkeit . . . . .	201
OTTMAR RENSCH Die Europäische Staatsanwaltschaft – Zukunft der Strafverfolgung im harmonisierten europäischen Strafrecht? . . . . .	213
Stichwortverzeichnis . . . . .	227
Autorenverzeichnis . . . . .	231

# Die Rechtssetzungskompetenz der Europäischen Union auf dem Gebiet des Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung des Integrationsverantwortungsgesetzes

von Christian Francke

## A) Einleitung

Das Rechtsgebiet des Strafrechts wurde lange Zeit als „letzte Bastion“<sup>1</sup> des nationalen Rechts fernab europäischer Einflüsse angesehen. Im Zuge der fortschreitenden Europäisierung der Rechtssysteme haben auch die nationalen Strafrechtsordnungen in den letzten Jahren, insbesondere durch den Vertrag von Lissabon, Einflüsse und Veränderungen durch das Europarecht erfahren.<sup>2</sup>

Der vorliegende Beitrag hat das Ziel, darzulegen, wie weit dieser Prozess bereits fortgeschritten ist und zu welchen Problemen es dabei kommt. Dafür stellt der Beitrag zunächst die Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Union<sup>3</sup> auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts dar und nimmt Stellung zu sich dort ergebenden Streitständen. Anschließend zeigt der Beitrag die Grenzen jener Kompetenz auf. Dabei geht sie insbesondere auf die Funktion, Begründung und Notwendigkeit des Integrationsverantwortungsgesetz' als spezielle Grenze für die Bundesrepublik Deutschland in Bezug auf die Rechtsetzungskompetenzen der EU ein. Abschließend werden in Kürze weitere Einflüsse des Unionsrechts auf das nationale Strafrecht dargestellt.

---

1 Verwendung des Begriffs u.a. *Nelles*, ZStW 109 (1997), 727; *Satzger*, CR 2001, 109.

2 So auch *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 5. Auflage, Berlin/Heidelberg 2017, Kap. 1 Rn. 1; *Schröder*, in: *Hellmann/Schröder* (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, Heidelberg 2011, 491; *Beukelmann*, NJW 2010, 2081.

3 Im folgenden EU.

## B) Die Rechtsetzungskompetenz der EU auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts

### I. Begriff des Kriminalstrafrechts

Bei der Frage nach der Rechtsetzungskompetenz der EU auf dem Gebiet des Strafrechts geht es regelmäßig um die Klärung dieser Frage auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts.<sup>4</sup> Unter europäischem Kriminalstrafrecht werden diejenigen Sanktionsnormen verstanden, welche eine Freiheitsstrafe und/oder ein finanzielles Übel androhen, welches – bei Uneintreibbarkeit – in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden kann.<sup>5</sup>

### II. Grundsatz der geteilten Zuständigkeit

Grundsätzlich steht der EU eine Rechtsetzungskompetenz auf einem bestimmten Rechtsgebiet, wie z. B. dem Kriminalstrafrecht, nur dann zu, wenn die Mitgliedsstaaten ihr die Rechtsetzungskompetenz mittels vertraglicher Grundlage (EUV, AEUV) übertragen haben. Dies ist das Prinzip der sogenannten begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV).<sup>6</sup> Eine Vertragsregelung, die eine vollständige Kompetenzübertragung der Mitgliedsstaaten auf die EU auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts begründet, existiert nicht. Stattdessen normiert Art. 4 Abs. 2 Buchst. j AEUV den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, unter den auch die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 82–86 AEUV) und damit auch das Kriminalstrafrecht fällt,<sup>7</sup> als eine zwischen der EU und den Mitgliedsstaaten geteilte Zuständigkeit. Dies bedeutet, dass die Mitgliedsstaaten überwiegend

---

4 *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Auflage, München 2018, § 9 Rn. 21; siehe zur Abgrenzung des europäischen Strafrechts im weiten und im engen Sinne *Safferling*, Internationales Strafrecht, Berlin/Heidelberg 2011, § 9 Rn. 5 f.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Auflage, Baden-Baden 2018, § 8 Rn. 1 ff.; *Hecker* (Fn. 2), Kap. 4 Rn. 63 ff.

5 Zur Definition siehe *Safferling* (Fn. 4), § 9 Rn. 7; *Satzger* (Fn. 4), § 8 Rn. 9; *Ambos* (Fn. 4), § 9 Rn. 21; zu einer erweiterten Definition siehe *Aksungur*, Europäische Strafrechtsetzungskompetenzen, Neue Entwicklungen durch EuGH-Rechtsprechung und den Vertrag von Lissabon, Baden-Baden 2014, 100 ff.

6 Zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung siehe *Herdegen*, Europarecht, 20. Auflage, München 2019, § 8 Rn. 69; *Geiger*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, 6. Auflage, München 2017, Art. 5 EUV Rn. 3; *Hecker* (Fn. 2), Kap. 4 Rn. 43.

7 *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (14); *Heger*, ZIS 2009, 406 (409); *Safferling* (Fn. 4), § 10 Rn. 6.

für die Rechtssetzung und Durchsetzung des Strafrechts verantwortlich bleiben.<sup>8</sup> Die Kompetenz der Mitgliedsstaaten endet erst dann, wenn die Union von ihrer Rechtssetzungskompetenz Gebrauch gemacht hat.<sup>9</sup> Diese Aufteilung zwischen der EU und den Mitgliedsstaaten lässt sich mit dem bundesdeutschen Prinzip der konkurrierenden Gesetzgebung vergleichen.<sup>10</sup>

### III. Die strafrechtliche Rechtssetzungskompetenz der EU durch Richtlinien

#### 1. Grundsatz der Richtlinienkompetenz

Eine Methode zur Wahrnehmung der Gesetzgebungskompetenz ist der Erlass von Richtlinien (Art. 288 UAbs. 3 AEUV) seitens der EU. Richtlinien dienen dem Ziel, einheitliche Standards auf bestimmten Rechtsgebieten im europäischen Rechtsraum zu schaffen, um so die unterschiedlichen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu harmonisieren.<sup>11</sup> Zu diesem Zweck legt die EU in der Richtlinie ein verbindliches Ziel fest, das erreicht werden soll (Art. 288 UAbs. 3 AEUV). Die Mitgliedsstaaten sind dann dazu verpflichtet, die Richtlinie innerhalb einer bestimmten Frist, in staatliches Recht umzusetzen (Gebot vollständiger und effektiver Umsetzung)<sup>12</sup>, damit das von der EU angestrebte Ziel erreicht werden kann. Ihnen sind dabei Form und Mittel der Umsetzung überlassen (Art. 288 UAbs. 3 AEUV).<sup>13</sup> In Deutschland werden Richtlinien durch Parlamentsgesetze oder Rechtsverordnungen umgesetzt.<sup>14</sup> Grundsätzlich soll bei Umsetzung einer Richtli-

---

8 So auch *Heger*, ZIS 2009, 406 (409), *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (14).

9 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, Kommentar, 5. Auflage, München 2016, Art. 2 AEUV Rn. 11; *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg.), *Europäisches Handkommentar*, 2. Auflage, Baden-Baden 2018, Art. 2 AEUV Rn. 15; *Kotzur*, in: *Geiger/Khan/Kotzur* (Fn. 6), Art. 2 AEUV Rn. 4.

10 *Calliess* (Fn. 9), Art. 2 AEUV Rn. 12; *Nettesheim*, EuR 2004, 511 (529); *Vedder* (Fn. 9) Art. 2 EUV Rn. 15, ähnlich *Görlitz*, DÖV 2004, 374 (375).

11 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, *Europarecht*, 7. Auflage, München 2016, § 9 Rn. 83; *Kotzur* (Fn. 9), Art. 288 AEUV Rn. 10; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Kommentar, Band III, München (Loseblatt: 67. Ergänzungslieferung 2019), Art. 288 AEUV Rn. 104.

12 *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 11), § 9 Rn. 95; *Herdegen* (Fn. 6), § 8 Rn. 48; *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, *Europarecht und Politik*, 12. Auflage, Baden-Baden 2016, § 6 Rn. 31; *Ruffert* (Fn. 9), Art. 288 AEUV Rn. 26.

13 Siehe hierzu *Kotzur* (Fn. 9), Art. 288 Rn. 12; *Hecker* (Fn. 2), Kap. 9 Rn. 89; *Vedder* (Fn. 9), Art. 288 AEUV Rn. 23; auch *Schröder*, *Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht*, Berlin/New York 2002, 7.

14 Siehe dazu *Weber*, *Rechtsfragen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschlands*, Köln/Berlin/Bonn/München 1987, 13; *Streinz*, *Europarecht*, 10. Auflage, Heidelberg 2016, § 5 Rn. 485; *Remmert*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Band II, München (Loseblatt: 87. Ergänzungslieferung 2019), Art. 80 GG Rn. 113.

nie das Europarecht in das jeweilige nationale Recht so integriert werden, dass Besonderheiten der jeweiligen nationalen Rechtsordnung beachtet und bewahrt werden.<sup>15</sup> Dennoch gibt es neben diesen teilharmonisierenden auch vollharmonisierende Richtlinien.<sup>16</sup>

Die notwendigen Einzelermächtigungen für den Erlass von Richtlinien auf dem Gebiet des Kriminalstrafrechts finden sich in Art. 83 AEUV.

## 2. Die originäre Strafrechtsangleichungskompetenz gemäß Art. 83 Abs. 1 AEUV

Art. 83 Abs. 1 AEUV beinhaltet die sogenannte originäre Strafrechtsangleichungskompetenz, die der EU den Erlass von Mindestvorschriften in bestimmten Kriminalitätsbereichen gestattet.<sup>17</sup>

### a) *Der Erlass von Mindestvorschriften für bestimmte Kriminalitätsbereiche*

Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV ermöglicht dem Europäische Parlament und dem Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 294 AEUV), Richtlinien zu erlassen, die Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität beinhalten. Die entsprechenden Kriminalitätsbereiche sind in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV abschließend aufgezählt.

#### aa) *Bestimmte Kriminalitätsbereiche*

Die entsprechenden Kriminalitätsbereiche, für die Mindestvorschriften erlassen werden dürfen, werden in der Norm und auch sonst im AEUV nicht genauer definiert. Aufgrund der nicht vorhandenen Definitionen ist nicht ersichtlich, welche Straftaten in welchen Kriminalitätsbereich fallen. Vielmehr haftet den Begriffen dadurch eine erkennbare Unbestimmtheit an.<sup>18</sup> Exemplarisch hierfür steht der

15 *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur* (Fn. 12), § 6 Rn. 29; *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 11), § 9 Rn. 84.

16 *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), Vertrag über die Europäischen Union und die Arbeitsweise der Europäischen Union, 3. Auflage, München 2018, Art. 288 AEUV Rn. 54.

17 *Hecker* (Fn. 2), Kap. 11 Rn. 4, spricht von originärer Strafrechtsanweisungskompetenz; so auch *Satzger* (Fn. 4), § 7 Rn. 8; vgl. *Heger*, ZIS 2010, 406 (411); *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (15); kritisch zur Verwendung des Begriffs der Strafrechtsanweisungskompetenz *Safferling* (Fn. 4); § 10 Rn. 47.

18 *Esser*, in: Zulegg (Hrsg.), Europa als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Baden-Baden 2007, 25 (35); *Böse*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2019, Art. 83 AEUV Rn. 9; *Rosenau/Petrus*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Fn. 9), Art. 83 AEUV Rn. 13; *Schröder* (Fn. 2), 491 (492 f.); *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397 (402); *Braum*, ZIS 2009, 418 (421); *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (16).

Begriff der „organisierten Kriminalität“, bei dem vollkommen unklar ist, welche Straftaten dieser Begriff umfasst.<sup>19</sup> Zwar sind strafrechtliche Begriffe immer mit einer gewissen Unbestimmtheit behaftet, jedoch birgt die Unbestimmtheit auf europäischer Ebene die Gefahr, dass sich keine eindeutige Abgrenzung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und der EU vornehmen lässt.<sup>20</sup> Zudem besteht wegen der Unbestimmtheit grundsätzlich die Gefahr, dass die EU ihre Rechtssetzungskompetenz überschreiten könnte.<sup>21</sup> Zur Eindämmung dieser Gefahr ist dem Begriff der organisierten Kriminalität folgendes Verständnis zu Grunde zulegen: Vom Begriff umfasst werden nur die eigentlichen *Organisationsstraftaten*, namentlich Gründung und Mitgliedschaft in einer kriminellen Organisation,<sup>22</sup> während die konkreten *Ausführungsstraftaten* wie bspw. Diebstahl, Betrug oder Erpressung nicht umfasst sind.<sup>23</sup>

*bb) Schranken des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV*

Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV beinhaltet seinerseits bereits zwei Schranken für den Erlass von strafrechtlichen Richtlinien. Es müssen erstens Fälle besonders schwerer Kriminalität vorliegen, die zweitens eine grenzüberschreitende Dimension aufgrund der Art oder der Auswirkung der Straftat oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit der Bekämpfung auf gemeinsamer Grundlage haben müssen. Diese beiden einschränkenden Voraussetzungen müssen nach dem Wortlaut kumulativ vorliegen.<sup>24</sup>

Dabei ist umstritten, ob davon ausgegangen werden kann, dass bei den Kriminalitätsbereichen gemäß UAbs. 2 beide Voraussetzungen automatisch als erfüllt anzusehen sind.<sup>25</sup> Gegen diese Annahme spricht zunächst einmal die Systematik der Norm.<sup>26</sup> Die beiden Einschränkungen müssten, wenn sie sich nicht auch auf UAbs.

19 Kritik u. a. von *Dorra*, Strafrechtliche Legislativkompetenzen der Europäischen Union, Eine Gegenüberstellung der Kompetenzlage vor und nach dem Vertrag von Lissabon, Baden-Baden 2013, 64; *Schröder* (Fn. 2), 491 (492 f.); *Satzger* (Fn. 4), § 9 Rn. 34.

20 *Schröder* (Fn. 2), 491 (493); *Satzger* (Fn. 4), § 9 Rn. 34; *Esser* (Fn. 18 ), 25 (35); *Kubiciel*, ZIS 2010, 742 (743); a. A. *Böse* (Fn. 18); *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (16); so auch *Aksungur* (Fn. 5), 319.

21 *Schröder* (Fn. 2), 491 (492 ff.); *Esser* (Fn. 18), 25 (35); ähnlich kritisch *Rosenau/Petrus* (Fn. 18); Art. 83 AEUV Rn. 13.

22 Art. 1 Nr. 2 Rahmenbeschluss 2008/841/JI; vgl. *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band. I, München (Loseblatt: 67. Ergänzungslieferung 2019); Art. 83 AEUV Rn. 63.

23 *Vogel/Eisele* (Fn. 22), Art. 83 AEUV Rn. 63.

24 BVerfG, Urteil vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (412); *Satzger*, in: Streinz (Fn. 16), Art. 83 AEUV Rn. 11; *Böse* (Fn. 18), Art. 83 AEUV Rn. 4; *ders.*, in: Böse (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, Band 9, Baden-Baden 2013, § 4 Rn. 8; a. A. *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (16).

2 bezögen, nach dem Absatz stehen. Ihre vorherige Erwähnung in UAbs. 1 ergäbe keinen systematischen Sinn.<sup>27</sup> Auch der Sinn und Zweck der Norm spricht dagegen. Um die weitreichenden Befugnisse und Abgrenzungsproblemen einzudämmen, die sich durch die Unbestimmtheit der Kriminalitätsbereiche ergeben, bedarf es einer Einschränkung, die eine restriktive Auslegung des europäischen Strafrechts im Sinne des Subsidiaritätsprinzips garantiert.<sup>28</sup> Die Schranken des UAbs. 1 sind daher auch auf UAbs. 2 anzuwenden.<sup>29</sup> Ferner ist zu beachten, dass nicht nur der betroffene Kriminalitätsbereich, sondern insbesondere die konkrete anzugleichende Straftat diese Voraussetzungen erfüllen muss.<sup>30</sup>

(1) Besonders schwere Kriminalität

Besonders schwere Kriminalität ist im Wege einer typisierenden Betrachtungsweise festzustellen.<sup>31</sup> Dabei kommt es insbesondere auf den Rang der geschützten Rechtsgüter und den Grad ihrer Verletzung oder Gefährdung an.<sup>32</sup>

(2) Grenzüberschreitende Dimension

Die grenzüberschreitende Dimension ist ebenfalls im Wege typisierender Auslegung zu bestimmen.<sup>33</sup> Die Alternativen der grenzüberschreitenden Dimension – aufgrund der Art oder Auswirkung oder aufgrund der Notwendigkeit der Bekämpfung auf gemeinsamer Grundlage – lassen sich nicht exakt voneinander abgrenzen.<sup>34</sup> Art und Auswirkungen setzen besondere Handlungsbedürfnisse auf Strafverfolgungsseite voraus.<sup>35</sup> Diese Bedürfnisse können unterschiedlicher Natur

25 Siehe zum Streitstand *Aksungur* (Fn. 5), 313 ff.; *Zimmermann*, Jura 2009, 844 (847); *Satzger* (Fn. 4), § 9 Rn. 36; *Walter*, ZStW 117 (2005), 912 (926); *Böse* (Fn. 18), Art. 83 AEUV Rn. 8; *Vogel/Eisele* (Fn. 22), Art. 83 AEUV Rn. 53; *Ambos* (Fn. 4), § 11 Rn. 6.

26 *Zimmermann*, Jura 2009, 844 (847); *Satzger* (Fn. 4), § 9 Rn. 36; *ders.* (Fn. 24), Art. 83 AEUV Rn. 12; *Rosenau/Petrus* (Fn. 18), Art. 83 AEUV Rn. 13.

27 *Zimmermann*, Jura 2009, 844 (847); *Satzger* (Fn. 4), § 9 Rn. 36; *ders.* (Fn. 24), Art. 83 AEUV Rn. 12; *Rosenau/Petrus* (Fn. 18), Art. 83 AEUV Rn. 13; a. A. *Böse* (Fn. 18), Art. 83 AEUV Rn. 9.

28 Vgl. *Satzger* (Fn. 4), § 9 Rn. 36.

29 *Zimmermann*, Jura 2009, 844 (847); *Walter*, ZStW 117 (2005), 912 (926); *Satzger* (Fn. 4), § 9 Rn. 36; *ders.* (Fn. 24), Art. 83 AEUV Rn. 12; *Rosenau/Petrus* (Fn. 18), Art. 83 AEUV Rn. 13.

30 *Aksungur* (Fn. 5), 317.

31 *Böse* (Fn. 18), Art. 83 AEUV Rn. 4; *Aksungur* (Fn. 5), 325.

32 *Böse* (Fn. 18), Art. 83 AEUV Rn. 4; *Vogel/Eisele* (Fn. 22), Art. 83 AEUV Rn. 41; ähnlich *Satzger* (Fn. 24), Art. 83 AEUV Rn. 11, der das Kriterium der Sozialschädlichkeit mit hinzuzieht.

33 *Böse* (Fn. 18), Art. 83 AEUV Rn. 5; *Vogel/Eisele* (Fn. 22), Art. 83 AEUV Rn. 42.

34 *Meyer*, EuR 2011, 169 (178 f.); *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397 (402); das BVerfG sieht die beiden Begriffe sogar als untrennbar an, siehe BVerfG, Urteil vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., BVerfGE 123, 267 (410); ebenso *Vogel/Eisele* (Fn. 22), Art. 83 AEUV Rn. 41; kritisch hierzu *Aksungur* (Fn. 5), 326; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (16).



sein.<sup>36</sup> Die besondere Notwendigkeit lässt sich aufgrund ihrer vagen Formulierung nicht hinreichend definieren.<sup>37</sup> Sie ist zumindest dann noch nicht gegeben, wenn die Organe lediglich einen entsprechenden politischen Willen gebildet haben.<sup>38</sup> Vielmehr bedarf es zur Begründung der besonderen Notwendigkeit eines empirischen Belegs.<sup>39</sup>

*cc) Der Begriff der Mindestvorschrift*

Erfüllt eine Straftat die genannten Voraussetzungen, kann die EU eine entsprechende Richtlinie erlassen. Diese darf jedoch nur Mindestvorschriften enthalten. Klärungsbedürftig dabei erscheint, was der Begriff „Mindestvorschriften“ genau umfasst.

Im Hinblick auf konkrete Straftaten ermächtigt der Begriff zur Formulierung von hinreichend bestimmten Unrechtstatbeständen in Form von objektiven und subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen.<sup>40</sup> Weiterhin dürfen in Bezug auf das konkrete Delikt Versuchs- oder Beteiligungsmerkmale normiert werden,<sup>41</sup> während die Normierung von allgemein gültigen Versuchs- oder Beteiligungsmerkmalen losgelöst von einem bestimmten Delikt unzulässig ist.<sup>42</sup> Mithin legt die Richtlinie das Verhalten fest, welches mindestens eine Strafbarkeit begründen soll.<sup>43</sup>

Die für einen Unrechtstatbestand notwendige hinreichende inhaltliche Bestimmung der Tatbestandsmerkmale führt dazu, dass der eigentliche Charakter der Richtlinie, nämlich der Umsetzungsspielraum der Mitgliedsstaaten und die Beachtung der nationalen Rechtsordnung (s. o.), teilweise verloren geht.<sup>44</sup> Beispielsweise

35 Meyer, EuR 2011, 169 (178 f.); zustimmend Hadding, Strafrechtliche Aspekte des Unionsrechts, Eine kritisch-systematische Analyse, Berlin 2016, 141.

36 Meyer, EuR 2011, 169 (178 f.).

37 Heftige Kritik am Begriff von Ambos/Rackow, ZIS 2009, 397 (402); Zimmermann, Jura 2009, 844 (847).

38 BVerfG, Urteil vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (410); vgl. Satzger (Fn. 24), Art. 83 AEUV Rn. 11; Hadding (Fn. 35), 142; Ambos/Rackow, ZIS 2009, 397 (402).

39 Meyer, EuR 2011, 169 (178); Vogel/Eisele (Fn. 22), Art. 83 AEUV Rn. 43; Esser (Fn. 18), 25 (34); Walter, ZStW 2005 (117); 912 (926).

40 Vogel/Eisele (Fn. 22), Art. 83 AEUV Rn. 35; Böse (Fn. 24), § 4 Rn. 14; im Erg. ebenso Heger, ZIS 2010, 406 (412); ähnlich Ambos (Fn. 4), § 11 Rn. 7.

41 Heger, ZIS 2010, 406 (412); Aksungur (Fn. 5), 306 f.; Vogel/Eisele (Fn. 22), Art. 83 AEUV Rn. 36; Hecker (Fn. 2), Kap. 11 Rn. 6; Satzger (Fn. 4), § 9 Rn. 44, Böse, ZIS 2010, 76 (86).

42 Aksungur (Fn. 5), 306 f.; Vogel/Eisele (Fn. 22), Art. 83 AEUV Rn. 36; so wohl auch Böse, ZIS 2010, 76 (86).

43 Sehr anschaulich insofern Walter, ZStW 117 (2005), 912 (924 f.); ebenfalls Weigend, ZStW 116 (2004), 275 (284).

44 Diese Kritik findet sich bei Esser (Fn. 18), 25 (32); Vogel/Eisele (Fn. 22), Art. 83 AEUV Rn. 39; Ambos (Fn. 4), § 11 Rn. 7.

müssen Mitgliedsstaaten aufgrund der Richtlinie ein in ihrer Rechtsordnung bisher strafloses Verhalten unter Strafe stellen<sup>45</sup> oder können nur mit einer noch schärferen Gesetzgebung selbst gesetzgeberisch tätig werden.<sup>46</sup> Somit wirken die Richtlinien lediglich strafscharfend.<sup>47</sup>

Im Hinblick auf die Strafen, also die Rechtsfolgende, ermächtigt der Begriff Mindestvorschriften zur Festlegung von Mindesthöchststrafen.<sup>48</sup> Mindesthöchststrafen statuieren das Mindestmaß einer durch das nationale Strafrecht anzudrohenden Höchststrafe für ein bestimmtes Verhalten.<sup>49</sup> Zudem berechtigt der Begriff der Mindestvorschrift nach dem Wortlaut auch zur Festlegung von schlichten Mindeststrafen.<sup>50</sup>

b) *Die Kompetenzerweiterungsklausel des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV*

Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV eröffnet dem Rat und dem Europäischen Parlament je nach Entwicklung der Kriminalität die Möglichkeit, weitere Kriminalitätsbereiche zu bestimmen, für die die EU die dargestellten Rechtsetzungsmöglichkeiten erhalten soll. Angesichts der Weite der Formulierung „je nach Entwicklung der Kriminalität“ bedarf es hier einer Einschränkung. Voraussetzung für die Erweiterung der Kriminalitätsbereiche ist daher, dass die Kriminalität nachweislich eine negative Entwicklung genommen hat, zu einem kriminalpolitischen Problem für die EU geworden ist und der Kriminalitätsbereich die Voraussetzungen des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV erfüllt.<sup>51</sup>

45 *Ambos* (Fn. 4), § 11 Rn. 7; *Satzger* (Fn. 4), § 9 Rn. 42; *Meyer*, EuR 2011, 169 (179); *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275 (285).

46 *Ambos* (Fn. 4), § 11 Rn. 7; *Satzger* (Fn. 4), § 9 Rn. 42; *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275 (285).

47 So auch *Rosenau/Petrus* (Fn. 18), Art. 83 AEUV Rn. 15; *Meyer*, EuR 2011, 169 (179); *Ambos* (Fn. 4), § 11 Rn. 7; *Satzger* (Fn. 4), § 9 Rn. 43.

48 *Satzger* (Fn. 4), § 9 Rn. 45; *Hecker* (Fn. 2), Kap. Rn. 7; *Vogel/Eisele* (Fn. 22), Art. 83 AEUV Rn. 38; *Heger*, ZIS 2010, 406 (412).

49 *Hecker* (Fn. 2), Kap. 11 Rn. 7; *Satzger* (Fn. 4), § 9 Rn. 45; *Heger*, ZIS 2010, 406 (412); Kritik an der derzeitigen rechtlichen Situation und Änderungsvorschlag bei *Satzger*, eucrim 2019, 115 (117 ff.).

50 *Satzger* (Fn. 4), § 9 Rn. 46; *ders.* (Fn. 24), Art. 83 AEUV Rn. 41; *Walter*, ZStW 117 (2005), 912 (925); *Vogel/Eisele* (Fn. 22), Art. 83 AEUV Rn. 38; *Böse* (Fn. 18), Art. 83 AEUV Rn. 20; vgl. zur erstmaligen Verwendung seitens der EU Richtlinie 2011/36/EU; a. A., aber ohne Begründung, *Heger*, ZIS 2010, 406 (412).

51 So *Vogel/Eisele* (Fn. 22), Art. 83 AEUV Rn. 65 f.; *Subr*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 9), Art. 83 AEUV Rn. 15 ff.; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (17); *Aksungur* (Fn. 5), 338; *Böse* (Fn. 18), Art. 83 AEUV Rn. 16; kritisch *Safferling* (Fn. 4), § 10 Rn. 52, vgl. dazu in diesem Band den Beitrag von *Rensch* unter C) auf S. 222.



Das Kapitalmarktstrafrecht ist ein in besonders starkem Maße europäisierter Rechtsbereich. Die Verzahnung zwischen europäischem Recht und deutschem Strafrecht ist in diesem Bereich inzwischen so intensiv geworden, dass man es ohne Rückgriff auf das europäische Recht nicht mehr sinnvoll betrachten kann. Ein rein nationales Kapitalmarktstrafrecht gibt es daher nicht mehr.

Dieses Zusammenspiel wirft zahlreiche Rechtsfragen auf, die in den zehn Beiträgen dieses Bandes teilweise aufgegriffen werden. Dies beginnt bei Fragen der europäischen Rechtsetzungskompetenz auf dem Gebiet des Strafrechts und nach den dabei zu beachtenden Grund- und Menschenrechten, erstreckt sich auf das

Zusammenwirken mit allgemeinen dogmatischen Grundsätzen des deutschen Strafrechts und Strafprozessrechts und betrifft auch das Verhältnis zu Regeln des (ebenfalls europäisierten) Kapitalmarktauf-sichtsrechts. Jenseits dessen stellen neue technische Entwicklungen das Kapitalmarktstrafrecht vor Herausforderungen, etwa die Emission von Kryptowährungen. Aber auch neue Straftatbestände als Reaktion auf europarechtliche Veränderungen werfen Fragen auf, die der Klärung bedürfen. Dies gilt ebenso für die Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft.

