

PHILIPP FLORIAN IRMSCHER

Öffentlichkeit als Sanktion

*Schriften zum
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

57



Philipp Florian Irscher

Öffentlichkeit als Sanktion

Bankaufsicht zwischen Repression und Prävention –
Eine Einordnung des „naming and shaming“ in das
Sanktionssystem des KWG

Mohr Siebeck

Philipp Florian Irmischer, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung in Bayreuth; Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Bayreuth; Promotionsstipendiat der Studienstiftung des dt. Volkes; LL.M.-Studium an der Harvard Law School; seit 2018 Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg.

ISBN 978-3-16-156139-9 / eISBN 978-3-16-156140-5

DOI 10.1628/978-3-16-156140-5

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480

(Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

„Naming and shaming“ im Bankaufsichtsrecht wurde seit der Abgabe dieser Arbeit im Juli 2017 nochmal relevanter. Auch die EZB wendete das Instrument nunmehr am 28. August 2017 das erste Mal selbst an.¹ Die neue Bundesregierung steht dem Instrument zudem positiv gegenüber und befürwortet im Rahmen verschärfter Unternehmenssanktionen generell die öffentliche Bekanntmachung von Sanktionsentscheidungen.² Zugleich hat sich das BVerfG im Lebensmittelrecht das erste Mal mit einer zumindest ähnlichen Form der adversen Publizität beschäftigt und § 40 Abs. 1a LFGB grundsätzlich für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt.³ Lediglich die fehlende zeitliche Beschränkung der Veröffentlichung sah das BVerfG als unverhältnismäßig an. Auf die Frage eines potentiellen Sanktionscharakters ging das Gericht jedoch gerade nicht ein. Diese Arbeit hingegen stellt diese „Gretchenfrage“ nach dem Sanktionscharakter für das Bankaufsichtsrecht am Beispiel des KWG und befasst sich dabei mit zahlreichen grundlegenden Fragen des (Europäischen) Sanktionen- und Verfassungsrechts.

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung wurde das Manuskript nochmals überarbeitet. Stand von Rechtsprechung und Literatur ist der Abgabezeitpunkt.

Herzlich danken möchte ich an dieser Stelle zuerst meiner akademischen Lehrerin, Frau Professor Dr. Nina Nestler, die mich nicht nur ermutigt hat, dieses Thema anzugehen und richtig zu justieren, sondern mich dabei mit zahlreichen Ratschlägen, Anregungen und einer immer offenstehenden Bürotür ganz maßgeblich unterstützt hat. Ihr Rückhalt und ihr Zuspruch haben die Entstehung dieser Arbeit entscheidend gefördert. Zudem gab sie mir an ihrem Lehrstuhl ein zweites Zuhause und schuf ein Umfeld, in dem die wissenschaftliche Arbeit Freude machte. Für ihre Förderung und ihre Unterstützung bin ich in höchstem Maße dankbar.

¹ Pressemitteilung der EZB vom 28. August 2017, permanent abrufbar unter: <https://perma.cc/24YJ-AC2X>.

² Siehe Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode, S. 124, permanent abrufbar unter: <https://perma.cc/YW62-YDF8>.

³ BVerfG, Beschluss des 1. Senats vom 21. März 2018, Az. 1 BvF 1/13.

Großer Dank gebührt auch Frau Professor Dr. Eva Julia Lohse, LL.M. (Kent), die nicht nur sehr zügig das Zweitgutachten erstellt hat, sondern ebenfalls immer ein offenes Ohr für mich hatte und mir mit zahlreichen, wertvollen Anregungen und Anmerkungen aus öffentlich-rechtlicher Sicht außerordentlich geholfen hat. Herrn Professor Dr. Martin Schmidt-Kessel bin ich für die Übernahme des Prüfungsvorsitzes und angenehme Leitung des Kolloquiums sehr verbunden.

Mein weiterer Dank gilt Herrn Professor Dr. Jörn Axel Kämmerer, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt und Herrn Professor Dr. Rüdiger Veil für die Aufnahme in die Schriftenreihe. Dem Verlag Mohr Siebeck und insbesondere Frau Daniela Taudt, LL.M. Eur. und Frau Dominika Zgolik gebührt Dank für die Begleitung der Aufnahme und Fertigstellung der Arbeit.

Besonders danken möchte ich auch Herrn Professor Dr. Nikolaus Bosch, der mir gerade in der Anfangsphase und bei der Findung und Feineinstellung des Themas eine große Hilfe war, und Herrn Professor Dr. Jörg Gundel, der mir durch zahlreiche Gespräche, kritische Fragen und auch Anmerkungen zum Manuskript mit dem europarechtlichen Teil der Arbeit sehr geholfen hat.

Für die Hilfe und großartige Unterstützung bin ich ferner dem Personal der Teilbibliothek RW an der Universität Bayreuth sehr dankbar. Auch einige Mitarbeiter der BaFin und EZB haben mich durch Einblicke in die Praxis und längere fachliche Diskussionen sehr unterstützt, wofür ich ihnen an dieser Stelle ebenfalls ganz herzlich danken möchte.

Danken möchte ich insbesondere auch all meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl für Strafrecht III, welche das Umfeld zu eben dem machten, was es ist: ein Zuhause. Meine Kollegen als Wissenschaftliche Mitarbeiter, Frau Maren Richter, Herr Stefan Lehner und Herr Enrico Stenzel seien hier stellvertretend genannt. Auch meinem Bürogenossen aus dem Zivilrecht und guten Freund, Herrn Frank Buchhöcker, LL.M. (Stellenbosch), gebührt an dieser Stelle Dank. Er begleitete die Entstehung der Arbeit von Beginn an, bereicherte das Doktorandendasein durch seinen großartigen Humor und findet sich auch mit der ein oder anderen Anmerkung in dieser Arbeit wieder.

Durch die großzügige Förderung mit einem Promotionsstipendium durch die Studienstiftung des deutschen Volkes wurde diese Arbeit überhaupt erst ermöglicht. Zudem schuf die Studienstiftung den Boden für zahlreiche anregende Diskussionen und Begegnungen, lehrreiche Veranstaltungen und auch neue Freundschaften. Dafür bin ich sehr dankbar. Die Veröffentlichung wiederum unterstützt sowohl die FAZIT-Stiftung als auch die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung mit einem sehr großzügigen Druckkostenzuschuss, wofür ich ebenfalls dankbar bin.

Der größte Dank gebührt jedoch meinen Freunden, meiner Familie und vor allen anderen meinen Eltern, Herrn Werner Helmut Irmscher und Frau Evelyn

Karin Irmischer, geb. Hermsdörfer. Ohne sie und ihren bedingungslosen Rückhalt wäre weder mein Studium möglich gewesen, noch gäbe es diese Arbeit. Meinen Eltern verdanke ich alles und so ist ihnen diese Arbeit in Liebe und Dankbarkeit auch gewidmet.

Cambridge (MA)/Bayreuth
im Frühjahr 2018

Philipp Florian Irmischer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XXV
§ 1 Einleitung und Begriffsbestimmung	1
A. Problemstellung und Gegenstand der Untersuchung	1
I. Die Gretchenfrage	1
II. Aufsatzpunkt der Frage: Das Sanktionssystem des KWG	6
B. Forschungsprogramm	8
C. Präzisierung und Grenzen des Untersuchungsgegenstandes	9
I. Die Fokussierung auf das Bankaufsichtsrecht und das KWG	9
II. Präzisierung durch Begriffsbestimmung	10
1. Öffentlichkeit und die Rolle des „naming and shaming“	10
a) Der Begriff: Öffentlichkeit als (soziales) Konstrukt	11
aa) Ansätze zur Begriffsbestimmung	11
(1) Deskriptiver Bestimmungsansatz	12
(2) Normativer Bestimmungsansatz	14
(3) Ergebnis	15
b) Das Instrument: Öffentlichkeit als Publizität	15
aa) Publizität im Allgemeinen	15
bb) Spezifische (adverse) Publizität: „naming and shaming“	16
2. Sanktion	19
a) Etymologie als Ausgangspunkt	20
b) Grundlagenwissenschaften	20
c) Entscheidendes Abgrenzungskriterium: der Sanktionszweck	22
aa) Positive und negative Sanktion	22
bb) Prävention, Restitution und Repression	22
d) Ergebnis	24
3. Bankaufsicht	25

§ 2 Die Konzeption der Bankaufsicht und die Rolle von Öffentlichkeit im Wandel	27
A. Entwicklung, Begründung und Zweck der Bankaufsicht	27
I. Entwicklung und Begründung der Bankaufsicht	27
1. Bankaufsicht als krisengeleitetes Rechtsgebiet	27
2. Europäisierung der Bankaufsicht	30
3. Die Rolle von Öffentlichkeit und Banken als Vertrauensorganisationen	34
4. Die Entwicklung der Palette an Sanktionsnormen	35
II. Zweck der Bankaufsicht	36
1. Die Grundintention	36
a) Sicherung eines funktionsfähigen Kreditgewerbes	36
b) Gläubigerschutz	37
c) Sonstige Zwecksetzungen	38
aa) Geld- und Währungspolitik	38
bb) Verbraucherschutz	39
cc) Abwehr von Geldwäsche und Terrorismus	41
2. Das KWG zwischen Prävention und Repression	42
B. Die Akteure – Bankaufsicht im Mehrebenenverbund	43
I. Die Konzeption der Bankaufsicht durch europäische und nationale Behörden	44
1. Die Behördenarchitektur mit der EZB als Fluchtpunkt	44
a) Rolle und Aufgaben der EBA	45
b) Die EZB als zentrale Regulierungsinstitution	46
aa) Neue Rolle der EZB durch die Aufsichtswende	46
bb) Zentrale Befugnisse der EZB nach dem SSM, insb. Sanktionen	47
c) Die BaFin als nationale Allfinanzaufsicht	48
2. Zuständigkeitsverteilung zwischen EZB und den nationalen Behörden	49
a) Grundkonzeption: Direkte und indirekte Aufsicht im SSM als supranationale Verbundstruktur	49
b) Entscheidendes Kriterium: Bedeutung des Instituts	51
II. Materielles Aufsichtsrecht – Problemfall Art. 4 Abs. 3 SSM-VO	52
1. Die problematische Ausgangslage	52
2. Die überraschende Lösung des Art. 4 Abs. 3 SSM-VO	53
3. Problemanalyse und -bewertung	54

a) Verwaltungsverfahren, Auslegung und Durchsetzungsebene	54
b) „Gold plating“	55
III. Analyse hinsichtlich der Veröffentlichung von Sanktionen und Maßnahmen im Bereich des europäischen und des deutschen Bankaufsichtsrechts	57
1. Veröffentlichung von Sanktionen	57
a) Zuständigkeit der EZB	57
b) Zuständigkeit der BaFin	58
2. Veröffentlichung von Aufsichtsmaßnahmen	59
a) Die Lücke in der europäischen Aufsicht	59
aa) Vermeintlich klare Ausgangslage	59
bb) Anderes Ergebnis über das sog. Gold plating	60
b) Zuständigkeit der BaFin	61
3. Ergebnis und Bewertung	61
C. Die besondere Rolle und der Trend zur Nutzung von Öffentlichkeit im Bank- und Finanzbereich	62
I. Begriffsbestimmung und Konturierung einer „Finanzmarktöffentlichkeit“	62
1. Der Begriff der Öffentlichkeit	62
2. Die „Finanzmarktöffentlichkeit“	63
II. Die besondere Rolle von Öffentlichkeit und mögliche (Sanktions-)Wirkungen – eine ökonomische Fundierung	67
1. Die Reputation als Messwert	68
a) Ausgangspunkt: Reputationsökonomik	68
b) Reputation natürlicher Personen	69
c) Reputation juristischer Personen	70
2. Die ökonomischen Wirkungen von Öffentlichkeit durch „naming and shaming“	71
a) Der Reputationsschaden	71
b) Analyse von Reputationsschäden durch „naming and shaming“ der Finanzmarkt- und Bankaufsicht	72
aa) Massive ökonomische Wirkung von Veröffentlichungen	72
bb) Wirkungsunterschiede bei (non) related parties	76
3. Zentrale Erkenntnisse der ökonomischen Betrachtung	78
III. Der Trend zur Nutzung von Öffentlichkeit – die Eskalationsstufen und rechtstatsächlicher Befund	79
1. Referenzpunkt: Veröffentlichung von Entscheidungen im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren	80

2. Die Eskalationsstufen der Entwicklung anhand des deutschen Bank- und Wertpapieraufsichtsrecht	84
a) Erste Eskalationsstufe: Erste Veröffentlichungspflichten im WpHG	84
aa) Die Schaffung des § 40b WpHG a.F.	84
(1) Entstehung	84
(2) Regelungsgegenstand	85
bb) Die Fehlerveröffentlichung nach § 37q WpHG des deutschen Enforcement-Verfahrens der DPR als parallele Entwicklung	85
(1) Entstehung	85
(2) Regelungsgegenstand	86
b) Zweite Eskalationsstufe: Die Verschärfung des § 40b WpHG und die Veröffentlichungsregelung des § 60b KWG	88
aa) Weiterentwicklung des § 40b WpHG	88
bb) Entstehung und Regelungsgegenstand von § 60b KWG	88
c) Dritte Eskalationsstufe: Die Veröffentlichungspflichten nach §§ 40c, 40d WpHG und des § 60c KWG sowie des § 60d KWG	89
aa) Die § 40c WpHG und § 40d WpHG	89
bb) Entstehung und Regelungsgegenstand von § 60c KWG	90
cc) Jüngste Entwicklung: § 60d KWG	90
d) Vierte Eskalationsstufe: Die public censure im deutschen Recht?	91
3. Die europäische Dimension: Der Werkzeugkasten KOM 2010, 716 end. als Fluchtpunkt des Trends	92
a) Die Mitteilung KOM 2010, 716 endg. als Sanktionswerkzeugkasten	92
b) Die Rezeption der Mitteilung in den Rechtsakten der EU im Bank- und Finanzbereich und die Gegenbewegung des EDSB	94
aa) Die Rechtsakte mit expliziter Bezugnahme auf KOM 2010, 716 endg.	94
bb) Die Gegenbewegung des EDSB und die neuen Leitlinien zum Datenschutz	95
(1) Die Gegenbewegung	95

(2) Die neuen Leitlinien zum Datenschutz bei der Regulierung von Finanzdienstleistungen . . .	96
4. Die Anwendungspraxis der BaFin – die Suche nach einem Muster	97
a) Beobachtungen zur differenzierten Anonymisierungspraxis	97
aa) Namensnennung nur bei juristischen Personen	97
bb) Keine Veröffentlichung von Bußgeldern, aber anonymisierte Veröffentlichung von Maßnahmen gegen natürliche Personen	98
b) Geringe Informationsdichte – insb. Vergleich zum Kartellrecht	98
c) Ausschließliche Veröffentlichung niedriger Geldbußen im KWG	100
5. Ergebnisse der Analyse	100
 § 3 Das klassisch-repressive Sanktionssystem des KWG	 103
A. Die Unterscheidung von Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbeständen	104
I. Formale Abgrenzung	104
II. Materielle Abgrenzung	105
1. Qualitative Unterscheidungskriterien	105
2. Quantitative Unterscheidungskriterien	106
3. Gemischt qualitativ-quantitative Abgrenzung	107
4. Justierung der Kriterien und begriffliche Klarstellungen . .	108
B. Systematisierung und Analyse der Sanktionsnormen des KWG anhand der bankaufsichtlichen Zwecke	110
I. Sicherung eines funktionsfähigen Kreditgewerbes	110
1. Unterscheidung von überindividuellen und individuellen Schutzaspekten	110
2. Überindividuelle Aspekte des Schutzzwecks	110
a) § 54 KWG – Verbotene Geschäfte und Handeln ohne Erlaubnis	110
aa) Schutzzweck und Förderung der bankaufsichtlichen Zwecke	110
bb) Korrespondierende Ordnungswidrigkeiten	113
(1) § 54 Abs. 1 Nr. 1 KWG	113
(2) § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG	116
(3) § 54 Abs. 1a KWG	117

b) § 54a KWG – Verletzung von Pflichten in der Institutsorganisation und Bestandsgefährdung	118
aa) Schutzzweck und Förderung der bankaufsichtlichen Zwecke	118
bb) Korrespondierende Ordnungswidrigkeiten	120
c) § 55 KWG	123
aa) Schutzzweck und Förderung der bankaufsichtlichen Zwecke	123
bb) Korrespondierende Ordnungswidrigkeiten	124
d) Sonstige Ordnungswidrigkeiten	124
aa) Schutz vor bestimmten Marktakteuren und Verhaltensweisen	125
(1) Unzuverlässigkeit der Akteure	125
(2) Fehlende fachliche und kapazitäre Eignung oder Interessenkonflikte	125
bb) Schutz vor Behinderung einer effektiven Aufsichtstätigkeit	126
cc) Schutz der Liquidität und Solvenz	127
dd) Transparenzschutz	128
ee) Schutz der Geschäftsgrundlagen des Banksektors	128
3. Individuelle Schutzaspekte	129
a) § 54 KWG	129
b) § 55a KWG, § 55b KWG	129
aa) Schutzzweck und Förderung der bankaufsichtlichen Zwecke	129
bb) Korrespondierende Ordnungswidrigkeiten	130
c) Ordnungswidrigkeitstatbestände	131
II. Geldwäscheprävention und Bekämpfung von Terrorismusfinanzierung	131
1. Straftatbestände	131
2. Ordnungswidrigkeitstatbestände	132
III. Verbraucherschutz	133
1. Straftatbestände	133
2. Ordnungswidrigkeitstatbestände	133
IV. Geld- und Währungspolitik	135
1. Straftatbestände	135
2. Ordnungswidrigkeitstatbestände	136
V. Zentrale Ergebnisse der Analyse und Bewertung	136
1. Kohärenter Gesamtbefund anhand der Schutzzwecke der Bankaufsicht als Leitfäden der Systematisierung	136

2. Intensität der Beeinträchtigung der Schutzzwecke als bestimmender Faktor	137
3. Ausbrechen einzelner, neuer Normen	138
C. Die Rechtsfolgenseite der Sanktionsnormen im KWG	139
I. Die Rechtsfolgen der Straftatbestände	139
1. § 54 KWG	139
2. § 54a KWG	139
3. § 55 KWG	140
4. §§ 55a, 55b KWG	140
II. Die novellierten Rechtsfolgen der Ordnungswidrigkeitstatbestände	140
1. Massiv erhöhte Geldbußen	141
2. Abschöpfung der wirtschaftlichen Vorteile	143
a) Grundgedanke und § 56 Abs. 7 KWG	143
b) Zusätzliche Verschärfung durch § 56 Abs. 6c KWG	143
c) Problematisches Verhältnis zur allgemeinen Dogmatik des Ordnungswidrigkeitenrechts und der Normklarheit	144
III. Vergleich mit den Sanktionen der europäischen Bankaufsicht	146
§ 4 Öffentlichkeit als neue Sanktion im Sanktionssystem des KWG	149
A. Analyse mit nationaler Brille	150
I. Bestimmung der Analysekriterien	150
1. Ausgangsüberlegung: Sanktion als Oberbegriff	150
2. Strafe	151
a) Das Wesen der Strafe und die Bestimmungskriterien der herrschenden Auffassung	151
aa) Bundesverfassungsgericht	151
(1) Ausgangsüberlegungen	151
(2) Die drei Strafbegriffe des BVerfG	153
(3) Erkenntnis und Gewinn für die Untersuchung	156
bb) Herrschende Literaturauffassung	156
b) Die Strafzwecke	159
aa) Absolute Straftheorien	159
bb) Relative Straftheorien	161
(1) Theorie der Generalprävention	161
(a) Negative Generalprävention (Abschreckungsprävention)	161

(b) Positive Generalprävention (Integrationsprävention)	163
(2) Spezialprävention	163
(a) Negative Spezialprävention	163
(b) Positive Spezialprävention	164
(3) Die herrschende Vereinigungstheorie als Bündel der Strafzwecke	164
c) Haupt- und Nebenstrafe	165
3. Nebenfolgen	166
4. Sanktionen sui generis	167
5. Abschließende Klarstellung zu juristischen Personen	168
II. Analyse der Normen des KWG	169
1. § 60b KWG	170
a) Einordnung als strafähnliche Maßnahme („Ob“)	170
aa) Kriterien des BVerfG	170
(1) Wirkung	170
(2) Intention des Gesetzgebers	171
(a) Maßgeblichkeit des Europäischen Gesetzgeberwillens	171
(b) Zwecksetzung durch den europäischen Gesetzgeber (subjektiver Zweck)	172
(aa) Ausdrückliche Zwecksetzung	172
(bb) Differenzierung in präventive Veröffentlichung und repressives „naming and shaming“ durch die Regelungssystematik des europäischen Gesetzgebers?	176
(cc) Fazit	178
(c) Nachfolgende Einordnung im nationalen Recht	179
(aa) Negative Generalprävention als Strafzweck	179
(bb) Negative Spezialprävention als Strafzweck	181
(cc) Bereits jetzt: Eingreifen der Vereinigungstheorie	181
(dd) Zudem: Vergeltung als Strafzweck	182
(ee) En passant: Konformgehen mit den expressiven Straftheorien	183

(ff) Der vergewissernde Blick zurück auf § 53 WiStG 1949	184
(gg) Zwischenergebnis	186
(3) Überprüfung anhand einer Analyse der Norm (objektiver Zweck)	186
(a) Wortlaut und Systematik	186
(b) Bewertung isolierter Argumente	189
(aa) Keine Orientierungsmöglichkeit für andere Marktteilnehmer	189
(bb) Warnung vor einer Unternehmensunzuverlässigkeit?	191
(cc) Fehlender (ordnungsrechtlicher) missbilligender Vorwurf der Veröffentlichung?	193
(c) Ergebnis	203
bb) Abgrenzung zur Strafe im engeren Sinne (Kriminalstrafe)	204
b) Einordnung als strafähnliche Nebenfolge („Wie“)	204
aa) Keine Einordnung als Nebenstrafe	205
bb) Einordnung als strafähnliche Nebenfolge	205
c) Ergebnis	208
2. § 60c KWG	208
a) Analyse anhand der Kriterien des BVerfG	208
aa) Wirkung	208
bb) Intention des Gesetzgebers	208
cc) Überprüfung anhand der Analyse des objektiven Zwecks	209
(1) Wortlaut und Systematik	209
(2) Telos	210
b) Einordnung als strafähnliche Nebenfolge	210
3. § 60d KWG	210
a) Analyse anhand der Kriterien des BVerfG	210
aa) Wirkung	210
bb) Intention des Gesetzgebers	210
cc) Überprüfung anhand der Analyse des objektiven Zweckes	211
(1) Wortlaut und Systematik	211
(2) Telos	212
b) Einordnung als strafähnliche Nebenfolge	212
III. Ergebnisse auf nationaler Ebene	213

B. Uniale Brille	215
I. „Naming and shaming“ als Strafe i. S. d. Art. 6 EMRK	216
1. Die Engel-Kriterien des EGMR	216
2. Analyse der Normen des KWG	219
a) Einordnung im staatlichen Recht	219
b) Natur des Vergehens (nature of the offence/nature de l’infraction)	219
c) Schwere der Sanktion	222
d) Ergebnis	224
e) Zuordnung zum Kernbereich oder Strafrecht im weiteren Sinne?	225
II. „Naming and shaming“ als Strafe aus der Warte des EuGH – eine Frage der Kompetenz	227
1. Die Strafbegriffe des EuGH	227
a) Kriminalstrafe bzw. Strafe i. e. S. – der kompetenzrechtliche Strafbegriff	227
aa) Ausgangspunkt: Kompetenzüberlegungen	227
bb) Kriterien für die Kriminalstrafe	229
cc) Nota bene: Interdependenzen mit dem EGMR	232
b) Strafrecht im weiteren Sinne – der garantierechtliche Strafbegriff und Verwaltungssanktionen	232
2. „naming and shaming“ als repressive Verwaltungssanktion	235
a) Keine kriminalstrafrechtliche Sanktion	235
b) Einordnung als Verwaltungssanktion	237
C. Zusammenfassung der Ergebnisse und Interdependenzen	239
1. Zusammenfassung	239
2. Interdependenzen	240
 § 5 Verfassungsrechtlicher Klärungsbedarf	 243
A. Uniales Verfassungsrecht	243
I. Kompetenzrechtlicher Klärungsbedarf	243
1. Kein Grundsatzkonflikt durch „naming and shaming“ als Verwaltungssanktion	243
a) (Noch) keine kriminalstrafrechtliche Sanktion	243
b) Kritischer Ausblick: Kriminalstrafrechtliches „naming and shaming“	245
2. Anweisungskompetenz der EU hinsichtlich „naming and shaming“ als Verwaltungssanktion	245

a)	Grundsätzliche Kompetenz der EU zum Erlass bzw. der Anweisung zum Erlass von Verwaltungsanktionen	245
b)	Kompetenz in concreto	247
aa)	Bestehen einer Anweisungskompetenz	247
bb)	Problem: Kompetenz zur Forderung spezifischer Sanktionsformen?	250
(1)	Ausgangslage	250
(2)	Binnenmarktbezug und Subsidiaritätsprinzip	250
(3)	Kompetenzbezogenes Verhältnismäßigkeitsprinzip	253
cc)	Absicherung: Hohe Hürden für einen „ultra vires“-Akt	253
c)	Ergebnis	257
II.	Vereinbarkeit mit unionalem Verfassungsrecht	258
1.	Vorüberlegungen und Forschungsprogramm	258
a)	Vorüberlegungen zum Prüfungsgegenstand	258
b)	Forschungsprogramm	259
2.	Vereinbarkeit der Unionsrechtsakte mit der Grundrechte-Charta	260
a)	Art. 68 CRD IV-Richtlinie	260
aa)	Juristische Personen	260
(1)	Unternehmerische Freiheit, Art. 16 GRC	260
(a)	Schutzbereich	260
(b)	Beeinträchtigung	263
(aa)	Vorliegen eines Eingriffs	263
(bb)	Besondere Intensität durch das Publikationsorgan Internet	265
(c)	Rechtfertigung	267
(aa)	Legitimes Ziel	268
(bb)	Geeignetheit	269
(cc)	Erforderlichkeit	273
(dd)	Angemessenheit	276
(α)	Gewichtung der verfolgten Zwecke	276
(β)	Keine Schutzwürdigkeit der Unternehmen? Die Linie des EuG	277
(γ)	Die Verhältnismäßigkeitsklausel als Scheinlösung	279
(2)	Eigentumsrecht, Art. 17 GRC	286
(3)	Geschäftliches Privatleben und Datenschutz, Art. 7, 8 GRC	288

(4) Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Verwaltungssanktionen, Art. 49 Abs. 3 GRC . . .	291
(5) Bestimmtheitsgrundsatz	291
(6) Doppelbestrafungsverbot, Art. 50 GRC	292
(7) Ergebnis	293
bb) Natürliche Personen	294
(1) Art. 7, 8 GRC	294
(a) Schutzbereich	294
(b) Beeinträchtigung	294
(c) Rechtfertigung	295
(aa) Legitimer Zweck	296
(bb) Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit	296
(α) Transparenz ist kein Selbstzweck – Stärkung des Grundrechtsschutzes durch die Schecke-Entscheidung des EuGH	296
(β) Kein weiter Beurteilungsspielraum und erheblicher Grundrechtseingriff	298
(2) Art. 15, 16 GRC	298
(3) Justizgrundrechte	299
(4) Ergebnis	299
b) RL 2014/65/EU	299
aa) Juristische Personen	299
(1) Wirtschaftsgrundrechte	299
(2) Unschuldsvermutung, Art. 48 GRC	300
(a) Keine sekundärrechtliche Regelung	300
(b) Schutzbereich	300
(c) Beeinträchtigung und Rechtfertigung	303
(aa) Kein Tatbestandliches Ausschneiden einer Verletzung durch Hinweise der Behörde auf fehlende Bestands- und Rechtskraft	303
(bb) Das „Vorziehen“ der Sanktionswirkung und die Janosevic-Entscheidung	305
(3) Natürliche Personen	308
c) VO (EU) Nr. 909 /2014	309
3. Vereinbarkeit der nationalen Regelungen mit der Grundrechte-Charta	309
a) Anwendbarkeit der Grundrechtecharta	309

aa)	Voraussetzungen für die Bindung der Mitgliedstaaten	309
bb)	Analyse der Publizitätsnormen des KWG	312
(1)	§ 60b KWG	312
(a)	Bußgeldentscheidungen	312
(b)	Veröffentlichung sonstiger Maßnahmen wegen Verstößen	313
(c)	Cave: Art. 4 Abs. 3 SSM-VO	314
(2)	§ 60c KWG	314
(3)	§ 60d KWG	314
b)	Vereinbarkeit mit der GRC	314
aa)	Unverhältnismäßigkeit als notwendige Folge	314
bb)	Unschuldsumutung	315
(1)	Juristische Personen	315
(a)	Schutzbereich	315
(b)	Beeinträchtigung und Rechtfertigung	316
(aa)	Kein Tatbestandliches Ausscheiden einer Verletzung durch Hinweise der Behörde auf fehlende Bestands- und Rechtskraft	316
(bb)	Das „Vorziehen“ der Sanktionswirkung und die Janosevic-Entscheidung	316
(2)	Natürliche Personen	317
cc)	Doppelbestrafungsverbot, Art. 50 GRC	317
III.	Ergebnis	318
B.	Nationales Verfassungsrecht	319
I.	Relevanz und Prüfungsmaßstab	319
II.	Vereinbarkeit mit nationalem Verfassungsrecht	320
1.	§ 60b KWG	320
a)	Juristische Personen	320
aa)	Veröffentlichung von präventiven Maßnahmen	320
(1)	Berufsfreiheit, Art. 12 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG	320
(a)	Schutzbereich und Schutzgehalt	321
(aa)	Schutz des guten Rufes bzw. der Reputation	321
(bb)	Negative Informationen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse?	323
(b)	Eingriff	324
(c)	Rechtfertigung	328

(2) Unternehmenspersönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V.m. Art. 19 Abs. 3 GG	330
bb) Veröffentlichung von Maßnahmen mit Vorwurf, insb. Bußgeldentscheidungen	333
(1) Berufsfreiheit, Art. 12 GG i. V.m. Art. 19 Abs. 3 GG	333
(2) Art. 103 GG	333
(a) Art. 103 Abs. 2 GG	333
(aa) Bestimmtheitsgebot	333
(bb) Rückwirkungsverbot	335
(b) Ne bis in idem, Art. 103 Abs. 3 GG	336
(3) Richtervorbehalt Art. 92 GG i. V.m. Art. 19 Abs. 3 GG	336
b) Natürliche Personen	336
aa) Art. 12 GG	336
bb) Art. 2 Abs. 1 i. V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	336
2. § 60c und § 60d KWG	337
III. Ergebnis	338
 § 6 Kartographie – Ableitungen und ein Ausblick	 341
I. Trotz Fundamentalkritik: Handreichung für eine Nutzung von Öffentlichkeit de lege lata	342
1. Berücksichtigung der Veröffentlichung bei der Bußgeldbemessung	342
a) Das „Ob“ der Berücksichtigung	342
b) Das „Wie“ der Berücksichtigung	345
2. Veröffentlichung vorwurfsunabhängiger Verstöße und Maßnahmen	346
a) Juristische Personen	346
b) Natürliche Personen	347
II. Überlegungen zu einer verhältnismäßigen Nutzung von Publizität als Steuerungsinstrument de lege ferenda	347
1. Kein genereller Ausschluss von „naming and shaming“ als Sanktion in Europa	347
2. Publizität als zulässiges Steuerungsinstrument de lege ferenda	348
a) Juristische Personen	348
b) Natürliche Personen	349
III. Übertragung und Nutzung der gefundenen Ergebnisse	351

1. Grundsätzliche Übertragbarkeit	351
2. Implikationen für das Rechtsfolgensystem einer Verbandsstrafbarkeit (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 VStGB-E) . . .	352
IV. Ausblick und Prognose – „Information overload“?	354
§ 7 Zusammenfassung in Leitsätzen	359
Synopse WpHG a. F. – WpHG n. F. (ausgewählte Normen)	373
Literaturverzeichnis	379
Sachregister	439

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AMF	Autorité des marchés financiers
AtG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CCP	Central Counter Party
CEBS	Committee of European Banking Supervisors
CEBS-Leitlinien	Guidelines on the implementation of the revised large exposure regime vom 11. Dezember 2009
CONSOB	Commissione Nazionale per le Società e la Borsa
CRD IV	Capital Requirements Directive (Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl. EU L 176, 338 vom 27. Juni 2013)
CRR	Capital Requirements Regulation (Durchführungsverordnung (EU) Nr. 646/2012 der Kommission vom 16. Juli 2012 mit Bestimmungen über Geldbußen und Zwangsgelder gemäß der Verordnung (EG) Nr. 216/2008 des europäischen Parlamentes und des Rates, ABl. EU L 187, 29)
CRR	Capital Requirements Regulation (Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl. EU L 176, 1 vom 27. Juni 2013)
DOJ	Department of Justice
EBA	European Banking Authority (Europäische Bankenaufsichtsbehörde)
EDSB	Europäischer Datenschutzbeauftragter
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESFS	Europäisches Finanzaufsichtssystem
ESM	Europäischer Stabilitätsmechanismus
ESMA	Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde

ESRB	Europäischer Ausschuss für Systemrisiken
ESZB	System der Europäischen Zentralbanken
EZB	Europäische Zentralbank
EZB-Satzung	Satzung des europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank (ABl. EG C 191, 68 vom 29. Juli 1992)
FCA	Financial Conduct Authority
FSA	Financial Services Authority
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
J.I.B.L.R	Journal of International Banking Law & Regulation
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
KWG 1934	Reichsgesetz über das Kreditwesen vom 5. Dezember 1934
KWG 1939	Gesetz über das Kreditwesen vom 25. September 1939 in der zuletzt gültig gewesenen Fassung
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LFGB	Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch
LSE	London Stock Exchange
MAD II	Market Abuse Directive (Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie), ABl. EU L 173, 179 vom 12. Juni 2014)
MAR	Market Abuse Regulation (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. EU L 173, 1 vom 12. Juni 2014)
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement, Rundschreiben der BaFin
OTC	Over the Counter
PRA	Prudential Regulation Authority
PRIP	Packages retail and insurance-based investment products
PRIP-VO	Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIP), ABl. EU L 352, 1 vom 9. Dezember 2014
ProdSG	Gesetz über die Bereitstellung von Produkten auf dem Markt

Rating-VO	Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen, ABl. EU L 302, 1 vom 17. November 2009
SEC	Securities and Exchange Commission
SSM	Single Supervisory Mechanism (Einheitlicher Bankenaufsichtsmechanismus)
SSM-Rahmen-VO	Verordnung (EU) Nr. 468/2014 der Europäischen Zentralbank vom 16. April 2014 zur Einrichtung eines Rahmenwerks für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und den nationalen zuständigen Behörden und den nationalen benannten Behörden innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus, ABl. EU L 141, 1 vom 14. Mai 2014
SSM-VO	Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, ABl. EU L 287, 63 vom 29. Oktober 2013
StGB	Strafgesetzbuch
TEHG	Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen
TRL 2013	Richtlinie 2013/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, sowie der Richtlinie 2007/14/EG der Kommission mit Durchführungsbestimmungen zu bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2004/109/EG, ABl. EU L 294, 13 vom 6. November 2013
VAG VStrGB-E	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen Entwurf des Rechtsausschusses des Landtags des Landes Nordrhein-Westfalen eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, Information 16/127 vom 23.9.2013
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz

§ 1 Einleitung und Begriffsbestimmung

A. Problemstellung und Gegenstand der Untersuchung

I. Die Gretchenfrage

In der Art ihrer Sanktionen erkennt man die Menschlichkeit einer Gesellschaft ebenso gut wie gesellschaftliche Wandlungsprozesse. Denn die „Art staatlichen Strafens spiegelt den herrschenden Zeitgeist als wichtiges Kennzeichen der Kultur“¹ wider. Die Öffentlichkeit durchdringt das Leben in einer digitalisierten Gesellschaft in erheblichem Maße und zunehmender Geschwindigkeit. Zeitgleich nimmt sie instrumentell betrachtet² unterschiedliche Gestalten an und ist heute zentrale Steuerungsform des Staates. Warum sollte dies keine Auswirkungen auf die Palette an Sanktionen haben? Das Sanktionenrecht ist besonderer Resonanzboden für diese Entwicklungen und – wie das Strafverfahrensrecht – eine Art „Seismograph der Staatsverfassung“³. Der Einsatz von Öffentlichkeit als Sanktion ist freilich in der Sache nichts Neues. Ebenso wie die grundsätzliche Ablehnung eines solchen „echten Prangers“ in der Rechtsordnung des Grundgesetzes.

Bereits § 139 der Paulskirchenverfassung statuierte: „[...] die Strafen des Prangers [...] sind abgeschafft“⁴. Denn, so die Begründung dazu: „Ein freies Volk [hat] selbst bei dem Verbrecher die Menschenwürde zu achten“⁵. Klarzustellen ist jedoch schon vorweg, dass sich die hier analysierte Praxis fundamental von der – oftmals auch physisch verletzenden – Form des Prangers vergangener Jahrhunderte unterscheidet.⁶ Um die vorkonstitutionelle, die Menschenwürde herabwürdigende, erniedrigende Zurschaustellung geht es hier – oftmals schon aufgrund der Adressaten (juristische Personen) – nicht. Gleichwohl fühlt man

¹ *Kilger*, ZRP 2016, 186. Vgl. auch *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 14, 29 ff.; *Jakobs*, AT, 1992, S. 5.

² Näher S. 15 ff.

³ Vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 2017, § 2, Rn. 1 für das Strafverfahrensrecht.

⁴ Zitiert nach *Hähnchen*, Rechtsgeschichte, 2016, Rn. 687.

⁵ Zitiert nach *Kühne*, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 1998, S. 344.

⁶ *Möstl* in: *Möstl/Meyer*, Lebensmittelüberwachung, 2015, S. 25 (27); *Reimer*, JöR 58 (2010), 275.

sich an den Pranger erinnert und zumindest in der Grundbauweise wird man die ähnliche Wirkung nicht abstreiten können. Hier gilt dann die Feststellung von Justice *Brandeis* zu Publizität aus dem frühen 20. Jahrhundert: „Sunlight is said to be the best of disinfectants; [...]“.⁷ Im Gegensatz zum Lebensmittelrecht oder Verbraucherrecht wird im Kapitalmarkt- und Bankaufsichtsrecht sogar *expressis verbis* mit dem Ziel der Abschreckung gearbeitet und argumentiert; die bemäntelnden⁸ Ziele der Transparenz oder des Anleger- und Verbraucherschutzes treten in den Hintergrund. Um klassische Gefahrenabwehr geht es hier – unstreitig – ohnehin nicht mehr. Und so fragt sich, ob eine – von der Europäischen Kommission ausdrücklich als „Strafe“⁹ bzw. „(complementary) sanction“¹⁰ bezeichnete – neue Sanktionsform unter dem Begriff „naming and shaming“ schleichend¹¹ Einzug ins deutsche Recht gehalten hat, indem das „Wie“ der Sanktionierung im Kapitalmarktrecht zunehmend durch den europäischen Gesetzgeber in Beschlag genommen wird. Auch wenn freilich nicht mehr die räumlich gebundene, sondern eher amorphe Plattform des Internets, als Ausdruck der „neuen, emergenten Ordnung, geprägt durch dezentralisierte, globalisierte Vernetzung und spontaner Ordnungsbildung“¹² als Forum Romanum des 21. Jahrhunderts die – irreversible – Szenerie liefert.

Diese Untersuchung muss sich dabei bei der Ergründung dieses Phänomens des „naming and shaming“ drei in der wissenschaftlichen Durchdringung noch erheblich unterrepräsentierten Forschungsdesiderata widmen. Erstens ist die „Dreiteilung der Rechtswelt“¹³ zu überwinden. Ob man gleich einen „Paradigmenwechsel“ hin zu einer „eigenständigen Sanktionsrechtswissenschaft“ fordern will,¹⁴ mag man skeptisch beäugen.¹⁵ Die Trennschärfe der Abkopplung der Strafrechtswissenschaft von der „Mutterdisziplin des Öffentlichen Rechts“ durch eine „doktrinäre Säulenarchitektur“ der Rechtsgebiete stellt im internationalen und europäischen Vergleich jedoch einen „deutschen Sonderweg“ dar.¹⁶ Diese

⁷ *Brandeis*, *Other People's Money and How the Bankers Use it*, [1914] 2009, S. 92.

⁸ *Kloepfer*, *Recht und Staat*, Bd. 427, 1973, S. 15.

⁹ COM 2016, 32 final, S. 9. In der englischen Sprachfassung bezeichnet als „penalty“, COM 2016, 32 final, S. 8, in der französischen Fassung bezeichnet als „sanction“, COM 2016, 32 final, S. 8.

¹⁰ SEC 2010, 1496 final, S. 25.

¹¹ Vgl. *Kindermann/Bast*, CB 2014, 298 (300).

¹² *Di Fabio*, in: *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2013*, S. 11 (14); *Gärditz*, *Der Staat* 54 (2015), 113 ff.

¹³ *Jestaedt*, *JZ* 2014, 1 (4); umfassend *ders.* in: *FS Stürmer*, 2013, S. 917 ff.

¹⁴ So etwa *Engelhart*, *RW* 2013, 208 (213) (Hervorhebung nicht übernommen).

¹⁵ *Saliger* in: *Hilgendorf/Schulze-Fielitz*, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 117 (131).

¹⁶ *Gärditz*, *Staat und Strafrechtspflege*, 2015, S. 10; siehe auch *Jestaedt*, *JZ* 2014, 1 ff.

Arbeit verschreibt sich zweitens der Intradisziplinarität,¹⁷ d. h. es sollen sowohl rechtsgebiets- als auch disziplinübergreifende (insb. ökonomische) Beobachtungen berücksichtigt werden. Zunächst stellt sich hier die intrikate Frage nach der Abgrenzung zwischen Prävention und Repression. „Grenzauflösungen zwischen Strafrecht und Gefahrenabwehr [...] markieren gerade argumentative Verschiebungen, die den Umgang mit sozialen Risiken und damit die freiheitliche Basisstruktur einer Rechtsordnung tangieren.“¹⁸ Die Modifikationen von Argumentationsmustern lassen sich hier insbesondere anhand der Verhältnismäßigkeit¹⁹ und dortigen Verschiebungen der Argumentationslasten beobachten. Das Vor- und Eindringen von Grundsätzen, wie der generellen Transparenz von Staatlichkeit und staatlichem Handeln, wird hier plastisch.

Das neue Phänomen des „naming and shaming“ wird zwar vermehrt in der Literatur wahrgenommen; die – national induzierten – Ableger im Lebensmittelrecht auch in der Rechtsprechung. Die bikonzeptionelle Struktur dieser Normen wurde bisher jedoch kaum²⁰ betrachtet. Auch die BaFin selbst ist sich bei dem Phänomen und seiner Einordnung nicht ganz sicher.²¹ Und so wird zum Teil zwar gesehen, dass hier eine „Erweiterung der Sanktionspalette“ erfolgt sein könnte, doch wird dies weder aufgegriffen, noch werden die Folgefragen gestellt.²² Die

¹⁷ Zu dieser als Chance bzw. Störfaktor siehe nur *Gutmann* in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz, Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 93 (99 ff.).

¹⁸ *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 33.

¹⁹ *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 33.

²⁰ Grundlegend dazu im Lebensmittelrecht als einer der wenigen *Möstl*, *GewArch* 2015, 1 (3 ff.).

²¹ Das erfährt man nicht nur im persönlichen Gespräch mit Mitarbeitern der BaFin und ihren Veröffentlichungen (dagegen etwa v. *Buttlar*, *BB* 2014, 451 (457), andere Töne bei *Bußlab/Schermuly*, *WM* 2016, 2005), sondern es wird auch in den Ausführungen der Exekutivdirektorin *Freiwald* im *BaFin*, Jahresbericht, 2016, S. 55 ff. deutlich. Diese zeichnet in bemerkenswerte Klarheit einen Abriss über die Grenze von Prävention und Repression und schreitet dabei die zentralen Befugnisse einordnend ab. Doch ausgerechnet bei den „Veröffentlichungspflichten“ (S. 58 des Berichts) erfolgt keine klare Stellungnahme. Vielmehr wird zwar auf die potentiell erheblichen Auswirkungen für die Unternehmen hingewiesen (natürliche Personen werden gar nicht erst erwähnt), dann aber im Mai 2017 ausschließlich mit § 60b KWG als einziger „Soll“-Vorschrift („kein Automatismus“) und dessen Beschränkung auf bestandskräftige Entscheidungen argumentiert. Auf die erhebliche Verschärfung durch §§ 60c und 60d KWG wird nicht näher eingegangen. Und gerade bei der Nagelprobe erfolgt dann auch keine Positionierung mit Blick auf das Raster der Prävention bzw. Repression.

²² So erwähnt *Abbé*, Verbraucherschutz durch Transparenz?, 2017, S. 55 zwar das Problem der etwaigen neuen Sanktionsform, geht dann aber darüber hinweg und konstatiert schlicht, dass mit Blick auf den hohen Rang des Verbraucherschutzes „die Vorteile die Nachteile überwiegen“. Dieses Vorgehen mag in der dortigen Untersuchung durch den speziellen Fokus gerechtfertigt sein. Klar machen sollte man sich aber, dass die entscheidende Frage (wieder) nicht gestellt wurde, sondern der Abwägung in einer Kosten-Nutzen-Analyse zum Opfer fiel.

strafrechtliche²³ Komponente wurde bisher fast²⁴ völlig vernachlässigt. Hier setzt diese Arbeit mit ihrer strafverfassungsrechtlichen Brille an. Auch wird diese Untersuchung die berechtigte Kritik²⁵ aufgreifen, dass etwaige Reputationsschäden nicht näher erläutert oder ökonomisch fundiert werden. Die Einbeziehung und Verknüpfung neuester ökonomischer Forschungsergebnisse bilden so einen wichtigen Baustein für die juristische Analyse, deren Bestandteile dann gewissermaßen auch ökonomisch „gebrannt“ sind.

Zudem unternimmt diese Untersuchung einen dritten Schritt, der bisher so gut wie keine Beachtung gefunden hat: die Einbeziehung der umfassenden europäischen Einflüsse auf das „Wie“ der Sanktionierung. Durch die Fokussierung auf das Bankaufsichtsrecht wird dabei ein Untersuchungsgegenstand gewählt, der aufgrund der unionsrechtlichen Determinierung in hohem Maße erkenntnisreich ist. Dies gilt gerade mit Blick auf den immer bedeutsameren „europäischen Verfassungsgerichtsverbund“²⁶ zwischen EuGH, EGMR und BVerfG.²⁷ Das Betreten der Mehrebenenstruktur ist für das Strafrecht noch immer eine besondere Herausforderung, die zwar vermehrt Beachtung findet, doch gerade in ihrer Ausdifferenzierung und vermeintlichen Randbereichen, wie dem Strafrecht im weiteren Sinne (also etwa Ordnungswidrigkeiten) noch weiße Flecken aufweist. Ohne „anspruchsvollen Sanktionsbegriff“ oder eine „eigenständige Strafbegründungstheorie“ auf europäischer Ebene²⁸ gerät man so schnell in schwieriges Fahrwasser, wenn auf nationaler Ebene Überlegungen zum Umgang mit europäisch induzierten (vermeintlichen?) Sanktionsintentionen fehlen. Will die Strafrechtswissenschaft nicht „in dogmatischer Schönheit europäisch [...] sterben“, ²⁹

²³ Grundlegende Überlegungen zum „Pranger im Verwaltungsrecht“ finden sich jedoch bei Reimer, JöR 58 (2010), 275 ff.

²⁴ Einzelne Stimmen haben sich auf sehr knappem Raum ausschnittsweise damit befasst. Siehe *Nartowska/Knierbein*, NZG 2016, 256 ff.; *Uwer/Rademacher*, BKR 2015, 145 ff.; *Schmieszek/Langner*, WM 2014, 1893 ff. Die einzige monographische Betrachtung der Frage von *Jüngel*, Shame Sanctions, 2011 klammert die unionalen Vorgaben als den Motor der Entwicklung aus, behandelt die verfassungsrechtlichen Fragen nur ausschnittsweise und extrem knapp (dort S. 198–204) und entwickelt einen eigenen „funktionalen“ Strafbegriff (zusammenfassend dort S. 230 ff.), was die Anschlussfähigkeit freilich stark erschwert und einen ganz anderen Zugang als die strikte Analyse nach dem BVerfG, EGMR und EuGH hier bildet. Die Eskalationsstufen seit KOM 2010, 716 endg. (dazu hier S. 84 ff.) konnten ebenso nicht mehr berücksichtigt werden. Kurzum: Die Rahmenbedingungen haben sich seit März 2010 (Stand der Bearbeitung von *Jüngel*) grundlegend geändert und die Herangehensweise ist eine andere.

²⁵ Siehe etwa *Bäcker*, JZ 2016, 595 (598 f.).

²⁶ *Voßkuhle*, NVwZ 2010, 1 (3). Vgl. auch *ders.*, RdA 2015, 336 (337).

²⁷ Ebenso *Ludwigs/Sikora*, JuS 2017, 385 (393).

²⁸ So *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 80.

²⁹ *Lepsius* in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz, Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 53 (87). Ebenso *Ambos* in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung

muss sie auch diese Herausforderung annehmen. Den schon im Öffentlichen Recht mit Blick auf deutsche Rechtsdogmatik beklagten „disziplinären Provinzialismus“³⁰ will diese Arbeit auch im Strafrecht überwinden. Durch die Untersuchung von Speziellem kann so Grundlegendes gewonnen werden.

Und so ergeben sich folgende zentrale Forschungsfragen: Ist Öffentlichkeit, instrumentell verstanden als „naming and shaming“, d. h. grob gesprochen³¹ die Veröffentlichung von Verstößen und Sanktionsentscheidungen, eine (strafrechtliche) Sanktion? Wie weit hat also der europarechtliche Einfluss das „naming and shaming“ bereits salonfähig gemacht und zu einer problematischen wie „interessanten Erweiterung der Sanktionspalette“³² mit öffentlichem Druck als „als [vermeintlich] ‚weichem‘ Sanktionsmittel“³³ geführt, dessen „mittelfristige“³⁴ Einführung ohnehin prophezeit wurde? Kurzum; es wird endlich die Gretchenfrage gestellt:

Nun sag, wie hast Du's mit der Öffentlichkeit als Sanktion?

Die Frage nach dem Sanktionscharakter ist dabei keine nur theoretisch interessante, sondern determiniert in erheblichem Maße praktische Rechtsanwendungsfragen. Eine Sanktion unterliegt erheblich strengeren Verhältnismäßigkeits- und Rechtfertigungsanforderungen. So würden etwa die – derzeit praktizierte – Veröffentlichung von Bußgeldern schon vor Bestandskraft des Bußgelbescheides und die wohl schwer absehbaren Veröffentlichungsfolgen ein arges Störgefühl bei einer eigenständigen Sanktion auslösen. Man könnte sich dann gar fragen, ob man in der Schaffung neuer „Sanktionsformen“ eine Ausweichbewegung zum nicht existierenden Verbandssanktionenrecht in Deutschland und einem als zu lasch empfundenen Regime um § 30 OWiG zu erkennen vermag. Diesen Fragestellungen geht diese Arbeit anhand des Bankaufsichtsrechts nach. Insbesondere wird nach der Beantwortung der Grundfrage („ob“) nicht stehen geblieben, sondern die Folgefragen ebenfalls gestellt. Zentrale Fragestellungen sind dabei dann die Einordnung des Instruments in das Sanktionensystem („Wie“) und die Interdependenzen mit Blick auf die Sanktionsbemessung. Zudem werden die verfas-

moderner Strafrechtspflege, 2016, S. 321 (339). Siehe auch den Appell von *Vogel*, JZ 2012, 25 ff. Relativierend und für die deutsche Strafrechtswissenschaft optimistischer aber *Schünemann* in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz, Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 223 (228 ff.).

³⁰ *Jestaedt*, JZ 2014, 1.

³¹ Näher zum Begriff siehe S. 16 ff.

³² *Waldhoff*, JuS 2013, 860 (862).

³³ *Ritter* in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben, 1990, S. 69 (82).

³⁴ So für das Kapitalmarktstrafrecht *Szesny* in: *Szesny/Kuthe*, Kapitalmarkt Compliance, 2014, S. 715.

sungsrechtliche Zulässigkeit auf nationaler wie unionaler Ebene, die Kompetenzfrage im europäisierten Sanktionenrecht und schließlich daraus abgeleitete Überlegungen zur möglichen Nutzung *de lege lata* und *de lege ferenda* untersucht.

II. Aufsatzpunkt der Frage: Das Sanktionssystem des KWG

Bei ihrer Zentralfrage geht die Arbeit von der Prämisse aus, dass sich das „naming and shaming“ zumindest hinsichtlich bestimmter Aspekte nur bereichsspezifisch zutreffend analysieren und erfassen lässt. Es wird daher anhand des Bankaufsichtsrechts und noch konkreter anhand des KWG untersucht, ob und wie es hierbei um einen neuen Baustein eines Sanktionssystems geht. Hieraus lassen sich in der Gesamtschau dann Ableitungen und eine Übertragung auf andere Bereich erwägen. Klar ist aber, dass die Thematik etwa im – hinsichtlich des „naming and shaming“ national geprägten – Lebensmittelrecht die Abwägung und die Veröffentlichungsintention andere Aspekte zu berücksichtigen hat. Auf die Übertragbarkeit wird daher am Ende dieser Untersuchung nochmals genauer einzugehen sein. Hier sei nur ein erstes *Cave* gesetzt und davor gewarnt, das Phänomen allgemeingültig für alle Bereiche abhandeln zu wollen.

Dies ist auch der Grund dafür, dass diese Arbeit ein Zwischenziel verfolgt: die Analyse und Systematisierung der Sanktionsnormen des KWG. Denn Banken stehen spätestens seit der Finanzkrise der Jahre 2007 bis 2009 insgesamt „im strafrechtlichen Regulierungsfokus“³⁵. Die Banken – und ihre Rechtsabteilungen und Anwälte – durchlaufen rechtlich³⁶ wie tatsächlich Stresstests. Zugleich befindet sich die nationale und europäische Bankaufsicht im Umbruch und der Berg an Verordnungen wächst ebenso schnell wie der Katalog sanktionsbewehrter Pflichten. Manche sehen dabei das „Kapitalmarktstrafrecht im Treibsand prinzipienorientierter Regulierung“³⁷. Andere sprechen gar von „hypertrophem“³⁸ Strafrecht und einem „(Irr-)Weg der Regulierung der Kapitalmärkte über das Strafrecht“³⁹. Und gänzlich negieren lässt sich die Beobachtung eines Kapitalmarktrechts als besonderer Resonanzboden für mehrere allgemeine Klänge, wie die Absicherung durch (vorverlagertes) Strafrecht und „symbolische Strafgesetzgebung“⁴⁰ auch nicht. Genau in dieser Melange bewegt sich diese Arbeit, die das Kreditwesengesetz (KWG) in den Fokus der Betrachtung rückt. So besitzt das

³⁵ Ahlbrecht, BKR 2014, 98.

³⁶ Siehe insbesondere Art. 4 der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013.

³⁷ Kasiske, ZIS 2013, 257.

³⁸ Hamm/Richter, WM 2013, 865 zum Trennbankengesetz.

³⁹ Wastl, WM 2013, 1401 (1407).

⁴⁰ Hamm/Richter, WM 2013, 865 (869).

KWG auch ohne das neue „naming and shaming“ ein umfangreiches Portfolio an präventiven und repressiven Instrumentarien zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Bankwesens. Die repressive Flanke des Bankaufsichtsrechts hat dabei in jüngster Zeit eine umfassende Novellierung und in Teilen eine grundsätzliche Neuausrichtung erfahren. Dabei werden straf- und bankaufsichtsrechtliche Themenstellungen verknüpft und ein Nebeneinander von straf-, ordnungswidrigkeiten- und aufsichtsrechtlichen Sanktionen beobachtet.⁴¹ Die Straftatbestände und – in der Praxis von deutlich größerer Bedeutung⁴² – Ordnungswidrigkeiten des KWG in ihrer Gesamtheit sind bisher unerforscht. Gerade nach den umfassenden Einwirkungen der letzten Jahre. Zugleich werden teilweise schon Rufe laut, jüngst eingeführte Vorschriften direkt wieder zu streichen.⁴³ Unterschwellig schwingt in vielen Literaturstimmen auch die Kritik an der Tendenz mit „so gut wie jedes gerade als drängend erkannte gesellschaftliche Problem zumindest auch über das Strafrecht zu lösen“.⁴⁴

Diese Arbeit macht es sich daher auch zur Aufgabe die Gesamtheit der Sanktionsnormen des KWG erstmals insgesamt zu betrachten und zu systematisieren. Dabei soll insbesondere untersucht werden, ob das System kohärent ist und die Aufteilung in Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbestände konsequent ausgestaltet wurde. Dahinter steht letztlich auch die Frage, ob das Strafrecht überhaupt ein sinnvolles und geeignetes Instrument ist, Missstände im Bankenwesen zu bekämpfen,⁴⁵ die hier aus raumökonomischen Gründen freilich nicht selbst untersucht werden soll. Dieses Zwischenziel schafft sodann einmal die Gelegenheit sich die Sanktionsnormen des KWG vor Augen zu führen. Es ist aber vor allem deshalb nützlich, weil das „naming and shaming“ nicht nur zu großen Teilen auf den Sanktionsnormen des KWG aufsetzt, indem die Publikation als Annex zur Bußgeldentscheidung ausgestaltet ist. Sondern vielmehr erlaubt es auch näher zu überlegen, ob die (potentiellen) Sanktionen, d. h. etwa die Geldbuße und die Ver-

⁴¹ In diese Richtung auch *Ahlbrecht*, BKR 2014, 98 (103 f.).

⁴² Statt vieler *Gercke* in: Park, 2017, Kap. 12, Rn. 4.

⁴³ So *Brand*, ZVglRWiss 113 (2014), 142 (164) mit Blick auf § 54a KWG; ähnlich deutlich *Schröder*, WM 2014, 100 (106), der hofft eines Tages hierin „totes Recht“ zu konstatieren. Optimistischer hingegen *Schwerdtfeger*, ZWH 2014, 336 (338).

⁴⁴ So pointiert *Goeckenjan*, wistra 2014, 201 (202) im Kontext des Trennbankengesetzes.

⁴⁵ Zum Teil Zweifel anmeldend *Brand*, ZVglRWiss 113 (2014), 142 (164 f.); kritisch auch *Jahn*, JZ 2011, 340 (345); *Lüderssen*, in: Kempf/Lüderssen/Volk, Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, 2010, S. 211 ff. Explizit für eine Regelungsnotwendigkeit dagegen *Schröder*, WM 2014, 100 (105); *Goeckenjan*, wistra 2014, 201 (205); *Kubiciel*, ZIS 2013, 53 (57); *Kasiske*, ZRP 2011, 137 (138 f.). Tendenziell befürwortend auch *Schünemann*, in: Schünemann, Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?, 2010, S. 71 (80). Umfassend nun *Löwer*, Die strafrechtliche Aufarbeitung der Wirtschafts- und Finanzkrise, 2017 passim.

öffentlichung, in ihrer Gesamtheit angemessen sind. Hierbei ergibt sich dann insbesondere die Fragestellung, ob das „naming and shaming“ bei der Bußgeldentscheidung zu berücksichtigen ist – übrigens ganz unabhängig von der Frage, ob es selbst ein präventives oder repressives Kleid trägt. Diese Frage wurde bisher in der ohnehin kaum vorhandenen Literatur fast⁴⁶ vollständig ausgespart.

B. Forschungsprogramm

Ausgehend von diesen Fragestellungen ergibt sich folgendes Forschungsprogramm: Zunächst wird in § 1 eine Präzisierung der Zentralbegriffe vorgenommen, mit welcher eine Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes einhergeht. Sodann gilt es sich die Grundlagen zu erarbeiten, indem in § 2 einmal die (neue) Konzeption der Bankaufsicht erschlossen wird. Dabei werden als Boden für die Systematisierung die Entwicklung, Begründung und vor allem die Zwecke der Bankaufsicht herausgearbeitet und die institutionelle wie materielle Gemengelage nach der Aufsichtswende zwischen EZB und BaFin entflochten. Nach dieser Grundlegung kann die Aufklärung der Zuständigkeiten und Kompetenzen in der nötigen Kürze erfolgen. Von besonderer Bedeutung ist die sich daran anschließende umfassende Betrachtung der Rolle und des Trends von Öffentlichkeit, wozu nicht nur die Konturierung einer Finanzmarktöffentlichkeit gehört, sondern vor allem die ökonomische Fundierung der Sanktionswirkungen und das Aufzeigen von Eskalationsstufen in der Entwicklung. § 3 widmet sich im Anschluss hieran dem Zwischenziel der erstmaligen umfassenden Analyse und Systematisierung der Sanktionsnormen des KWG anhand der Zwecke der Bankaufsicht, die Analyse seiner Stufung in Verwaltungsunrecht und kriminalstrafrechtliches Unrecht und den novellierten Rechtsfolgen abseits des „naming and shaming“. In § 4 nimmt die Untersuchung dann genau dieses ausgesparte Phänomen in den Blick. Es wird umfassend die „Gretchenfrage“ der Untersuchung beantwortet, ob die Veröffentlichung von Sanktionen und anderen Maßnahmen wegen Verstößen eine eigenständige Sanktion darstellt – und zwar einmal mit nationaler und auch mit europäischer Brille. Die Klärung dieser Zentralfrage erlaubt die verfassungsrechtliche Analyse des Phänomens in § 5, wobei aufgrund der unionsrechtlichen Determinierung und schwieriger Kompetenzfragen das Europarecht voranzustellen ist. Das Kapitel schließt mit einer Betrachtung des deutschen Verfassungsrechts. All diese Überlegungen liefern schließlich die

⁴⁶ Angerissen jetzt bei *Veil*, ZGR 2016, 305 (319) in Fn. 79: „Diskussionswürdig“. Erste Überlegungen hierzu im Lebensmittelrecht finden sich – wenn auch nur *en passant* und ohne dogmatische Unterfütterung, die schon aus platzökonomischen Gründen freilich gar nicht leistbar war, auch bei *Wallau* in: Möstl/Meyer, Lebensmittelüberwachung, 2015, S. 45 (57).

Grundlage für § 6, in welchem den Konsequenzen der obigen Ergebnisse nachgespürt wird. Die Arbeit verschreibt sich dabei dem Ziel, nicht nur zu sagen, was nicht geht, sondern wie es vielleicht möglich gemacht werden könnte. Dies gilt einmal mit Blick auf die Nutzung von Publizität als Steuerungsinstrument *de lege lata* und *de lege ferenda*, aber auch die Übertragbarkeit der Ergebnisse im Generellen. Komplettiert wird das Kapitel durch einen prognostischen Ausblick. Die Ergebnisse der Untersuchung werden in § 7 abschließend in Leitsätzen zusammengefasst.

C. Präzisierung und Grenzen des Untersuchungsgegenstandes

I. Die Fokussierung auf das Bankaufsichtsrecht und das KWG

Die Normen des KWG (§ 60b, § 60c sowie § 60d KWG) *in concreto* sind nun aus zahlreichen Gründen besonders spannend und bilden daher den zentralen Prüfstein dieser Untersuchung. Erstens tragen sie die europäische Tendenz der Nutzung von Öffentlichkeit als Instrument durch den jeweiligen Richtlinien- bzw. Verordnungshintergrund in sich. Hierbei exemplifiziert sich eine Beobachtung, die das gesamte Kapitalmarktrecht betrifft: die nationalen Spielräume werden immer enger, die unionale Prägung immer umfassender. Dieser Entwicklung werden sich auch nationale Sanktionsverständnisse nicht verschließen können. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine „gespaltene Bankaufsicht“ von EZB und BaFin kohärent zusammenspielen soll.⁴⁷ Die Normen befinden sich daher in einem Regulierungs- und Aufsichtsdschungel, der immer mehr von europäischer Ebene beherrscht wird, welche zunehmend in nationale Sachverhalte hinein-dirigiert. Gerade die Integration in ein Sanktionssystem und seine übergreifende Untersuchung verspricht hier eine neue, gewinnbringende Perspektive. Zweitens entzünden die Vorschriften des KWG – entgegen älterer Normen wie bspw. der verwandte § 40b WpHG (§ 123 WpHG n.F.⁴⁸) – auch nicht nur theoretisches Strohfeuer, denn die BaFin wendet diese Vorschriften auch an.⁴⁹ Die neue Anwendungspraxis wird dazu führen, dass sich Unternehmen und Einzelpersonen

⁴⁷ Siehe dazu mit Blick auf die EZB *Kramer/Hinrichsen*, JuS 2015, 673 (679 f.).

⁴⁸ Das WpHG wurde mit dem 2. Finanzmarktnovellierungsgesetz vom 23. Juni 2017, BGBl. I, S. 1693 ff. umfassend umgestaltet und die Paragraphen neu geordnet. Siehe dazu die Synopse im Anhang zu den für diese Untersuchung relevanten Normen, die sich inhaltlich und in der Grundkonzeption jedoch nicht wesentlich geändert haben.

⁴⁹ Im Jahre 2015 etwa hat die BaFin drei Sanktionsentscheidungen auf Grundlage des § 60b KWG veröffentlicht. Dies betraf die Shinhan Bank Europe, die JPMorgan AG und die Bank of China Limited. Siehe etwa Mitteilung der BaFin vom 17. September 2015, permanent abrufbar unter <http://perma.cc/SH89-MSFP>. Siehe zu § 40b WpHG und seiner bisherigen rechtstatsäch-

zunehmend gegen die „Grundsanktionen“ und/oder die Veröffentlichung selbst wehren werden und die Normen somit zukünftig in den Fokus der Rechtsprechung gelangen werden. Dies rechtfertigt die Zentrierung auf ein Gesetz, ohne jedoch das kapitalmarktrechtliche Umfeld aus den Augen zu verlieren. Durch diese Konzentration auf einen Sektor mit einem unglaublich dynamischen Regelungsregime und auf einige konkrete Normen kann am Speziellen geforscht und eine Antwort auf ungeklärte Fragen gegeben werden. Diese sind dann übertragen auch im Generellen von hohem Interesse und dogmatischer Tiefe. Die Kumulation praktischer Relevanz und mangelnder wissenschaftlicher Fundierung sorgt so für die Brisanz und die hohe Aktualität der Arbeit, welche an der Schnittstelle von Strafrecht und Bankaufsichtsrecht Neuland betritt.

II. Präzisierung durch Begriffsbestimmung

Wird inhaltliches Neuland betreten, so geht damit in aller Regel auch eine Unklarheit von Begriffen einher. So muss insbesondere geklärt⁵⁰ werden, was unter dem – sich scheinbar auch in den ersten deutschen Debattenbeiträgen durchsetzenden – Begriff „naming and shaming“ zu verstehen ist. Doch auch vermeintlich bekannte Begriffe, wie Öffentlichkeit und Publizität (1.) sowie Sanktion (2.) sind alles andere als einheitlich verwendet und verstanden, so dass es nötig ist, die zentralen Begriffe zu präzisieren. Die terminologischen Vorfragen werden durch die Einführung des Begriffs der Bankaufsicht (3.) abgeschlossen.

1. Öffentlichkeit und die Rolle des „naming and shaming“

Im Folgenden wird deutlich werden, dass man Öffentlichkeit einmal als soziales Konstrukt begreifen kann (a). Ein solches Verständnis ist dann der richtige Zugriff, wenn man eine neue Fachöffentlichkeit – die Finanzmarktöffentlichkeit – untersuchen und begründen will. Öffentlichkeit kann jedoch auch als Publizität verstanden, wenn nicht gar mit ihr gleichgesetzt werden (b). Dies meint dann die instrumentelle Ebene und ist der richtige Begriff, wenn es um das konkrete Phänomen „naming and shaming“ geht, welches man möglicherweise als Subform zu begreifen hat – als adverse Publizität.

lichen Bedeutungslosigkeit *Walla*, Kapitalmarktaufsicht, 2012, S. 124 und *Teigelack*, in: Veil/Brinckmann, Europäisches Kapitalmarktrecht, 2014, S. 243 (273).

⁵⁰ Siehe zu den Gefahren von Übernahme oder Bildung von Begrifflichkeiten in der Rechtswissenschaft *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, S. 4 ff.

a) Der Begriff: Öffentlichkeit als (soziales) Konstrukt

Nähert man sich dem Begriff der „Öffentlichkeit“, so trifft man auf eine erhebliche Spannbreite an Wissenschaftsdisziplinen, welche sich mit der Fragestellung der Definition bzw. Umschreibung von Öffentlichkeit befassen. Betrachtet man dann die Einzeldisziplinen stellt man fest, dass eine allgemeingültige, unbestrittene Definition der Öffentlichkeit nicht formulierbar ist; er ist „polysem“.⁵¹ Mit Blick auf die für diese Untersuchung relevantesten Bereiche erfolgt daher zunächst eine Annäherung über die Grundlagenwissenschaften, die mit der für diese Untersuchung gebotenen Kürze – und damit denknötwendig verbundenen Simplifizierung – den ersten Zugang bilden. Ziel ist es dabei nicht, die eine allgemeingültige Definition zu formen, sondern Strukturen und wesentliche Merkmale von Öffentlichkeit zu identifizieren. Dies wird im Fortgang unabdingbare Grundlage für die Konturierung einer „Finanzmarktöffentlichkeit“ sein; ein wichtiger Bestandteil für das Verständnis der besonderen Rolle dieser spezifischen Fachöffentlichkeit.

aa) Ansätze zur Begriffsbestimmung

Der Begriff der Öffentlichkeit ist – wie gesagt – nicht allgemeingültig definierbar; er ist zunächst nur „ein historischer Begriff von bemerkenswerter Schwammigkeit“⁵². Der erste Anlaufpunkt des allgemeinen Sprachgebrauchs⁵³ ist aufgrund der „Mannigfaltigkeit konkurrierender Bedeutungen“⁵⁴ ebenso wenig hilfreich wie punktuelle gesetzliche Umschreibungen.⁵⁵ So wird „öffentlich“ häufig mit

⁵¹ Einen umfassenden Überblick über die Ansätze der Disziplinen liefert *Wimmer*, (Gegen-)Öffentlichkeit, 2007, S. 21 ff., der dort auch auf die Mehrdeutigkeit näher eingeht. Er beschränkt sich dabei allerdings auf die politischen Öffentlichkeiten. Breiter *Schiewe*, Öffentlichkeit, 2004, S. 19 ff. Zur Bedeutungsvielfalt siehe auch *Gärditz* in: FS Paeffgen, 2015, S. 439 (440 f.).

⁵² *Negt/Kluge*, Öffentlichkeit und Erfahrung, 1972, S. 17. Kritisch hinsichtlich des Öffentlichkeitsbegriffs als „phantom public“ siehe schon *Lippmann*, The Phantom Public, 1927. Auf diesem in gewisser Weise aufbauend aus jüngerer Zeit teilweise ebenso kritisch *Luhmann* in: *Luhmann*, Politische Planung, 2007, S. 9 ff.

⁵³ Siehe in diesem Zusammenhang die umfassende Aufarbeitung des Begriffs „öffentlich“ bei *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 22 ff., der den Begriff als Gegensatz zu „geheim“ sieht. Siehe auch *Noelle-Neumann*, Öffentlichkeit als Bedrohung, 1977, S. 206.

⁵⁴ *Habermas*, Strukturwandel, 1990, S. 54. Siehe dazu auch *Dietlmeier*, Rechtsfragen der Publizität, 2015, S. 37; *Peters* in: *Peters*, Der Sinn von Öffentlichkeit, 2007, S. 55.

⁵⁵ In aller Regel wird Öffentlichkeit vom Gesetzgeber nicht näher umschrieben; nur vereinzelt finden sich – immer nur für das jeweilige Gesetz maßgebliche und daher zu eng für eine allgemeingültige Aussage – Definitionen in Spezialgesetzen, siehe etwa § 2 Abs. 6 UVPG oder § 15 Abs. 3 UrhG. Hier nicht gemeint ist die Öffentlichkeit und Veröffentlichung (Bekanntmachung) von Rechtsnormen, welche eine besondere Rolle im öffentlichen Recht spielt. Siehe hierzu und zum insb. zum Begriff der Öffentlichkeit in diesem Sinne umfassend *Oldenburg*, Die Öffentlichkeit von Rechtsnormen, 2009, S. 22 ff.

(räumlich) allgemein zugänglich,⁵⁶ als nicht privat umschrieben.⁵⁷ Doch „öffentlich“ kann auch etwas beschreiben, was dem Staat oder Volk als Gemeinschaft zugeordnet ist.⁵⁸ Nahe steht dem auch die Beschreibung „öffentlicher Interessen“.⁵⁹ Schon besteht Unklarheit. Diese ist aufgrund der noch relativ jungen Genese des Begriffs der Öffentlichkeit nicht verwunderlich; er taucht im deutschen Sprachraum erstmals im 18. Jahrhundert auf.⁶⁰ Er ist „einer jener der revolutionären Begriffe des späten 18. und frühen 19. Jahrhunderts, die durch die Aufklärungsphilosophie zu Kampfinstrumenten politischer Propaganda geschmiedet worden sind: seitdem gilt Öffentlichkeit als ein entscheidendes Kriterium zumindest der politischen Vernunft, wenn nicht der Vernunft überhaupt“.⁶¹ Die Annäherung an den Begriff der „Öffentlichkeit“ – so viel ist klar – kann daher im Ausgangspunkt auf zwei Wegen⁶² erfolgen: deskriptiv (a) und normativ (b).

(1) Deskriptiver Bestimmungsansatz

Auch die Bestimmungsanalyse mit einem deskriptiven Ansatz fördert eine umfangreiche Spannbreite an Öffentlichkeitsbegriffen zu Tage. Stark komprimiert kann man im Wesentlichen drei Bedeutungen von Öffentlichkeit unterschei-

⁵⁶ Siehe *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 24 f., der dort auch näher auf die alt- und mittelhochdeutsche Herkunft des Begriffs „öffentlich“ eingeht. Dazu auch *Hohendahl* in: Hohendahl, Öffentlichkeit. Geschichte eines kritischen Begriffs, 2000, S. 5; *Rinken* in: Winter, Das Öffentliche heute, 2002, S. 7 (10).

⁵⁷ Siehe *Habermas*, Strukturwandel, 1990, S. 54 f.; *Hohendahl* in: Hohendahl, Öffentlichkeit. Geschichte eines kritischen Begriffs, 2000, S. 5.

⁵⁸ Siehe etwa *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 81 ff. Siehe zur Öffentlichkeit als Synonym für die Allgemeinheit im Grundgesetz, etwa Art. 52 Abs. 3 S. 4 GG.

⁵⁹ Grundlegend dazu *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2006, S. 32 ff.

⁶⁰ Zu diesem Zeitpunkt wird „publicus“ nunmehr mit „öffentlich“ übersetzt. Besonders deutlich wird dies anhand des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten von 1964, welches nach *Dietlmeier*, Rechtsfragen der Publizität, 2015, S. 40, [...] im Hinblick auf seinen Wortschatz als Summe der deutschsprachigen juristischen Terminologie des 18. Jahrhunderts gelten darf.“ Damit begann auch die Herstellung des Gleichlaufs von „öffentlich“ und „staatlich“, was eine zentrale Begriffserweiterung darstellt, vgl. *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 34. Zur zeitlichen Einordnung auch *Pernice*, Öffentlichkeit und Medienöffentlichkeit, 2000, S. 24.

⁶¹ *Hölscher*, Öffentlichkeit und Geheimnis, 1979, S. 7. Vgl. auch *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 51 f. Siehe zur Genese und der engen Verwebung dieser Entwicklung mit der Aufklärung näher *Habermas*, Strukturwandel, 1990, S. 58 ff.; *Hohendahl* in: Hohendahl, Öffentlichkeit. Geschichte eines kritischen Begriffs, 2000, S. 1 ff. Besonders deutlich wird dies auch bei *Kant*, Zum ewigen Frieden, Ein philosophischer Entwurf, zitiert nach dem Anhang II in: Weischedel (Hrsg.), Kant, Immanuel: Werke in zwölf Bänden, Band 11, 1977, S. 245 ff., der Öffentlichkeit als Prinzip politisch-sozialer Veränderung sieht. Näher zu diesem Verständnis *Dietlmeier*, Rechtsfragen der Publizität, 2015, S. 42 f.

⁶² Statt vieler *Brüggemann*, Europäische Öffentlichkeit, 2008, S. 41 ff.

den.⁶³ Sie umschreibt erstens eine soziale Sphäre, in welcher ein Meinungs- und Argumentationsaustausch stattfinden kann („*public sphere*“), zweitens ein Kollektiv als die Gesamtheit aktiver und passiver Kommunikationsteilnehmer im öffentlichen Raum („*the public*“) und drittens das Prinzip, welches die Handhabung von gesellschaftlichen Vorgängen als offen, transparent und beobachtbar bestimmt („*publicness*“).⁶⁴ Für die spätere Frage nach einer Finanzmarkt-öffentlichkeit kommen dabei *a priori* nur die ersten beiden Ansätze in Betracht, was freilich keine Wertung beinhaltet, sondern hier vielmehr konzeptionell bedingt ist.

Gleichwohl können aus den drei Varianten wiederum drei zentrale Strukturprinzipien von Öffentlichkeit destilliert werden.⁶⁵ Konstitutiv ist erstens die „Unabgeschlossenheit des Publikums“.⁶⁶ Es wird also mit einer Vielzahl von unbekanntenen Personen kommuniziert;⁶⁷ das Publikum der Diskursarenen auf den „Galerien“ ist dabei freilich mehr oder weniger groß.⁶⁸ Diese Unabgeschlossenheit ist alles andere als selbstverständlich, wie insbesondere bei der Erörterung einer „Finanzmarktöffentlichkeit“ noch deutlich werden wird. Es wird mit der Öffentlichkeit im Grundsatz gerade keine Milieuöffentlichkeit mehr gemeint, wie sie etwa im Bereich der Börse mit informationstechnisch abgeschirmten Akteuren lange Zeit existierte.⁶⁹ Ob es um eine Präsenzöffentlichkeit mit wenigen Teilnehmern in einem Raum oder um das gesamte World Wide Web als Publikum zur Verfügung steht, ist für die Unabgeschlossenheit und den Begriff der Öffentlichkeit dabei ohne Bedeutung.

Zweitens stellt sich Öffentlichkeit typischerweise als System bzw. Forum mit verschiedenen Subforen dar, in welchen jeweils (mitunter bereichsspezifisch)⁷⁰ kommuniziert wird.⁷¹ Diese Foren sind aber eben gerade nicht abgeschlossen und gewissermaßen autark als Öffentlichkeit zu verstehen, sondern zwischen ih-

⁶³ Hier und im Folgenden stellvertretend *Weßler* in: Melischek/Seethaler/Wilke, Medien- und Kommunikationsforschung im Vergleich, 2008, S. 219 (220 f.).

⁶⁴ *Brüggemann*, Europäische Öffentlichkeit, 2008, S. 42 mit umfassender Literaturliteraturauswertung zu den verschiedenen Verständnissen.

⁶⁵ *Brüggemann*, Europäische Öffentlichkeit, 2008, S. 42 ff.

⁶⁶ *Neidhardt*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1994, S. 7 (10); ganz ähnlich *Habermas*, Strukturwandel, 1990, S. 54.

⁶⁷ *Luhmann*, Politische Vierteljahresschrift 11 (1970), 2 (21).

⁶⁸ *Neidhardt*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1994, S. 7. Dieser prägt und umschreibt auch die umstrittenen Begriffe der „kleinen“ und „großen“ Öffentlichkeiten (S. 10).

⁶⁹ Siehe dazu näher S. 63 ff. und im Überblick etwa *Langenohl* in: Diaz-Bone/Krell, Diskurs und Ökonomie, 2015, S. 285 (294 f.).

⁷⁰ Dazu *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 436.

⁷¹ Vgl. *Gerhards* in: Jarren/Sarcinelli/Saxer, Politische Kommunikation, 1998, S. 270 ff.

nen bestehen zahlreiche Interdependenzen; auch sie kommunizieren.⁷² Die Konsequenz hieraus ist jedoch umstritten. Man könnte dafür streiten, dass gerade keine Teilöffentlichkeiten entstehen, sondern die unterschiedlichen Foren würden hier insgesamt die Öffentlichkeit bilden. Gleichwohl gibt es dort natürlich jeweils eigenständige Besonderheiten, Regeln und Wirkmechanismen. Andere wiederum statuieren, dass Öffentlichkeit, wenn man von ihrer wirklichen Substanz ausgeht „überhaupt nichts Einheitliches, sondern die Kumulation nur abstrakt aufeinander bezogener Einzelöffentlichkeiten“ ist.⁷³ Man könnte daher nur noch von einer Vielzahl an Teilöffentlichkeiten sprechen.⁷⁴

Als drittes Element wird der Blick gewissermaßen nach außen gerichtet. Öffentlichkeit wird nämlich durch Massenmedien vermittelt. Diese fungieren als „Repräsentation der Öffentlichkeit“.⁷⁵ Dabei sind Massenmedien auch Fachmedien, dann jedoch nur für ein spezifisches Subforum. Insbesondere das Internet fällt so ebenfalls unter den Begriff der Massenmedien.

(2) Normativer Bestimmungsansatz

Bereits zu Beginn dieses Untersuchungsabschnittes wurde die normative Aufladung des Begriffs der Öffentlichkeit angesprochen. Dies liegt vor allem an der schon angerissenen Genese aus der Aufklärungsbewegung heraus. Öffentlichkeit war und ist „elementar(e) Institutionen- Ausstattung modernen Demokratien“.⁷⁶ Es fand ein Wandel der politischen Systeme durch die Aufklärung statt. Die Demokratie und damit zugleich die Notwendigkeit zur Interaktion – insbesondere zur Begründung und Rechtfertigung von Entscheidungen – mit dem neuen Souverän, dem Wähler, machten Öffentlichkeit notwendig.⁷⁷ Sie ist „der Ort an dem sich Demokratie in jeder Hinsicht zeigen und beweisen muss“.⁷⁸ Öffentlichkeit kann im demokratischen Diskurs aber auch missbraucht werden. Man denke nur an die nationalsozialistische Unrechtsherrschaft, sofern man dabei überhaupt von Öffentlichkeit sprechen möchte oder kann.⁷⁹ Die normativen Modelle von

⁷² *Brüggemann*, Europäische Öffentlichkeit, 2008, S. 44; siehe dazu auch *Calhoun* in: Calhoun, Habermas and the Public Sphere, 1992, S. 1 (37).

⁷³ So insbesondere und grundlegend *Kluge/Negt*, Öffentlichkeit und Erfahrung, 1972, S. 15. Offen und näher zu den Teilöffentlichkeiten etwa auch *Kleinsteuber* in: Faulstich/Hickethier, Öffentlichkeit im Wandel. Neue Beiträge zur Begriffsklärung, 2000, S. 34 ff.

⁷⁴ So etwa *Wimmer*, (Gegen-)Öffentlichkeit, 2007, S. 148; *Kaelble/Schmidt-Gernig* in: Kaelble/Kirsch/Schmidt-Gernig, Transnationale Öffentlichkeiten, 2002, S. 7 (21); siehe auch *Requate*, Geschichte und Gesellschaft 25 (1999), 5 ff.

⁷⁵ *Luhmann*, Die Realität der Massenmedien, 2004, S. 188.

⁷⁶ *Gerhards/Neidhardt/Rucht*, Zwischen Palaver und Diskurs, 1998, S. 26.

⁷⁷ Vgl. näher dazu *Brüggemann*, Europäische Öffentlichkeit, 2008, S. 45 f.

⁷⁸ *Klier*, Demokratie, Öffentlichkeit und Massenmedien, 1990, S. 23.

⁷⁹ Siehe dazu *Gerhardt*, Öffentlichkeit, 2012, S. 235 (236). Diese geht auch auf die unrühm-

Öffentlichkeit, deren erster gewichtiger Vertreter *Habermas* mit der bürgerlichen Öffentlichkeit war,⁸⁰ variieren naturgemäß mit dem Demokratieverständnis und den entsprechenden Anforderungen. Man spricht in diesem Zusammenhang jeweils von politischer Öffentlichkeit. Eine Darstellung der unterschiedlichen Verständnisse kann hier unterbleiben, denn die politische Öffentlichkeit ist nicht die im Fortgang interessierende. Vielmehr wird der Fokus auf Wirtschaftsmärkte zu richten sein. Auch Märkte sind als Öffentlichkeiten zu qualifizieren, aber eben nicht politische.⁸¹

(3) Ergebnis

Zusammenfassend sollen einige zentrale Strukturelemente von Öffentlichkeit als Konstrukt für diese Untersuchung gebündelt werden und ein Arbeitsbegriff für die Analyse und Konturierung einer Finanzmarktöffentlichkeit gefunden werden: Öffentlichkeit meint in diesem Zusammenhang eine un abgeschlossene soziale Sphäre, welche oft, aber nicht notwendigerweise aus mehreren Foren besteht, die Interdependenzen durch Kommunikation aufweisen, und welche typischerweise durch Medienrepräsentation begleitet wird.

b) Das Instrument: Öffentlichkeit als Publizität

aa) Publizität im Allgemeinen

Öffentlichkeit ist aber nicht nur ein soziales Konstrukt, sondern mit Öffentlichkeit wird auch gearbeitet, sie kann instrumentell begriffen werden. Öffentlichkeit in diesem Sinne häufig benannt als Publizität⁸² folgt einer moderneren Idee von Öffentlichkeit, die eben nicht mehr nur „eine Kategorie, sondern vor allem ein Prinzip gesellschaftlicher Organisation“ ist und „damit einen zentralen Modus

liche Rolle von Teilen der Rechtswissenschaft ein, einer deren damaliger Vertreter *Carl Schmitt* besonders abwertend auf Öffentlichkeit blickte. Umfassend zu diesem *Neumann*, Carl Schmitt als Jurist, 2015 passim.

⁸⁰ Siehe *Habermas*, Strukturwandel, 1990, S. 54 ff. zur politischen Öffentlichkeitsdimension v. a. S. 58. Er nennt politische Öffentlichkeit dort als „Inbegriff derjenigen Kommunikationsbedingungen, unter denen die diskursive Meinungs- und Willensbildung eines Publikums von Staatsbürgern zustande kommen kann“.

⁸¹ Siehe etwa *Rivera*, Theater als politische Öffentlichkeit, 2015, S. 10. Der auf den S. 10 ff. umfassend zu Begriff der politischen Öffentlichkeit Stellung nimmt. Grundlegend zum Begriff des politischen siehe *Arendt* in: Ludz, Was ist Politik?, 2005, S. 9 ff.

⁸² Siehe zur sprachgeschichtlichen Entwicklung eingehend *Dietlmeier*, Rechtsfragen der Publizität, 2015, S. 37 ff. Er baut dabei im Wesentlichen auf *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 25 ff. auf. Zur Publizität als Ersatzwort für Öffentlichkeit siehe auch *Alber*, Geschichte der Öffentlichkeit, 1974, S. 20.

ihrer Organisation und Konstitution bildet“.⁸³ Dies hat eine ganz fundamentale Bedeutung, denn als Rechtsprinzip ist sie damit der Abwägung zugänglich und ihrer bedürftig; dies ist die notwendige Folge dieser Einordnung.⁸⁴

In den Sozialwissenschaften wird zudem nicht nur die „Eigenschaft unbeschränkter Wahrnehmbarkeit und Zugänglichkeit“ als Öffentlichkeit bezeichnet, sondern auch der „Adressatenkreis, auf den sie sich bezieht“ genannt: das Publikum.⁸⁵ Dies wurde bereits bei der Erörterung von Öffentlichkeit als Konstrukt deutlich. Öffentlichkeit ist also auch Substitut für das Wort Publizität und Publikum.⁸⁶

bb) Spezifische (adverse) Publizität: „naming and shaming“

Publizität in einer instrumentellen Betrachtung – und dies ist das zentrale Verständnis dieser Arbeit – meint nun dabei die Zugänglichmachung von Informationen für dieses Publikum. Es geht um die Publikumsinformation als hoheitliche Handlungsform bzw. Gestaltungsmittel,⁸⁷ denn Informationen sind eine gewichtige Steuerungsressource für den Staat.⁸⁸ Dabei ist Publizität als Instrument enorm effektiv und wird schon seit geraumer Zeit – insbesondere im anglo-amerikanischen Rechtsraum – als „potent force“ und „remedy for social and industrial diseases“ angesehen.⁸⁹ Die ihr eigene Trikonzeptionalität hat treffend *Reimer* beschrieben. Staatliche Informationstätigkeit (eben Publizität als Instrument) kann so auf drei Ebenen ansetzen:⁹⁰ der Primärebene, zur anfänglichen Verhaltenssteuerung, auf Sekundärebene, dort zur verwaltungsrechtlichen Pflichtenvollstreckung, und der Tertiärebene, als potentielle repressive Sanktion. Die letzte Ebene wird auch als „adverse Publizität“ bezeichnet.⁹¹

⁸³ So die grundlegende Arbeit von *Dietlmeier*, Rechtsfragen der Publizität, 2015, S. 36 (Hervorhebungen nicht übernommen). Vgl. auch v. *Coelln*, Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, S. 14.

⁸⁴ *Dietlmeier*, Rechtsfragen der Publizität, 2015, S. 36. Siehe dazu auch *Schuppert*, GewArch 2004, 441 (446).

⁸⁵ *Dietlmeier*, Rechtsfragen der Publizität, 2015, S. 45 mit *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 45; ähnlich *Witzler*, Die personale Öffentlichkeit im Strafverfahren, 1993, S. 10; *Schmidthals*, Verfahrensöffentlichkeit, 1977, S. 22.

⁸⁶ *Dietlmeier*, Rechtsfragen der Publizität, 2015, S. 45; v. *Coelln*, Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, S. 14; *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 45 f.

⁸⁷ *Reimer*, JöR 58 (2010), 275; *Bumke*, DV 37 (2004), 1 (31); siehe auch *Di Fabio*, JuS 1997, 1 (2).

⁸⁸ *Schoch* in: HStR III, 2005, § 37, Rn. 55 ff.; *ders.* in: Dix/Franßen/Kloepfer, Informationsfreiheit und Informationsrecht 2013, S. 117 (118 ff.); vgl. auch *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573; *Hoffmann-Riem* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 9 (13).

⁸⁹ *Brandeis*, Other People's Money: and How the Bankers Use it, [1914] 2009, S. 92.

⁹⁰ Hier und im Folgenden *Reimer*, JöR 58 (2010), 275.

⁹¹ So zuerst *Reimer*, JöR 58 (2010), 275, der diesen Begriff wählt, da die „negative Publi-

Diese spezifische Publizität wird – auch in der langsam aufmerksamer werden Literatur – zunehmend mit dem Etikett des „naming and shaming“ versehen.⁹² Aus dem Englischen stammend, meint es zunächst nur das öffentliche Aussprechen, dass eine Person, Firma etc. sich schlecht oder illegal verhalten hat.⁹³ Es geht also um die Anprangerung⁹⁴ eines Verstoßes oder einer Beubung. Die größte Verbreitung dieses Begriffs findet sich in den USA, welche das Instrument schon lange als Sanktion kennen.⁹⁵ Dort ist es Teil des Kriminalstrafensystems – insbesondere auch bei Sexualstraftätern⁹⁶ – und nicht unumstritten.⁹⁷ Auch das

tät“ zu stark im handelsrechtlichen Kontext verhaftet ist. Zur Öffentlichkeit als Pranger siehe auch *Noelle-Neumann*, in: FS Kriele, 1997, S. 507 (516).

⁹² So etwa *Theile* in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, 2017, § 56 KWG, Rn. 29; *Waßmer* in: Graf/Jäger/Wittig, 2017, § 50a BörsG, Rn. 2; *Diversity/Köpferl* in: ebd., § 39 WpHG, Rn. 117; *Frisch* in: Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2017, § 54, Rn. 65, 70, 245 f.; *Sorgenfrei/Saliger* in: Park, 2017, Kap. 6.1, Rn. 366; *Gurlit*, DV 50 (2017), 97 (124); *Glos/Hildner/Glasow*, CCZ 2017, 83 (88); *Rau*, BKR 2017, 57 (60); *Augsberg*, DV 49 (2016), 369 (390); *Poelzig*, NZG 2016, 492 (500); *Nartowska/Knierbein*, NZG 2016, 256 (258); *Szesny*, DB 2016, 1420 (1424); *Wendt*, VersR 2016, 1277; *Bußlab/Schermuly*, WM 2016, 2005; *Brodowski* in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, S. 141 (147); *Schilha*, ZIP 2016, 1316 (1328); *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 2016, Rn. 1002; v. *Buttlar*, BB 2014, 451 (454); *Veil* in: Veil, Europäisches Kapitalmarktrecht, 2014, § 12 Rn. 1; *Seibt/Wollenschläger*, AG 2014, 593 (605); *Kindermann/Bast*, CB 2014, 298 (300); *Walla*, BB 2012, 1358 (1360). Nun auch *Müller*, NZWiSt 2017, 87 (98 f.); *Zagouras*, WM 2017, 558 (564). Siehe zudem *Irmischer*, EWS 2016, 318 ff. Vgl. auch schon früh *Bumke*, DV 41 (2008), 227 (251). Noch nicht verwendet etwa bei *Uwer/Rademacher*, BKR 2015, 145 ff.

⁹³ Siehe *O’Shea*, Cambridge Business English Dictionary, 2011, S. 559 f. (Eintrag „naming and shaming“): „the activity of saying publicly that a person, company, etc. has behaved in a bad or illegal way“.

⁹⁴ Der Begriff des Prangers drängt sich schnell auf, wie auch zahlreiche Literaturbeiträge zeigen. So verwenden den Prangerbegriff etwa *Nartowska/Knierbein*, NZG 2016, 256 (260); *Uwer/Rademacher*, BKR 2015, 145; *Kment/Pleiner*, ZUR 2015, 130 (133); *Schmieszek/Lagner*, WM 2014, 1893; *Reimer*, JöR 58 (2010), 275. Das VG Berlin LVK 2013, 131 (133) spricht im Lebensmittelrecht vom „elektronischen Pranger“. Zur Rolle des mittelalterlichen Prangers und seiner Beziehung zur Öffentlichkeit *Zabel*, GA 2011, 347 ff.; *Bader*, Der Pranger, 1935, S. 147.

⁹⁵ Siehe etwa umfassend zu dieser Perspektive *Jüngel*, Shame Sanctions, 2011, S. 77 ff.

⁹⁶ Umfassend dazu *Niioka*, „Naming and shaming“ – ein neues ambulantes Sicherungsmittel im Umgang mit Sexualstraftätern?, 2013, S. 33 ff. Zur Debatte in diesem Bereich in Deutschland auch *Bauer/Burkhardt/Kinzig*, JZ 2011, 131 ff. und grundlegend *Moini*, Staatliche Warnungen, 2013 passim.

⁹⁷ Stellvertretend für die Debatte siehe den grundlegenden Aufsatz von *Kahan*, University of Chicago Law Review 63 (1996), 591 ff., der als prominentester Befürworter der „shaming sanctions“ gilt. Dagegen mit deutlichen Worten sein jetziger Fakultätskollege in Yale *Whitman*, Yale Law Journal 107 (1998), 1055 ff.: „shaming as a form of lynch justice“. Seine Ansicht erneut bekräftigend *Kahan*, Texas Law Review 84 (2006), 2075 ff. Siehe aus deutscher Sicht *Kubicel*, ZStW 118 (2006), 44 ff.

Völkerrecht kennt das Instrument schon länger.⁹⁸ Das Phänomen taucht etwa im Lebensmittelrecht,⁹⁹ Sportrecht¹⁰⁰ und – allerdings in anderem Kleid¹⁰¹ – dem Bereich der Korruptionsbekämpfung¹⁰² auf. Eine bedingt vergleichbare, nichtstaatliche Sonderform gibt es mit der Bekämpfung von BEPS¹⁰³ im Bereich des Steuerrechts.

In der deutschen rechtswissenschaftlichen Debatte wird darunter zumeist die öffentliche Bekanntmachung eines Rechtsverstößes einer natürlichen oder juristischen Person verstanden.¹⁰⁴ Versteckt in einer Abwägungstabelle spricht nun auch die EU-Kommission im Rahmen der Folgenabschätzung zur MAR-RL selbst *expressis verbis* vom „name and shame“, wenn sie die Wirkung der Veröffentlichung beschreibt: „publication of sanctions contribute to the objective of deterrence of market abuse (name and shame)“.¹⁰⁵ An anderer Stelle bezeichnet sie das „name and shame“ – wenn auch nicht im Finanzmarktrecht selbst, aber dennoch abstrakt gesprochen – explizit als „Strafe“.¹⁰⁶ Diese Arbeit macht sich den Begriff des „naming and shaming“ ebenfalls zueigen, um zunächst allgemein

⁹⁸ Siehe stellvertretend *Goplan/Fuller*, *Brooklyn Journal of International Law* 39 (2014), 73 ff.

⁹⁹ Aus der unübersehbaren Fülle siehe nur *Möstl*, *GewArch* 2015, 1 ff.; *ders.*; *LMuR* 2015, 185 ff.; *Gundel*, *ZLR* 2013, 662 ff.; *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), 20 ff.; *Holzner*, *NVwZ* 2010, 489 ff. Dort werden insb. gegen § 40 Abs. 1a LFGB massive verfassungsrechtliche Bedenken erhoben. Die niedersächsische Landesregierung hat einen Normenkontrollantrag initiiert, der das Az. 1 BvF 1/13 trägt.

¹⁰⁰ Siehe nur *Viehweg/Röhl*, *SpuRt* 2009, 192 ff.

¹⁰¹ Die „Schwarzen Listen“, wie sie am 2. Juni 2017 im Bundestag beschlossen wurden, sehen allerdings keine generelle Veröffentlichung von inkriminierten Unternehmen vor, sondern liefern eine Liste, welche ein eingeschränkter Adressatenkreis (insb. Teile der öffentlichen Hand) abrufen kann. Darum soll es in dieser Untersuchung nicht gehen. Siehe dazu, insb. zur anders gelagerten Intention des Gesetzgebers *BT-Drucks.* 18/12051 u. 18/12583.

¹⁰² Siehe für einen Überblick nur *Behringer*, *ZRP* 2016, 20 ff., der auch auf den unionsrechtlichen Hintergrund näher eingeht.

¹⁰³ BEPS (base erosion and profit shifting, zu Deutsch: Gewinnverlagerung und -verschiebung). Dabei handelt es sich um ein Phänomen, das u. a. von der OECD bekämpft wird, indem neue Regeln für die internationale Besteuerung vorgeschlagen werden. In dem Zusammenhang haben verschiedene Regierungen, aber auch Nichtregierungsorganisationen, einzelne Unternehmen als aggressive Steuervermeider gebrandmarkt (z. B. Starbucks, Google, Apple, Amazon). Es geht dabei nicht um eine gesetzlich geregelte Sanktion. Siehe zu BEPS im Überblick nur *Jacobs/Endres/Spengel* in: *Jacobs*, *Int. Unternehmensbesteuerung*, 2016, 1. Teil, 5. Kap. C. m. w. N. Zum „naming and shaming“ dabei kurz *Oppel*, *SteuK* 2016, 421 (426).

¹⁰⁴ Siehe schon früh *Reimer*, *JöR* 58 (2010), 275 (280), ebenso *Nartowska/Knierbein*, *NZG* 2016, 256.

¹⁰⁵ *SEC* 2011, 1217 final, S. 54, 172 (Hervorhebungen nicht übernommen).

¹⁰⁶ *COM* 2016, 32 final, S. 9. In der englischen Sprachfassung bezeichnet als „penalty“, *COM* 2016, 32 final, S. 8, in der französischen Fassung bezeichnet als „sanction“, *COM* 2016, 32 final, S. 8.

die Veröffentlichung von Maßnahmen wegen Verstößen und Bußgeldentscheidungen unter Identitätsoffenlegung des Verstößenden zu beschreiben. Eine Differenzierung hinsichtlich des Charakters des Rechtsverstoßes, der veröffentlicht wird, findet bislang nicht statt, d. h. ob die Grundmaßnahme selbst repressive Sanktion ist oder nicht, findet bisher ebenso wenig Beachtung, wie ein transportierter Vorwurf. Inwiefern dieses Ausblenden der Information¹⁰⁷ (nur „naming“ oder eben auch „shaming“) der Veröffentlichung selbst haltbar ist, wird diese Untersuchung zu ergründen haben. Davon hängt auch ab, ob der Begriff „naming and shaming“ neu justiert werden muss.

2. Sanktion

„Das Recht als Sollensordnung ist nicht auf abstrakte Geltung, sondern auf Verwirklichung angelegt.“¹⁰⁸ Recht muss „seinen Geltungsanspruch deutlich machen“,¹⁰⁹ wofür es Symbole¹¹⁰ braucht: etwa Sanktionen. Der Begriff der Sanktion ist allerdings in den Grundlagenwissenschaften und der Rechtswissenschaft selbst kein einheitlicher.¹¹¹ Zudem sind die Sanktionsbegriffe des deutschen und europäischen Rechts unterschiedlich.¹¹² Zu Recht stellte die Exekutivdirektorin der BaFin, *Freiwald*, im letzten Jahresbericht fest:

„Aufsichtliche Maßnahmen, welche die BaFin zum Zweck der Gefahrenabwehr erlässt, und Bußgelder, die den Adressaten zur Einhaltung seiner gesetzlichen Pflichten ermahnen sollen, werden oft in einen Topf geworfen und als Sanktionen bezeichnet. [...] Es besteht offenbar der Eindruck, dass die Aufsicht immer dann sanktioniert, wenn Aufsichtsrecht nicht eingehalten wird. Ein solch pauschales Begriffsverständnis wird dem komplexen deutschen Recht jedoch nicht gerecht.“¹¹³

¹⁰⁷ Näher zum Informationsbegriff *Dietlmeier*, Publizität, 2015, S. 73 ff. mit umfassenden Nachweisen.

¹⁰⁸ *Waldhoff* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2013, § 46 Rn. 1; siehe auch *ders.*, Staat und Zwang, 2008, S. 13; *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (357 f.); *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, S. 172; *Hufen*, VVDStRL 47 (1989), 142 (147).

¹⁰⁹ *Boehme-Neßler*, Rechtstheorie 42 (2011), 167 (183).

¹¹⁰ Zu deren Rolle statt vieler *Baer*, Rechtssoziologie, 2017, S. 257 f. m. w. N. Mit Blick auf das Strafrecht und Sanktionen als Symbole, die das Unwerturteil verständlich machen *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 38.

¹¹¹ Zu den stark divergierenden Sanktionsbegriffen siehe nur *Raiser*, Rechtssoziologie, 2013, S. 223 f.; *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, S. 201 ff.; *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1987, S. 98 ff., 121 ff.; *Spittler*, Norm und Sanktion, 1967, S. 23. Umfassender Überblick der Wissenschaftszweige bei *Bitter*, Sanktion, 2011, S. 11 ff., dessen Darstellung hier grds. gefolgt wird.

¹¹² Näher dazu S. 92 ff., S. 227 ff.

¹¹³ *Freiwald*, zitiert aus *BaFin*, Jahresbericht, 2016, S. 55.