

01.2025

14. Jahrgang | Mai 2025

Journal der Wirtschafts- strafrechtlichen Vereinigung e.V.



WiJ

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e. V. – WisteV

Redaktion:

Dr. Laura Borgel
Dr. Mayeul Hiéramente
Dr. Arne Klaas
Hannah Milena Piel
Kathie Schröder

Schriftleitung:

Hannah Milena Piel

Ständige Mitarbeiter:

Folker Bittmann
Friedrich Frank
Dr. Ulrich Leimenstoll
Prof. Dr. Nora Markwalder
Dr. André-M. Szesny, LL.M.
Raimund Weyand

ISSN: 2193-9950 www.wistev.de

Aus dem Inhalt

AUFSÄTZE UND KURZBEITRÄGE

Rechtsanwältin Dr. Anna Oehmichen, Berlin
und Rechtsanwältin Alba Hernandez Weiss LL.M., Berlin

**Die EUStA: Eine neue EU-Dimension der Frage der
Entschädigung bei überlanger Verfahrensdauer? 3**

EINFÜHRUNGSBEITRÄGE UND CHECKLISTEN

Rechtsanwalt Professor Dr. Markus Rübenstahl, Frankfurt am Main

**Die Bundesnetzagentur und
das Straf- und Bußgeldverfahren 11**

INTERNATIONALES

Oliver M. Loksa, Rechtsanwalt, Wien,
und Präsident der Austrian White Collar Crime Association

**Länderbericht Österreich: Die Neuregelung
der „Handy-Sicherstellung“ 30**

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Staatsanwalt Dr. Simon Pschorr, Straubing

**Notare sind vor „Jones Day“-
Durchsuchungen sicher 33**

VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Sebastian Wolf, Münster

**Tagungsbericht WisteV-wistra Neujahrstagung 2025:
„Wann endet dieses Verfahren?“ – Ursachen
und Handhabung von Umfangsverfahren im
Wirtschaftsstrafrecht 46**

AUFSÄTZE UND KURZBEITRÄGE

Rechtsanwältin Dr. Anna Oehmichen, Berlin
und Rechtsanwältin Alba Hernandez Weiss LL.M., Berlin

Die EUSTa: Eine neue EU-Dimension der Frage der Entschädigung bei überlanger Verfahrensdauer?	3
--	----------

EINFÜHRUNGSBEITRÄGE UND CHECKLISTEN

Rechtsanwalt Professor Dr. Markus Rübenstahl, Frankfurt am Main

Die Bundesnetzagentur und das Straf- und Bußgeldverfahren	11
--	-----------

Rechtsanwalt Dr. André-M. Szesny LL.M., Düsseldorf

Kapitalmarktrechtliche Aspekte interner Untersuchungen	23
---	-----------

INTERNATIONALES

Oliver M. Loksa, Rechtsanwalt, Wien,
und Präsident der Austrian White Collar Crime Association

Länderbericht Österreich: Die Neuregelung der „Handy-Sicherstellung“	30
---	-----------

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Staatsanwalt Dr. Simon Pschorr, Straubing

Notare sind vor „Jones Day“-Durchsuchungen sicher	33
--	-----------

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

Wichtige Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	37
--	-----------

Dr. Kathrin Klose, Berlin

Die Reichweite des ne bis in idem-Grundsatzes im Unionsrecht – Anmerkung zur Entscheidung des EuGH C-27/22 vom 14. September 2023	40
--	-----------

VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Sebastian Wolf, Münster

Tagungsbericht WisteV-wistra Neujahrstagung 2025: „Wann endet dieses Verfahren?“ – Ursachen und Handhabung von Umfangsverfahren im Wirtschaftsstrafrecht	46
---	-----------

Staatsanwältin Meylin Pietzsch, Kiel

„Follow the Money“ – WisteV-Tagung am 20.09.2024	54
---	-----------

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e. V., Neusser Str. 99, 50670 Köln
Vertreten durch Dr. Laura Borgel,
Dr. Thomas Nuzinger, Dr. Alexander Paradissis,
Hannah Milena Piel, Dr. Ricarda Schelzke,
Dr. Sohre Tschakert, Dr. Christoph Tute
Kontakt: info@wi-j.de

Redaktion:

Dr. Laura Borgel, Dr. Mayeul Hiéramente,
Dr. Arne Klaas, Hannah Milena Piel, Kathie Schröder
Kontakt: redaktion@wi-j.de

Verantwortliche Schriftleitung:

Hannah Milena Piel, Kontakt: redaktion@wi-j.de

Ständige Mitarbeiter:

Folker Bittmann, Friedrich Frank,
Dr. Ulrich Leimenstoll, Prof. Dr. Nora Markwalder,
Dr. André-M. Szesny, LL.M., Raimund Weyand

Grafik / Layout:

Anja Sauerland, www.paper-love.com

Manuskripte:

Das WisteV-Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Manuskripte zur Veröffentlichung können nur in digitalisierter Form (per Email oder auf einem Datenträger) an die Schriftleitung eingereicht werden (redaktion@wi-j.de). Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt per E-Mail. Die veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor/die Autorin dem WisteV-Journal das ausschließliche Veröffentlichungsrecht bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen ist insbesondere die Befugnis zur Speicherung in Datenbanken und die Veröffentlichung im Internet (www.wistev.de) sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung. Kein Teil des WisteV-Journal darf ohne schriftliche Genehmigung des WisteV-Journal reproduziert oder anderweitig veröffentlicht werden. Ein Autorenhonorar ist ausgeschlossen.

Urheber- und Verlagsrechte:

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung sind dem WisteV-Journal vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

Erscheinungsweise: Vierteljährlich, elektronisch
Bezugspreis: Kostenlos

Newsletter:

Anmeldung zum Newsletterbezug unter www.wistev.de. Der Newsletter informiert über den Erscheinungstermin der jeweils aktuellen Ausgabe und die darin enthaltenen Themen. Der Newsletter kann jederzeit abbestellt werden.

AUFSÄTZE UND KURZBEITRÄGE

Rechtsanwältin Dr. Anna Oehmichen, Berlin
Rechtsanwältin Alba Hernandez Weiss LL.M., Berlin

Die EUSTa: eine neue EU-Dimension der Frage der Entschädigung bei überlanger Verfahrensdauer?

I. Einleitung

Die Europäische Staatsanwaltschaft (nachfolgend: EUSTa) ist als genuine EU-Strafverfolgungsbehörde seit 2021 in nunmehr 24 Mitgliedstaaten für die Ermittlung und Verfolgung von Straftaten gegen die finanziellen Interessen der Union (sog. PIF-Delikte)¹ operativ tätig.² Darunter fallen verschiedene Wirtschaftsstraftaten wie bspw. Steuerhinterziehung, Geldwäsche oder Korruption.³ Wirft man einen Blick in die bisher veröffentlichten Jahresberichte, so sind die Zahlen der eingeleiteten Ermittlungen, der beschlagnahmten Gelder und der Erfolgsmeldungen kontinuierlich in beeindruckender Weise gestiegen. Der am 3. März 2025 veröffentlichte Jahresbericht 2024 spricht von der "Entdeckung eines neuen Kontinents der Kriminalität" mit 2.666 aktiven Ermittlungen und einer Gesamtschadenssumme von über 24,8 Milliarden Euro.⁴ In Deutschland sind derzeit 295 EUSTa-Verfahren anhängig (190 wurden allein dieses Jahr eröffnet!),⁵ 2023 waren es 176 aktive Verfahren,⁶ wovon rund 60 % Umsatzsteuerbetrug betrafen. Kurzum auf den ersten Blick ein kriminalpolitischer Erfolg.

Gleichzeitig stellen EUSTa-Verfahren die Verteidigung vor besondere Herausforderungen. Neben der Komplexität und grenzüberschreitenden Dimension dieser Verfahren, der Zwitterstellung der EUSTa zwischen EU-Organ bei gleichzeitiger Dezentralisierung und Anwendung des nationalen Rechts und dem eigenen Aktenführungsstil aufgrund der europäischen Zusammenarbeit mit teilweise fremdsprachigen Auszügen fremder Verfahrensakten, ist eine bislang in Literatur und Rechtsprechung kaum diskutierte Herausforderung die Frage der unangemessen oder unverhältnismäßigen Verfahrensdauer und einer entsprechenden Kompensation in EUSTa-Verfahren.

Diese Frage dürfte für die Verteidigung in EUSTa-Fällen von erheblicher praktischer Relevanz sein, da die EUSTa in komplexen Fällen von Wirtschafts- und Finanzkriminalität ermittelt, die häufig eine grenzüberschreitende Dimension aufweisen und daher grundsätzlich tendenziell langwierig sind.

Während die Daseinsberechtigung der EUSTa eng damit zusammenhängt, dass sie Verfahren effizienter und schneller durchführen kann als nationale Behörden⁷ – vor allem solche mit grenzüberschreitender Dimension⁸ – spricht der Jahresbericht 2024 davon, dass die EUSTa „nicht optimal ausgestat-

tet" ist, um den Herausforderungen ihrer Tätigkeit gerecht zu werden.⁹ Hinzu kommt, dass die EUSTa zwar eine „einheitliche Behörde" („single office") ist,¹⁰ aber auf der Grundlage einer komplexen dezentralen Struktur arbeitet.¹¹ Von der im ursprünglichen Vorschlag vorgesehenen einfachen Struktur zur schnellen Entscheidungsfindung ist nach den Verhandlungen in der endgültigen Verordnung nicht viel übrig geblieben.¹² Insofern wird in der Praxis bereits darauf hingewiesen, dass es hierdurch zu Verfahrensverzögerungen kommen kann.¹³

Die Tätigkeit der EUSTa richtet sich nach der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung

¹ Die sog. PIF-Delikte sind vorgesehen in der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. L 198 vom 28.7.2017, S. 29–41.

² Art. 4 Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa) ABl. L 283 vom 31.10.2017, S. 1–71.

³ Siehe Typologie der ermittelten Straftaten in der Jahresbericht der EUSTa 2024, S. 13, abrufbar unter: <https://www.eppo.europa.eu/en/media/news/2024-annual-report-eppo-leading-charge-against-eu-fraud>.

⁴ Jahresbericht der EUSTa 2024, S. 5, abrufbar unter: <https://www.eppo.europa.eu/en/media/news/2024-annual-report-eppo-leading-charge-against-eu-fraud>.

⁵ Jahresbericht der EUSTa 2024, S. 32, abrufbar unter: <https://www.eppo.europa.eu/en/media/news/2024-annual-report-eppo-leading-charge-against-eu-fraud>.

⁶ Jahresbericht EUSTa 2023, S. 32; 2022 waren es 114 aktive EUSTa-Verfahren, siehe der Jahresbericht EUSTa 2022, S.32.

⁷ Gem. ErwGrd. 12 der EUSTa-VO ist ausgewiesenes Ziel der EUSTa die „bessere Bekämpfung von Straftaten in Bezug auf die finanziellen Interessen der Union durch die Errichtung der EUSTa, wegen der Zersplitterung der nationalen Strafverfolgungsmaßnahmen im Bereich von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union von deren Mitgliedstaaten allein nicht verwirklicht werden kann und sich daher besser auf Unionsebene erreichen lässt." Weiter heißt es in ErwGrd 20: „Die Organisationsstruktur der EUSTa sollte eine schnelle und effiziente Entscheidungsfindung in Bezug auf die Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen und von Strafverfolgungsmaßnahmen ermöglichen, unabhängig davon, ob ein oder mehrere Mitgliedstaaten betroffen sind."

⁸ Vervaele/Luchtman, in: International Practices of Criminal Justice (2017)1st, S. 194. Für Vervaele und Luchtman besteht die „raison d'être" der EUSTa gerade darin, dass sie grenzüberschreitend effizienter zusammenarbeiten können, ohne auf Rechtshilfeinstrumente zurückgreifen zu müssen. Grenzüberschreitende Verfahren sind schließlich ein Schwerpunkt der Tätigkeit der EUSTa. Laut dem Jahresbericht 2024 haben 29 % der Fälle der EUSTa eine grenzüberschreitende Dimension. Von den derzeit 295 aktiven EUSTa-Fällen in Deutschland haben 252 eine grenzüberschreitende Dimension (Jahresbericht 2024 S.10 und S. 32).

⁹ Jahresbericht 2024, S. 5.

¹⁰ Art. 8 Abs.1 EUSTa VO.

¹¹ Zur Struktur der EUSTa siehe Art. 8 bis Art. 13 der EUSTa-Verordnung.

¹² Vgl. u.a. Mitsilegas in: Maastricht Journal of European and Comparative Law, 28(2), 245 (247).

¹³ Siehe bspw. von Galen, CCBE, Defence issues and procedural rights in EPPO proceedings v. 2.10.2021, https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/SPEECHES/2021/EN_20211002_Defense-Issues-in-EPPO-Proceedings.pdf.

der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa) (im Folgenden: **EUSTa-VO**), die unmittelbare Geltung und Vorrang vor nationalem Recht beansprucht. Das nationale Recht bleibt jedoch anwendbar, soweit in der Verordnung nichts geregelt ist (vgl. Art. 5 Abs. 3 EUSTa-VO). Eine Rechtsgrundlage für die Entschädigung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen im Rahmen der EUSTa ergibt sich aus Art. 5 i.V.m. Art. 113 EUSTa-VO.¹⁴ Art. 5 Abs. 5 EUSTa-VO normiert als eines der Grundprinzipien der Tätigkeit der EUSTa die zügige Durchführung der Ermittlungen, die zugleich Ausdruck des in Art. 6 Abs. 1 Europäische Menschenrechtskonvention (im Folgenden: **EMRK**) sowie Art. 47 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: **Charta**) enthaltenen Rechts auf ein Verfahren innerhalb angemessener Frist ist (hierzu sogleich unter II.). Sind der EUSTa rechtsstaatswidrige Verzögerungen anzulasten, ergibt sich ein Entschädigungsanspruch aus der allgemeinen Haftungsregelung der EUSTa in Art. 113 Abs. 3 und 4 EUSTa-VO. Danach „ersetzt die EUSTa nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union gemeinsam sind, den durch sie oder ihr Personal in Ausübung ihres Amtes verursachten Schaden, soweit er ihnen zuzurechnen ist“. Dies gilt nach Art. 113 Abs. 4 auch für Schäden, die ein Delegierter Europäischer Staatsanwalt oder eine Delegierte Europäische Staatsanwältin in Ausübung seines oder ihres Amtes schuldhaft verursacht hat. Unklar ist allerdings, in welchem Umfang in einem solchen Fall Schadensersatz zu leisten ist, woran er sich zu orientieren hat und inwieweit nationales Recht anwendbar bleibt (dazu unter III.).

Die Problematik überlanger Strafverfahren ist keineswegs neu, aber nach wie vor aktuell, wie die höchststrichterliche Rechtsprechung¹⁵ und die des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (im Folgenden: **EGMR**) zeigen.¹⁶ Im Zusammenhang mit der EUSTa erhält diese Rechtsfrage allerdings eine neue EU-spezifische Dimension. Zum einen geht es um die Frage, was aus unionsrechtlicher Sicht als rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung anzusehen ist, zum anderen um die Frage der Haftung der EUSTa als Organ der Union.

II. Das Gebot der zügigen Durchführung der Ermittlungen im Lichte der Charta

1. Rechtlicher Rahmen

Der Grundsatz der zügigen Durchführung eines (Straf)Verfahrens ist Ausdruck des Beschleunigungsgebots und gehört zu den Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten. Verankert ist er als Teil des Rechts auf ein faires Verfahren auf EU-Ebene in Art. 47 Abs. 2 der Charta in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) und auf Europaratsebene in Art. 6 Abs. 1 der EMRK in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), die in Deutschland als einfaches Recht Anwendung findet. Diese Garantie soll das Vertrauen in die Rechtspflege sichern und alle Beteiligten vor unangemessenen Verfahrensverzögerungen schützen.¹⁷

Als Organ der Union ist die Europäische Staatsanwaltschaft über Art. 51 Abs. 1 der Charta unmittelbar an dies gebunden.¹⁸ Die Gewährleistung der in der Charta enthaltenen Rechte ist zudem als Grundprinzip der Tätigkeit der EUSTa in Art. 5 Abs. 1 EUSTa-VO verankert. Somit ergibt sich das Recht auf ein Verfahren innerhalb angemessener Frist in EUSTa-Verfahren unmittelbar aus Art. 47 Abs. 2 der Charta. Dieser Grundsatz wird außerdem in Art. 5 Abs. 5 EUSTa-VO sekundärrechtlich konkretisiert, wonach die EUSTa „die Ermittlungen unverzüglich einleitet und **zügig** durchführt“. Konkret ergibt sich hieraus die Verpflichtung, **innerhalb einer angemessenen Frist** über einen Tatvorwurf bzw. eine förmliche Anklage zu entscheiden.¹⁹ Die ausdrückliche Erwähnung der zügigen Durchführung der Ermittlungen als „Grundprinzip für die Tätigkeit“ der EUSTa prominent am Anfang der Verordnung bringt zum Ausdruck, dass einer der Zwecke der Errichtung der EUSTa gerade darin liegt, dass sie als supranationales Organ des Unionsrechts Straftaten gegen die finanziellen Interessen der Union wirksamer und schneller bekämpfen können soll als die nationalen Strafverfolgungsbehörden.²⁰

Was genau unter einer „angemessenen Verfahrensdauer“ bzw. einer „zügigen“ Durchführung der Ermittlungen zu verstehen ist, lässt sich indes weder der EUSTa-VO entnehmen, noch gibt es hierzu Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (**EuGH**).²¹ Das mag daran liegen, dass im Unionsrecht bis zur Einführung der EUSTa-VO ein strafrechtliches Unionsorgan fehlte, welches unmittelbar an die Charta gebunden ist. Solange der EuGH den Anwendungsbereich und Umfang von Art. 5 Abs. 5 EUSTa-VO in Verbindung mit

¹⁴ Vgl. Esser in: Herrnfeldt/Esser, EUSTa Handbuch, §12, Rn. 140 ff.

¹⁵ BVerfG NJW 2023, 1564; BGH NSTZ-RR 2023, 168; BGH NJW 2023, 1578; Siehe hierzu: Schulze-Bunte, Das Problem der überlanger Verfahrensdauer, WiJ, 2023, 49.

¹⁶ Die letzte Entscheidung des EGMR zu dieser Problematik ist: EGMR, Urteil vom 25.02.2025, Ezeoke v. United Kingdom, Nr. 61280/21. Der EGMR hat in diesem Fall keinen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EGMR festgestellt.

¹⁷ EGMR, Urteil vom 10.05.2011, Dimitrov und Hamanov v. Bulgarien, Nr. 48059/06 und Nr. 2708/09, Rn. 70.

¹⁸ Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta in Strafverfahren siehe Wanitschek, Die Grundrechtecharta der Europäischen Union im Strafverfahren (2018). Insb. S. 57 ff. Einen sehr guten Überblick über die Frage des Anwendungsbereichs der Charta auch konkret für strafrechtliche Konstellationen bietet: Meyer, ZStW 2017, 128(4), 1089-1140.

¹⁹ Esser in: Herrnfeldt/Esser, EuStA Handbuch, §11, Rn. 132.

²⁰ Vergleiche auch ErwGrd 12 und 20.

²¹ Der EuGH hat sich bislang nicht zur Frage der unangemessenen Verfahrensdauer geäußert. In einer diesbezüglichen Vorlagefrage hat sich der EuGH für nicht zuständig erklärt (EuGH, Beschluss v. 7.09.2017, Ministero della Giustizia, C177/17 und C178/17). Die Vorlagefrage war von einem italienischen Gericht gestellt worden und betraf genau die Frage der Entschädigung für eine unangemessen lange Verfahrensdauer und deren Vereinbarkeit mit Art. 47 Abs. 2 der Charta, allerdings wegen eines Insolvenzverfahrens und nicht wegen eines Strafverfahrens. Der EuGH stellte jedoch fest, dass es an einer Anknüpfung an das Unionsrecht fehle und es derzeit keine konkrete unionsrechtliche Regelung zu diesem Thema gebe. Anders wäre dies natürlich bei einer Vorlagefrage im Rahmen eines EUSTa-Verfahrens.

Art. 47 Abs. 2 der Charta nicht näher definiert hat, sollte auf die in der **Rechtsprechung des EGMR entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden**.²² Die EUSTa ist auch an die EMRK gebunden, da diese zum einen über Art. 52 Abs. 3 der Charta als materieller Teil des Unionsrechts anzusehen ist,²³ zum anderen, da gem. ErwGrd. 80 EUSTa-VO die Verordnung die Grundrechte und Grundsätze der EMRK wahrt.²⁴

2. Konkrete Kriterien zur Feststellung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung im Lichte der EGMR-Rechtsprechung

a) Maßgeblicher Zeitraum

Eine Verfahrensverzögerung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK liegt vor, wenn das Verfahren unangemessen lange gedauert hat und diese Verzögerung der Justiz zuzurechnen ist. Ob eine solche Verfahrensverzögerung vorliegt, wird in zwei Schritten geprüft. Zunächst ist der Beurteilungszeitraum zu bestimmen. In Strafsachen beginnt der in Art. 6 Abs. 1 EMRK zu beurteilende Zeitraum mit der förmlichen Bekanntgabe der Vorwürfe gegen den Beschuldigten („as soon as a person is charged“)²⁵ oder mit dem Zeitpunkt, in dem der Beschuldigte durch eine andere behördliche Maßnahme erkennen kann, dass gegen ihn ermittelt wird, etwa durch Erlass eines Haftbefehls, Einleitung eines Ermittlungsverfahrens oder sonstige Maßnahmen aufgrund eines gegen ihn bestehenden Tatverdachts, die ihn erheblich beeinträchtigen.²⁶ Der Zeitraum endet mit dem Tag, an dem über die strafrechtlichen Vorwürfe endgültig entschieden oder das Verfahren eingestellt wird („the day on which a charge is finally determined or the proceedings are discontinued“).²⁷

Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 5 EUSTa-VO stellt jedoch auf die „Ermittlungen“ ab (da die Verfahrensführung des Hauptverfahrens bei den nationalen Gerichten liegt), so dass Bezugszeitraum für die Frage, ob die EUSTa ohne unangemessene Verzögerung gehandelt hat, nicht das gesamte Verfahren, sondern das **Ermittlungsverfahren bis zur Anklageerhebung** ist.²⁸ Gleichwohl muss auch das gesamte Verfahren innerhalb einer angemessenen Frist durchgeführt werden.

b) Kriterien zur Bestimmung einer „überlangen“ Verfahrensdauer

In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Dauer der einzelnen Verfahrensabschnitte und die Gesamtdauer des Verfahrens gerechtfertigt sind. Dabei sind insbesondere die **Komplexität** des Falles, das **Verhalten der Beschwerdeführer**, das **Verhalten der zuständigen Behörde** – hier der EUSTa – sowie die **Bedeutung der Angelegenheit für den Beschwerdeführer** zu berücksichtigen.²⁹

Komplexe Wirtschaftsstraftaten können grundsätzlich als **komplexe Fälle** eingestuft werden,³⁰ wobei die Anzahl der Beschuldigten, Zeugen, Straftaten und die grenzüberschreitende Dimension des Falles zu berücksichtigen sind.³¹ Der EGMR hat beispielsweise Fälle als besonders komplex eingestuft, in denen es um internationale Geldwäsche ging, die Ermittlungen in mehreren Ländern erforderte³² oder in

denen es sich um Straftaten handelte, die durch komplexe Verhaltensmuster zwischen verschiedenen Personen gekennzeichnet waren, was die Beweiserhebung und Auswertung erschwerte.³³

Die Komplexität der Fälle der EUSTa dürfte nach den Kriterien der Rechtsprechung des EGMR häufig anzunehmen sein, da sich die EUSTa – wie im Jahresbericht 2024 explizit ausgeführt – auf umfangreiche, grenzüberschreitende Ermittlungen in Fällen hochentwickelter Wirtschafts- und Finanzkriminalität konzentriert, insbesondere wenn organisierte kriminelle Gruppen im Fokus stehen.³⁴ Dabei sollte in Verfahren der EUSTa grundsätzlich von einem strengeren Maß-

²² Vgl. Burchard in: Herrfeld/Brodowsky, Article by Article Commentary, Art. 5, Rn. 22.

²³ Meyer, ZStW 2017, S. 1090.

²⁴ Wörtlich heißt es in ErwGrd 80: „(...) Diese Verordnung wahrt die Grundrechte und Grundsätze, die in Artikel 6 EUV und in der Charta, insbesondere deren Titel VI, in ihren jeweiligen Anwendungsbereichen im Völkerrecht und durch internationale Übereinkünfte, bei denen die Union oder alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind, darunter insbesondere die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, sowie von den Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden“.

²⁵ EGMR, Urteil vom 15.07.1982, Eckle v. Deutschland, Nr. 8130/78, Rn. 73 „Charge“, for the purposes of Article 6 par. 1 (art. 6-1), may be defined as „the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence“, a definition that also corresponds to the test whether „the situation of the [suspect] has been substantially affected“.

²⁶ EGMR, Urteil vom 28.05.2019, Liblik und andere v. Estonia, Nr. 173/15, Nr. 181/15 und Nr. 374/15, Rn. 90.

²⁷ EGMR, Urteil vom 18.06.2015, Yairov v. Russland, Nr. 39317/05, Rn. 72; EGMR, Urteil vom 01.07.2021, Nechay v. Ukraine, Nr. 15360/10, Rn. 63.

²⁸ Burchard in: Herrfeld/Brodowsky, Article by Article Commentary, Art. 5, Rn. 24, „In a literal reading Article 5(5) pertains only pertains to opening and conducting investigations. From this (...) one should not take e contrario that the EPPO is free to delay its prosecutions and trials. After all Art. 47(2) of the Charter remains applicable“.

²⁹ EGMR, Urteil vom 10.05.2011, Dimitrov und Hamanov v. Bulgarien, Nr. 48059/06 und 2708/09, Rn. 71; EGMR, Urteil vom 28.05.2019, Liblik und andere v. Estland, Nr. 173/15 und Nr. 181/15 und Nr. 374/15, Rn. 91; EGMR, Urteil vom 11.02.2020, Galea und Pavia v. Malta, Nr. 77209/16 und Nr. 77225/16, Rn. 43; EGMR-Urteil vom 25.02.2025, Ezeoke v. Großbritannien, Nr. 61280/21, Rn. 43; Auch die Rechtsprechung des BGH zur Frage der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung orientiert sich eng an den Kriterien der EMRK und ist eine Frage der Einzelfallentscheidung, bei der die Umstände des Einzelfalles, insbesondere die Schwierigkeit und Bedeutung des Verfahrens, das Verhalten der Verfahrensbeteiligten und Dritter sowie die Verfahrensführung des Gerichts zu berücksichtigen sind, siehe hierzu BGH, Urteil vom 14.11.2013 – III ZR 376/12, Rn. 25 = NJW 2014, 220; BGH-Urteil vom 15.12.2022 – III ZR 192/21, Rn. 26 = NJW 2023, 1578.

³⁰ EGMR, Urteil vom 18/10/2000, C.P u.a. gegen Frankreich, Nr. 36009/97, Rn. 30.

³¹ EGMR, Urteil vom 10.05.2011, Dimitrov und Hamanov v. Bulgarien, Nr. 48059/06 und Nr. 2708/09, Rn. 71; EGMR, Urteil vom 28.05.2019, Liblik und andere v. Estland, Nr. 173/15, Nr. 181/15 und Nr. 374/15, Rn. 91; EGMR, Urteil vom 11.02.2020, Galea und Pavia v. Malta, Nr. 77209/16 77225/16, Rn. 43; EGMR-Urteil vom 25.02.2025, Ezeoke v. Großbritannien, Nr. 61280/21, Rn. 43.

³² EGMR, Urteil vom 09.03.2021, Arewa v. Litauen, Nr. 16031/18, Rn. 52

³³ EGMR, Urteil vom 28.05.2019, Liblik und andere v. Estonia, Nr. 173/15, Nr. 181/15 und Nr. 374/15, Rn. 99.

³⁴ Jahresbericht der EUSTa 2024, S. 10.

stab als in nationalen Strafverfahren ausgegangen werden, da die EUSTa zum einen gerade für diese Art von Verfahren der grenzüberschreitenden Finanzkriminalität geschaffen wurde und sich zum anderen ihre Zuständigkeit auch auf solche komplexen wirtschaftsstrafrechtlichen Sachverhalte beschränkt und konzentriert. Liegt ein komplexer Fall vor, so dürfte dies nach der Rechtsprechung des EGMR zunächst zwar eine verhältnismäßig längere Verfahrensdauer zulassen. Dabei kann aber die Komplexität eines Sachverhalts zugleich kein „Freibrief“ für endlose Ermittlungen sein, zumal die EUSTa aufgrund ihrer Schwellenwerte³⁵, wenn sie einmal Ermittlungen eingeleitet hat, gezwungen ist, genügend Schaden zu ermitteln, um nicht ihre Zuständigkeit zu verlieren (was wiederum nicht prozessökonomisch wäre, insbesondere bei Umfangsverfahren).

Gleichwohl entbindet dies die Strafverfolgungsbehörden nicht davon, ihre Aufgaben ohne unangemessene und vermeidbare Verzögerungen wahrzunehmen. **Verzögerungen, die dem Staat – hier der EUSTa – zuzurechnen sind**, können auch in komplexen Wirtschaftsstrafsachen zu einer Verletzung des Rechts auf ein Verfahren in angemessener Zeit führen.³⁶ Verzögerungen, die der Strafverfolgungsbehörde zuzurechnen sind, liegen dabei nicht nur im Verhalten der Strafverfolgungsbehörde – wie etwa Zeiten der Untätigkeit³⁷, sondern können auch auf organisatorische oder strukturelle Mängel zurückzuführen sein, wie etwa fehlende Ressourcen oder ineffiziente Fallzuweisungen.³⁸ Schließlich sind die Konventionsstaaten verpflichtet, ihr Rechtssystem so zu organisieren, dass die Justiz alle Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK erfüllen kann.³⁹ Dies gilt, wie oben ausgeführt, auch für die Organe der Union und die Gewährleistung der Anforderungen der Charta. Sind solche Verzögerungen der EUSTa anzulasten, kann auch die Komplexität des Verfahrens sie nicht exkulpieren.

Neben dem Verhalten der Behörden spielt freilich auch das **Verhalten der Beschwerdeführer** eine Rolle.⁴⁰ Eine Verfahrensverzögerung kann dem Beschwerdeführer bspw. zugerechnet werden, wenn er sie vorsätzlich herbeigeführt hat,⁴¹ etwa indem er bis zum letztmöglichen Zeitpunkt gewartet hat, um weitere Ermittlungsmaßnahmen zu beantragen,⁴² sich vorsätzlich in einen verhandlungsunfähigen Zustand versetzt hat o.ä. Dabei ist jedoch stets zu bedenken, dass **Art. 6 EMRK den Beschuldigten nicht verpflichtet, aktiv mit den Justizbehörden zusammenzuarbeiten**. Im Fall Arewa gegen Litauen befand der EGMR, dass der Umstand, dass der Angeklagte zunächst die Aussage verweigerte und erst drei Jahre später Angaben machte, nicht berücksichtigt werden könne, da das Recht auf Aussageverweigerung und das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, allgemein anerkannte internationale Standards seien, die ein zentrales Element des fairen Verfahrens des Art. 6 EMRK seien.⁴³ Auch dass der Beschwerdeführer in einer fremden Sprache kommuniziert, was zu erheblichen Verzögerungen aufgrund der erforderlichen Übersetzungen von seitenweisen Telekommunikationsüberwachungsprotokollen führen kann, kann ihm freilich nicht angelastet werden.

Die **Bedeutung der Sache für den Beschwerdeführer** wird insbesondere in Haftsachen ausschlaggebend und ist inso-

weit mit dem in Deutschland geltenden verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebot in Haftsachen vergleichbar. Befindet sich eine Person in Untersuchungshaft, muss dieser Umstand bei der Frage berücksichtigt werden, ob die Anklage innerhalb einer angemessenen Frist erhoben wurde.⁴⁴

Dieses Kriterium ist letztlich Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Auch komplexe Verfahren, bei denen Verfahrensverzögerungen weder den Behörden noch den Beschuldigten anzulasten sind, müssen eine Grenze finden, wenn hierdurch die Freiheitsrechte der Beschuldigten intensiv eingeschränkt sind. Jedenfalls in deutschen EUSTa-Verfahren dürfte hier die verfassungsrechtliche Rechtsprechung zum Beschleunigungsgrundsatz heranzuziehen sein, wonach die Anforderungen an die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung strenger werden, je länger der Grundrechts-Eingriff andauert.⁴⁵

III. Haftung der EUSTa als Unionsorgan

Steht eine unangemessene Verfahrensdauer fest und ist diese der EUSTa zuzurechnen, so ergibt sich der Schadensersatzanspruch aus Art. 113 Abs. 3 und 4 EUSTa-VO. Die EUSTa ist eine unteilbare Einrichtung der Union. So steht es ausdrücklich in Art. 8 der EUSTa-Verordnung. Trotz der dezentralen Struktur bleibt die EUSTa ein unabhängiges Organ der Union. Das bedeutet, dass für Schäden, die die EUSTa zu verantwor-

³⁵ Beim praxisrelevantesten Mehrwertsteuerbetrug bspw. muss ein Gesamtschaden von mindestens 10 Mio EUR vorliegen, vgl. Art. 22 Abs. 1 EUSTa-VO i.V.m. Art. 3 Abs. 2 lit. d PIF-Richtlinie; bei Schäden von unter 10.000 EUR kann sie nur unter engen weiteren Voraussetzungen ermitteln, Art. 25 EUSTa-VO.

³⁶ EGMR, Urteil vom 28.05.2019, Liblik und andere v. Estland, Nr. 173/15 und Nr. 181/15 374/15, Rn. 91.

³⁷ EGMR, Urteil vom 07.07.2015, Rutkowski u. andere v. Polen, Nr. 72287/10, Rn. 138 ff.; EGMR, Urteil vom 28.05.2019, Liblik und andere v. Estland, Nr. 173/15, Nr. 181/15 und Nr. 374/15, Rn. 100; EGMR, Urteil vom 25.02.2025, Ezeoke v. Großbritannien, Nr. 61280/21, Rn. 47.

³⁸ EGMR, Urteil vom 10.05.2011, Dimitrov und Hamanov v. Bulgarien, Nr. 48059/06 und Nr. 2708/09, Rn. 72 f.; Dies sieht auch das BVerfG so, wonach sich der Staat zur Rechtfertigung einer überlangen Verfahrensdauer nicht auf Umstände berufen kann, die in seinem Verantwortungsbereich liegen, wie etwa eine allgemein angespannte Personalsituation, siehe: BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats) Beschluss vom 24.3.2023 – 2 BvR 116/23, Rn. 20 = NJW 2023, 1564, 1566.

³⁹ EGMR -Urteil vom 16.10.2000, Kudla v. Polen, Nr. 30210/96, Rn. 124; EGMR, Urteil vom 01.07.2021, Nechay v. Ukraine, Nr. 15360/10, Rn. 69. EGMR, Urteil vom 10.05.2011, Dimitrov und Hamanov v. Bulgarien, Nr. 48059/06 und Nr. 2708/09, Rn.72 f.

⁴⁰ EGMR, Urteil vom 16.10.2000, Kudla v. Polen, Nr. 30210/96, Rn. 124; EGMR, Urteil vom 01.07.2021, Nechay v. Ukraine, Nr. 15360/10, Rn. 69.

⁴¹ EGMR, Urteil vom 16.10.2000, Kudla v. Polen, Nr. 30210/96, Rn. 124; EGMR, Urteil vom 01.07.2021, Nechay v. Ukraine, Nr. 15360/10, Rn. 69.

⁴² EGMR, Urteil vom 23.09.1998, I.A. v. Frankreich, Nr. 28213/95, Rn. 121.

⁴³ EGMR, Urteil vom 23.09.1998, I.A. v. Frankreich, Nr. 28213/95, Rn. 65 i.V.m. Rn. 121.

⁴⁴ EGMR, Urteil vom 09.03.2021, Arewa v. Litauen, Nr. 16031/18, Rn. 53.

⁴⁵ EGMR, Urteil vom 25.11.1992, Abodella v. Niederlande Nr. 12728/87, Rn. 24.

⁴⁶ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 23. Januar 2019 – 2 BvR 2429/18 – Rn. 54 ff; BVerfG, Beschluss vom 5.2.2025, 2 BvR 24/25 und 2 BvR 69/25, Rn. 26 ff. – juris.

ten hat, nicht die Mitgliedstaaten, sondern die EUSTa selbst haftet, wie Art. 113 der EUSTa-Verordnung explizit vorsieht. Danach „ersetzt die EUSTa nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union gemeinsam sind, jeden durch sie oder ihre Bediensteten in Ausübung ihres Amtes verursachten Schaden, soweit er ihnen zuzurechnen ist“. Dies gilt nach Art. 113 Abs. 4 auch für Schäden, die ein Delegierter Europäischer Staatsanwalt (nachfolgend: **DEUSTa**) in Ausübung seines Amtes schuldhaft verursacht hat. Die Vorschrift hat also folgende Voraussetzungen:

1. Haftungsbegründende Kausalität: zurechenbare Verursachung eines (materiellen oder immateriellen) Schadens durch einen Bediensteten/eine Bedienstete oder DEUSTa
2. In Ausübung seines/ihrer Amtes
3. Haftungsausfüllende Kausalität: Umfang des Schadensersatzes

Bislang gibt es, soweit ersichtlich, noch keine Rechtsprechung zur Auslegung von Art. 113 Abs. 4 EUSTa-VO.

Für die Auslegung des Art. 113 Abs. 3 EUSTa-VO bietet sich eine Orientierung an der Rechtsprechung des EuGH zum primärrechtlichen Standard zur außervertraglichen Haftung für Handlungen der Union und ihrer Bediensteten an (Art. 340 Abs. 2 AEUV) (hierzu unter 1.).⁴⁶ Ferner kann auch auf die Rechtsprechung des EGMR rekurriert werden, die ebenfalls Grundsätze für die Staatshaftung im Zusammenhang mit rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung entwickelt hat (Art. 13 EMRK) (hierzu unter 2.).

1. Primärrechtliche Voraussetzungen

Die außervertragliche Haftung kann nicht nur durch gerichtliche oder behördliche Handlungen, sondern auch durch andere Arten von Handlungen oder Unterlassungen begründet werden.⁴⁷ Dabei verlangt der EuGH, dass eine **Rechtsverletzung bzw. ein Rechtsverstoß vorliegen muss, um eine außervertragliche Haftung auszulösen**. Bei der Beurteilung des Vorliegens einer außervertraglichen Haftung sind die Komplexität des zu regelnden Sachverhalts, die Schwierigkeiten bei der Anwendung oder Auslegung der Vorschriften und insbesondere der Ermessensspielraum des betreffenden Organs zu berücksichtigen.⁴⁸

- Drei Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit ein Entschädigungsanspruch anerkannt wird:⁴⁹
- Die Rechtsnorm, gegen die verstoßen wurde, muss (zumindest auch) **individualschützend** sein.⁵⁰ Dies dürfte bei Art. 5 Abs. 5 EUSTa-VO unproblematisch der Fall sein.

Der Rechtsverstoß muss hinreichend qualifiziert sein. Dies bedeutet, dass das Organ seinen **Ermessensspielraum offenkundig und erheblich überschritten haben muss**.⁵¹ Verfügt das Organ nur über einen sehr eingeschränkten oder gar auf Null reduzierten Ermessensspielraum, kann die bloße Ver-

letzung von Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht ausreichen, um einen hinreichend qualifizierten Verstoß anzunehmen.⁵² Nur die Feststellung einer Unregelmäßigkeit, die einer durchschnittlich umsichtigen und sorgfältigen Verwaltung unter ähnlichen Umständen nicht unterlaufen wäre, kann die Haftung der Union auslösen. Bei der Prüfung, ob ein qualifizierter Verstoß vorliegt, sind neben der Frage, ob das betreffende Organ über einen Ermessensspielraum verfügte, auch die Komplexität des zu regelnden Sachverhalts, die Schwierigkeiten bei der Anwendung oder Auslegung der Vorschriften, der Grad der Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift und die Frage, ob der Rechtsfehler vorsätzlich begangen wurde oder unentschuldigbar ist, zu berücksichtigen.⁵³

Für die Haftung für eine überlange Verfahrensdauer der Ermittlungen und dem damit verbundenen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 5 EUSTa-VO dürften diese grundsätzlichen Vorgaben allerdings eng an der oben unter II.2. dargestellten Rechtsprechung des EGMR und den insoweit entwickelten Kriterien zu orientieren sein, so dass ein qualifizierter Verstoß – vereinfacht dargestellt – jedenfalls anzunehmen ist, wenn die Komplexität des Verfahrens die Dauer desselben nicht rechtfertigt oder aber trotz Komplexität das Verfahren durch ein Verhalten des Bediensteten oder Delegierten Europäischen Staatsanwaltes verzögert wurde und nicht dem Beschwerdeführer zuzurechnen ist.

- Es muss ein **unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsverletzung und dem Schaden des Geschädigten bestehen**.⁵⁴ Der Schaden muss tatsächlich eingetreten sein; ein rein hypothetischer, noch nicht feststehender Schaden begründet keinen Anspruch auf Entschädigung.⁵⁵

Nach der Rechtsprechung des EuGH dürfen die Voraussetzungen für die **Haftung des Staates für Schäden**, die dem Einzelnen durch **einen Verstoß gegen das Gemeinschafts-**

⁴⁶ Brodowsky in: Herrnfeld/Brodowsky, Article by Article Commentary, Art. 113, Rn. 6.

⁴⁷ Brodowsky in: Herrnfeld/Brodowsky, Article by Article Commentary, Art. 113, Rn. 7.

⁴⁸ EuGH, Urteil v. 10.12.2002, C-312/200 P, Kommission v Camar und Tico, ECLI:EU:C:2002:736, Rn. 52.

⁴⁹ EuGH, Urteil v. 10.12.2002, C-312/200 P, Kommission v Camar und Tico, ECLI:EU:C:2002:736, Rn. 53. EuGH, Urteil v. 30.09.2003, C-224/01, Köbler, ECLI:EU:C:2003:513, Rn. 51; EuGH, Urteil v. 8.01.2025, T354/22, Bindl gegen Kommission, ECLI:EU:T:2025:4, Rn. 48.

⁵⁰ EuGH, Urteil v. 10.12.2002, C-312/200 P, Kommission v Camar und Tico, ECLI:EU:C:2002:736, Rn. 53.; EuGH, Urteil v. 8.01.2025, T354/22, Bindl gegen Kommission, ECLI:EU:T:2025:4, Rn. 50.

⁵¹ EuGH, Urteil v. 10.12.2002, C-312/200 P, Kommission v Camar und Tico, ECLI:EU:C:2002:736, Rn. 53. EuGH, Urteil v. 8.01.2025, T354/22, Bindl gegen Kommission, ECLI:EU:T:2025:4, Rn. 52.

⁵² EuGH, Urteil v. 10.12.2002, C-312/200 P, Kommission v Camar und Tico, ECLI:EU:C:2002:736, Rn. 54.

⁵³ EuGH, Urteil v. 8.01.2025, T354/22, Bindl gegen Kommission, ECLI:EU:T:2025:4, Rn. 53.

⁵⁴ EuGH, Urteil v. 10.12.2002, C-312/200 P, Kommission v Camar und Tico, ECLI:EU:C:2002:736, Rn. 53.

⁵⁵ EuGH, Urteil v. 8.01.2025, T354/22, Bindl gegen Kommission, ECLI:EU:T:2025:4, Rn. 54.

recht entstanden sind, nicht ohne besonderen Grund danach differenziert werden, ob es sich bei dem schadensverursachenden Rechtsträger um einen **nationalen oder einen gemeinschaftlichen/unionsrechtlichen handelt**.⁵⁶ In diesem Sinne hat der Gerichtshof auch entschieden, dass es unerheblich ist, ob der Verstoß der Judikative oder der Exekutive zuzurechnen ist.⁵⁷ Es gibt also keine „besondere Privilegierung“ der Judikative, was auch auf den EUSTa übertragbar ist. Bei der Beurteilung der Schwere der Rechtsverletzung sind die konkreten Aufgaben und Pflichten der EUSTa zu berücksichtigen.⁵⁸

Als mögliche durch Verstoß gegen Art. 5 Abs. 5 EUSTa-VO seitens der EUSTa verursachte Schäden kommen bei monate- oder jahrelanger von der EUSTa zu verantwortender Haft bspw. Verlust des Arbeitsplatzes, entgangener Gewinn, Ersatzansprüche gegen Dritte aufgrund Unmöglichkeit der Leistungserbringung, bei monate- oder jahrelanger Beschlagnahme von Vermögen die damit einhergehenden Verluste etc. in Betracht. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Rechtsverstoß nicht in der Maßnahme (Inhaftierung, Beschlagnahme) selbst, sondern lediglich in der überlangen Verfahrensdauer liegt, so dass lediglich solche Schäden, die aufgrund der besonderen Länge der Haft oder des Verfahrens, währenddessen bspw. eine Berufsausübung oder die Nutzung von Vermögen blockiert ist, als Schadensposten in Betracht kommen, nicht hingegen alle aufgrund der grundsätzlichen Entscheidung der Einleitung eines Verfahrens oder der grundrechtsbeschränkenden Ermittlungsmaßnahmen entstandenen Schäden.

Ein unionsrechtlicher Schadensersatzanspruch kann **sowohl für materielle als auch für immaterielle Schäden** bestehen.⁵⁹ Zur Ausfüllung eines solchen Haftungsanspruches in Hinblick auf eine überlange Verfahrensdauer bietet die EuGH-Rechtsprechung – mangels bisheriger Anwendungsfälle auf EU-Ebene – keine Anknüpfungspunkte. Diesbezüglich kann aber auf die Rechtsprechung des EGMR und deutscher Gerichte rekurriert werden.

2. Voraussetzungen im Lichte der EMRK

Bei Verstößen gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK wegen überlanger Verfahrensdauer müssen Rechtsbehelfe nach Art. 13 EMRK gewährleistet sein. Der nach Art. 13 geforderte Rechtsbehelf muss jedoch **sowohl praktisch als auch rechtlich „wirksam“ sein**. Der Begriff „wirksam“ bedeutet, dass der Rechtsbehelf angemessen und zugänglich sein muss.

Rechtsbehelfe gegen unangemessene Verfahrensdauer sind wirksam im Sinne von Art. 13 EMRK, wenn sie die **Verletzung oder deren Fortsetzung verhindern oder eine angemessene Wiedergutmachung für eine bereits eingetretene Verletzung bieten**.⁶⁰ Im Idealfall sollten die Staaten zwei Arten von Rechtsbehelfen kombinieren, einen zur Beschleunigung des Verfahrens und einen zur Wiedergutmachung des bereits erlittenen Schadens.⁶¹

- Schlüsselkriterien für die Prüfung der Wirksamkeit eines Rechtsbehelfs gegen überlange Gerichtsverfahren sind:

- Eine Schadenersatzklage muss innerhalb eines angemessenen Zeitraums verhandelt werden;
- der Schadenersatz muss unverzüglich, in der Regel spätestens sechs Monate nach dem Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung über die Zuerkennung des Schadenersatzes vollstreckbar wird, gezahlt werden;
- Die Verfahrensvorschriften für eine Schadenersatzklage müssen dem Gebot der Fairness nach Art. 6 EMRK entsprechen;
- die Vorschriften über die Prozesskosten dürfen für die Parteien keine übermäßige Belastung darstellen, wenn ihre Klage begründet ist;

die Höhe der Entschädigung darf im Vergleich zu den vom EGMR in ähnlichen Fällen zugesprochenen Entschädigungen nicht unverhältnismäßig sein.⁶²

Ein Rechtsbehelf ist ferner wirksam, wenn er dazu dienen kann, die Entscheidung des mit dem Fall befassten Gerichts zu beschleunigen, z. B. **dem Angeklagten die Möglichkeit zu geben, seinen Fall vor Gericht zu bringen** oder die **Einstellung des Verfahrens zu erwirken**, wenn das Ermittlungsverfahren übermäßig lange dauert.⁶³

Ein Rechtsbehelf ist auch dann wirksam, wenn er dem Verfahrensbeteiligten eine **angemessene Entschädigung für bereits eingetretene Verzögerungen** bietet. Der EGMR hat bereits entschieden, dass **verschiedene Arten von Rechtsbehelfen die Verletzung wirksam beseitigen können**. In Bezug auf das Strafverfahren kann ein solcher wirksamer Rechtsbehelf gegeben sein, **wenn die Dauer des Verfahrens ausdrücklich und messbar bei der Reduzierung der Strafe berücksichtigt wurde** (im deutschen Recht wäre dies die sog. „Vollstreckungslösung“) („that the length of proceedings had been taken into account when reducing the sentence in an express and measurable manner“).⁶⁴

Eine wirksame Wiedergutmachung kann aber auch durch eine **finanzielle Entschädigung** als Ergebnis der Inanspruchnahme eines innerstaatlichen Rechtsbehelfs erreicht wer-

⁵⁶ EuGH, Urteil v. 5.03.1996, C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pecheur SA v. Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:1996:79, Rn. 42.

⁵⁷ EuGH, Urteil v. 30.09.2003, C-224/01, Köbler, ECLI:EU:C:2003:513, Rn. 32.

⁵⁸ Brodowsky in: Herrnfeld/Brodowsky, Article by Article Commentary, Art. 113, Rn. 7.

⁵⁹ EuGH, Urteil v. 8.10.1986, C-169/83 und 136/84, Leussink-Brummelhuis v Commission, ECLI:EU:C:1986:371, Rn.18.

⁶⁰ EGMR, Urteil vom 10.05.2011, Dimitrov und Hamanov v. Bulgarien, Nr. 48059/06 2708/09, Rn. 90; EGMR, Urteil vom 11.02.2020, Galea und Pavia v. Malta, Nr. 77209/16 und Nr. 77225/16, Rn. 56 f.

⁶¹ EGMR, Urteil vom 10.05.2011, Dimitrov und Hamanov v. Bulgarien, Nr. 48059/06, Nr. 2708/09, Rn. 90.

⁶² EGMR, Urteil vom 11.02.2020, Galea und Pavia v. Malta, Nr. 77209/16 und 77225/16, Rn. 58.

⁶³ EGMR, Urteil vom 10.05.2011, Dimitrov und Hamanov v. Bulgarien, Nr. 48059/06 und 2708/09, Rn. 92.

⁶⁴ EGMR, Urteil vom 29.03.2006, Cocchiarella v. Italien Nr. 64886/01, Rn. 77 f.; EGMR, Urteil vom 25.06.2020, Tempel v. Tschechische Republik, Nr. 44151/12, Rn. 78.

den.⁶⁵ Hinsichtlich der finanziellen Wiedergutmachung ist der EGMR der Auffassung, dass nationale Gerichte besser in der Lage sind, das Vorliegen und die Höhe von Vermögensschäden zu bestimmen⁶⁶ – die Höhe der Entschädigung darf jedoch im Vergleich zu den vom EGMR in ähnlichen Fällen zugesprochenen Entschädigungen nicht unangemessen sein.⁶⁷

Auch der EGMR selbst kann gemäß Art. 41 der Konvention eine „gerechte Entschädigung“ für Konventionsverletzungen zusprechen. Dies begründet jedoch keinen generellen Anspruch auf eine solche Entschädigung, sondern wird nur dann gewährt, „wenn das innerstaatliche Recht der betreffenden Vertragspartei nur eine unvollkommene Wiedergutmachung zulässt“, und auch dann nur, wenn der Gerichtshof dies für „notwendig“ erachtet.⁶⁸ Der Begriff der „gerechten“ Entschädigung kann nicht eindeutig definiert werden. Grundsätzlich wird der EGMR eine Entschädigung zusprechen, die er unter den gegebenen Umständen für angemessen hält.⁶⁹ Eine gerechte Entschädigung wird gemäß Art. 41 der Konvention gewährt, um den Antragsteller für den tatsächlichen Schaden zu entschädigen, der als Folge einer Verletzung festgestellt wurde, und kann in dieser Hinsicht **materielle und immaterielle Schäden sowie Kosten und Auslagen** umfassen. Während der EGMR bei der Entschädigung **materieller Schäden** strenge Maßstäbe anlegt und bspw. bei einem über 17 Jahre über zwei Instanzen geführten Verfahren eine kausale Schadensverursachung wegen entgangenen Gehalts, entgangener Beförderung und entgangener Rente nicht kausal auf die Verfahrensverzögerung zurückgeführt hat,⁷⁰ gibt es

bei **immateriellen Schäden eine starke, aber widerlegbare Vermutung, dass übermäßig lange Verfahren solche Schäden verursachen**. Auch wenn die Verfahrensdauer in einigen Fällen zu einem minimalen oder gar keinem immateriellen Schaden führen kann, muss die mit der Sache befasste nationale Behörde oder **das mit der Sache befasste nationale Gericht die Entscheidung**, eine geringere oder gar keine Entschädigung zuzusprechen, gemäß den in der Rechtsprechung des EGMR festgelegten Kriterien **ausreichend begründen**.⁷¹

3. Nationale Voraussetzungen

Schließlich ist auch das nationale Recht maßgeblich, da nach dem Grundsatz der Gleichwertigkeit die nationalen Verfahrensregeln, die für Klagen auf Schutz der vom Unionsrecht gewährten individuellen Rechte gelten, nicht weniger günstig sein sollen als diejenigen, die für vergleichbare inländische Klagen gelten (ErwGrd 88 EUStA-VO). Hinzu kommt, dass nach Art. 41 Abs. 3 EUStA-VO Verdächtige und Beschuldigte sowie andere an EUStA-Verfahren beteiligte Personen alle Verfahrensrechte genießen, die ihnen nach dem anwendbaren nationalen Recht zustehen.

In Deutschland wird eine Entschädigung für eine unangemessene Dauer eines Gerichtsverfahrens in §§ 198 ff GVG vorgesehen. Erleidet ein Verfahrensbeteiligter durch die unangemessene Dauer eines Gerichtsverfahrens einen Nachteil, ist er gem. § 198 Abs. 1 GVG (ggfs. i.V.m. § 199 GVG) angemessen zu entschädigen. Die Entschädigungsklage kann

schon während des laufenden Ausgangsverfahrens erhoben werden;⁷² spätestens ist sie sechs Monate nach Rechtskraft der Verfahrenserledigung zu erheben (§ 198 Abs. 5 GVG). Die Entscheidung bleibt innerhalb der jeweiligen Gerichtsbarkeit. Zuständig ist bei Verfahren, die vor den Staatsanwaltschaften und Gerichten eines Bundeslandes anhängig sind, das jeweilige Oberlandesgericht, in dessen Bezirk das gegenständliche Verfahren geführt wurde, bei Verzögerung durch Bundesgerichte oder die Bundesanwaltschaft der Bundesgerichtshof (§ 201 Abs. 1 GVG i.V.m. § 200 GVG).⁷³

§ 198 Abs. 1 bis 4 GVG sieht bestimmte Entschädigungsregeln für eine übermäßig lange Verfahrensdauer vor, die über § 199 GVG mit einigen Modifikationen auch für das – hier allein interessierende (s.o.) – Ermittlungsverfahren gelten. Dabei spielt das Entschädigungsverfahren in Strafsachen in der Praxis keine große Rolle, da die Kompensation einer Verfahrensverzögerung gegenüber den Angeklagten in Deutschland regelmäßig über die sog. **Vollstreckungslösung** erfolgt.⁷⁴

a) Geldentschädigung für materielle Schäden

Für den durch die Überlänge des Verfahrens entstandenen materiellen Schaden kann Entschädigung verlangt werden (§ 198 Abs. 1 GVG). Dabei setzt § 198 GVG einen Nachteil und die haftungsausfüllende Kausalität zwischen diesem und der überlangen Verfahrensdauer voraus. Hinsichtlich der materiellen Nachteile muss der Kläger darlegen, dass er gerade

⁶⁵ EGMR, Urteil vom 29.03.2006, Cocchiarella v. Italien Nr. 64886/01, Rn. 93; EGMR, Urteil vom 29.03.2006, Scordino v. Italien (Nr. 1), Nr. 36813/97, Rn. 181.

⁶⁶ EGMR, Urteil vom 29.03.2006, Cocchiarella v. Italien Nr. 64886/01, Rn. 94; unter außergewöhnlichen Umständen kann die Feststellung einer Rechtsverletzung in einem Verfahren innerhalb einer angemessenen Frist an sich eine ausreichende Wiedergutmachung darstellen. Dies dürfte jedoch für die EUStA-Fälle nicht relevant sein. Der EGMR hat dies bisher z.B. bei einem Tötungsdelikt und mehrfachen sexuellen Missbrauch (EGMR, Urteil vom 22.02.2001, Szeloch v. Poland, Nr. 33079/96, Rn. 122) und bei einem Wiederholungstäter wegen Vergewaltigung eines Minderjährigen und eines Erwachsenen angenommen (EGMR, Urteil vom 2.08.2000 Cherakrak v. France, no. 34075/96, Rn. 29).

⁶⁷ EGMR, Urteil vom 10.05.2011, Dimitrov und Hamanov v. Bulgarien, Nr. 48059/06 und 2708/09, Rn. 125.

⁶⁸ Vgl. Praktische Anweisungen des Präsidenten des Gerichtshofs gemäß Regel 32 der Verfahrensordnung vom 28. März 2007, geändert am 9. Juni 2022, betreffend die gerechte Entschädigung gemäß Artikel 41 EMRK, Rn. 3 (abrufbar unter: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/pd_satisfaction_claims_eng#:~:text=Just%20satisfaction%20is%20afforded%20under,and%20expenses%20\(see%20below\).](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/pd_satisfaction_claims_eng#:~:text=Just%20satisfaction%20is%20afforded%20under,and%20expenses%20(see%20below).))

⁶⁹ Vgl. Praktische Anweisungen des Präsidenten des Gerichtshofs gemäß Regel 32 der Verfahrensordnung vom 28. März 2007, geändert am 9. Juni 2022, betreffend die gerechte Entschädigung gemäß Artikel 41 EMRK, Rn. 3.

⁷⁰ EGMR, Urteil vom 11.02.2020, Galea und Pavia v. Malta, Nr.77209/16 und 77225/16, Rn. 71.

⁷¹ EGMR, Urteil vom 10.05.2011, Dimitrov und Hamanov v. Bulgarien, Nr. 48059/06 und Nr. 2708/09, Rn. 125.

⁷² BGH, Urteil vom 10.4.2014, III ZR 335/13, Z. 21=NJW 2014, 1967.

⁷³ Kocak in: Radtke/Hoffman, StPO, §201 GVG. Rn. 1.; Barthe in: KK-StPO, § 201 GVG, Rn. 2.

⁷⁴ Kocak in: Radtke/Hoffman, StPO, §199 GVG, Rn. 1.

wegen der Verfahrensdauer einen Vermögensnachteil erlitten hat. Hierunter fallen z. B. verzögerungsbedingte Kosten erhöhungen im Ausgangsverfahren sowie Ausfälle **durch Insolvenz des Beklagten während der überlangen Dauer des Ausgangsverfahrens**, sofern der Kläger geltend machen kann, dass er bei angemessener Verfahrensdauer noch Befriedigung für seine Forderung hätte erlangen können.⁷⁵ Die Entschädigungsklage zielt trotz ihrer generalpräventiven Wirkung, die Gerichte zur Nutzung von Beschleunigungsmöglichkeiten anzuhalten, in erster Linie auf die Kompensation bereits eingetretener Nachteile und nicht, wie die Verzögerungsrüge, auf eine konkret-präventive Beschleunigungswirkung.⁷⁶

b) Entschädigung auf andere Weise (Vollstreckungslösung)

Eine Entschädigung in Geld ist ausgeschlossen, wenn Wiedergutmachung auf andere Weise ausreichend ist (§ 198 Abs. 2 GVG). Die bloße Feststellung der Unangemessenheit der Verfahrensdauer ist allerdings nur zulässig, wenn die „normale“ Verfahrensdauer nur geringfügig, **höchstens um sechs Monate**, überschritten wurde und kein Nachteil durch die Verzögerung ersichtlich ist.⁷⁷

Als Wiedergutmachung auf andere Weise kommen die in § 199 Abs. 3 GVG ausdrücklich anerkannten und von den Strafgerichten entwickelten Kompensationsmöglichkeiten in Betracht. Dabei handelt es sich insbesondere um die vom Bundesgerichtshof entwickelte Vollstreckungslösung, bei der die Verfahrensverzögerung dadurch kompensiert wird, dass (ein Teil) der Strafe als vollstreckt gilt.⁷⁸ Rechtsgrundlagen sind das Kompensationsgebot der EMRK und der Rechtsgedanke des § 51 StGB.⁷⁹ Die Vollstreckungslösung ersetzt seit 2008 die bis dahin geltende Strafzumessungslösung, bei der eine unangemessen lange Verfahrensdauer als mildernder Umstand bei der Strafzumessung berücksichtigt wurde.⁸⁰ Problematisch war dies aus dogmatischer Sicht, da dadurch das Mindeststrafmaß unterschritten werden konnte.⁸¹ Bei der Vollstreckungslösung erfolgt die Feststellung der Verfahrensverzögerung und die entsprechende Kompensation in einem gesonderten Verfahrensschritt nach der Strafzumessung.⁸² Dies ermöglicht die Feststellung der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung und deren entsprechende Kompensation unabhängig von der Frage des Gewichts der Tat oder des Grades der Schuld, die für die Frage der überlangen Verfahrensdauer und deren Kompensation grundsätzlich irrelevant sind.⁸³ Für die Strafzumessung ist die Dauer des Strafverfahrens allerdings nach wie vor von Bedeutung, da das Strafbedürfnis immer dann sinkt, wenn zwischen Tat und Urteil ein besonders langer Zeitraum liegt.⁸⁴

c) Entschädigung für immaterielle Schäden

Zur Beweiserleichterung und um den Anforderungen der Rspr. des EGMR zu genügen, stellt § 198 Abs. 2 GVG die gesetzliche Vermutung auf, dass derartige Schäden eingetreten sind. Für diese Schäden ist ein pauschaler Schadensersatz in Höhe von **1.200 € pro Jahr Verfahrensverzögerung** vorgesehen. Bei einer geringeren Verfahrensverzögerung verringert sich der Schadensersatz anteilig auf **100 € für jeden Monat Verzögerung**.⁸⁵

IV. Fazit

Trotz ihres Anspruchs und ihrer gesetzlichen Verpflichtung, die Ermittlungen zügig durchzuführen, ist es fraglich, inwieweit die EUSTa den Vorgaben des Art. 5 Abs. 5 der EUSTa-VO in ihren Ermittlungen gerecht werden kann. Angesichts dessen, dass ihre Zuständigkeit und damit ihr Tätigwerden insbesondere bei dem praktisch relevantesten Mehrwertsteuerbetrug voraussetzt, dass ein Vermögensschaden von mindestens 10 Mio. EUR (vgl. Art. 22 Abs. 1 EUSTa-VO i.V.m. Art. 3 Abs. 2 lit. d PIF-Richtlinie) durch die – zum Zeitpunkt der Zuständigkeitsbegründung noch vollständig zu ermittelnden – Finanzstraftaten entstanden ist, ist eine gewisse Mindestdauer der Ermittlungen (und ggfs. Vorermittlungen auf nationaler Ebene) allein zur Feststellung eines so hohen Schadens wohl unvermeidbar.

Auch wenn die Komplexität dieser Verfahren (meist grenzüberschreitend, meist eine Vielzahl von Beschuldigten, meist zeitintensive Übersetzungen von umfangreichen Telekommunikationsüberwachungsergebnissen in bisweilen mehrere Sprachen) eine gewisse Dauer rechtfertigen mögen, kann es sich für die Verteidigung – nicht zuletzt zur Beschleunigung der ohnehin äußerst langwierigen Verfahren – lohnen, Haftungsansprüche gegen die EUSTa auf Grundlage von Art. 113 Abs. 4, 5 EUSTa-VO wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung unter Verletzung von Art. 5 Abs. 5 EUSTa-VO, Art. 47 Abs. 2 GRCh sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK zu prüfen. Insbesondere in Haftsachen kann dies lohnenswert sein, wenn der EUSTa weitere Verzögerungen während der Ermittlungen schuldhaft zuzurechnen sind. Hierfür bietet die EUSTa-Verordnung in Zusammenschau mit dem Primärrecht und der Rechtsprechung des EGMR rechtliche Grundlagen.

Gerade weil es in diesem konkreten Bereich noch keine gesicherte Rechtsprechung gibt, sind allerdings die Erfolgsaussichten noch äußerst schwierig einzuschätzen und die Chancen groß, dass das hiermit befasste Gericht die Frage dem EuGH im Wege der Vorabentscheidung vorlegen wird (Art. 42 Abs. 2 EUSTa-VO i.V.m. Art. 267 AEUV).

⁷⁵ BGH, Urteil vom 23.1.2014 – III ZR 37/13, Rn.26 = NJW 2014, 939.

⁷⁶ BGH, Urteil vom 23.1.2014 – III ZR 37/13, Rn.32 = NJW 2014, 939.

⁷⁷ BGH, Beschluss vom 27. 7. 2012 – 1 StR 218/12 (LG Tübingen) = BGH NStZ 2012, 653 (654).

⁷⁸ BGH, Beschluss vom 17. 1. 2008 – GSSt 1/07 (LG Oldenburg) = NJW 2008, 860.

⁷⁹ BGH, Beschluss vom 17. 1. 2008 – GSSt 1/07 (LG Oldenburg), Rn. 31 und Rn. 32 = NJW 2008, 860.

⁸⁰ BGH, Beschluss vom 17. 1. 2008 – GSSt 1/07 (LG Oldenburg), Rn. 20 ff. = NJW 2008, 860.

⁸¹ BGH, Beschluss vom 17. 1. 2008 – GSSt 1/07 (LG Oldenburg), Rn. 31 = NJW 2008, 860.

⁸² BGH, Beschluss vom 17. 1. 2008 – GSSt 1/07 (LG Oldenburg), Rn. 31 = NJW 2008, 860.

⁸³ BGH, Beschluss vom 17. 1. 2008 – GSSt 1/07 (LG Oldenburg), Rn. 35 = NJW 2008, 860.

⁸⁴ BGH, Beschluss vom 17. 1. 2008 – GSSt 1/07 (LG Oldenburg), Rn. 44 = NJW 2008, 860.

⁸⁵ BT-Drs. 17/3802, S. 20.

EINFÜHRUNGSBEITRÄGE UND CHECKLISTEN

Rechtsanwalt Professor Dr. Markus Rübenstahl,
Frankfurt am Main

Die Bundesnetzagentur und das Straf- und Bußgeldverfahren

A. Einführung

Die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen („BNetzA“) ist allgemein als Regulierungsbehörde bekannt. Weniger bekannt dürfte ihre Rolle im Zusammenhang mit und im Vorfeld von Bußgeld- und Strafverfahren sein. Tatsächlich ist diese Rolle – vergleichbar der der BaFin – jedenfalls potenziell und zukünftig von durchaus erheblicher praktischer Bedeutung.

Die der BNetzA obliegende Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze dient den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas, der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen sowie der gesamtwirtschaftlich optimierten Energieversorgung (§ 1 Abs. 2 EnWG). Da sich der Preis für Elektrizität nach wettbewerblichen Grundsätzen frei am Markt bilden soll (§ 1a EnWG), liegt nahe, dass die BNetzA als im Wesentlichen national zuständige Regulierungsbehörde aufgerufen ist, Marktmissbrauch durch Marktteilnehmer – im Sinne von Marktmanipulation und Insiderhandel auf den Energiegroßhandelsmärkten – zu verhindern bzw. zu minimieren, aber auch verwaltungs-, bußgeld- und strafrechtlich zu bekämpfen bzw. eine entsprechende Ahndung zu fördern.

B. Allgemeines zur BNetzA

I. Nationale Regulierungsbehörde und Zusammenarbeit mit u. a. Kartellbehörden

Die Aufgaben der Regulierungsbehörde der entsprechenden Märkte nehmen gem. § 54 Abs. 1 EnWG primär die BNetzA und (sekundär) nach Maßgabe des Abs. 2 die jeweiligen Landesregulierungsbehörden wahr. Mangels praktischer Relevanz im vorliegenden Kontext wird auf letztere hier nicht eingegangen.

Die BNetzA wurde als selbständige Bundesoberbehörde dem Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft (BMWi) untergeordnet (vgl. Art. 87 Abs. 3, S. 1 GG). Sie wird von einem Präsidenten bzw. einer Präsidentin geleitet; für die jeweiligen Zuständigkeitsbereiche hat die BNetzA Abteilungen gebildet, wobei für die hier interessierende Energieregulierung die Abteilung 6 zuständig ist, der derzeit dreizehn Referate untergeordnet sind¹.

Die BNetzA nimmt all diejenigen Aufgaben wahr, die ausdrücklich der BNetzA zugewiesen sind bzw. die nicht in § 54 Abs. 2 EnWG aufgeführt sind und einer „Regulierungsbehörde“ übertragen wurden². Im Einzelnen sind hier u. a. die Pflicht zur Zusammenarbeit mit Regulierungsbehörden anderer Mitgliedstaaten sowie der Europäischen Kommission gem. § 57 EnWG sowie Aufsichtsmaßnahmen im Rahmen der allgemeinen Missbrauchsaufsicht gem. § 65 EnWG relevant. Zudem ist die BNetzA zur engen Zusammenarbeit mit den Kartellbehörden verpflichtet (vgl. u. a. § 58 EnWG, s. u.). Auf weitere Zuständigkeiten, die vorliegend besonders bedeutsam sind, wird unten näher eingegangen.

II. Europäische Architektur der Regulierungsbehörden

Zur Unterstützung der nationalen Regulierungsbehörden wurde durch die VO (EG) Nr. 713/2009 vom 13.07.2009 die Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (European Agency for the Cooperation of Energy Regulators – „ACER“) mit Sitz in Ljubljana in Slowenien gegründet. Die Aufgabe der ACER besteht im Wesentlichen darin, die nationalen Regulierungsbehörden in der Ausübung ihrer Pflichten auf europäischer Ebene zu unterstützen und ihre Aktivitäten im Bedarfsfall zu koordinieren; sie soll zur Erfüllung dieser Aufgabe eine Koordinierungsfunktion ausüben. Allerdings erschöpft sich das ACER an die Hand gegebene Handlungsinstrumentarium im Wesentlichen in der Befugnis zur Abgabe von Stellungnahmen und Empfehlungen sowie der Vorlage von unverbindlichen Rahmenleitlinien; Bindungswirkungen entfalten lediglich bestimmte Einzelfallentscheidungen der ACER.³

C. Kompetenzen und Rolle der BNetzA im Vorfeld von Straf- und Bußgeldverfahren (Marktüberwachung, sonstige Zusammenarbeit mit den Kartellbehörden und anderen Behörden sowie Vorfeldkompetenzen)

I. Marktüberwachung durch die Markttransparenzstelle

§ 47a GWB regelt die Einrichtung der Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas („MTS“), die organisatorisch bei der BNetzA angesiedelt ist (vgl. auch § 58a Abs. 2 S. 1 EnWG; nicht wie ursprünglich geplant, beim Bundeskartellamt⁴ („BKartA“)⁵. Hiermit wurde 2012 eine institu-

¹ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 54 Rn. 95, 96, beck-online.

² Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 54 Rn. 100, beck-online.

³ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 54 Rn. 120-122, beck-online.

⁴ So noch im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 21. 6. 2012, BT-Drs. 17/10060, S. 1 ff.

⁵ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Lüdemann, 4. Aufl. 2020, GWB § 47a Rn. 3, beck-online.

tionelle Struktur geschaffen, die darauf abzielt, die Bildung wettbewerbskonformer Großhandelspreise sicherzustellen und das Vertrauen in die Integrität der Energiegroßhandelsmärkte zu stärken⁶. Die MTS soll durch ein kontinuierliches und zentralisiertes Monitoring sämtlicher relevanter Markt- und Fundamentaldaten Auffälligkeiten bei der Preisbildung aufdecken, die auf Missbrauch von Marktmacht, Insiderinformationen oder Marktmanipulation beruhen können⁷. Die MTS ist mithin zugleich nationale Marktüberwachungsstelle nach der REMIT-VO; sie überwacht gemeinsam mit der BNetzA (§ 58a Abs. 1, Abs. 2 S. 1 EnWG) den Strom- und Großhandel und kooperiert mit der Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER)⁸.

Die Zuweisung zur BNetzA (§ 58a Abs. 2 S. 1 EnWG) erschien sachgerecht, da Regulierungsbehörden besser für eine kontinuierliche Marktüberwachung aufgestellt sein dürften und im Unterschied zu den Wettbewerbsbehörden die Marktentwicklungen kontinuierlich verfolgen; weiter stehen der BNetzA umfangreiche Datenströme aus dem Strombereich zur Verfügung; zudem sprach für die Ansiedlung bei der BNetzA auch die auf Regulierungsbehörden zugeschnittene (Marktmissbrauchs-)Aufsichtsansatz der REMIT-VO⁹. Die organisatorische Verantwortung für die Markttransparenzstelle liegt beim Präsidenten der BNetzA; letztere ist zugleich zuständig für die Vertretung im Außenverhältnis; innerbehördlich ist die Markttransparenzstelle auf Referatebene (Referat 603) in der Abteilung Energieregulierung (Abteilung 6) der BNetzA angesiedelt¹⁰.

Die Aufgaben der Markttransparenzstelle nehmen die BNetzA und das BKartA einvernehmlich wahr (§ 47a Abs. 2 GWB).

Die MTS beobachtet laufend den gesamten Großhandel mit Elektrizität und Erdgas, unabhängig davon, ob er auf physikalische oder finanzielle Erfüllung gerichtet ist, um Auffälligkeiten bei der Preisbildung aufzudecken, die auf Missbrauch von Marktbeherrschung, Insiderinformationen oder auf Marktmanipulation beruhen können (§ 47b Abs. 1 S. 1 GWB). Die Markttransparenzstelle beobachtet zu diesem Zweck auch die Erzeugung, den Kraftwerkseinsatz und die Vermarktung von Elektrizität und Erdgas durch die Erzeugungsunternehmen sowie die Vermarktung von Elektrizität und Erdgas als Regelenergie (§ 47b Abs. 1 S. 2 GWB).

Die MTS wertet die erhaltenen Daten und Informationen kontinuierlich aus, um insbesondere festzustellen, ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen §§ 1, 19, 20 oder 29 GWB, Art. 101 oder 102 AEUV (Marktmachtmissbrauch), das WpHG, das BörsenG oder die Verbote nach den Art. 3 und 5 REMIT-VO – d.h. des Insiderhandels- oder Marktmissbrauchsverbot nach der REMIT-VO – vorliegen (§ 47b Abs. 6 S. 1 GWB). Gibt es Anhaltspunkte dafür, dass eine natürliche oder juristische Person gegen die vorgenannten gesetzlichen Bestimmungen verstößt, muss die MTS umgehend die zuständigen Behörden – BKartA oder BNetzA, ggf. beide (§ 47b Abs. 7 S. 3 GWB) – informieren und den (Beobachtungs-)Vorgang an sie abgeben (§ 47b Abs. 6 S. 2 GWB). Bei

Verdacht eines Verstoßes gegen die §§ 1, 19, 20 und 29 GWB oder gegen Art. 101, 102 AEUV (Marktmachtmissbrauch) informiert die MTS die zuständige Beschlussabteilung im BKartA (§ 47b Abs. 7 S. 1 GWB). Bei Verdacht eines Verstoßes gegen Art. 3, 5 REMIT-VO wird zuständigkeitshalber die BNetzA informiert (s.u. 3. zu § 58a EnWG).

Die MTS leitet gem. §§ 47b Abs. 7 S. 4, 47i GWB alle von diesen Behörden benötigten oder angeforderten Informationen und Daten unverzüglich an diese weiter.

II. Sonstige Zusammenarbeit der BNetzA mit den Kartellbehörden, § 58 EnWG

Auch § 58 Abs. 1 S. 1 EnWG sieht eine Zusammenarbeit der BNetzA mit dem BKartA vor. Gem. § 58 Abs. 1 EnWG entscheidet die BNetzA in den Fällen von Aufsichtsmaßnahmen gem. § 65 EnWG im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt zu diversen Fragen. Trifft die BNetzA Entscheidungen nach den Bestimmungen des Teiles 3 des EnWG, gibt sie dem BKartA und der Landesregulierungsbehörde, in deren Bundesland der Sitz des betroffenen Netzbetreibers belegen ist, rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 58 Abs. 1 S. 2 EnWG).

Führt die nach dem GWB zuständige Kartellbehörde – regelmäßig das BKartA – im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität und Gas Verfahren nach den §§ 19, 20 und 29 GWB, Artikel 102 AEUV (d.h. wegen Marktmachtmissbrauch) oder nach § 40 Abs. 2 GWB durch, gibt sie der BNetzA rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 58 Abs. 2 EnWG). Die BNetzA arbeitet mit der Europäischen Kommission bei der Durchführung von wettbewerbsrechtlichen Untersuchungen durch die Europäische Kommission im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität und Gas zusammen (§ 58 Abs. 2b EnWG). BNetzA und BKartA sollen zudem auf eine einheitliche und den Zusammenhang mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wahrende Auslegung dieses Gesetzes hinwirken (§ 58 Abs. 3 EnWG).

Vor allem aber können die Regulierungsbehörden – regelmäßig die BNetzA – und die Kartellbehörden – regelmäßig das BKartA – unabhängig von der jeweils gewählten Verfahrensart untereinander Informationen einschließlich personenbezogener Daten und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse austauschen, soweit dies zur Erfüllung ihrer jeweiligen Auf-

⁶ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Lüdemann, 4. Aufl. 2020, GWB § 47a Rn. 1, beck-online.

⁷ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Lüdemann, 4. Aufl. 2020, GWB § 47a Rn. 1, beck-online.

⁸ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Lüdemann, 4. Aufl. 2020, GWB § 47a Rn. 2, beck-online.

⁹ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Lüdemann, 4. Aufl. 2020, GWB § 47a Rn. 3, beck-online.

¹⁰ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Lüdemann, 4. Aufl. 2020, GWB § 47a Rn. 4, beck-online.

gaben erforderlich ist, sowie diese in ihren Verfahren verwenden (§ 58 Abs. 4 S. 1 EnWG). Nur Beweisverwertungsverbote bleiben hiervon unberührt (§ 58 Abs. 4 S. 2 EnWG).

III. Zusammenarbeit mit Behörden zur Durchführung der REMIT-VO, § 58a EnWG

Die Vorschrift des § 58a EnWG regelt die Zusammenarbeit der BNetzA mit anderen Behörden zur Durchsetzung der VO (EU) Nr. 1227/2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts (hier: REMIT-VO) sowie eine Pflicht zur gegenseitigen Mitteilung von Beobachtungen und Feststellungen, die zur Erfüllung der jeweiligen Aufgaben erforderlich sind; nach der Gesetzesbegründung erfolgt dadurch eine Angleichung an die Zusammenarbeitsregelungen zwischen der BNetzA und dem BKartA in den §§ 47a ff. GWB insbesondere betreffend die MTS (s.o.)¹¹. Innerhalb der Bundesrepublik Deutschland ist die BNetzA zuständig für die den Mitgliedstaaten in der REMIT-VO übertragenen Aufgaben (vgl. insbesondere §§ 33 Abs. 6, 56 Abs. 1 Nr. 4, 58a Abs. 4, 65 Abs. 6, 69 Abs. 11 EnWG)¹². Nur für den Aufgabenbereich der Marktüberwachung gilt das nicht unmittelbar, denn der deutsche Gesetzgeber hat im Einklang mit Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 REMIT-VO die Einrichtung der MTS angeordnet (s.o.)¹³.

§ 58a Abs. 1 EnWG normiert die Befugnis der BNetzA zur Zusammenarbeit mit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), dem BKartA sowie mit den Börsenaufsichtsbehörden und den Handelsüberwachungsstellen (insbesondere der MTS) zur Durchführung der REMIT-VO; die Verordnung dient der Bekämpfung von Insiderhandel und Marktmanipulationen am Energiegroßmarkt (vgl. insbesondere Art. 2, 3, 5 REMIT-VO) und verpflichtet zu diesem Zweck die Mitgliedstaaten, die zuständigen Behörden zur Umsetzung der in der Verordnung festgelegten Verbote und Verpflichtungen mit den notwendigen Befugnissen auszustatten (vgl. Art. 13 REMIT-VO), für Deutschland mithin die BNetzA¹⁴.

§ 58a Abs. 2 EnWG sieht eine Pflicht zum Informationsaustausch zwischen der BNetzA und der dort eingerichteten MTS (s.o.), der BaFin, dem BKartA sowie den Börsenaufsichtsbehörden und den Handelsüberwachungsstellen vor, unabhängig von der jeweils gewählten Verfahrensart bezogen auf solche Informationen, Beobachtungen und Feststellungen einschließlich personenbezogener Daten sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die zur Erfüllung der jeweiligen behördlichen Aufgaben erforderlich sind. Der wechselseitige Informationsaustausch zwischen den Behörden dient der Schaffung von Synergieeffekten im Rahmen der Behördenstätigkeiten zur Umsetzung der REMIT-VO¹⁵. Nach § 58a Abs. 2 S. 2 EnWG können die so gewonnenen Informationen, Beobachtungen und Feststellungen in den Verfahren der jeweiligen Behörde grundsätzlich verwendet werden. § 58a Abs. 2 S. 3 EnWG weist deklaratorisch auf die davon unberührte Fortgeltung der allgemeinen gesetzlichen Beweisverwertungsverbote hin.

IV. Meldung von Verdachtsfällen durch Marktteilnehmer an die BNetzA, Art. 15 S. 1 REMIT-VO, § 5b EnWG

Ausgangspunkt für in der Konsequenz auch strafrechtliche Maßnahmen der BNetzA (insbesondere Strafanzeigen) oder Bußgeldverfahren sind – neben den Informationen der MTS (s.u.) – insbesondere (rechtlich zwingend angeordnete) Verdachtsmeldungen von Marktteilnehmern gem. Art. 15 REMIT-VO.

Nach Art. 15 Abs. 1, 2 REMIT-VO müssen alle Personen, die beruflich Transaktionen mit Energiegroßhandelsprodukten arrangieren, unverzüglich, spätestens jedoch vier Wochen, nachdem diese Personen Kenntnis über das verdächtige Ereignis erhalten, ACER sowie die zuständige nationale Regulierungsbehörde – die BNetzA – informieren, wenn sie den begründeten Verdacht haben, dass ein Handelsauftrag oder eine Transaktion, einschließlich deren Stornierung oder Änderung, unabhängig davon, ob dieser bzw. diese auf einem organisierten Markt oder außerhalb eines solchen platziert bzw. vorgenommen wurde, gegen Artikel 3, 4 oder 5 REMIT-VO verstoßen könnte, d. h. der Verdacht der Marktmanipulation oder des Insidertradings im Sinne dieser Vorschriften besteht. Für die Meldungen von Personen, die beruflich Transaktionen arrangieren oder ausführen, gelten die Vorschriften des Mitgliedstaats, in dem der an dem potenziellen Verstoß beteiligte Marktteilnehmer registriert ist und in den das Energiegroßhandelsprodukt geliefert wird, d.h. für dt. Marktteilnehmer und bei Lieferungen in Deutschland das EnWG; eine solche Meldung ist dann an die nationale Regulierungsbehörde des Mitgliedstaats, hier die BNetzA, zu richten (Art. 15 Abs. 4 REMIT-VO).

Zudem besteht im Vorfeld hierzu die Verpflichtung desselben Personenkreises (d.h. professioneller Marktteilnehmer), wirksame Vorkehrungen, Systeme und Verfahren einzuführen und beizubehalten, mit denen potenzielle Verstöße gegen die Artikel 3-5 REMIT-VO festgestellt werden können, mit denen gewährleistet werden kann, dass ihre Mitarbeiter die Überwachungstätigkeiten gemäß diesem Artikel ausüben, keinerlei Interessenkonflikten unterliegen und unabhängig handeln sowie verdächtige Aufträge und Transaktionen aufgedeckt und gemeldet werden können (Art. 15 Abs. 3 REMIT-VO). Die BNetzA kann gem. § 5b Abs. 1 S. 2 EnWG Inhalt und Ausgestaltung dieser Vorkehrungen, Maßnahmen und Verfahren durch Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG näher bestimmen.

¹¹ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 58a Rn. 1, beck-online.

¹² BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58a Rn. 2, beck-online.

¹³ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58a Rn. 2, beck-online.

¹⁴ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 58a Rn. 3, beck-online.

¹⁵ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 58a Rn. 6, beck-online.

Gemäß § 5b Abs. 1 S. 1 EnWG sind Personen, die der o.g. Meldepflicht unterliegen, grds. zur Geheimhaltung verpflichtet und dürfen nur Personen, die auf Grund ihres Berufs einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen (regelmäßig Rechtsanwälte), und staatliche Stellen von einer Anzeige im obigen Sinne oder von einer daraufhin eingeleiteten Untersuchung oder einem daraufhin eingeleiteten Ermittlungsverfahren in Kenntnis setzen. Die Auskunftspflicht ist im Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit entsprechend § 55 StPO eingeschränkt (§ 5b Abs. 1 S. 3 EnWG).

Nicht nur die Auskunftspersonen, sondern auch „Adressaten“ von – nicht näher definierten – „Maßnahmen“ der BNetzA wegen eines möglichen Verstoßes gegen ein Verbot nach Artikel 3, 5 REMIT-VO sind grds. schweigepflichtig. Auch die Adressaten dieser Maßnahmen dürfen ausschließlich Personen, die auf Grund ihres Berufs einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen, und staatliche Stellen von diesen Maßnahmen oder von einem daraufhin eingeleiteten Ermittlungsverfahren in Kenntnis setzen.

Indem den Anzeigenden und den Adressaten von Maßnahmen weitreichende Verschwiegenheitspflichten einerseits hinsichtlich der Anzeige selbst und andererseits hinsichtlich daraufhin eingeleiteter Untersuchungen oder Ermittlungsverfahren auferlegt werden, soll eine vorzeitige Kenntnis der angezeigten Personen bzw. der (Mit-)Beschuldigten von den Ermittlungen verhindert werden und dass diese entsprechende Verdunklungsmaßnahmen vornehmen können; im Ergebnis sind diese Pflichten nach § 5b Abs. 1 EnWG daher auf eine effektivere Verfolgung von Verstößen gegen die REMIT-VO gerichtet.¹⁶

V. (Verwaltungsrechtliche Ermittlungs-)Befugnisse der BNetzA zur Durchführung der REMIT-VO, § 69 Abs. 11 EnWG

Durch § 69 Abs. 11 EnWG werden die Befugnisse der BNetzA nach der REMIT-VO konkretisiert¹⁷, genauer nach Art. 13 Abs. 2 Buchst. a, b und d REMIT-VO¹⁸.

Die BNetzA kann nach § 69 Abs. 11 S. 1 EnWG von allen natürlichen und juristischen Personen Auskünfte und die Herausgabe von Unterlagen verlangen sowie Personen laden und vernehmen, soweit Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dies für die Überwachung der Einhaltung der Artikel 3 und 5 REMIT-VO – d.h. des Insiderhandels- und Marktmanipulationsverbots – erforderlich ist. Sie kann in diesem Zusammenhang insbesondere die Angabe von Bestandsveränderungen in Energiegroßhandelsprodukten sowie Auskünfte über die Identität weiterer Personen, insbesondere der Auftraggeber und der aus Geschäften berechtigten oder verpflichteten Personen, verlangen (§ 69 Abs. 11 S. 2 EnWG). Darüber hinaus stehen der BNetzA – zur Durchsetzung der Verbote – die weiteren verwaltungsrechtlichen Ermittlungsbefugnisse gem. § 69 Abs. 1 – Abs. 9 EnWG zur Verfügung; weiter sind auch die §§ 68 und 71 sowie 72 bis 74 EnWG entsprechend anzuwenden, welche der BNetzA weitere Ermittlungsbefugnisse

einräumen (§ 69 Abs. 1 S. 3 EnWG). In diesem Zusammenhang sei kurz auf besonders wichtige bzw. weitreichende Befugnisse der BNetzA hingewiesen:

- Ermittlungen durch Augenscheinnahme, Zeugen- und Sachverständigenvernehmung (§ 68 EnWG)
- Das Betretungsrecht (§ 69 Abs. 3 EnWG)
- Das Antragsrecht bzgl. amtsgerichtlich anzuordnender Durchsuchungen; Durchsuchungsrecht bei Gefahr im Verzuge (§ 69 Abs. 4 EnWG)
- Recht auf Ingewahrsamnahme bzw. Beschlagnahme (§ 69 Abs. 5 EnWG)
- Beschlagnahme (§ 71 EnWG)

Gesetzliche Auskunfts- oder Aussageverweigerungsrechte sowie gesetzliche Verschwiegenheitspflichten bleiben unberührt (§ 69 Abs. 11 S. 4 EnWG).

D. Die Rolle der BNetzA im Zusammenhang mit Straf- und Bußgeldverfahren

I. Strafanzeige der BNetzA oder Einleitung eines Bußgeldverfahrens

1. Strafanzeige der BNetzA

Es ist offensichtlich, dass aus der umfangreichen Marktüberwachung, den Meldungen von Marktteilnehmern, der Behördenzusammenarbeit sowie der Überwachung der Verbote nach Art. 3, 5 REMIT-VO (s.o.) durch die BNetzA dieser Behörde Sachverhalte zur Kenntnis kommen können, die den Rückschluss auf einen Anfangsverdacht für Straftaten der Marktmanipulation bzw. des Insiderhandels (vergleiche § 95a EnWG) oder eines entsprechenden Bußgeldtatbestands (vgl. § 95 Abs. 1b EnWG, s.u. 2.) zulassen. Da naheliegenderweise solche Sachverhaltskenntnisse und Informationen über Verdachtsmomente zuerst und am ehesten bei der BNetzA (bzw. der MTS) zusammenlaufen. Daher war es nach h. M. unabdingbar, eine entsprechende Strafanzeigespflicht der BNetzA gegenüber der zuständigen Staatsanwaltschaft festzulegen¹⁹.

¹⁶ Sacker EnergieR/Sacker EnWG § 5b Rn. 1; BeckOK EnWG/Vallone, 12. Ed. 1.9.2024, EnWG § 5b Rn. 1, 2.

¹⁷ BT-Drs. 17/10060, 34; Bourwieg/Hellermann/Hermes/Burmeister, 4. Aufl. 2023, EnWG § 69 Rn. 22, beck-online.

¹⁸ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 69 Rn. 59, beck-online.

¹⁹ Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 68a Rn. 3, beck-online.

Die BNetzA hat Tatsachen, die den Verdacht einer Straftat nach § 95a oder § 95b EnWG begründen, daher der zuständigen Staatsanwaltschaft unverzüglich anzuzeigen (§ 68a Abs. 1 S. 1 EnWG), d.h. für Straftaten der Marktmanipulation und des Insiderhandels trifft sie eine Strafanzeigespflicht (gebundene Entscheidung). Die BNetzA wird hier als Verwaltungs- und nicht als Strafverfolgungsbehörde tätig; die Strafverfolgungszuständigkeit verbleibt bei der Staatsanwaltschaft; die (verdachtsbezogene) Ermittlungsbefugnis der BNetzA endet mit Anzeige oder spätestens mit der Einleitung staatsanwaltlicher Ermittlungen (vgl. § 68a S. 3 EnWG)²⁰.

Naturgemäß begründet die Anzeige der BNetzA keine Pflicht der Staatsanwaltschaft, die strafrechtlichen Ermittlungen aufzunehmen, sofern auf Basis der Anzeige kein strafrechtlicher Anfangsverdacht besteht, was allein die Staatsanwaltschaft zu entscheiden hat²¹. Insbesondere auch deshalb, weil Beamte der BNetzA regelmäßig über keine oder keine ausgeprägte strafprozessuale Erfahrung verfügen dürften, empfiehlt sich für die Staatsanwaltschaft eine kritische Überprüfung spezifisch strafrechtlicher Merkmale und Zurechnungskategorien der §§ 95a, 95b EnWG, insbesondere des Verdachts auch bzgl. des (regelmäßig erforderlichen) Vorsatzes und der Kausalität sowie auch der Beweiswürdigung der BNetzA.

Es trifft zwar zu, dass weder dem Gesetzestext noch den Gesetzgebungsmaterialien zu entnehmen ist, welcher Verdachtsgrad für eine Anzeige erforderlich ist²². Daraus soll nach einer Ansicht folgen, dass der Konkretisierungsgrad dieser Tatsachen auch unterhalb der Schwelle eines Anfangsverdachts liegen kann²³. Zurecht wird dem in der Literatur entgegengehalten, dass aus der allgemeinen Ermittlungspflicht der Staatsanwaltschaft erst ab Erreichen der Schwelle des Anfangsverdachts nach § 152 Abs. 2 StPO i.V.m. § 160 Abs. 1 StPO geschlossen werden muss, dass eine Vorlage von Tatsachen seitens der BNetzA, welche nicht einmal diese Schwelle erreichen, zwecklos wäre und daher eine Anzeigepflicht diesbezüglich nicht gewollt sein kann²⁴. Mithin hat die BNetzA der Staatsanwaltschaft nur einen solchen Sachverhalt mitzuteilen, bei dem sie aufgrund ihrer eigenen Ermittlungen der Auffassung ist, dass ein Anfangsverdacht vorliegt²⁵. Ein solcher liegt vor, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat gem. §§ 95a, 95b EnWG vorliegen²⁶. Dieser Maßstab entspricht auch der h. M. zur Vorbild- und Parallelvorschrift des § 11 WpHG; eine vorschnelle Anzeige oder formlose Verdachtsmitteilung kann daher – wie nach Maßgabe des WpHG – Amtshaftungsansprüche begründen²⁷. Dementsprechend ist es aus diesseitiger Sicht gerade nicht sachgerecht, wenn die BNetzA in Zweifelsfällen frühzeitig mit der Staatsanwaltschaft in Kontakt tritt und das weitere Vorgehen abklärt²⁸; vielmehr darf der Staatsanwaltschaft nur ein solcher Sachverhalt – auch außerhalb einer formalen Anzeige – zur Kenntnis gebracht werden, bei der die BNetzA von einem Anfangsverdacht ausgeht. Es liegt zunächst in der Verantwortung der Verwaltungsbehörde, dies zu bewerten.

Sofern einem zuständigen Beamten bzw. Mitarbeiter der BNetzA der Anfangsverdacht einer Straftat nach §§ 95a, 95b EnWG dienstlich zur Kenntnis gelangt, dürfte sich eine Strafanzeigespflicht indirekt auch aus der ansonsten möglicherweise eingreifenden Strafdrohung wegen Strafvereitelung im Amt durch Unterlassen (§§ 258 a, 13 StGB) herleiten lassen. Umgekehrt besteht mangels Anzeigepflicht kein entsprechendes Strafverfolgungsrisiko bei der Nichtanzeige anderer mutmaßlicher Straftaten.

Die BNetzA „kann“ die personenbezogenen Daten der betroffenen Personen, gegen die sich ihr Verdacht richtet oder die als Zeugen in Betracht kommen, der Staatsanwaltschaft übermitteln, soweit dies für Zwecke der Strafverfolgung erforderlich ist (§ 68a Abs. 1 S. 2 EnWG). Diese Formulierung begründet kein Ermessen der BNetzA, Daten an die Staatsanwaltschaft weiterzugeben, sondern stellt sich gem. § 161 Abs. 1 StPO vielmehr als Pflicht der BNetzA dar; in der Vorschrift dürfte eine Befugnis zur Datenweitergabe gem. Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO zu sehen sein²⁹. Da es sich um eine Befugnisnorm handelt, ist allerdings davon auszugehen, dass ausschließlich die genannten personenbezogenen Daten und diese nur soweit erforderlich proaktiv übermittelt werden dürfen; alles weitere bleibt der Ausübung von Ermittlungsbefugnissen der Staatsanwaltschaft (etwa gem. § 161 Abs. 1 StPO) vorbehalten. Die weiteren Hinweise auf die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft für Ermittlungsmaßnahmen und der BNetzA für verwaltungsrechtliche Sachverhaltsaufklärung nach §§ 56, Abs. 1 S. 2, 69 Abs. 3, Abs. 11 EnWG haben deklaratorischen Charakter und verdeutlichen, dass beide Verfahren parallel geführt werden können³⁰. Die verwaltungsrechtlichen Ermittlungsbefugnisse der BNetzA unterliegen jedoch bei Einleitung strafrechtlicher Ermittlungen erheblichen Einschränkungen. Diese Maßnahmen müssen für die Durchführung von Verwaltungsmaßnahmen oder die Zusammenarbeit nach Art. 7 Abs. 2 und Art. 16 der REMIT-VO

²⁰ BR-Drs. 253/12, S. 42; BerlKommEnergieR/Wende, 4. Aufl. 2019, EnWG § 68a, beck-online; Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 68a Rn. 6, beck-online.

²¹ Theobald/Kühling/Theobald/Werk § 68a Rn. 5; BeckOK EnWG/Adam, 13. Ed. 1.12.2024, EnWG § 68a Rn. 3, beck-online.

²² Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 68a Rn. 7, beck-online.

²³ Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 68a Rn. 7, beck-online.

²⁴ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 68a Rn. 4, beck-online.

²⁵ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 68a Rn. 4, beck-online.

²⁶ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 68a Rn. 4, beck-online.

²⁷ Schwark/Zimmer/Zetzsch/Lehmann, 5. Aufl. 2020, WpHG § 11 Rn. 5, beck-online; vgl. OLGR Frankfurt 2003, 458.

²⁸ So aber Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 68a Rn. 7, beck-online.

²⁹ BeckOK EnWG/Adam, 13. Ed. 1.12.2024, EnWG § 68a Rn. 4, beck-online.

³⁰ Vgl. BT-Drs. 17/10060, 33; BeckOK EnWG/Adam, 13. Ed. 1.12.2024, EnWG § 68a Rn. 5, beck-online.

erforderlich sein und eine Gefährdung des Untersuchungszwecks von Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden oder der für Strafsachen zuständigen Gerichte darf nicht zu erwarten sein (§ 68a S. 4 Nr. 1 und Nr. 2 EnWG). Da es sich bei diesen Maßnahmen um offene handelt, wird die BNetzA hier sehr zurückhaltend vorgehen müssen, sofern sie nicht sicher ist, ob die Staatsanwaltschaft ihrerseits strafprozessuale Maßnahmen beabsichtigt.

2. Bußgeldverfahren

a) Bußgeldtatbestände des EnWG

Für die Durchführung eines Bußgeldverfahrens bzgl. der Bußgeldtatbestände gem. § 95 EnWG ist regelmäßig die BNetzA die sachlich zuständige Verwaltungsbehörde (§ 36 OWiG; §§ 95 Abs. 5, 54 Abs. 2 EnWG; Annexkompetenz) und verfolgt diese daher grds. selbst; lediglich im Fall des § 95 Abs. 1 Nr. 2b EnWG ist die zuständige Behörde danach das Bundesamt für Sicherheit für Informationstechnik³¹.

Sofern z. B. aus Behördensicht also eine Marktmanipulation vorliegt, welche aber nicht auf den Preis einwirkt, wie es der Wortlaut des § 95a Abs. 1 EnWG für den Straftatbestand verlangt, kann die BNetzA dies als OWi gem. § 95 Abs. 1b EnWG verfolgen.

Sofern die BNetzA allerdings bzgl. eines Sachverhaltskomplexes neben dem Verdacht von Ordnungswidrigkeiten – ggf. später (§ 41 Abs. 1 OWiG) – auch den Anfangsverdacht einer Straftat sieht, liegt es nahe, dass sie einen etwaigen Gesamtkomplex der Staatsanwaltschaft anzeigt. Soweit die Staatsanwaltschaft einleitet, ist sie im Strafverfahren für die Verfolgung derselben Tat (§ 264 StPO) auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt einer Ordnungswidrigkeit zuständig (§ 40 OWiG). Die Staatsanwaltschaft kann aber die Verfolgung der Ordnungswidrigkeit auch dann übernehmen, wenn sie eine Straftat verfolgt, die mit der Ordnungswidrigkeit zusammenhängt (§ 42 Abs. 1 S. 1 OWiG) und dies sachdienlich ist (§ 42 Abs. 2 OWiG), was bei zusammenhängenden Sachverhaltskomplexen mit Teilidentität von mutmaßlichen Tätern nicht selten der Fall sein wird. Zwischen einer Straftat und einer Ordnungswidrigkeit besteht gem. § 42 Abs. 1 S. 2 OWiG ein Zusammenhang, wenn jemand sowohl einer Straftat als auch einer Ordnungswidrigkeit oder wenn hinsichtlich derselben Tat eine Person einer Straftat und eine andere einer Ordnungswidrigkeit beschuldigt wird.

Sofern also eine Serie von Manipulationstaten mit der Teilidentität von mutmaßlichen Tätern angenommen wird, bei denen teilweise der Anfangsverdacht einer Straftat gem. § 95a Abs. 1 EnWG, teilweise der Verdacht der entsprechenden Ordnungswidrigkeit gem. § 95 Abs. 1b EnWG besteht, bietet sich wohl oft die Übernahme der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft insgesamt als sachdienlich an.

b) Verbandsgeldbußen wegen Straftaten oder Aufsichtspflichtverletzungen

Es ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen, dass die BNetzA für Verbandsgeldbußen gem. § 30 OWiG (auch für deren selbständige Verhängung, § 30 Abs. 4 OWiG) zuständig ist, soweit diese auf Bußgeldtatbestände in ihrer Zuständigkeit (d.h. gem. § 95 EnWG) zurückzuführen ist.

Darüber hinaus ist die BNetzA gem. § 96 S. 1 EnWG aber auch für Verfahren wegen der Festsetzung einer selbständigen Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung (§ 30 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 OWiG) in solchen Fällen als Verwaltungsbehörde ausschließlich zuständig, in denen (Nr. 1) eine Straftat, die auch den Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 4 EnWG verwirklicht, oder (Nr. 2) eine vorsätzliche oder fahrlässige Ordnungswidrigkeit nach § 130 OWiG, bei der eine mit Strafe bedrohte Pflichtverletzung auch den Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 4 EnWG verwirklicht, zugrunde liegt.

Der Grundsatz der einheitlichen Verfolgung der juristischen Person oder Personenvereinigung gem. § 30 OWiG und der daran anknüpfenden (Straf-)Tat der natürlichen Person wird durch § 96 EnWG durchbrochen (vgl. entsprechend § 82 GWB)³². Dies ist zulässig, da § 30 Abs. 4 S. 2 OWiG eine Aufspaltung der Verfahren bei einer besonderen gesetzlichen Regelung ausdrücklich erlaubt.

Der praktische Anwendungsbereich des § 96 EnWG dürfte allerdings deutlich kleiner sein als der des § 82 GWB (der typischerweise bei strafrechtlichen Vorwürfen gem. §§ 263, 298 StGB im Zusammenhang mit Kartellabsprachen zur Anwendung kommt). Die Zuständigkeit der BNetzA setzt nämlich voraus, dass ein Missbrauchstatbestand des § 95 Abs. 1 S. 4 EnWG (Missbrauch einer Marktstellung entgegen § 30 Abs. 1 S. 1 EnWG) vorliegt und dieser zugleich einen Straftatbestand erfüllt; in Betracht soll etwa der Tatbestand des Betrugs (§ 263 StGB) kommen³³. § 30 Abs. 1 S. 1 EnWG bezieht sich jedoch ausschließlich auf Betreiber von Energieversorgungsnetzen (§ 3 Nr. 4 ff. EnWG) und verbietet diesen den Missbrauch ihrer Marktstellung, wie insbesondere in § 30 Abs. 1 S. 2 EnWG näher definiert. Daraus ergibt sich, dass sonstige Energieversorgungsunternehmen (§ 3 Nr. 18 EnWG), die keine Netzbetreiber sind, sondern Energie liefern, nicht in den Anwendungsbereich fallen und regelmäßig diese Unternehmen – gerade auch wegen Straftaten nach §§ 95a, 95b EnWG – nicht der Verfolgungszuständigkeit der BNetzA gem. § 96 EnWG i.V.m. § 30 OWiG unterliegen.

³¹ BeckOK EnWG/Pastohr, 13. Ed. 1.12.2024, EnWG § 95 Rn. 49, beck-online.

³² BeckOK EnWG/Pastohr, 13. Ed. 1.12.2024, EnWG § 96 Rn. 4, beck-online.

³³ BeckOK EnWG/Pastohr, 13. Ed. 1.12.2024, EnWG § 96 Rn. 5, beck-online.

Auch ihr gem. § 96 EnWG vorbehaltene Verfahren zur Verhängung einer Verbandsgeldbuße kann die BNetzA an die Staatsanwaltschaft abgeben (§ 96 S. 2 EnWG). Dies liegt besonders nahe, wenn die Staatsanwaltschaft bereits ein den Vorwürfen zu Grunde liegendes Strafverfahren führt.

II. Die BNetzA im Strafverfahren, § 58b EnWG

1. Allgemeines und Grundsätzliches

Im Übrigen ist die Beteiligung der BNetzA am Strafverfahren in § 58b EnWG geregelt. Die Vorschrift dient der innerstaatlichen Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben aus Art. 13 Abs. 2 REMIT-VO. Demgemäß soll § 58b EnWG die BNetzA in die Lage versetzen, die ihr aus der REMIT-VO zukommende Rolle bei der Umsetzung der Marktmissbrauchsverbote auszufüllen³⁴. Dies betrifft nur solche Verfahren, die strafbare Zuwiderhandlungen gegen das Insiderhandels- und Marktmanipulationsverbot nach der REMIT-VO zum Gegenstand haben³⁵. Dies ergibt sich hinreichend deutlich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, die in Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 ausdrücklich (und den Anwendungsbereich beschränkend) auf die Strafvorschriften der §§ 95a, 95b EnWG Bezug nimmt. Der Gesetzgeber hat § 58b EnWG überdies zum 12.12.2012 auf Grundlage des Art. 2 des Gesetzes zur Errichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas kodifiziert³⁶. Die Einführung erfolgte im engen Sachzusammenhang mit den ebenso eingeführten §§ 58a, 68a, 95a und § 95b EnWG³⁷. Der Gesetzgeber weist in seiner Begründung weiter ausdrücklich darauf hin, dass die Norm an die im WpHG geregelte Beteiligung der BaFin an der Strafverfolgung der kapitalmarktrechtlichen Marktmanipulations- und Insiderhandelstaten angelehnt ist; diese ist deshalb im Lichte der entsprechenden Vorschrift des WpHG (heute § 122 WpHG; früher § 40a WpHG a.F.) auszulegen³⁸. Da vorsätzliche und teilweise auch leichtfertige Verstöße gegen das Insiderhandelsverbot gemäß Art. 3 REMIT-VO und gegen das Marktmanipulationsverbot gemäß Art. 5 REMIT-VO unter den Voraussetzungen der §§ 95a, 95b EnWG strafbar sind, soll die BNetzA (nur) hier strafprozessuale Informations- und Beteiligungsrechte haben³⁹. Diese werden ihr im Hinblick auf ihre diesbezüglichen verwaltungsrechtlichen Ermittlungsbefugnisse (§ 69 Abs. 11 EnWG), die von der BNetzA in diesem Zusammenhang betriebenen Vorermittlungen sowie wegen der von ihr federführend geleiteten Bußgeldverfahren zur konsistenten Durchsetzung des Marktmanipulations- und Insiderhandelsverbots eingeräumt, damit sie ihren energierechtlichen und energiewirtschaftlichen Sachverstand in das strafrechtliche Verfahren einbringen kann⁴⁰.

Diese materiell-rechtliche Begrenzung des Anwendungsbereichs von § 58b EnWG ist insofern signifikant, als soweit die BNetzA z. B. gemäß § 96 EnWG für eine Festsetzung einer selbstständigen Verbandsgeldbuße gemäß § 30 OWiG wegen zugrunde liegender Betrugsvorwürfe (siehe oben) oder anderer strafrechtlicher Vorwürfe außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 95a, 95b EnWG ausschließlich zuständig ist, die BNetzA dennoch in einem zugrunde liegenden Strafverfah-

ren der Staatsanwaltschaft z.B. wegen Betruges (§ 263 StGB) gegen Individualbeschuldigte nicht über die Beteiligungsrechte nach § 58b EnWG verfügt.

Die in § 58b EnWG normierten Regelungen sind nach h. M. bloße Ordnungsvorschriften; der BNetzA stehen keine förmlichen Rechtsmittel zu, wenn die Staatsanwaltschaft oder das Gericht der BNetzA die in § 58b Abs. 1 S. 1 und S. 3, Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 S. 1 eingeräumten Rechte und Befugnisse vorenthalten⁴¹. Sie kann allerdings eine Gegenvorstellung einreichen oder eine Dienstaufsichtsbeschwerde einlegen⁴².

Teilweise wird in der Lit. betont, dass in dem hoch komplexen Bereich der Ermittlungen wegen Marktmanipulation bzw. Insiderhandels auf den Energiemärkten ein „Zusammenwirken zwischen Strafverfolgern und der Verwaltung“ sinnvoll sei, weshalb „faktisch“ ein „Verfolgungsverbund zwischen den Behörden“ bestehe und nur „rechtsformal“ die Unabhängigkeit der Behörden gewahrt werde⁴³. Dieses Verständnis des § 58b EnWG (und eine entsprechende Verfahrensweise) wäre jedoch schlicht gesetzeswidrig. Insbesondere sind Mitarbeiter der BNetzA gerade nicht Ermittlungsbeamte der Staatsanwaltschaft. Nach geltendem Recht kann mithin von einem „Verfolgungsverbund“ keine Rede sein, die Staatsanwaltschaft bleibt Herrin des Ermittlungsverfahrens, die BNetzA hat nach dem klaren Gesetzeswortlaut lediglich abschließend aufgeführte und sehr begrenzte Rechte im bzw. in Bezug auf das Strafverfahren, auch weil die wechselseitigen Rechte und Pflichten schon deshalb begrenzt bleiben müssen, damit der Grundsatz der Gewaltenteilung gewahrt bleibt⁴⁴.

2. Informationspflicht der Staatsanwaltschaft bzgl. Verfahrenseinleitung, § 58b Abs. 1 S. 1 EnWG

§ 58b Abs. 1 S. 1 EnWG verpflichtet die Staatsanwaltschaft, die BNetzA über die Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens aufgrund des Verdachts einer Zuwiderhand-

³⁴ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 58b Rn. 1, beck-online.

³⁵ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b, beck-online.

³⁶ BGBl. 2012 I 2043.

³⁷ Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 58b Rn. 1, beck-online.

³⁸ BT-Drs. 17/10060, 33; BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 1, beck-online.

³⁹ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 2, 3, beck-online.

⁴⁰ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 3, beck-online.

⁴¹ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 6, beck-online.

⁴² Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 58b Rn. 11, beck-online; BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 6, beck-online.

⁴³ Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 58b Rn. 7, beck-online.

⁴⁴ Schwark/Zimmer/Böse/Jansen, 5. Aufl. 2020, WpHG § 122 Rn. 1, beck-online zur parallelen Rolle der BaFin.

lung gegen das Marktmanipulations- und Insiderhandelsverbot zu informieren; der Gesetzgeber formuliert allerdings keine konkreten inhaltlichen und zeitlichen Anforderungen an diese Informationspflicht⁴⁵. Die (proaktiv erteilte) Auskunft der StA an die BNetzA muss nach § 58b EnWG jedoch mindestens diejenigen Angaben enthalten, die notwendig sind, damit die BNetzA ihre in § 58b EnWG verankerten Beteiligungsrechte wahrnehmen kann; die Staatsanwaltschaft muss die BNetzA deshalb nach h. M. über den konkreten Straftatbestand, der den Gegenstand des Ermittlungsverfahrens bildet, sowie über das zugrundeliegende Aktenzeichen informieren⁴⁶. Zweifelhaft ist, ob die Beschuldigten zu nennen sind, denn an sich genügt das Aktenzeichen zur trennscharfen Identifizierung; dagegen könnten Gründe des Datenschutzes streiten. Es genügt, da keine anderen Voraussetzungen geregelt sind, grds. eine formlose Mitteilung (fernmündlich oder per E-Mail)⁴⁷.

Soweit vertreten wird, dass in zeitlicher Hinsicht eine unverzügliche Information nötig sei, denn nur wenn die BNetzA von Anfang an Kenntnis von dem Ermittlungsverfahren habe, könne sie ungehindert und damit effektiv ihre Expertise in das Ermittlungsverfahren einbringen und von ihren Informationsbefugnissen Gebrauch machen⁴⁸, ist dem nicht zu folgen⁴⁹. Die Staatsanwaltschaft muss stets die Möglichkeit haben, aus ihrer Sicht unaufschiebbare Ermittlungsmaßnahmen durchzuführen; sie kann insbesondere nicht gezwungen sein, eine – sachgerecht wohl erst nach Akteneinsicht mögliche – Eingabe der Verwaltungsbehörde bzw. Stellungnahme abzuwarten. Zutreffend ist allerdings auch, dass die Vermeidung von doppelter Ermittlungsarbeit (verwaltungsrechtlicher und strafprozessualer Natur) für eine eher frühzeitige Information der BNetzA streitet⁵⁰.

3. Sachverständigenstellung fachkundiger BNetzA-Mitarbeiter im Strafverfahren, § 58b Abs. 1 S. 2 EnWG

§ 58b Abs. 1 S. 2 EnWG berechtigt die Staatsanwaltschaft, (unter anderem auch) einen fachkundigen Mitarbeiter der BNetzA im Ermittlungsverfahren als Sachverständigen einzusetzen; der Regelung soll angesichts der ohnehin gültigen allgemeinen strafprozessualen Bestimmungen im Zusammenhang mit Sachverständigen nur eine Klarstellungsfunktion zukommen⁵¹. Eine entsprechende (Vorbild-)Regelung enthält § 122 Abs. 1 S. 2 WpHG für die BaFin.

Nach § 161a Abs. 1 S. 2 StPO i.V.m. §§ 72 ff. StPO (vgl. auch Nr. 70 Abs. 1 RiStBV) ist die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren – im gerichtlichen Verfahren das Gericht der Hauptsache (§ 73 Abs. 1 StPO)⁵² – grundsätzlich berechtigt, Sachverständige zur Sachverhaltsaufklärung zu bestellen; das können nach h. M. grundsätzlich auch fachkundige Mitarbeiter einer Behörde sein⁵³. Bei der Sachverständigenauswahl muss die Staatsanwaltschaft gem. § 161a Abs. 1 S. 2 StPO i.V.m. § 73 Abs. 1 StPO darauf achten, dass die ausgewählte Person vorher nicht selbst ermittelnd tätig war und das Gutachten eigenverantwortlich und frei von jeder (insbesondere behördeninternen) Beeinflussung erstatten kann⁵⁴. Dies muss

auch für Hilfskräfte (Techniker, Informatiker etc.) gelten, welche der Sachverständige grds. in eigener Verantwortung hinzuziehen darf (und bzgl. derer ebenfalls zu klären ist, ob sie Mitarbeiter der BNetzA sein können)⁵⁵. Soweit geäußert wird, die Regelung stelle klar, dass die Weisungsgebundenheit eines Mitarbeiters der BNetzA bei der Erfüllung seiner Dienstpflicht nicht genüge, um diesen bei der Gutachterausswahl auszuschließen, gilt dies nur insoweit, als seine volle Unabhängigkeit von u.a. behördlichen Einflüssen bei der Gutachtenerstattung gewährleistet ist⁵⁶. Sofern die BNetzA an Vorermittlungen beteiligt war oder hinsichtlich desselben Sachverhalts ein Bußgeldverfahren nach § 96 EnWG gegen das Unternehmen oder nach § 95 EnWG gegen Kollegen des Beschuldigten führt, darf m. E. kein Mitarbeiter der BNetzA als Sachverständiger ausgewählt werden, der an diesen Verfahren bzw. Ermittlungen persönlich beteiligt war oder der nachweisbar unter dem Einfluss von daran beteiligten Personen – etwa durch die Involvierung seines unmittelbaren Vorgesetzten – steht, sonst wäre ein Befangenheitsgrund nicht fernliegend⁵⁷. Darüberhinausgehend wird kritisch zu prüfen sein, ob Beamte oder Mitarbeiter der BNetzA, die im Bereich der Missbrauchsaufsicht arbeiten, und Beamte oder Mitarbeiter der gemeinsamen Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas und Aufgaben nach REMIT („MTS“) der BNetzA und des BKartA (vgl. §§ 47a, 47b GWB) als Sachverständige in Betracht kommen, sofern das Verbandsbußgeld- oder Strafverfahren auf eine Strafanzeige bzw. Vorermittlungen der BNetzA bzw. der MTS zurückgeht. Insbesondere die MTS ist gem. § 47a Abs. 5 S. 1 GWB hierarchisch organisiert und trifft Entscheidungen stets durch ihren Leiter. Soweit also die MTS die erforderlichen Daten für eine Strafanzeige zusammengestellt und bewertet hat, kann nicht davon ausgegangen werden, dass deren Angehörige i.o.S. unbefangen und als Sachverständige geeignet wären. Auch bzgl. der BNetzA wird stets zu klären sein, welche

⁴⁵ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 8, beck-online.

⁴⁶ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 8, beck-online.

⁴⁷ Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 58b Rn. 3, beck-online.

⁴⁸ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 8, beck-online.

⁴⁹ Vgl. auch Fuchs/Zimmermann/Weick-Ludewig WpHG § 122 Rn. 7.

⁵⁰ Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 58b Rn. 7, beck-online; Schwark/Zimmer/Böse/Jansen WpHG § 122 Rn. 4.

⁵¹ Kment EnWG/Görsch/Wolff § 58b Rn. 4; BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 10, beck-online.

⁵² Das erkennende Gericht kann einen anderen Sachverständigen bestellen, ist aber nicht dazu verpflichtet, vgl. BGHSt 44, 26, 32; BeckOK StPO/Monka, 54. Ed. 1.1.2025, StPO § 73 Rn. 1, beck-online.

⁵³ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 10, beck-online; vgl. auch BeckOK StPO/Monka StPO § 72 Rn. 4.

⁵⁴ BGH BeckRS 2016, 9679 Rn. 10.

⁵⁵ Vgl. BeckOK StPO/Monka, 54. Ed. 1.1.2025, StPO § 73 Rn. 2, beck-online.

⁵⁶ Vgl. BGH BeckRS 2016, 9679 Rn. 10.

⁵⁷ Zurückhaltender BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 10, beck-online; vgl. BGH BeckRS 2016, 9679 Rn. 10.

Hierarchieebenen in eine Entscheidung über eine Anzeigeerstattung o.ä. involviert waren und ob und inwieweit der mögliche Sachverständige in einem Näheverhältnis bzw. in einem engen Unterordnungsverhältnis zu diesen für die (Vor-)Ermittlungen zuständigen Beamten steht. Nr. 70 Abs. 1 RiStBV stellt klar, dass vor der Gutachterausswahl in der Regel eine Anhörung des Verteidigers zu erfolgen hat⁵⁸. Der Beschuldigte ist zudem natürlich gem. § 74 StPO i.V.m. § 24 StPO berechtigt, einen Sachverständigen ggf. aufgrund von Befangenheit abzulehnen.

Soweit formuliert wird, dass ein Mitarbeiter der BNetzA (oder ein sonstiger Experte), der, von der Staatsanwaltschaft als Sachverständiger bestellt wurde, dieser (basierend auf § 80 StPO) „von der Staatsanwaltschaft die Vernehmung des Beschuldigten oder von Zeugen verlangen, diesen Vernehmungen beiwohnen und dabei auch selbst Fragen stellen“ könne⁵⁹, erscheint dies zu weitreichend. Staatsanwalt oder Gericht müssen einem solchen Verlangen nicht uneingeschränkt nachkommen, ihnen verbleibt ein selbständiges Ermessen; Anfragen des Sachverständigen sind an der Pflicht zur erschöpfenden Sachaufklärung iSd § 244 Abs. 2 StPO zu messen; der Auftraggeber hat letztlich in dem hierdurch gesteckten Rahmen zu entscheiden, in welchem Umfang und auf welche Art und Weise er dem Sachverständigen eine weitere Tatsachengewinnung eröffnet⁶⁰. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass ein Mitarbeiter der BNetzA als Sachverständiger etwaige Aufklärungsmöglichkeiten nach § 80 StPO nur insoweit ausüben darf, als dies für die Erfüllung des konkreten Gutachterauftrags zweckmäßig und erforderlich ist und dass eine Ausübung der Aufklärungsbefugnisse zur Förderung von Ermittlungstätigkeiten oder sonstigen Erkenntnisinteressen der BNetzA unzulässig wäre⁶¹. Eine eigenständige verfahrensbezogene Ermittlungstätigkeit zur Aufklärung des Tatgeschehens selbst ist dem Sachverständigen ebenfalls nicht gestattet, soweit es nicht um die Beantwortung der Gutachtenfrage auf Grundlage seiner besonderen Sachkunde geht⁶². Daher bleibt die Vernehmung von Zeugen oder Beschuldigten, wie die Vorschrift klarstellt, regelmäßig dem Gericht oder der Ermittlungsbehörde vorbehalten; etwas anderes kann sich nur ergeben, wenn gerade hierfür die besondere Sachkunde des Sachverständigen notwendig ist⁶³. Anders als bei aussagepsychologischen oder psychiatrischen Sachverständigen ist bei (sachverständigen) Bediensteten der BNetzA nicht von Vernehmungserfahrung auszugehen; regelmäßig sollten diese daher keine Vernehmungsfunktion wahrnehmen.

Soweit vertreten wird, dass es für die BNetzA bei der Bestellung eines Sachverständigen ratsam sei, vom Akteneinsichtsrecht gem. § 58b Abs. 3 EnWG Gebrauch zu machen (s.u.)⁶⁴, ist dies irreführend und beruht wohl auf einem Missverständnis. Der Sachverständige erhält lediglich die – aus Sicht des Auftraggebers, Staatsanwaltschaft oder Gericht – erforderlichen Aktenbestandteile, und zwar durch seinen Auftraggeber. Der behördenangehörige Sachverständige hat keinen Akteneinsichtsanspruch aus § 58b Abs. 3 EnWG; dies hat nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift lediglich seine Behörde; letztere ist auch nicht befugt, ihm die Akten

zur Verfügung zu stellen. Der Umstand, dass die BNetzA evtl. Akteneinsicht erhält, bedeutet gerade nicht, dass der Sachverständige diese benutzen dürfte, denn es handelt sich im Falle der Bestellung zum Sachverständigen bei diesem und der BNetzA um separate Entitäten mit völlig unterschiedlichen Rechtsstellungen.

Verfehlt ist daher auch die Auffassung, dass dann, wenn ein Sachverständiger aus den Reihen der BNetzA innerhalb seines Gutachterauftrags aufgrund von § 80 StPO Erkenntnisse erhalte, die für andere Verfahren relevant seien, „er und durch ihn auch die BNetzA“ diese Erkenntnisse im Rahmen von anderen Verfahren „als Zufallstatsachen“ berücksichtigen dürfe⁶⁵. Auch dieser Annahme liegt eine offensichtlich unzulässige Gleichsetzung der Rechtsstellung von Behörde und behördenangehörigem Sachverständigen zu Grunde. Letzterer darf Erkenntnisse aus seiner Bestellung nur für die Zwecke der Erfüllung seines Gutachterauftrags erfüllen, bestellt wird als Sachverständiger nämlich nicht die BNetzA, sondern ein „fachkundiger Mitarbeiter“ derselben ad personam, wie sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 58b Abs. 1 S. 2 EnWG ergibt. Zufallsfunde gem. § 108 Abs. 1 StPO können nur durch Ermittlungsbeamte der Staatsanwaltschaft „bei der Gelegenheit einer Durchsuchung“ gemacht werden, nicht etwa durch staatsanwaltlich beauftragte Gutachter.

4. Akteneinsichtsrecht der BNetzA, § 58b Abs. 3 EnWG

a) Allgemeines

Der BNetzA ist gem. § 58b Abs. 3 EnWG auf Antrag Akteneinsicht zu gewähren, es sei denn, schutzwürdige Interessen des Betroffenen stehen dem entgegen oder der Untersuchungserfolg der Ermittlungen wird dadurch gefährdet. Da „ist“ verwandt wird, ist das Akteneinsichtsrecht der BNetzA bei Geltendmachung jedenfalls dem Grunde nach zwingend zu gewähren, sofern nicht (bzw. nicht mehr) einer der beiden Ausschlussgründe (Gefährdung des Ermittlungszwecks oder schutzwürdige Interessen des Betroffenen) entgegenstehen. Nach dem klaren Wortlaut reicht das Vorliegen eines der Ausschlussgründe („oder“) für die (ggf. teilweise) Versagung der Akteneinsicht aus. Der Umfang des Akteneinsichtsrechts wird – anders als in § 147 StPO – nicht ausdrücklich beschrieben.

⁵⁸ BeckOK StPO/Monka, 54. Ed. 1.1.2025, StPO § 73 Rn. 1, beck-online.

⁵⁹ So BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 12, beck-online.

⁶⁰ MüKoStPO/Trück, 2. Aufl. 2023, StPO § 80 Rn. 1, beck-online.

⁶¹ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 12, beck-online.

⁶² OLG Köln v. 28.10.2011 – 2 Ws 669/11, StraFo 2011, 504; Foth/Karcher NSTz 1989, 166, 169; MüKoStPO/Trück, 2. Aufl. 2023, StPO § 80 Rn. 1, beck-online.

⁶³ Hadamitzky in KK-StPO §80 Rn. 2; MüKoStPO/Trück, 2. Aufl. 2023, StPO § 80 Rn. 1, 4, beck-online; Bittmann wistra 2011, 47, 51.

⁶⁴ Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 58b Rn. 8, beck-online.

⁶⁵ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 12, beck-online.

Die Vorschrift des § 58b Abs. 3 EnWG entspricht ihrem Wortlaut nach im Wesentlichen der Akteneinsichtsrechtsvorschrift für die BaFin, heute gem. § 122 Abs. 3 WpHG. Sie wurde der seinerzeit geltenden (zu § 122 Abs. 3 WpHG wortlautgleichen) Vorschrift des § 40a Abs. 3 WpHG a.F. entlehnt, um Art. 13 Abs. 2 REMIT-VO umzusetzen⁶⁶. Dementsprechend sind wohl die Auslegungsgrundsätze zum WpHG entsprechend heranzuziehen; dies entspricht auch dem Vorgehen der Kommentarliteratur.

b) Reichweite des Akteneinsichtsrechts

Das Akteneinsichtsrecht der BNetzA gegenüber Staatsanwaltschaft und Gericht soll nach der Lit. umfangmäßig dem Akteneinsichtsrecht des Verteidigers nach § 147 StPO entsprechen,⁶⁷ bzw. diesem „ähnlich“ sein⁶⁸. Andernorts ist davon die Rede, dass § 58b Abs. 3 EnWG ein umfassendes Akteneinsichtsrecht der BNetzA normiert, was dem des § 147 StPO entsprechen dürfte und ergebnisbezogen wohl nichts Anderes besagt⁶⁹. Ein berechtigtes Interesse müsse die BNetzA nicht darlegen, ein formaler Antrag oder eine Begründung sei nicht erforderlich.

Demgegenüber ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Informationsbefugnisse der BNetzA sich nach europäischem Recht auf den Zweck der Untersuchung beschränken sollen (Art. 13 Abs. 2 S. 1 REMIT-VO). Sie werden laut Art. 13 Abs. 2 S. 2 REMIT-VO im Einklang mit dem innerstaatlichen Recht ausgeübt und umfassen das Recht, nach Buchst. a) der Vorschrift relevante Unterlagen aller Art einzusehen und Kopien von ihnen zu erhalten⁷⁰. Diese Vorschrift kann m. E. ergänzend herangezogen werden, um das wenig präzise normierte Akteneinsichtsrecht nach § 58b Abs. 3 EnWG zu konturieren. Bedeutsam ist hier die Verwendung des Begriffs der für die Zwecke der Untersuchung relevanten Unterlagen in Art. 13 Abs. 2 S. 1, 2 Buchst. a) REMIT-VO. Mithin sollte sich das Einsichtsrecht auf diejenigen Aktenbestandteile beschränken, die für die Zwecke des Art. 13 Abs. 1 S. 1, 2 REMIT-VO – Untersuchungen im Zusammenhang mit der Durchsetzung der Verbote und Verpflichtungen insbesondere der Art. 3, 5 REMIT-VO – erforderlich sind. Daraus ist zu schließen, dass von dem Akteneinsichtsrecht nach seinem Sinn und Zweck nicht umfasst sein soll, was für die Zwecke des Art. 13 REMIT-VO ex ante nicht dienlich ist.

Der Sache nach betrifft dies Aktenbestandteile, die für mögliche Verstöße gegen die REMIT-VO nicht relevant sind (sondern ggf. andere Vorwürfe betreffen) oder die schlicht für Untersuchungs- und Durchsetzungszwecke (nach REMIT-VO) oder überhaupt ohne Bedeutung sind. Insoweit hat die Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht zu versagen, wobei sie aber keine strengen Maßstäbe wird anlegen können. Letztlich kann sie im Wesentlichen im Hinblick auf legitime Ermittlungszwecke der BNetzA ersichtlich redundante Aktenbestandteile selbstständig von der Einsicht ausnehmen, d.h. auch solche, bzgl. derer die ausdrücklichen Ausschlussgründe nicht greifen. Nur im Übrigen ist – vorbehaltlich etwaiger Ausschlussgründe – der BNetzA in demjenigen Umfang

Akteneinsicht zu gewähren, in welchem einem Verteidiger Ermittlungsakten ausgereicht werden würden (Umfang des § 147 Abs. 1 S. 1 StPO).

Da die BNetzA nach dem ausdrücklichen Wortlaut von § 58b Abs. 3 EnWG nur ein Akteneinsichtsrecht, nicht aber ein Besichtigungsrecht hat, bleibt ihr jedenfalls die Besichtigung von Beweismitteln (§ 147 Abs. 1 S. 2 StPO) – insbesondere von nicht zu den Akten i.e.S. genommenen Papier- und EDV-Asservaten – auch nach Beschlagnahme bzw. endgültiger Sicherstellung verwehrt. Erst recht gilt dies für lediglich zur Durchsicht vorläufig sichergestellte Gegenstände (vgl. § 110 StPO), insbesondere für Datenträger etc.; diese müssen nicht nur im Gewahrsam der Strafverfolgungsbehörden verbleiben, sondern dürfen auch nicht in Kopie zur Verfügung gestellt werden.

c) Ausschlussgründe

Teilweise wird in der Lit. behauptet, dass beide alternativen Ablehnungsvoraussetzungen in der Praxis äußerst selten vorliegen dürften⁷¹. Dies kann bezweifelt werden.

aa) Schutzwürdige Interessen des Betroffenen

Es wird weiter vertreten, dass es faktisch nur wenige Fälle gebe, in denen jedenfalls schutzwürdige Interessen des Betroffenen der Akteneinsicht entgegenstehen; in diesem Zusammenhang wird auch auf die Schweigepflicht der Behörde und deren Pflicht zur Objektivität verwiesen⁷². Schutzwürdige Interessen des Betroffenen sollen nach h. Lit. der Akteneinsicht entgegenstehen, wenn das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung des Akteninhalts und darin enthaltener personenbezogener Informationen größer ist als das Informationsinteresse der BNetzA⁷³.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass bekanntermaßen alle Behörden vergleichbare Schweigepflichten treffen, dennoch aber jedenfalls vom Steuergeheimnis (§ 30 Abs. 1, 2 AO) geschützte Daten und solche aus dem höchstpersönlichen Be-

⁶⁶ BerlKommEnergieR/Groebel, 4. Aufl. 2019, EnWG § 58b Rn. 1, beck-online; BT-Drs. 17/10060, S. 33.

⁶⁷ Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 58b Rn. 3, beck-online; vgl. auch Assmann/Schneider/Vogel, WpHG, 6. Aufl., § 40a Rn. 10; Assmann/Schneider/Mülbert/Spoerr, WpHG, 7. Aufl., § 122 Rn. 17, 18 zum WpHG.

⁶⁸ Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 58b Rn. 11, beck-online.

⁶⁹ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 16, beck-online.

⁷⁰ Vgl. BerlKommEnergieR/Rohlje, 4. Aufl. 2018, REMIT-VO Art. 13, beck-online.

⁷¹ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 58b Rn. 6, beck-online.

⁷² Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 58b Rn. 11, beck-online.

⁷³ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 18, beck-online.

reich (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sinnhafterweise nicht der Akteneinsicht der BNetzA unterliegen können – schon weil dies Art. 13 REMIT-VO nicht erfordern kann – aber jedenfalls von einer Schutzwürdigkeit (und von deren Überwiegen) auszugehen ist.

Schutzwürdige Interessen des Betroffenen, die die Informationsinteressen der BNetzA überwiegen, kommen überdies in Betracht, wenn sich der Tatverdacht im Laufe der Ermittlungen zerstreut hat⁷⁴. Es stellt sich auch die Frage, ob ein – nicht weiter erhärteter – Anfangsverdacht jedenfalls zu Beginn der Ermittlungen nicht ebenfalls die zumindest im Hinblick auf personenbezogene Daten stets bestehenden schutzwürdigen Interessen der Betroffenen ebenfalls zunächst überwiegen lassen sollte. Erst recht gilt dies, solange die Staatsanwaltschaft auf eine Anzeige der BNetzA eingeleitet hat und die Ermittlungsergebnisse den Verdacht noch nicht erhärtet haben.

Regelmäßig wird hier in der Lit. nur auf schutzwürdige Beschuldigteninteressen abgestellt. Die ist unzutreffend, wie auch der Vergleich mit § 475 StPO zeigt, wo mit dem Betroffenen offensichtlich auch Dritte gemeint sind. Nach zutreffender Ansicht können schutzwürdige Interessen Dritter ebenfalls in Betracht kommen, insbesondere können Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie die Reputation im Geschäftsverkehr schutzwürdig sein⁷⁵. Bzgl. eines Unternehmens kann ein Überwiegen des Interesses des Unternehmens insbesondere in Betracht kommen, wenn es proaktiv an der Aufklärung mitgewirkt hat, etwa in der Weise, dass vorgelegte besonders schutzwürdige oder wenig verfahrensrelevante Unterlagen von der Einsicht der Behörde ausgenommen oder deren Einsicht insofern zurückgestellt wird⁷⁶.

Jedenfalls dürfte eine Teilakteneinsicht der vollständigen Versagung vorzuziehen sein, wenn und soweit der o.g. Ausschlussgrund nicht vollumfänglich – für die Gesamtheit des Aktenbestands – eingreift.

Jedoch ist in jedem Fall – auch nach der Rspr. des BVerfG – vor Gewährung der Akteneinsicht – den in ihren schutzwürdigen Interessen Betroffenen (Beschuldigten und Dritten) Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren. Jedenfalls soweit diese ihrerseits über ein Akteneinsichtsrecht (gem. §§ 147 oder 475 StPO) verfügen, muss in effektiver Weise rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) zum Antrag der BNetzA gewährt werden. Ohne Akteneinsicht wird es aber regelmäßig Beschuldigten oder Dritten nicht möglich sein, effektiv zu der Frage Stellung zu nehmen, ob ihre schutzwürdigen Interessen durch die Akteneinsicht beeinträchtigt werden. Regelmäßig müssen diese – sofern nach den einschlägigen Vorschriften zulässig – vor der Bescheidung des Antrags der BNetzA Akteneinsicht erhalten, sofern sie dies zur Ermöglichung einer Stellungnahme beantragen. Ansonsten muss die Staatsanwaltschaft die evtl. in schutzwürdigen Interessen verletzten Betroffenen vor Bescheidung eines Gesuchs der BNetzA auf potenziell schutzwürdige Aktenbestandteile konkret hinweisen.

bb) Gefährdung des Ermittlungszwecks

Die Ablehnung der Akteneinsicht zur Verhinderung der Gefährdung des Untersuchungserfolgs erfordere konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Ermittlungsmaßnahmen scheitern würden, wenn die BNetzA vom Akteninhalt Kenntnis erlangen würde; solche Umstände sollen in der Praxis aufgrund der Verschwiegenheitspflicht der BNetzA analog § 30 VwVfG kaum erfüllbar sein⁷⁷. Auch sonst wird angenommen, dass diesem Vorbehalt eine vergleichsweise geringe praktische Bedeutung zukommt⁷⁸.

Regelmäßig dürften keine Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs bzw. des Ermittlungszwecks durch die Einsicht der Akten seitens der BNetzA bestehen. Für EDV-Asservate, insbesondere solche, die noch gesichtet werden, dürfte das Gegenteil gelten; auf diese bezieht sich nach zutreffender Ansicht das Akteneinsichtsrecht der BNetzA allerdings ohnehin nicht.

5. Anhörungsrecht der BNetzA vor Einstellung des Strafverfahrens, § 58b Abs. 1 S. 3 EnWG

§ 58b Abs. 1 S. 3 EnWG verpflichtet die Staatsanwaltschaft, die BNetzA vor der Einstellung eines Ermittlungsverfahrens anzuhören; § 58b Abs. 1 S. 3 EnWG stellt insofern laut der Lit. sicher, dass die Staatsanwaltschaft auf einer energie-rechtlich fundierten Grundlage über die Verfahrenseinstellung entscheidet⁷⁹. Die Anhörungspflicht soll es der BNetzA ermöglichen, Einwände rechtlicher oder tatsächlicher Art gegen eine Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft vorzutragen⁸⁰. Zutreffend wird allerdings darauf hingewiesen, dass die subjektive Seite der Tat (Vorsatz, Fahrlässigkeit) meist erst im Rahmen des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens bewertet wird, sodass auch hier durchaus entlastende Momente für den Beschuldigten zu Tage treten können⁸¹. Soweit vertreten wird, dass es durch diese Regelung der BNetzA ermöglicht werden soll, Einwände vorzubringen und auch nicht berücksichtigte Argumente vorzutragen⁸², ist dies allerdings sowohl im Licht des eingangs zutreffend umrissenen Regelungszwecks zu sehen, als

⁷⁴ Vgl. Assmann/Schneider/Vogel, WpHG, 6. Aufl., § 40a Rn. 10.

⁷⁵ Assmann/Schneider/Mülbert/Spoerr, WpHG, 7. Aufl., § 122 Rn. 17.

⁷⁶ Vgl. ähnlich Assmann/Schneider/Mülbert/Spoerr, WpHG, 7. Aufl., § 122 Rn. 17.

⁷⁷ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 19, beck-online.

⁷⁸ Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 58b Rn. 3, beck-online; Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 58b Rn. 6, beck-online.

⁷⁹ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 14, beck-online.

⁸⁰ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 58b Rn. 4, beck-online.

⁸¹ Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 58b Rn. 9, beck-online.

⁸² Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 58b Rn. 9, beck-online.

auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die BNetzA als Verwaltungsbehörde keine genuine Kompetenz zur und keine Erfahrung bei der Bewertung typisch strafrechtlicher Zurechnungskriterien (insbesondere Vorsatz, Fragen der obj. Zurechnung etc.) haben dürfte. Etwaige abweichende Bewertungen der BNetzA gegenüber der Bewertung der Staatsanwaltschaft sind also – anders als evtl. genuin technische oder verwaltungsrechtliche Aspekte – sinnvollerweise zu vernachlässigen. Für den Fall, dass die Staatsanwaltschaft die Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach § 153a StPO gegen Zahlung einer Geldauflage erwägt, soll die BNetzA nach e.A. „aufgrund ihrer branchenspezifischen Kenntnisse“ auch zweckdienliche Hinweise zur angemessenen Höhe einer solchen Auflage geben⁸³. Diese können jedoch allenfalls indirekt Bedeutung erlangen, sofern diese Kenntnisse ausnahmsweise maßgeblich für die Bemessung des potenziellen Unrechtsgehalts der Tat sein könnten. Viel wichtiger sind hier – außer in komplexen Fällen – aber die vergleichenden Kenntnisse der Staatsanwaltschaft in der Anwendung des § 153a StPO in anderen Fällen im Gerichtsbezirk, welche die BNetzA nicht haben kann. Angebliches Sonderwissen der BNetzA ist demgegenüber regelmäßig zu vernachlässigen. Weitergehend ist die Frage, ob die BNetzA als Verwaltungsbehörde – sei es auch nur indirekt – an strafzumessungsähnlichen Überlegungen im Strafverfahren zu beteiligen ist, tendenziell zu verneinen.

6. Stellung der BNetzA im Hauptverfahren, § 58b Abs. 2 EnWG

Das zuständige Strafgericht ist nach § 58b Abs. 2 EnWG verpflichtet, der BNetzA den Termin zur Hauptverhandlung (und entsprechende Fortsetzungstermine) unaufgefordert mitzuteilen, um einem Vertreter der BNetzA die Teilnahme an der Hauptverhandlung zu ermöglichen⁸⁴. Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass die BNetzA weder Verfahrensbeteiligte ist noch dies durch die Mitteilung wird⁸⁵ und ihr aus der Informationspflicht des Gerichts hinaus keinerlei zusätzlichen Rechte (insbesondere keine Beteiligungsrechte) erwachsen. Ihre Teilnahme wird ihr in derselben Weise (und mit denselben Einschränkungen) ermöglicht, wie der Öffentlichkeit (§§ 169 ff. GVG und insbesondere §§ 171b, 172 GVG); die BNetzA ist im Rahmen einer Hauptverhandlung (falls vertreten) ggf. Teil der passiv teilnehmenden Öffentlichkeit. Anders als nach § 407 AO für die Finanzbehörde („Beteiligung der Finanzbehörde in sonstigen Fällen“) ist gesetzlich schlicht keine besondere Rechtsstellung der BNetzA im Hauptverfahren vorgesehen, wie der Vergleich deutlich macht: Nach § 407 Abs. 1 S. 1 AO gibt das Gericht der Finanzbehörde Gelegenheit, die Gesichtspunkte vorzubringen, die von ihrem Standpunkt für die Entscheidung von Bedeutung sind; dies gilt auch, wenn das Gericht erwägt, das Verfahren einzustellen (§ 407 Abs. 1 S. 2 AO). Gem. § 407 Abs. 1 S. 4 AO erhält der Vertreter des Finanzamts in der Hauptverhandlung auf Verlangen das Wort; ihm ist zu gestatten, Fragen an Angeklagte, Zeugen und Sachverständige zu richten (S. 5). Mangels entsprechender Regelungen im EnWG (wie auch im WpHG)

steht fest, dass die BNetzA (wie die BaFin) diese (oder sonstige) Beteiligungsrechte in der Hauptverhandlung nicht hat.

7. Mitteilungen an die BNetzA in energierechtlichen Strafsachen, § 58b Abs. 4 EnWG

§ 58b Abs. 4 S. 1 EnWG normiert weitere Mitteilungspflichten gegenüber der BNetzA. Voraussetzung für die in § 58b Abs. 4 S. 1 EnWG normierten Mitteilungspflichten ist die Erhebung der öffentlichen Klage, also die Einreichung der Anklageschrift durch die Staatsanwaltschaft bei dem zuständigen Gericht gemäß § 170 Abs. 1 StPO (Nr. 1) oder ein Antrag der Staatsanwaltschaft auf Erlass eines Strafbefehls gemäß § 407 Abs. 1 S. 2 StPO (Nr. 2), durch den die öffentliche Klage ebenfalls erhoben wird (§ 407 Abs. 1 S. 4 StPO)⁸⁶.

Adressaten der Mitteilungspflichten sind die Staatsanwaltschaft und das Gericht. Das geht aus der passiven Formulierung nach § 58b Abs. 4 S. 1 EnWG zwar nicht ausdrücklich hervor, ergibt sich indessen aus Nr. 4 Abs. 1 MiStra; demnach ist die Staatsanwaltschaft bis zur Anklageerhebung zuständig, das Gericht nach Anklageerhebung bis zur Rechtskraft der Entscheidung und wiederum die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde nach Rechtskraft der Entscheidung⁸⁷.

Dem klaren Wortlaut zufolge hat § 58b Abs. 4 EnWG allein solche Verfahren zum Gegenstand, die eine Strafbarkeit nach § 95a und § 95b EnWG betreffen; nur insoweit als diese Straftaten betroffen sind, sind die o.g. Dokumente zu übermitteln⁸⁸. Die dargelegte Reduktion der Übermittlungspflicht entspricht auch dem Sinn und Zweck der Regelung, der insbesondere darin liegt, es der BNetzA zu ermöglichen, an einem Strafverfahren nach § 95a und § 95b EnWG mitzuwirken und ihre besondere Sachkunde dadurch einzubringen, dass sie an das Gericht oder die Staatsanwaltschaft sachdienliche Anregungen heranträgt; die Mitteilung eines Sachverhalts, der ausschließlich die Strafbarkeit nach anderen Strafvorschriften betrifft, ist daher von dem Normtelos nicht mehr gedeckt⁸⁹.

Gemäß § 58b Abs. 4 S. 1 Nr. 3 EnWG sind außerdem „das Verfahren abschließende Entscheidungen“ mit Begründung sowie ein etwaiger Hinweis auf die Einlegung eines Rechts-

⁸³ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 58b Rn. 4, beck-online.

⁸⁴ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 58b Rn. 5, beck-online.

⁸⁵ Schwark/Zimmer/Böse/Jansen, 5. Aufl. 2020, WpHG § 122 Rn. 3, beck-online zu § 122 WpHG.

⁸⁶ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 21, beck-online.

⁸⁷ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 22, beck-online.

⁸⁸ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 58b Rn. 8, beck-online.

⁸⁹ Theobald/Kühling/Theobald/Werk, 127. EL Oktober 2024, EnWG § 58b Rn. 9, beck-online.

mittels zu übermitteln. Darunter sollen Einstellungsverfügungen ebenso wie das verfahrensabschließende Urteil fallen⁹⁰. Die Mitteilung sollte nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingereicht werden, denn nur dann kann die BNetzA darüber informiert werden, ob gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel eingelegt wurde⁹¹.

In solchen Strafverfahren, die leichtfertig begangene Straftaten zum Gegenstand haben, wird der BNetzA gemäß § 58b Abs. 4 S. 2 EnWG die Anklageschrift sowie der Antrag auf Strafbefehlserlass nur dann übermittelt, wenn aus Sicht der übermittelnden Behörde – also der Staatsanwaltschaft – unverzügliche Entscheidungen oder andere Maßnahmen der BNetzA geboten sind. Die Regelung betrifft konkret nur Fälle leichtfertigen Insiderhandels gem. § 95a Abs. 4 EnWG⁹².

Wichtig erscheint, diese Mitteilungspflichten und die damit zusammenhängende Rechtsstellung der BNetzA zutreffend einzuordnen. Unzutreffend ist die Auffassung, durch diese Mitteilungen werde der BNetzA die Möglichkeit gegeben, ihre Meinung hierzu gegenüber der zuständigen Staatsanwaltschaft mitzuteilen und so dieser die Möglichkeit zu geben, dies gegebenenfalls noch in den Prozess (im Falle des Rechtsmittels) einzuführen⁹³. Der Sache nach werden hier Staatsanwaltschaft und Gericht nämlich nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift nur Informationspflichten aufgebürdet, nicht etwa der Verwaltungsbehörde zusätzliche Beteiligungs-, Mitwirkungs-, Antrags- oder Anhörungsrechte etc. eingeräumt. Ersichtlich dienen die Informationspflichten des § 58b Abs. 4 EnWG lediglich dazu, die BNetzA über den Stand bzw. den Ausgang des Strafverfahrens zu informieren, so dass diese die verfahrensbezogenen (Zwischen-)Ergebnisse der Strafjustiz bei der eigenen Behör-

denpraxis berücksichtigen kann⁹⁴. Sonst ließe sich insbesondere nicht erklären, weshalb gem. § 58b Abs. 4 Nr. 3 EnWG eine abschließende Entscheidung unter Hinweis auf ein ggf. eingelegtes Rechtsmittel zu übermitteln ist – dann wird die Rechtsmittelfrist der Staatsanwaltschaft abgelaufen sein – und weshalb nicht sichergestellt wird, dass ein Urteil noch während der laufenden Rechtsmittelfrist übermittelt wird. Allenfalls dann wäre davon auszugehen, dass die BNetzA die Möglichkeit erhalten soll, sich Staatsanwaltschaft oder Gericht gegenüber zu äußern. Soweit die BNetzA die Übermittlung zum Anlass nehmen sollte, sich gegenüber Staatsanwaltschaft oder Gericht zur Anklageschrift, zum Urteil etc. zu äußern, wäre dies eine informelle und völlig unverbindliche Äußerung eines nicht verfahrensbeteiligten Dritten, die nicht weiter zu beachten ist, soweit nicht ausnahmsweise die Amtsaufklärungspflicht dazu zwingen sollte. Anders als durch das gemäß § 58b Abs. 1 S. 3 EnWG explizit kodifizierte Anhörungsrecht im Hinblick auf eine etwaige Einstellung des Verfahrens wird der BNetzA hier offensichtlich kein Anhörungsrecht oder eine sonstige Rechtsstellung eingeräumt.

⁹⁰ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 23, beck-online.

⁹¹ BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 23, beck-online.

⁹² Vgl. BeckOK EnWG/Wessling, 13. Ed. 1.9.2024, EnWG § 58b Rn. 24, beck-online.

⁹³ So Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 58b Rn. 15, beck-online.

⁹⁴ Insoweit zutreffend Bourwieg/Hellermann/Hermes/Th. Eufinger, 4. Aufl. 2023, EnWG § 58b Rn. 15, beck-online.

WiJ-Checklisten

Dr. André-M. Szesny, LL.M., Rechtsanwalt

Kapitalmarktrechtliche Aspekte interner Untersuchungen

A. Einführung

Umfang und Grenzen interner Untersuchungen werden im Wesentlichen durch das Gesellschaftsrecht, das Datenschutzrecht und das Individual- und Kollektivarbeitsrecht gesetzt. Interne Untersuchungen in kapitalmarktorientierten Gesellschaften¹ stellen darüber hinaus Anforderungen im Hinblick auf die Einhaltung kapitalmarktrechtlicher Vorschriften. Im Zentrum stehen hier die Publizitätsgebote sowie die Insider- und Marktmanipulationsverbote der Marktmissbrauchsverordnung (MAR).² Sowohl zu Beginn in-

terner Untersuchungen, erst recht aber während solcher Investigationen treten bislang unbekannte Umstände zutage, die für das betroffene Unternehmen von großer rechtlicher oder wirtschaftlicher Bedeutung sind. Aus ihnen können sich Sanktions- und Haftungsrisiken ergeben, aber auch Schadenersatzansprüche gegen Dritte oder schlicht personelle Konsequenzen. Sind diese Umstände geeignet, den Börsenkurs der Aktie eines solchen Unternehmens zu beeinflussen, wenn sie bekannt würden, kann es sich um Insiderinformationen handeln. Fehler im Umgang mit solchen Informationen sanktioniert das Marktmissbrauchsregime der MAR und des WpHG streng.

¹ Eine Legaldefinition für das deutsche Recht enthält § 264d HGB.

² Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung), Abl. L 173 v. 12.06.2014, S. 1 ff. (abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0596>).

Dieses Risiko besteht nicht nur im Rahmen von internen Untersuchungen bei Emittenten, also juristische Personen, die Finanzinstrumente (insbesondere Aktien oder Anleihen) emittieren (Art. 3 Abs. 2 Nr. 21 MAR). Es besteht auch bei internen Untersuchungen in Gesellschaften, die mit Emittenten gesellschaftsrechtlich verbunden sind, etwa weil sie an ihnen beteiligt oder aber Tochter- oder Schwestergesellschaft des Emittenten sind. Denn gerade in gesellschaftsrechtlich verbundenen Unternehmen können emittentenbezogene Insiderinformationen auftauchen. Eine gefälschte Bilanz in einer großen Beteiligungsgesellschaft der börsennotierten AG kann durchaus Einfluss auf deren Kennzahlen haben und damit Relevanz für den Börsenkurs der Aktie.

Dasselbe gilt für solche Unternehmen, die geschäftliche Beziehungen mit einem Emittenten unterhalten. Auch dort sind Insiderinformationen denkbar, deren Bekanntwerden Einfluss auf den Kurs des börsennotierten Geschäftspartners haben können. Schwere Qualitätsmängel bei einem vom mittelständischen Zulieferer produzierten Fertigungsteil, die den börsennotierten Kunden zum Rückruf zwingen, sind nur eines aus einer Vielzahl denkbarer Beispiele.

Checkliste:

- ☐ Wird die interne Untersuchung bei einem Emittenten, einem kapitalmarktorientierten oder sonst kapitalmarktnahen Unternehmen durchgeführt?
- ☐ Hat das Unternehmen, in dem die interne Untersuchung durchgeführt wird, geschäftliche Beziehungen zu einem Emittenten, einem kapitalmarktorientierten oder sonst kapitalmarktnahen Unternehmen?
- ☐ Schulung der Mitarbeitenden und sonst befassten Personen über die Bedeutung, die Risiken und die Handhabung von Insiderinformationen.
- ☐ Erstellung eines kapitalmarktrechtliche Aspekte berücksichtigenden Prüfungsplans, laufende Dokumentation der internen Untersuchung.
- ☐ Implementierung eines internen Kontrollsystems zur Überwachung der Einhaltung der Meldepflichten.
- ☐ Implementierung eines Vertraulichkeitskonzepts, insbesondere einer nur einem definierten und abgeschlossenen Personenkreis zugänglichen Dokumentationssphäre und der Schaffung von Vertraulichkeitsstufen (wer erfährt wann von welchen Umständen?)

B. Umgang mit Insiderinformationen

I. Überblick

Was eine Insiderinformation ist, legaldefiniert Art. 7 MAR. Für die gängigen Finanzinstrumente wie Aktien sind Insiderinformationen gem. Art. 7 Abs. 1 lit a) MAR nicht öffentlich bekannte präzise Informationen, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs damit verbundener derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen. Es folgen weitere Definitionen und Klarstellungen, die sich an frühere Entscheidungen des EuGH anschließen oder sich auf spezifische Finanzinstrumente beziehen.

Tritt eine Insiderinformation auf, folgen hieraus Ge- und Verbote, die ebenfalls in der MAR geregelt sind. Die Vorschriften der MAR sind in den EU-Mitgliedstaaten gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar geltendes Recht und bedürfen daher keiner nationalen Umsetzung. Flankiert wird das Marktmissbrauchsrecht insbesondere von den Vorschriften des WpHG, das in den §§ 119 ff. auch Bußgeld- und Strafvorschriften für Verstöße gegen Insider- und Marktmanipulationsverbote enthält.

Kenntnis von Insiderinformationen können naturgemäß zunächst Mitarbeitende des Emittenten erhalten, insbesondere Mitglieder des Geschäftsführungsorgans, Beschäftigte in Rechts- und Compliance-Abteilungen sowie deren Assistenz. Auch Berater oder Dienstleister können im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehungen Zugang zu sensiblen Informationen mit Bezug zum Emittenten oder bestimmten Finanzinstrumenten haben. So erhalten Rechtsanwaltskanzleien im Vorfeld von Unternehmenszusammenschlüssen Kenntnisse sensibler Informationen im Rahmen der Due Diligence. Nichts anderes gilt für Berater, die bei internen Untersuchungen Kenntnis von Insiderinformationen erhalten.

Jeder, der mit Insiderinformationen in Berührung kommt, ist zu einem verantwortungsvollen Umgang mit diesen Informationen verpflichtet – nicht nur Beschäftigte oder gar nur Organmitglieder des Emittenten, sondern jedermann.

II. Entstehung einer Insiderinformation

Es liegt in der Natur der Sache einer internen Untersuchung, dass diese Insiderinformationen, die bereits bestehen, ans Tageslicht und damit zur Kenntnis zumindest der mit der internen Untersuchung befassten Personen gelangen. Dies kann zu unterschiedlichen Zeitpunkten erfolgen:

1. Anordnung/Einleitung der internen Untersuchung

Bereits im Zeitpunkt der Anordnung einer internen Untersuchung oder sogar noch davor können Insiderinformationen vorliegen.

Zu unterscheiden ist hier zwischen der Anordnung der internen Untersuchung selbst und dem Anlass für die Anordnung. Liegt in ihm ein potenzieller Rechtsverstoß, ist wiederum zu differenzieren, ob diesbezüglich erst ein Verdacht vorliegt oder der Rechtsverstoß bereits festgestellt wurde. Sodann richtet sich der Blick darauf, ob Folge-Umstände i. S. von Art. 7 Abs. 2 S. 1 Var. 2 MAR wie Sanktions- oder Haftungsfolgen vorliegen.

a) Die Einleitung der Untersuchung als Insiderinformation

Die Entscheidung der Geschäftsleitung über die Durchführung einer internen Untersuchung stellt zwar eine nicht öffentlich bekannte und präzise Information dar.³ Nicht öffentlich bekannt ist die Anordnung der internen Untersuchung, da sie – negativ abgegrenzt – nicht einem breiten Anlegerpublikum und damit einer unbestimmten Zahl von Personen zugänglich gemacht wurde.⁴ Denn die Anordnung ist regelmäßig zunächst nur den insoweit tätig gewordenen Mitgliedern des Geschäftsführungsorgans, ggf. der Rechts- und Compliance-Abteilung, der IT-Abteilung und den einzubindenden Mitbestimmungsgremien bekannt. Hinzu kommen in der Regel Datenschutzbeauftragte und beratende Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer. Alle vorgenannten Personen unterliegen üblicherweise vertraglichen oder gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten, ggf. werden Verschwiegenheitsverpflichtungen eingeholt. Jedenfalls ist der Kreis derjenigen, die Kenntnis von der Untersuchung und vom Untersuchungsgegenstand haben, begrenzt, was die öffentliche Bekanntheit ausschließt.

Ob die interne Untersuchung einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betrifft, steht hingegen nicht ohne Weiteres fest und hängt vom Gegenstand der Untersuchung ab. Auch den Emittenten nur mittelbar betreffende Umstände können Insiderinformationen sein.⁵ Ist der Emittent selbst Auftraggeber, liegt der Emittentenbezug nahe, insbesondere wenn der zu untersuchende Sachverhalt sich auf das Unternehmen des Emittenten bezieht. Gibt der Emittent eine interne Untersuchung im Hinblick auf eine mit ihm verbundene Gesellschaft in Auftrag, kann sich der Emittentenbezug aus der gesellschaftsrechtlichen Verbindung und hier insbesondere daraus ergeben, dass der Untersuchungsgegenstand zumindest auch Auswirkungen auf die Vermögenslage oder sonst grundlegende Umstände des Emittenten hat.

Hat der Untersuchungsgegenstand keinen Bezug zum Emittenten, ist immer noch ein Bezug zu einem oder mehreren Finanzinstrumenten möglich. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn eine Gesellschaft eine Untersuchung im Zusammenhang mit Umständen führt, bei denen die Aktien eines an-

deren Unternehmens eine Rolle spielen – dies etwa, weil sie Gegenstand von Spekulationen oder gar Marktmanipulationen sind.

Allerdings ist die Anordnung der Untersuchung selbst nicht geeignet, im Falle ihres Bekanntwerdens den Kurs eines Finanzinstruments erheblich zu beeinflussen. Maßstab ist hier die Sichtweise eines verständigen Anlegers, der zum Zeitpunkt seines Handelns alle verfügbaren Informationen kennt. Aus dessen Sicht muss es wahrscheinlich erscheinen, dass der in Rede stehende Umstand zu einer erheblichen Kursbeeinflussung führen kann.⁶ Das ist der Fall, wenn ein Kauf- bzw. Verkaufsanreiz gegeben ist und das Geschäft dem verständigen Anleger „lohnend“ erscheint.⁷

Der Umstand, dass eine interne Untersuchung eingeleitet wurde, erfüllt vor diesem Hintergrund allein noch nicht Voraussetzungen einer Insiderinformation.⁸ Da selbst die Aufnahme von strafrechtlichen Ermittlungen oder verwaltungsrechtlichen Untersuchungen an sich nur in besonderen Fällen eine Insiderinformation zu begründen vermag,⁹ kann für die Anordnung und die Einleitung interner Untersuchungen nichts anderes gelten.

b) Der Anlass der Einleitung als Insiderinformation

Anderes kann hinsichtlich des die Untersuchung auslösenden Umstandes gelten. Hier ist zu prüfen, ob im Auslöser bereits eine präzise, kursspezifische Information liegt. Handelt es sich um einen bereits festgestellten Compliance-Verstoß und ist nur noch festzustellen, wer daran teilgenommen hat, kann es sich bereits um eine Insiderinformation handeln – auch wenn gerichtliche oder verwaltungsrechtliche Entscheidungen noch ausstehen.

Problematischer sind Fälle, in denen lediglich der Verdacht eines Verstoßes den Anlass für die Untersuchung gibt. Die BaFin sieht bereits in Gerüchten, die einen Tatsachenkern enthalten, potenzielle Insiderinformationen,¹⁰ wenn die Quelle des jeweiligen Gerüchts vertrauenswürdig erscheint und dem Gerücht nachprüfbare Fakten zugrunde liegen.¹¹ Damit ist letztlich, insbesondere wegen Faktenbezugs, ein pendant zum Anfangsverdacht i. S. von § 152 Abs. 2 StPO umschrieben. Bloß vage Gerüchte oder anfängliche Verdachtsmomente, die auf einen Compliance-Verstoß hindeuten und noch weiterer Aufklärung bedürfen, sind indes keine

³ Bunz NZG 2016, 1249, 1250.

⁴ BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C, Stand: 25.03.2020, S. 10.

⁵ BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C, Stand: 25.03.2020, S. 9.

⁶ Schockenhoff, NZG 2015, 400, 413.

⁷ BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C, Stand: 25.03.2020, S. 12.

⁸ Ebenso Bunz NZG 2016, 1249, 1251.

⁹ BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C, Stand: 25.03.2020, S. 20.

¹⁰ BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C, Stand: 25.03.2020, S. 14.

¹¹ BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C, Stand: 25.03.2020, S. 15.

Insiderinformationen,¹² denn hier wird sich aus der ex-ante-Perspektive eines verständigen Anlegers noch keine Aussage über potenzielle Kursauswirkungen treffen lassen.¹³ Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das mit unternehmerischer Tätigkeit notwendigerweise verbundene latente Risiko, trotz aller Bemühungen Compliance-Verstöße nicht verhindern zu können, jedem Investor bewusst sein wird, weshalb diese Gefahr bereits in die Börsenkurse „eingepreist“ ist.¹⁴ Die abstrakte Gefahr von Complianceverstößen oder sich hierauf beziehende Gerüchte ohne Tatsachenkern begründen mithin mangels Präzision i. S. der MAR keine Insiderinformationen.

Selbst wenn der die Untersuchung auslösende Verdacht hinreichend präzise ist, muss jedoch nicht zwingend das erforderliche Kursbeeinflussungspotential vorliegen. Denn eine interne Untersuchung kann sich auf alle denkbaren Umstände innerhalb des Unternehmens beziehen, auch auf solche, die nicht geeignet sind, im Falle ihres Bekanntwerdens, den Kurs eines Finanzinstruments erheblich zu beeinflussen. Das gilt insbesondere für Straftaten mit Einzelfallcharakter im Beschäftigtenumfeld, die keinen grundlegenden Impetus auf das Unternehmen haben. Der Verdacht der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz (sog. #metoo-Fälle), des Mobbing oder auf Straftaten, die nur bei Gelegenheit der betrieblichen Tätigkeit begangen werden (z. B. solche gem. §§ 184 ff. StGB, Insiderhandel durch Nutzung des Dienstrechners, Unterschlagung von betrieblichen Arbeitsmitteln) löst vor dem Hintergrund der Schadensabwendungs-, der Legalitäts-¹⁵ und der Aufsichtspflicht¹⁶ zwar eine Untersuchungspflicht der Geschäftsleitungsorgane aus, deren Umsetzung aber nicht ohne Weiteres Kapitalmarktbezug aufweist: Nicht jeder Compliance-Verstoß muss deshalb per se kursrelevant sein.¹⁷

Bezieht sich der die Untersuchung auslösende Verdacht jedoch auf eine schwere Straftat mit möglichen erheblichen wirtschaftlichen Folgen (z. B. Bilanzmanipulation, Produkthaftungs- oder Umweltschadensfälle¹⁸), begründet dies die Annahme einer Insiderinformation. Eine wesentliche Rolle für die Beurteilung des Kursbeeinflussungspotenzials spielt, welche rechtlichen und finanziellen Konsequenzen sich aus dem Gesetzesverstoß für den Emittenten ergeben können. Dabei ist nicht nur der straf- oder verwaltungsrechtliche Rahmen zu berücksichtigen (z. B. Höhe einer Geldstrafe oder eines Bußgelds), sondern auch Reputationsschäden, Umsatzeinbußen oder zu erwartende Schadenersatzforderungen.¹⁹ Dies gilt insbesondere, wenn deswegen bereits Rückstellungen gebildet wurden.²⁰ Es genügt, wenn sich dem verständigen Anleger die wirtschaftlichen Folgen aus der in Rede stehenden Information erschließen, einer abschließenden rechtlichen Würdigung bedarf es hierzu nicht.²¹

Checkliste:

- ☐ Erfüllt der **Anlass** für die interne Untersuchung die Anforderungen an eine Insiderinformation? → Dann sind die unten aufgeführten Rechtsfolgen und Maßnahmen zu beachten.
- ☐ Beachtung der Vertraulichkeitsstufen.

2. Zwischenergebnisse der internen Untersuchung

Auch Zwischenergebnisse der Untersuchung und weitergehende Verdachtsmomente können Insiderinformationen sein, wenn sie präzise und potenziell kursrelevant sind. Dies folgt daraus, dass die MAR bei sog. gestreckten Sachverhalten eine Insiderinformation nicht nur in dem Endereignis sieht, sondern auch bestimmte Zwischenschritte Insiderinformationen darstellen können. Zwischenergebnisse einer internen Untersuchung sind solche Zwischenschritte.²²

Voraussetzung ist, dass der jeweilige Zwischenschritt mit der Herbeiführung oder Hervorbringung des zukünftigen Umstands oder (End-) Ereignisses verbunden ist²³ und für sich genommen die Kriterien für Insiderinformationen gemäß diesem Artikel erfüllt (Art. 7 Abs. 3 MAR).²⁴ Dies hat der EU-Gesetzgeber im Nachgang zur sog. Gettl-Rechtsprechung des EuGH²⁵ ausdrücklich in Art. 7 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 MAR geregelt. Als Zwischenschritt, der eine Insiderinformation sein kann, nennt die MAR z. B. den Stand von Vertragsverhandlungen sowie vorläufig in Vertragsverhandlungen vereinbarte Bedingungen.²⁶ Es liegt nahe, Zwischenergebnisse von internen Untersuchungen, auch wenn diese noch nicht final feststehen, etwa weil noch verifizierende Beweise erhoben und ausgewertet werden müssen, als Zwischenschritte i. S. des Insiderrechts zu behandeln.

¹² Fuchs/Zimmermann-Pfüller/Nerz, WpHG, 3. Aufl. 2024, Rn. 330; Wilsing, ZGR 2020, 279 f.

¹³ Vgl. Fuchs/Zimmermann-Pfüller/Nerz, WpHG, 3. Aufl. 2024, Rn. 330.

¹⁴ Fuchs/Zimmermann-Pfüller/Nerz, WpHG, 3. Aufl. 2024, Rn. 330.

¹⁵ BGH NStZ 2010, 700, 702 = BGHSt 55, 266 ff.; Schockenhoff NZG 2015, 409, 410.

¹⁶ Näher Szesny, Wessing-FS (2015), S. 469, 477 f.

¹⁷ Fuchs/Zimmermann-Pfüller/Nerz, WpHG, 3. Aufl. 2024, Rn. 330.

¹⁸ BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C, Stand: 25.03.2020, S. 22.

¹⁹ BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C, Stand: 25.03.2020, S. 20.

²⁰ BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C, Stand: 25.03.2020, S. 20.

²¹ A.A. Bunz NZG 2016, 1249, 1252, demzufolge Informationen ohne rechtliche Einordnung „kursneutral“ seien.

²² So bereits vor Inkrafttreten der MAR Schockenhoff NZG 2015, 409, 413.

²³ BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C, Stand: 25.03.2020, S. 18.

²⁴ Erwägungsgrund Nr. 16 MAR.

²⁵ EuGH NJW 2012, 2787 ff. m. Anm. Szesny GWR 2012, 292.

²⁶ Erwägungsgrund Nr. 17 MAR.

Ob eine Insiderinformation vorliegt, ist bei jedem solcher Zwischenschritte, also bei jedem Zwischenergebnis zu prüfen. So können Inhalte von Zwischenberichten oder vorläufige Ergebnisse der Untersuchung, die auf schwerwiegende Verstöße hinweisen, Insiderinformationen darstellen. Auch die Identifizierung von Personen, die für die untersuchungsgegenständlichen Verstöße verantwortlich sind, insbesondere wenn es sich um hochrangige Führungskräfte handelt, kann als Insiderinformation betrachtet werden. Informationen über mögliche Sanktionen oder Maßnahmen, die das Unternehmen treffen bzw. in Erwägung zieht, wie z. B. Entlassungen, Bußgelder oder rechtliche Schritte, können ebenfalls Insiderinformationen sein.

Checkliste:

- ☐ Regelmäßige Überprüfung und Bewertung der Untersuchungsergebnisse auf ihre Kursrelevanz.
- ☐ Liegt ein **Zwischenergebnis** vor, das für sich genommen bereits die Anforderungen an eine Insiderinformation erfüllt, dann sind die unten aufgeführten Rechtsfolgen und Maßnahmen sowie die Melde- und Anzeigepflichten für jede einzelne Insiderinformation zu beachten.
- ☐ Beachtung der Vertraulichkeitsstufen.

3. Ergebnis der internen Untersuchung

Für das Ergebnis der internen Untersuchung gilt dasselbe wie für deren Anlass. Insbesondere können auch beträchtliche außerordentliche Aufwendungen, sobald sie sich konkretisieren, eine Insiderinformation sein. Die BaFin nennt hier beispielhaft und nicht abschließend „außergewöhnliche Schadensfälle, etwa verursacht durch Unterschlagungen“.²⁷ Auch ein entlastendes, den Ursprungsverdacht nicht bestätigendes Ergebnis kann eine Insiderinformation sein, wenn ein durchschnittlich verständiger Anleger dieses bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigen würde. Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn wegen des Verdachts eines Compliance-Verstoßes bereits eine Ad hoc-Meldung getätigt wurde, die nun „aus der Welt“ geschaffen werden soll.

Checkliste:

- ☐ Dokumentation des Abschlussergebnisses und Zugänglichmachung für die relevanten Stakeholder.

- ☐ Liegt ein **Ergebnis** vor, das die Anforderungen an eine Insiderinformation erfüllt, sind die unten aufgeführten Rechtsfolgen sowie die Melde- und Anzeigepflichten zu beachten.
- ☐ Beachtung der Vertraulichkeitsstufen.

III. Rechtliche Konsequenzen und Maßnahmen

1. Präventive Gebote

Kapitel 3 der MAR regelt Präventivmaßnahmen, die zu befolgen sind, wenn eine Insiderinformation vorliegt:²⁸ Art. 17 MAR statuiert die Pflicht des Emittenten zur Ad-hoc-Publizität von Insiderinformationen. Eine Pflicht von Emittenten und in ihrem Auftrag handelnden Personen zur Führung von Insiderlisten ist in Art. 18 MAR geregelt.

a) Insiderlisten

Zunächst sind Emittenten verpflichtet, für jede Insiderinformation eine Insiderliste zu führen, in die alle Personen einzutragen sind, die Zugang zu Insiderinformationen haben, weil sie entweder Arbeitnehmer des Emittenten sind oder anderweitig Aufgaben wahrnehmen, durch die sie Zugang zu Insiderinformationen haben, wie etwa Berater, Art. 18 Abs. 1 lit. a) MAR.

Die Pflicht, Insiderlisten zu führen, gilt auch für vom Emittenten beauftragte Personen, z. B. externe Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder Unternehmensberater, sofern sie im Rahmen ihrer Tätigkeit Zugang zu Insiderinformationen erhalten, Art. 18 Abs. 1 lit. b) MAR. Die Insiderliste muss gemäß Art. 18 Abs. 3 MAR jederzeit aktuell gehalten und der zuständigen Behörde auf Verlangen zur Verfügung gestellt werden. Sie hat insbesondere folgende Angaben zu enthalten:

- Identität der Insider (Name, Vorname, Geburtsdatum)
- Grund für die Aufnahme in die Liste
- Datum und Uhrzeit des Erhalts der Insiderinformation
- Kontaktdaten

²⁷ BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C, Stand: 25.03.2020, S. 13.

²⁸ Näher Krause, in: Meyer/Veil/Rönnau MarktmissbrauchsR-HdB, 2. Aufl. 2023, § 5 Rn. 23 ff.

Die Insiderliste dient der Nachverfolgbarkeit von Personen, die potenziell Insiderhandel begehen könnten, und unterstützt die BaFin sowie andere Aufsichtsbehörden bei der Überwachung und Durchsetzung der Marktmissbrauchsregeln.²⁹

Checkliste:

- ☐ Insiderverzeichnis für jede einzelne Insiderinformation anlegen
- ☐ eingetragene Personen belehren
- ☐ Aktualität und Vollständigkeit monitorieren
- ☐ laufende Aktualisierung

b) Ad hoc-Publizität

Emittenten – und nur diese – sind darüber hinaus verpflichtet, Insiderinformationen ad hoc zu veröffentlichen, um den Informationsvorsprung von Insidern, also Personen, die Kenntnis von der Insiderinformation haben, und sonstigen Personen auszugleichen: Gem. Art. 17 Abs. 1 S. 1 MAR geben Emittenten der Öffentlichkeit Insiderinformationen, die unmittelbar diesen Emittenten betreffen, so bald wie möglich bekannt.

Im Einzelfall kann es gute Gründe geben, Insiderinformationen (noch) nicht zu veröffentlichen. Dies kommt regelmäßig im Zusammenhang mit internen Untersuchungen vor. Vorstand und Geschäftsführung werden regelmäßig ein Interesse daran haben, sowohl den die Untersuchung auslösenden Verdacht als auch die Ergebnisse der Untersuchung zunächst abseits der Öffentlichkeit zu behandeln und etwaige Probleme intern beizulegen.³⁰ Denn die sofortige Veröffentlichung könnte den Untersuchungsprozess beeinträchtigen oder erheblichen Schaden für das Unternehmen und ggf. seine Investoren verursachen, der selbst für den Fall, dass sich der Ursprungsverdacht oder die Zwischenerkenntnis als unwahr oder nicht so schwerwiegend herausstellt, irreversibel sein kann. Für derartige Fälle sieht Art. 17 Abs. 4 MAR die Möglichkeit eines Aufschubs der Ad hoc-Mitteilung vor. Es handelt sich um eine Ausnahmenvorschrift, die restriktiv handzuhaben ist. Gemäß Art. 17 Abs. 4 MAR darf der Emittent die Veröffentlichung einer Insiderinformation aufschieben, wenn die in der Vorschrift genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Die unverzügliche Offenlegung wäre geeignet, die berechtigten Interessen des Emittenten zu beeinträchtigen – etwa wenn die Information eine laufende Verhandlung oder eine interne Untersuchung betrifft, deren vorzeitige Veröffentlichung den Zweck der Untersuchung gefährden könnte; die Aufschiebung der Offenlegung wäre nicht geeig-

net, die Öffentlichkeit irrezuführen; der Emittent kann die Geheimhaltung der Information sicherstellen – dazu gehört unter anderem die Führung einer Insiderliste nach Art. 18 MAR. Nach Offenlegung der zunächst aufgeschobenen Mitteilung müssen die zuständigen Behörden informiert werden.

Der Aufschub einer Insiderinformation kann wohl nicht mit der Selbstbelastungsfreiheit begründet werden. Hier besteht eine Zwickmühle: Muss ein Unternehmen die Entdeckung schwerer betriebsbezogener Straftaten – etwa Auslands-korruption oder Steuerhinterziehung – ad hoc publizieren, obwohl infolge des dann mit einiger Sicherheit folgenden Strafverfahrens eine Verbandssanktionierung i. S. von § 30 Abs. 1 OWiG und die Abschöpfung unrechtmäßiger Gewinne droht? Das Bundesverfassungsgericht hat durchscheinen lassen, dass es eine beschuldigtenähnliche Stellung eines Unternehmens zumindest dann annimmt, wenn es zu einer Nebenbeteiligung zur Verhängung einer Verbandsgeldbuße oder zur Einziehung von Vermögenswerten anzuhören ist.³¹ Es wäre vor diesem Hintergrund nur konsequent, das Spannungsverhältnis zwischen Selbstbelastungsgefahr und ad hoc-Publizitätspflicht durch eine gesetzliche Regelung jedenfalls dann aufzulösen, wenn infolge der Ad hoc-Mitteilung die Verhängung einer Verbandsgeldbuße nahe liegt.³² Regelungen, die das Spannungsverhältnis zwischen Offenlegungspflichten und Selbstbelastung auflösen (wie etwa § 97 Abs. 1 InsO für die Auskunftspflicht des Gemeinschuldners im Insolvenzverfahren), sucht man im Marktmissbrauchsrecht jedoch vergeblich.

Checkliste:

- ☐ Ad hoc-Publizitätspflicht prüfen.
- ☐ Möglichkeit des Aufschubs prüfen und dokumentieren.

Zu beachten ist, dass das Unterlassen gebotener Ad hoc-Meldungen oder die Veröffentlichung falscher oder unvollständiger Ad hoc-Mitteilungen bußgeldbedroht und als (informationsgestützte) Marktmanipulation sogar strafbedroht sein kann.

²⁹ Im Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Beitrags hat die ESMA Vereinfachungen der Insiderliste konsultiert. Die Ergebnisse dieser Konsultation und Konsequenzen für die Aufsichtspraxis konnten hier keine Berücksichtigung finden.

³⁰ Bunz NZG 2016, 1249, 1252.

³¹ BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17 und 1780/17, Rn. 94 = BVerfG NJW 2018, 2385, 2390, Rn. 94 – „Jones Day“.

³² Vgl. zum Ganzen Szesny, Finanzmarktaufsicht und Strafprozess, Hamburg 2008.

2. Insiderverbote

Wer Kenntnis von Insiderinformationen hat, darf diese beim Handel mit Finanzinstrumenten nicht nutzen, unabhängig davon, aus welchen Quellen diese Kenntnis stammt.³³ Dieses Insiderverbot gilt für jedermann, nicht nur für denjenigen, der beim Emittenten tätig ist und mit der Insiderinformation bestimmungsgemäß in Berührung kommt. Auch wer eine Insiderinformation nur zufällig, bei Gelegenheit seiner beruflichen Tätigkeit oder sonst zur Kenntnis genommen hat – zum Beispiel als Rechtsanwalt im Rahmen einer Due Diligence –, darf diese nicht nutzen. Die MAR kennt drei Insiderverbote: Verboten ist der Erwerb und die Veräußerung von Finanzinstrumenten, auf die oder auf deren Emittent sich die Insiderinformation bezieht (Verbot von Insidergeschäften, Art. 14 lit. a) MAR), die Empfehlung gegenüber Dritten, Insidergeschäfte zu tätigen, die Anstiftung zu Insidergeschäften Dritter (Empfehlungs- und Anstiftungsverbot, Art. 14 lit. b) MAR) und Insiderinformationen unbefugt offenzulegen (Offenlegungsverbot, Art. 14 lit. c) MAR).

Vorsätzliche Verstöße gegen die Insiderverbote sind in § 119 Abs. 3 WpHG strafbedroht, im Falle von Leichtfertigkeit drohen gem. § 120 Abs. 14 WpHG Bußgelder. Die Kenntnisnahme von Insiderinformationen im Rahmen interner Untersuchungen führt mithin zu einem erheblichen Sanktionsrisiko für jeden an der internen Untersuchung Beteiligten.

Checkliste:

- ☐ Insiderverbote beachten und gefährdete Personen belehren.

C. Melde- und Anzeigepflichten

Unternehmensinterne Untersuchungen und deren Ergebnisse können Melde- und Anzeigepflichten begründen.

Grundsätzlich besteht für Unternehmen keine generelle Pflicht, Straftaten der eigenen Mitarbeiter oder Dritter, die im Rahmen einer internen Untersuchung aufgedeckt wurden, anzuzeigen.³⁴ Geschäftsleitungsorgane sind auch nicht verpflichtet, sich selbst gegenüber Behörden einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit zu bezichtigen (*nemo tenetur se ipsum accusare*³⁵). Inwieweit dieser Grundsatz auch auf juristische Personen und Personengesellschaften Anwendung findet, ist – wie gesehen – unsicher. Diese Frage ist deshalb auch in Bezug auf Melde- und Anzeigepflichten zu stellen, weil nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen und Personengesellschaften Sanktionen und sanktionsähnlichen Maßnahmen wie einer Verbandsgeldbuße, einer Einziehung, Eintragungen ins Gewerbezentral- und Wettbewerbsregister und nicht zuletzt dem naming and shaming – der Veröffentlichung von Maßnahmen der BaFin im Internet – ausgesetzt sind. Es wurde bereits erwähnt, dass das Bun-

desverfassungsgericht die Möglichkeit einer „beschuldigtenähnlichen Stellung“ einer juristischen Person bzw. einer Personenvereinigung grundsätzlich bejaht.³⁶ Zwingende Folge einer solchen beschuldigtenähnlichen Stellung ist ein der Selbstbelastungsfreiheit entspringendes Schweigerecht, das in Konkurrenz zu wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Offenlegungen treten kann. Die Einzelheiten sind völlig ungeklärt; Fälle, in denen einer juristischen Person im kapitalmarktrechtlichen Umfeld ein Dispens von Anzeige-, Melde- oder Publizitätspflichten erteilt wurde, sind nicht bekannt.

Mit folgenden kapitalmarktrechtsbezogenen³⁷ Melde- und Anzeigepflichten haben Unternehmen sich im Zuge unternehmensinterner Untersuchungen auseinanderzusetzen:

Gem. § 6 Abs. 2 KWG müssen Finanzinstitute der BaFin und der Bundesbank unverzüglich anzeigen, wenn sich wesentliche Änderungen in den Geschäftsabläufen oder Risiken ergeben. Falls eine interne Untersuchung einen signifikanten Verstoß gegen regulatorische Vorschriften aufdeckt, kann dies eine solche Meldung auslösen.

Gem. § 25h Abs. 1 KWG sind Finanzunternehmen verpflichtet, unverzüglich eine Meldung an die Financial Intelligence Unit (FIU) zu erstatten, wenn der Verdacht auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung besteht (Geldwäscheverdachtsmeldung). Dasselbe gilt gem. § 11 Abs. 1 S. 1 GwG für alle weiteren nach dem Geldwäschegesetz Verpflichteten: Diese haben eine Transaktion zu melden, wenn Tatsachen vorliegen, die darauf hindeuten, dass es sich bei Vermögenswerten, die mit der Transaktion oder Geschäftsbeziehung in Verbindung stehen, um den Gegenstand einer Geldwäsche i. S. von § 261 StGB handelt oder die Vermögenswerte im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung stehen. Der Kreis der Verpflichteten wurde in den vergangenen Jahren stets erweitert und erfasst schon lange nicht mehr allein Unternehmen der Finanzbranche, sondern z. B. auch Rechtsanwälte, Spielbanken oder Immobilienmakler usw. (vgl. § 2 GwG).³⁸

Falls sich aus internen Untersuchungen ein Verdacht auf Marktmanipulation oder Insiderhandel ergibt, könnte eine unverzügliche Anzeige bei der BaFin erforderlich sein (§ 23 WpHG).

³³ BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C, Stand: 25.03.2020, S. 8.

³⁴ Schockenhoff NZG 2015, 409, 410.

³⁵ Näher zu diesem Grundsatz NK-StPO/Eidam, 1. Aufl. 2025, § 136 Rn. 35.

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17 und 1780/17, Rn. 94 = BVerfG NJW 2018, 2385, 2390, Rn. 94 – „Jones Day“.

³⁷ Nicht aufgeführt sind Meldepflichten ohne spezifischen kapitalmarktrechtlichen Bezug, etwa im Hinblick auf datenschutzrechtliche Verstöße, Betriebsunfälle o.ä.

³⁸ Szesny, in: Böttger Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2023, Kap. 8 Rn. 269.

Eine Pflicht zur Strafanzeige gegenüber Strafverfolgungsbehörden besteht hingegen nur in den engen Fällen des §138 StGB.³⁹

³⁹ Szesny, in: Böttger Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2023, Kap. 8 Rn. 270.

Checkliste:

- ☐ Laufende Prüfung aller Umstände im Rahmen der Untersuchung auf Verdachtsmomente, die anzeige- oder meldepflichtig sind – unabhängig vom Vorliegen einer Insiderinformation.

INTERNATIONALES

Oliver M. Loksa, Rechtsanwalt, Wien, und
Präsident der Austrian White Collar Crime Association

Länderbericht Österreich: Die Neuregelung der „Handy-Sicherstellung“

Mit 01.01.2025 sind in Österreich neue gesetzliche Bestimmungen in Kraft getreten, die die Möglichkeiten der Sicherstellung von Handys und auf ihnen befindliche bzw. über sie einsehbare Daten für deren Auswertung regeln. Der vorliegende Beitrag bietet einen Überblick über die wichtigsten Eckpunkte und beleuchtet Kritikpunkte:

1. Hintergrund der Neuregelung

Bis zum Inkrafttreten der Neuregelung konnten Datenträger und Daten unter denselben Voraussetzungen sichergestellt werden wie gewöhnliche Gegenstände. Diese fehlende Unterscheidung zu einem Gerät, mit dem ein detaillierter Einblick in das Leben und die Persönlichkeit nicht nur des:der konkret Betroffenen, sondern auch Dritter gewonnen werden kann, stieß vielfach und langjährig auf Kritik unter Experten. Tätig wurde der Gesetzgeber schlussendlich, als der VfGH Mitte Dezember die bisherige Regelung aufhob.¹ In das Endstadium des Gesetzwerdungsprozesses hinein erließ überdies der EuGH eine separate Entscheidung, die bzgl. einer europarechtskonformen Auslegung der österreichischen Rechtslage zu einem ähnlichen Schluss kam.²

Auch wenn sich (in Österreich) das Wort „Handysicherstellung“ eingebürgert hat, handelt es sich nunmehr um eine Beschlagnahme, konkret um „eine gerichtliche Entscheidung auf Begründung einer Sicherstellung von a. Datenträgern und Daten, b. Daten, die an anderen Speicherorten als einem Datenträger gespeichert sind, soweit auf sie von diesem aus zugegriffen werden kann, oder c. Daten, die auf Datenträgern oder an anderen Speicherorten gespeichert sind (lit. a und b),

die zuvor nach Z 1 lit. a sichergestellt wurden“ (§ 109 Z 2a StPO).

Zweck der Ermittlungsmaßnahme ist jedenfalls stets die **Auswertung von Daten**. Um zu dieser zu gelangen, sind in den §§ 115f-115l StPO drei Schritte vorgesehen:

2. 3 Schritte von der Beschlagnahme zur Auswertung

2.1 Schritt 1: Beschlagnahme von Daten und Datenträgern (§ 115f StPO)

Eine Beschlagnahme ist zulässig, wenn sie aus Beweisgründen erforderlich scheint und aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass dadurch Informationen ermittelt werden können, die für die Aufklärung einer Straftat wesentlich sind (Abs 1). Ein Anfangsverdacht muss zu diesem Zeitpunkt bereits bestehen. Es ist demnach unzulässig, erst durch die Beschlagnahme einen Anfangsverdacht begründen zu wollen.

Um eine Beschlagnahme zu erwirken, bedarf es einer Anordnung der Staatsanwaltschaft, die vom zuständigen Haft- und Rechtsschutzgericht (Landesgericht) bewilligt werden muss. Mittels dieses Beschlusses wird anschließend die Kriminalpolizei um Durchführung der Ermittlungsmaßnahme ersucht (Abs 2). Das Prozedere entspricht im Wesentlichen jenem, das auch zB für die Durchführung einer Hausdurchsuchung vorgesehen ist.

Der Gesetzgeber hat damit bedauerlicherweise trotz immer wieder geäußelter Kritik³ nicht die Chance genutzt, den sogenannten „Stampiglienbeschluss“ abzuschaffen. Darunter ist die Praxis gemeint, gemäß der das Gericht keinen Be-

¹ VfGH 14. 12. 2023, G 352/2021 h.

² EuGH C-548/21, Bezirkshauptmannschaft Landeck, 04.10.2024.

³ ZB: Schönborn/Seidl, Stampiglienbeschluss als rechtsstaatliches Feigenblatt, Die Presse 2024/05/05; Tipold in Fuchs/Ratz, WK StPO § 86 Rz 8/1 (Stand 15.3.2023, rdb.at); Reindl-Krauskopf, Das reformierte strafprozessuale Ermittlungsverfahren, ÖJZ 2020/78.

schluss separat verfasst, sondern die Anordnung der Staatsanwaltschaft „abstempelt“. Der OGH vertritt die Auffassung, dass ein solches Vorgehen rechtskonform ist.⁴

Die staatsanwaltschaftliche Anordnung und die gerichtliche Bewilligung müssen eine **Beschreibung der zu beschlagnehmenden Datenkategorien und -inhalte** enthalten. Unter ersterem gemeint ist die Spezifizierung dessen, ob z. B. Kommunikationsdaten, Metadaten, Fotos, Videos, Standortdaten etc. gesucht werden. Letzteres zielt auf das gesuchte Beweismaterial ab. Außerdem muss aus den Unterlagen ersichtlich sein, aus welchem **Zeitraum** Daten gesucht werden. Eine Ausnahme macht hiervon der Gesetzgeber in Fällen, in denen Daten aus technischen Gründen nicht einem bestimmbaren Zeitraum zuordenbar sind. Dies soll insb gelöschte und wiederhergestellte Daten betreffen, die keinen Zeitstempel aufweisen.

2.2 Schritt 2: Technische Aufbereitung der Daten

In der Praxis werden regelmäßig überschießend Daten sichergestellt (bzw. beschlagnahmt). Daher ist in § 115h StPO nunmehr in einem zweiten Schritt eine **Reduktion** des beschlagnahmten Datensatzes auf jenen vorgesehen, der dem Beschluss entspricht (sogenanntes „Ergebnis der Datenaufbereitung“ gem § 109 Z 2e StPO).

Dafür wird zunächst eine Originalsicherung der beschlagnahmten Daten erstellt. Anschließend wird daraus eine Arbeitskopie angefertigt, auf deren Basis die Herstellung des Ergebnisses der Datenaufbereitung erfolgt. Um die Transparenz und Nachvollziehbarkeit des Verfahrens zu gewährleisten, muss dieser Prozess umfassend in dokumentiert werden. Ausschließlich dieser Datensatz wird im anschließenden Schritt durchsucht und ausgewertet.

Dennoch sind die Originalsicherung und die Arbeitskopie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens **aufzubewahren**. Auf diese darf unter bestimmten Voraussetzungen auch **erneut zugegriffen** werden – vorausgesetzt, es wird hierfür eine neue gerichtliche Bewilligung eingeholt. Ein solches Bedürfnis wird sich ergeben und ist rechtens, wenn *„konkrete Tatsachen oder Umstände darauf schließen lassen, dass ein weiterer Zugriff [...] erforderlich ist“* (§ 115f Abs. 5 StPO). Die Gesetzesmaterialien haben dabei Fälle im Blick, wenn zB ein Zeitraum von der gerichtlichen Bewilligung nicht erfasst war, sich aber aufgrund der Ermittlungen materialisierte, dass auch dieser zur Aufklärung der Straftat wesentlich ist; oder wenn technische Umstände bekannt werden, die die Prüfung der Verlässlichkeit der Daten erfordern.

2.3 Schritt 3: Auswertung von Daten

§ 115i Abs. 1 StPO sieht nunmehr ausdrücklich vor, dass StA und Kriminalpolizei Suchparameter zur gezielten Filterung der Daten festlegen und benutzen können (aber nicht müssen). Die verwendeten Suchparameter und die Anzahl der Treffer sind zu protokollieren.

Ziel dieses als **„Relevanzprüfung“** bezeichneten Prozesses ist die Identifizierung jener Informationen, die für das Verfahren relevant sind und als Beweismittel verwendet werden dürfen – und somit Aktenbestandteil werden.

3. Vorgehen bei Zufallsfunden

Nicht zuletzt bedingt durch die bekannten Korruptionsprozesse war der Umgang mit Zufallsfunden im Gesetzwerdungsprozess höchst umstritten. Denn diese Verfahren gründeten zu einem signifikanten Teil nicht auf Funden, wegen der Ermittlungsmaßnahmen ursprünglich angeordnet und durchgeführt worden waren.

Schlussendlich einigte sich der Gesetzgeber darauf, dass die Verwertung von Zufallsfunden wie bisher **verwertbar** bleibt. Die Chance bzw. das Risiko auf solche zu treffen, soll jedoch reduziert werden. Erreicht werden soll dies dadurch, dass die Ermittlungsbehörde eben nicht mehr den gesamten, von ihr beschlagnahmten Datensatz ihren Ermittlungen zugrunde legen darf, sondern nur das Ergebnis der Datenaufbereitung. Die Datenmenge, die einen Zufallsfunde zu Tage fördern kann, ist somit eine **geringere**.

Gerät die Ermittlungsbehörde dennoch auf einen Zufallsfund, so muss ein neuer Ermittlungsakt angelegt werden, sofern die neuen Beweise verwertbar sind (§ 115j Abs. 2 StPO). Zulässig wird dann auch sein, erneut auf die Originalsicherung oder Arbeitskopie zugreifen zu können, wofür die Einholung eines neuen Beschlusses notwendig ist.

4. Rechtsschutzmöglichkeiten

Neben den im Wesentlichen unverändert anwendbaren allgemeinen Rechtsbehelfen (Kapitel 4.1) sieht die neue Rechtslage durchaus umfangreich und nicht auf Anhieb einfach zu überblickende weitere Rechtsschutzmöglichkeiten vor (Kapitel 4.2 – 4.4):

4.1 Rechtsbehelfe

Gegen die Anordnung der Beschlagnahme steht Betroffenen das Rechtsmittel des Einspruchs wegen Rechtsverletzung und gegen die gerichtliche Bewilligung das der Beschwerde zu. Der **Beschwerde** kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Wird ihr jedoch insofern Folge gegeben, dass das Vorliegen eines Anfangsverdachts verneint wird, sind die beschlagnahmten Daten zu vernichten bzw. ist der beschlagnahmte Datenträger zurückzustellen.

Sollte **vertrauliche Anwaltskorrespondenz** betroffen sein, so ist die Erhebung eines Widerspruchs gem § 112 StPO möglich. Mit diesem Rechtsbehelf werden die Daten vorerst vor Einsichtnahme durch die Ermittlungsbehörden geschützt und zum Gegenstand eines Sichtungsverfahrens, an dessen Ende eine gerichtliche Entscheidung über die (Nicht-)Freigabe der Daten steht.

Gemäß ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung dürfen dem Anwaltsprivileg unterliegende Erkenntnisse nicht für weitere Ermittlungen oder als Beweis verwendet werden (§ 112 Abs. 2 letzter Satz StPO). Diese Bestimmung stellt die einzige in der

⁴ OGH 26.08.2008, 14 Os 109/08y.

StPO dar, mit der eine Fernwirkung eines Beweiserhebungsverbots vorgesehen ist (fruit of the poisonous tree). Ansonsten besteht gemäß ständiger Rechtsprechung keine Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten in der Hinsicht, dass Beweismittel, die auf Grund unverwertbaren Beweismaterials aufgefunden wurden, ihrerseits aus diesem Grund jedenfalls unverwertbar wären.⁵

4.2 Beantragung zusätzlicher Datenauswertungen

Beschuldigte und Opfer (und damit auch Privatbeteiligte) können die **Verwendung weiterer Suchparameter** beantragen § 115i Abs. 2 StPO. Durch den Verweis auf das Beweis-antragsrecht nach § 55 StPO ist davon auszugehen, dass ein solcher Antrag auf den Einsatz von Suchparametern die allgemeinen Voraussetzungen eines Beweis-antrags erfüllen muss und damit insb die Beweisrelevanz. Dies gilt gemäß bestehender Rechtsprechung dann nicht, wenn diese durch das mit dem Fall und den Akten vertraute Gericht erschließbar ist.⁶

4.3 Einsichtsrechte Beteiligter

Beschuldigte und Opfer haben das Recht, das Ergebnis der Datenaufbereitung vor Ort und unter Aufsicht einzusehen (§ 115i Abs. 2 StPO). Andere Beteiligte (insb Mitbeschuldigte) erhalten kein generelles Einsichtsrecht, sondern sind auf die Akteneinsicht beschränkt. Dritte Personen (die nicht Beschuldigte oder Opfer sind) haben nur ein eingeschränktes Einsichtsrecht soweit sie selbst betroffen sind (§ 115i Abs. 4 StPO). Hierfür muss die Staatsanwaltschaft die betroffenen Personen informieren, sofern ihre Identität bekannt oder ohne unverhältnismäßigen Aufwand feststellbar ist.

4.4 Vernichtung nicht relevanter Daten

Nicht relevante oder nicht verwertbare Daten müssen gemäß § 115i Abs. 5 StPO vernichtet werden. Private Daten ohne Bezug zum Tatverdacht sind von den Ermittlungsbehörden von Amts wegen zu löschen. Beschuldigte, Opfer oder der Rechtsschutzbeauftragte können die Löschung beantragen.

4.5 Rechtsschutzbeauftragte:r

Neu gestaltet und aufgewertet wurde die Rolle des:der Rechtsschutzbeauftragten. Dieser obliegt allgemein die Wahrnehmung des besonderen Rechtsschutzes im Sinne der StPO. Im Rahmen der Daten(träger)beschlagnahme kommen ihr umfangreiche Kontrollrechte zu und sie ist zur Erhebung von Rechtsmitteln berechtigt.

5. Ausnahmen

5.1 Gefahr im Verzug

In Fällen, in denen der Verlust wichtiger Beweismittel droht, dürfen Ermittlungsbehörden auch ohne vorherige Genehmigung handeln. Ein typisches Beispiel wäre die Festnahme eines Beschuldigten, der sein Handy verschlüsseln oder Chats löschen könnte.

Die Maßnahme muss detailliert dokumentiert und umgehend der Staatsanwaltschaft gemeldet werden. Spätestens innerhalb von 14 Tagen muss eine nachträgliche richterliche Bewilligung beantragt werden. Falls das Gericht diese verweigert, dürfen die gesicherten Daten nicht weiter genutzt und müssen unverzüglich gelöscht werden.

5.2 Punktuelle Daten

Überhaupt keiner gerichtlichen Bewilligung bedarf es, wenn nur punktuelle Daten gesucht und sichergestellt werden sollen. So kann es bspw genügen, einen einzelnen Vertrag aus einer Unternehmensdatenbank zu sichern, ohne dass die gesamte Geschäftskorrespondenz des Unternehmens beschlagnahmt werden muss.

Selbiges gilt auch für die Sicherstellung von Daten aus Beweisgründen, die durch Bild- und Tonaufzeichnungsgeräte an öffentlichen oder öffentlich zugänglichen Orten aufgenommen wurden (zB die Aufnahmen einer Bankomatkamera).

6. Überlegungen des Autors

Dass zB neuerliche Zugriffe auf Originalsicherung bzw Arbeitskopie nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen dürfen, ist positiv. Wenn jedoch die Praxis dazu führen wird, dass hierfür notwendige Beschlüsse relativ einfach eingeholt werden könnten, dann wäre *in puncto* Datenminimierung und Verfahrenseffizienz wenig gewonnen. Vor diesem Hintergrund begegnet gerade die Aufbewahrung der Originalsicherung und der Arbeitskopie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens nicht zu Unrecht Kritik.

Inwiefern die Regelung den gewünschten Zweck, die Auswertung von Daten effizient und transparent durchzuführen, tatsächlich erreichen wird, bleibt abzuwarten. Viel wird von der praktischen Umsetzung abhängen.

Nichtsdestotrotz gilt: Wenn auch die Neuregelung durch den VfGH und auch den EuGH erzwungen wurde, ist es ohne Zweifel zu begrüßen, dass die StPO nunmehr ein eigenes Regime für die „Handysicherung“ vorsieht.

⁵ RIS-Justiz RS0130052.

⁶ Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 55 Rz 63 (Stand 1.9.2022, rdb. at); OGH 16.09.2008, 11 Os 119/08x; OGH 19.12.2005, 14 Os 129/0k.

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Staatsanwalt Dr. Simon Pschorr, Straubing

Notare sind vor „Jones Day“-Durchsuchungen sicher – Anmerkung zu LG Nürnberg-Fürth, Beschluss v. 22.11.2024 (18 Qs 17/24)

1. Das für die geschützten Berufe geltende Beschlagnahmeverbot aus § 97 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 StPO erfasst nur das Vertrauensverhältnis zwischen dem Zeugnisverweigerungsberechtigten und dem Mandanten, wenn dieser der Beschuldigte ist. (Rn. 44)

2. Wird dem Beschuldigten eine Straftat im Zusammenhang mit der Vertretung einer juristischen Person vorgeworfen, dann unterliegen Beweismittel beim Berufsgeheimnisträger, der (nur) die juristische Person berät oder vertritt, nicht dem Beschlagnahmeverbot. (Rn. 48)

3. Zeichnet sich aufgrund tatsachenbasierter Anhaltspunkte objektiv ab, dass die juristische Person als Adressatin einer Geldbuße nach § 30 OWiG oder als Einziehungsbeteiligte gemäß § 424 StPO zu beteiligen wäre, befindet sich die juristische Person in einer beschuldigtenähnlichen Verfahrensstellung und Verteidigungsunterlagen, die auf Veranlassung der und für die juristische Person vom Berufsgeheimnisträger angefertigt wurden, sind beschlagnahmefrei. (Rn. 50)

4. Täuscht ein Urkundsbeteiligter den Notar anlässlich einer Beurkundung über Tatsachen und bewirkt er dadurch eine falsche Beurkundung im Sinne des § 271 StGB sind die Urschrift sowie Abschriften und Ausfertigungen der Urkunden gemäß § 97 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht beschlagnahmefrei. Gleiches gilt für durch den Notar gefertigte Kopien gefälschter und bei der Beurkundung vorgelegter Personaldokumente. (Rn. 43)

5. § 97 StPO stellt nach § 160a Abs. 5 StPO eine Spezialregelung für Beschlagnahmen dar, die § 160a StPO grundsätzlich verdrängt. Die Zulässigkeit von Beschlagnahmen bei Berufsgeheimnisträgern ist danach allein an § 97 StPO zu messen. (Rn. 63)

6. Nichtverdächtigen Betroffenen, insbesondere Berufsgeheimnisträgern, ist zumindest vor der Vollstreckung der Durchsuchung in der Regel Gelegenheit zur freiwilligen Herausgabe des sicherzustellenden Gegenstandes zu geben. (Rn. 61)

Das LG Nürnberg-Fürth verwarf eine Beschwerde gegen eine Durchsuchungsanordnung und Beschlagnahme des Amtsge-

richts Nürnberg, mit der Beweismittel in den Räumen eines unverdächtigen Notars gesichert wurden, als unbegründet. Die Kammer zog damit die rechtlichen Konsequenzen aus undurchsichtigen Strukturen einer womöglich in Steuerhinterziehung verwickelten GmbH und ihrer (rechtlichen und tatsächlichen) Geschäftsführer im Verhältnis zum nicht umfassend mandatierten Notar. Die Fallgestaltung (I.) und die Entscheidungsgründe (II.) erinnern an und nehmen Bezug auf die „Jones Day“-Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts (III.). Der Beschluss des LG Nürnberg-Fürth zeigt gesetzgeberischen Handlungsbedarf auf, die Beziehung zwischen privatrechtlichen Gesellschaften, ihren Organen und Rechtsdienstleistern auf eine rechtssichere Grundlage zu stellen (IV.).

I. Die Fallgestaltung

Den Geschäftsführern der D GmbH wurde vorgeworfen, Umsatzsteuervoranmeldungen für die GmbH nicht rechtzeitig abgegeben und so Umsatzsteuer verkürzt zu haben. Der faktische Geschäftsführer der GmbH soll darüber hinaus unter dem Namen des im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführers unter Vorlage eines gefälschten Reisepasses ein Konto für die GmbH eröffnet haben, weshalb der Verdacht bestand, auch bei notariellen Beurkundungen im Hinblick auf die GmbH seien die gefälschten Papiere zum Einsatz gekommen. Einem staatsanwaltlichen Herausgabersuchen (gem. § 95 Abs. 1 StPO) kamen die beauftragten Notare unter Berufung auf die amtliche Schweigepflicht gem. § 18 Abs. 1 S. 1 BNotO nicht nach. Hierauf beantragte die Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth (wohl mangels Erzwingbarkeit des Herausgabersuchens gem. § 95 Abs. 2 S. 2 StPO) eine auf Unterlagen und Personaldokumente von an der Eintragung der D GmbH und einer weiteren GmbH involvierten Personen beschränkte Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung gem. § 103 StPO gegen die Notare und hiesigen Beschwerdeführer, den das Amtsgericht Nürnberg am 06.12.2023 erließ.

Den Beschwerdeführern wurde angeboten, die Durchsuchung durch Herausgabe der gesuchten Beweismittel abzuwenden. Stattdessen erhoben sie am 14.03.2024 Beschwerde (nur) gegen die Durchsuchungsanordnung, der das Amtsgericht Nürnberg noch am selben Tag nicht abhalf. Daraufhin gaben sie die geforderten Beweismittel in einem verschlossenen Umschlag zur Durchsicht (§ 110 Abs. 1 StPO) nach Bescheidung der Beschwerde heraus.

II. Die Entscheidungsgründe

Zunächst bejahte die Kammer das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführer. Zwar sei gegen sie keine Durchsuchung vollzogen worden, weil sie selbige durch Herausgabe der Beweismittel abwendeten. Nachdem der verschlossene Umschlag noch nicht gesichtet worden sei, könne eine zukünftige Durchsuchung (aufgrund neuen Durchsuchungsbeschlusses) zum Zwecke des Auffindens der gesuchten Beweismittel nicht ausgeschlossen werden. Jedenfalls dauere die Durchsuchung schon deshalb noch an, weil die Durchsicht des Umschlags nach § 110 Abs. 1 StPO auf die Durchsuchungsanordnung des AG Nürnberg gestützt werden solle.

Die Kammer verwarf die Beschwerde als unbegründet. Es habe ein auf Tatsachen gegründeter Anfangsverdacht hinsichtlich weiterer Urkundendelikte des faktischen Geschäftsführers bestanden, nachdem bei diesem vor Anordnung der Durchsuchung eine Vielzahl gefälschter Papiere sichergestellt werden konnte, die jedenfalls teilweise im Rechtsverkehr verwendet worden waren. Es sei mit dem Auffinden von (weiteren) gefälschten Papieren (in Kopie) bei den Beschwerdeführern zu rechnen gewesen, weil jene nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 10 a) ee), 8 Abs. 2 S. 2 GwG zur Anfertigung von Kopien zu Identifikationszwecken vorgelegter Ausweisdokumente verpflichtet gewesen waren. Es habe der begründete Verdacht bestanden, der faktische Geschäftsführer habe die Eintragungen mit gefälschten Papieren veranlasst und sei auch ansonsten für die D GmbH unter Verschleierung seiner wahren Identität aufgetreten.

Die gesuchten Beweismittel hätten auch keinem aus § 97 StPO oder verfassungsunmittelbar folgenden Beschlagnahmeverbot unterlegen, was auch der Durchsuchungsanordnung entgegengestanden hätte.

Die gesuchten Gegenstände seien schon keine Mitteilungen zwischen einem gem. §§ 52, 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3b StPO Zeugnisverweigerungsberechtigten und dem Beschuldigten, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstrecke. Die Klientin der Beschwerdeführer, für die (allein) sie tätig geworden wären und derbezüglich allein eine Schweigepflicht bestanden habe, sei die D GmbH gewesen. Die Kammer schließt sich der herrschenden Rechtsprechung an, die den Beschlagnahmeschutz nach § 97 Abs. 1 Nr. 1-3 StPO auf Dokumente begrenzt, die in diesem geschützten Verhältnis entstanden sind, und lehnt eine Erstreckung des Schutzes etwa auf Organe der Gesellschaft ab. Dies folge schon aus dem zwingenden Wortlaut der § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO („Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und den Personen“) und § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO („ihnen vom Beschuldigten anvertrauten Mitteilungen“). Zwar fehle eine solche grammatikalische Bezugnahme in § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO, doch folge die Beschränkung auf das Verhältnis Schweigeverpflichteter – Klient aus dem Regelungszusammenhang, also der Normsystematik, weil sonst § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO (ein Auffangtatbestand) § 97 Abs. 1 Nr. 1, 2 StPO absorbiere und obsolet mache. Dies werde von der Gesetzgebungsgeschichte bestätigt: Der Gesetzgeber habe mit § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO allein eine gegenständliche Erweiterung des Beschlagnahmeschutzes auf „sonstige Gegenstände“ erwirken wollen, ohne einen strikten Gleichlauf zwischen Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot zu erzielen, weil hierdurch der Erfolg rechtsförmiger Strafverfahren gefährdet und ein erhebliches Missbrauchspotential geschaffen würde. Die Begründung der Kammer verweist hierzu ausdrücklich auf die „Jones Day“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Im Falle einer Klientenbeziehung mit einer juristischen Person unterlägen Aufzeichnungen der Beschlagnahme, wenn Beschuldigter nicht die Gesellschaft, sondern (nur) ihr (gesetzlicher) Vertreter oder ein Organ der Gesellschaft ist, sind diese doch rechtlich nicht personenidentisch. Das gelte nicht nur für Straftaten gegen die, sondern auch für Straftaten im Interesse der Gesellschaft (im Anwendungsbereich des § 14 StGB). Angewandt auf den vorliegenden Fall kam das LG Nürnberg-Fürth zum Ergebnis, die gesuchten Mit-

teilungen und sonstige Gegenstände i.S.d. § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO stammten ausschließlich aus einer (geschützten) Beziehung zwischen den Beschwerdeführern und der D GmbH. Dem stünde weder die Hoheitlichkeit der notariellen Tätigkeit noch der Entstehungszeitpunkt der GmbH (§ 11 Abs. 1 GmbHG) – erst nach Eintragung – entgegen, nachdem jedenfalls insoweit die Vorgründungsgesellschaft in Beziehung zu den Beschwerdeführern gestanden habe.

Allerdings sei (schon angesichts drohender Drittbeteiligung zur Einziehung oder Verbandsbebußung nach § 30 OWiG) zu prüfen, ob der Gesellschaft eine beschuldigtenähnliche Verfahrensstellung zukomme. Wann dies der Fall ist, ist umstritten. Die Kammer setzt sich mit verschiedenen Literaturstimmen auseinander und verlangt – im Anschluss an das Bundesverfassungsgericht – konkrete Anhaltspunkte, deretwegen sich eine Nebenbeteiligung der Gesellschaft objektiv abzeichne. Die Kammer nimmt eine solche jedenfalls im Hinblick auf die D GmbH angesichts der drohenden Einziehung von hinterzogenen Steuern an, beschränkt die Wirkung dann allerdings ausschließlich auf Verteidigungsunterlagen i.S.d. § 148 StPO bzw. zur Verteidigung vorbereitete Unterlagen, die § 97 Abs. 1 Nr. 1-3 StPO unterfielen, welche vorliegend nicht gesucht würden. Allein mit der Begründung, das Strafverfolgungsinteresse überwiegende Geheimhaltungsinteressen lägen nicht vor, verneint die Kammer eine verfassungskonforme Extension des § 97 StPO.

Jedenfalls – was die Kammer inkonsequent teils vorweg prüft – sei hinsichtlich der Unterlagen zur Gründung von Scheinfirmen zur unzulässigen Gewinnverlagerung ins Ausland § 97 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 StPO eröffnet, seien diese doch nach dem Tatplan zur Begehung zukünftiger Steuerstraftaten bestimmt. Notariell beurkundete Dokumente seien im Übrigen selbst durch Straftaten hervorgebrachte Beweismittel, belegten sie etwa eine mittelbare Falschbeurkundung nach § 271 StGB, wurden die Notare über dem öffentlichen Glauben unterliegende Tatsachen – wie dem Namen des Vertreters einer Gesellschaft – getäuscht. Selbiges gelte für Fotokopien von vorgelegten Ausweisdokumenten, rührten diese aus § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB her.

Schließlich führt die Kammer im Einklang mit herrschender Rechtsprechung und Literatur aus, auch § 160a StPO stünde der verhältnismäßigen Durchsuchungsanordnung nicht entgegen. Die Norm würde durch den gem. § 160a Abs. 5 StPO spezielleren § 97 StPO verdrängt, auch soweit dieser weniger weit reiche.

III. Die Übertragbarkeit der „Jones Day“-Rechtsprechung: Zum Unterschied zwischen anwaltlicher und notarieller Tätigkeit

Die im Ausgangspunkt in sich schlüssigen Ausführungen des LG Nürnberg-Fürth stützen sich zentral auf die durch den EGMR kürzlich bestätigte¹ Rechtsprechung der dritten

¹ EGMR, Beschluss vom 22.10.2024, Kock ua vs. Germany, 1022/19, 1125/19, <https://hudoc.echr.coe.int/#/%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-238295%22%5D%7D>.

Kammer des zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts in Sachen „Jones Day“. Am 27.06.2018 wies diese drei Verfassungsbeschwerden gegen Durchsuchungsbeschlüsse und jene bestätigende Beschwerdeentscheidungen zur Durchsuchung von Kanzleiräumlichkeiten der Großkanzlei „Jones Day“, die *internal investigations* für die VW AG im Dieselskandal durchführte, zurück.² Die von der Staatsanwaltschaft Braunschweig untersuchten Vorwürfe richteten sich nicht gegen die VW AG, sondern gegen ihre Tochtergesellschaft Audi AG. Das Bundesverfassungsgericht beanstandete – aus verfassungsrechtlicher Perspektive – die Auslegung der §§ 97 Abs. 1 Nr. 3, 160a StPO der Fachgerichte nicht. Es bestätigte insbesondere das durch das LG Nürnberg-Fürth rezipierte Normverhältnis mit Vorrang des spezielleren § 97 StPO.³ Eine Ausdehnung des Beschlagnahmeschutzes auf „sonstige anwaltliche Tätigkeiten“ über die durch die Menschenwürdegarantie geschützte Beziehung zwischen dem Beschuldigten und dessen Anwalt hinaus sei nicht geboten.⁴ Fände die Durchsuchung nicht bei dem Rechtsanwalt des im konkreten Verfahren Beschuldigten statt, müsse nach methodengerechter – durch das LG Nürnberg-Fürth wiedergegebener – Auslegung ein Schutz nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO ausscheiden.⁵ Das Bundesverfassungsgericht betont, andernfalls könnten Beweismittel gezielt in die Hände von Rechtsanwälten gegeben werden, sodass diese zum „Safehouse“ für noch nicht entdeckte Spuren würden.⁶

Doch lässt sich dieser Gedanke auf die notarielle Tätigkeit übertragen? Das LG Nürnberg-Fürth spricht die Besonderheit der Beziehung zwischen Notar und rechtssuchendem Bürger bereits an, nur um sie ohne Begründung zu negieren: Notare werden nicht (allein oder vorrangig) im Interesse der Aufsuchenden tätig. Sie schließen auch keinen Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrag,⁷ sondern werden durch eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung verbunden,⁸ die der amtlichen Aufsicht unterworfen ist.⁹ Gehen Notare (zu enge) Bindungen ein, die Zweifel an der Unparteilichkeit erwecken können, werden sie gerügt.¹⁰ Auch die Gebühren für ihre Tätigkeit erheben sie allein aufgrund Gesetzes.¹¹ Dementsprechend droht das durch die dritte Kammer des zweiten Senats für die Rechtsanwaltschaftstätigkeit zutreffend beschriebene Risiko nicht: Die Verwahrung von Dokumenten und Gegenständen – mit Ausnahme handschriftlicher Testamente und solcher, die im Zusammenhang mit ihrer Beurkundungstätigkeit stehen – ist Notaren mangels Amtsbezugs untersagt. Böten sie sich als „safehouse“ an, müssten sie nicht nur dienstrechtliche Konsequenzen befürchten, sondern könnten damit keinen Beschlagnahmeschutz nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO erreichen, erstreckte sich die Schweigepflicht nach § 18 Abs. 1 BNotO nicht auf diese außerhalb der Amtsausübung (§ 18 Abs. 1 S. 2 BNotO) erhaltenen Informationen.¹² Das teleologische Argument zur restriktiven Interpretation des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO ist auf Notare mithin nicht übertragbar.

Allerdings sprechen die weiteren Auslegungsmethoden dafür, eine Vertrauensbeziehung zwischen dem Geheimnisträger und dem Beschuldigten zu verlangen.¹³ Systematik und Gesetzeshistorie legen auch nicht nahe, dass dieselbe Vorschrift für Rechtsanwälte und Notare gespalten ausgelegt werden sollte. Ein dahingehender Gesetzgeberwille ist nicht erkennbar. Fraglich bleibt, ob eine gespaltene Auslegung erforderlich ist, um den aufgezeigten Unterschieden der Rechtsbeziehungen von Rechtssuchenden mit Anwälten

einerseits und Notaren andererseits Rechnung zu tragen. Hier offenbart sich die größte Schwäche des Beschlusses des LG Nürnberg-Fürth: Wie selbstverständlich unterstellt es, dass der beschuldigte faktische Geschäftsführer der D GmbH nicht dem Schutz der notariellen Rechtsbeziehung unterfällt, sondern diese allein zur D GmbH besteht. Eine Begründung lässt der Beschluss vermissen. Dabei hält das Gesetz jedenfalls für notarielle Beurkundungstätigkeiten eine ausdrückliche Regelung bereit: Der Schutz des § 18 BNotO besteht bezüglich aller Beteiligten, was sich aus § 18 Abs. 2 BNotO ergibt.¹⁴ Die Pflicht zur Verschwiegenheit besteht nicht nur gegenüber den unmittelbar am Gegenstand der Amtshandlung formell beteiligten Personen, also den Urkundsbeteiligten, sondern gegenüber allen, deren persönliche oder wirtschaftlichen Verhältnisse dem Notar bei seiner Amtsausübung bekannt geworden sind.¹⁵ Nach § 6 Abs. 2 BeurkG sind am Beurkundungsverfahren die Erschienenen beteiligt. Dass diese Vorschrift die Schutzreichweite der notariellen Rechtsbeziehung konstitutiv mitbestimmt, zeigt sich schon daran, dass die Befangenheit eines Notars an der Beziehung zu allen Beteiligten i.S.d. § 6 Abs. 2 BeurkG bemessen wird. Darüber hinaus haftet neben dem Auftraggeber einer Beurkundung

² BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 = NJW 2018, 2385; BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17 = NJW 2018, 2392 (befasst sich mit der Grundrechtsberechtigung der ausländischen Sozietät „Jones Day“); BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 27.6.2018 – 2 BvR 1562/17 = NJW 2018, 2395 (befasst sich mit der Beschwerdebefugnis der Partner von „Jones Day“; noch offen gelassen in BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 25.7.2017 – 2 BvR 1562/17 = BeckRS 2017, 118600.

³ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 = NJW 2018, 2385, 2387 Rn. 74 f.

⁴ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 = NJW 2018, 2385, 2388 Rn. 78; vgl. auch schon BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 27.10.2003 – 2 BvR 2211/00 = NStZ-RR 2004, 83, 84; a.A. LG Braunschweig, Beschluss vom 21.7.2015 – 6 Qs 116/15 = NStZ 2016, 308, 309.

⁵ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 = NJW 2018, 2385, 2388 f. Rn. 81 ff.

⁶ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 = NJW 2018, 2385, 2389 Rn. 91; vgl. treffend auch Köllner, Das Jones Day-Debakel – Kein rechtsfreier Raum für externe „interne“ Ermittler aus Großkanzleien?, NZI 2018, 833, 836.

⁷ 1KG (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 21.2.2017 – Not 4/16 = BeckRS 2017, 104788 Rn. 33; vgl. auch Borgmann/Jungk/Schwaiger/Jungk § 10 Rn. 25.

⁸ BeckOK BNotO/Eschwey § 1 Rn. 9.

⁹ Heinemann/Trautrim/Kobitzsch § 1 Rn. 9.

¹⁰ KG (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 21.2.2017 – Not 4/16 = BeckRS 2017, 104788 Rn. 32.

¹¹ KG (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 21.2.2017 – Not 4/16 = BeckRS 2017, 104788 Rn. 37.

¹² Vgl. BGH, Urteil vom 7.4.2005 – 1 StR 326/04 = NJW 2005, 2406.

¹³ Zur Gegenargumentation siehe etwa BeckOK StPO/Gerhold § 97 Rn. 26 ff.

¹⁴ BeckOK BNotO/Sander § 18 Rn. 2 mwN.

¹⁵ BGH, Beschluss vom 31.1.2013 – V ZB 168/12 = DNotZ 2013, 711, 715 Rn. 22 mwN.

gem. § 29 Nr. 1 GNotKG – also regelmäßig diejenige Person, deren Unterschrift beglaubigt wird,¹⁶ es sei denn, sie wird in fremdem Namen (z.B. eine GmbH) abgegeben¹⁷ – auch der Erklärende gem. § 30 Abs. 1 GNotKG für die Notarkosten. Wegen dieser rein formalen Betrachtungsweise der Rechtsbeziehung wählt das LG Nürnberg-Fürth verwendete Terminologie des Mandanten oder Klienten, sondern zieht sich auf die „Beteiligung“ zurück. Der faktische Geschäftsführer war als Erklärender mithin als Beteiligter anzusehen. Jedenfalls erfuhren die Beschwerdeführer etwas über seine persönlichen Verhältnisse (die Identität), weshalb sie im Verhältnis nicht nur zur D GmbH, sondern auch zu ihrem faktischen Geschäftsführer schweige verpflichtet waren. Dementsprechend bestand hinsichtlich der Beurkundung seiner Unterschrift als Vertreter der D GmbH ein schweigepflichtbegründendes Verhältnis zwischen dem Beschuldigten und den Beschwerdeführern, sodass § 97 Abs. 1 StPO Anwendung fand.

Soweit das LG Nürnberg-Fürth § 97 StPO trotz der beschuldigtenähnlichen Verfahrensstellung der D GmbH nicht zur Anwendung brachte, kann der Beschluss ebenfalls nicht überzeugen. Hier setzt sich die Kammer in Widerspruch zur bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die ausdrücklich § 97 StPO – und nicht nur § 148 StPO – auf Gesellschaften in beschuldigtenähnlicher Verfahrensstellung erstreckt.¹⁸ Eine Beschränkung nur auf Verteidigungsunterlagen ist dem verfassungsgerichtlichen Beschluss überzeugenderweise nicht zu entnehmen,¹⁹ differenziert doch § 97 StPO gerade nicht zwischen den Schweigeberechtigten in §§ 52, 53 Abs. 1 Nr. 1-3b StPO, weshalb sich eine Ungleichbehandlung von Verteidigungsvorbereitungen (üblicherweise bei Rechtsanwälten und Steuerberatern zu finden) und Mitteilungen sowie anderen Gegenständen sonstige Schweigeberechtigter – etwa Rechtsanwälten in ihrer beratenden Funktion (und nicht nur als Versteck von Beweismitteln)²⁰ – begründen lässt. Der zusätzliche Schutz des § 148 StPO ist allein Verteidigungsdokumenten vorbehalten, schließt aber andere Dokumente aus dem (verfassungskonform erstreckten) Anwendungsbereich des § 97 StPO auch nicht aus.

IV. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Die vorliegende Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth ruft den Regelungsbedarf in Erinnerung, der bereits durch die „Jones Day“-Entscheidungen zu Tage getreten ist: Globale Konzernstrukturen mit teils für sie selbst undurchsichtigen Verantwortlichkeiten haben ein (berechtigtes) Bedürfnis nach eigener Aufklärung von Fehlverhalten ihrer Organe, Vertreter und Beschäftigten, dem die geltende Rechtslage diametral zuwiderläuft.²¹ Dieses Bedürfnis darf jedoch keinen Freischein für reine Selbstjustiz²² unter strafprozessual geschützter Exklusion rechtsstaatlicher Verfahren ausstellen. Der Interessenswiderstreit kann nur durch den Gesetzgeber aufgelöst werden.²³ Etwa die Einführung eines Verbands-

sanktionengesetzes hätte einige der Probleme ausgeräumt, würden doch die beteiligten Gesellschaften nicht nur in einer beschuldigtenähnlichen Verfahrensstellung, sondern vielmehr in einer Beschuldigtenstellung an Strafverfahren beteiligt.²⁴

Der Schutz der notariellen Schweigepflicht kann nach hiesiger Auffassung auch ohne Tätigwerden des Gesetzgebers sichergestellt werden, erfasst man mittels § 97 StPO alle Beteiligten der notariellen Tätigkeit. Für die mehraktige Gründung eines wirtschaftlichen Vereines ist die Beteiligtenstellung jedoch nicht einfach zu entwirren, handeln etwa bei Abschluss des (gem. § 2 Abs. 1 GmbHG bzw. §§ 2, 23 Abs. 1 AktG formbedürftigen) Gesellschaftsvertrags nur die Gesellschafter bzw. Gründer, während die Vertreter der Gesellschaft erst bei der Eintragung ins Handelsregister zum Zuge kommen. Damit hängt die notarielle Schweigepflicht von zeitlichen Zufällen ab. Hier könnte der Gesetzgeber zur Schaffung von Rechtssicherheit die einheitliche Behandlung des gesamten Gründungsakts in strafprozessualer Hinsicht anordnen und die Schweigepflicht von Anfang an auf alle (sukzessive) Beteiligten der GmbH-Gründung erstrecken.

¹⁶ KG (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 21.2.2017 – Not 4/16 = BeckRS 2017, 104788 Rn. 57 mwN.

¹⁷ BeckOK Kostenrecht/Touissant § 29 GNotKG Rn. 9 ff.

¹⁸ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 = NJW 2018, 2385, 2389 Rn. 93.

¹⁹ So auch Baur, Neues zum strafprozessualen Schutz interner Ermittlungen?, NZG 2018, 1092.

²⁰ Pelz, Die Beschlagnahmefähigkeit von Unterlagen aus Internal Investigations – zugleich eine Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 27.6.2018, Az. 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, CCZ 2018, 211, 214.

²¹ Lilie-Hutz/Ihwas, Ein Ausblick auf Internal Investigations nach den VW/Jones Day-Entscheidungen, NZWiSt 2018, 349, 355; Beukelmann, Durchsuchung bei Anwälten, NJW-Spezial 2018, 504; Rieder/Menne, Internal Investigations – Rechtslage, Gestaltungsmöglichkeiten und rechtspolitischer Handlungsbedarf, CCZ 2018, 203, 210 f.; vgl. angesichts der Fremdheit des Instruments der internen Untersuchung für die kontinentale Rechtsordnung auch Trüg/Ulrich, Speicherung mandatsbezogener Unterlagen aus internal investigations auf im Ausland belegenen Servern, NZWiSt 2021, 1.

²² KK-StPO/Greven § 97 Rn. 14d; Köllner, Das Jones Day-Debakel – Kein rechtsfreier Raum für externe „interne“ Ermittler aus Großkanzleien?, NZI 2018, 833, 836.

²³ Momsen, Volkswagen, Jones Day und interne Ermittlungen, NJW 2018, 2362, 2366.

²⁴ Vgl. auch Baur/Holle, Verbandssanktionierung – Zurück auf Los?, ZRP 2022, 18, 20; krit. zum Entwurf des Verbandssanktionengesetzes aufgrund der vorgesehenen weiteren Einschränkung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO deshalb Kainer/Feinauer, Interne Ermittlungen im Referentenentwurf zum Verbandssanktionengesetz, NZA 2020, 363, 366.

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

Wichtige Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Durchsuchung und Beschlagnahme bei Dritten – §§ 97, 103 StPO

Das für die geschützten Berufe (hier: ein Notar) geltende Beschlagnahmeverbot aus § 97 StPO erfasst nur das Vertrauensverhältnis zwischen dem Zeugnisverweigerungsberechtigten und dem Mandanten, wenn dieser der Beschuldigte ist. Wird dem Beschuldigten eine Straftat im Zusammenhang mit der Vertretung einer juristischen Person vorgeworfen, dann unterliegen Beweismittel beim Berufsgeheimnisträger, der (nur) die juristische Person berät oder vertritt, nicht dem Beschlagnahmeverbot. Zeichnet sich aufgrund tatsachenbasierter Anhaltspunkte objektiv ab, dass die juristische Person als Adressatin einer Geldbuße nach § 30 OWiG oder als Einziehungsbeteiligte gemäß § 424 StPO zu beteiligen wäre, befindet sich die juristische Person in einer beschuldigtenähnlichen Verfahrensstellung und Verteidigungsunterlagen, die auf Veranlassung der und für die juristische Person vom Berufsgeheimnisträger angefertigt wurden, sind beschlagnahmefrei. Täuscht ein Urkundsbeteiligter den Notar anlässlich einer Beurkundung über Tatsachen und bewirkt er dadurch eine falsche Beurkundung im Sinne des § 271 StGB sind die Urschrift sowie Abschriften und Ausfertigungen der Urkunden gemäß § 97 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht beschlagnahmefrei. Gleiches gilt für durch den Notar gefertigte Kopien gefälschter und bei der Beurkundung vorgelegter Personaldokumente. § 97 StPO stellt nach § 160a Abs. 5 StPO eine Spezialregelung für Beschlagnahmen dar, die § 160a StPO grundsätzlich verdrängt. Die Zulässigkeit von Beschlagnahmen bei Berufsgeheimnisträgern ist danach allein an § 97 StPO zu messen. Nichtverdächtigen Betroffenen, insbesondere Berufsgeheimnisträgern, ist zumindest vor der Vollstreckung der Durchsuchung in der Regel Gelegenheit zur freiwilligen Herausgabe des sicherzustellenden Gegenstandes zu geben.

LG Nürnberg/Fürth, Beschl. v. 22.11.2024 – 18 Qs 17/24, NotBZ 2025, 39.

2. Durchsuchungsmaßnahme bei Berufsausübungsgesellschaften – § 103 StPO

Ein in einem Verfahren wegen Steuerhinterziehung (§ 370 AO) ergangener Durchsuchungsbeschluss erfüllt die gebotenen rechtsstaatlichen Mindestanforderungen nur dann, wenn nach seiner Begründung klar ist, ob und wann der Beschuldigte unrichtige Angaben gemacht hat oder ob die (wann und mit welchem Inhalt auch immer) ergangenen Steuerbescheide wegen Nichterklärung aufgrund von Schätzungen erlassen wurden. Sollten unrichtige Angaben gemacht worden sein, muss klar sein, wann was erklärt wurde und zu welcher

Steuerfestsetzung dies geführt hat. Das Steuergeheimnis (§ 30 AO) steht bei derartigen Beschlüssen einer Sachverhaltsbeschreibung nicht grundsätzlich entgegen. Steuerdaten des Beschuldigten sollen im Rahmen der Beschreibung des steuerstrafrechtlichen Vorwurfs Dritten aber nur insoweit offenbart werden, als dieses notwendig ist. Mindestens müssen aber Grund, Ziel und Zweck der Durchsuchungsmaßnahmen nachvollziehbar dargestellt sein. Haben sich Rechtsanwälte mit Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern in einer Berufsausübungsgesellschaft (§ 59b BRAO) verbunden oder umgekehrt Steuerberater und Steuerbevollmächtigte sich mit Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer sowie mit Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern zu einer Berufsausübungsgesellschaft (§ 49 StBerG) unter Nutzung gemeinsamer Räumlichkeiten zusammengeschlossen, und ist im konkreten Fall von der Durchsuchungsmaßnahme lediglich das Vertrauensverhältnis zu einem Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer betroffen, dann richtet sich diese Ermittlungsmaßnahme nicht gegen einen Rechtsanwalt und ist nicht nach § 160a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 4 StPO unzulässig.

LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 8.1.2025 – 18 Qs 27, 18 Qs 28/24, n.v. Zu der Entscheidung s. Knierim, FD-StrafR 2025, 802307.

II. Materielles Strafrecht

1. Spannungsverhältnis Ehrverletzungsdelikte – Meinungsfreiheit – § 185 ff. StGB, Art. 5 GG

Zum wiederholten Male hat das BVerfG strafgerichtliche Entscheidungen aufgehoben und die besondere Bedeutung der Meinungsfreiheit im Spannungsverhältnis zu den §§ 185 ff. StGB hervorgehoben. Die Beschwerdeführerin war ersichtlich mit den Leistungen ihres bisherigen Rechtsbeistandes unzufrieden und hatte diesem in Emails Inkompetenz und betrügerisches Verhalten vorgeworfen. AG und LG verurteilten die Angeklagte wegen Beleidigung; ihre Revision wurde durch das OLG formelhaft verworfen. Zu Unrecht: Das BVerfG verweist auf seine bisherige Rechtsprechung, nach der zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen bei der Deutung einer Äußerung gehört, dass sie unter Einbeziehung ihres Kontextes ausgelegt und ihr kein Sinn zugemessen wird, den sie objektiv nicht haben kann. Maßgeblich für die Deutung einer Äußerung ist hiernach weder die subjektive Absicht der sich Äußernden noch das subjektive Verständnis der von der Äußerung Betroffenen, sondern grundsätzlich der Sinn, den sie nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittspublikums hat. Die isolierte Betrachtung eines umstrittenen Äußerungsteils wird den Anforderungen an eine zuverlässige Sinnermittlung regelmäßig nicht gerecht. Eine Ausnahme gilt nur, wenn es sich um Äußerungen handelt, die sich als Angriff auf die Menschenwürde, Formalbeleidigung oder Schmähung darstellen. Im Kontext rechtlicher Auseinandersetzungen („Kampf um das Recht“) ist es – wie hier vom BVerfG gebilligt – insbesondere erlaubt, besonders starke und eindringliche Ausdrücke zu benutzen, um Rechtspositionen und Anliegen zu unterstreichen.

BVerfG, Beschl. v. 16.1.2025 – 1 BvR 1182/24, n.v. zu der Problematik s. etwa BVerfG, Beschl. v. 4.4.2024 – 1 BvR 820/24, NStZ-RR 2024, 168 m.w.N., BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2397/19, NStZ-RR 2020, 368, sowie BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 1 BvR 2588/20, NStZ 2022, 734 („dämlicher Staatsanwalt“).

2. Untreue bei Vorgesellschaft – § 266 StGB

Die noch fehlende Eintragung in das Handelsregister hat bei einer Vorgesellschaft zur Folge, dass bei Verstößen gegen § 266 StGB für das geschützte Vermögen und ein etwa tatbestandsausschließendes Einverständnis auf die Gründungsgesellschafter abzustellen ist. Dass sich das Vermögen, auf das der Täter zugreift, aus Spendengeld speist, führt zu keiner anderen Beurteilung. Der Untreuetatbestand ist nur dann durch das Merkmal einer gravierenden Pflichtverletzung einzuschränken, wenn es Anlass gibt, dem Handelnden – hier einem als Geschäftsführer einer Vorgesellschaft tätigen Rechtsanwalt, der sich eigenmächtig erhebliche Vergütungen auszahlt – mit Blick auf den Bereich, in dem er tätig wird, einen Ermessensspielraum zuzubilligen.

OLG Braunschweig, Beschl. v. 5.11.2024 – 1 Ws 46/24, JuS 2025, 185.

Zur Frage der gravierenden Pflichtverletzung s. bereits BGH, Urte. v. 24.7.1991 – 4 StR 258/91, StV 1992, 465. S. auch OLG Celle, Beschl. v. 23.8.2012 – 1 Ws 248, 12, wistra 2013, 37.

3. Abgrenzung Bankrott – Verletzung der Buchführungspflicht – §§ 283 Abs.1 Nr. 7, 283b Abs. 1 Nr. 3b StGB

Werden Bilanzen außerhalb der Unternehmenskrise nicht erstellt, kommt lediglich eine Strafbarkeit wegen Verletzung der Buchführungsfrist in Frage, nicht aber wegen Bankrotts. Wer bereits mehrfach als Geschäftsführer einer GmbH tätig war, kann sich nicht auf die rechtliche oder tatsächliche Unmöglichkeit einer Bilanzerstellung berufen, weil er infolge dieser Tätigkeit in der Lage ist, die Bilanzen selbst anzufertigen.

BayObLG, Beschl. v. 20.11.2024 – 206 StRR 394/24, ZRI 2025, 99.

4. Schuldnerbegünstigung – § 283d StGB

Ist der Schuldner im Fall des § 283d StGB eine GmbH, kommt es für die Einwilligung (§ 283d Abs. 1 Var. 1 StGB) ins Beiseiteschaffen auf deren Geschäftsführer und nicht auf die Gesellschafter an.

LG Nürnberg-Fürth, Urte. v. 18.10.2024 – 12 NBs 503 Js 2133/21, ZInsO 2024, 2572. Krit. hierzu Merschmoller, FD-StrafR 2024, 823637.

III. Zivilrechtliche Entscheidung mit potentieller strafrechtlicher Relevanz

1. Kreditwürdigkeitsprüfung – § 505d BGB

Die Nichtmitteilung einer rechtskräftigen mehrjährigen Haftstrafe bei Beantragung eines Darlehens stellt in der Regel einen Umstand dar, der zum Sanktionsausschluss des § 505d Abs. 3 BGB führt. In der entschiedenen Sache hatte der Betroffene unmittelbar vor Antritt einer 2 ½ jährigen Haftstrafe antragsgemäß ein Darlehen erhalten, dessen Raten er haftbedingt nicht erbringen konnte. Der Senat weist darauf hin, dass es einem Darlehensgeber nicht nur darauf ankommt, welches (Lohn-)einkommen der Darlehensnehmer in der Vergangenheit erzielt hat, sondern auch, ob dieses (auch) in Zukunft erzielt wird, um die fälligen Raten bedienen zu können. Dies sei einem Kreditaspiranten regelmäßig bewusst.

OLG Oldenburg, Beschl. v. 11.9.2024 – 8 U 78/24, BKR 2025, 177 m. zust. Anm. Koslowski.

2. Gehilfenhaftung im Zivilrecht – §§ 823 Abs. 2, 826 BGB

Die Gehilfenhaftung richtet sich auch im Zivilrecht nach strafrechtlichen Grundsätzen. Gehilfe ist, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat Hilfe leistet (§ 27 Abs. 2 StGB). Beihilfe ist danach die vorsätzliche Hilfeleistung zu einer Vorsatztat eines anderen. Objektiv muss die Beihilfehandlung für den Taterfolg nicht ursächlich gewesen sein; sie muss die tatbestandsmäßige Handlung lediglich gefördert, erleichtert oder den Täter in seinem Entschluss bestärkt haben. Gehilfenvorsatz liegt vor, wenn der Gehilfe zwar nicht alle Einzelheiten, aber dennoch die zentralen Merkmale der Haupttat sowie deren Förderung durch sein Verhalten kennt oder zumindest i.S. bedingten Vorsatzes für möglich hält und in Kauf nimmt. In subjektiver Hinsicht sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden: Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. In diesem Fall verliert sein Tun stets den „Alltagscharakter“; es ist als Solidarisierung mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ. Ob und welche Anhaltspunkte es gibt, die es als sehr oder jedenfalls überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen, dass die gesamte durch das Tun des möglichen Gehilfen geförderte Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten angelegt war, hat das Gericht einzelfallbezogen im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller für und gegen den Betroffenen sprechenden Umstände zu prüfen. Liegen mehrere Beweisanzeichen vor, genügt es nicht, diese jeweils nur einzeln ab-

zuhandeln. Denn der Beweiswert einzelner Indizien ergibt sich regelmäßig erst aus dem Zusammenhang mit anderen Hilfstatsachen, mithin im Rahmen einer stets vorzunehmenden Gesamtschau.

BGH, Urt. v. 7.11.2024 – III ZR 79/23, ZIP 2024, 2939.

Zur „professionellen Adäquanz“ vgl. grundlegend bereits BGH, Urt. v. 1.8.2000 – 5 StR 624/99, wistra 2000, 340. S. zu dem etwa BGH, Urt. v. 19.12.2017 – 1 StR 56/17, ZInsO 2018, 1956 m. Anm. Weyand. Zu der Problematik vgl. auch Köllner, NZI 2024, 809. S. ferner BGH, Urt. v. 11.7.2024 – III ZR 176/22, ZIP 2024, 2540, sowie BGH, Urt. v. 26.8.2021 – III ZR 189/19, NJW 2022, 705.

3. Ordnungsgeldverfahren und Übermaßverbot – § 335 HGB

In dem Ordnungsgeldverfahren gemäß § 335 HGB bleibt eine Personengesellschaft des Handelsrechts im Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren trotz einer nach Festsetzung des Ordnungsgeldes erfolgten Löschung im Handelsregister weiterhin beteiligtenfähig (§ 8 FamFG) um die Berechtigung der festgesetzten Ordnungsgelder in dem dafür vorgesehenen gerichtlichen Verfahren überprüfen zu lassen. Bei kapitalmarktorientierten Unternehmen gewähren die Höchstgrenzen gemäß § 335 Abs. 1a HGB dem Bundesamt für Justiz bei der Festsetzung von Ordnungsgeldern einen weiten Ermessensspielraum. Dieser Spielraum gilt jedoch nicht schrankenlos, sondern findet seine Grenze in dem grundgesetzlich begründeten Übermaßverbot. Das Übermaßverbot ist jedenfalls dann verletzt, wenn die in den Jahresabschlussberichten durch einen Wirtschaftsprüfer attestierte finanzielle Situation des Unternehmens nicht ansatzweise erkennen lässt, dass die festgesetzten Ordnungsgelder ohne vollständige Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz leistbar sind und damit der Schutzbereich des Art. 12 GG berührt ist. Befinden sich die für eine Ermessensentscheidung benötigten Unterlagen in Form von Jahresabschlussberichten bei Akten kann der Senat im Rechtsbeschwerdeverfahren in der Sache selbst entscheiden (§ 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG), auch wenn diese nicht Gegenstand der angefochtenen Beschwerdeentscheidung waren.

OLG Köln, Beschl. v. 4.9.2024 – I-28 Wx 4/24, BB 2024, 2414 m. zust. Anm. Lenenbach, ZWH 2024, 395.

4. Kriterien faktischer Geschäftsführung – § 64 GmbHG a.F.

Auch faktische Geschäftsführer unterliegen den Haftungsfolgen gemäß § 64 Satz 1 und 2 GmbHG a.F. in analoger Anwendung. Für die Beurteilung der Frage, ob jemand faktisch wie ein Organmitglied gehandelt und als Konsequenz seines Verhaltens sich wie ein nach dem Gesetz bestelltes Organmitglied zu verantworten hat, kommt es auf das Gesamterscheinungsbild seines Auftretens an. Es ist nicht erforderlich, dass der Handelnde die gesetzliche Geschäftsführung völlig verdrängt. Entscheidend ist, dass der Betreffende die Geschicke der Gesellschaft im Außenverhältnis maßgeblich in die Hand genommen hat und tatsächlich wie ein geschäftsführendes Organ tätig wird. Dazu reicht eine interne Einwir-

kung auf die satzungsmäßigen Geschäftsführer nicht aus, sondern es muss auch ein eigenes, nach außen hervortretendes, üblicherweise der Geschäftsführung zuzurechnendes Handeln gegeben sein.

OLG SchlH, Urt. v. 27.11.2024 – 9 U 22/24, ZIP 2024, 2948. S. zu der Problematik bereits BGH, Urt. v. 11.7.2005 – II ZR 235/03, ZInsO 2005, 878.

5. Obliegenheiten eines Scheingeschäftsführers – § 15a InsO

Die in § 15a InsO verankerte Insolvenzantragspflicht nach Eintritt der Insolvenzreife ist eine Kardinalpflicht. Zum Elementarwissen eines Geschäftsführers gehört die Vergewisserung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft sowie die eingehende Prüfung der Insolvenzreife. Der Unternehmensleiter ist zur beständigen wirtschaftlichen Selbstkontrolle verpflichtet. Tritt der Geschäftsführer lediglich als Strohmann auf, kann ihn dies insoweit nicht entlasten, da ihm dann die wissentliche Verletzung kardinaler Organisations- und Kontrollpflichten anzulasten ist. Will ein eingetragener Geschäftsführer, der seine Organtätigkeit faktisch nicht ausübt und keine Kontrollmöglichkeiten in Bezug auf die Geschäfte der Gesellschaft hat, sich haftungsbefreiend von der Gesellschaft trennen, muss er sein Amt niederlegen.

OLG Frankfurt/Main, Urt. v. 16.1. 2025 – 7 W 20/24, ZRI 2025, 143. Vgl. bereits BGH, Beschl. v. 21.5.2019 – II ZR 337/17, ZInsO 2019, 1529.

6. Insolvenzanfechtung gezahlter Geldauflagen – § 129 InsO, § 153a StPO

Auch von der Strafjustiz beschlossene Geldauflagen können insolvenzrechtlich angefochten und zurückgefordert werden. Das Land ist dabei gleichfalls für Zahlungen, die nicht der Landeskasse, sondern gemeinnützigen Einrichtungen zugutekommen, richtiger Anfechtungsgegner. Das Land ist nach Meinung des Gerichts weiter hinsichtlich der von seiner Strafjustiz beschlossenen Geldauflage einem Insolvenzgläubiger (§ 131 InsO) gleichgestellt. Den in § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO genannten Geldzahlungsverpflichtungen sind – jedenfalls im Rahmen des § 131 InsO – die von der Strafjustiz beschlossenen Geldauflagen gleichrangig. Solche Geldauflagen sind als unvollkommene Verbindlichkeiten zu qualifizieren, welche das Land als Insolvenzgläubiger „nicht zu beanspruchen“ hat (§ 131 Abs. 1 Alt. 1 InsO).

OLG Frankfurt/Main, Urt. v. 15.1.2025 – 4 U 137/23, ZIP 2025, 274. Zu der Problematik vgl. bereits Cranshaw, jurisPR-InsR 17/2008, Anm. 1

IV. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit potentieller strafrechtlicher Relevanz

Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit

Die Nichtabgabe der Vermögensauskunft rechtfertigt die Annahme, dass der GmbH-Geschäftsführer nicht nur leistungs-

unfähig, sondern auch leistungsunwillig und damit gewerberechtlich unzuverlässig ist. Denn aus einer solchen Verhaltensweise wird die Weigerung des Geschäftsführers deutlich, seinen Gläubigern und denen der von ihm vertretenen Gesellschaft den notwendigen Überblick über die jeweiligen Vermögensverhältnisse zu verschaffen. Dies ist mit der An-

nahme einer ordnungsgemäßen Gewerbeausübung nicht zu vereinbaren.

VGH München, Beschl. v. 11.6.2024 – 22 ZB 23.2014, ZInso 2024, 2633.

Dr. Kathrin Klose, Berlin

Die Reichweite des ne bis in idem-Grundsatzes im Unionsrecht – Anmerkung zur Entscheidung des EuGH C-27/22 vom 14. September 2023

Leitsätze

1. Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist dahin auszulegen, dass eine in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehene Verwaltungsgeldbuße, die von der für den Verbraucherschutz zuständigen nationalen Behörde gegen eine Gesellschaft wegen unlauterer Geschäftspraktiken verhängt wird, eine strafrechtliche Sanktion im Sinne dieser Bestimmung darstellt, obwohl sie in den nationalen Rechtsvorschriften als Verwaltungsstrafe eingestuft wird, wenn sie eine repressive Zielsetzung verfolgt und einen hohen Schweregrad aufweist.
2. Der in Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerte Grundsatz ne bis in idem ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die es erlaubt, eine gegen eine juristische Person wegen unlauterer Geschäftspraktiken verhängte Geldbuße strafrechtlicher Natur aufrechtzuerhalten, wenn diese Person wegen derselben Tat in einem anderen Mitgliedstaat strafrechtlich verurteilt worden ist, auch wenn diese Verurteilung nach dem Erlass der Entscheidung, mit der die Geldbuße verhängt wurde, erfolgt ist, aber rechtskräftig geworden ist, bevor über den gerichtlichen Rechtsbehelf gegen diese Entscheidung rechtskräftig geurteilt worden ist.
3. Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist dahin auszulegen, dass er eine Einschränkung der Anwendung des in Art. 50 der Charta verankerten Grundsatzes ne bis in idem zulässt, um eine Kumulierung von Verfahren oder Sanktionen wegen derselben Tat zu ermöglichen, sofern die in Art. 52 Abs. 1 der Charta vorgesehenen Voraussetzungen, wie sie von der Recht-

sprechung näher bestimmt wurden, erfüllt sind, nämlich erstens, dass diese Kumulierung keine übermäßige Belastung für die betreffende Person darstellt, zweitens, dass es klare und präzise Regeln gibt, anhand deren sich vorhersehen lässt, bei welchen Handlungen und Unterlassungen eine Kumulierung in Frage kommt, und drittens, dass die betreffenden Verfahren in hinreichend koordinierter Weise und in einem engen zeitlichen Zusammenhang geführt wurden.

(amtliche Leitsätze)

I. Sachverhalt

Die Entscheidung des EuGH geht zurück auf einen im Jahr 2016 in Italien geführten Rechtsstreit, in dem die italienische Wettbewerbsbehörde (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) gegen die Volkswagen AG („VW AG“) und deren italienische Vertriebsgesellschaft (Volkswagen Group Italia SpA) eine Geldbuße im Sinne von Art. 20 Abs. 2, Art. 21 Abs. 1 lit. b und Art. 23 Abs. 1 lit. d des italienischen Verbrauchergesetzbuchs in Höhe von fünf Millionen Euro wegen unlauterer Geschäftspraktiken betreffend das ab dem Jahr 2009 erfolgte Inverkehrbringen von Dieselfahrzeugen in Italien mit einer softwaregestützten Manipulation der Abgaswerte und das Bewerben der entsprechenden Fahrzeuge als emissionsarm verhängte. Die Gesellschaften legten gegen die Festsetzung dieser Geldbuße Rechtsmittel ein. Vor der Entscheidung des italienischen Gerichts verhängte nun aber die Staatsanwaltschaft Braunschweig mit Bescheid vom 13. Juni 2018 wegen einer Aufsichtspflichtverletzung nach den §§ 130, 30 OWiG eine Geldbuße gegen die VW AG in Höhe von einer Milliarde Euro, wobei ein Anteil von fünf Millionen Euro eine Geldbuße ausmachte und 995 Millionen Euro einen Abschöpfungsanteil gemäß § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG darstellten. Zur Begründung stellte die Staatsanwaltschaft Braunschweig allen voran fest, „die fehlende Aufsicht über die Entwicklung und den Einbau der Software sei eine der Ursachen gewesen, die zu weiteren Verstößen der VW AG weltweit zwischen 2007 und 2015 bei der Beantragung der Typgenehmigung, der Werbung für Fahrzeuge und deren Verkauf an Endabnehmer beigetragen hätten, insbesondere weil diese Fahrzeuge trotz des Vorhandenseins der unzulässigen Software der Öffentlichkeit als Fahrzeuge mit umweltfreundlicher Dieselschifftechnologie, das

heißt als besonders emissionsarme Fahrzeuge, präsentiert worden seien.¹ Der Bußgeldbescheid wurde noch am Tag seines Erlasses rechtskräftig, da die VW AG auf Rechtsmittel verzichtete und das Bußgeld unmittelbar bezahlte. Sodann machten die Gesellschaften vor dem italienischen Gericht (Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio) geltend, dass eine Aufrechterhaltung des anhängigen Verfahrens gegen den Grundsatz *ne bis in idem* gemäß Art. 54 SDÜ, Art. 50 GRCh verstoße. Mit Urteil vom 3. April 2019 wies dieses Gericht die Klage der Gesellschaften u. a. mit der Begründung ab, dass der Grundsatz *ne bis in idem* der Aufrechterhaltung der in der streitigen Entscheidung vorgesehenen Geldbuße nicht entgegenstehe. Hiergegen legten die Gesellschaften Rechtsmittel beim italienischen Staatsrat (Consiglio di Stato) ein, der den Sachverhalt entsprechend den Voraussetzungen des Art. 267 AEUV dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegte.

II. Allgemeines zum *ne bis in idem*-Grundsatz

Der *ne bis in idem*-Grundsatz verbietet eine erneute Verfolgung und Bestrafung eines Täters, der bereits wegen derselben Tat bestraft oder rechtskräftig freigesprochen worden ist. Im deutschen Recht ist er in Art. 103 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich verankert und betrifft insoweit allein deutsche Verfahren. Eine Verurteilung durch ein ausländisches Gericht führt in Deutschland grundsätzlich nicht zum Strafklageverbrauch, es sei denn, es existiert ein bilaterales oder multilaterales völkerrechtliches Übereinkommen, das ein Doppelbestrafungsverbot vorsieht.² In der EU bzw. im Schengen-Raum ist das Verbot der Doppelbestrafung in Art. 50 GRCh und Art. 54 SDÜ geregelt.

Nach Art. 54 SDÜ darf derjenige, der durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann. Nach Art. 50 GRCh darf niemand wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden. Die beiden Vorschriften gelten grundsätzlich nebeneinander in den Vertragsstaaten.³ Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh beschränkt die Anwendung des Art. 50 GRCh dabei zwar auf die Mitgliedsstaaten der EU, soweit sie Unionsrecht durchführen. Dies bejaht der EuGH jedoch bereits, wenn ein Fall in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt.⁴

III. Bewertung der wesentlichen Eckpunkte der Entscheidung

1. Anwendbarkeit des Art. 50 GRCh auf juristische Personen

Zunächst sollte nicht untergehen, dass der EuGH in dieser Entscheidung erstmals – wenn auch nicht explizit – Stellung zur Anwendung des Art. 50 GRCh auf juristische Personen nimmt.⁵ Dies ergibt sich zum einen daraus, dass er diesen ohne weitere Erläuterung auf den hiesigen Sachverhalt, in dem Sanktionsadressaten zwei juristische Personen waren, anwendet.⁶ Zum anderen ergibt sich dies aus der insofern im Verhältnis zu Art. 54 SDÜ vorgenommenen Differenzierung. Dessen Anwendbarkeit auf den hiesigen Sachverhalt lehnt der EuGH nämlich ausdrücklich mit der Begründung ab, dass dieser es bezwecke, einem Betroffenen zu garantieren, dass er sich, wenn er in einem Mitgliedstaat verurteilt worden ist und die Strafe verbüßt hat oder gegebenenfalls endgültig freigesprochen worden ist, im Schengen-Gebiet bewegen kann, ohne befürchten zu müssen, dass er in einem anderen Mitgliedstaat wegen derselben Tat verfolgt wird, was im Ausgangsverfahren nicht infrage stehe, da es um zwei (in Deutschland bzw. Italien ansässige) Unternehmen gehe.⁷ Ob Art. 54 SDÜ – anders als Art. 50 GRCh – tatsächlich (nur) die Fortbewegungsfreiheit im wörtlichen Sinne schützt und damit nur natürliche Personen Anwendung findet, ist allerdings sehr zweifelhaft.⁸

¹ EuGH NJW 2024, 33 (34) Rn. 21.

² Siehe hier nur BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg, 61. Ed. 1.5.2024, § 51 Rn. 10.

³ Nach wohl herrschender Meinung und Auffassung des EuGH ist das Vollstreckungserfordernis des Art. 54 SDÜ eine zulässige einfach-gesetzliche Konkretisierung von Art. 50 GRCh und deshalb auch in dessen Rahmen zu berücksichtigen, vgl. EuGH NJW 2014, 3007 (3008) – Spasic, Rn. 54 ff. Siehe zum Meinungsstand zudem BeckOK GG/Radtke, 58. Ed. 15.8.2023, Art. 103 Rn. 50.2 m.w.N.

⁴ EuGH NJW 2013, 1415 – Åkerberg Fransson, Rn. 19. Da im SDÜ eine vergleichbare Regelung nicht existiert, ist allgemein anerkannt, dass Art. 54 SDÜ auch bei allein durch nationales Recht geregelten Sachverhalten zur Anwendung kommt, siehe Krause, NStZ 2025, 9 (10).

⁵ In materieller Sicht sei Art. 50 GRCh hier anwendbar, da im vorliegenden Fall aus den Erläuterungen des vorlegenden Gerichts hervorgehe, dass die streitige Entscheidung auf der Grundlage der italienischen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29 erlassen worden sei und somit eine Durchführung des Rechts der Union im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta darstelle (EuGH NJW 2024, 33, juris Rn. 37).

⁶ EuGH NJW 2024, 33 (34) Rn. 43 ff.

⁷ EuGH NJW 2024, 33 (37) Rn. 82.

⁸ Siehe dagegen überzeugend Krause, NStZ 2025, 9 (10f.), der keine ernsthaften Zweifel daran hat, dass Art. 54 SDÜ auch auf juristische Personen Anwendung findet, da eine Einschränkung auf natürliche Personen weder dem Wortlaut („wer“) noch dem telos in Gestalt der Gewährleistung der Grundfreiheiten – auf die sich auch juristische Personen berufen können – sowie von Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit entnommen werden könne.

2. Unternehmensgeldbuße als strafrechtlichen Sanktion im Sinne des Art. 50 GRCh

Art. 50 GRCh besagt, dass jemand wegen einer bereits verfolgten Straftat nicht erneut in einem Strafverfahren verfolgt werden darf. Grundlage der Entscheidung war jedoch eine Sanktion nach Art. 20 Abs. 2, Art. 21 Abs. 1 lit. b und Art. 23 Abs. 1 lit. d des italienischen Verbrauchergesetzbuchs, bei der es sich nach italienischem Recht um eine verwaltungsrechtliche Geldbuße handelt. Da die Sanktionsverfahren in den Mitgliedsstaaten nicht vereinheitlicht wurden, mithin nationale Unterschiede bestehen, hat sich in der Rechtsprechung eine autonom unionsrechtliche Beurteilung des Begriffs der „strafrechtlichen Sanktion“ etabliert.⁹ Nach den hierfür herangezogenen vom EGMR in seiner sog. Engel-Entscheidung entwickelten Kriterien¹⁰ ist maßgeblich

- die rechtliche Einordnung der Zuwiderhandlung im nationalen Recht,
- die Art der Zuwiderhandlung, wobei entscheidend sei, ob mit der fraglichen Sanktion zumindest auch repressive Zielsetzungen verfolgt werden oder ob lediglich ein entstandener Schaden ausgeglichen werden soll,
- der Schweregrad der drohenden Sanktion, wobei es auf die vorgesehene Höchststrafe ankomme.

Der EuGH wies in seiner Entscheidung darauf hin, dass es stets Sache des vorlegenden Gerichts sei, anhand der genannten Kriterien zu beurteilen, ob die im Ausgangsverfahren fraglichen Sanktionen solche im Sinne des Art. 50 GRCh sind¹¹, machte jedoch einige Klarstellungen zur weiteren Auslegung.

Zum einen wird deutlich, dass die genannten Kriterien keinesfalls kumulativ vorliegen müssen. Denn obgleich es sich bei der hier maßgeblichen Sanktionsnorm nach italienischem Recht um eine verwaltungsrechtliche Geldbuße handelt, ordnete der EuGH diese unter Heranziehung des zweiten und dritten Engel-Kriteriums als Sanktion strafrechtlicher Natur im Sinne des Art. 50 GRCh ein. Die maßgebliche italienische Sanktionsnorm sei (zumindest auch) repressiv, was insbesondere daher rühre, dass die Geldbuße je nach Schwere und Dauer des fraglichen Verstoßes variere, zusätzlich aber auch durch die Festlegung eines Mindest- und Höchstbetrages der Geldbuße indiziert werde.¹² Letzteres verdeutlicht, dass telos der italienischen Sanktionsnorm – entgegen dem Vortrag der italienischen Regierung – gerade nicht (allein) die Entziehung des ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteils sein kann. Denn so wäre einerseits eine Begrenzung des „entziehbaren Vorteils“ nach oben hin zweckwidrig für diesen Betrag überschreitende erlangte Wettbewerbsvorteile, andererseits wäre auch die Festlegung eines Mindestbetrages sinnlos, da der erlangte Wettbewerbsvorteil selbstverständlich auch unter 50.000,00 Euro liegen kann.¹³ Auf Grundlage dieser Auslegung seitens des EuGH bleibt jedoch auch infolge die-

ser Entscheidung offen, ob Maßnahmen der Vermögensabschöpfung eine strafrechtliche Sanktion im Sinne des Art. 50 GRCh darstellen können.¹⁴

Auch die Anwendung des dritten Kriteriums führt nach Auffassung des EuGH zu einer Einordnung der italienischen Sanktionsnorm als strafrechtlich im Sinne des Art. 50 GRCh, da die vorgesehene Höchststrafe von fünf Millionen Euro einen hohen Schweregrad habe.¹⁵

3. Zur Voraussetzung „bis“

Eine weitere Klarstellung macht der EuGH zum Merkmal des „bis“.¹⁶ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung von Erst- und Zweitsanktion sei derjenige der Rechtskraft.¹⁷ Zudem müsse die nach diesem Maßstab zu bestimmende Entscheidung infolge einer Prüfung in der Sache ergangen sein.¹⁸

Damit war es im hiesigen Fall unerheblich, dass die Entscheidung der Staatsanwaltschaft Braunschweig erst gut zwei Jahre nach der Entscheidung der italienischen Wettbewerbsbehörde erging, da erstere eine Entscheidung in der Sache darstellte, die rechtskräftig wurde, bevor über den gerichtlichen Rechtsbehelf gegen die italienische Sachentscheidung rechtskräftig entschieden wurde. Auf die Art und Weise, wie die in der Sache ergangene Entscheidung rechtskräftig geworden ist (hier: Verzicht auf Rechtsmittel und unmittelbare Begleichung der Geldbuße im Gegensatz zum Durchlaufen des Instanzenzugs oder Verstreichenlassen der Rechtsmittelfristen), komme es nicht an.¹⁹ Dies eröffnet in der Praxis einen nicht zu unterschätzenden Gestaltungsspielraum für die Verteidigung²⁰, die durch Einlegung bzw. Verzicht auf Rechtsmittel die Einordnung als Erst- oder Zweitsanktion zu einem gewissen Grad beeinflussen und dann ggf. gegen die für sie unliebsamere Zweitsanktion Art. 50 GRCh einwenden kann.²¹

⁹ So auch Krause, NStZ 2025, 9 (11) m.w.N.

¹⁰ EGMR, Urt. v. 8.6.1976 – 5100/71 (Engel u.a. v. Niederlande), Rn. 80 ff. = EuGRZ 1976, 221 (231).

¹¹ EuGH NJW 2024, 33 (35) Rn. 46.

¹² Vgl. EuGH NJW 2024, 33 (35) Rn. 52.

¹³ EuGH NJW 2024, 33 (35) Rn. 51 f.; dieser Analyse des EuGH zustimmend Krause, NStZ 2025, 9 (15).

¹⁴ So auch Schomburg/Schauf, NStZ-RR 2024, 31; zum diesbezüglichen Meinungsstand Krause, NStZ 2025, 9 (11).

¹⁵ EuGH NJW 2024, 33 (35) Rn. 54.

¹⁶ Das Merkmal „bis“ meint eine frühere „endgültige“ – genauer: rechtskräftige i.S.d. Art. 50 EuGRCh Entscheidung, was neben der formellen Rechts- oder auch Bestandskraft allerdings auch ein Ergehen der Entscheidung nach Prüfung in der Sache voraussetzt.

¹⁷ EuGH NJW 2024, 33 (36) Rn. 59.

¹⁸ EuGH NJW 2024, 33 (36) Rn. 58.

¹⁹ EuGH NJW 2024, 33 (36) Rn. 61.

²⁰ Krause, NStZ 2025, 9 (19).

²¹ Vgl. auch Schomburg/Schauf, NStZ-RR 2024, 31.

4. Zur Voraussetzung „idem“

Während der EuGH zu den bisher angesprochenen Punkten mehr Klarheit bezüglich zuvor nicht ausdrücklich entschiedener Aspekte des ne bis in idem-Grundsatzes im Unionsrecht brachte, verlieren seine Ausführungen an Trennschärfe, wenn es um die Voraussetzungen des Merkmals „idem“ geht.

a) Personelle Identität

Das Verbot der Doppelbestrafung kommt nur dann zur Anwendung, wenn der zugrunde liegende Sachverhalt identisch ist. In personeller Hinsicht setzt dies voraus, dass sich die Sanktion gegen dieselbe Person richtet. Während dieses Kriterium bei natürlichen Personen offensichtlich erfüllt oder nicht erfüllt ist, kann dies bei Sachverhalten mit Unternehmensbezug – je nach Auswahl des Bußgeldadressaten – komplexer sein.

In der hiesigen Entscheidung war der Sachverhalt insoweit noch verhältnismäßig einfach gelagert. Denn da sowohl die deutsche als auch die italienische Bußgeldentscheidung gegen die VW AG gerichtet waren, entschied der EuGH, dass Personenidentität vorliege, woran auch nichts ändere, dass Adressat der italienischen Entscheidung zusätzlich die ausländische Vertriebsgesellschaft war.²² Diese Auffassung des EuGH ist zu befürworten, denn würde man bereits in dieser Konstellation der teilweisen Überschneidung des Bußgeldadressaten die subjektive Identität des Betroffenen verneinen, dürfte dies im Widerspruch zur effektiven Verwirklichung des *effet utile* stehen.²³

Offen bleibt, ob der EuGH die subjektive Identität des Betroffenen anders beurteilt hätte, wenn das italienische Verfahren ausschließlich gegen die ausländische Vertriebsgesellschaft gerichtet gewesen wäre. Entscheidend ist, ob diese Voraussetzung streng an die rechtliche Identität des Betroffenen anknüpft oder ob die Eingliederung der Adressaten in eine Konzernstruktur ausreicht.²⁴ Im Bereich des Kartellordnungswidrigkeitenrechts, der Verbandsgeldbuße nach §§ 130, 30 OWiG und der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung tendieren neuere Ansätze in der Rechtsprechung und Literatur dazu, Konzernobergesellschaft und Tochtergesellschaft als einheitliches Unternehmen (organisatorische Einheit) mit der Konzernobergesellschaft als dessen Inhaberin anzusehen, wenn die Konzernobergesellschaft tatsächlich derart herrschenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft nimmt, dass diese in ihrer Entscheidungsfindung faktisch nicht mehr als autonom angesehen werden kann.²⁵ Es spricht vieles dafür, diese Grundsätze auch auf die Beurteilung der Identität des Adressaten im Rahmen des „idem“-Kriteriums zu übertragen. Dies ermöglicht eine Anwendung des ne bis in idem-Grundsatzes auch bei Adressierung zweier rechtlich selbstständiger Unternehmen, ohne dabei lediglich auf das weitaus unschärfere Kriterium der wirtschaftlichen Identität abzustellen. Nach diesem Ansatz wäre die subjektive Identität ebenfalls zu bejahen, wenn die italienische Entscheidung

ausschließlich gegen die italienische Vertriebsgesellschaft und die deutsche Entscheidung ausschließlich gegen die VW AG gerichtet gewesen wäre, soweit diese bei Zugrundelegung der faktisch-herrschaftsbezogenen Betrachtungsweise eine organisatorische Einheit und mithin ein einheitliches Unternehmen darstellen.

b) Sachliche Identität

Darüber hinaus setzt die Anwendung des Doppelbestrafungsverbots die Identität der materiellen Tat im Sinne der Identität der Tatsachenbasis voraus. Unter dem „idem factum“ versteht der EuGH im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung die Gesamtheit konkreter zeitlich sowie räumlich untrennbar miteinander verbundener Umstände, die zu Freispruch oder rechtskräftiger Verurteilung des Betroffenen geführt haben²⁶, ohne dass es daneben auf die rechtliche Einordnung der Tat in den jeweiligen Rechtsordnungen oder das geschützte Rechtsgut ankomme²⁷. Erforderlich sei, dass die Taten, auf die sich die beiden infrage stehenden Verfahren bzw. Sanktionen beziehen, identisch sind; eine bloße Ähnlichkeit der Sachverhalte genüge nicht.²⁸

Der EuGH weist wiederum darauf hin, dass es letztlich Sache des vorlegenden Gerichts sei, dies im konkreten Fall zu beurteilen, und macht sodann vier Anmerkungen als klarstellende Richtschnur für die Auslegung des Unionsrechts²⁹, wobei allerdings nicht in jedem Fall klar wird, ob er diese als Indiz für oder gegen das Vorliegen eines identischen Sachverhalts wertet.³⁰

Erstens weist der EuGH darauf hin, dass die von der deutschen Entscheidung erfasste Nachlässigkeit bei der Aufsicht über die Tätigkeiten einer in Deutschland ansässigen Organisation ein Verhalten sei, das sich vom Inverkehrbringen von Fahrzeugen mit unzulässiger Abschalteinrichtung in Italien, und von der Verbreitung irreführender Werbung in diesem Mitgliedstaat unterscheide.³¹ Während dies als Argu-

²² EuGH NJW 2024, 33 (36) Rn. 65.

²³ Krause, NStZ 2025, 9 (15).

²⁴ Insofern die Frage aufwerfend, ob neben der rechtlichen auch die wirtschaftliche Identität ausreichen kann, Krause, NStZ 2025, 9 (12, 15) m.w.N. zum diesbezüglichen Meinungsstand. Kritisch unter Hervorhebung des Rechtsträgerprinzips Meyer, JZ 2024, 242 (249).

²⁵ Ausführlich zum diesbezüglichen Meinungsstand Klose, Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung im Konzern, 2025, S. 334 ff.

²⁶ EuGH NJW 2024, 33 (36) Rn. 66; siehe im Übrigen nur EuGH NZKart 2022, 200 (201) – Nordzucker Rn. 38.

²⁷ EuGH NJW 2024, 33 (36) Rn. 67; siehe im Übrigen nur EuGH NZKart 2022, 200 (201) – Nordzucker Rn. 38.

²⁸ EuGH NJW 2024, 33 (36) Rn. 70.

²⁹ EuGH NJW 2024, 33 (36) Rn. 71.

³⁰ Kritisch zur Einordnung der Hinweise des EuGH mit umfassenden Ausführungen zu den einzelnen Anmerkungen und zur Identität der Tatsachenbasis im konkreten Fall Krause, NStZ 2025, 9 (16 f.) sowie Wegner, NStZ 2023, 401 (403); vgl. zudem v. Graevenitz, EuZW 2023, 1045 (1052); Meyer, JZ 2024, 242 (246 ff.).

³¹ EuGH NJW 2024, 33 (36) Rn. 74.

ment gegen das Vorliegen eines „idem factum“ zu verstehen sein dürfte, scheint der EuGH in seinem dritten Hinweis ein Argument für das Vorliegen eines identischen Sachverhalts zu liefern.³² Denn darin führt er aus, dass aus der deutschen Entscheidung hervorgehe, dass der Verkauf der betroffenen Fahrzeuge in anderen Mitgliedstaaten (einschließlich Italien) von der deutschen Staatsanwaltschaft bei der Berechnung des Betrags zur Vermögensabschöpfung in Höhe von 995 Millionen Euro berücksichtigt worden sei.³³

Von allgemeiner Bedeutung scheint die zweite Anmerkung, wonach, soweit die deutsche Entscheidung das Inverkehrbringen von Fahrzeugen mit einer solchen unzulässigen Abschaltanlage, einschließlich in Italien, sowie die Verbreitung unrichtiger Werbung in Bezug auf den Verkauf dieser Fahrzeuge betrifft, klarzustellen sei, dass die bloße Tatsache, dass eine Behörde eines Mitgliedstaats in einer Entscheidung einen tatsächlichen Umstand erwähne, der sich auf das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats bezieht, nicht für die Annahme ausreichen könne, dass dieser tatsächliche Umstand der Grund für die Verfolgungsmaßnahmen sei oder von dieser Behörde als einer der Umstände angesehen worden sei, die diesen Verstoß tatbestandlich begründen.³⁴ Stattdessen sei es notwendig zu prüfen, ob die erste nationale Entscheidung auf einen tatsächlichen Umstand auch in der Tat eingegangen sei, „um den Verstoß sowie die Verantwortlichkeit des Beschuldigten [...] festzustellen“³⁵. Das bedeutet, dass nur solche Umstände Teil des identischen Gesamtsachverhalts sind, die für die konkrete Ahndung von Bedeutung sind, nicht hingegen bloßes Randgeschehen ohne direkten Bezug zur Begründung der Sanktionierung.³⁶

Was auch diese Anmerkung des EuGH völlig vermissen lässt, und dies trotz erstmaliger Befassung mit einem entsprechenden Sachverhalt, ist eine Bezugnahme auf die Besonderheiten bei der Bestimmung des „idem factum“ bei Sachverhalten mit Unternehmensbezug, bei denen sich der relevante Tatsachenstoff gerade nicht einfach durch eine natürliche Betrachtungsweise erfassen lässt.³⁷ Erforderlich ist es, in jedem konkreten Einzelfall zu ermitteln, welche tatsächlichen Umstände in die Sachprüfung der Erstentscheidung einbezogen wurden.³⁸ Mit Blick auf die Vorgabe des EuGH, dass in der Erstentscheidung zu den diese weiteren Zuwiderhandlungen betreffenden tatsächlichen Umständen in der Tat ausgeführt werden muss, spricht bei komplexen internationalen Sachverhalten mit Unternehmensbezug vieles dafür, nicht allzu hohe Anforderungen an den Prüfungsumfang zu stellen.³⁹ Denn würde man das Eingehen in der Tat dahingehend verstehen wollen, dass die deutsche Staatsanwaltschaft den Sachverhalt für jeden der betroffenen Staaten in allen erdenklichen Einzelheiten gesondert hätte prüfen müssen, würde dies nationale Behörden und Gerichte aufgrund der Komplexität derartiger Fälle und dem damit verbundenen unüberschaubaren Prüfungsaufwand wohl häufig faktisch dazu zwingen, den zu prüfenden Sachverhalt ausschließlich auf ihr jeweiliges Hoheitsgebiet zu beschränken und so die Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität bei gleichzeitiger Beibehaltung der Bedeutung des Doppelbestrafungsverbots eindämmen.⁴⁰

Obgleich die einleitenden Worte des EuGH zu diesem Hinweis suggerieren könnten, dass er hier von einer diesem Maßstab nicht genügenden bloßen Erwähnung des italienischen Sachverhalts ausgeht, legt er sich insofern gemäß seinem Hinweis, lediglich eine Richtschnur für die Auslegung zu geben, nicht fest und lässt mithin an dieser Stelle entscheidenden Spielraum für die Bewertung des Sachverhalts durch die italienischen Gerichte.

Im vierten Auslegungshinweis weist der EuGH schließlich darauf hin, dass seitens der Staatsanwaltschaft Braunschweig in der deutschen Entscheidung ausdrücklich ausgeführt wurde, dass der im deutschen Grundgesetz verankerte ne bis in idem-Grundsatz der Verhängung weiterer strafrechtlicher Sanktionen gegen den Volkswagen-Konzern in Deutschland in Bezug auf die fragliche Abschaltanlage und deren Verwendung entgegenstehe.⁴¹ Nach Ansicht der Staatsanwaltschaft handele es sich nämlich bei dem Sachverhalt, der von der deutschen Entscheidung erfasst werde und demjenigen, auf den sich die streitige Entscheidung beziehe, um denselben Sachverhalt im Sinne der EuGH-Rechtsprechung, da der Einbau der Abschaltanlage, die Erteilung der Typgenehmigung sowie die Werbung für die betreffenden Fahrzeuge und deren Verkauf eine Gesamtheit konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände darstellen würden.⁴² Unverständlich ist, ob der EuGH insofern davon ausgeht, dass die rechtliche Einordnung des Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft Braunschweig auch von Bedeutung für die Bestimmung des „idem factum“ im Rahmen des Art. 50 GRCh sein soll.⁴³ Dem dürfte entgegenstehen, dass die Beurteilung eines Sachverhalts als identisch nicht bindend von der Bewertung einer der zwei Sanktionsbehörden abhängen kann.⁴⁴

³² So auch Wegner, NStZ 2023, 401 (403); Krause, NStZ 2025, 9 (16 f.), der die vom EuGH dargelegte Betrachtung im Rahmen der ersten Anmerkung jedoch als verkürzt einordnet.

³³ EuGH NJW 2024, 33 (36) Rn. 72.

³⁴ EuGH NJW 2024, 33 (37) Rn. 73.

³⁵ EuGH NJW 2024, 33 (37) Rn. 73.

³⁶ So Krause, NStZ 2025, 9 (16); vgl. auch Meyer, JZ 2024, 242 (246).

³⁷ Vgl. auch Meyer, JZ 2024, 242 (244, 246).

³⁸ Ausführliche Kriterien zur Bestimmung des „idem factum“ konkret für die Aufsichtspflichtverletzung im Sinne des § 130 OWiG gibt Wegner, NZWiSt 2023, 401 (407): Erfassung typengleicher Zuwiderhandlungen.

³⁹ So auch Krause, NStZ 2025, 9 (16 f.).

⁴⁰ Vgl. auch Krause, NStZ 2025, 9 (16 f.).

⁴¹ EuGH NJW 2024, 33 (36) Rn. 75.

⁴² EuGH NJW 2024, 33 (36) Rn. 75.

⁴³ Ausführlich zu den diesbezüglichen sprachlichen wie inhaltlichen Unklarheiten auch Wegner, NZWiSt 2023, 401 (403). Dagegen versteht Krause diesen Hinweis lediglich dahingehend, dass ein transnationales ne bis in idem vor dem Hintergrund des Ziels der Verwirklichung der Grundfreiheiten nur dann Geltung beanspruchen könne, wenn bereits auf der Ebene des nationalen Rechts des Erstverfolgerstaates eine weitere Verfolgung bzw. Sanktionierung infolge der konkret in Rede stehenden Entscheidung ausgeschlossen sei (Krause, NStZ 2025, 9 (17)).

⁴⁴ In die Richtung auch Wegner, NZWiSt 2023, 401 (403 f.).

5. Ausnahmen vom Doppelbestrafungsverbot

Anders als im deutschen Recht⁴⁵ sind im Unionsrecht unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen vom ne bis in idem-Grundsatz möglich. Denn auf der Grundlage von Art. 52 Abs. 1 GRCh ist eine Einschränkung der in der Grundrechte-Charta niedergelegten Rechte und Freiheiten zulässig, wenn deren Wesensgehalt geachtet wird und dies verhältnismäßig ist.

In seiner Entscheidung hat der EuGH nunmehr klargestellt, dass die von ihm für innerstaatliche Sachverhalte zur Verhältnismäßigkeit entwickelten Kriterien⁴⁶ gleichermaßen maßgeblich für transnationale Sachverhalte sind. Vor diesem Hintergrund ist nach der Rechtsprechung des EuGH eine Kumulierung von Sanktionen möglich, wenn die Zwecke der in Rede stehenden Sanktionsnormen nicht deckungsgleich, sondern zueinander komplementär sind, d.h. in zusammenhängender Weise verschiedene Aspekte desselben rechtswidrigen Verhaltens betreffen.⁴⁷ Eine Einschränkung des ne bis in idem-Grundsatzes ist mithin verhältnismäßig, wenn (1) die Kumulierung keine übermäßige Belastung für die betreffende Person darstellt⁴⁸, (2) es klare und präzise Regeln gibt, anhand derer sich vorhersehen lässt, bei welchen Handlungen und Unterlassungen eine Kumulierung möglich ist⁴⁹ und (3) die betreffenden Verfahren in hinreichend koordinierter Weise und in einem engen zeitlichen Zusammenhang geführt werden⁵⁰.

Mit Blick auf die Ausführungen des EuGH zu den einzelnen Voraussetzungen ist jedoch zweifelhaft, wie viel Bedeutung den ersten beiden Kriterien beizumessen ist.⁵¹ Hinsichtlich der ersten Voraussetzung stellt der EuGH fest, die Kumulierung der Geldbußen stelle keine übermäßige Belastung dar, weil die in Italien verhängte Sanktion lediglich 0,5 % des in Deutschland verhängten Bußgeldes betrage.⁵² Dass es sich bei der italienischen Sanktion um den dort höchstmöglichen Betrag handele, sei ohne Bedeutung.⁵³ Insofern scheint der EuGH zur Beurteilung der übermäßigen Belastung einzig auf das Verhältnis zwischen den jeweiligen Bußgeldbeträgen und die sofortige Zahlungsbereitschaft der VW AG in Bezug auf den höheren Betrag abzustellen.⁵⁴ Entgegen der Auffassung des EuGH ist jedoch sehr zweifelhaft, ob der Umstand, dass sich auf den gesetzlichen Höchstbetrag belaufende Bußgelder verhängt wurden, tatsächlich ohne Bedeutung für die Beurteilung der Belastung ist.⁵⁵ Denn die Betrachtung des EuGH lässt letztlich auch außer Acht, dass die Höhe der Bußgelder je nach Jurisdiktion erheblich variieren können.⁵⁶ Vorzugswürdig wäre es daher, nicht die jeweiligen Sanktionen miteinander zu vergleichen, sondern die kumulierte Sanktion ins Verhältnis zur sanktionierten Tat zu setzen.⁵⁷

Obgleich die Existenz von „klaren und präzisen Regeln“ zur Vorhersehbarkeit der Kumulierung von Sanktionen auch für transnationale Sachverhalte maßgeblich sein soll, scheint der EuGH die Bedeutung dieses Kriteriums abzuschwächen,

wenn er es für ausreichend erachtet, dass die VW AG hätte vorhersehen können, dass das Verhalten in mindestens zwei Mitgliedstaaten zu Verfahren führen konnte.⁵⁸ Bei strenger Anwendung dieses Kriteriums würde eine Sanktionskumulierung schon an diesem scheitern, da Normen, die die Kumulierung von Sanktionen zulassen, im Verhältnis zwischen Italien und Deutschland nicht existieren.⁵⁹ Denn für klare und präzise Regelungen bezüglich einer Kumulierung von Sanktionen kann es nicht ausreichen, wenn die Sanktionsvoraussetzungen gesetzlich normiert sind – was nach dem Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 49 GRCh selbstverständlich ist.⁶⁰

Einzig von Bedeutung scheint für den EuGH mithin das dritte Kriterium, dass die Zulässigkeit der Kumulierung der Sanktionen von einer hinreichenden Koordinierung der nationalen Verfahren abhängig macht. Im konkreten Fall stellte der EuGH dazu fest, dass eine Koordinierung zwischen den beiden Verfolgungsbehörden nicht stattgefunden habe, da die italienische Behörde an einem Koordinierungsversuch der Staatsanwaltschaft Braunschweig über die Agentur der Europäischen Union für justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Eurojust) nicht mitgewirkt habe.⁶¹ Praktisch dürfte das Koordinationserfordernis allerdings einige Schwierigkeiten mit sich bringen. Dies gilt zum einen in Bezug auf die Bestimmung verlässlicher Kriterien, in welcher Intensität und Qualität eine Verfahrenskoordinierung erfolgen muss, um

⁴⁵ Die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens stellt eine Durchbrechung des ne bis in idem-Grundsatzes dar, ist jedoch zu Lasten des Angeklagten in Deutschland nur in den engen Grenzen des § 362 StPO möglich.

⁴⁶ Dazu zuletzt etwa EuGH BeckRS 2023, 24050 – Vinal; EuGH BeckRS 2022, 5011 – bpost; EuGH BeckRS 2018, 6055 – Menci.

⁴⁷ Siehe hier nur EuGH BeckRS 2018, 6055 – Menci, Rn. 44.

⁴⁸ EuGH NJW 2024, 33 (38) Rn. 94, 96.

⁴⁹ EuGH NJW 2024, 33 (38) Rn. 95 f.

⁵⁰ EuGH NJW 2024, 33 (38) Rn. 95 f.

⁵¹ Ähnlich Wegner, NZWiSt 2023, 401 (408).

⁵² EuGH NJW 2024, 33 (38) Rn. 97.

⁵³ EuGH NJW 2024, 33 (39) Rn. 97.

⁵⁴ EuGH NJW 2024, 33 (38 f.) Rn. 97: „Angesichts dessen, dass die VWAG die Geldbuße iHv 1 Mrd. EUR akzeptiert hat, ist nicht ersichtlich, dass die mit der streitigen Entscheidung verhängte Geldbuße, deren Betrag nur 0,5 % der in der deutschen Entscheidung festgesetzten Geldbuße entspricht, dazu geführt hätte, dass die Kumulierung dieser Sanktionen eine übermäßige Belastung für diese Gesellschaft darstellt.“

⁵⁵ So hebt Krause, NStZ 2025, 9 (18) hervor, dass die doppelte Verhängung eines sich auf den gesetzlichen Höchstbetrag belaufenden Bußgeldes bereits für sich genommen eine erhebliche Belastung darstellt; siehe zudem v. Graevenitz, EuZW 2023, 1045 (1052).

⁵⁶ Krause, NStZ 2025, 9 (18).

⁵⁷ In die Richtung auch Wegner, NZWiSt 2023, 401 (408).

⁵⁸ EuGH NJW 2024, 33 (39) Rn. 98.

⁵⁹ Krause, NStZ 2025, 9 (18); kritisch insofern auch Meyer, JZ 2024, 242 (150).

⁶⁰ Wegner, NZWiSt 2023, 401 (408); a.A. wohl Schomburg/Schauf, NStZ-RR 2024, 31 (32).

⁶¹ EuGH NJW 2024, 33 (39) Rn. 99 ff.

die Kumulierung von Sanktionen zu rechtfertigen.⁶² Zum anderen gilt dies auch konkret für den Beschuldigten, der sich künftig auf Art. 50 GRCh berufen will, für den es aber in der Regel faktisch nicht möglich sein wird, das für ihn nicht einsehbare Kommunikationsverhältnis zwischen den beteiligten staatlichen Stellen aufzuklären und darzulegen.⁶³

IV. Fazit

Es bleibt festzuhalten, dass die Entscheidung des EuGH mehr Klarheit bezüglich der Anwendbarkeit von Art. 50 GRCh auf juristische Personen und die Kriterien zur Einordnung von Verwaltungsgeldbußen als strafrechtliche Sanktionen im Sinne des Unionsrechts gebracht hat. Das stärkt den Grundsatz des Doppelbestrafungsverbots gerade in Bereichen, in denen – wie z. B. im Kartellrecht, aber auch im Ordnungswidrigkeitenrecht – häufig mit Verwaltungsgeldbußen gearbeitet wird.

In Bezug auf die zentralen Punkte, wann denn ein transnationaler Sachverhalt mit Unternehmensbezug nun identisch ist und unter welchen Voraussetzungen eine Einschränkung des Kumulierungsverbots über Art. 52 GRCh auch bei transnationalen Sachverhalten möglich sein soll, führen die Ausführungen des EuGH dagegen eher zu Verwirrung, jedenfalls aber nicht zu mehr Rechtssicherheit. Die erhoffte Stärkung des effektiven Schutzes vor Mehrfachverfolgung bleibt daher aus.

⁶² Krause, NStZ 2025, 9 (18); vgl. auch Wegner, NZWiSt 2023, 401 (408).

⁶³ Kritisch insofern auch Wegner, NZWiSt 2023, 401 (408); Krause, NStZ 2025, 9 (18 f.); vgl. zudem Schomburg/Schauf, NStZ-RR 2024, 31 (33).

VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Sebastian Wolf, Münster

Tagungsbericht: WisteV-wistra Neujahrstagung 2025

„Wann endet dieses Verfahren?“ –
Ursachen und Handhabung von Umfangs-
verfahren im Wirtschaftsstrafrecht

17.01.–18.01.2025, Frankfurt am Main

I. Einführung

Die 16. WisteV-wistra-Neujahrstagung zu aktuellen wirtschafts- und steuerstrafrechtlichen Fragestellungen hatte sich zum Ziel gesetzt, die Handhabung von Umfangsverfahren im Wirtschaftsstrafrecht zu beleuchten. Rund 200 Teilnehmer kamen am 17. und 18. Januar 2025 in Frankfurt zusammen, um sich über aktuelle Entwicklungen auszutauschen. Die Referenten beleuchteten die verschiedenen Verfahrensstadien aus unterschiedlichen Perspektiven – von der Ermittlungsphase aus Sicht der Staatsanwaltschaft bis zur Prozessführung in der Hauptverhandlung. Dabei lag stets der Schwerpunkt der Vorträge auf der kritischen Frage, inwiefern

Umfangsverfahren zum Wohle aller Verfahrensbeteiligten optimiert werden könnten.

RA Dr. Thomas Nuzinger, Mannheim eröffnete die Veranstaltung mit einer kritischen Reflexion über die Definition von Umfangsverfahren. Eine einheitliche Begriffsbestimmung existiere nicht: Gemeinhin würden unter Umfangsverfahren solche Verfahren gefasst, bei denen gem. § 76 III GVG drei Richter und zwei Schöffen an der Entscheidung mitwirken, als auch solche, bei denen der Verteidigung eine Pauschalgebühr nach § 42 RVG zusteht – etwa, weil die regulären Gebühren angesichts des Umfangs oder der Komplexität unangemessen wären. Auch medienwirksame Verfahren, wie z.B. der „Wirecard-Prozess“ oder die „Cum-Ex-Verfahren“, deren Aufarbeitung die Ermittlungsbehörden und Gerichte über Jahre beschäftigt, lassen sich dem Begriff des Umfangsverfahrens zuordnen. Lange und komplexe Verfahren seien jedoch kein modernes Phänomen und nicht ausschließlich dem Wirtschaftsstrafrecht zuzuordnen. Thomas Nuzinger erinnerte an das NSU-Verfahren vor dem OLG München, mit über 400 Verhandlungstagen und mehr als 500 Zeugen, sowie an den Frankfurter Auschwitzprozess, initiiert von Fritz Bauer, der bereits 1963 über 183 Verhandlungstage dauerte und bei dem 319 Zeugen vernommen wurden.¹

Ob die zunehmende Größe der Gesellschaft und die wirtschaftliche Globalisierung in Zukunft noch größere Herausforderungen für Strafverfolgungsbehörden mit sich bringen, bleibe abzuwarten. Dabei sei nur am Rand auf künstliche In-

¹ <https://www.unesco.org/en/memory-world/frankfurt-auschwitz-trial> (zuletzt besucht am 18.01.2025).

telligenz verwiesen, die möglicherweise ein ganz neues, eigenes Strafbarkeitsfeld eröffnen könnte.

Im Namen der wistra begrüßte Frau Professorin Schmitt-Leonardy (Bielefeld) die Tagungsteilnehmer. Sie bekräftigte, dass Umfangsverfahren die Justiz seit über 100 Jahren beschäftigen. Die heutige Welt werde allerdings immer komplexer und die streitigen Verfahren würden diesem Trend folgen. Großverfahren hätten inzwischen ein Ausmaß erreicht, bei dem eine weitere Ausdehnung kaum vorstellbar sei. Vor diesem Hintergrund sei es rechtspolitisch geboten, über Verbesserungen des bestehenden Systems nachzudenken. Als kontraproduktiv bezeichnete sie den Trend des Gesetzgebers, komplexe Sonder- oder Blankettgesetze zu verabschieden, deren rechtliche Einordnung bereits auf tatbestandlicher Ebene erhebliche Schwierigkeiten bereite. Festzuhalten bleibe, dass eine bessere Verfahrensorganisation, Vorgespräche zwischen allen Beteiligten und effizientere Terminplanungen dem Status quo entgegenwirken könnten. Hinzu komme die absolute Verjährung als „Damoklesschwert“ über jedem Verfahren. Aus rechtsstaatlicher Perspektive stelle sich daher die Frage, ob eine Verlängerung der Verjährungsfrist sinnvoll wäre.

II. Themenblock 1: Das Ermittlungsverfahren in Umfangsverfahren

1. Die verfahrenstechnische Bewältigung von Umfangsverfahren – ausgewählte rechtliche, strategische und praktische Aspekte

Unter Moderation von RA Prof. Dr. Markus Rübenstahl (Frankfurt a. M.) stellte OStA Dr. Nino Goldbeck (Bamberg) im ersten Panel die Organisation umfangreicher Verfahren aus Sicht der Ermittlungsbehörden dar. Das Legalitätsprinzip verlange eine umfassende Aufklärung der materiellen Wahrheit. Gleichzeitig seien die Strafverfolgungsbehörden dem Beschleunigungsgebot und der Notwendigkeit effizienter Verfahren verpflichtet. Eine frühzeitige, gut strukturierte Planung, die immer wieder auf Effizienz hin überprüft werden müsse, sei daher essenziell.

Ein zentraler Aspekt sei die Abwägung, ob Verfahren verbunden oder getrennt werden sollten. Zwar liege es im Interesse der Staatsanwaltschaft, redundante Ermittlungsarbeiten zu vermeiden, jedoch könnten rechtsstaatliche Grundsätze wie die Waffengleichheit und das Recht jedes Beschuldigten auf ein faires Verfahren – Stichwort Informationsparität – eine Trennung von Verfahren rechtfertigen. Diesbezüglich komme der Staatsanwaltschaft eine weite Einschätzungsprerogative zu. Der verantwortliche Staatsanwalt versuche in der konkreten Situation regelmäßig die Vielzahl der Partikularinteressen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Eine besondere Gewichtung komme dabei Haftsachen zu (§ 121 Abs. 1 StPO). Abschließend betonte Goldbeck: Sollte eine sachgerechte Bewertung von Teilermittlungen erst nach vollständiger Aufklärung des Gesamtgeschehens möglich sein, dürfe die Staatsanwaltschaft die abschließende Bewertung nach ständiger Rechtsprechung zurückstellen, bis alle Ermittlungsstränge abgeschlossen seien.

2. Akteneinsicht in Parallelverfahren

- Hieran anknüpfend erläuterte Herr RA Christof Püschel, Köln die Akteneinsichtsrechte der Verteidigung bei abgetrennten Verfahren. Aus dem Recht auf ein faires Verfahren ergebe sich, seinem Plädoyer zufolge, ein Anspruch auf Kenntnisnahme aller ermittelten Informationen – auch außerhalb der Hauptakte. Drei Fallgruppen seien zu unterscheiden:
- Bei Abtrennung des Verfahrens und gleichzeitiger Fortführung der Ermittlungen im Ursprungsverfahren bestehe ein robuster Anspruch der Verteidigung auf Einsicht in die Akten des parallellaufenden Ursprungsverfahrens.
- Die Weigerung der Staatsanwaltschaft, Akten des Parallelverfahrens wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks herauszugeben, könnte nach Ansicht von RA Püschel in dem abgetrennten Verfahren zu einem vorübergehenden Verfahrenshindernis führen, das im Einzelfall auch eine Aussetzung der Hauptverhandlung begründen könne.
- Bei Anklageerhebung in beiden Verfahren vor demselben Gericht bestehe eine Pflicht zur Gewährung der Akteneinsicht, um Waffengleichheit herzustellen.

Die taktisch motivierte Trennung von Verfahren dürfe keinen Einfluss auf das Informationsrecht der Verteidigung haben. Die Durchsetzung dieses Rechts sei eine zentrale Pflicht der Verteidigung.

3. Datenforensik in Umfangsverfahren – Fragen der digitalen Beweissicherung

Im zweiten Panel – moderiert von OStA Dr. Martina Müller-Ehlen (Koblenz) – analysierten RA Dr. Malte Cordes (Dortmund) und Benjamin Löffler (Bad Soden a.T.) die Rolle der Datenforensik in Umfangsverfahren.

RA Dr. Cordes beleuchtete die Herausforderungen der digitalen Beweissicherung gem. § 110 StPO. Insbesondere die massenhafte Sicherstellung elektronischer Datenbestände berge verfassungsrechtliche Risiken, die Verhältnismäßigkeit sei hier besonders kritisch zu prüfen. Als mildere Mittel seien beispielsweise Auskunfts- und Herausgabeverlangen durch die Ermittlungsbehörden zu erwägen. Zudem müssten Ermittler relevante und irrelevante Datenbestände trennen, da jede Sicherstellung einen erheblichen Eingriff in die Grundrechte des Beschuldigten darstelle. Die pauschale Beschlagnahme des gesamten E-Mail-Bestands eines Unternehmens dürfe deshalb in der Regel gegen das Übermaßverbot verstoßen. Der Ermittlungsbehörde stünden insoweit zahlreiche technische Möglichkeiten zur Verfügung den Ermittlungsumfang auf tatrelevante Beweismittel zu reduzieren.

Auch die Durchsicht der zu beschlagnahmenden Daten stelle ein probates Mittel dafür dar, den Datenumfang insgesamt zu verringern.² Große Datenbestände müssten zunächst auf ihre Beweisgeeignetheit überprüft werden. Das bedeute al-

² Vgl. hierzu BVerfG, NJW 2009, 2431, 2436 Rn. 88.

lerdings nicht, dass die zur Durchsicht vorläufig sichergestellten Unterlagen vor einer richterlichen Beschlagnahmearordnung ausgewertet werden dürfen. Eine Missachtung dieser Pflicht würde einen nicht unerheblichen Verfahrensverstöß darstellen.³

Hinsichtlich der Frage, wie lange eine Durchsicht dauern dürfe, lasse sich kein einheitliches Bild zeichnen. Wünschenswert wäre es, dass die *lege ferenda* der gemäß § 110 Abs. 4 i. V. m. § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO zuständige Richter eine Höchstdauer für die Durchsicht anordnen könnte oder eine gesetzliche Fristbestimmung in Anlehnung an § 121 Abs. 1 StPO, z. B. von maximal sechs Wochen mit Verlängerungsoption von jeweils vier Wochen unter Darlegung der erschwerenden Umstände mit Prüfung durch eine Beschwerdekammer des LG, vom Gesetzgeber aufgenommen werde.⁴

Einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Anwesenheit bei einer Durchsicht habe das Bundesverfassungsgericht bislang abgelehnt, nachdem ein solches Recht durch das erste Gesetz zur Modernisierung der Justiz vom 24. 8. 2004 (BGBl I, 2198) ersatzlos gestrichen wurde, vgl. § 110 III a.F.⁵ Zwar könne es im Einzelfall zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit geboten sein, den Inhaber des Datenbestandes zur Prüfung der Verfahrenserheblichkeit einzubeziehen,⁶ ein pauschaler Teilnahmeanspruch lasse sich daraus allerdings nicht ableiten. Vielmehr müsse die Ermittlungsbehörde im Einzelfall das staatliche Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung und die Intensität des Datenzugriffs in einen angemessenen Ausgleich bringen.⁷ In der Literatur werde deshalb diskutiert, ob mit Blick auf die vorgetragenen Argumente eine planwidrige Regelungslücke bestehe, die eine analoge Anwendung des § 106 Abs. 1 Satz 1 StPO rechtfertigte. Hierfür wird vor allem angeführt, dass die Durchsicht, strukturell betrachtet, Teil der Durchsuchung sei. Zudem bestehe ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei Vernehmungen, §§ 163a Abs. 3 Satz 2, 168c Abs. 1 Satz 1 StPO – „a maiore ad minus“ müsse dies auch für Durchsichten gelten. Letztlich spreche für eine analoge Anwendung des § 106 Abs. 1 Satz 1 StPO, dass die Anwesenheit des Berechtigten bei der Durchsicht eine direkte Kontrolle der Maßnahme ermögliche. So könnte dazu beitragen, dass die Durchsicht verhältnismäßig und im Rahmen des rechtlich Zulässigen durchgeführt werde. Mithin würde ein umfassendes Abwehrrecht gegen den erheblichen staatlichen Eingriff etabliert.⁸

Das Bundesverfassungsgericht setzt den Ermittlungsbehörden erhebliche Schranken für die Durchsicht. Die Einhaltung dieser zu überwachen, ist zentrale Aufgabe der Verteidigung.⁹ Aus dem in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verankerten „principle of equality of arms“ lässt sich zudem ein Recht des Beschuldigten auf Beibringung eigener Suchbegriffe ableiten. So kann die Verteidigung gezielt aktiv darauf hinwirken, dass die Staatsanwaltschaft nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände ermittelt, vgl. § 160 Abs. 2 StPO. Mit Blick auf die Zukunft werden KI-Ermittlungshilfen der Ermittlungsbehörden die Verteidigung vor neue Herausforderungen stellen. Der Fokus wird darauf liegen, zu überprüfen, ob KI-Algorithmen fehlerhaft Erkenntnisse aus anderen Verfahren übertragen und so Ergebnisse verfälschen. Hier sieht Dr. Cordes einen akuten Handlungsbedarf des Gesetzgebers, um angesichts bestehender Kon-

trolldefizite die Teilhaberechte des Betroffenen und seines (anwaltlichen) Vertreters zu gewährleisten.

Gegen die Durchsicht ist der Antrag gemäß § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO analog statthaft. Im Übrigen kann auch Beschwerde gemäß § 304 Abs. 1 StPO erhoben werden. Diese Rechtsmittel sind mit Blick auf die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde zunächst auszuschöpfen. Aus schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen kann ein Beweisverwertungsverbot folgen.¹⁰ Irrelevante Unterlagen hat die Ermittlungsbehörde auf Antrag herauszugeben und zu löschen, vgl. § 98 Abs. 2 StPO. Das umfasst Originalasservate und Kopien. Nicht abschließend geklärt ist jedoch, wie mit Erkenntnissen, die auf Grundlage dieser Unterlagen gewonnen wurden, umzugehen ist. Eine überzeugende Ansicht stützt einen Lösungsanspruch auf § 500 Abs. 1 StPO i.V.m. § 75 Abs. 2 BDSG.

4. Big Data – die Auswertung großer Datenmengen

Die von Herrn Dr. Cordes aufgegriffene Frage, ob von Ermittlungsbehörden eingesetzte KI-Systeme fälschlicherweise Erkenntnisse aus anderen Verfahren auf das aktuelle übertragen und so das Ergebnis verfälschen, griff Benjamin Löffler, Bad Soden a.T. auf. Benjamin Löffler ist CTO der Sinabis Analytics GmbH. Sinabis stellt technologische Lösungen zur Verfügung, um große Datenmengen greifbar und durchsuchbar zu machen. Ermittlungsbehörden und Privatpersonen können auf die Dienstleistungen von Sinabis zurückgreifen, um umfangreiche Datenbestände wie Geschäftsverkehr, Chatprotokolle und ähnliche Inhalte strukturiert und schnell auszuwerten.

Benjamin Löffler erläuterte dem juristischen Publikum zunächst, was sich hinter dem Begriff „Big Data“ verbirgt und warum Daten als das „Öl des 21. Jahrhunderts“ gelten. Dabei betonte er vor allem den Vorteil der modernen Technik im Umgang mit großen Datenbeständen. Konkret würden etwa E-Mails von Softwarelösungen in Vektordarstellungen umgewandelt. Dies ermögliche es, durch Algorithmen ähnliche Datenmuster zu identifizieren und inhaltliche Zusammenhänge präzise aufzuzeigen.

Entgegen der von Dr. Cordes thematisierten Bedenken setzt die Sinabis Analytics GmbH für jedes Verfahren eine separat trainierte KI ein, wodurch datensatzübergreifende Verzerrungen ausgeschlossen werden.

³ BVerfG, BeckRS 2022, 34717 Rn. 6.

⁴ Park, in: FS Ignor, S. 757, 768 ff.

⁵ BVerfG, NJW 2009, 2431, 2437; BVerfG, NJW 2009, 2431, 2437 Rn. 96.

⁶ BVerfG, NJW 2005, 1917, 1922; BVerfG, NJW 2009, 2431, 2437 Rn. 96.

⁷ BVerfG, NJW 2009, 2431, 2437; BVerfG, NJW 2009, 2431, 2437 Rn. 96.

⁸ Vgl. hierzu Dierlamm, in FS Ignor, S. 923, 930 f.

⁹ BVerfG, NJW 2009, 2431, 2436 Rn. 84 ff.

¹⁰ Vgl. BVerfG, NJW 2005, 1917, 1923; LG Stralsund, StV-Spezial 2023, 150, 152.

An der anschließenden Diskussion hat sich das Publikum rege beteiligt. Im Mittelpunkt stand die Frage, ob bei großen Datenbeständen die Möglichkeit besteht, nicht verfahrensrelevante Daten aus dem Algorithmus auszusondern und die Suche, auch mit Hilfe seitens der Verteidigung eingebrachten Parametern, zu beschränken.

5. Normative Leitlinien für die Einstellung des Verfahrens

In dem anschließenden Vortrag setzte sich RA Dr. Sebastian Munkel, Mannheim mit der Frage auseinander, ob normative Leitlinien für die §§ 153, 153a, 154 StPO bestehen und ob es gegebenenfalls de lege ferenda solcher bedarf.

Zunächst stellen die §§ 153, 153a, 154 StPO zentrale Instrumente zur Entlastung der Justiz und Verfahrensbeschleunigung dar, indem sie das Legalitätsprinzip durchbrechen und eine einfache Verfahrenserledigung ermöglichen.

Entgegen verbreiteter Vorwürfe zeigt eine statistische Untersuchung jedoch keine Tendenz zur vorschnellen Verfahrenseinstellung – insbesondere im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht.

2023 wurden bundesweit 20 % aller Strafverfahren nach §§ 153, 153a, 154 StPO eingestellt. Im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht zeigt sich eine niedrigere Einstellungsquote von 13 %, was auf eine restriktivere Praxis in diesem Teilbereich hindeutet. Vergleichszahlen aus dem Jahr 2014 verdeutlichen einen erheblichen Rückgang der Opportunitätseinstellungen. 2014 wurden noch 36 % der Verfahren nach §§ 153, 153a, 154 StPO eingestellt.

Die gesetzlichen Tatbestände der §§ 153 ff. StPO seien bewusst unbestimmt formuliert, um Flexibilität zu gewährleisten. Konkretisierende Vorgaben finden sich vorrangig in der RiStBV (z.B. Nr. 93 zu Auflagen bei § 153a StPO) und der AStBV für Steuerstrafverfahren mit Kriterien zur „geringen Tatfolge“ (z.B. Schadenshöhe als Orientierungsgröße). Eine bindende Taxierung von Schwellenwerten existiere jedoch nicht, da die Entscheidung stets eine Einzelfallabwägung erfordere.

Das sei aber auch sinnvoll. Die §§ 153, 153a, 154 StPO bilden einen differenzierenden Regelungskanon, der die Rechtsfolge von der Schwere der Schuld und dem öffentlichen Interesse abhängig macht. Damit bietet das Gesetz einen Rahmen für eine gleichmäßige Gesetzesanwendung, die trotzdem dem Einzelfall Rechnung trägt. Einen symbolischen Sicherungsanker bilden dabei stets die Einbindung des Gerichts und das Zustimmungserfordernis des Beschuldigten bei § 153a StPO, die willkürliche Ergebnisse verhindern.

Insofern bestehe ein robustes System, dass die Bewältigung von Umfangsverfahren erleichtern kann. Wünschenswert wäre es jedoch, ein Begründungserfordernis für Einstellungen zu etablieren, um dieses Themenfeld dem rechtspolitischen Diskurs weiter zugänglich zu machen.

III. Themenblock 2: Die Hauptverhandlung in Umfangsverfahren

In einem zweiten Themenblock widmeten sich – unter der Moderation von Dr. Alexander Paradissis, Köln – LOSTa Professor Dr. Georg-Friedrich Guntge, Schleswig und VRiLG Dr. Michael Nehring, Bonn der Hauptverhandlung in Umfangsverfahren.

1. Sinn und Unsinn des Unmittelbarkeitsprinzips

Zunächst untersuchte LOSTa Professor Dr. Guntge kritisch, welchen Erkenntnisgewinn das Unmittelbarkeitsprinzip in Umfangsverfahren verspricht und ob angesichts des Verfahrensumfangs vermehrt Selbstleerverfahren genutzt werden sollten.

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit umfasst die formelle Unmittelbarkeit, § 226 StPO, die eine ununterbrochene Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht vorsieht und die materielle Unmittelbarkeit (§ 250 StPO), die das Ersetzen von Zeugenvernehmungen durch Urkunden oder Protokollverlesungen grundsätzlich verbietet. Kritisch diskutiert wurde, ob § 250 StPO auch das Ersetzen durch den Augenscheinsbeweis untersagt, wobei die herrschende Meinung dies nur bei inhaltlicher Aussagensubstitution annimmt.¹¹ Einige Stimmen in der Literatur vertreten ein umfassenderes „Transferverbot“ für Beweismittel aus dem Ermittlungsverfahren, das jedoch gesetzlich nicht verankert ist.¹²

Tatsächlich wird der Grundsatz durch Ausnahmeregelungen und Rechtsprechung aber regelmäßig durchbrochen: So erlauben §§ 251–254 StPO etwa Protokollverlesungen bei Einverständnis, Erinnerungslücken oder Beweissicherungsbedarf. Der BGH akzeptiert zudem die Verwertung früherer Vernehmungsniederschriften, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung „ausgeschöpft“ wurde.¹³

Bei Umfangsverfahren besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Unmittelbarkeitsgrundsatz und der gebotenen Verfahrenseffizienz. Gerade mit Blick auf Verfahrensinhalte, die bereits schriftlich dargelegt wurden, müsse daher die starre Regelung des § 250 StPO mit Blick auf ihre Sinnhaftigkeit hinterfragt werden. Gleiches gelte für die Befragung von Ermittlungspersonen, die sich in der Regel durch Aktenlektüre auf die Hauptverhandlung vorbereiten.

Vor diesem Hintergrund erscheine eine Abschaffung des § 250 StPO nicht gänzlich abwegig. Mithin könnte § 244 Abs. 2 StPO eine hinreichende Grundlage bieten, um die Erfassung aller relevanten Beweismittel zu gewährleisten.

¹¹ Schmitt, in Meyer-Goßner, StPO, 67. Auflage, § 250 Rn. 2; Guntge, in: Alsberg, Der Beweisanspruch im Strafprozess, 8. Auflage, Kapitel 5 Rn. 47.

¹² Velten, in: SK-StPO, Vor §§ 250 ff. Rn. 15 ff.

¹³ BGH, Beschluss vom 8.2.2018 – 3 StR 400/17.

Dem sei allerdings entgegenzuhalten, dass es unterschiedliche Einschätzungen zur Relevanz von Zeugenaussagen gebe. Entsprechend sinnvoll könne es sein, einer gerichtlichen Entscheidung über die Relevanz einzelner Aussagen und damit verbundener Irrtümer vorzubeugen, indem über § 250 StPO pauschal alle Zeugen gehört werden müssten. Nur so könne auch das Konfrontationsrecht des Beschuldigten aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gewahrt werden.

Das Selbstleseverfahren in Wirtschaftsstrafsachen stelle eine Herausforderung für den Unmittelbarkeitsgrundsatz dar, der eine öffentliche und mündliche Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht vorsieht. Sowohl das Mündlichkeitsprinzip, als auch die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme sind davon betroffen. Obwohl argumentiert wird, dass Selbstlesen die direkteste Form der Beweiserhebung bei Schriftstücken sei, bleibt jedoch kritisch, dass die Kenntniserlangung außerhalb der Hauptverhandlung und ohne Einbindung anderer Verfahrensbeteiligter erfolgt. Der formelle Unmittelbarkeitsgrundsatz soll zudem rechtliches Gehör und Transparenz bezüglich des verwerteten Beweismaterials gewährleisten, was durch das Selbstleseverfahren eingeschränkt werde. Dies beeinträchtige auch die Möglichkeit des Angeklagten, Rückschlüsse auf die Überzeugungsbildung des Gerichts zu ziehen und sein Äußerungsrecht sinnvoll wahrzunehmen. Obwohl das Selbstleseverfahren dem legitimen Zweck diene, umfangreiche Verfahren effizienter zu gestalten, stelle es eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes dar und werfe Fragen hinsichtlich der Fairness des Verfahrens auf. Somit stehe es trotz seiner verfahrensökonomischen Vorteile im Konflikt mit wesentlichen Prinzipien des Strafprozessrechts.

2. Zeugen, Sachverständige, Sachverständige Zeugen – eine Einordnung

VRiLG Dr. Michael Nehring, Bonn sprach anschließend über die Abgrenzung zwischen Zeugen, Sachverständigen und sachverständigen Zeugen aus richterlicher Perspektive.

Zeugen schildern selbst wahrgenommene Tatsachen aus ihrer Erinnerung und sind nicht ersetzbar, während Sachverständige als austauschbare Gehilfen des Gerichts Fachwissen vermitteln oder Schlussfolgerungen aus dem Sachverhalt ziehen. Sachverständige Zeugen kombinieren beide Rollen: Sie sind in erster Linie Zeugen. Sie berichten aber über spezifische, fachkundig wahrgenommene Tatsachen, sind aber ebenfalls nicht austauschbar. Rechtsfragen dürfen grundsätzlich nicht durch Sachverständige geklärt werden – diese obliegen ausschließlich dem Gericht.¹⁴ Eine Ausnahme bildet ausländisches Recht, bei dessen Anwendung Sachverständige hinzugezogen werden können.

Im Kontext von Wirtschaftsstrafverfahren spielen Wirtschaftsreferenten eine zentrale Rolle. Als interne Experten der Staatsanwaltschaft unterstützen sie bei der Sichtung von Geschäftsunterlagen, berechnen Schadenssummen (z.B. Steuermehrbelastungen), prüfen Bilanzierungsfehler oder Insolvenzindikatoren. Ihre forensische Erfahrung und Vorarbeit im Ermittlungsverfahren macht sie zu effizienten Beweismitteln.

Problematisch ist ihre potenzielle Befangenheit durch die organisatorische Einbindung in Ermittlungsbehörden. Während die bloße Zugehörigkeit zur Behörde keine Befangenheit begründet,¹⁵ gelte dies nicht, wenn sie eigenständig Ermittlungsentscheidungen treffen (vgl. § 22 Nr. 4 i.V.m. § 74 Abs. 1 S. 1 StPO). Denn aktive Ermittler wie Staatsanwälte oder Polizeibeamte sind grundsätzlich von der Sachverständigentätigkeit ausgeschlossen. Entscheidendes Abgrenzungskriterium dürfte mithin sein, ob der Wirtschaftsreferent unabhängig über die Vornahme, den Inhalt und den Umfang einer Ermittlungshandlung „wie ein Staatsanwalt oder Polizeibeamter“ entscheidet bzw. in der Vergangenheit entschieden hat.

Vor diesem Hintergrund ist eine klare funktionale Abgrenzung zwischen den verschiedenen Auskunftspersonen essenziell, um Verfahrensgerechtigkeit und Beweistauglichkeit zu gewährleisten.

3. Podiumsdiskussion

Den ersten Abend beendete ein von RAin Dr. Ricarda Schelzke, Frankfurt a.M. geleitetes Streitgespräch. Die Diskussion zwischen OStA Uwe Mühlhoff, RA Nico Werning und WirtschaftsWoche-Redakteur Lukas Zdrzalek kreiste um die Frage, ob und wie Strafverfahren trotz wachsender Komplexität – insbesondere bei Wirtschaftsdelikten – Rechtsfrieden, Rechtssicherheit und einen gerechten Schuldausgleich gewährleisten können. Einigkeit bestand darin, dass das Verfahren den Beschuldigten nicht zum Objekt degradieren darf, doch bereits hier zeigten sich Spannungen: Mühlhoff kritisierte, dass wirtschaftlich schwächere Beschuldigte oft härter verfolgt würden, während sich Unternehmen durch Ressourcenüberlegenheit und strategische Prozessführung der Strafverfolgung entzögen.

Allerdings werfen umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren aus seiner Sicht auch praktische Probleme auf. So könne die persönliche Anwesenheitspflicht von Unternehmensverantwortlichen in langwierigen Verfahren die Lenkung eines Unternehmens erheblich beeinträchtigen. Aber auch die Beteiligung von Laienrichtern ohne Aktenkenntnis in komplexen Fällen stelle die Praxis regelmäßig vor besondere Herausforderungen. Gleichzeitig würden Verjährungsfristen eine sorgfältige Beweisaufnahme erschweren.

Werning betonte, dass das Beschleunigungsgebot oft gegen Beschuldigte instrumentalisiert werde – etwa durch Drohungen einen Pflichtverteidiger beizuordnen, wenn die Terminabstimmung nicht der Vorstellung des Gerichts entspreche.

Zdrzalek verwies auf strukturelle Defizite: Die mangelnde Spezialisierung von Staatsanwaltschaften, das Örtlichkeitsprinzip und eine fehlende Koordination zwischen Behörden begünstigten ineffiziente Verfahren.

¹⁴ Vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. vom 08.03.2021 – L 7 KO 7/18.

¹⁵ BGHSt 28, 381 ff.; BGH wistra 2000, 307 ff., Rn. 3; BGH wistra 1984, 62 f.

Mühlhoff nannte das Legalitätsprinzip als Ursache für „Dauerverfahren“, da jede Anzeige verfolgt werden müsse, ungeachtet knapper Ressourcen. Komplexe Strukturen auszuermitteln koste Zeit.

Dem entgegenete Werning, dass die StPO hinreichend Möglichkeiten biete, ein Verfahren effizient zu führen, wie zum Beispiel das Selbstleseverfahren. Gleichviel wäre es angezeigt, dass Staatsanwälte sich auf zentrale Anklagepunkte in Umfangsverfahren konzentrierten und von ihrem Recht, nach § 154 StPO einzustellen, Gebrauch machen.

Einigkeit bestand darüber, dass komplexe Blankett-Tatbestände den Verfahrensgang weiter komplizieren.

Als Lösungsansätze diskutierten die Teilnehmer prozessuale Vereinfachungen wie die Ausweitung des Kreises verlesbarer Beweismittel (§ 249 II StPO) und eine bessere Richterausbildung für ein stringenteres Verhandlungsmanagement. Strukturell forderten sie spezialisierte Wirtschaftsstaatsanwaltschaften mit überregionaler Zuständigkeit, eine Wirtschafts- und Finanzpolizei sowie regelmäßige „Wasserstandsberichte“ des Gerichts zur Transparenz im Verfahrensfortschritt.

Festgehalten wurde jedoch, dass es ein zentrales Recht des Beschuldigten sei, auf einen Freispruch zu plädieren und die dafür erforderlichen Beweise zu erbringen. Der Staat müsse die hierfür erforderlichen Ressourcen bereitstellen.

IV. Themenblock 3: Materiell-rechtliche Bewältigungsstrategien für Umfangsverfahren

1. Ausdehnung des Bereichs strafbaren Verhaltens durch Pönalisierung leichter nachweisbarer Taten

Der zweite Tag der Tagung widmete sich der Frage, welche materiell-rechtlichen Bewältigungsstrategien für Umfangsverfahren in Frage kommen. Unter Moderation von RAin Dr. Laura Borgel, Frankfurt erörterte OStA Kai Sackreuther, Mannheim, ob der Bereich des Strafbaren durch die Pönalisierung (vermeintlich) leichter zu ermittelnden Verhaltens ausgedehnt wird. Als Praxisbeispiel nannte OStA Sackreuther, § 129 StGB.

Die 2017 reformierte Fassung des § 129 StGB hat den Anwendungsbereich für kriminelle Vereinigungen im Wirtschaftsstrafrecht erweitert, indem sie frühere Hürden wie das Erfordernis der „Unterordnung des Einzelwillens unter den Gruppenwillen“ abschaffte. Stattdessen definiert die aktuelle Legaldefinition eine kriminelle Vereinigung als längerfristigen organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses, wobei auf feste Rollen oder ausgeprägte Strukturen verzichtet wird. Diese Änderung diene der Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses 2008/841/JI zur Bekämpfung organisierter Kriminalität, hebt sich aber durch das zusätzliche Merkmal des „übergeordneten Interesses“ von der europäischen Vorgabe ab, die rein finanziell motivierte Zusammenschlüsse erfasst.

Prozessual ermöglichte bereits die 2008 erfolgte Erweiterung des § 100a StPO die frühzeitigere Anwendung verdeckter Ermittlungsmethoden bei Wirtschaftsdelikten wie Bandenbetrug oder Steuerhinterziehung, wodurch die frühere Notwendigkeit entfiel, § 129 StGB als „Umweg“ für die Anordnung von Telefonüberwachungen zu nutzen.¹⁶ Die Rechtsprechung des BGH konkretisierte die Anwendung des § 129 StGB im Wirtschaftsstrafrecht in zwei Leitentscheidungen: Im „Polizistentrick“-Fall¹⁷ betonte der BGH, dass auch Wirtschaftskriminalität unter die Norm fällt, sofern ein übergeordnetes Gruppeninteresse – etwa über rein individuellen Profit hinaus – vorliegt. Kriterien hierfür sollen u.a. organisatorische Strukturen, grenzüberschreitende Aktivitäten oder interne Sanktionsmechanismen sein. Die „Cyberbunker“-Entscheidung¹⁸ erweiterte dies auf Beihilfestrukturen, die gezielt Straftaten Dritter unterstützen, sofern die Mitglieder konkrete Kenntnis der Haupttaten haben.

Praktisch bleibe die Relevanz von § 129 StGB jedoch begrenzt: Zwar entfällt hier die Notwendigkeit eines Nachweises individueller Tatbeteiligungen, doch seien Ermittlungen zum „übergeordneten Interesse“ und zur Organisationsstruktur ähnlich aufwändig wie klassische Bandenermittlungen. Ein mögliches Anwendungsfeld seien „Serviceunternehmen“, die Scheinrechnungen für Steuerhinterziehung- oder Betrugsdelikte erstellen. Hier scheine es gut vertretbar angesichts des Gewinnstrebens der einzelnen Täter ein kollektives übergeordnetes Ziel anzuerkennen. Der individuelle Profit des Mitgliedes korreliere stets mit dem Erfolg der Gesamtorganisation, weshalb die einzelnen Täter stets auch ein gemeinsames Interesse am „Gesamtkonstrukt“ verfolgen würden.¹⁹

Letztlich bleibe § 129 StGB somit ein ergänzendes Instrument mit Nischenbedeutung, das vor allem in komplexen Fällen mit grenzüberschreitenden oder arbeitsteiligen Strukturen zum Tragen kommt.

2. Das uneigentliche Organisationsdelikt als materiellrechtliche Bewältigungsstrategie?

Anschließend beleuchtete RiBGH i.R. Professor Christoph Krehl das uneigentliche Organisationsdelikt.

Erstmals 2004 vom BGH verwendet,²⁰ dient das uneigentliche Organisationsdelikt dazu, Einzeltaten zu einer „Tat“ im Sinne des § 52 StGB zusammenzufassen, wenn organisatorische, auch vorgelagerte, Beiträge wie der Aufbau eines Vertriebssystems mehrere Delikte gleichzeitig fördern. Dennoch bleibt der Nachweis der Einzeltaten und deren Bezug zum Hintermann erforderlich. Voraussetzung ist ein übergeordneter Tatbeitrag, der mehrere Einzeldelikte gleichzeitig fördert (z. B. durch Leitungsmacht oder die Aufrechterhaltung eines betrügerischen Geschäftsbetriebs). Die Rechtsprechung ver-

¹⁶ Vgl. Niemann, wistra 2021, 425 m.w.N.

¹⁷ BGH, Urteil vom 02.06.2021 – 3 StR 21/21.

¹⁸ BGH, Urteil vom 12.09.2023 – 3 StR 306/22.

¹⁹ Niemann, wistra 2021, 425, 426.

²⁰ BGHSt 49, 177.

zichtet allerdings bewusst auf eine detaillierte konkurrenzrechtliche Aufklärung jeder Einzeltat, da dies oft unverhältnismäßig aufwendig wäre.

Die Organisationsherrschaft hingegen begründet mittelbare Täterschaft, § 25 Abs. 1 StGB, in hierarchischen Strukturen, selbst wenn der unmittelbar handelnde Vordermann vorsätzlich und verantwortlich agiert. Ursprünglich für staatliche Unrechtsregime entwickelt, Stichwort „Mauerschützen“-Entscheidung, wurde das Konzept auf wirtschaftliche Unternehmen übertragen. Der BGH stützt sich hier auf eine normative Gesamtbetrachtung, bei der die Tatbeiträge des Hintermanns nahezu automatisch zur Tatbestandsverwirklichung führen. Kritiker lehnen diese Ausweitung ab, da die unpräzisen Kriterien wie „Leitungsmacht“ oder „institutionalisierte Abläufe“ das Verantwortungsprinzip untergraben und eine Ausdehnung strafbarer Handlungen ermöglichen. Die Kritik zielt dabei auf die normative Unschärfe der Organisationsherrschaft, die durch die fehlende dogmatische Konturierung eine willkürliche Zurechnung von Täterschaft in Unternehmensstrukturen begünstigt. Insbesondere wird bemängelt, dass die Rechtsprechung keine klaren Maßstäbe für die erforderliche Einflussnahme innerhalb von Hierarchien liefert, wodurch die Strafbarkeit letztlich auf einer offenen Gesamtbetrachtung des Geschehens statt auf einem konkretem Tatbeitrag beruhe.²¹

Prozessual bleibt es notwendig, konkrete Tatbeiträge nachzuweisen und den Zusammenhang zwischen den Handlungen der Tatmittler und dem Hintermann herzustellen. Der Amtsermittlungsgrundsatz verpflichtet Richter dazu, direkte Beteiligungen an Einzeltaten zu prüfen. Nur bei unklarer individueller Förderung kommt der Zweifelssatz („in dubio pro reo“) zugunsten der jeweiligen Einzeltat zur Anwendung.

Abschließend betont Professor Krehl, dass das uneigentliche Organisationsdelikt keine materiellen Strafbarkeitsvoraussetzungen erweitere, sondern lediglich eine Regel zur Bewertung konkurrierender Taten darstelle. Problematisch bleibe jedoch die parallele Rechtsprechung zur Organisationsherrschaft, deren unklare Konturen eine potenziell unzulässige Ausdehnung strafrechtlicher Verantwortlichkeit begünstigen können. Er fordert, die Rechtsprechung müsse die Figur stärker konturieren und klare Maßstäbe für ihre Anwendung entwickeln.

3. Restriktive Auslegung als Bewältigungsstrategie?

Ob und wie sich der Bereich strafbaren Verhaltens durch eine restriktive Auslegung geltenden Rechts einschränken lässt, stand im Mittelpunkt des Vortrags von Professor Dr. Hans Kudlich, Erlangen. Unter Moderation von RA Christoph Tute, Frankfurt, arbeitete Professor Dr. Kudlich zunächst die Grenzen dieser Strategie heraus. Auf der einen Seite steht das Legalitätsprinzip, dass die Ermittlungsbehörden zur umfassenden Strafverfolgung verpflichtet. Hinzu kommt eine faktische Bindung innerhalb der Rechtsprechung, die sich durch wiederholte Gesetzesauslegung über den Instanzenzug manifestiert.

Allerdings könnte eine restriktive Auslegung von Gesetzen auch als Chance begriffen werden, um Umfangsverfahren handhabbar zu machen. Dieses Vorgehen biete den Vorteil, dass Einschränkungen klar und transparent kommuniziert würden. Dies stehe in klarem Kontrast zu der aktuellen Einstellungspraxis nach §§ 153 ff. StGB.

Einen möglichen Ansatzpunkt für eine restriktive Auslegung biete die neutrale Beihilfe. Die Rechtsprechung differenziert hier zwischen bewusster Förderung strafbaren Verhaltens (§ 27 StGB) und bloß zufälliger Mitwirkung.

Eine strafbare Beihilfehandlung ist nach der Rechtsprechung anzunehmen, wenn der Hilfeleistende weiß, dass der Haupttäter ausschließlich darauf abzielt eine strafbare Handlung zu begehen.²² In diesem Fall verliert das Handeln des Teilnehmers den Alltagscharakter – die Solidarisierung mit dem Täter ist nicht mehr als sozialadäquat anzusehen.

Hält der Hilfeleistende es dagegen nur für möglich, dass sein Tun für die Begehung einer Straftat genutzt wird, handelt es sich regelmäßig noch nicht um eine strafbare Beihilfehandlung, „es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ.“²³

Die Rechtsprechung macht die Strafbarkeit mithin abhängig vom Grad des Vorsatzes, wobei für den Fall des bedingten Vorsatzes eine Einschränkung vorgesehen wird. Insgesamt schafft die Rechtsprechung so ein vages Gefüge, dass kaum eindeutige Zuordnungen zulässt. Diesem Umstand ist es geschuldet, dass auch weit vorgelagertes berufsneutrales Verhalten bereits als Beihilfe gewertet werden kann, wie der Fall eines Händlers von Maschinen zur Zigarettenherstellung zeigt.²⁴

Ein weiterer möglicher Ansatzpunkt für eine restriktive Gesetzesauslegung wäre, den von der Praxis definierten Bandenbegriff kritisch zu hinterfragen. Man könne hier sehr viel strenger zwischen Bandenmitgliedschaft und bandenmäßiger Tatbegehung trennen.

Auch mit Blick auf das Vorsatzerfordernis bestehe Raum für eine mögliche restriktive Auslegung. Wirtschaftsstraftaten seien typischerweise Vorsatzdelikte. Allerdings bestehe das Risiko bei einer ex ante Betrachtung der Entscheidungssituation des Beschuldigten nicht hinreichend Rechnung zu tragen. Insofern sei es zentral, vorsatzkritische Elemente in die Abwägung miteinzubeziehen. Fehle beispielsweise ein eigener Vorteil oder habe sich der Handelnde in einer Dilemmasituation befunden, müsse die Hypothese eines bedingten Vorsatzes zumindest kritisch hinterfragt werden. Ge-

²¹ Joecks/Scheinfeld, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., § 25, Rdn. 164.

²² Vgl. BGH 1 StR 636/16.

²³ Ebenda.

²⁴ BGH 1 StR 56/17.

rade die Vermögensbetreuungspflicht eines Unternehmensfunktionärs könne eine Handlungspflicht auslösen, gleichviel aber auch die Unterlassung von schädigenden Verhalten bedingen. Es sei eine Frage des Einzelfalls und mithin danach, wie ein verständiger Unternehmer in der Situation gehandelt hätte, Stichwort business judgement rule.

Selbst wenn sich mithin verschiedene Ansatzpunkte ergeben Verfahren im materiellen Recht zu verschlanken, fehlten prozessuale Mechanismen zur Durchsetzung restriktiver Auslegungen. Die Verteidigung habe kaum eine Möglichkeit eine restriktivere Auslegung zu erzwingen.

4. Alternative Strategien zur Bewältigung von Umfangsverfahren

Das letzte Themenfeld der diesjährigen Neujahrestagung beschäftigte sich mit der Frage, ob neben dem Strafverfahren alternative Wege existieren, um Umfangverfahren in einem rechtsstaatlichen Prozess abzuwickeln. Moderiert von RA Dr. Thomas Nuzinger, Mannheim diskutierte RiBGH Alexander Meyberg, Karlsruhe die Vorzüge von §§ 30, 130 OWiG gegenüber Individualstrafen.

Grundsätzlich ermöglichen §§ 30, 130 OWiG bereits in einem frühen Ermittlungsstadium – wenn absehbar ist, dass die Ermittlungen ausufern könnten – eine Verfahrenseinstellung gegen Geldbuße. Dies würde eine aufwändige Aufklärung individueller Vorwerfbarkeiten erübrigen.

§ 30 OWiG stellt zwar eine bußgeldrechtliche Sanktion eigener Art – und eben keine Kriminalstrafe – dar, gilt allerdings als Ausgangspunkt von Überlegungen, Kriminalstrafen gegen Unternehmen in Deutschland einzuführen. Anknüpfungspunkt von § 30 OWiG stellt das vorwerfbare Verhalten einer Person in Leitungsfunktion dar. Damit verfolgt § 30 OWiG in erster Linie einen präventiven Ansatz und will Unternehmen zu Compliance anhalten.

Allerdings bringt das Verfahren auch erhebliche rechtsstaatliche Defizite mit sich, die in die Abwägung mit einfließen müssen. Zum einen würden Deals, gerade in sogenannten „Landmark Cases“, zu einer gestörten Rechtsentwicklung führen. Verfahren, die der Judikatur entzogen werden, würden auch dem rechtspolitischen Diskurs entzogen und bleiben fortan bei der Rechtsfortbildung unberücksichtigt.

Hinzu komme ein Wahrheitsdefizit. Durch die Verhängung einer Geldbuße werde das Gericht von seiner Pflicht zur Erforschung des wahren Sachverhalts entbunden. Das begünstige eine Verantwortungsverlagerung auf den Nichttäter. Wenn der Verband anstelle des eigentlich Handelnden die Geldbuße akzeptiere, könnte man argumentieren, dass es den Falschen treffe. Dem lasse sich allerdings entgegenstellen, dass in der Regel gerade der Verband von den Tatvorteilen profitiere.

Allerdings ergeben sich aus einer verhängten Geldbuße auch Folgefragen, die für ein Unternehmen nicht unerhebliche Konsequenzen haben können, wie z.B. die Frage nach etwaigen Regressansprüchen.

Letztlich müsse der Rechtsstaat befürchten, dass die Präventionswirkung von Strafe verloren gehe, wenn die eigentlich Verantwortlichen nicht mehr zur Verantwortung gezogen würden.

Abschließend betonte RiBGH Meyberg die systemrelevante Rolle einer unabhängigen Justiz angesichts erstarkender autokratischer Tendenzen. Sein Appell an die Zuhörerschaft: „Es gilt, die Stärkung der Justiz aktiv zu unterstützen, damit das Recht weiterhin die Praxis bestimmt – nicht umgekehrt die Praxis das Recht.“

5. Muss es immer das Wirtschaftsstrafrecht sein? – ein kritischer Blick

Professor Dr. Wolfgang Spoerr, Berlin analysierte das Zusammenspiel von Zivilrecht, Strafrecht und öffentlichem Recht in der Konfliktbewältigung. Er konstatierte eine zunehmende Verschränkung der Rechtsgebiete und stellte die grundlegende Frage: Ist es sinnvoll, parallel zu einem Haftungsprozess zusätzlich ein Strafverfahren zu führen?

Der aktuelle Status quo zeige einen Wettbewerb der Teilrechtsgebiete um Durchsetzungsmacht bei gleichzeitiger Verschärfung der Sanktionsmechanismen. Bußgeldtatbestände würden massiv erhöht; Blankettnormen stellten Rechtsanwender vor wachsende Interpretationsherausforderungen. Im Zivilrecht zeichne sich ein Trend ab, sämtliche Schadensfolgen durch Kompensationsklagen geltend zu machen – flankiert durch die Zunahme von Verbandsklagen und einem rigideren europarechtlichen Haftungsregime.

Diese Entwicklung führe zu hochkomplexen Parallelverfahren in unterschiedlichen Rechtsbereichen, die die Bürger systematisch überfordern.

Zudem lasse sich beobachten, dass unterschiedliche Teilrechtsordnungen auch unterschiedlich gut geeignet seien, um Verfahren aufzuklären. So habe sich das Strafrecht etwa als sehr effektiv bei der Aufarbeitung der „Diesel-Fälle“ erwiesen, bis es an die Anklage der Individualbeschuldigten gegangen sei. Zivilrechtliche Haftungsprozesse in der gleichen Sache seien weniger wirkungsvoll gewesen.

Aus dieser Erkenntnis heraus formulierte Professor Dr. Wolfgang Spoerr fünf Thesen.

1. Strafverfolgungsbehörden benötigen keine zivilrechtliche Unterstützung, da sie eigenständig leistungsfähig ermitteln können.
2. Parallele Verfahrensarten beschneiden Verteidigungsrechte und führen zu Doppelbelastungen.
3. Die Sanktionshäufung durch unterschiedliche Teilrechtsordnung spiegelt übermäßige Staatsregulierung wider. Ein Problem für Gesellschaft Demokratie und Rechtsstaat.
4. Das Zivilrecht übertrifft das Strafrecht bei der Verfolgung diffuser Schäden, bei denen sich individuelle Beteiligte nicht identifizieren lassen.

5. Strafrechtliche Effektivität setzt kollektive Verantwortungszuschreibung voraus, nicht nur Individualschuld.

V. Zusammenfassung

Abschließend fasste RA Dr. Thomas Nuzinger, Mannheim, die Ergebnisse der Tagung zusammen und dankte für den inten-

siven kollegialen Austausch. Er verblieb mit einem Hinweis auf eine von WisteV durchgeführte Studie hinsichtlich der Verfahrensdauer von Wirtschaftsstrafverfahren und sprach eine herzliche Einladung für die nächstjährige Neujahresta-gung aus.

Staatsanwältin Meylin Pietzsch, Kiel

„Follow the Money“

WisteV-Tagung am 20.09.2024 an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Bei der Vortrags- und Diskussionsveranstaltung am 20.09.2024 gestaltet von den Moderatoren Frau Richter am Bundesgerichtshof Dr. Sohre Tschakert, Karlsruhe, Herrn Richter am Landgericht Dr. Sebastian Eberz, Lübeck, und Herrn Rechtsanwalt Dr. Alexander Paradissis, Köln, stand der Tatbestand des § 261 StGB im Fokus. Diese Tagung wurde von der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV) in Zusammenarbeit mit der Christian-Albrechts-Universität, dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht und der Generalstaatsanwaltschaft des Landes Schleswig-Holstein geplant und hybrid als Kooperationsveranstaltung durchgeführt. Die Aktualität des Veranstaltungsthemas und die Möglichkeit einer sowohl Präsenz- als auch Online-Teilnahme führten zu einer hohen Teilnehmerzahl von über 200 interessierten Strafrichtern, Staatsanwälten, Strafverteidigern, Strafrechtswissenschaftlern, Referendaren und Studenten.

Seit der Reform des § 261 StGB im Jahr 2021 reichen die Meinungen von „völlig missglückt“ bis zur „neuen Allzweckwaffe“. Gerade – aber nicht nur – im Bereich der Wirtschaftskriminalität ist der Tatbestand daher auch in jüngster Zeit wieder stark in den Fokus der Strafverfolgungsorgane geraten. Besonders die nicht unerhebliche Ausweitung tauglicher Vortaten bietet Chancen und Risiken zugleich. Die Justiz wird hier vermehrt vor die Frage gestellt, wo die Grenzen des Anwendungsbereichs der Norm in solchen wirtschaftsstrafrechtlichen Verfahren liegen. Dem Grundanliegen der WisteV entsprechend ermöglichte die Veranstaltung eine Diskussion dieser Frage aus allen Blickwinkeln, aber jenseits der Einschränkungen eines streitigen Verfahrens, um alle zur Rechtsanwendung berufenen Personen auf diese Aufgabe besser vorzubereiten.

Dieses Spannungsfeld wurde bereits in der Einführung durch Herrn Rechtsanwalt Dr. Alexander Paradissis, Köln und dem Leitenden Oberstaatsanwalt, Herrn Prof. Dr. Georg-Friedrich

Güntge, Generalstaatsanwaltschaft Schleswig, verdeutlicht. Herr Prof. Dr. Georg-Friedrich Güntge warf u.a. die Frage auf, ob durch die Reform des § 261 StGB nun andere Normen, wie § 259 StGB leer liefen. Dies bot einen treffenden Einstieg in die vorliegende Problematik.

Entsprechend konnte Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Dennis Bock umgehend in die Grundlagen des § 261 StGB eintauschen. Bereits anhand der Überschrift „§ 261 StGB – ein neues Multitool im Wirtschaftsstrafrecht? – eine Einführung“ wurde die Vielseitigkeit des § 261 StGB deutlich. Der Überblick über die Voraussetzungen von § 261 StGB war als Auftakt bereichernd, da das Teilnehmerfeld groß und der Kenntnisstand mannigfaltig war. Jeder der Teilnehmer konnte letztlich den aufgeworfenen Slogan „all crimes, all everything“ nachvollziehen, der für die gesamte Tagung tragend blieb.

Mit dem folgenden Vortrag „Das Problem der „schmutzigen Wäsche“ bei organisierter Kriminalität“ konnte Herr Florian Schmid, Richter am Landgericht Hamburg (zzt. abgeordnet zum Generalbundesanwalt, Karlsruhe), den theoretischen Vortrag des Herrn Prof. Dr. Bock mit Leben füllen. Er stellte anhand eines tatsächlich in Hamburg geführten und letztlich weitestgehend vor dem Bundesgerichtshof erfolgreichen Verfahrens die Fallstricke der Praxis dar. Das Landgericht hatte die Angeklagten – teils unter Freisprechung im Übrigen – wegen vorsätzlicher Geldwäsche in jeweils zahlreichen Fällen verurteilt, den Angeklagten A. C. in vier Fällen in Tateinheit hierzu mit unerlaubter Erbringung von Zahlungsdienstleistungen und den Angeklagten M. C. zudem wegen unerlaubten Besitzes einer Schusswaffe in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Munition (LG Hamburg, 1. Dezember 2022, 618 Kls 6/20). Die auf die Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten H. C. und A. C. hatten nur im geringen Umfang Erfolg wegen Einstellungen einzelner Taten. Im Übrigen waren ihre Rechtsmittel unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. Die Revisionen der Angeklagten S. K., B. K. und M. C. waren in vollem Umfang unbegründet (BGH, Beschluss vom 27. April 2023 – 5 StR 213/22 –, Rn. 1, juris).

Weitere Hindernisse der Praxis im anderen Gewand wurden durch Herrn Steffen Brauer, Richter am Landgericht Hamburg (zzt. abgeordnet zum Bundesgerichtshof, Leipzig), bezüglich ausländischer Vortaten, insbesondere hinterzogener ausländischer Steuern, skizziert. Das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 8 StGB (i.d.F. bis zum

17.3.2021) ist abstrakt zu beurteilen. Maßgeblich ist somit, ob die ausländische Hinterziehungstat, wäre sie in Deutschland gegenüber den deutschen Steuerbehörden begangen worden, nach deutschem Steuerstrafrecht strafbar wäre (OLG Koblenz, Beschluss vom 7. Dezember 2023 – 1 Ws 22/23, BeckRS 2023, 43041, beck-online). Wobei der Gesetzgeber mit der Änderung des § 261 Abs. 8 StGB am 18.03.2021 deutlich machte, dass es im Fall einer Nichtanwendbarkeit des deutschen Strafrechts für eine im Ausland begangene Vortat für die Gleichstellung bedürfe, dass eine entsprechende Vortat bei hypothetischer Anwendung des deutschen Strafrechts und erforderlichenfalls auch sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts eine rechtswidrige Tat nach § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB wäre. Weiterhin gelte Absatz 9 auch für den Fall, dass auf die im Ausland begangene Vortat deutsches Strafrecht anwendbar sei, wenn bei sinngemäßer Umstellung des Auslandssachverhalts eine rechtswidrige Tat vorliegen würde (BT-Drs. 19/26602, S. 8).

Losgelöst von den rechtlichen Fallstricken verdeutlichte Herr Holger Thiel, Verbindungsbeamter der Financial Intelligence Unit (FIU), wie sich der Weg von der Geldwäscheverdachtsanzeige bis zur Verdichtung des Tatverdachts bahnt und machte eindrücklich, wo die Möglichkeiten, aber auch die Grenzen der Untersuchung verdächtiger Transaktionen liegen. Es wurde der Weg der Verdachtsanzeige der Bank durch die Organisation der FIU dargestellt, wobei insbesondere auf die Vorschriften des Geldwäschegesetzes (GwG) und deren Schnittstellen zur Justiz eingegangen wurde. Auffällig war die enorme Potenzierung der Fälle in den letzten Jahren. 2011 waren es lediglich 13.544 Verfahren, 2023 bereits 322.590.

Herr Staatsanwalt Dr. Uriel Möller, zzt. abgeordnet an die Generalstaatsanwaltschaft des Landes Brandenburg, griff mit seinem Vortrag „Hoher Gewinn ohne persönlichen Aufwand“ – Der Finanzagent im Rahmen des § 261 StGB“ nochmal die hohe Dynamik in der Rechtsprechung und den Wandel in der Gesetzgebung nunmehr unter Berücksichtigung kriminologischer Aspekte auf. Dies wurde anhand der zwei klassischen Fälle der Finanzagenten, dem „App-Tester“ und dem „Lovescam-Opfer“, dargetan. Auch das durch die Gesetzesänderung im Lichte des „All-Crime-Ansatzes“ entstandene Spannungsfeld zwischen der Hehlerei und der Geldwäsche wurde eingehend erörtert. Das in diesen besagten Fällen auftretende Massendelikt „Geldwäsche“ fand mithin entsprechendes Gehör.

Interdisziplinär, wie Tagungen der WisteV bewusst aufgebaut sind, wurde in der Veranstaltung ein Blick der Justiz und der Rechtsanwaltschaft auf das Spannungsfeld „Rechtsanwälte und die Gefahr der Geldwäsche“ gelegt. Frau RichterIn am Landgericht Hamburg, Dr. Marie Kuntz LL.M. (King's College London), legte die rechtlichen Grundlagen der Strafbarkeit, die Qualifikation aus § 261 Abs. 4 StGB sowie die Anforderungen aus § 2 Abs. 1 Nr. 10 GWG dar, wobei die Abgrenzung zur Selbstgeldwäsche aus Absatz 7 sowie eine Beteiligung an der Vortat erfolgen müsse. Tatsächlich problematisch bleibt jedoch der Tatnachweis. § 43 Abs. 2 GWG sieht vor, dass abweichend von Absatz 1 Verpflichtete nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 GWG nicht zur Meldung verpflichtet sind, wenn sich der meldepflichtige Sachverhalt auf Informationen bezieht, die sie im Rahmen von Tätigkeiten der Rechtsberatung oder Prozessvertretung erhalten haben. Daher ist bereits ein Trichter aus dem Täterkreis (nur Verteidiger), der Tathandlung (verschaffen – Nr. 3 – oder verwenden – Nr. 4 –) und dem Tatobjekt (nur Honorar) zum Nachweis der Tat geschaffen.

Die Verteidigerperspektive nahm Herr Rechtsanwalt Dr. Max Schwerdtfeger, Hamburg, ein, und nahm er auf die Rechtsprechung des BVerfG 2004 Bezug, die eine Strafbarkeit der Geldwäsche nur bei Kenntnis der inkriminierten Herkunft zulässt (BeckRS 2004, 21424, Rn. 60 ff.). Mit Blick auf § 73b StGB gelangt er, wie auch Herr Fischer, zur Auffassung, dass dieser einer verfassungskonformen Auslegung bedürfe (Fischer, 71. Aufl. 2024, § 261 Rz. 47 und § 73b Rn. 11a). Im Übrigen wurde in der Diskussion jedoch differenziert betrachtet, ob es einer weiteren Einschränkung des Tatbestandes durch verfassungskonforme Auslegung bedürfe.

Die Beleuchtung aktueller Themen des Wirtschaftsstrafrechts aus den Blickwinkeln verschiedener Rechtsanwender und die regelmäßige Möglichkeit zum gemeinsamen (Erfahrungs-) Austausch fördert aus Sicht der Veranstaltungsorganisatoren und der Verfasserin die Auseinandersetzung mit aktuellen Problemfeldern und trägt nachhaltig zu einer interessengerechten Rechtsanwendung bei. Daher kann man sich bereits auf eine weitere Veranstaltung in 2025 freuen.