

02.2024

13. Jahrgang | Juni 2024

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

Rechtsanwalt Dr. Marius Haak und Joshua Pawel, LL.M.,
beide Dortmund

**Umweltkriminalität im Visier der EU – Richtlinie
zum strafrechtlichen Schutz der Umwelt** 60

Rechtsanwältin Dr. Laura Louca und Wiss.Mit. Michael Gründer,
beide Berlin

**Error in AWR – Strafbestimmungen und ihre
Irrtumskonstellationen in außenwirtschaftlichen
Sachverhalten** 66

INTERNATIONALES

Wiss.Mit. Nils Stahnke, Bonn

**Der transnationale Strafklageverbrauch im
europäischen Steuerstrafrecht** 71

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwalt Serkan Erdogan, Berlin

**Herausgabe von Passwörtern zu Beschleunigung
der Durchsicht von Datenträgern – Entscheidungs-
anmerkung zu AG Hamburg, Beschluss vom
30. März 2023, Az: 162 Gs 2237/21** 77

Rechtsanwalt Dr. Elias Schönborn, Wien,
und Mag. Jan Uwe Thiel, LL.B., Graz

**Österreichischer Verfassungsgerichtshof:
Gesetzliche Regelungen zur Handy-Sicher-
stellung sind verfassungswidrig** 79

AUFsätze UND KURZBEITRäge

Rechtsanwalt Dr. Marius Haak und Joshua Pawel, LL.M.,
beide Dortmund

**Umweltkriminalität im Visier der EU – Richtlinie
zum strafrechtlichen Schutz der Umwelt** 60

Rechtsanwältin Dr. Laura Louca und Wiss.Mit. Michael Gründer,
beide Berlin

**Error in AWR – Strafbestimmungen und ihre
Irrtumskonstellationen in außenwirtschaftlichen
Sachverhalten** 66

INTERNATIONALES

Wiss.Mit. Nils Stahnke, Bonn

**Der transnationale Strafklageverbrauch im
europäischen Steuerstrafrecht** 71

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwalt Serkan Erdogan, Berlin

**Herausgabe von Passwörtern zu Beschleunigung
der Durchsicht von Datenträgern – Entscheidungs-
anmerkung zu AG Hamburg, Beschluss vom
30. März 2023, Az: 162 Gs 2237/21** 77

Rechtsanwalt Dr. Elias Schönborn, Wien,
und Mag. Jan Uwe Thiel, LL.B., Graz

**Österreichischer Verfassungsgerichtshof:
Gesetzliche Regelungen zur Handy-Sicher-
stellung sind verfassungswidrig** 79

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert.

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht 88

VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Wiss.Mit. Hanna Knaut und Stud.iur. Jasmin Schäfer, beide Berlin

**„Behörden zwischen Verwaltungs- und Verfolgungs-
tätigkeit: Der Rollentausch als besondere
Herausforderung für die Verteidigung“** 93

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 Email. 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.wi-j.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

Rechtsanwalt Dr. Marius Haak und
Rechtsanwalt Joshua Pawel, LL.M., beide Dortmund

Umweltkriminalität im Visier der EU – Richtlinie zum strafrechtlichen Schutz der Umwelt vom Rat beschlossen

Im vergangenen Jahrzehnt rückte die Bekämpfung der Umweltkriminalität auch mit den Mitteln des Strafrechts zunehmend in den Fokus. Dies kommt sicherlich nicht von ungefähr. Wurden sie in grauer Vergangenheit regelmäßig noch als „Kavaliersdelikte“ abgetan, haben sich Umweltstraftaten auf internationaler Ebene zwischenzeitlich zum drittgrößten Kriminalitätssektor „gemausert“.¹ Hiermit nahm auch die Kritik an der seit 2008 bestehenden EU-Richtlinie² zur Bekämpfung von Umweltkriminalität zu.³ Moniert wurde u. a. eine lückenhafte strafrechtliche Durchsetzung des Umweltschutzes durch die Mitgliedstaaten.⁴ Als Reaktion präsentierte die EU-Kommission im Dezember 2021 einen neuen Richtlinien-vorschlag zur Verschärfung des strafrechtlichen Schutzes der Umwelt.⁵ Der folgende Beitrag setzt sich mit den wesentlichen Vorschriften der am 20. Mai 2024 in Kraft getretenen Richtlinie und ihren Auswirkungen auf das deutsche Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht auseinander.

¹ Momsen/Sandbrink ZRP 2023, 76.

² Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.11.2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt.

³ Vgl. Erwägungsgrund 4 der Umwelt-Richtlinie.

⁴ „Trotz der bestehenden Richtlinie haben die grenzübergreifenden Ermittlungen und Verurteilungen bei Umweltdelikten EU-weit nicht wesentlich zugenommen. Die Zahl der Umweltraftaten steigt hingegen jährlich um 5-7 % weltweit [...]“ (vgl. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_5817, zuletzt abgerufen am 28.05.2024.)

⁵ Europäische Kommission, 15.12.2021, Vorschlag zur Ersetzung der Richtlinie 2008/99/EG; siehe auch zum Vorschlag der Europäischen Kommission Köllner/Otto NZI 2022, 602 ff.; Püschel Newsdienst Compliance 2023, 410431 ff.

⁶ Artikel ohne Gesetzesangabe sind solche der Umweltrichtlinie.

⁷ Momsen/Sandbrink ZRP 2023, 76.

⁸ Momsen/Sandbrink ZRP 2023, 76.

⁹ Momsen/Sandbrink ZRP 2023, 76.

¹⁰ Vgl. Meyer/Boes ESGZ 2024, 4, 6.

¹¹ Neben diesen „Kernvorschriften des Umweltstrafrechts“ finden sich weitere umweltstraf- und -bußgeldrechtliche Regelungen in zahlreichen Bundes- und Landesgesetzen. Siehe dazu die nicht abschließende Auflistung in den Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV), Nr. 268.

¹² Die Mitgliedstaaten sind insbesondere frei in ihrer Entscheidung, zusätzlich zu den in Art. 3 Abs. 2 aufgeführten Umweltraftaten weitere Handlungen zum Schutz der Umwelt unter Strafe zu stellen.

¹³ Der EU-Gesetzgeber verzichtete bewusst auf die Aufnahme eines „Ökozid“-Auffangtatbestandes, weshalb der Katalog der Umweltraftaten besonders umfangreich ausfiel, Momsen/Sandbrink ZRP 2023, 76, 78.

A. Wesentliche Vorschriften der Umwelt-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung

Art. 1 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt und zur Ersetzung der Richtlinien 2008/99/EG und 2009/123/EG („Umwelt-Richtlinie“)⁶ ruft das hehre Ziel der Sicherstellung eines „wirksameren Umweltschutz[es]“ aus. Erreicht werden soll dieses Ziel durch die Festlegung EU-weiter (Mindest-) Rahmenbedingungen für Umweltstraftatbestände und Sanktionen („Klimafolgen(straf)recht“) und die Definition von (Compliance-)Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Umweltkriminalität („Klimapräventions-(straf)recht“⁸). Wenngleich die Richtlinie die Mitgliedstaaten dabei allein im Hinblick auf das von ihr verfolgte Ziel bindet, die Art und Weise der Zielerreichung bzw. Umsetzung indes den nationalen Gesetzgebern überlassen bleibt, sind ihre Auswirkungen auf das nationale (Umwelt-)Strafrecht und dessen Durchsetzung durchaus nicht unerheblich. So wird durch die Umwelt-Richtlinie nicht weniger als ein Wandel von dem bestehenden Umweltstrafrecht hin zu einem erweiterten Klimastrafrecht eingeläutet.⁹

I. Straftaten, Begehungsformen und Verantwortlichkeiten

Diese Auswirkungen machen sich zunächst bei der Anzahl der mit Kriminalstrafe zu belegenden Handlungen bemerkbar.¹⁰ Während die Vorgängerrichtlinie ursprünglich „nur“ neun strafbare Handlungen gegenüber der Umwelt vorsah, haben nun 20 solcher Handlungen Einzug in die Umwelt-Richtlinie gefunden. In der Konsequenz wird der deutsche Gesetzgeber in die Pflicht genommen, das bestehende, im Wesentlichen in §§ 324 ff. StGB¹¹ geregelte, umweltstrafrechtliche Regelungsregime – in Teilen – anzupassen und um einige weitere Straftatbestände zu ergänzen.

Art. 3 Abs. 2 enthält einen – gemäß Art. 3 Abs. 5 nicht abschließenden¹² – durchaus umfangreichen¹³ – Katalog künftiger zu ahndender Umweltraftaten:

Bereits in der Vorgängerrichtlinie enthaltene (und teilweise überarbeitete) Straftatbestände:

1. Luft-, Boden- und Wasserverschmutzung bzw. Ökosystemschädigung (lit. a);
2. Sammlung, Beförderung und Behandlung von speziellen Abfällen, inkl. der betrieblichen Überwachung, der Nachsorge von Beseitigungsanlagen und der Handlungen von Händlern und Maklern (lit. f);
3. Verbringung von Abfällen (lit. g);
4. Betreiben oder Schließen von umweltgefährdenden Anlagen (lit. j);
5. Herstellung, Erzeugung, Verarbeitung etc. von radioaktivem Material (lit. l);
6. Tötung, Zerstörung, Entnahme, Besitz, Verkauf oder anbieten zum Verkauf von geschützten wildlebenden geschützten Tier- und Pflanzenarten (lit. n);
7. Handel und Einfuhr von (Teilen oder Erzeugnissen) von geschützten Tier- und Pflanzenarten (lit. o);

8. Erhebliche Schädigung des Lebensraumes einer besonders geschützten Tierart oder erhebliche Störung solcher Tierarten (lit. q);
9. Herstellung, Inverkehrbringen, Einfuhr, Ausfuhr, Verwendung oder Freisetzung ozonabbauender Stoffe bzw. Erzeugnissen die solche Stoffe enthalten (lit. s).

Neu hinzugekommene Straftatbestände:

10. Inverkehrbringen umweltschädlicher Erzeugnisse (lit. b);
11. Herstellung, Inverkehrbringen etc. von gefährlichen Stoffen (lit. c);
12. Herstellung, Verwendung etc. von Quecksilber (lit. d);
13. Durchführung bestimmter Projekte ohne Genehmigung (lit. e);
14. Recycling von Schiffen (lit. h);
15. Errichten, Betreiben und Abbauen von Offshore-Erdöl- und Erdgasanlagen (lit. k);
16. Entnahme von Oberflächen- oder Grundwasser (lit. m);
17. Inverkehrbringen, Bereitstellen oder Ausführen von illegal geschlagenen Hölzern (lit. p);
18. Verbringen, Haltung, Zucht, Freisetzen etc. invasiver Tierarten (lit. r).
19. Herstellung, Inverkehrbringen, Einfuhr, Ausfuhr, Verwendung oder Freisetzung fluorierter Treibhausgase (lit. t).

Gemäß Art. 4 sollen die Anstiftung oder die Beihilfe zu jeglicher Umweltstraftat strafbar sein. Eine Versuchsstrafbarkeit, die in der Vorgängerrichtlinie noch nicht vorgesehen war, soll nunmehr lediglich bei den Umweldelikten des Art. 3 Abs. 2 lit. e), lit. h), lit. n) und lit. q) ausscheiden. Erwägungsgrund 7 stellt im Übrigen klar, dass aktives Tun und Unterlassen im Anwendungsbereich der Umwelt-Richtlinie gleichermaßen geahndet werden sollen.

1. Einfluss auf das deutsche Umweltstrafrecht – Alles neu?

Es ist beileibe nicht so, dass die bisherige Regelungsdichte im Umweltstrafrecht als dünn bezeichnet werden könnte. Maßgeblich vorangetrieben durch die Bestrebungen des EU-Gesetzgebers finden sich inzwischen an unterschiedlichster Stelle im deutschen Kern- und Nebenstrafrecht Strafvorschriften, die einzelne Aspekte der Umweltrichtlinie – teils gar in Gänze – adressieren.

Zu den wesentlichen Bestimmungen zählen u. a. der Tatbestand des Freisetzens ionisierender Strahlen gemäß § 311 StGB, aber auch und insbesondere die Straftatbestände der Gewässer-, Boden- und Luftverunreinigung (§§ 324, 324a, 325 StGB), der Tatbestand des unerlaubten Umgangs mit Abfällen (§ 326 StGB), die Strafvorschriften der §§ 18a, 18b AbfVerbrG, das unerlaubte Betreiben von Anlagen (§ 327 StGB), der unerlaubte Umgang mit gefährlichen Stoffen (§ 328 StGB) und die Gefährdung schutzbedürftiger Gebiete (§ 329 StGB), die Straftatbestände der §§ 27 ChemG, 13 ChemVerbotsV sowie die Strafvorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes (§§ 71, 71a BNatSchG).

Der umfangreiche Katalog des Art. 3 Abs. 2 lit. a) bis t) wird den Gesetzgeber nichtsdestotrotz vor einige Herausforderungen stellen:

Unter Strafe gestellt sein soll künftig gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. a) die vorsätzliche oder zumindest „grob fahrlässige“ (vgl. Art. 3 Abs. 4) Einleitung, Abgabe oder Einbringung einer Menge von Materialien oder Stoffen, Energie oder ionisierender Strahlung in die Luft, den Boden oder das Wasser, die den Tod oder eine schwere Körperverletzung von Personen oder erhebliche Schäden hinsichtlich der Luft-, Boden- oder Wasserqualität oder erhebliche Schäden an einem Ökosystem, Tieren oder Pflanzen verursacht oder dazu geeignet ist, dies zu verursachen. Insofern dürfte sich der Gesetzgeber zwar nicht gezwungen sehen, grundlegenden Gesetzesänderungen vorzunehmen. Gleichwohl wird sich ein punktueller Ergänzungsbedarf insoweit ergeben, als Art. 3 Abs. 2 lit. a) als Tathandlung auch das Einbringen von „Energie“ genügen lässt.¹⁴ Darüber hinaus sieht Art. 3 Abs. 2 lit. a) vor, dass die Tathandlungen erhebliche Schäden an einem Ökosystem¹⁵ verursachen oder hierzu jedenfalls geeignet sein müssen.

Die Umwelt-Richtlinie setzt allerdings nur Mindeststandards, sodass der nationale Gesetzgeber durchaus auf die Umsetzung von Merkmalen mit tatbestandsbegrenzender Funktion verzichten kann. Es bleibt daher abzuwarten, ob das Merkmal der erheblichen Schädigung eines Ökosystems bzw. Schädigungseignung Eingang in die Tatbestände der §§ 324 ff. StGB findet. Ebenso gut denkbar erscheint, dass der Gesetzgeber hierauf verzichtet, die Richtlinie insofern „überschießend“ umgesetzt wird.

Demgegenüber wird der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung von Art. 3 Abs. 2 lit. b) i. V. m. Art. 3 Abs. 4 gesteigerten Aufwand entfalten müssen.¹⁶ Strafbar soll danach das vorsätzliche oder zumindest grob fahrlässige Inverkehrbringen von Erzeugnissen sein, sofern gegen ein Verbot oder eine andere Anforderung zum Schutz der Umwelt verstoßen wird und die Verwendung des Erzeugnisses in einem größeren Umfang zumindest dazu geeignet ist, den Tod oder eine schwere Körperverletzung von Personen oder erhebliche Schäden u. a. hinsichtlich der Luft-, Boden- oder Wasserqualität oder an einem Ökosystem zu verursachen. Die Regelung des EU-Gesetzgebers geht damit weit über den Tatbestand der Luftverunreinigung gemäß § 325 StGB hinaus.¹⁷ Es handelt sich vielmehr um einen produktstrafrechtlichen abstrakten Gefährdungstatbestand, der sogar weiter als die zivilrechtliche Produkthaftung ist, die die bloße Gefährdung von Leib oder Leben nicht erfasst.¹⁸ Zu Recht wurde daher bereits im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens kritisiert, dass die Regelung die Trennlinien zwischen dem Produkt- und dem Umweltstrafrecht verschwimmen lässt.¹⁹ So wies auch der Bundesrat

¹⁴ Busch wistra 2024, R8, R9.

¹⁵ Nach Erwägungsgrund 13 der Umweltrichtlinie soll der Begriff „Ökosystem“ als dynamisches komplexes Wirkungsgefüge von Pflanzen-, Tier-, Pilz- und Mikroorganismengemeinschaften und ihrer abiotischen Umwelt verstanden werden, die eine funktionelle Einheit bilden, und Lebensraumtypen, Lebensräume von Arten und Artenpopulationen umfassen.

¹⁶ Stein des Anstoßes für diese Regelung dürften aus Sicht der EU-Kommission die sog. „Diesel-Fälle“ gewesen sein.

¹⁷ Busch wistra 2022, R8, R9.

¹⁸ Busch wistra 2022, R8, R9.

¹⁹ DAV-Stellungnahme-Nr. 52/2022 (August 2022), S. 8.

explizit darauf hin, dass Art. 3 Abs. 2 lit. b im Widerspruch zu dem deutschen Regelungsansatz steht, der auf eine allgemeine Strafvorschrift zur Produktverantwortlichkeit und zur Verursachung bloßer Gefährdungen von Leib und Leben verzichtet.²⁰

Auch mit Blick auf die Regelung des Art. 3 Abs. 2 lit. e wird der Gesetzgeber zum Handeln aufgefordert. Danach soll die Durchführung bestimmter Projekte im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2011/92/EU²¹ ohne Vorliegen der erforderlichen Genehmigung strafbar sein, sofern die Projektdurchführung zumindest dazu geeignet ist, der Umwelt erheblichen Schaden zuzufügen. Problematisch ist insofern, dass Art. 1 Abs. 2 lit. a dieser Richtlinie bereits „die Errichtung von baulichen oder sonstigen Anlagen“ als „Projekt“ definiert. Damit geht Art. 3 Abs. 2 lit. e über den Regelungsgehalt der §§ 325, 325a, 327, 329 StGB hinaus, die den „Betrieb“ und nicht schon die „Errichtung“ einer Anlage verlangen.²²

Ferner dürfte der Gesetzgeber der Praxis des sog. Beachings²³ künftig einen eigenen Straftatbestand widmen müssen. Denn Art. 3 Abs. 2 lit. h sieht vor, dass das Recycling von Schiffen im Rahmen des Anwendungsbereichs der EU-Schiffsrecycling-Verordnung²⁴ künftig strafbar sein soll, wenn die betreffende Handlung den in Art. 6 Abs. 2 lit. a der Schiffsrecycling-Verordnung aufgeführten Anforderungen widerspricht.

Ebenfalls Anpassungsbedarf lösen die Vorgaben der Umwelt-Richtlinie zur Strafbarkeit u. a. der Tötung, Zerstörung und Entnahme von wildlebenden geschützten Tier- und Pflanzenarten (Art. 3 Abs. 2 lit. n) aus. So sehen die §§ 71, 71a BNatSchG bereits jetzt Straftatbestände vor, die sich auf den verbotswidrigen Umgang mit Tieren (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG) oder Pflanzen (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 BNatSchG) einer streng bzw. besonders streng geschützten Art beziehen. Bis dato nimmt § 7 Abs. 1 Nr. 13 lit. b und Nr. 14 lit. b) BNatSchG lediglich Anhang IV der Richtlinie 92/43EWG²⁵ („FFH-Richtlinie“) in Bezug. Art. 3 Abs. 2 lit. n verweist hingegen weitergehend auch auf Anhang V der FFH-Richtlinie. Darüber hinaus referenziert Art. 3 Abs. 2 lit. n nunmehr auf Art. 1 der EU-Vogelschutzrichtlinie²⁶, was zu einer Ausdehnung der Strafbarkeit auf sämtliche wild lebenden Vogelarten, die in Europa heimisch sind, führt.²⁷

Darüber hinaus wird der nationale Gesetzgeber auch mit Blick auf die weiteren Tatbestände der Umwelt-Richtlinie, darunter die Regelungen zur Entnahme von Oberflächen- oder Grundwasser (Art. 3 Abs. 2 lit. m), dem Inverkehrbringen, Bereitstellen oder Ausführen von illegal geschlagenen Hölzern (Art. 3 Abs. 2 lit. p) und dem Umgang mit fluorierten Treibhausgasen (Art. 3 Abs. 2 lit. t), tätig werden müssen.

Hervorzuheben ist schließlich die Regelung des Art. 3 Abs. 3 der Umweltrichtlinie. Als „qualifizierte Straftaten“ sollen danach Handlungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 anzusehen sein, durch die ein besonderes Ökosystem²⁸, ein besonderer Lebensraum oder die Luft-, Boden- oder Wasserqualität zerstört bzw. irreversibel oder dauerhaft großflächig und erheblich geschädigt wird.²⁹ In Umsetzung dieser Vorgaben könnte der Gesetzgeber gesonderte Qualifikationstatbestände schaffen.³⁰ Ebenso denkbar erscheint, dass Art. 3 Abs. 3

in Gestalt eines besonders schweren Falles einer Umweltstraftat Eingang in das nationale Recht findet, etwa in § 330 StGB.³¹

2. Verwaltungsakzessorietät und Rechtswidrigkeitsdefinition

Der EU-Gesetzgeber verlangt für die Verwirklichung sämtlicher Umweltstraftatbestände das Vorliegen einer rechtswidrigen Handlung. Erwägungsgrund 9 der Richtlinie stellt dabei klar, dass eine Handlung primär dann rechtswidrig ist, wenn sie

- gegen solches Unionsrecht verstößt, das zur Verwirklichung eines der in Art. 191 Abs. AEUV genannten Ziele der EU-Umweltpolitik beiträgt;
- gegen nationale Rechts- oder Verwaltungsvorschriften eines Mitgliedstaates oder Beschlüsse einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaates verstößt, die diesem Unionsrecht Wirkung verleihen.

Weitergehend bestimmt Erwägungsgrund 10, dass eine Handlung selbst dann rechtswidrig sein soll, wenn sie zwar auf Grundlage einer von der zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats ausgestellten Genehmigung vorgenommen wird, die Genehmigung aber

- auf betrügerische Weise,
- durch Korruption, Erpressung oder Zwang erlangt wurde³²
- oder offensichtlich gegen einschlägige materiellrechtliche Voraussetzungen verstößt.

²⁰ BR-Drs. 27/22, S. 3.

²¹ Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten.

²² DAV-Stellungnahme-Nr. 52/2022 (August 2022), S. 9; ebenso: BR-Drs. 27/22, S. 3.

²³ Vgl. dazu instruktiv Altenburg/Kremer wistra 2023, 133 ff.; Elsner NStZ 2023, 135 ff.; Saliger NStZ 2023, 585 ff.

²⁴ Verordnung (EU) Nr. 1257/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 2013 über das Recycling von Schiffen und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1013/2006 und der Richtlinie 2009/16/EG.

²⁵ Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen.

²⁶ Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten.

²⁷ So auch BR-Drs. 27/22, S. 5.

²⁸ Kleinere Einheiten wie ein Bienenstock, ein Ameisenhaufen oder ein Baumstumpf können Teil eines Ökosystems sein, sollen für die Zwecke der Richtlinie indes nicht als eigenständiges Ökosystem betrachtet werden, vgl. Erwägungsgrund 13.

²⁹ Erwägungsgrund 21 der Umwelt-Richtlinie stellt klar, dass die „qualifizierten Straftaten“ des Art. 3 Abs. 3 mit strengeren Sanktionen zu belegen sind.

³⁰ Vgl. zu dieser Möglichkeit der Umsetzung Busch wistra 2024, R8, R10.

³¹ Vgl. zu dieser Möglichkeit der Umsetzung Burgert/Veljovic ZUR 2023, 156, 160.

³² Insofern entspricht die Richtlinie der Regelung des § 330 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

An letztgenannter Stelle geht die Richtlinie über § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB hinaus, da bereits jede offensichtliche materielle Rechtswidrigkeit dazu führen soll, dass eine tatbestandsausschließende Wirkung der Genehmigung ausscheidet. Hingegen wird nach derzeitiger Rechtslage allein nichtigen Verwaltungsakten i. S. d. § 44 VwVfG diese Wirkung abgesprochen.³³ Dabei sind die Anforderungen an die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes gemäß § 44 VwVfG strenger. Denn verlangt wird ein besonders schwerwiegender und gleichsam offensichtlicher Fehler.

Darüber hinaus soll Rechtswidrigkeit vorliegen, wenn die sich aus einer Genehmigung ergebenden Verpflichtungen nicht eingehalten werden.

3. Begehungsformen

Die Mehrzahl der in der Richtlinie bezeichneten Handlungen soll sowohl bei (bedingt³⁴) vorsätzlicher als auch bei grob fahrlässiger Begehungsweise strafbar sein (Art. 3 Abs. 4). Der durch den Richtliniengeber verwendete Terminus der „groben Fahrlässigkeit“ dürfte der im deutschen Strafrecht angelegten „Leichtfertigkeit“ entsprechen.

Die Umweltstraftaten der §§ 324 ff. StGB pönalisieren indes sogar die „einfache“ Fahrlässigkeit. Hier geht das deutsche Strafrecht somit über die Anforderungen der Umwelt-Richtlinie hinaus. Ob der deutsche Gesetzgeber diese Linie beibehalten und auch bei den neu zu schaffenden Straftatbeständen fahrlässige und nicht nur leichtfertige Begehungsweisen unter Strafe stellen wird, bleibt abzuwarten. Vor dem Hintergrund der erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit im Bereich der Umweltkriminalität und des damit verbundenen erhöhten Risikos, gerade im unternehmerischen Bereich den objektiven Tatbestand eines der genannten Delikte zu erfüllen, wäre eine maßvolle Umsetzung der Richtlinie auf subjektiver Tatbestandsebene wünschenswert.

4. Verantwortlichkeiten

Neben natürlichen sollen auch juristische Personen für Umweltstraftaten verantwortlich gemacht werden können (Art. 6). Die Straftat muss dabei von einer Person, die eine leitende Stellung innerhalb dieser juristischen Person innehat, zugunsten der juristischen Person begangen worden sein (Art. 6 Abs. 1). Auch Aufsichtspflichtverletzungen von Leitungspersonen sollen geahndet werden können (Art. 6 Abs. 2). Diese Anforderungen der Umwelt-Richtlinie dürfte Deutschland durch die Normtrias der §§ 9, 30, 130 OWiG erfüllen. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass die Umsetzung der Umwelt-Richtlinie und weiterer Richtlinien, die eine Verschärfung und Harmonisierung des Strafrechts in den EU-Mitgliedstaaten zum Ziel haben, mittelfristig die Diskussion um ein deutsches Verbandssanktionenrecht erneut anfeuern wird. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der von der Umwelt-Richtlinie vorgesehenen Sanktionen für juristische Personen (vgl. hierzu sogleich unter Abschnitt A. II. 2.).

II. Sanktionen und Maßnahmen

Nicht nur auf Ebene der Tatbestände, auch auf Rechtsfolgenebene wird die Richtlinie Auswirkungen auf das nationale Recht zeitigen. Getragen von dem Abschreckungsgedanken sollen die im Falle der Begehung von Umweltstraftaten drohenden Sanktionen erheblich verschärft werden. Die Umweltrichtlinie unterscheidet dabei – wie bereits die Vorgängerrichtlinie – zwischen den gegenüber natürlichen (Art. 5) und juristischen Personen (Art. 7) zu verhängenden Sanktionen, wobei die Vorgängerrichtlinie keine konkreten (Mindest-)Sanktionen vorsah.³⁵

1. Sanktionen gegen natürliche Personen

Art. 5 Abs. 2 legt für die in Art. 3 Abs. 2 bis 4 enumerativ aufgeführten Umweltstraftaten Mindest-Höchstfreiheitsstrafen von drei, fünf, acht bzw. zehn Jahren fest.

Dem deutschen (Umwelt-)Strafrecht sind diese Sanktionsstufen indes fremd. Vielmehr sieht es üblicherweise Freiheitsstrafen von bis zu einem, zwei, drei, fünf oder zehn Jahren vor. Es dürfte daher naheliegen, dass – will der Gesetzgeber die bisherige Strafrahmensystematik des StGB nicht durchbrechen³⁶ – er die für Straftaten gemäß Art. 3 Abs. 3 vorgesehene Mindest-Höchststrafe von acht Jahren überschießend (zehn Jahre) umsetzt.

Neben den obligatorischen „Primärsanktionen“ sollen die Mitgliedstaaten gem. Art. 5 Abs. 3 – optional – sicherstellen, dass verschiedene zusätzliche strafrechtliche oder außerstrafrechtliche Sanktionen oder Maßnahmen verhängt werden können. Neben Geldstrafen oder Geldbußen zählen dazu etwa der Verlust der Amtsfähigkeit, das Verbot in bestimmten Unternehmen Leitungspositionen einzunehmen und die Entziehung von Genehmigungen und Zulassungen.

Darüber hinaus sollen natürlichen Personen verpflichtet werden können, den vorherigen Zustand der Umwelt wiederherzustellen oder bei irreversiblen Schäden eine Entschädigung zu zahlen. In hinreichend begründeten Ausnahmefällen soll gar ein „Naming and Shaming“ in der Form möglich sein, dass gerichtliche Entscheidungen unter Nennung personenbezogener Daten veröffentlicht werden.³⁷ Der deutsche Gesetzgeber wird daher ggf. eine Regelung zur Veröffentlichung von Informationen aus Gerichtsverfahren zu treffen haben.

Nach Maßgabe der Umwelt-Richtlinie müssen die vorgeannten optionalen Sanktionen nicht zwingend durch das

³³ Leipold, in: Volk/Beukelmann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl. 2020, § 29 Rn. 14, 19.

³⁴ Erwägungsgrund 26 der Richtlinie stellt klar, dass dolus eventualis als Vorsatzform ausreicht.

³⁵ Momsen/Sandbrink ZRP 2023, 76, 77.

³⁶ Vgl. Busch wistra 2022 R8, R10, der zutreffend darauf hinweist, dass sich die vorgesehenen Staffelung in die deutsche Strafrahmensystematik nicht einfügen lässt.

³⁷ Vgl. Erwägungsgrund 44; zur berechtigten Kritik an dieser Regelung siehe DAV-Stellungnahme-Nr. 52/2022 (August 2022), S. 17.

Tatgericht selbst verhängt werden. Vielmehr lässt es Erwägungsgrund 42 genügen, dass eine andere zuständige Behörde unterrichtet wird und sodann im Einklang mit den nationalen Verfahrensvorschriften tätig wird.³⁸

Schließlich sieht Art. 10 der Richtlinie die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen vor. Dabei sollen die Mitgliedstaaten die Möglichkeit in Betracht ziehen, eingezogene Vermögensgegenstände „zur Finanzierung der Wiederherstellung der Umwelt, zur Behebung von Schäden oder zum Ausgleich von Umweltschäden im Einklang mit dem nationalen Recht zu verwenden“, also zweckgerichtet.

2. Sanktionen gegen juristische Personen

Auch im Hinblick auf die gegen juristische Personen zu verhängenden Sanktionen unterscheidet der Richtliniengeber in Art. 7 Abs. 2 zwischen optionalen und zwingenden Rechtsfolgen.³⁹

Optional sind danach u. a. der Ausschluss von öffentlichen Zuwendungen oder Hilfen (lit. b), das vorübergehende oder dauerhafte Verbot der Ausübung einer Geschäftstätigkeit (lit. d), die gerichtlich angeordnete Auflösung der Gesellschaft (gesellschaftsrechtliche „Todesstrafe“ (lit. g) und die Pflicht zur Einrichtung eines Umwelt-Compliance-Management-Systems (lit. i).⁴⁰ Dass der deutsche Gesetzgeber diese optionalen Sanktionen vollumfänglich umsetzen wird, ist zwar nicht überwiegend wahrscheinlich, aber auch nicht ausgeschlossen, insbesondere wenn es einen neuen Anlauf zu einem Verbandsstrafengesetz geben sollte. Denn auch dort war in einem ersten Entwurf noch die Verbandsauflösung angelegt.

Zwingende Rechtsfolge ist hingegen die Verhängung einer Unternehmensgeldbuße. Für bestimmte schwere Straftaten sieht Art. 7 Abs. 3 lit. a) dabei die Verhängung einer Mindest-Höchstgeldbuße von fünf Prozent des weltweiten Gesamtumsatzes oder einem Betrag in Höhe von EUR 40 Mio. vor. Für weniger gravierende Umweltstraftaten darf das Höchstmaß der Geldbuße drei Prozent des weltweiten Gesamtumsatzes oder einen Betrag in Höhe von EUR 24 Mio. nicht unterschreiten (Art. 7 Abs. 3 lit. b). Es soll dabei auf das Geschäftsjahr, das der Straftat oder der gerichtlichen (Sanktions-)Entscheidung vorausgeht, abgestellt werden.⁴¹

Vor diesem Hintergrund ist der deutsche Gesetzgeber gezwungen, das bisherige System der Bußgeldbemessung gemäß § 30 Abs. 2 OWiG anzupassen. Denn danach beträgt die Geldbuße im Falle einer vorsätzlichen Straftat im Grundsatz maximal EUR 10 Mio. Auch sieht § 30 OWiG nicht die Verhängung einer umsatzbezogenen (Unternehmens-)Geldbuße vor.⁴² Entweder muss der deutsche Gesetzgeber daher die Möglichkeit eröffnen, mit dem Sanktionsteil einer Geldbuße den Schwellenwert von EUR 40 Mio. erreichen zu können. Voraussetzung dafür wäre eine Erhöhung des Bußgeldrahmens des § 30 Abs. 2 OWiG. Alternativ könnte der Gesetzgeber § 30 OWiG dergestalt anpassen, dass ein prozentual am Unternehmensumsatz zu bemessendes Bußgeld verhängt werden kann, sofern andere Normen auf diese Vorschrift referenzieren.

3. Sanktionszumessung

Art. 8 benennt schließlich Umstände, die bei der Sanktionszumessung strafschärfend berücksichtigt werden sollen, darunter die Zerstörung eines Ökosystems (lit. a) oder die Begehung einer Umweltstraftat durch einen Amtsträger (lit. d). Hingegen wurden der Schutzstatus betroffener Lebewesen oder deren Lebensräume entgegen einem Vorschlag des World Wide Fund (WWF) ebenso wenig als strafschärfender Faktor berücksichtigt, wie die Konvergenz mit weiteren Straftatbeständen.⁴³

Spiegelbildlich zu Art. 8 listet Art. 9 mildernde Umstände auf, wozu die freiwillige Wiederherstellung der Umwelt, die tätige Reue und die Aufklärungshilfe zählen.

III. Erhöhung der Abschreckungswirkung durch effektivere Aufdeckung

Neben den materiell-rechtlichen Änderungen sieht die Umwelt-Richtlinie eine Stärkung der Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden sowie ihrer Ermittlungsmaßnahmen vor, um die Aufklärungsichte und damit die Abschreckung erhöhen zu können.⁴⁴

Durch Art. 13 werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, verhältnismäßige und wirksame Ermittlungsinstrumente zur Verfügung zu stellen, wobei hiervon auch solche umfasst sein können, die bei der Verfolgung organisierter Kriminalität oder anderer schwerer Straftaten verwendet werden. Namentlich sollen dies laut Erwägungsgrund 53 „Instrumente für die Überwachung des Kommunikationsverkehrs, die verdeckte Überwachung einschließlich elektronischer Überwachung, kontrollierte Lieferungen, die Überwachung von Kontobewegungen oder andere Finanzermittlungen“ sein. Da etwa der Katalog des § 100a StPO die Straftaten gegen die Umwelt (§§ 324 ff. StGB) bisher nicht umfasst und eine Telekommunikationsüberwachung in diesem Deliktsfeld daher aktuell nicht möglich ist, wird die Umwelt-Richtlinie auch eine Anpassung der Strafprozessordnung nach sich ziehen.

³⁸ Siehe für Umweltstraftaten Nr. 51 der Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen (MiStra).

³⁹ Vgl. zu der Verantwortlichkeit und Sanktionierung von juristischen Personen die Erwägungsgründe 33 ff.

⁴⁰ Siehe Erwägungsgrund 59: „Darüber hinaus könnten flankierende Strafen, die juristischen Personen im Rahmen dieser Richtlinie auferlegt werden, eine Verpflichtung für Unternehmen umfassen, Systeme zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht einzuführen, um die Einhaltung der Umweltnormen zu verbessern, was ebenfalls zur Verhinderung weiterer Umweltstraftaten beiträgt.“

⁴¹ Siehe Erwägungsgrund 34.

⁴² Eine solche ist nur in vereinzelten Rechtsbereichen ausdrücklich festgelegt, z. B. §§ 81c Abs. 2 GWB, 56 Abs. 3 S. 4 GwG, 24 Abs. 3 S. 1 LkSG.

⁴³ Vgl. WWF, A New EU Environmental Crime Directive, Position Paper, https://wwfeu.awsassets.panda.org/downloads/ecd_position_paper_march_2022.pdf (zuletzt abgerufen am 28.05.2024); Momsen/Sandbrink ZRP 2023, 76, 77.

⁴⁴ Momsen/Sandbrink ZRP 2023, 76, 77.

IV. Beteiligung von Umweltorganisationen an Strafverfahren

Art. 15 sieht vor, dass neben Opfern von Umweltstraftaten u. a. auch Umweltorganisationen (NGOs) „angemessene Verfahrensrechte“ in Strafverfahren eingeräumt werden sollen. Die betroffene Öffentlichkeit soll zudem über den Verfahrensstand unterrichtet werden.

Zwar löste die Regelung des Art. 15 über die Beteiligung der Öffentlichkeit in Strafverfahren bereits im Zuge des EU-Gesetzgebungsverfahrens erhebliche Bedenken – u. a. beim Bundesrat –⁴⁵ aus. Denn nach der Vorschrift sollten ursprünglich neben den durch eine Umweltstraftat verletzten Personen auch Umwelt-NGOs weitreichende Verfahrensrechte eingeräumt werden. Diese Bedenken dürften allerdings mit Blick auf das deutsche Strafverfahrensrecht zwischenzeitlich ausgeräumt sein. Denn der finale Richtlinienentwurf sieht vor, dass Umwelt-NGOs nur dann „angemessene Verfahrensrechte“ einzuräumen sind, „sofern derartige Verfahrensrechte für die betroffene Öffentlichkeit in dem Mitgliedstaat in Verfahren wegen anderer Straftaten bestehen“.⁴⁶ Da eine solche Beteiligung in Deutschland nicht vorgesehen ist, dürfte eine Anpassung der strafverfahrensrechtlichen Vorschriften (etwa des § 395 StPO) nicht notwendig sein.

B. Fazit und Ausblick

Die Bekämpfung der Umweltkriminalität unterlag in Deutschland bisher einem stetigen Wandel. Exemplarisch ist hierfür die Entwicklung in Nordrhein-Westfalen. Im Jahr 2004 wurde die Stabsstelle Umwelt- und Verbraucherschutzkriminalität im NRW-Umweltministerium von der damaligen Landesregierung gegründet. 2017 wurde sie, nach einem Regierungswechsel, aufgelöst. Die Hintergründe der Auflösung waren später sogar Gegenstand des Untersuchungsausschusses „Hackerangriff/Stabsstelle“ (PUA II) im nordrhein-westfälischen Landtag und eines Gutachtens der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PricewaterhouseCoopers. Im November 2023 erfolgte dann die „Rolle rückwärts“: Es wurde bei der Staatsanwaltschaft Dortmund die Zentralstelle für die Ver-

folgung der Umweltkriminalität (ZeUK NRW) eingerichtet, die sich herausgehobenen Fällen der Abfallkriminalität und anderen schwerwiegenden Formen der Umweltkriminalität widmen soll. Zudem ist seit Januar 2024 die beim LKA NRW angesiedelte Vernetzungsstelle zur verstärkten Bekämpfung von Umweltverbrechen (VStUK) aktiv. Schon die Pressemitteilung zur Eröffnung der ZeUK NRW verdeutlicht dabei,⁴⁷ dass auch die Umwelt-Richtlinie einen nicht unerheblichen Anteil an der Gründung dieser Strafverfolgungsinstitutionen hatte.

Im Ergebnis zeigt die Umwelt-Richtlinie die wachsende Bedeutung der Bekämpfung, Verfolgung und Sanktionierung von Umweltstraftaten in den EU-Mitgliedstaaten. Diese haben zur Überführung der Vorgaben in nationales Recht nunmehr zwei Jahre Zeit. Auch wenn abzuwarten bleibt, wie der deutsche Gesetzgeber hierbei konkret vorgehen wird, lässt sich festhalten, dass durch die weitreichenden Straftatbestände und die erheblichen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Rechtsfolgen eine effektive Umwelt-Compliance auch für Unternehmen außerhalb traditionell umweltsensibler Branchen immer wichtiger wird.

Damit Leitungspersonen und Mitarbeitende nicht in den Fokus strafrechtlicher Ermittlungen geraten, sollten Unternehmen diese Zeit intensiv dafür nutzen, um ihre Umwelt-Compliance-Regeln, etwa im Umgang mit gefährlichen Abfällen, anzupassen. Sollte – etwa über ein internes Hinweisgebersystem – der Verdacht von unternehmensbezogenen Umweltdelikten auftreten, bietet sich stets eine interne Untersuchung an, um einzelfallbezogen einschätzen zu können, ob sich ein proaktives Herantreten an die Strafverfolgungsbehörden lohnt, um in den Genuss der „mildernden Umstände“ des Art. 9 kommen zu können.

⁴⁵ Vgl. BR-Drs. 27/22, S. 10.

⁴⁶ Vgl. Erwägungsgrund 57 f.

⁴⁷ <https://www.land.nrw/pressemitteilung/minister-der-justiz-eroeffnet-die-zentralstelle-fuer-umweltkriminalitaet-zeuk-nrw> (zuletzt abgerufen am: 28.05.2024).

Rechtsanwältin Dr. Laura Louca und
Wiss.Mit. Michael Gründer, beide Berlin

Error in AWR – Strafbestimmungen und ihre Irrtumskonstellationen in außenwirtschaftsrechtlichen Sachverhalten

A. Einleitung

Im Allgemeinen regelt das Außenwirtschaftsrecht den grenzüberschreitenden Waren-, Dienstleistungs-, Kapital- und Zahlungsverkehr der Bundesrepublik Deutschland. Oberstes Ziel ist dabei die Sicherung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit unter besonderer Berücksichtigung der sicherheits-, außen-, wirtschafts- und handelspolitischen Belange.¹ Als Abweichung vom Prinzip des freien Außenwirtschaftsverkehrs (§ 1 Abs. 1 S. 1 AWG), sind daher diejenigen Vorschriften für das Außenwirtschaftsrecht von besonderer Bedeutung, die Verbote und Genehmigungspflichten oder -vorbehalte für den Warenverkehr aus Gründen eines übergeordneten staatlichen Interesses statuieren (§§ 4 ff. AWG). Die herausgehobene Stellung ebendieser Bestimmungen wird auch dadurch deutlich, dass ihre Missachtung, neben sonstigen Folgen wie z. B. dem Widerruf bestehender Genehmigungen oder dem Ausschluss aus zukünftigen Vergabeverfahren, auch in Gestalt der §§ 17 ff. AWG gewichtige strafrechtliche Konsequenzen nach sich zieht.

Dieses eigenständige strafrechtliche Sondergebiet, das auch als Außenwirtschaftsstrafrecht bezeichnet wird, bildet den zentralen Gegenstand des vorliegenden Beitrags. Neben der allgemeinen Einführung in die Straftatbestände des AWG und ihre Anforderungen soll die folgende Abhandlung auch dazu dienen, das durchaus unliebsame, aber für die außenwirtschaftsrechtliche Praxis äußerst bedeutende Themenfeld der Irrtümer näher zu beleuchten. Hierzu werden zunächst summarisch die außenwirtschaftsrechtlichen Straftatbestände und Ordnungswidrigkeiten der §§ 17 ff. AWG vorgestellt. Anschließend wird auf die spezifischen Anforderungen der Verwirklichung des objektiven und des subjektiven Tatbestandes dieser Normen eingegangen. Nachdem durch diese Ausführungen die erforderlichen Grundlagen geschaffen wurden, wird sich dem Kernthema dieses Beitrages – den verschiedenen Irrtums- und irrtumsnahen Konstellationen in der außenwirtschaftsrechtlichen Praxis – gewidmet. Den Schlusspunkt des Aufsatzes setzt eine Zusammenfassung.

B. Außenwirtschaftsrechtliche Straftatbestände und Ordnungswidrigkeiten

Um die Einhaltung der in § 4 Abs. 1 AWG genannten Maßgaben sicherzustellen, beinhaltet das Außenwirtschaftsrecht besondere Strafvorschriften.² Diese sind den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen unterworfen. Hierzu zählt neben den originären Straftatbeständen in §§ 17 und 18 AWG auch § 19 AWG, der verschiedene Ordnungswidrigkeitstatbestände umfasst. Während § 17 AWG Verstöße gegen be-

stehende Waffenembargos unter Strafe stellt, pönalisiert § 18 AWG Verstöße gegen materielle Verbote und Genehmigungspflichten. Regelmäßig von praktischer Relevanz im Rahmen der genannten Vorschriften ist insbesondere der § 18 Abs. 1 AWG, der Verstöße gegen die Ausfuhr-, Einfuhr-, Durchfuhr- und sonstigen Verbote und Genehmigungspflichten aus länderspezifischen Embargovorschriften, die durch unmittelbar geltende Rechtsakte der EU verhängt wurden, ahndet sowie der § 18 Abs. 5 AWG, der Verstöße gegen die Dual-Use-Verordnung unter Strafe stellt. Im Zusammenhang mit § 18 AWG gilt stets zu beachten, dass sich gemäß § 18 Abs. 7 und Abs. 8 der Strafraumen für die in § 18 genannten Taten beträchtlich erhöhen kann. So erhöht sich die angedrohte Freiheitsstrafe z. B. bei gewerbsmäßigen Ausfuhren entgegen der Dual-Use-Verordnung auf mindestens ein Jahr. Die Beratungspraxis zeigt, dass die Strafverfolgungsbehörden Ausfuhren von Unternehmen häufig als gewerbsmäßig qualifizieren.

All den genannten Bestimmungen ist gemein, dass sie nach ihrem Wortlaut und ihrer Konzeption Verstöße gegen Normen sanktionieren, die außerhalb des AWG liegen. Sie statuieren zwar bestimmte Rechtsfolgen, beschreiben aber nicht umfassend das eigentlich strafbare Verhalten.³ Dieses wird erst zusammen mit den entsprechenden nationalen, europäischen oder völkerrechtlichen Vorschriften erkennbar. Es handelt sich bei den §§ 17, 18 und 19 AWG mithin um sog. verwaltungsakzessorische Blanketttatbestände.⁴ Eine Bewertung der Strafbarkeit erfordert insofern stets eine Prüfung der entsprechenden Ausfüllungsvorschriften.⁵

Ungeachtet dieser strukturellen Gemeinsamkeiten weisen die genannten Regelungen indes auch einen zentralen Unterschied auf, der hinsichtlich der hier zu behandelnden Irrtumsproblematik nicht unerwähnt bleiben soll. Anders als in §§ 17 und 18 AWG ist bei den in § 19 AWG normierten Tatbeständen keine ausdrückliche Versuchsstrafbarkeit vorgesehen. Damit ist das irrtumsnahe Rechtsinstitut des untauglichen Versuchs in diesen Fällen zwangsläufig ausgeschlossen. Im Vergleich zu § 19 AWG weisen damit §§ 17 und 18 AWG eine spürbar höhere Relevanz für Irrtums- bzw. irrtumsähnliche Konstellationen auf. Schwierige Fragen der Abgrenzung von Wahndelikt und untauglichem Versuch scheiden mithin in diesem Rahmen von vornherein aus.

¹ Vgl. Pelz, in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR, 3. Aufl. 2024, Einführung Rn. 7 f.; vgl. Generalzolldirektion, Allgemeine Information zum Außenwirtschaftsrecht, https://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Aussenwirtschaft-Bargeldverkehr/einleitung_hintergrund.html?faqCalledDoc=303828&faqCalledDoc=303828, zuletzt abgerufen am 21.05.2024.

² Pelz, in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR, 3. Aufl. 2024, Vor §§ 17 ff AWG Rn. 2; ähnlich Nestler NZWiSt 2015, 81, 89, die im Zusammenhang mit dem Schutzgut der §§ 17, 18 AWG auf § 4 Abs. 1 AWG verweist.

³ Pelz, in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR, 3. Aufl. 2024, Vor §§ 17 ff AWG Rn. 3.

⁴ Vgl. Pelz, in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR, 3. Aufl. 2024, Vor §§ 17 ff AWG Rn. 3 f.; vgl. auch Hoffmann, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt (Hrsg.), Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, 24. Kap. Rn. 40; § 18 AWG als Blankettnorm bezeichnend OLG Oldenburg BeckRS 2021, 10047, Rn. 36.

⁵ In diesem Sinne im Zusammenhang mit § 18 AWG, Pelz jurisPR-Compl 3/2021 Anm. 5.

C. Anforderungen an die Verwirklichung des Tatbestandes außenwirtschaftsrechtlicher Strafbestimmungen

Innerhalb des objektiven Tatbestandes müssen die gängigen strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale, also der tatbestandliche Erfolg, die Handlung, die Kausalität und die objektive Zurechnung gegeben sein. Entscheidend ist demnach das tatsächliche Verhalten einer Person und die Frage, ob dieses eine strafbarkeitsbegründende Wirkung entfalten kann.

So erfordert beispielsweise § 18 Abs. 5 Nr. 1 AWG, dass die handelnde Person ohne Genehmigung nach Art. 3 Abs. 1 oder Art. 4 Abs. 1 der Dual-Use-Verordnung (Verordnung (EU) 2021/821) ein Dual-Use-Gut ausführt. Voraussetzung für die Strafbarkeit der vollendeten Handlung ist folglich, dass das ausgeführte Gut ein Dual-Use-Gut, also ein Gut, das für einen militärischen und zivilen Verwendungszweck geeignet ist und es entweder in Anhang I der Dual-Use-Verordnung gelistet oder für eine kritische Endverwendung bestimmt ist. Ob dies zutrifft, ist rein tatsächlich zu beurteilen. Gänzlich irrelevant für den objektiven Tatbestand ist, ob der Ausführer von der Dual-Use-Eigenschaft des Gutes wusste oder ob zu diesem Zeitpunkt eine dokumentierte Erklärung des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA), z. B. in Form einer Auskunft zur Güterliste vorlag.⁶

Für den subjektiven Tatbestand sind die inneren Gegebenheiten bzw. ist die Vorstellung des Täters hingegen maßgeblich. Insoweit verlangen die Strafvorschriften des AWG sowie ihre Qualifikationen regelmäßig Vorsatz (vgl. § 15 StGB) im Sinne eines Wissens und Wollens der Tatbestandsverwirklichung, wobei an diesen keine besonderen Anforderungen zu stellen sind und daher auch bedingter Vorsatz ausreicht.⁷ Fahrlässige Verstöße sind grundsätzlich nur als Ordnungswidrigkeiten gemäß § 19 AWG zu bewerten.⁸ Für die Bestimmung des Vorsatzes, kommt es auf den Zeitpunkt der Tatbegehung, d. h. auf den Zeitpunkt des objektiv strafbewährten Verhaltens an (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB).⁹ Dieser muss sich auf die Gesamtheit der sanktionierten Handlung, also alle Tatbestandsmerkmale des objektiven Tatbestandes, erstrecken.¹⁰ Andere Elemente der subjektiven Vorstellungswelt des Täters wie etwaige der Tathandlung vorangegangene Gedanken oder nachgelagerte Erwägungen spielen damit für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes keine Rolle.¹¹

D. Irrtumskonstellationen und irrtumsnahe Konstellationen in der außenwirtschaftsrechtlichen Praxis

Von hoher Bedeutung in der außenwirtschaftsrechtlichen Praxis sind Irrtumskonstellationen und irrtumsnahe Konstellationen. Diese sind insbesondere in Anbetracht der potenziell weitreichenden Auswirkungen eines Irrtums auf die Strafbarkeit einer Person äußerst brisant. Wer sich mit Anhang I der Dual-Use-Verordnung oder Anhang VII der Verordnung (EU) 833/2014 (Russland-Verordnung) auseinandergesetzt hat, kann sicherlich nachvollziehen, warum viele Wirtschaftsteilnehmer ihre Produkte nicht zweifelsfrei dar-

unter subsumieren können. Die Fülle an gelisteten Gütern unter teilweiser Verwendung technisch veralteter Begriffe und die ständige Erweiterung der Listen machen die Prüfung überaus schwierig. Noch dazu können, wie in vielen anderen Bereichen auch, die Experten bei der technischen Prüfung z. B. aufgrund von unterschiedlichen Messmethoden zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Die Auslegung einzelner technischer Parameter bleibt daher oftmals, mangels klarer Definitionen in den Verordnungen, eben das – eine Auslegung.

Vor diesem Hintergrund sind Irrtümer im Außenwirtschaftsstrafrecht an der Tagesordnung. Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtümern gemäß §§ 16 und 17 StGB bereitet dabei besonders häufig Probleme. So verhält es sich auch mit den Konstellationen des untauglichen Versuchs und des Wahndeliktes. Wegen ihrer unterschiedlichen Rechtsfolgen ist eine klare Subsumtion jedoch unerlässlich. Nachfolgend soll deshalb auf die genannten Konstellationen eingegangen werden. Hierzu werden zunächst die rechtlichen Grundkonzeptionen des Tatbestands- und Verbotsirrtums sowie des untauglichen Versuchs und des Wahndelikts unter Bezugnahme auf das Außenwirtschaftsrecht erläutert. Sodann wird auf die jeweiligen Abgrenzungsfragen der Rechtsinstitute im außenwirtschaftsstrafrechtlichen Kontext eingegangen und mithilfe von Beispielfällen aus der Praxis veranschaulicht.

I. Irrtumskonstellationen

1. Tatbestandsirrtum

Ein Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB liegt vor, wenn der Täter bei der Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Er wird somit dann angenommen, wenn der Täter entweder keine Vorstellung von einem Tatbestand (Unkenntnis) oder eine falsche Vorstellung (Fehlvorstellung) von diesem hat.¹² Der gesetzliche Tatbestand i. S. d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB umfasst die objektiven Tatbestandsmerkmale einer Strafvorschrift sowie solche Merkmale, wie die Kausalität und die objektive Zurechnung, die sich aus den Lehren des allgemeinen Teils ergeben.¹³ Der Tatbestandsirrtum hat zur Folge, dass nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB der Vorsatz und damit die Strafbarkeit bei

⁶ Zur Rechtsnatur der Auskunft zur Güterliste siehe VG Frankfurt BeckRS 2021, 17867, Rn. 14.

⁷ Schwendinger, in: BeckOK AWR, 11. Ed. 01.02.2024, § 17 AWG Rn. 25.

⁸ Hoffmann, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt (Hrsg.), Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, 24. Kap. Rn. 3; Morweiser, in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, AWR, 80. EL Dez. 2022, Vor §§ 17, 18 Rn. 150.

⁹ BGH NSTZ 2010, 503; BGH NSTZ 2004, 201; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 15 Rn. 100.

¹⁰ Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 16; Kudlich, in: BeckOK StGB, 60. Ed. 01.02.2024, § 15 Rn. 4.

¹¹ Vgl. Kudlich, in: BeckOK StGB, 60. Ed. 01.02.2024, § 15 Rn. 9.

¹² Kudlich, in: BeckOK StGB, 60. Ed. 01.02.2024, § 16 Rn. 4.

¹³ Joecks/Kulhanek, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 68 f.; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 6 ff.

Vorsatzdelikten ausgeschlossen ist.¹⁴ Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tatbegehung bleibt jedoch unberührt (§ 16 Abs. 1 S. 2 StGB). Im außenwirtschaftsrechtlichen Kontext ist ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum z. B. dann gegeben, wenn eine Person nach einem Ransomware-Angriff das geforderte Geld an einen Erpresser zahlt, ohne dessen Identität zu kennen, obwohl diesem aufgrund von EU-Sanktionen keine Vermögenswerte zur Verfügung gestellt werden dürfen. Anders verhält es sich, wenn der Zahlende die Identität des Erpressers kennt, sich jedoch über die genauen sanktionsrechtlichen Verbote im Unklaren ist.¹⁵

2. Verbotsirrtum

Nicht minder häufig ist in der Praxis dem Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB zu begegnen. Dieser liegt vor, wenn dem Täter bei der Begehung der Tat die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun und ein solcher Irrtum nicht vermieden werden konnte. Rechtsfolge des Verbotsirrtums ist die Schuldlosigkeit und damit auch die Straffreiheit des Täters.¹⁶ Ein Verbotsirrtum ist beispielsweise dann gegeben, wenn eine Person Geld an einen ihr bekannten, aber sanktionierten Empfänger zahlt, ohne Kenntnis von dessen Sanktionierung zu haben. In diesem Fall lässt die Unkenntnis den Vorsatz unberührt, da es sich hier lediglich um einen Irrtum über die Reichweite einer Ausfüllungsnorm handelt, auf die ein Blankettstraftatbestand verweist.¹⁷

Dabei stellt sich im Außenwirtschaftsrecht häufig die Frage, ob ein solcher Verbotsirrtum auch vermeidbar ist. Anzumerken ist an dieser Stelle, dass die Beantwortung der Frage der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums im Außenwirtschaftsrecht mit großen Schwierigkeiten verbunden ist. Nach gefestigter Rechtsprechung ist ein Verbotsirrtum unvermeidbar, wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit sowie seines Lebens- und Berufskreises zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Handelns nicht zu gewinnen vermochte.¹⁸ Falls erforderlich, muss der Täter etwaig aufkommende Zweifel durch die Einholung eines verlässlichen und sachkundigen Rechtsrats beseitigen. Dabei müssen sowohl die Auskunftsperson als auch die Auskunft aus der Sicht des Täters verlässlich sein; die Auskunft selbst muss zudem einen unrechtsverneinenden Inhalt haben.¹⁹

Betrachtet man die aktuellen EU-Sanktionen gegen Russland, so kann man sich die Frage stellen, ob diese Herangehensweise in der außenwirtschaftsrechtlichen Praxis überhaupt noch tragbar ist. Viele der Vorschriften ändern sich in einem sehr kurzen Zeitabstand und haben einen unklaren Wortlaut. Des Weiteren widersprechen sich die – keinesfalls verbindlichen²⁰ – hilfestellenden Antworten zu den FAQs der Bundesregierung und der EU-Kommission häufig oder werden im Laufe der Zeit ohne weitere Ankündigung geändert. Zudem legen die Mitgliedstaaten die Vorschriften oftmals unterschiedlich aus. Auch bei der Einholung eines fachkundigen Rechtsrates kann eine falsche Auslegung daher nicht immer vermieden werden. Umso mehr überraschte eine neue Entscheidung des AG Frankfurt am Main²¹, das einen in Deutschland lebenden kirgisischen Staatsangehörigen wegen Verstoßes gegen die

Russlandsanktionen verurteilte, da dieser wegen einer umfangreichen Zahnbehandlung versuchte mit Bargeld in Höhe von EUR 11.000 nach Kaliningrad zu fliegen. Das Gericht ging davon aus, dass der Angeklagte „im Alltag erkennbar regen Umgang mit russischen Staatsangehörigen zu haben“ schien und ihm „– auch aufgrund der omnipräsenten Medienberichterstattung über das Kriegsgeschehen – schwerlich entgangen“ sein könne, dass erweiterte Sanktionsmaßnahmen gegen Russland beschlossen worden waren. Insofern soll der Verstoß für den Angeklagten vermeidbar gewesen sein.²² Bei der Auslegung der maßgeblichen Sanktionsvorschrift stützte sich das AG Frankfurt selbst auf die rein englischsprachigen FAQs der Kommission. Es ist daher zu vermuten, dass das AG Frankfurt am Main der Auffassung war, der Angeklagte könne die regelmäßigen Änderungen der im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichten Sanktionsregelungen verfolgen und verstehen sowie sich der englischsprachigen FAQs der Kommission bedienen.

3. Abgrenzung zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum im Außenwirtschaftsrecht

Angesichts der Blankettnatur der §§ 17 ff. AWG ist gerade in außenwirtschaftsrechtlichen Sachverhalten die Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum herausfordernd. Zwar gilt auch hier der allgemeine Grundsatz, dass eine Verkenntung der tatsächlichen Tatumstände als Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB und die falsche rechtliche Vorstellung in Form der Unkenntnis über ein strafrechtliches Verbot als Verbotsirrtum nach § 17 StGB zu qualifizieren ist. Diese klassische Abgrenzungsformel hilft bei Blankettvorschriften allerdings nur bedingt weiter. Problematisch ist bei derartigen Bestimmungen nämlich gerade zu definieren, welche Umstände überhaupt zum „gesetzlichen Tatbestand“ gehören.²³

Nach einer Auffassung gehört bei Blanketttatbeständen die Ausfüllungsnorm zum Tatbestand, sodass beim Irrtum über ein Ge- oder Verbot der Ausfüllungsnorm die Tatbestandsseite betroffen ist und folglich stets ein Tatbestandsirrtum vorliegt. Sie beruht auf dem Verständnis, dass sich der Tatbestand eines Blanketts, welches auf ein anderes Gesetz verweist, aus der verweisenden „leeren“ Norm und dem Verweisungsobjekt zusammensetzt und beide zusammen den

¹⁴ Statt vieler nur Kudlich, in: BeckOK StGB, 60. Ed. 01.02.2024, § 16 Rn. 5 und BGH NStZ 2006, 214, 217.

¹⁵ Rückert GWuR 2021, 103 ff.

¹⁶ Heuchemer, in: BeckOK StGB, 60. Ed. 01.02.2024, § 17 Rn. 45; Joecks/Kulhanek, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. 2020, § 17 Rn. 78.

¹⁷ BGH BeckRS 2013, 505, Rn. 3.

¹⁸ Statt vieler nur BGH NStZ 2022, 30, 31 und BGH NJW-RR 2018, 1250, 1253.

¹⁹ BGH BeckRS 2019, 38531, Rn. 21; BGH NStZ 2022, 30 f.; BGH NJW-RR 2018, 1250, 1253.

²⁰ EuGH RdTW 2022, 307, 313.

²¹ AG Frankfurt am Main, Ur. v. 31.01.2023 – 943 Ds 7140 Js 235012/22.

²² AG Frankfurt, Ur. v. 31.01.2023 – 943 Ds 7140.

²³ Cornelius, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2024, Vorbemerkung AWG Rn. 98.

gesetzlichen Tatbestand bilden.²⁴ Der BGH stuft dagegen in verschiedenen Konstellationen den Irrtum über die inhaltliche Ausfüllung und Reichweite einer Blankettnorm als Verbotsirrtum ein.²⁵ Dies begründet er damit, dass § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vom „gesetzlichen Tatbestand“ spreche und sich der Vorsatz somit nicht auf ein Verbot beziehen könne.²⁶

Folgt man dieser Auffassung des BGH würde dies bedeuten, dass für den Fall der Ausfuhr eines tatsächlich gelisteten Gutes i. S. d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 a) AWG, bei gleichzeitiger Unkenntnis über die entsprechende Listung des Gutes, kein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vorliegt. Ebenso verhält es sich in dem von § 18 Abs. 1 Nr. 1 a) AWG erfassten Fall, in welchem ein Ausführer eine sich auf der Embargoliste befindliche Person beliefert, weil er fälschlicherweise davon ausgeht, dass sich die entsprechende Person nicht auf der Embargoliste befindet.²⁷

Speziell im Bereich des Außenwirtschaftsstrafrechts erfolgt nach der Rechtsprechung die Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum anhand des Wesens des Genehmigungserfordernisses der entsprechenden Normen.²⁸ Insofern hängt die Klassifizierung entscheidend von dem in der spezifischen Situation in Betracht kommenden gesetzlichen Tatbestand ab, wobei zwischen dem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und dem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt unterschieden werden muss. Im typischen Falle der fehlenden Kenntnis über die Notwendigkeit einer außenwirtschaftsrechtlichen Genehmigung ist daher zu fragen, ob durch die Verbotsnorm ein allgemein erlaubtes Verhalten lediglich in seiner Ausübung kontrolliert werden soll und damit die Tat ihren Unrechtsgehalt erst aus dem Fehlen der Genehmigung herleitet – dann liegt ein Tatbestandsirrtum vor – oder ob ein Verhalten grundsätzlich untersagt ist und nur im Einzelfall gestattet werden kann – dann ist ein Verbotsirrtum gegeben.²⁹ Auf dieser Grundlage hat der BGH in einem Fall entschieden, dass die irrige Vorstellung, die Schutzzonen im Nordirak seien nicht vom Irak-Embargo erfasst, einen Subsumtionsirrtum darstellt, der als Verbotsirrtum nach § 17 StGB einzustufen ist. Denn trotz der grundlegenden Kenntnis vom Bestehen des Embargos, verengte der Angeklagte infolge falscher Auslegung dessen räumlichen Geltungsbereich und verkannte, dass auch Zahlungen aus vorhandenen Guthaben im Nordirak als rechtswidrige Zahlungen in das Embargogebiet anzusehen sind.³⁰

II. Irrtumsnahe Konstellationen

1. Untauglicher Versuch

Da es sich bei den Tatbeständen der §§ 17 und 18 AWG regelmäßig um Verbrechen handelt (vgl. § 12 Abs. 1 StGB) bzw. die Vergehen der § 18 Abs. 1 bis 5 oder 5b AWG gemäß § 18 Abs. 6 AWG der Versuchsstrafbarkeit unterliegen, kann auch der untaugliche Versuch im Außenwirtschaftsstrafrecht Bedeutung erlangen. Ein solcher ist gegeben, wenn bereits zum Zeitpunkt des Tatbeginns objektiv feststand, dass die Handlung des Täters wegen der Untauglichkeit des Tatobjekts, -mittels oder -subjekts nicht geeignet ist, den tatbestandlichen Erfolg herbeizuführen.³¹ Insofern gestaltet sich

die Situation gewissermaßen umgekehrt zum Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.³² Während dort der Täter objektiv gegebene Tatbestandsmerkmale nicht kennt, hält der „untauglich versuchende Täter“ objektiv nicht existente Umstände fälschlicherweise für gegeben. So handelt es sich etwa um einen untauglichen Versuch, wenn eine Person ein – nach ihrer subjektiven Einschätzung – gelistetes Gut ausführen wollte, welches objektiv gar keiner Listung unterliegt. Der untaugliche Versuch ist nach ganz herrschender Meinung nicht straffrei, sondern wird nach den allgemeinen Versuchsregeln bestraft.³³

2. Wahndelikt

Insbesondere wegen des für Laien nur schwer zu begreifenden Inhalts der außenwirtschaftsrechtlichen Strafvorschriften, sind auch Fälle, die das Wahndelikt zum Gegenstand haben, fester Bestandteil der außenwirtschaftsrechtlichen Beratungspraxis. Ein Wahndelikt ist dadurch gekennzeichnet, dass der „Täter“ irrig davon ausgeht, sein Verhalten verstoße gegen eine Strafnorm, die entweder überhaupt nicht existiert oder die er zu seinen Ungunsten überdehnt.³⁴ Im Gegensatz zum ähnlich gelagerten untauglichen Versuch (zur genauen Abgrenzung siehe sogleich), hat das Wahndelikt die vollständige Straffreiheit zur Folge.³⁵ Erforderlich für die Strafbarkeit ist hiernach stets ein materielles strafrechtliches Verbot, welches sich der Täter durch seine fehlerhafte Vorstellung nicht selbst schaffen kann. Geht also ein Händler irrtümlich davon aus, er dürfe keine Stofftiere in ein Drittland ausführen und tut dies trotzdem, muss er keine strafrechtlichen Konsequenzen fürchten.

3. Abgrenzung zwischen untauglichem Versuch und Wahndelikt im Außenwirtschaftsrecht

Wie die Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum, kann auch einer der dogmatischen Dauerbrenner des Allgemeinen Teils des Strafrechts, die Abgrenzung des untauglichen Versuchs vom Wahndelikt, im außenwirtschaftsstrafrechtlichen Kontext Relevanz entfalten. Dies

²⁴ Schwendinger, in: BeckOK AWR, 11. Ed. 01.02.2024, § 17 Rn. 32; Spoerr/Gäde CCZ 2016, 77, 81 f.; vgl. auch Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 18 m.w.N.

²⁵ BGH, Beschl. v. 23.08.2006 – 5 StR 105/106; BGH BeckRS 2013, 505, Rn. 3.

²⁶ Bülte JuS 2015, 769, 776.

²⁷ BGH BeckRS 2013, 505, Rn. 3; a.A. Pelz, in: Hocke/Sachs/Pelz, AWR, 3. Aufl. 2024, Vor §§ 17 ff AWG Rn. 52; Spoerr/Gäde CCZ 2016, 77, 82.

²⁸ Vgl. Morweiser, in: Wolfgang/Rogmann/Pietsch, 80. EL Dez. 2022, Vor §§ 17, 18 Rn. 154.

²⁹ BGH NStZ-RR 2003, 55, 56.

³⁰ BGH NStZ-RR 2003, 55 f.

³¹ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 60.

³² Engländer, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 22 Rn. 101; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 69.

³³ Cornelius, in: BeckOK StGB, 60. Ed. 01.02.2024, § 22 Rn. 75; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 60 f.

³⁴ Cornelius, in: BeckOK StGB, 60. Ed. 01.02.2024, § 22 Rn. 82.

³⁵ Engländer, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB, 6. Aufl. 2023, § 22 Rn. 101.

gilt wie unter B. dargestellt jedenfalls in Hinblick auf die §§ 17 und 18 AWG. Für die Praxis ist die Abgrenzung deshalb von überragender Wichtigkeit, weil von ihr abhängt, ob ein Täter nach den allgemeinen Versuchsgrundsätzen bestraft wird oder in den Genuss der Straflosigkeit kommt.

Da in vielen Fällen die Unterscheidung von untauglichem Versuch und Wahndelikt nicht trennscharf möglich ist, haben sich in der Rechtswissenschaft diverse Methoden herausgebildet, um diese Unterscheidung zu erleichtern. Im Außenwirtschaftsstrafrecht erweist sich die von der Rechtsprechung und vom überwiegenden Teil der Literatur angewendete Umkehrung der Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum als tauglich. Hiernach gilt: Wer irrig Umstände annimmt, die bei tatsächlichem Vorliegen den objektiven Tatbestand erfüllen würden, begeht einen strafbaren untauglichen Versuch (Umkehrung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Wer hingegen den Sachverhalt richtig erfasst, dabei jedoch ein objektives Tatbestandsmerkmal zu seinen Lasten überdehnt, begeht ein strafloses Wahndelikt (Umkehrung des § 17 StGB). Geht also ein Ausführer irrtümlich davon aus, dass seine Tennisbälle den Wert von EUR 300 übersteigen und somit deren Ausfuhr nach Russland verboten ist, macht er sich des untauglichen Versuchs strafbar, da in Wahrheit die Ausfuhr von Polobällen im Wert von EUR 300 nach Russland verboten ist. Glaubt dagegen der Ausführer, dass die Lieferung von Tennisbällen nach Russland auch dann verboten ist, wenn diese weniger als EUR 300 wert sind, begeht er ein strafloses Wahndelikt, da die Luxusgüterliste nach den Russlandsanktionen eine Wertgrenze von EUR 300 (mit wenigen Ausnahmen) setzt. Zum gleichen Ergebnis kommt man auch dann, wenn eine Person ein gelistetes Gut wissentlich ohne Genehmigung ausführt, dabei wegen einer unrichtigen Erfassung eines Ausnahmetatbestandes aber verkennet, dass die Ausfuhr in Wirklichkeit von der Genehmigungspflicht befreit ist. In einer solchen Situation liegt gerade kein untauglicher Versuch des § 18 Abs. 1 Nr. 2 a) AWG vor, sondern lediglich ein strafloses Wahndelikt.

E. Zusammenfassung

Gerade das Außenwirtschaftsrecht ist durch die untypische und komplizierte Ausgestaltung seiner Strafvorschriften in der praktischen Handhabung mit einigen Tücken verbunden. Zwar entsprechen die Anforderungen an die Verwicklung des objektiven und subjektiven Tatbestandes der Bestimmungen den allgemeinen strafrechtlichen Maßstäben, allerdings sind die häufig anzutreffenden Irrtums- und irrtumsnahen Sachverhalte im Vergleich zu weniger exotischen Strafrechtsgebieten überaus diffizil. Da vieles in diesem Bereich noch ungeklärt und nach wie vor äußerst umstritten ist, ist hinsichtlich schematischer Lösungen äußerste Vorsicht geboten. Eine Würdigung des Einzelfalles ist damit für die konkrete Irrtumseinordnung und die Strafverteidigung unerlässlich.

Die Komplexität der nationalen Normen in Verbindung mit den sich ständig ändernden Blankettvorschriften, die ihrerseits vom EU-Gesetzgeber herausgegeben werden und die mangelnde Einigkeit bei der Auslegung vieler dort enthaltener Verbote unter den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und der EU-Kommission, sorgen ferner dafür, dass man die aktuelle Rechtsprechung im Lichte des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes durchaus hinterfragen könnte. Was die Strafverfolgungsbehörden anbelangt, so entsteht durch die Vielzahl der strafrechtlichen Ermittlungen seit dem russischen Überfall auf die Ukraine der Eindruck, dass durch die Bestrafung von „Sündenböcken“ eine (nicht immer nachvollziehbare) harte Linie bei der Verfolgung von Sanktionsverstößen gefahren werden soll. Angesichts dieses Umstands und der Tatsache, dass vorsätzliche Sanktionsverstöße nach § 18 Abs. 1 AWG mit einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren belegt sind, ist gerade in Zweifelsfällen das Einholen fachlicher Expertise dringend geboten.

INTERNATIONALES

Wiss.Mit. Nils Stahnke, Bonn*

Der transnationale Strafklageverbrauch im europäisierten Steuerstrafrecht

Nils Stahnke ist mit dem vorliegenden Beitrag Preisträger des WiJ-Aufsatzwettbewerbs 2023.

I. Einleitung

Die Fußball-Weltmeisterschaft 2006 in Deutschland begeisterte Sportfans weltweit. Doch das Bild des „Sommermärchens“ bröckelt: Durch das Bekanntwerden dubioser Zahlungsflüsse im Zuge der Vergabe und Ausrichtung der WM erscheint das Ereignis heute, fast 20 Jahre später, in einem anderen Licht. Die strafrechtliche Aufarbeitung der Vorwürfe ist im vollen Gange. Im April 2023 hat das OLG Frankfurt entschieden, dass die Einstellung eines in der Schweiz gegen vier ehemalige Fußballfunktionäre geführten Strafverfahrens wegen Betrugs einer Anklage der nämlichen Personen in Deutschland wegen Steuerhinterziehung nicht entgegensteht. Das mediale Interesse an dem Fall soll zum Anlass genommen werden, die Reichweite des transnationalen Strafklageverbrauchs auf dem Gebiet des Steuerstrafrechts genauer unter die Lupe zu nehmen.

In einem ersten Schritt werden dazu die Grundlagen des transnationalen Strafklageverbrauchs erläutert (unter II.). Anschließend werden ausgewählte Konstellationen analysiert, in denen der Strafklageverbrauch bedeutsam werden kann (unter III.), ehe der Beitrag mit einem Fazit abschließt (unter IV.).

II. Der transnationale Strafklageverbrauch in Europa

Auf dem souveränitätssensiblen Gebiet des Strafrechts vollzieht sich die europäische Integration nur zurückhaltend. Die Mitgliedstaaten sind bislang nicht bereit, die Kontrolle über die Strafrechtspflege umfassend auf die EU zu übertragen.¹ In der Folge existieren in der EU eine Vielzahl von Strafrechtsordnungen, die u.U. Rechtsfolgen für ein und denselben Sachverhalt vorsehen. Mit derartigen positiven Kompetenzkonflikten geht für Unionsbürger das Risiko einer mehrfachen Strafverfolgung durch verschiedene Staaten einher.² Dies gilt auch und gerade auf dem Gebiet des Steuerstrafrechts. Wie noch gezeigt wird, ist ein sich überschneidender Strafrechtsschutz in Art. 325 Abs. 2 AEUV angelegt, wenn nicht sogar gewollt. Ferner ist es denkbar, dass zwei Staaten – zu Recht oder zu Unrecht – jeweils die Besteuerungshoheit bezüglich eines Sachverhalts für sich beanspruchen und damit auch strafverfolgend tätig werden, wenn ihnen gegenüber (aus ihrer Sicht) fehlerhafte, unvollständige oder gar keine steuerlichen Angaben gemacht wurden.

1. Das unionsrechtliche Verbot der Mehrfachverfolgung

Das deutsche Recht sieht keinen Strafklageverbrauch im Falle einer Verurteilung durch einen anderen Staat vor – Art. 103 Abs. 3 GG schützt nur vor einer mehrfachen Verfolgung durch den deutschen Staat.³ Es gibt auch keine allgemeine Regel des Völkerrechts, die der mehrfachen Aburteilung einer Tat durch unterschiedliche Staaten entgegensteht.⁴ Wurde ein Täter im Ausland wegen einer Tat verurteilt und die verhängte Strafe auch vollstreckt, so ist jene Strafe nach § 51 Abs. 3 StGB lediglich auf die Strafe anzurechnen, die ein deutsches Gericht wegen derselben Tat verhängt.

Ein transnationales Verbot der Mehrfachverfolgung beinhaltet allerdings der zusammen mit dem Schengenraum eingeführte Art. 54 SDÜ. Danach darf ein durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilter Täter nicht mehr durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat verfolgt werden. „Abgeurteilt“ in diesem Sinne ist nicht nur, wer durch ein Gericht verurteilt oder freigesprochen⁵ wurde, sondern nach der EuGH-Rechtsprechung genügt bereits eine endgültige behördliche Verfahrenseinstellung⁶. Wurde eine Sanktion verhängt, tritt der Strafklageverbrauch gemäß Art. 54 SDÜ a.E. allerdings nur ein, wenn diese bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann.

Auch im primären Unionsrecht (vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV) existiert mit Art. 50 GRCh mittlerweile ein transnationales Mehrfachverfolgungsverbot.⁷ Art. 50 GRCh enthält eine mit Blick auf Art. 54 SDÜ fast gleichlautende Bestimmung, die den Strafklageverbrauch – anders als Art. 54 SDÜ – jedoch nicht von einer Vollstreckung abhängig macht⁸. Unterschiede zu Art. 54 SDÜ bestehen zudem darin, dass Art. 50 GRCh sich gemäß Art. 51 Abs. 1 GRCh nur auf die Strafverfolgung durch

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung sowie Strafrechtsgeschichte (Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M.) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn sowie wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Flick Gocke Schaumburg.

¹ Dies ist nach deutscher Verfassungsrechtslage auch nicht uneingeschränkt möglich, da dem Bundestag Befugnisse von substanziellem Gewicht verbleiben müssen, s. BVerfGE 123, 267, 406 ff.

² Insbesondere ist nicht gewährleistet, dass die betroffenen Staaten die Strafverfolgung koordinieren. Zwar gibt es Mechanismen zur einvernehmlichen Beilegung von Kompetenzkonflikten (notfalls unter Einbindung von Eurojust). Grundsätzlich ist jedoch kein EU-Mitgliedstaat verpflichtet, die Zuständigkeit für ein Strafverfahren gegen seinen Willen abzutreten. Siehe Vogel/Eisele in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand Mai 2023, Art. 82 AEUV Rn. 76.

³ BVerfGE 75, 1, 15 f.; BVerfGE 12, 62, 66; Degenhart in Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 81.

⁴ BVerfGE 75, 1, 24.

⁵ EuGH NJW 2018, 1237 (Di Puma), Rn. 39; BGH NJW 2001, 2270.

⁶ EuGH NJW 2016, 2939 (Kossowski), Rn. 39; grundlegend EuGH Slg. 2003, I-1345 (Gözütok und Brügge), Rn. 27 ff.

⁷ Zu Unterschieden bei der räumlichen Anwendbarkeit Radtke in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2021, § 12 Rn. 33.

⁸ Das Verhältnis beider Vorschriften zueinander ist daher umstritten, s. Radtke in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, § 12 Rn. 58-60.

EU-Mitgliedstaaten auswirkt, wenn diese Unionsrecht durchführen. Dies ist nach dem EuGH allerdings bereits der Fall, wenn die vorgeworfene Steuerhinterziehung zulasten unionsrechtlich harmonisierter Steuern begangen wurde – zumindest dann, wenn die Steuern auch dem Unionshaushalt zugutekommen.⁹

Bei Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ handelt es sich um die beschuldigtenfreundliche Ausprägung des strafverfahrensrechtlichen Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung (vgl. Art. 82 Abs. 1 AEUV),¹⁰ wonach ein Mitgliedstaat zugunsten der effektiven Strafverfolgung eine in einem anderen Mitgliedstaat getroffenen strafrechtlichen Entscheidung zu respektieren hat¹¹.

2. Der faktische Tatbegriff des EuGH

Art. 54 SDÜ, Art. 50 GRCh verhindern die mehrfache Verfolgung „derselben“ Tat. Da andere (d.h. nicht abgeurteilte) Taten selbstverständlich weiterhin verfolgt werden dürfen, determiniert der Tatbegriff ganz entscheidend Reichweite und Leistungsfähigkeit des Mehrfachverfolgungsverbots.¹²

Im Ausgangspunkt sind zwei Extreme bei der Bestimmung der Tat möglich:¹³ Zum einen ließe sich der Tatbegriff i.S. eines *idem crimen* verstehen. Danach würde das Mehrfachverfolgungsverbot (nur) verhindern, dass mehrmals dieselbe **Strafnorm** auf einen Sachverhalt angewendet wird. Spricht das Gericht etwa einen wegen Steuerhinterziehung angeklagten Täter frei, könnte dieser noch wegen Betrugs verfolgt werden. Alternativ könnte man auch auf das *idem factum* abstellen, also den Tatbegriff im tatsächlichen Sinne verstehen, sodass der Strafklageverbrauch bereits eintritt, wenn derselbe **Lebenssachverhalt** einer rechtlichen Würdigung unterzogen wurde. Auch Zwischenformen sind denkbar, etwa ein faktisch-normatives Verständnis, wonach zur Tat neben dem tatsächlichen Geschehen auch das betroffene Rechtsgut gehört und bei Betroffenheit verschiedener Rechtsgüter folglich auch verschiedene Taten gegeben seien.

Der Tatbegriff¹⁴ der Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ ist unionsrechtsautonom auszulegen.¹⁵ Der EuGH versteht ihn seit der Entscheidung in der Rs. Van Esbroeck in ständiger Rechtsprechung rein faktisch. Demnach „ist das einzige maßgebende Kriterium für die Anwendung von Art. 54 SDÜ das der Identität der materiellen Tat, verstanden als das Vorhandensein eines Komplexes konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände“.¹⁶ Bei der Beurteilung räumt der EuGH den mitgliedstaatlichen Gerichten einen weiten Spielraum ein.¹⁷ Grund für das faktische Tatverständnis ist die bereits erwähnte Vielfalt der (nur fragmentarisch harmonisierten) Strafrechtssysteme in der EU. Ein Abstellen auf das *idem crimen* würde die Freizügigkeit im Unionsgebiet nicht effektiv gewährleisten, da verschiedene Mitgliedstaaten auch verschiedene Straftatbestände auf ein und denselben Sachverhalt anwenden.¹⁸

In den meisten Rechtsordnungen entspricht die Reichweite des Tatbegriffs der Kognitionsbefugnis des Gerichts: Kann

das Gericht den Sachverhalt nicht vollumfänglich, sondern nur in Bezug auf ausgewählte Strafgesetze würdigen, ergibt es Sinn, dass der Strafklageverbrauch auch nur in diesem (begrenzten) Umfang eintritt.¹⁹ Indem der EuGH den Begriff der Tat rein faktisch versteht,²⁰ spielt es für den Strafklageverbrauch hingegen keine Rolle, ob das ersturteilende Gericht über die Verwirklichung sämtlicher nach dem Recht anderer Mitgliedstaaten in Betracht kommender Strafgesetze entscheiden konnte.²¹

III. Konkretisierung in ausgewählten Problemfällen

Damit droht die Steuerstrafverfolgung „unter den Tisch zu fallen“, wenn ein Mitgliedstaat, der nicht die Steuerhoheit innehat, zuerst strafverfolgend tätig wird. Denn grundsätzlich setzen die Mitgliedstaaten ihr Strafrecht nicht dazu ein, hoheitliche Rechtsgüter – wie das Steueraufkommen – anderer Staaten zu schützen.²² Regelmäßig wird ein nationales Ge-

⁹ EuGH NJW 2013, 1415 (Åkerberg Fransson), Rn. 24-28.

¹⁰ Mitsilegas CMLR 43 (2006), 1277, 1300; Satzger in: FS Roxin, 2011, S. 1515, 1520; Vogel/Norouzi JuS 2003, 1059, 1060.

¹¹ Zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 9 Rn. 25-27.

¹² Radtke in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, § 12 Rn. 26.

¹³ Siehe Stuckenberg in: FS Europa-Institut, 2011, S. 567, 569; ausführlich Voulgaris, Transnationales „ne bis in idem“ zwischen staatlicher Schutz- und Achtungspflicht, 2016, S. 221-227.

¹⁴ Dass Art. 50 GRCh und Art. 54 SDÜ ein einheitlicher Tatbegriff zugrunde liegt, ist schon wegen des abweichenden Wortlauts nicht selbstverständlich, s. EGMR NJOZ 2010, 2630 (Zolotukhin), Rn. 79 f. Der EuGH setzt eine Übereinstimmung stillschweigend voraus.

¹⁵ BGH wistra 2021, 208, 209; BGH NSTZ-RR 2019, 259, 260; Hackner NSTZ 2011, 425, 427. In der Folge geht er in seiner Reichweite z.T. über den Tatbegriff der StPO hinaus und bleibt z.T. dahinter zurück, s. Inhofer in: BeckOK StPO, Stand Juli 2023, Art. 54 SDÜ Rn. 36.

¹⁶ EuGH Slg. 2006, I-2333 (Van Esbroeck), Rn. 36. Daran anschließend: EuGH Slg. 2006, I-9327 (Van Straaten), Rn. 47; EuGH Slg. 2006, I-9199 (Gasparini), Rn. 54; EuGH Slg. 2007, I-6441 (Kretzinger), Rn. 29; EuGH Slg. 2007, I-6619 (Kraaijenbrink), Rn. 26.

¹⁷ EuGH Slg. 2007, I-6441 (Kretzinger), Rn. 36; ebenso EuGH Slg. 2007, I-6619 (Kraaijenbrink), Rn. 32.

¹⁸ EuGH Slg. 2007, I-6441 (Kretzinger), Rn. 33; EuGH Slg. 2006, I-2333 (Van Esbroeck), Rn. 35.

¹⁹ Stuckenberg in: FS Europa-Institut, 2011, S. 567, 569.

²⁰ Insbesondere soll es nicht auf eine Identität des geschützten rechtlichen Interesses ankommen, EuGH Slg. 2007, I-6441 (Kretzinger), Rn. 33.

²¹ Z.T. wird daher eine Verengung des europäischen Tatbegriffs gefordert, wonach der Strafklageverbrauch nur eintreten soll, soweit der erstverfolgende Staat überhaupt über die Strafbarkeit entscheiden konnte: Kühne JZ 2006, 1019, 1020; Stuckenberg in: FS Europa-Institut, 2011, S. 567, 577. Auch BGHSt 52, 275, 281 f. warf die Frage nach einer Modifikation des Tatbegriffs für Fälle auf, in denen die Jurisdiktionsbefugnis bei der Erstverfolgung begrenzt war, ließ sie aber offen. Erklärt BGH NSTZ-RR 2019, 259 die Einordnung der Tatsachen nach den Strafrechtsordnungen für irrelevant, dürfte dies eine Absage an derartige Vorschläge bedeuten.

²² Aus der deutschen Perspektive Ambos, Internationales Strafrecht, § 1 Rn. 35; Eser/Weißer in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 3-9 Rn. 49. Eine umfassende Erstreckung des Strafrechtsschutzes auf hoheitliche Rechtsgüter anderer Staaten wäre auch völkerrechtlich nicht unproblematisch, bedarf es doch hierfür eines „legitimierenden Anknüpfungspunkts“ (genuine link); dazu Ambos in: MüKo-StGB, 4. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 10-17.

richt oder eine nationale Behörde nur darüber entscheiden, ob Steuern des „eigenen“ Staats hinterzogen wurden.²³ Die so zustande gekommene Entscheidung über die Tat (im faktischen Sinne) ist sodann von jedem anderen Mitgliedstaat „anzuerkennen“, und zwar auch dann, wenn im Rahmen der Würdigung die Verletzung dessen hoheitlicher Rechtsgüter unberücksichtigt geblieben ist.²⁴

Bei den Straftaten gegen hoheitliche Rechtsgüter, zu denen auch die Steuerhinterziehung gehört, kann die Reichweite des Tatbegriffs demnach Auswirkungen darauf haben, ob das Unrecht überhaupt abgegolten wird. Im Folgenden soll dies anhand verschiedener Beispielfälle veranschaulicht werden.

1. Zusammentreffen von Steuerstraftat und Nichtsteuerstraftat

Die Gefahr einer Mehrfachverfolgung stellt sich zum einen dann, wenn ein Täter neben einer Steuerhinterziehung auch Delikte des Kernstrafrechts verwirklicht hat.

a) Unberechtigte Geltendmachung von Betriebsausgaben

Um einen solchen Sachverhalt geht es in der „Sommermärchenaffäre“:

Mehrere Funktionäre des Deutschen Fußball-Bundes (DFB) sowie der FIFA sollen das Organisationskomitee des DFB veranlasst haben, einen Geldbetrag i.H.v. EUR 6,7 Mio. an die FIFA zu zahlen unter der mutmaßlich wahrheitswidrigen Angabe, die Kosten dienen der Eröffnungsgala zur WM 2006. In den Steuererklärungen des DFB gegenüber dem deutschen Finanzamt wird diese Zahlung als Betriebsausgabe geltend gemacht, obwohl die Voraussetzungen der § 4 Abs. 4, Abs. 5 EStG mutmaßlich nicht erfüllt sind (weil die Aufwendung nicht „durch den Betrieb veranlasst“ war). In der Schweiz wird gegen die Funktionäre ein Strafverfahren wegen Betrugs zu Lasten des DFB eingeleitet, aber wegen Verjährungseintritts endgültig eingestellt. In Deutschland werden die Beteiligten später wegen Steuerhinterziehung angeklagt.

Das LG Frankfurt²⁵ ging in einem unveröffentlichten Beschluss davon aus, es handele sich bei dem in der Schweiz angeklagten mutmaßlichen Betrug und der im deutschen Strafverfahren in Rede stehenden Steuerhinterziehung um dieselbe Tat i.S.d. Art. 54 SDÜ. Das OLG Frankfurt²⁶ hat diesen Beschluss aufgehoben. Begründend führt es an, dass, obgleich „beide Anklagen an einen zusammenhängenden historischen Gesamtkomplex anknüpfen“, der Betrug ein „Vortatgeschehen im Hinblick auf die hier verfahrensgegenständlichen Steuerstraftaten“ darstelle. Es lägen „keine nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbundene Tatsachen“ vor. Selbst, wenn die steuerliche Behandlung der Zahlung im Zeitpunkt der mutmaßlichen Täuschung des Organisationskomitees „möglicherweise von Anfang an in den Blick genommen“ worden sei, handele es sich bei den unrichtigen Angaben in der Steuererklärung nicht um die „zwingende Folge“.

Das OLG Frankfurt stellt mit dem Kriterium der „zwingenden Folge“ offenbar in erster Linie darauf an, ob die in Rede stehenden Handlungen für sich isoliert betrachtet aus Sicht der Täter Sinn ergeben. Diese Erwägung leuchtet ein, vermag sie doch dem Erfordernis der „unlösbaren Verbindung“ Konturen zu verleihen. Zurecht wurde eine Tatidentität verneint.

Der Sachverhalt der „Sommermärchenaffäre“ ist sehr speziell. In der Praxis weitaus häufiger dürfte die Konstellation der unberechtigten Geltendmachung von Betriebsausgaben im Zusammenhang mit einer Straftat Fälle betreffen, in denen strafbare Bestechungszahlungen (z.B. nach § 299 Abs. 2 StGB) entgegen dem Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG gewinnmindernd in der Steuererklärung berücksichtigt werden.²⁷ Auch hier wird eine „unlösbare Verbindung“ (zwischen Korruptionshandlung und Abgabe der Steuererklärung) in aller Regel fernliegen.

b) Verschweigen von Erträgen aus einer Straftat

Die Frage nach dem *idem* stellt sich nicht nur dann, wenn inkriminierte Zahlungen zu Unrecht als Betriebsausgaben geltend gemacht werden, sondern auch, wenn den Finanzbehörden Einkünfte verschwiegen werden, die aus Straftaten herrühren.

Die in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige R begeht über das Internet regelmäßig sog. Ransomware-Erpressungen, bei denen sie mit Schadsoftware die Computer von EU-Ausländern sperrt und die Wiederfreischaltung von der Zahlung eines Lösegelds abhängig macht. Die so vereinnahmten Lösegelder gibt R in ihrer Steuererklärung nicht an.

R hat Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG) erzielt.²⁸ Die Strafbarkeit der Tätigkeit ändert nichts an ihrer Steuerbarkeit, § 40 AO. Analog zur zuvor geschilderten Konstellation ist danach zu fragen, ob die Täuschung der Finanzbehörde und die Ransomware-Erpressung aus der Täterperspektive auch unabhängig voneinander Sinn ergeben. Da dies zu bejahen ist – die Erpressungshandlung dient der Erzielung eines Lösegelds und die Fehlangaben in der Steuererklärung der Abwendung der Besteuerung –, liegen unterschiedliche Taten i.S.d. Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ vor.

²³ Die Strafvorschriften der AO gelten grundsätzlich nur für Steuern, die vom deutschen Staat verwaltet werden, § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 8 AO. Das Steueraufkommen anderer Staaten wird auch nicht von § 263 StGB geschützt, BGH NJW 1964, 935, 937.

²⁴ Heger in: Hochmayr (Hrsg.), „Ne bis in idem“ in Europa, 2015, S. 65, 83-85.

²⁵ LG Frankfurt a.M. v. 27.10.2022 – 5-2 KLS 7550 Js 242375/15 (11/18), n.v.

²⁶ OLG Frankfurt SpuRt 2023, 317.

²⁷ S. z.B. BGH NZWiSt 2022, 13, 14; BGH NZWiSt 2018, 379, 386; BGHSt 55, 288, 313.

²⁸ Zu steuerstrafrechtlichen Aspekten einer Ransomware-Erpressung Höpfer/Stahnke DStR 2023, 2136, 2138 f.

c) Straftaten zur Vorbereitung einer Steuerhinterziehung

Eine einheitliche Tat liegt dagegen nahe, wenn eine kriminelle Handlung der Vorbereitung einer Steuerhinterziehung dient. Typischerweise betrifft dies etwa Urkundenfälschungen zur unberechtigten Geltendmachung des Vorsteuerabzugs (§ 15 UStG).²⁹ Ein sinnvolles Motiv für die (sonst nutzlose) Fälschung ergibt sich nur bei Berücksichtigung der anschließenden Täuschung der Finanzbehörde.

2. Zusammentreffen mehrerer Steuerstraftaten

Konkurrierende Strafverfolgungsinteressen verschiedener EU-Mitgliedstaaten sind auch dann denkbar, wenn ein Täter mit seinem Handeln in mehreren Staaten jeweils den Tatbestand eines Steuerstrafgesetzes verwirklicht hat.

a) Mehrere Steuerhinterziehungen in Bezug auf denselben Steueranspruch

Unproblematisch ist eine Tatidentität gegeben, wenn die Strafvorschriften (mindestens) zweier Staaten durch die Einwirkung auf denselben Steueranspruch eines Staats verwirklicht wurden. Denkbar ist diese Konstellation, weil das Assimilierungsgebot (Art. 325 Abs. 2 AEUV) die EU-Mitgliedstaaten zur strafrechtlichen Verfolgung der Hinterziehung ausländischer Steuern verpflichten kann – nämlich dann, wenn ein Teil des Ertrags aus der Steuer dem Unionshaushalt³⁰ zugutekommt und der betreffende Staat auch sein eigenes Steueraufkommen mit dem Instrument des Strafrechts absichert. Zur Umsetzung der Pflicht aus § 325 Abs. 2 AEUV hat Deutschland den Tatbestand des § 370 Abs. 1 AO, der grundsätzlich nur für deutsche Steuern gilt (§ 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 8 AO), in Abs. 6 sachlich auf bestimmte Steuern erstreckt, die durch andere EU- und EFTA-Mitgliedstaaten verwaltet werden. Damit sind positive Kompetenzkonflikte und infolgedessen die Gefahr der strafrechtlichen Mehrfachverfolgung vorprogrammiert.³¹

Die deutsche Uhrmacherin U unterhält eine inoffizielle Niederlassung in Belgien. Dort erbringt sie für belgische Kunden zahlreiche hochpreisige Reparatur- und Wartungsarbeiten auf „Ohne-Rechnung-Abrede“. Umsatzsteuervoranmeldungen sowie Umsatzsteuererklärungen gibt U in Belgien bewusst nicht ab, obwohl die Dienstleistungen dort³² umsatzsteuerbar und -steuerpflichtig sind. Hierauf wird das deutsche Finanzamt im Rahmen einer Betriebsprüfung in der Unternehmenszentrale aufmerksam. U wird in Deutschland wegen Hinterziehung der belgischen Umsatzsteuer gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 6 S. 2 AO verurteilt.

Zwar mögen die Steuerstraftatbestände in den EU-Mitgliedstaaten im Detail unterschiedlich ausgestaltet sein. Da sich der Schutz der Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ aber gerade nicht auf das *idem crimen* beschränkt, kommt es nur auf die Identität des Täuschungsverhaltens an. Im Beispielfall beziehen sich beide Vorwürfe auf ein Untätigbleiben in derselben logischen Sekunde gegenüber derselben (belgischen) Behörde.

Einer Strafverfolgung in Belgien stünde daher die Verurteilung in Deutschland entgegen.

b) „Schmuggelfahrten“

Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach der Tatidentität bei „Schmuggelfahrten“, in denen ein Täter Waren durch Europa transportiert und auf seiner Route in keinem der durchquerten EU-Mitgliedstaaten steuerliche Erklärungen abgibt.

Spediteur S will Zigaretten, die er in seinem Lkw hinter einer Tarnladung versteckt hat, unbemerkt von Belarus nach Dänemark transportieren, damit sie dort veräußert werden können. Am 23.10.2022 beginnt S seine mehrtägige Fahrt mit der Überquerung der belarussisch-litauischen Grenze, wobei die Route u.a. durch Deutschland führt. Hier werden die Zigaretten am 25.10.2022 im Rahmen einer Polizeikontrolle entdeckt. S wird festgenommen und wegen Hinterziehung der deutschen Tabaksteuer verurteilt (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 3 TabStG a.F.). Einige Zeit später wird S in Litauen wegen Hinterziehung der auf die Zigaretten anfallenden litauischen Einfuhrabgaben – Zoll und Einfuhrumsatzsteuer – angeklagt.

Die Einfuhr der Zigaretten nach Litauen und deren Beförderung in den deutschen steuerrechtlich freien Verkehr trennt immerhin eine Zeit von zwei Tagen und eine Entfernung von mindestens 600 km. Der EuGH stellte gleichwohl klar, dass bei derartigen Schmuggelfahrten über mehrere Binnengrenzen Tatidentität gegeben sein kann,³³ benannte allerdings keine allgemeingültigen Kriterien, sondern verwies stattdessen auf den weiten Beurteilungsspielraum der mitgliedstaatlichen Gerichte.³⁴ Der BGH geht bei der Wahrnehmung dieses Spielraums u.a. von einer Zäsur und damit mehreren eigenständigen Taten aus, (1.) wenn es zu einer „wesentlichen Unterbrechung“ der Fahrt gekommen ist, (2.) wenn ein längeres Zwischenlagern dazu geführt hat, dass die Ware „zur

²⁹ S. z.B. BGHSt 49, 136; LG Hildesheim BeckRS 2022, 47477 Rn. 21; LG Essen BeckRS 2014, 126981 Rn. 11-14.

³⁰ Die EU finanziert sich durch Eigenmittel (Art. 311 Abs. 2, Abs. 3 AEUV), d.h. durch in einem besonderen Beschlussverfahren definierte Finanzmittel, die von den Mitgliedstaaten erhoben und sodann an den Unionshaushalt weitergeleitet werden. Im aktuell geltenden Eigenmittelbeschluss 2020 (Beschluss [EU, Euratom] 2020/2053, ABL L 424/1) werden der EU u.a. die Erträge aus den Zöllen und ein Teil des Mehrwertsteueraufkommens zugewiesen.

³¹ Vgl. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 10 Rn. 63; Thorhauer, Jurisdiktionskonflikte im Rahmen transnationaler Kriminalität, 2019, S. 227.

³² Entsprechend § 3a Abs. 1 S. 2 UStG. Das Umsatzsteuerrecht ist durch die MwStSystRL (mit Ausnahme der Steuersätze) vollharmonisiert, Schaumburg in: Schaumburg, Internationales Steuerrecht, 5. Aufl. 2023, Rn. 3.88.

³³ EuGH Slg. 2007, I-6441 (Kretzinger), Rn. 36; s.a. EuGH Slg. 2006 I-2333 (Van Esbroeck), Rn. 37.

³⁴ EuGH Slg. 2007, I-6441 (Kretzinger), Rn. 36; ebenso EuGH Slg. 2007, I-6619 (Kraaijenbrink), Rn. 32.

Ruhe gekommen" ist, oder (3.) wenn der genaue Ablauf des Transports bei Beginn der Fahrt noch nicht feststand.³⁵

Unschwer zu erkennen ist, dass die Feststellung einer Zäsur (insbesondere in den ersten beiden Fallgruppen) ausgesprochen wertungsoffen ist.³⁶ Stellt man mit dem hier favorisierten Ansatz auf den „Sinnzusammenhang“ ab, ist zu konstatieren, dass der heimliche Warentransport durch jedes der Länder nur dann Sinn ergibt, wenn der Täter an seinem Ziel ankommt. Im o.g. Beispiel wäre daher eine einheitliche Tat anzunehmen. Zugegebenermaßen kann der Wertungsspielraum auf diese Weise nur begrenzt eliminiert werden. Denn Sinneinheiten lassen sich im Prinzip beliebig eng oder weit definieren.³⁷ Im Beispielsfall ist ein derart extensives Tatverständnis jedenfalls insofern unbedenklich, als der erstverurteilende Staat die „auf dem Weg“ verübten Täuschungen ausländischer Behörden in vielen „Schmuggelfällen“ wegen Art. 325 Abs. 2 AEUV selbst unter Strafe gestellt haben wird. So hätte das deutsche Gericht im Beispielfall eine Hinterziehung der litauischen Einfuhrabgaben nach § 370 Abs. 1, Abs. 6 AO ahnden können.³⁸

c) Mehrere Steuerhinterziehungen in Bezug auf doppelt besteuerte Einkünfte

Die Literatur zum transnationalen *ne bis in idem* hat sich bislang kaum mit Fällen auseinandergesetzt, in denen ein Täter in zwei Staaten steuerpflichtig ist und dort jeweils Einkünfte in zu geringer Höhe oder gar keine Einkünfte deklariert. Zwar dürften sämtliche EU-Mitgliedstaaten untereinander Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) abgeschlossen haben, also völkerrechtliche Verträge, in denen sich die Vertragsstaaten zur Beschränkung ihres Besteuerungsrechts verpflichten³⁹. Selbst, wenn die Vertragsstaaten das DBA übereinstimmend anwenden,⁴⁰ ist damit aber nicht ausgeschlossen, dass es in beiden Staaten zur Steuerverkürzung kommen kann, wie folgendes Beispiel zeigt:

H mit Wohnsitz (§ 8 AO) in Süddeutschland fährt jedes Wochenende nach Österreich um dort in einem Hotel „schwarz“ zu arbeiten, wo er während dieser Zeit (von Freitag bis Sonntag) auch übernachtet. In seiner deutschen Steuererklärung gibt H nur die Einkünfte aus seinem „Hauptjob“ in Deutschland an; in Österreich gibt er pflichtwidrig gar keine Steuererklärung ab.

Gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 EStG ist H mit seinem Welteinkommen in Deutschland steuerpflichtig. Gleichzeitig ist er mit seinen Einkünften auch (zumindest beschränkt) in Österreich steuerpflichtig.⁴¹ Eine Doppelbesteuerung wird durch Art. 23 Abs. 1 Buchst. a DBA-Österreich verhindert, indem die in Österreich erzielten Einkünfte von der deutschen Bemessungsgrundlage auszunehmen sind („Freistellung“, S. 1). Bei der Ermittlung des deutschen Steuersatzes sind sie jedoch zu berücksichtigen („Progressionsvorbehalt“, S. 2), sodass Hs Einkünfte aus unselbständiger Arbeit in Deutschland infolge seiner unvollständigen Angaben zu niedrig besteuert werden. Da H somit in beiden Staaten Steuern hinterzogen hat, stellt

sich die Frage, ob er sich bei einer Verurteilung in Deutschland gegenüber Österreich auf den Grundsatz *ne bis in idem* berufen kann (und umgekehrt).

Dass den von den Hinterziehungen betroffenen Steueransprüchen derselbe wirtschaftliche Sachverhalt zugrunde liegt, darf nicht zum voreiligen Schluss auf eine Tatidentität verleiten. Denn das steuerstrafrechtlich relevante Verhalten liegt allein in der **Fehlkommunikation** gegenüber den nationalen Behörden durch aktives Tun bzw. pflichtwidriges Unterlassen **im Nachgang** an diesen Sachverhalt.⁴² H hat im Beispiel – anders als U in der Konstellation unter III.2.a) – in zwei Staaten je eine eigenständige Täuschung verübt (einmal gegenüber der deutschen und einmal gegenüber der österreichischen Finanzbehörde). Lediglich der Gegenstand, auf den sich die Täuschung bezieht, ist identisch. Dies ist zur Begründung der Tatidentität für sich genommen noch unzureichend.

Gegen eine vorschnelle Bejahung der Tatidentität in Doppelbesteuerungsfallen sprechen die u.U. weitreichenden Folgen: Geht man davon aus, dass die Abgabe einer Steuererklärung Teil einer in einem anderen EU-Mitgliedstaat bereits abgeurteilten Tat ist, weil beide Staaten denselben grenzüberschreitenden Sachverhalt besteuern, beschränkt sich der Strafklageverbrauch nicht allein auf die Hinterziehung der auf diesen Sachverhalt entfallenen Steuer. Die Abgabe der unvollständigen Steuererklärung kann vielmehr hinsichtlich ihres **gesamten** Inhalts nicht mehr verfolgt werden. Hat ein Täter neben den vom DBA betroffenen Einkünften noch weitere Einkünfte verschwiegen, verhindert ein etwaiger Strafklageverbrauch auch insoweit die Strafverfolgung.

Dass zwei unterschiedliche Finanzbehörden verschiedener Staaten getäuscht wurden, schließt eine Tatidentität auf der anderen Seite aber nicht per se aus.⁴³ Beziehen sich beide

³⁵ BGHSt 52, 275, 283 f. Diese Fallgruppen sind nicht abschließend, sondern exemplarisch zu verstehen („etwa“).

³⁶ Rübenthal NJW 2008, 2931, 2934.

³⁷ Stuckenberg in: FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 435, 443.

³⁸ Auch die Hinterziehung litauischer oder polnischer Tabaksteuer hätte verfolgt werden können (vgl. § 370 Abs. 6 S. 2 AO). Da die Tabaksteuer als harmonisierte Verbrauchsteuer aber nur einmal erhoben werden darf, muss sich das erstverfolgende Gericht entscheiden, wessen Steueranspruch es als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit wählt; so BGH NZWiSt 2016, 23, 25.

³⁹ Rust in: Frotzcher, Internationales Steuerrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 234.

⁴⁰ Das ist nicht selbstverständlich. Denkbar ist auch, dass beide Staaten von einem unterschiedlichen Sachverhalt ausgehen oder eine Vorschrift des DBA unterschiedlich auslegen. Zu derartigen positiven Qualifikationskonflikten und zu Mechanismen zur Verhinderung einer dadurch trotz DBA verbleibenden Doppelbesteuerung Geberth in: FG Wassermeyer, 2015, S. 65 ff.

⁴¹ § 1 Abs. 3 i.V.m. § 98 Abs. 1 Nr. 4 ö-EStG.

⁴² Vgl. Gaede, Der Steuerbetrug, 2016, S. 679 f.

⁴³ Nach BGHSt 52, 275, 281 verlangt Art. 54 SDÜ keine Identität der die Erklärungen betreffenden Steuern. Bezogen auf Art. 103 Abs. 3 GG soll nach Bülte in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht, 9. Aufl. 2023, § 370 Rn. 732 auch bei mehreren Erklärungsadressaten „aufgrund des einheitlichen Tatentschlusses“ typischerweise Tatidentität gegeben sein.

Täuschungen auf dieselben Einkünfte, kann dies indiziell auf ein *idem factum* hinweisen. Dies gilt erst recht, wenn der den Einkünften zugrundeliegende Sachverhalt steueroptimierend gestaltet wurde, also ein einheitlicher Tatplan und ggf. eine umfassende laufende Beratung gegeben sind.⁴⁴ Ein einheitlicher Vorsatz genügt grundsätzlich nicht für die Annahme eines Komplexes konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände.⁴⁵ Er kann jedoch Indizwirkung entfalten.⁴⁶

Tathandlung der Steuerhinterziehung durch aktives Tun (vgl. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) ist die Abgabe einer unrichtigen oder unvollständigen Steuererklärung. Die Zeitpunkte, in denen der Täter in den beiden Staaten Erklärungen abgibt, können aber erheblich voneinander abweichen. Bestehen unterschiedliche Abgabefristen, ist dies wahrscheinlich. Das OLG Frankfurt hat in dem bereits erwähnten Beschluss⁴⁷ ausdrücklich offengelassen, ob es der Tatidentität zwingend entgegensteht, dass der Betrug im Jahr 2005 begangen sein soll, die Steuererklärungen aber erst 2007 abgegeben wurden. Damit wird zumindest angedeutet, dass es zu restriktiv sein könnte, wie in den „Schmuggelfällen“ bereits in einer mehrtägigen „Ruhe“ des Geschehens eine Zäsur zu sehen.

Hat ein Täter sich in zwei Staaten wegen Steuerhinterziehung durch Unterlassen (vgl. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) strafbar gemacht, ist der Frage nachzugehen, ob der erstverurteilende Staat dasselbe Unterlassen abgeurteilt hat, an das der zweitverfolgende Staat anknüpfen will. Unter welchen Umständen zwei Unterlassungen eine einheitliche faktische Tat darstellen, ist bislang kaum untersucht worden.⁴⁸ Sind im Falle des „doppelten Unterlassens“ keine objektiven Tatsachen ersichtlich, die als Bindeglied für das Untätigbleiben in Betracht kommen (etwa eine einheitliche Verschleierungshandlung), wird man dem Tatentschluss besonderes Gewicht beimessen müssen.

Dies gilt auch, wenn – wie im Beispielfall – ein Tun und ein Unterlassen zusammentreffen. Richtigerweise sollte auch hier wieder die Frage gestellt werden, ob jedes Verhalten isoliert Sinn ergibt, was bzgl. H naheliegt, da einmal die Vermeidung der deutschen und einmal die Vermeidung der österreichischen Besteuerung bezweckt ist. Geboten ist aber stets eine Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls (z.B. einer etwaigen „Sinnlosigkeit“ der Steuerehrlichkeit in nur einem Staat wegen des dann ggf. drohenden Informationsaustauschs⁴⁹).

IV. Fazit und Ausblick

Im Steuerstrafrecht sind in diversen Konstellationen grenzüberschreitende Sachverhalte denkbar, in denen ein transnationaler Strafklageverbrauch zu prüfen ist. Offene Fragen ergeben sich hierbei für erst- und zweitverfolgende Staaten gleichermaßen.

Infolge des faktischen Tatbegriffs des EuGH hat es in vielen Fällen das nationale Gericht des zweitverfolgenden Staats in

der Hand, durch die Ausübung des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraums darüber zu entscheiden, ob und inwieweit die Verletzung fiskalischer Interessen strafrechtlich geahndet werden kann. Um dem Vorwurf der Willkür zu begegnen, bedarf es der Erarbeitung belastbarer Entscheidungskriterien. Nur so wird die Gefahr der Verfolgung für Unionsbürger vorhersehbar, sodass sich die durch Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ bezweckte Freizügigkeit verwirklichen lässt. In Anlehnung an das OLG Frankfurt bietet es sich m.E. an, darauf abzustellen, ob das Hinwegdenken der einen Handlung den Sinn der anderen Handlungen berührt, weil jene aus der Tätersicht einen übergeordneten Sinn hat (dann: Tatidentität) oder ob die in Rede stehenden Handlungen isoliert betrachtet ein gleichermaßen sinnvolles Tätermotiv erkennen lassen (dann: keine Tatidentität). Klärungsbedürftig ist in diesem Zusammenhang noch, wer die „Sinnfrage“ zu beantworten hat: Kommt es diesbezüglich allein auf die Vorstellung des Täters an oder hat das Gericht unter Einnahme der Täterperspektive eigene Erwägungen anzustellen? Nicht immer handeln Täter rational.

Erkennt ein erstverurteilendes Strafgericht, dass im verfahrensgegenständlichen Sachverhalt auch der „Verdacht“ einer im EU-Ausland begangenen Steuerhinterziehung im Raum steht, die nach dem anzuwendenden Recht aber nicht abgeurteilt werden kann, stellt sich mit Blick auf den drohenden Strafklageverbrauch die Frage, wie darauf zu reagieren ist: Sollte das im Ausland verwirklichte Unrecht im Strafmaß Berücksichtigung finden?⁵⁰ Darf oder muss das Strafverfahren ruhend gestellt werden bis die Straftat im Ausland abgeurteilt worden ist, wenn das damit einhergehende Unrecht das im Inland verwirklichte Unrecht evident übersteigt?

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass eine konsistente Handhabung des transnationalen *ne bis in idem* noch an vielen Stellen dogmatische Grundlagenarbeit voraussetzt (etwa Untersuchungen zur Tatidentität bei „mehreren“ Unterlassungen). Der Beitrag soll hierzu einen ersten Denkanstoß geben.

⁴⁴ So auch Peters in: Schaumburg/Peters, Internationales Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 4.70.

⁴⁵ EuGH Slg. 2007, I-6619 (Kraaijenbrink), Rn. 29; BGHSt 59, 120, 126.

⁴⁶ Inhofer in: BeckOK StPO, Art. 54 SDÜ Rn. 39; Peters in: Schaumburg/Peters, Internationales Steuerstrafrecht, Rn. 4.66.

⁴⁷ OLG Frankfurt SpuRt 2023, 317.

⁴⁸ Diskutiert wird im deutschen Verfassungsrecht v.a. die Frage nach der Tatidentität bei Unterlassensdauerdelikten. Dazu (auch mit Bezügen zum Unionsrecht) Schülting GVRZ 2022, 13 ff. Zu Art. 103 Abs. 3 GG bei der Nichtabgabe mehrerer geschuldeter Steuererklärungen Bülte in: Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht, § 370 Rn. 732.

⁴⁹ Zum Aufdeckungsrisiko bei Steuerhinterziehung und gleichzeitiger Nichtabführung von Sozialversicherungsabgaben Bülte NZWiSt 2017, 49, 57.

⁵⁰ Diese Möglichkeit wird angedeutet in BGHSt 52, 275, 281 f.

ENTSCHEIDUNGSKOMMENTARE

Rechtsanwalt Serkan Erdogan, Berlin

Herausgabe von Passwörtern zur Beschleunigung der Durchsicht von Datenträgern – Entscheidungsanmerkung zu AG Hamburg, Beschluss vom 30. März 2023, Az: 162 Gs 2237/21

Das Amtsgericht Hamburg hatte in der vorliegenden Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Art und Weise, insb. dem zeitlichen Umfang der Durchsicht elektronischer Datenträger nach § 110 StPO zu entscheiden. In der Praxis ist dieser Punkt häufig ein Streitpunkt, der in Anbetracht der großzügigen Handhabe der Ermittlungsbehörden und Gerichte für Frustration sorgt. Das Amtsgericht entschied, dass die Durchsicht der Geräte in Anbetracht der dafür erforderlichen, angekündigten Zeitdauer rechtswidrig ist und der Beschuldigte zur Beschleunigung der Durchsicht durch die Herausgabe eines Passworts nicht mitwirken muss.

I. Sachverhalt

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Rahmen einer Durchsuchung vom 01. November 2021 wegen des Verdachts der Geldwäsche nahmen Ermittlungsbeamte zwei Laptops sowie zwei Smartphones aus der Wohnung der Beschuldigten mit, um die Datenträger nach § 110 StPO durchzusehen. Am 04. Februar 2022 hatte das Amtsgericht Hamburg die Rechtmäßigkeit der vorläufigen Sicherstellung der Datenträger richterlich bestätigt. Am 27. Juni 2022 hatte die Staatsanwaltschaft Hamburg das für die Sachbehandlung zuständige LKA gebeten, die Ermittlungen in der vorliegenden Sache abzuschließen, insbesondere eine Auswertung der Inhalte der sichergestellten Datenträger vorzunehmen. Bereits zuvor am 18. Mai 2022 wurden die Datenträger an die mit der technischen Auswertung befasste forensische Spezialabteilung des LKA weitergeleitet.

Am 14. September 2022 vermerkte das LKA, dass die „Bearbeitung der Laptops voraussichtlich im Juli 2023 und mit der Bearbeitung der Mobiltelefone voraussichtlich im Juli 2024 begonnen“ werde. Die Auswertung der Daten auf den elektronischen Datenträgern könnten hiernach „frühestens“ im Juli/August 2023 fortgesetzt werden. Die Staatsanwaltschaft informierte die Verteidigung hierüber und teilte mit, dass eine Beschleunigung leider nicht veranlasst werden könne. Es sei denn die Beschuldigte sei bereit, die entsprechenden Passwörter zu benennen. Die Verteidigung beantragte dar-

aufhin für die Beschuldigte, im Rahmen einer gerichtlichen Entscheidung die Herausgabe der Geräte zu beschließen.

II. Entscheidung des Amtsgerichts Hamburg

Den Antrag, die Herausgabe der Geräte zu beschließen, legte das Gericht zutreffender Weise dahingehend aus, dass nach §§ 110 Abs. 4, 98 Abs. 2 StPO eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Art und Weise der Durchsicht der sichergestellten Geräte begehrt wird.

Ebenso zutreffend hat das Amtsgericht auf den Antrag die Rechtswidrigkeit der Art und Weise der Durchsicht festgestellt. Hierbei führt es zunächst aus, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert, dass die Ermittlungsbehörden im Falle einer Mitnahme zur Durchsicht zügig und in angemessener Zeit selektieren müssen, ob und ggf. welche der zur Durchsicht mitgenommenen Geräte dem Gericht für eine nachfolgende Beschlagnahmeanordnung vorzulegen sind. In Ermangelung normativer Vorgaben seien die Umstände des Einzelfalles maßgeblich.

Diese veranlassten das Amtsgericht Hamburg, die Art und Weise der Durchsicht als unverhältnismäßig zu bewerten. Denn die Ermittlungsbeamten nahmen die Geräte bereits siebzehn Monate vor dem Entscheidungszeitpunkt, nämlich am 01. November 2021, zur Durchsicht mit. Seitdem unterließen sie es, die dazu bereitstehenden Geräte durchzusehen. Hierbei war zu berücksichtigen, dass die Geräte nach dem Vermerk des LKA erst am 18. Mai 2022 – damit mehr als ein halbes Jahr später – zur technischen Auswertung an die Spezialabteilung weitergegeben wurden. Letztlich ausschlaggebend war jedoch der Umstand, dass auch nach dieser Zeit dem später auch nicht relativierten Vermerk des LKA zufolge prognostisch die Auswertung der Laptops frühestens zum Juli/August 2023 und der Handys erst zum Juli 2024 beginnen könne. Dieser Prognose lag auch nicht eine möglicherweise rechtfertigende besondere Schwierigkeit der konkreten Auswertung zugrunde. Vielmehr beruhte sie auf einem Mangel an personellen Ressourcen der Polizei, die bei der Rechtfertigung der Dauer der Durchsicht – wie vom BVerfG bereits mehrfach betont – keine Rolle spielen.

Die Begründung der Unverhältnismäßigkeit rundete das Amtsgericht Hamburg damit ab, dass auch der Vorschlag der Staatsanwaltschaft Hamburg, die Möglichkeit die Durchsicht durch Herausgabe der Passwörter der Geräte zu beschleunigen, bei dieser Einzelfallwürdigung der Art und Weise der Durchsicht kein zu berücksichtigender Umstand ist. Denn eine solche Mitwirkungspflicht kenne das deutsche Strafprozessrecht schon nicht.

III. Anmerkungen zur Entscheidung

Mit der Entscheidung geht das Amtsgericht auf zwei bislang in der Praxis häufig auftauchende und für Beschuldigte frustrierende Problemkreise der Durchsicht vorläufig sichergestellter Geräte ein. Es löst diese mit konsequenter Anwen-

derung des zugrunde liegenden Strafprozessrechts und verdient daher vollste Zustimmung.

1. Zeitlicher Rahmen der Durchsicht nach § 110 StPO

Nach § 110 StPO können Beweismittel vorläufig zur Prüfung, ob sie beschlagnahmefähig oder zurückzugeben sind, sichergestellt und durchgesehen werden. Je nach Umfang der potentiellen Beweismittel – bei elektronisch gespeicherten Daten der Regelfall – können sie, wenn eine Aussonderung an Ort und Stelle nicht möglich ist, nach pflichtgemessen Ermessen der Staatsanwaltschaft mitgenommen oder kopiert und im Nachgang durchgesehen werden (BGH, Beschluss vom 05. August 2003 - 2 BJs 11/03-5 - StB 7/03, NStZ 2003, 670, 671; OLG Jena, Beschluss vom 20. November 2000 - 1 Ws 313/00, NJW 2001, 1290, 1293).

Der zeitliche Rahmen für diese Durchsicht ex situ ist weder gesetzlich konturiert noch kann sie richterlich im Wege einer Entscheidung nach §§ 110 Abs. 4, 98 Abs. 2 StPO im Anschluss an die Sicherstellung vorgegeben werden (BGH, Beschluss vom 20. Mai 2021 - StB 21/21, NStZ 2021, 623). Obwohl die Durchsicht Bestandteil der Durchsuchung ist, gilt für sie nicht das vom BVerfG aufgestellte Zeitfenster von sechs Monaten zur Vollziehung von Durchsuchungsbeschlüssen (BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 2002 - 2 BvR 2248/00, NStZ 2002, 377, 378). Die Grenze bildet lediglich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Aus ihm folgt, dass die Durchsicht zügig durchgeführt werden muss, um abhängig von der Menge des vorläufig sichergestellten Materials und der Schwierigkeit seiner Auswertung in angemessener Zeit zu dem Ergebnis zu gelangen, was als potenziell beweiserheblich dem Gericht zur Beschlagnahme angetragen und was an den Beschuldigten herausgegeben werden soll (BGH, Beschluss vom 05. August 2003 - 2 BJs 11/03-5 - StB 7/03, NStZ 2003, 670, 671; OLG Koblenz, Beschluss vom 30. März 2021 - 5 Ws 16/21, NZWiSt 2021, 386, 389).

Die vorliegende Entscheidung reiht sich in diese Rechtsprechungsgrundsätze ein und zeigt, dass der Verhältnismäßigkeit der Durchsicht vor allem dann Grenzen gesetzt sind, wenn wie hier die Sichtung erst gar nicht zeitnah begonnen wird. Der immer wieder antreffenden Begründung, dass es am Personal zur zeitnahen Durchsicht fehle, hat das Amtsgericht auch hier einen klaren Riegel vorgeschoben. Bei dem vorliegenden Fall handelt es sich in dieser Hinsicht um eine Extreme, die einer Verweigerung der Sichtung nahe kommt. In Fällen, in denen aufgrund der Ressourcenauslastung Datenträger nur eine kürzere Zeit liegen bleiben, wird die Unverhältnismäßigkeit der Durchsicht nicht sofort auf die Stirn geschrieben sein und die gerichtliche Schmerzengrenze woanders liegen können.

Das entsprechende Case Law spiegelt eine große Streubreite der zeitlichen Grenze der Durchsicht wider (mit einer aufschlussreichen Aufstellung hierzu Reichling/Corsten, NStZ 2022, 712, 714). Bei der Anwendung des vom BGH im Jahr 1964 aufgestellten Grundsatzes, „daß vorläufige prozessuale Zwangsmaßnahmen nicht weit über ein Jahr hinaus andauern dürfen“ (BGH, Beschluss vom 04. August 1964 - 3 StB 12/63, Rn. 26, BGHSt 19, 374), wird man abwägen müssen, ob

der technische Fortschritt bei der Durchsicht kürzeres oder die heutzutage anzutreffende Menge der vorläufig sichergestellten Daten und die Schwierigkeit der Auswertung anderes gebietet.

Letztlich ist zu beachten, dass die Entscheidung über die erforderliche Dauer in erster Linie dem Ermessen der Staatsanwaltschaft unterliegt und für die gerichtliche Überprüfung maßgeblich ist, von welchen Kriterien sie diese Entscheidung abhängig gemacht und hierbei die Grenzen ihres Ermessens überschritten hat (BVerfG, Beschluss vom 28. April 2003 - 2 BvR 358/03, NJW 2003, 2669, 2671; BGH, Beschluss vom 20. Mai 2021 - StB 21/21, NStZ 2021, 623, 624). Dies ergibt sich vor allem aus entsprechenden Aktenvermerken der Staatsanwaltschaft. Die nachprüfenden Ermittlungsrichter legen diese – wie nicht nur der entscheidungsgegenständliche Fall zeigt – in der Regel ihrer Verhältnismäßigkeitsprüfung zugrunde (Vgl. auch BGH, Beschluss vom 20. Mai 2021 - StB 21/21, NStZ 2021, 623). Insofern ist aus Sicht der Verteidigung auf entsprechende Veraktung der Gründe hinzuwirken.

2. Herausgabe von Passwörtern

Sofern die Staatsanwaltschaft hingewiesen hatte, dass die Durchsicht schneller erfolgen kann, wenn die Beschuldigte die Passwörter mitteilt und die Geräte nicht erst noch „geknackt“ werden müssen, ist dies technisch richtig, rechtlich jedoch bei der Feststellung der Verhältnismäßigkeit der Dauer der Durchsicht nicht zu berücksichtigen. Ebenso könnte der Beschuldigte theoretisch sofort Auskunft darüber geben, welche Daten für das Verfahren relevant und für die Staatsanwaltschaft relevant sind, um die Durchsicht abzukürzen. Für die Überprüfung der Dauer der Durchsicht spielt dies ebenfalls keine Rolle.

Beiden Fällen ist gleich, dass der Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ gilt. Beschuldigte sind weder dazu verpflichtet noch dürfen sie dazu gezwungen werden, sich selbst zu belasten oder an der Aufklärung der Tat mitzuwirken. Nach dem BVerfG ist dies Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG und der Achtung der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG, da ein Beschuldigter Verfahrensbeteiligter und nicht bloßes Objekt des Verfahrens ist. Einfachgesetzlich wird der Grundsatz u. a. in den §§ 136 Abs. 1 S. 2, 136a Abs. 1, 243 Abs. 5 S. 1 StPO vorausgesetzt und auch aus Art. 6 EMRK entnommen.

Wie das Amtsgericht richtig hervorhebt, unterliegen auch Passwörter zu sichergestellten Geräten der Selbstbelastungsfreiheit. Dies gilt unabhängig davon, ob sich auf dem Gerät tatsächlich belastende Beweismittel befinden oder nicht. Denn maßgeblich ist allein, dass der Beschuldigte aktiv an der Tataufklärung durch Entschlüsselung des sichergestellten Geräts mitwirkt. Dies scheint auf den ersten Blick auf der Hand zu liegen, ist aber – wie andere europäische Jurisdiktionen zeigen – keine Selbstverständlichkeit.

So sehen (nicht nur) das britische und französische Recht die Möglichkeit vor, dass Personen unter Androhung u. a. von Haft zur Entschlüsselung durch Passworteingabe oder

zur Passwortherausgabe angewiesen werden können (hierzu auch Franck, RDV 2013, 287, 288; Gercke, MMR 2008, 291, 298). Einen Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit oder den fair-trial-Grundsatz aus Art. 6 EMRK hatte das Supreme Court (England und Wales) hierin nicht gesehen (R v S & Anor [2008] EWCA Crim 2177 vom 09. Oktober 2008). Denn das Passwort sei als bloßer Schlüssel selbst nicht belastend, sondern lediglich die verschlüsselten Daten. Zudem vergleicht der Supreme Court das Passwort und die dadurch geschützten Daten mit Blut-, Urin- und Gewebeproben, die unabhängig vom Willen des Beschuldigten existieren.

Zwar stellte auch der EGMR fest, dass Beweismaterial, das vom Beschuldigten durch Zwang gewonnen werden kann, aber unabhängig vom Willen des Betroffenen vorhanden ist (z. B. Schriftstücke, die auf Grund einer Beschlagnahme erlangt werden, Proben von Atemluft, Blut, Urin, Haaren und Körpergewebe zu Zwecken von DNA-Analysen) nicht der Selbstbelastungsfreiheit unterliegt (EGMR (Große Kammer), Urteil vom 11. 7. 2006 - 54810/00Jalloh/Deutschland, NJW 2006, 3117, 3123). Für Passwörter wird man dies hingegen

ebenfalls nur bei einer entsprechenden gesonderten Dokumentation des Passworts annehmen können (LG Trier, Beschluss vom 16. Oktober 2003 - 5 Qs 133/03, NJW 2004, 869, Greven, in: KK-StPO, § 94, Rn. 4c).

Hieraus folgt konsequent, dass ein „Angebot“ zur Beschleunigung der Durchsicht durch Herausgabe des Passworts nicht bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist. Anstelle eines solchen Angebots wird die Staatsanwaltschaft den gleichen Gedanken jedoch dahingehend verpacken können, dass die noch andauernde Durchsicht der Entschlüsselung des Geräts und damit der Schwierigkeit der Auswertung – aufgrund des Passwortschutzes des Geräts – geschuldet ist (BGH, Beschluss vom 05. August 2003 - 2 BJs 11/03-5 - StB 7/03, NStZ 2003, 670, 671; OLG Koblenz, Beschluss vom 30. März 2021 - 5 Ws 16/21, NZWiSt 2021, 386, 389; Hauschild, in: MüKo, § 110 StPO, Rn. 10). Eine solche Begründung würde allerdings voraussetzen, dass eine Auswertung – anders als im entscheidungsgegenständlichen Fall – bereits begonnen hat oder zügig begonnen werden soll.

Rechtsanwalt Dr. Elias Schönborn
und Mag. Jan Uwe Thiel, LL.B., beide Wien

Österreichischer Verfassungsgerichtshof: Gesetzliche Regelungen zur Handy-Sicherstellung sind verfassungswidrig

Mit Erkenntnis vom 14. Dezember 2023 (G 352/2021) hat der Verfassungsgerichtshof (im Folgenden: VfGH) in Österreich die Bestimmungen der österreichischen Strafprozessordnung (im Folgenden: StPO) über die Sicherstellung von Mobiltelefonen und anderen Datenträgern als verfassungswidrig aufgehoben, weil sie gegen die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens nach Art 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention („EMRK“) und auf Datenschutz gemäß § 1 des österreichischen Datenschutzgesetzes („DSG“) verstoßen. Die Entscheidung leitet einen Paradigmenwechsel im österreichischen Strafprozessrecht ein und hat international Beachtung gefunden, zumal es sich – soweit ersichtlich – um das erste europäische Verfassungsgericht handelt, das sich in dieser Tiefe mit Fragen der Verhältnismäßigkeit dieser besonders eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahme auseinandersetzt.¹ Die rechtlichen Voraussetzungen für die Sicherstellung/Beschlagnahme von Datenträgern sind in Österreich, Deutschland und der Schweiz in vielen Punkten ähnlich geregelt. Die Verhältnismäßigkeitserwägungen des VfGH können daher auch außerhalb Österreichs als Anregung für eine tiefere Auseinandersetzung mit der Thematik in Wissenschaft und Praxis dienen, sodass sich eine nähere Beschäftigung mit der Entscheidung lohnen kann.

I. Einleitung

1. Allgemeines

Die Sicherstellung von Handys und anderen elektronischen Datenträgern wird in Österreich in den § 110 Abs 1 Z 1 und Abs 4 sowie § 111 Abs 2 StPO geregelt. Der Kern der Debatte, illustriert durch die Entscheidung des VfGH, dreht sich um die **Verhältnismäßigkeit** solcher Ermittlungsmaßnahmen und den damit einhergehenden tiefgreifenden Eingriff in **Grund- und Freiheitsrechte** der betroffenen Personen. In Österreich stehen sowohl die EMRK samt 1 Zusatzprotokoll² als auch § 1 DSG im Verfassungsrang.

Indem der VfGH eine **unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Rechts auf Datenschutz** nach § 1 DSG sowie in das **Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens** nach Art 8 EMRK durch die angefochtenen Bestimmungen feststellte, adressiert er eine **universelle Problematik** im digitalen Zeitalter: Wie weit dürfen staatliche Eingriffe gehen, um eine effiziente Strafverfolgung zu gewährleisten, ohne dabei fundamentale Freiheiten seiner Rechtsunterworfenen zu untergraben?

Es darf wohl als allgemeiner Konsens angesehen werden, dass es „in einem Rechtsstaat keine Wahrheitsfindung um jeden Preis geben“ darf.³ In einem Zeitalter, in dem (grenz-

¹ Soyer/Marsch, Handysicherstellung ohne vorherige richterliche Bewilligung verfassungswidrig, JSt-Slg 2024/4, 57 (68); vgl auch Soyer/Marsch, VfGH und Handysicherstellung – technische und rechtliche Fragen aus dem Verfahren, AnwBl 2024, 164 (164ff).

² Art II Z 7 BVG, BGBl 1964/59; VfGH 11.4.2017, G 5100/1965.

³ Cepic/Gilhofer, Die Löschung von rechtswidrig ermittelten personenbezogenen Daten in der Strafrechtspflege – Ein- und Auswirkungen von § 75 StPO, JBl 2023, 409 (419).

überschreitende) Datenübermittlungen in nie dagewesenem Umfang fließen und digitale Überwachungsmöglichkeiten stetig wachsen, wird die Entscheidung des VfGH zu einem wichtigen Bezugspunkt für die Debatte um Datenschutz und Grundrechte auf globaler Ebene. Ein von einem Beschuldigten intensiv genutztes Endgerät wie Computer, Mobiltelefon oder Laptop kann durch die Ansammlung persönlicher Datenmengen zum „ultimativen Beweismittel“⁴ werden, was die Bedeutung eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen effektiver Strafverfolgung und dem Schutz individueller Freiheiten verdeutlicht.⁵

2. Derzeitige (verfassungswidrige) Rechtslage zur Sicherstellung von Datenträgern

Die **Sicherstellung** eines Handys oder anderen elektronischen Datenträgers ist dann zulässig, wenn sie für das Ermittlungsverfahren aus **Beweisgründen erforderlich** erscheint (§ 110 Abs 1 Z 1 StPO).⁶ Die Sicherstellung ist die vorläufige Begründung der Verfügungsmacht über den Gegenstand durch die Strafverfolgungsbehörden (§ 109 Z 1 lit a StPO).⁷ Für die Anordnung einer Sicherstellung bedarf es eines **Anfangsverdacht** (§ 1 Abs 3 StPO), somit bestimmter Anhaltspunkte, die die Annahme rechtfertigen, dass eine Straftat begangen worden ist.

§ 111 Abs 1 und Abs 2 StPO sehen eine **Herausgabepflicht** des Betroffenen vor. Jedermann ist verpflichtet, die erforderlichen Gegenstände herauszugeben oder die Sicherstellung auf andere Weise zu ermöglichen. In dieser Bestimmung ist grundsätzlich auch eine Herausgabepflicht von Passwörtern elektronischer Datenträger umfasst, außer es handelt sich um einen Beschuldigten oder Zeugen, dem eine Schweigepflicht zukommt.⁸

Die **Anordnung** der Sicherstellung muss von der Staatsanwaltschaft begründet werden, indem dargelegt wird, welche Gegenstände von ihr erfasst sind und wofür diese von Relevanz sein könnten.⁹ Eine **richterliche Bewilligung**, die beispielsweise für eine (anschließende) Beschlagnahme (§ 115 StPO) notwendig ist, ist **nicht erforderlich**. Die Sicherstellung ist lediglich von der Staatsanwaltschaft anzuordnen und von der Kriminalpolizei durchzuführen (§ 110 Abs 2 StPO).¹⁰

Jede **bewegliche körperliche Sache** kann sichergestellt werden.¹¹ Somit sind neben Datenträgern (Laptop, Mobiltelefon, etc) auch **sonstige Gegenstände** iSd § 109 Z 1 lit a StPO umfasst. Darüber hinaus kommt auch eine **Datenspiegelung** in Betracht. Im Rahmen einer Datenspiegelung wird nicht der physische Gegenstand, sondern lediglich die sich auf diesem befindenden Daten sichergestellt.¹² Diese Möglichkeit ergibt sich aus § 110 Abs 4 und § 111 Abs 2 StPO.

Im Unterschied zur Sicherstellung von sonstigen Gegenständen wird es den Ermittlungsbehörden im Rahmen der Sicherstellung von Datenträgern ermöglicht, **Rückschlüsse** auf bestimmte Personen zu ziehen.¹³ Sie können sich dadurch ein **umfassendes Bild** über die Vergangenheit und der Gegenwart der betroffenen Person machen. Weiters können die Ermittler auch auf **extern gespeicherte Daten** (z.B. externe Festplatte, Cloud) uneingeschränkt zugreifen.¹⁴ Es gibt **keine konkrete Vorschrift** darüber, **wie die Auswertung zu erfolgen** hat. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist diese Tatsache äußerst problematisch.

Zugegriffen darf nur auf jene Daten werden, die **im Zeitpunkt der Sicherstellung** lokal oder extern gespeichert waren. Auf Daten, die erst nachträglich auf den sichergestellten Datenträger übertragen wurden, darf nicht zugegriffen werden, da dies nicht von der Sicherstellungsbefugnis gemäß § 110 Abs 1 Z 1 StPO gedeckt ist.¹⁵

Der Gesetzgeber verlangt auch **keine bestimmte Schwere der Straftat**, weshalb eine Sicherstellung bei Vorliegen eines Anfangsverdachts bei jedem Delikt in Frage kommt. Selbst **(nicht verdächtige) Dritte** müssen sich einer Sicherstellung beugen,¹⁶ wenn gegen eine (andere) Person ein Anfangsverdacht im Sinne des § 1 Abs 3 StPO besteht und der – im Besitz des (nicht verdächtigen) Dritten stehende – Gegenstand ein relevantes Beweismittel im strafrechtlichen (Ermittlungs-) Verfahren ist.¹⁷

§ 110 Abs 4 StPO normiert, dass die Sicherstellung von Gegenständen aus Beweisgründen gemäß § 110 Abs 1 Z 1 StPO nicht zulässig und jedenfalls auf Verlangen der betroffenen Person aufzuheben ist, soweit und sobald der Beweiszweck durch Bild-, Ton- oder sonstige Aufnahmen oder durch Kopien schriftlicher Aufzeichnungen oder automationsunterstützt verarbeiteter Daten erfüllt werden kann und nicht anzunehmen ist, dass die sichergestellten Gegenstände selbst oder die Originale der sichergestellten Informationen in der Hauptverhandlung in Augenschein zu nehmen sein werden.¹⁸

Betroffene einer Sicherstellung können neben dem Antrag auf **Herausgabe** (§ 110 Abs 4 StPO) einen **Einspruch** wegen

⁴ Grzesiek/Zühlke, Die Entschlüsselung von Smartphones gegen den Willen des Beschuldigten zum Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens, StV-S 2021, 117 (122).

⁵ Seidl/Schönborn, Dürfen Strafverfolgungsbehörden Beschuldigte zur (biometrischen) Entschlüsselung von Endgeräten zwingen? JBl 2022, 361 (361).

⁶ Tipold/Zerbes in Fuchs/Ratz, WK StPO § 110 Rz 5 (Stand 1.3.2021, rdb.at).

⁷ Tipold/Zerbes/Flora in Fuchs/Ratz, WK StPO § 109 Rz 2 (Stand 13.11.2017, rdb.at).

⁸ Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker, IT-Strafrecht, 2018, Rz 5.9.

⁹ Seidl/Schönborn, Dürfen Strafverfolgungsbehörden Beschuldigte zur (biometrischen) Entschlüsselung von Endgeräten zwingen? JBl 2022, 361 (364); Tipold/Zerbes in Fuchs/Ratz, WK StPO § 110 Rz 59 (Stand 1.3.2021, rdb.at).

¹⁰ Tipold/Zerbes in Fuchs/Ratz, WK StPO § 110 Rz 57 (Stand 1.3.2021, rdb.at).

¹¹ Tipold/Zerbes in Fuchs/Ratz, WK StPO § 110 Rz 3 (Stand 1.3.2021, rdb.at).

¹² Schönborn/Morwitzer, Criminal Compliance (2023) Rz 11.64; McAllister in Kier/Wess, HB Strafverteidigung² (2022) Rz 8.64.

¹³ Soyer/Marsch, Handysicherstellung ohne vorherige richterliche Bewilligung verfassungswidrig, JSt-Slg 2024/4, 57 (67).

¹⁴ Vgl. ErläutRV 25 BlgNR 22. GP; Tipold/Zerbes in Höpfel/Ratz, WK StPO § 111 Rz 14 (Stand 1.3.2021, rdb.at); aA Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker, IT-Strafrecht, 2018, Rz 5.11.

¹⁵ Vgl. Tipold/Zerbes in Höpfel/Ratz, WK StPO § 111 Rz 17/2 (Stand 1.3.2021, rdb.at).

¹⁶ Tipold/Zerbes in Höpfel/Ratz, WK StPO § 110 Rz 2 (Stand 1.3.2021, rdb.at).

¹⁷ Tipold/Zerbes in Höpfel/Ratz, WK StPO Vor §§ 110-115 Rz 7 (Stand 1.3.2021, rdb.at).

¹⁸ Tipold/Zerbes in Fuchs/Ratz, WK StPO § 110 Rz 50 (Stand 1.3.2021, rdb.at).

Rechtsverletzung (§ 106 Abs 1 StPO) erheben sowie eine gerichtliche Entscheidung über die Fortsetzung bzw Aufhebung der Sicherstellung beantragen (§ 115 iVm § 111 Abs 4 StPO). Zudem können Betroffene gemäß § 75 StPO einen Antrag auf **Berichtigung, Löschung** oder **Vervollständigung** von unrichtigen, unvollständigen oder entgegen den Bestimmungen der Strafprozessordnung 1975 ermittelten personenbezogenen Daten stellen.¹⁹

II. Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023 (G 352/2021)

1. Vorverfahren

Die Staatsanwaltschaft Klagenfurt führte gegen den Beschuldigten, einen Geschäftsführer eines Unternehmens in Kärnten, ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts auf Untreue gemäß § 153 Abs 1 und Abs 3 zweiter Fall StGB. Am 21. Juli 2021 ordnete die Staatsanwaltschaft Klagenfurt die Sicherstellung des Mobiltelefons sowie des Outlook-Kalenders des Beschuldigten an. Dagegen erhob der Beschuldigte **Einspruch wegen Rechtsverletzung** (§ 106 Abs 1 StPO). Er führte begründend aus, dass die Ermittlungsmaßnahme unverhältnismäßig sei, da das Mobiltelefon einen uferlosen Zugriff auf die Lebensumstände und die Lebensgeschichte eines Menschen ermögliche, zumal durch das Mobiltelefon auch Daten zugänglich würden, die in der Cloud gespeichert seien.²⁰

Das Landesgericht Klagenfurt **wies** den Einspruch wegen Rechtsverletzung mit der Begründung **ab**, dass die Sicherstellung des Mobiltelefons aus Beweisgründen **geeignet** und **erforderlich** sei und zudem das **gelindeste Mittel** darstelle.²¹

Gegen diesen Beschluss erhob der Beschuldigte fristgerecht **Beschwerde** (§ 87 StPO) an das Oberlandesgericht Graz und stellte aus Anlass dieses Rechtsmittels den **Antrag auf Normenkontrolle gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG an den VfGH**.²² Diese Bestimmung ermöglicht es einer Person, die als Partei einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, aus Anlass eines gegen diese Entscheidung erhobenen Rechtsmittels, die **Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes** geltend zu machen.²³

Diese Möglichkeit ist von der deutschen „Verfassungsbeschwerde“ (§§ 90 ff dt. BVerfGG) zu unterscheiden, die es einer natürlichen oder juristischen Person ermöglicht, das Bundesverfassungsgericht anzurufen, wenn sie geltend macht, durch die öffentliche Gewalt in einem ihrer Grundrechte verletzt zu sein. Diese Möglichkeit kennt der österreichische Gesetzgeber nicht. Beim sogenannten **Parteiaantrag auf Normenkontrolle**²⁴ wird nicht behauptet, das Gericht habe Grundrechte verletzt, sondern dass das Gericht ein **verfassungswidriges Gesetz** angewendet hat. Es wird somit der **Inhalt des Gesetzes** bekämpft.²⁵

a. Argumente des Antragstellers

Der Antragsteller argumentierte, dass die Sicherstellung eines Smartphones aus Beweisgründen angesichts der Fülle

der auf dem Smartphone enthaltenen Daten **tiefe Einblicke** in das Leben und die Privatsphäre des Betroffenen erlaube. Ein Blick in das Mobiltelefon genüge und man wisse alles über einen Menschen, was es zu wissen gebe. Gleichwohl bedürfe die Sicherstellung nur einer **Anordnung der Staatsanwaltschaft** im Zuge eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, für dessen Einleitung wiederum lediglich ein **Anfangsverdacht** (§ 1 Abs 3 StPO) Voraussetzung sei. Für sämtliche Ermittlungsmaßnahmen, die mit vergleichbaren Eingriffen verbunden seien, würden **strengere materielle und formelle Voraussetzungen** gelten. Dies betreffe etwa die Identitätsfeststellung nach § 118 StPO, bei der das Vorliegen **bestimmter Tatsachen** erforderlich sei. Ähnliches gelte für die Auskunft über Bankdaten gemäß § 116 StPO, die überdies einer **gerichtlichen Bewilligung** bedürfe. Auch für eine Durchsuchung von Orten und Gegenständen ("Hausdurchsuchung") (§ 120 StPO) und eine molekulargenetische Untersuchung (§ 124 StPO) bedürfe es jeweils einer **gerichtlichen Bewilligung**. Die körperliche Untersuchung (§ 123 StPO) dürfe nur bei Vorliegen **bestimmter**, im Gesetz näher genannter **Tatsachen** erfolgen und unterliege zudem einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Observation und verdeckte Ermittlung (§§ 130 ff StPO) wiederum unterlägen **strengen zeitlichen Beschränkungen**. Für die Beschlagnahme von Briefen, die Auskunft über Daten einer Nachrichtenermittlung sowie die Lokalisierung einer technischen Einrichtung und die Überwachung von Nachrichten enthielten die §§ 134 ff StPO detaillierte Voraussetzungen, wobei überdies jeweils **richterliche Bewilligungen** erforderlich seien.²⁶ Bei verdeckten Ermittlungen und der Überwachung verschlüsselter Nachrichten bestehe gemäß § 147 StPO **Rechtsschutz** durch den Rechtsschutzbeauftragten.²⁷

Eine einfache Anordnung der Sicherstellung könne diese detaillierten Anforderungen ohne Rechtsschutz im Hauptverfahren (§§ 210 ff StPO) umgehen, da es dafür **keine Nichtigkeitssanktion** gebe.²⁸

¹⁹ Vgl. OGH 13.10.2020, 11 Os 56/20z; 1.6.2021, 14 Os 35/21k.

²⁰ Punkt 2. bzw Rz 4 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

²¹ Punkt 3. bzw Rz 5 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

²² Punkt 4. bzw Rz 6 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

²³ Näher dazu Rohregger, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle („Gesetzesbeschwerde“), AnwBl 2015, 188 (188); Herbst/Wess, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle im Bereich der Strafgerichtsbarkeit, ZWF 2015, 64 (64).

²⁴ Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG.

²⁵ Bußjäger in Kahl/Khazkzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art. 140 B-VG Rz 12 (Stand 1.1.2021, rdb.at); Rohregger, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle („Gesetzesbeschwerde“), AnwBl 2015, 188 (188); Herbst/Wess, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle im Bereich der Strafgerichtsbarkeit, ZWF 2015, 64 (64).

²⁶ Seidl/Schönborn, Dürfen Strafverfolgungsbehörden Beschuldigte zur (biometrischen) Entschlüsselung von Endgeräten zwingen? JBl 2022, 361 (370).

²⁷ Punkt 4.1. bzw Rz 7 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

²⁸ Punkt 4.2. bzw Rz 8 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

Die Sicherstellung eines Mobiltelefons greife folglich auf **unverhältnismäßige Weise** in Art 8 EMRK sowie § 1 DSGVO ein. Einerseits fehle es an der ausreichenden gesetzlichen Determinierung, andererseits könne die Sicherstellung, die einen zeitlich und inhaltlich uferlosen Eingriff in die Privatsphäre erlaube, bereits unter geringsten Voraussetzungen angeordnet werden, nämlich bei Vorliegen eines **bloßen Anfangsverdachts** sowie bei der Eignung des Mobiltelefons als Beweismittel. Insoweit verstoße die Rechtslage auch gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art 2 StGG, Art 7 Abs 1 B-VG), weil die erwähnten Bestimmungen der StPO den Ermittlungsbehörden erhebliche materielle und formelle Schranken setzten, wohingegen dies bei der Sicherstellung von Mobiltelefonen nicht der Fall sei.²⁹

b. Argumente der Bundesregierung

Die Bundesregierung teilte die verfassungsrechtlichen Bedenken des Antragstellers nicht. In Verteidigung der Sicherstellungsbestimmungen führte die Bundesregierung insbesondere Folgendes aus: Die Sicherstellung eines Datenträgers gehe nicht notwendig mit dessen Auswertung einher, vielmehr bedürfe diese einer eigenen Anordnung. Der vermeintlichen Schrankenlosigkeit des Eingriffes sei entgegenzuhalten, dass die Ermittlungsbehörden Daten **nur zum Zwecke der Strafverfolgung** auswerten und strafrechtsunerhebliche Informationen nicht zum Akt nehmen dürften (vgl § 74 Abs 1 StPO; OGH 13.10.2020, 11 Os 56/20z). Entgegen den Bestimmungen der Strafprozessordnung 1975 **ermittelte Daten** seien von Amts wegen oder auf Antrag **zu löschen** (§ 75 Abs 1 StPO). Weder sei notwendigerweise jener Gegenstand sicherzustellen, in dem der Datenträger eingebaut sei, noch sei jener Datenträger sicherzustellen, auf dem die relevanten Daten originär gespeichert worden seien, weil andernfalls die in § 111 Abs 2 StPO normierte Pflicht, den Ermittlungsbehörden Zugang zu gespeicherten Daten zu verschaffen, insbesondere bei der Nutzung externer Speicherplätze leerliefe (OGH 11.9.2018, 14 Os 51/18h). Zudem dürfe das sichergestellte Gerät von den Strafverfolgungsorganen nicht dazu verwendet werden, um auf zukünftig dezentral gespeicherte Daten zuzugreifen. Vielmehr seien alle Verbindungen zu trennen und das Mobiltelefon auf „**Flugmodus**“ zu setzen, sodass sich die Sicherstellung nur auf jene Daten beziehe, die über das Mobiltelefon im Zeitpunkt der Maßnahme verfügbar gewesen seien (Zerbes, Beweisquelle Handy. Ermittlungen zwischen Sicherstellung und Nachrichtenüberwachung, ÖJZ 2021, 176 [180]). Zudem habe es bereits der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte für **zulässig** erachtet, dass die Staatsanwaltschaft bei Beschlagnahme einer größeren Datenmenge das **beschlagnahmte Datenmaterial sichte** (EGMR 4.6.2019, 39.757/15, Sigurður Einarsson, Z 90).³⁰

Gemäß § 1 Abs 3 StPO bedürfe die Sicherstellung eines Anfangsverdachts, also bestimmter Anhaltspunkte, welche die Annahme rechtfertigten, dass eine Straftat begangen worden sei. Die im Parteienantrag zitierten, in anderen Bestimmungen erwähnten „bestimmten Tatsachen“ seien ein Verweis auf eben diesen Anfangsverdacht, wie insbesondere das Beispiel der Identitätsfeststellung nach § 118 StPO zeige. Ferner bedürfe die Anordnung einer Sicherstellung einer **Begründung**: Es sei darzulegen, **welche Gegenstände** von ihr erfasst und wofür diese von **Relevanz** seien. Im Übrigen sei auch bei Si-

cherstellungen der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** gemäß § 5 Abs 1 und 2 StPO unter Berücksichtigung grundrechtlicher Vorgaben, insbesondere von Art 8 EMRK bzw § 1 DSGVO, zu wahren (OGH 28.7.2020, 11 Os 51/20i; 13.10.2020, 11 Os 56/20z), wobei dem Betroffenen zur Geltendmachung dieser Rechte das **Rechtsmittel des Einspruches** wegen Rechtsverletzung offenstehe.³¹

Die Sicherstellung sei überdies eine **bloß vorläufige Maßnahme**. Erst die nachfolgende Beschlagnahme bedürfe der richterlichen Bewilligung, wobei der Betroffene die Möglichkeit habe, nach § 115 StPO eine gerichtliche Entscheidung über die Aufhebung oder Fortsetzung der Sicherstellung zu beantragen.³²

Die im Antrag angesprochenen Überwachungsmaßnahmen nach §§ 130 ff StPO **unterschieden sich grundlegend** von der Sicherstellung eines Datenträgers. Überwachungsmaßnahmen erfolgten regelmäßig im **Verborgenen**, wobei das Verhalten von Personen ohne deren Kenntnis typischerweise über einen gewissen Zeitraum beobachtet werde, wohingegen die Sicherstellung lediglich eine **Momentaufnahme** sei. Eine Überwachung könne nur in Echtzeit stattfinden und erfordere die Einbindung eines Dritten, des Kommunikationsdienstes. Sobald sich die Daten in der Sphäre des jeweiligen Nutzers befänden, könne dieser über sie disponieren und es unterlägen die Daten der Sicherstellung. Daraus ergebe sich ein **unterschiedliches Schutzniveau** im Verhältnis zum (im Fernmeldegeheimnis geschützten) Vertrauen auf die Integrität des Übertragungsweges, dem die Gesetzgebung durch unterschiedliche Regelungen Rechnung trage. Im Übrigen erachte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte selbst bei (geheimen) Überwachungsmaßnahmen eine nachträgliche richterliche Überprüfung als hinreichend (EGMR 2.9.2010, 35.623/05, Uzun, Z 71 bis 74; 12.1.2016, 37.138/14, Szabó und Vissy, Z 77).³³

Soweit der Antragsteller darüber hinaus geltend mache, dass es im Hinblick auf die Datenvielfalt einer speziellen Regelung für die Sicherstellung von Smartphones bedürfe, verlange er vom Gesetzgeber eine **Differenzierung** danach, welchen potentiellen Beweiswert ein sichergestellter Gegenstand haben könnte, was aber **faktisch unmöglich** sei, weil dazu die Ermittlungsergebnisse antizipiert werden müssten. Ein Smartphone enthalte zwar eine Vielzahl an Informationen in kumulierter Form, gleichwohl wäre es auch möglich, diese Informationen durch Sicherstellung anderer, allenfalls mehrerer Gegenstände (Notizbücher, Taschenkalender etc.) zu gewinnen. Folglich erschiene es unsachlich, die Sicherstellung eines Mobiltelefons an **strengere Voraussetzungen**

²⁹ Punkt 4.3. bzw Rz 9 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

³⁰ Punkt 9.1. bzw Rz 15 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

³¹ Punkt 9.2. bzw Rz 16 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

³² Punkt 9.3. bzw Rz 17 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

³³ Punkt 9.4. bzw Rz 18 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

als die Sicherstellung sonstiger persönlicher Gegenstände zu knüpfen.³⁴

2. Erwägungen des VfGH

a. Verhältnismäßigkeit

Durch die Befugnis zur Sicherstellung und Auswertung von (personenbezogener) Daten, deren Rechtsgrundlage sich aus § 110 Abs 1 Z 1 und § 111 Abs 2 StPO ergibt, wird in das Recht auf Datenschutz nach § 1 DSGVO sowie in das **Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens** nach Art 8 EMRK eingegriffen.³⁵

Nach Ansicht des VfGH handelt es sich bei dem durch §§ 110 ff StPO angestrebten Ziel, nämlich der Verfolgung von strafbaren Handlungen mittels Sicherstellung von Beweismitteln, um ein **legitimes Ziel** im Sinne des § 1 Abs 2 DSGVO und Art 8 Abs 2 EMRK. Weiters sind die angefochtenen Bestimmungen **abstrakt geeignet**, das angestrebte (legitime) Ziel zu erreichen.³⁶

Hingegen **fehlt** es an der **Verhältnismäßigkeit** und damit der **Zulässigkeit** des Eingriffs: Eine weiteres Kriterium für die Verhältnismäßigkeit und somit die Zulässigkeit von Eingriffen in das Grundrecht auf Datenschutz gemäß § 1 DSGVO sowie das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art 8 EMRK besteht nämlich darin, dass die Intensität des spezifischen Eingriffs nicht das Gewicht und die Bedeutung der mit dem Eingriff verfolgten Ziele übersteigt.³⁷ § 1 Abs 2 zweiter Satz DSGVO sieht im Hinblick auf besonders schutzwürdige Daten eine weitere Eingriffsschranke vor, nämlich, dass die Verwendung solcher Daten nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorgesehen werden darf und dass das jeweilige Gesetz angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festlegen muss.³⁸

Die Sicherstellung und Auswertung von Daten sind nicht mit der Sicherstellung von **sonstigen Gegenständen** vergleichbar. Einer der **wesentlichen Unterschiede** zwischen der Sicherstellung von Datenträgern und der Sicherstellung sonstiger Gegenstände im Sinne des § 109 Z 1 lit a StPO liegt nicht in der (Anordnung der) Sicherstellung selbst, sondern in der **Möglichkeit der Auswertung** der auf einem Datenträger gespeicherten Daten und der damit verbundenen Rückschlüsse auf die betroffene Person. Die auf einem sichergestellten Datenträger **gespeicherten Daten sind potentiell äußerst umfangreich** und können unter anderem mit sonst verfügbaren Daten (nicht nur der Strafverfolgungsorgane) **verknüpft** und gespeichert werden. Diese Daten können (auch bei Verknüpfung mit sonstigen Daten) ein **umfassendes Bild** über das bisherige und aktuelle Leben des von der Sicherstellung Betroffenen geben, wie dies bei der Auswertung sonstiger Gegenstände im Sinne des § 109 Z 1 lit a StPO in der Regel nicht der Fall ist.³⁹

Der Zugriff auf potentiell sämtliche auf einem Datenträger gespeicherte Daten ermöglicht den Strafverfolgungsorganen nicht bloß ein punktuell Bild über das Verhalten des Verdächtigen oder des Betroffenen (im Sinne des § 48 Abs 1 Z 1 und 4 StPO). Die auf einem sichergestellten Datenträger, wie zB einem Laptop, einem PC oder einem Smartphone, (lokal oder extern) gespeicherten Daten, auf welche die Straf-

verfolgungsorgane potentiell im Rahmen der Auswertung Zugriff haben, ermöglichen den Strafverfolgungsorganen vielmehr einen **umfassenden Einblick in wesentliche Teile des bisherigen und aktuellen Lebens** der betroffenen Person. Den Strafverfolgungsorganen wird die Befugnis in die Hand gegeben, sämtliche Inhalts- und Verbindungsdaten aus sämtlichen (unter Umständen auch bereits gelöschten) Kommunikationsvorgängen zu ermitteln, zu speichern und mit anderen, insbesondere im Internet oder in Datenbanken verfügbaren Daten zu verknüpfen, abzugleichen und zu systematisieren. Auf diese Weise können umfassende **Persönlichkeits- und Bewegungsprofile** erstellt werden, die detaillierte Rückschlüsse auf das Verhalten, die Persönlichkeit und die Gesinnung des Betroffenen zulassen. Die auf dem Datenträger gespeicherten Verbindungsdaten können auch Vermutungen über Kommunikationsinhalte nahelegen, weil offengelegt wird, ob, wann, wie oft und mit wem auf welchem Weg Kontakt aufgenommen wurde (vgl dazu schon VfSlg 19.892/2014; EuGH 8.4.2014, Digital Rights Ireland ua, C-293/12 ua, Rz 27; EuGH 13.5.2014, Google Spain und Google, C-131/12, Rz 80 ff; EuGH 21.12.2016, Tele2 Sverige AB, C-203/15, Rz 98 f).⁴⁰

Darüber hinaus haben Strafverfolgungsorgane - unabhängig von Kommunikationsvorgängen des Betroffenen - potentiell Zugriff auf alle sonstigen auf dem Datenträger (lokal oder extern) gespeicherten (sensiblen oder sonstigen personenbezogenen) Daten unterschiedlicher Art. Dies kann etwa **Fotos, Videos, Standortdaten, Suchverläufe oder Gesundheitsdaten** betreffen, die insgesamt den Strafverfolgungsorganen gemeinsam mit den oben erwähnten, gespeicherten Kommunikationsinhalten die Erstellung eines vollständigen Profils des Betroffenen ermöglichen.⁴¹

Eine weitere Besonderheit der Auswertung von auf einem Datenträger (lokal oder extern) gespeicherten Daten liegt darin, dass bei Vorhandensein bestimmter Daten(mengen) über die betroffene Person mittels prädiktiver Analyse sogar dann **Rückschlüsse auf das Verhalten**, die Vorlieben, die Gesinnung und damit ganz allgemein auf die Persönlichkeit des Betroffenen gezogen werden können, wenn diesbezüglich keine konkreten Daten auf dem sichergestellten Datenträger vorhanden sind.⁴²

³⁴ Punkt 9.5. bzw Rz 19 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

³⁵ Punkt 2.2.3. bzw Rz 61 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

³⁶ Punkt 2.2.3. bzw Rz 62 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

³⁷ Vgl VfSlg. 19.738/2013, 19.892/2014; EGMR 4.12.2008 [GK], Fall S. und Marper, Appl. 30.562/04, [Z 101]).

³⁸ Punkt 2.2.4. bzw Rz 63 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

³⁹ Punkt 2.2.5. bzw Rz 65 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁴⁰ Punkt 2.2.5. bzw Rz 66 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁴¹ Punkt 2.2.5. bzw Rz 67 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁴² Punkt 2.2.5. bzw Rz 68 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

Außerdem ist wesentlich, dass dieser potentiell umfassende Einblick der Strafverfolgungsorgane in die auf einem sichergestellten Datenträger (lokal oder extern) gespeicherten Daten sich nicht bloß auf Datenträger bezieht, die im Gewahrsam der einer Straftat verdächtigen Person sind, sondern **auch Datenträger erfasst, die ein (der Tat nicht verdächtiger) Dritter innehat.**⁴³

Angesichts der auf Datenträgern (wie zB PC, Notebook und Smartphone) in der Regel vorhandenen **Datenmenge**, des **Dateninhaltes** und der Möglichkeit, die ermittelten Daten mit anderen Daten zu **verknüpfen**, abzugleichen und unter Umständen gelöschte Daten wiederherzustellen, kann die Sicherstellung eines Datenträgers und insbesondere die Auswertung der darauf (lokal oder extern) gespeicherten Daten daher **nicht** mit der Sicherstellung und Auswertung anderer Gegenstände im Sinne des § 109 Z 1 lit a StPO **verglichen** werden.⁴⁴

b. Weitere Gründe für die besondere Eingriffsintensität

Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes kommt der Ermittlungsmaßnahme der Sicherstellung von Datenträgern und deren anschließende Auswertung gemäß § 110 Abs 1 Z 1 und § 111 StPO auch aus den folgenden Gründen eine **besondere Eingriffsintensität** zu⁴⁵:

Zum Ersten können die Strafverfolgungsorgane die in § 110 Abs 1 Z 1 und § 111 StPO vorgesehenen Maßnahmen (Sicherstellung von Datenträgern und Auswertung der darauf gespeicherten Daten) bereits bei einem **Anfangsverdacht** im Sinne des § 1 Abs 3 StPO ergreifen; zum Zweiten genügt der **Verdacht irgendeiner Straftat** und nicht einer Straftat bestimmter Schwere; zum Dritten können diese Maßnahmen nicht nur gegenüber einem Verdächtigen, sondern auch gegenüber einem (nicht verdächtigen) **Dritten** erfolgen; zum Vierten haben die Strafverfolgungsorgane potentiell **Zugriff auf sämtliche (auch sensible) Daten**, die auf dem sichergestellten Datenträger (lokal oder extern) gespeichert sind oder gespeichert waren, somit zu allen inhaltlichen Daten und Verbindungsdaten. Die Sicherstellung (Zugriff und Auswertung) von auf Datenträgern wie PC, Notebook oder Mobiltelefon gespeicherten Daten ermöglicht den Zugriff auf **Informationen über sämtliche Lebensbereiche der betroffenen Person**. Durch die (technische) Möglichkeit, bereits gelöschte Daten zu rekonstruieren, erstreckt sich die den Strafverfolgungsorganen durch die Sicherstellung von Datenträgern ermöglichte Einsicht auch auf Daten, die (**potenziell unbegrenzt**) **in der Vergangenheit** auf dem Datenträger verfügbar waren. Von der Ermittlungsmaßnahme betroffen sind nicht nur Personen, gegen die ein Anfangsverdacht der Begehung einer Straftat besteht, sondern **sämtliche Personen, deren Daten sich auf dem sichergestellten Datenträger befinden.**⁴⁶

All dies zeigt, dass die durch **§ 1 Abs 1 DSGVO iVm Art 8 Abs 1 EMRK** geschützte Grundrechtssphäre durch die Befugnisse der Strafverfolgungsorgane gemäß § 110 Abs 1 Z 1 und § 111 StPO im Hinblick auf die Intensität des Eingriffes **in besonderer Weise bedroht ist.**⁴⁷

Der VfGH verweist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des EGMR, der wiederholt die Gefahr betont, dass Systeme der (geheimen) Überwachung die **Demokratie** –

unter dem Schutzmantel ihrer Verteidigung – **untergraben** oder gar zerstören können. Daraus lässt sich ableiten, dass der EGMR bei seiner Prüfung die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage, Art und Dauer der Maßnahme, die für die Genehmigung, Durchführung und Kontrolle der Maßnahme zuständigen Behörde, den Rechtsschutz und vorgesehene Garantien gegen Missbrauch in Relation zueinander setzt.⁴⁸

Der VfGH erkennt zwar an, dass es sich bei der Sicherstellung und Auswertung von Datenträgern nicht um „**geheime**“ oder „**verdeckte**“ Maßnahmen handelt, spricht jedoch auch aus, dass auch nicht von „**offenen**“ Maßnahmen gesprochen werden kann, da für den Betroffenen nicht ersichtlich ist, in welcher Form die Auswertung der auf dem Datenträger (extern oder lokal) gespeicherten Daten erfolgt. Einerseits könnten **gelöschte Daten wiederhergestellt**, andererseits **Verknüpfungen** mit anderen Daten vorgenommen werden, ohne dass der Betroffene davon Kenntnis erlangen könnte.⁴⁹

Des Weiteren weist der VfGH darauf hin, dass staatliches Handeln durch die rasche Verbreitung der Nutzung „**neuer**“ Kommunikationstechnologien (z.B. Smartphones) in vielerlei Hinsicht – nicht zuletzt auch im Rahmen der Bekämpfung der Kriminalität, der die Sicherstellung von Datenträgern dienen soll – vor besondere Herausforderungen gestellt wurde und wird. Dieses geänderte Umfeld polizeilicher Ermittlungen ist nach der Rechtsprechung des VfGH maßgeblich.⁵⁰ In diesem Zusammenhang ist aber auch zu erwähnen, dass die Erweiterung der technischen Möglichkeiten der Strafverfolgungsorgane auch dazu führt, dass den Gefahren, die diese Erweiterung für die Freiheit des Menschen birgt, in einer dieser Bedrohungen **adäquater Weise** entgegengetreten werden muss.⁵¹

In einer Konstellation, in dem der Gesetzgeber den Strafverfolgungsbehörden umfangreiche Eingriffsbefugnisse gewährt, fordern § 1 DSGVO iVm Art 8 EMRK einen **effektiven Rechtsschutz**. Dieser soll sicherstellen, dass sowohl die erforderlichen Bedingungen für die Sicherstellung und Auswertung von auf Datenträgern gespeicherten Informationen als auch die Prävention von **Befugnismissbrauch** effizient

⁴³ Punkt 2.2.5. bzw Rz 69 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁴⁴ Punkt 2.2.5. bzw Rz 70 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁴⁵ Punkt 2.2.6. bzw Rz 71 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁴⁶ Punkt 2.2.6 bzw Rz 72 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁴⁷ Punkt 2.2.6. bzw Rz 73 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁴⁸ Punkt 2.2.7. bzw Rz 74 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023; vgl. EGMR 6.9.1978, Fall Klass, Appl. 5029/71, [Z 49 f.]; sowie z.B. EGMR 4.12.2015 [GK], Fall Zakharov, Appl. 47.143/06, [Z 232 f.], und 12.1.2016, Fall Szabo und Vissy, Appl. 37.138/14, [Z 57 und 77 mwN].

⁴⁹ Punkt 2.2.7. bzw Rz 75 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁵⁰ Vgl. z.B. VfSlg. 16.149/2001, 16.150/2001, 18.830/2009, 18.831/2009, 19.657/2012.

⁵¹ Punkt 2.2.8. bzw Rz 76 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023; vgl. auch 19.892/2014, 20.356/2019.

überprüft werden. Diese Forderung gilt insbesondere für die Verarbeitung von Daten, die gemäß § 1 Abs 2 zweiter Satz DSGVO als **besonders schutzwürdig** angesehen werden, wie beispielsweise Gesundheitsdaten.⁵²

Wie der Verfassungsgerichtshof bereits in seiner Entscheidung VfSlg. 19.892/2014 feststellte, ist für einen wirksamen Rechtsschutz die **Überwachung durch ein Gericht erforderlich**. Dies ist besonders wichtig angesichts der weitreichenden und intensiven Eingriffsbefugnisse, die den Strafverfolgungsorganen zugesprochen werden, und der Notwendigkeit, Missbrauch zu verhindern. Nur durch **gerichtliche Kontrolle** kann ein effektiver Schutz der Grundrechte sichergestellt werden.⁵³ Der Verfassungsgerichtshof hält fest, dass auch bei der Sicherstellung von Datenträgern ein **Richtervorbehalt** notwendig ist. Er belässt es aber nicht nur bei dieser formellen Voraussetzung:

In Anbetracht der weitreichenden Befugnisse, die den Strafverfolgungsbehörden durch § 110 Abs 1 Z 1 und § 111 Abs 2 der StPO eingeräumt werden, ist es **Aufgabe des Gerichts**, bei der Bewilligung einer Sicherstellung eines Datenträgers und dessen späterer Auswertung **genau festzulegen**, welche Arten von **Daten, Dateninhalte, für welchen Zeitraum und zu welchen Untersuchungszwecken** ausgewertet werden dürfen.⁵⁴

Der Verfassungsgerichtshof sieht, insbesondere im Kontext der Sicherstellung und späteren Auswertung von Daten auf Datenträgern, **keinen sachlich gerechtfertigten Grund**, warum eine gerichtliche Bewilligung lediglich für die Beschlagnahme von (in der Regel zunächst sichergestellten) Gegenständen gemäß § 109 Z 1 lit a StPO erforderlich ist, und nicht bereits für die Sicherstellung (vgl § 115 Abs 2 StPO).⁵⁵

Bei sichergestellten Datenträgern liegt nach einer grundsätzlich zulässigen Auswertung der gespeicherten Daten kaum ein zusätzlicher Nutzen in der formellen Beschlagnahme des Datenträgers nach § 115 StPO; die entscheidenden Ermittlungsschritte beschränken sich meist auf das Kopieren aller Daten des gesicherten Datenträgers auf ein Medium der Strafverfolgungsbehörden und deren nachfolgende Auswertung. Durch die Auswertung und Speicherung oder anderweitige Sicherung der von den Strafverfolgungsbehörden ermittelten Daten werden diese **de facto beschlagnahmt**, ohne dass die Schutzmaßnahmen des § 115 Abs 2 StPO beachtet werden müssen.⁵⁶

Die Ermittlungsbefugnisse, die der Staatsanwaltschaft (und der Kriminalpolizei) durch § 110 Abs 1 Z 1 und § 111 Abs 2 StPO gewährt werden, **ohne** dass eine **vorherige gerichtliche Bewilligung** erforderlich ist, stehen somit im **Widerspruch** zu § 1 Abs 2 DSGVO iVm Art 8 Abs 2 EMRK.⁵⁷

Des Weiteren besteht nach der derzeit geltenden Rechtslage weder im Ermittlungsverfahren noch im anschließenden gerichtlichen Hauptverfahren ein **ausreichender Rechtsschutz** für Betroffene einer Sicherstellung.⁵⁸ Nach Ansicht des VfGH bieten die bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten **keinen adäquaten Schutz** gegen die umfangreichen Ermittlungsbefugnisse, die den Strafverfolgungsorganen durch § 110 Abs 1 Z 1 und § 111 Abs 2 der StPO eingeräumt werden, im Lichte des § 1 des DSGVO iVm Art 8 der EMRK.⁵⁹

So erlaubt § 110 Abs 4 StPO einem Betroffenen zwar, die Aufhebung der Sicherstellung bei Gericht zu beantragen; dieses prüft jedoch nicht, ob die bereits erfolgte Sicherstellung und die darauf folgende Auswertung der Daten **rechtmäßig** waren.⁶⁰ Die Möglichkeit des Einspruchs nach § 106 StPO bei Rechtsverletzungen durch Ermittlungsmaßnahmen und das Recht auf Berichtigung, Ergänzung oder Löschung unrichtiger Daten nach § 75 StPO können zwar in gewissem Maße Schutz bieten, gewährleisten jedoch **keinen umfassenden Rechtsschutz**, da Betroffene oft gar nicht von möglichen Rechtsverletzungen wissen oder keine Kenntnis von den genauen Vorgängen bei der Datenauswertung haben. Dies einträchtige die Verteidigungsmöglichkeiten erheblich.⁶¹

Angesichts der im Zusammenhang mit der Auswertung der auf einem Datenträger (lokal oder extern) gespeicherten Daten den Strafverfolgungsorganen zur Verfügung stehenden, mannigfaltigen technischen Möglichkeiten und rechtlichen Befugnisse, welche intensive Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz gemäß § 1 DSGVO und das Grundrecht auf Privat- und Familienleben gemäß Art 8 EMRK ermöglichen, **genügt es** nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes **nicht**, wenn der Gesetzgeber den Strafverfolgungsorganen die Wahrung des allgemeinen **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** in § 5 StPO aufträgt.⁶²

Mit diesen Argumenten begründet der VfGH einen Verstoß der angefochtenen Bestimmungen gegen das Recht auf Datenschutz nach § 1 Abs 2 DSGVO sowie das Recht auf Privat- und Familienleben nach Art 8 Abs 2 EMRK. Sie sind somit verfassungswidrig.

Die angefochtenen Bestimmungen treten (spätestens) zum **1. Januar 2025** außer Kraft, wodurch dem Gesetzgeber bis zu diesem Zeitpunkt eine sogenannte **Reparaturfrist** eingeräumt wird. Dieser hat bis dahin für eine verfassungskonforme Neuregelung zu sorgen.

c. Schlussfolgerungen und Hinweise an den Gesetzgeber

Der VfGH hält einen **Richtervorbehalt** bloß zu Beginn, nämlich bei der Bewilligung der Anordnung zur Sicherstellung

⁵² Punkt 2.2.9. bzw Rz 77 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁵³ Punkt 2.2.9. bzw Rz 78 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁵⁴ Punkt 2.2.9. bzw Rz 79 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁵⁵ Punkt 2.2.9.1. bzw Rz 80 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁵⁶ Punkt 2.2.9.1. bzw Rz 81 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁵⁷ Punkt 2.2.9.1. bzw Rz 82 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023; vgl auch VfSlg. 19.892/2014.

⁵⁸ Punkt 2.2.10. bzw Rz 83 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁵⁹ Punkt 2.2.10.2. bzw Rz 86 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁶⁰ Punkt 2.2.10.2. bzw Rz 87 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁶¹ Punkt 2.2.10.2. bzw Rz 88 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁶² Punkt 2.2.10.3. bzw Rz 92 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

von Datenträgern, für **unzureichend**, da dies angesichts der technischen Möglichkeiten und rechtlichen Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden nicht genug Schutz für die Betroffenen gemäß § 1 DSGVO und Art 8 EMRK bietet.⁶³ Vielmehr ist es auch erforderlich, dass im Vorfeld festgelegt wird, welche **Datenkategorien**, welche **Dateninhalte**, welcher **Zeitraum** zu welchem **Zweck** ausgewertet werden dürfen.⁶⁴

Der Gesetzgeber muss den strafprozessualen Rahmen der Ermittlungsmaßnahmen zur Sicherung und Auswertung von Daten auf Datenträgern so gestalten, dass sowohl das **öffentliche Interesse** an der Strafverfolgung als auch die **Grundrechte** der Betroffenen, insbesondere der Schutz der Geheimhaltungsinteressen und der Schutz der Privatsphäre, angemessen berücksichtigt werden.⁶⁵

Die Anforderungen an den rechtlichen Rahmen für die Sicherung und Auswertung von Daten variieren je nach der **Intensität des Eingriffs**, die durch die spezifischen gesetzlichen Regelungen entsteht.⁶⁶ Der Gesetzgeber muss dabei unter anderem folgende Punkte berücksichtigen:

Generell kann es laut VfGH bedeutsam sein, ob die Gesetzgebung die Sicherstellung und Auswertung von Daten auf Datenträgern bei einem Anfangsverdacht einer Straftat erlaubt, **ohne die Schwere der Tat**, das durch die Straftat geschützte **Rechtsgut** oder den spezifischen Datenträger, der typischerweise bei solchen Straftaten verwendet wird, zu berücksichtigen, oder ob solche Maßnahmen ausschließlich für **bestimmte Straftaten** vorgesehen sind.⁶⁷

Des Weiteren ist für die verfassungsrechtliche Bewertung der Sicherstellung von Datenträgern entscheidend, ob gesetzliche Maßnahmen ergriffen wurden, um die Auswertung der sichergestellten Daten auf das **notwendige Maß zu beschränken** und sowohl organisatorisch als auch technisch **transparent** und **überprüfbar** zu gestalten.⁶⁸

Der Gesetzgeber muss sicherstellen, dass Personen, deren Daten sichergestellt und ausgewertet werden, angemessen über die für die **Verteidigung ihrer Rechte** im Ermittlungsverfahren (und möglicherweise im anschließenden Hauptverfahren) erforderlichen Informationen verfügen können.⁶⁹

Zudem ist es von Bedeutung, dass im Zuge der **Abwägung** zwischen dem **Interesse der Strafverfolgung** und dem **Schutz der Rechte der Betroffenen**, insbesondere in Bezug auf den Umfang und die Art der auf einem sichergestellten Datenträger zugänglichen und ausgewerteten Daten, effektive Maßnahmen einer **unabhängigen Aufsicht** vorgesehen werden. Diese soll überwachen, ob die Strafverfolgungsbehörden innerhalb der gesetzlichen und gerichtlichen Vorgaben agieren und ob die Rechte der Betroffenen hinsichtlich des Schutzes der Privatsphäre und der Geheimhaltungsinteressen während der Datenauswertung angemessen gewahrt bleiben, selbst wenn die Betroffenen bei der Auswertung ihrer Daten nicht anwesend sind.⁷⁰

3. Auswirkungen der Entscheidung G 352/2021 des VfGH auf Fälle im Jahr 2024

Bis zum Inkrafttreten der Neuregelung der Sicherstellungsbestimmungen von Datenträgern im Jahr 2025 sind die grundrechtlichen Erwägungen und Ausführungen des Ver-

fassungsgerichtshofes zur Verhältnismäßigkeit keineswegs bloße Theorie, sondern **unmittelbar und bereits zum jetzigen Zeitpunkt in verfassungskonformer Interpretation der §§ 5, 110 ff StPO zu berücksichtigen**.⁷¹ Die sehr weitreichenden Ausführungen des VfGH stellen einen **höchstgerichtlich eingeleiteten Paradigmenwechsel im Strafprozessrecht** dar.

Praktikable Verhältnismäßigkeitserwägungen setzen voraus, dass die laut Verfassungsgerichtshof notwendige Festlegung von Datenkategorien, Dateninhalten, Zeiträumen und Zwecken zur Eingrenzung der Datenauswertung auf den sichergestellten Endgeräten **auch von der Staatsanwaltschaft berücksichtigt werden**.

Für die Kriterien der Auswertung können beispielsweise die Schwere des Verdachtsgrades, die Strafdrohung sowie der Deliktstypus eine Rolle spielen. **Die Auswertung ist auf das, was aufgrund der Verdachtslage konkret gesucht wird, zu beschränken**. Die Strafverfolgungsbehörden müssen nicht auf eine Sanierung der verfassungswidrigen Sicherstellungsbestimmungen warten,⁷² sondern sind verpflichtet, die vom Verfassungsgerichtshof für erforderlich erachteten Verhältnismäßigkeitserwägungen bereits jetzt über **§ 5 StPO** zu berücksichtigen und in **verfassungskonformer Interpretation (§ 1 DSGVO, Art 8 EMRK) der relevanten Bestimmungen nach §§ 5, 110 StPO umsetzen**. In diese Richtung argumentiert auch Brandstetter, wenn er ausführt, dass es „geboten [ist], die jetzt bis Jahresende noch bestehende Regelung im Lichte der Entscheidung verfassungskonform und dementsprechend vorsichtig zu interpretieren, zumal davon nicht nur § 1 DSGVO und Art 8 EMRK (Persönlichkeitsschutz), sondern in jüngster Zeit auch die Art 6 EMRK (fares Verfahren) und Art 10 EMRK (Medienfreiheit) und naturgemäss [sic!] auch die entsprechenden Grundrechtsgarantien in der EU-Grundrechtecharta (insbes Art 7, 8, 11 und 48) betroffen waren und sind“.⁷³

⁶³ Vgl. auch VfSlg. 20.356/2019.

⁶⁴ Punkt 2.2.9. bzw Rz 79 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023; vgl. idZ auch Soyer/Marsch, Handysicherung ohne vorherige richterliche Bewilligung verfassungswidrig, JSt-Slg 2024/4, 57 (67f).

⁶⁵ Punkt 2.2.11.5 bzw Rz 97 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁶⁶ Punkt 2.2.11.5 bzw Rz 98 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁶⁷ Punkt 2.2.11.5 bzw Rz 99 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁶⁸ Punkt 2.2.11.5 bzw Rz 100 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁶⁹ Punkt 2.2.11.5 bzw Rz 101 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁷⁰ Punkt 2.2.11.5 bzw Rz 102 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁷¹ So auch Soyer/Marsch, Handysicherung ohne vorherige richterliche Bewilligung verfassungswidrig, JSt-Slg 2024/4, 57 (67).

⁷² Soyer/Marsch, Handysicherung ohne vorherige Bewilligung verfassungswidrig, Anmerkung zu VfGH 14.12.2023, G 352/2021, JSt 2024, Heft 1, 57 (68).

⁷³ Brandstetter, VfGH: Neue Vorgaben für die Sicherstellung von Mobiltelefonen, MR 1/24, 25 (27).

Eine Änderung des Gesetzes ist hierfür ebenso wenig notwendig wie ein Erlass⁷⁴ des Justizministeriums. Hinzuweisen ist auch auf den Umstand, dass die Bundesregierung – und damit auch die Justizministerin als Spitze der Weisungskette der Staatsanwaltschaften – im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshofes einstimmig⁷⁵ die Ansicht vertrat, dass bei der Sicherstellung und Auswertung von Datenträgern von den **Strafverfolgungsbehörden der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß § 5 Abs 1 und 2 StPO unter Berücksichtigung grundrechtlicher Vorgaben, insbesondere von Art 8 EMRK und § 1 DSGVO zu berücksichtigen ist.**⁷⁶ Dies betont auch der Verfassungsgerichtshof in der zitierten Entscheidung⁷⁷ – und bereits seit 2020 im Hinblick auf die EMRK auch der Oberste Gerichtshof.⁷⁸

4. Exkurs: Der Stampiglienbeschluss im Lichte der VfGH-Entscheidung

Selbst wenn der Gesetzgeber in der Neuregelung einen Richtervorbehalt vorsieht, sind dadurch längst nicht alle Probleme in der Praxis gelöst. Durch die Entscheidung des VfGH rückt nämlich ein bestehendes Problem erneut in den Fokus: der sogenannte **Stampiglienbeschluss**.

Der Stampiglienbeschluss bezieht sich auf eine Praxis, bei der im österreichischen Ermittlungsverfahren der **Haft- und Rechtsschutzrichter** (auch HR-Richter genannt) die Anordnungen der Staatsanwaltschaft für Ermittlungsmaßnahmen wie Hausdurchsuchungen mit einer **Bewilligungstampiglie** versehen, die bei Übernahme der Argumentation der Staatsanwaltschaft durch das Gericht im Wesentlichen besagt: **„Die Anordnung wird aus den in der Anordnung angeführten Gründen bewilligt.“**⁷⁹ Diese Praxis erlaubt es dem Richter, sich die Begründung der Staatsanwaltschaft **„zu eigen“** zu machen, ohne eine eigenständige richterliche Begründung zu formulieren, sofern seine Ansicht mit der Begründung der Staatsanwaltschaft übereinstimmt.⁸⁰

a. Kritik

Diese Vorgehensweise wird in der juristischen Fachliteratur **kritisiert**, da sie den HR-Richtern die **Abwägungsarbeit** abnehmen würde, die mit einer eigenständigen schriftlichen Begründung einer Ermittlungsmaßnahme verbunden wäre.⁸¹ Ein weiterer Kritikpunkt ist, dass der richterliche Abwägungsprozess hinsichtlich des **Grundrechtseingriffs** für die Betroffenen nicht nachvollziehbar sei, da die Gewichtung einzelner Argumente der staatsanwaltschaftlichen Begründung unklar bliebe. Dies schränke die **Verteidigungsmöglichkeiten** der Betroffenen erheblich ein, da eine eigenständige richterliche Begründung in der Regel nur durch eine Beschwerde gegen die gerichtliche Bewilligung erlangt werden könne.⁸²

Die Verwendung einer Stampiglie bzw anderer Beschlussvordrucke zur Genehmigung von Zwangsmitteln erscheint auch **nicht gesetzeskonform**⁸³, da § 86 Abs 1 StPO vorsieht, dass ein Beschluss (i) Spruch, (ii) Begründung und (iii) Rechtsmittelbelehrung zu enthalten hat. § 86 Abs 1 StPO betont zudem, dass in der Begründung die tatsächlichen Feststellungen und die rechtlichen Überlegungen auszuführen sind, die der Entscheidung zugrundegelegt werden. Auch wenn der Oberste Gerichtshof⁸⁴ die Praxis der Stampiglienbeschlüsse in einigen Fällen für **zulässig** angesehen hat, indem er argu-

mentierte, dass ein Verweis des Richters auf die Begründung der Staatsanwaltschaft als eigene Begründung angesehen werden kann, ist dennoch zu berücksichtigen, dass dies **im Gesetz vorgesehene ausdrückliche Begründungspflicht faktisch untergräbt.**⁸⁵

Kritisch zu sehen ist vor allem, dass eine solche Vorgehensweise die Gefahr birgt, dass die **richterliche Unabhängigkeit** und die tiefere Auseinandersetzung mit dem Fall in den Hintergrund rücken könnten.⁸⁶

Auch das Ansehen der Justiz und **die rechtsstaatlichen Prinzipien**⁸⁷ können darunter leiden, zumal bei derart eingriffsintensiven Vorgehensweisen der Grundsatz *„Justice must not only be done, it must also be seen to be done“*⁸⁸ in besonderer Weise zu berücksichtigen ist.

b. Statistik und Anscheinsproblematik

Auch die **hohe Bewilligungsquote** von Ermittlungsmaßnahmen durch staatsanwaltschaftliche Anordnungen deutet auf eine mögliche Schiefelage in der richterlichen Prüfpraxis hin. So werden etwa **98,7 Prozent** der beantragten Hausdurchsuchungen der WKStA schlussendlich auch bewilligt.⁸⁹ Diese hohe Bewilligungsquote und die überwiegende Verwendung des Stampiglienbeschlusses bei der Bewilligung werfen rechtsstaatliche Fragen auf, die auch im Gesetzgebungsprozess zur Neuregelung zu berücksichtigen sind.

Im Hinblick auf die besonders intensiven Grundrechtseingriffe ist die Praxis des Stampiglienbeschlusses unseres Erachtens **zu überdenken**. Es bedarf einer **klaren gesetzliche**

⁷⁴ Vgl. zur Möglichkeit eines Erlasses durch das Justizministerium: Krakow, Der VfGH-Entscheid zur Handy-Abnahme kann rasch umgesetzt werden, DerStandard, 21.12.2023.

⁷⁵ Vgl. Soyer/Marsch, Handysicherstellung ohne vorherige richterliche Bewilligung verfassungswidrig, JSt 2024, Heft 1, 57 (69); zur im Normprüfungsverfahren vertretenen Rechtsansicht der Bundesregierung im Detail Prior, Sicherstellung Auswertung elektronischer Daten, AnwBl 2023, 554.

⁷⁶ Vgl. Punkt 9.2. zu Punkt I. (Antrag) bzw Rz 16 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁷⁷ Punkt 2.1.5. und 2.2.10.3 bzw Rz 46 und 91 der Entscheidung G 352/2021 des Verfassungsgerichtshofes vom 14.12.2023.

⁷⁸ OGH 28.07.2020, 11 Os 51/20i; OGH 13.10.2020, 11 Os 56/20z.

⁷⁹ Schönborn/Seidl, Stampiglienbeschluss als rechtsstaatliches Feigenblatt, Die Presse 2024/05/05.

⁸⁰ Tipold in Fuchs/Ratz, WK StPO § 86 Rz 8/1 (Stand 15.3.2023, rdb.at).

⁸¹ So z.B. Tipold in Fuchs/Ratz, WK StPO § 86 Rz 8/3 (Stand 15.3.2023, rdb.at); Schönborn/Seidl, Stampiglienbeschluss als rechtsstaatliches Feigenblatt, Die Presse 2024/05/05.

⁸² Schönborn/Seidl, Stampiglienbeschluss als rechtsstaatliches Feigenblatt, Die Presse 2024/05/05.

⁸³ Tipold in Fuchs/Ratz, WK StPO § 86 Rz 8/1 (Stand 15.3.2023, rdb.at); Bertel/Flora/Venier, Komm StPO § 86 Rz 2ff; Venier/Tipold, Strafprozessrecht 15 Rz 103; aA Köhl, Stampiglienbeschlüsse: Verbot brächte „überflüssiges Schreibwer“, Die Presse 2024/06/06.

⁸⁴ OGH 14 Os 109/08y EvBl 2008/173 = SSt 2008/57.

⁸⁵ Tipold in Fuchs/Ratz, WK StPO § 86 Rz 8/3 (Stand 15.3.2023, rdb.at).

⁸⁶ Tipold in Fuchs/Ratz, WK StPO § 86 Rz 8/3 (Stand 15.3.2023, rdb.at).

⁸⁷ Tipold in Fuchs/Ratz, WK StPO § 86 Rz 8/3 (Stand 15.3.2023, rdb.at); Bertel/Flora/Venier, Komm StPO § 86 Rz 3.

⁸⁸ EGMR 17.1.1970, 2689/65, Delcourt/Belgien.

⁸⁹ Anfragebeantwortung BMJ vom 31.3.2023, 13539/AB zu 1375/J 27 GP.

Vorgabe für eine eigenständige Begründungspflicht des be-willigenden Gerichts. Dies würde auch eine **Aufstockung des Personals** bei HR-Richtern erforderlich machen, um die **Qualität** der richterlichen Prüfung und die **Grundrechts-konformität** der Ermittlungsmaßnahme zu gewährleisten. Die Entscheidung des VfGH zur Handysicherstellung bietet somit eine Gelegenheit, die richterliche Beschlusspraxis im Hinblick auf **Grundrechte** und **Datenschutz** zu überdenken und zu reformieren. Sollte es der Gesetzgeber verabsäumen, Änderungen dahingehend vorzunehmen, würde nach einer Neuregelung der (verfassungswidrigen) Bestimmungen über die Sicherstellung von Datenträgern das nächste Problem bereits warten, das **verfassungsrechtliche Fragen** aufwerfen würde.

III. Conclusio

Der VfGH hat festgestellt, dass die **angefochtenen Bestimmungen** des § 110 Abs 1 Z 1 und Abs 4 sowie § 111 Abs 2 StPO, die den Ermittlungsbehörden die Sicherstellung von Mobiltelefonen und anderen Datenträgern aus Beweis Zwecken ohne richterliche Bewilligung ermöglichen, **verfassungswidrig** sind. Diese Entscheidung betont, dass die derzeitige Rechtslage nicht den Anforderungen des Rechts auf Datenschutz nach § 1 DSG sowie des Rechts auf Privat- und Familienleben nach Art 8 EMRK entspricht.

Die Sicherstellung und Auswertung von Daten auf Mobiltelefonen und anderen Datenträgern wird aufgrund der potentiellen Zugänglichkeit umfangreicher persönlicher Informationen als **besonders eingriffsintensiv** betrachtet. Diese Maßnahmen ermöglichen es den Strafverfolgungsbehörden, ein umfassendes Profil der betroffenen Person zu erstellen, was einen **tiefgreifenden Eingriff in die Privatsphäre** darstellt.

Die Entscheidung des VfGH hebt hervor, dass bei der Anwendung von Ermittlungsmaßnahmen das **Verhältnismäßigkeitsprinzip** zu wahren ist. Insbesondere müssen der Sicherstellung und Auswertung der Daten eine **richterliche Bewilligung**

vorausgehen und darüber hinaus muss dieser Vorgang auf das für die Strafverfolgung notwendige Maß beschränkt und transparent sowie überprüfbar gestaltet sein.

Der Gesetzgeber hat eine Reparaturfrist bis 1. Januar 2025 eingeräumt bekommen, um eine verfassungskonforme Neuregelung der Sicherstellungsbestimmungen von Datenträgern zu schaffen. Es besteht nun die Notwendigkeit für den österreichischen Gesetzgeber, die rechtlichen Bestimmungen zur Sicherstellung und Auswertung von Daten auf Datenträgern zu überarbeiten. Dabei müssen insbesondere die Anforderungen des **Datenschutzes** und der **Privatsphäre** stärker berücksichtigt werden. Die neuen Regelungen sollten klare Vorgaben bezüglich der Voraussetzungen, des Umfangs und der Verfahren bei der Sicherstellung und Auswertung von Daten enthalten.

Die Entscheidung des VfGH unterstreicht die zunehmende Bedeutung des Schutzes persönlicher Daten und der Privatsphäre im digitalen Zeitalter. Die Überarbeitung der gesetzlichen Bestimmungen bietet die Chance, die Grundrechte betroffener Personen weiter zu stärken und den Datenschutz effektiver zu gestalten.

Die Entscheidung könnte auch **über Österreich hinaus** Bedeutung erlangen, indem sie als Referenzpunkt für ähnliche rechtliche Überprüfungen und allfällige gesetzliche Anpassungen in anderen Jurisdiktionen dient. Sie setzt ein starkes Signal für die Notwendigkeit, bei der strafrechtlichen Ermittlung und Beweisführung den Datenschutz und die Privatsphäre zu wahren.

Insgesamt fordert die Entscheidung des VfGH eine **sorgfältige Abwägung** zwischen den **Notwendigkeiten der Strafverfolgung** und dem **Schutz der Grundrechte**, insbesondere in Bezug auf Datenschutz und Privatsphäre. Die zukünftige gesetzliche Neugestaltung wird zeigen, wie Österreich diesen Herausforderungen begegnet und welche Standards für den Umgang mit persönlichen Daten im Rahmen von strafrechtlichen Ermittlungen gesetzt werden.

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Befangenheitsantrag der Staatsanwaltschaft – § 24 StPO

Bei den gesetzlichen Vorschriften, nach denen ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden kann (§ 24 Abs. 1 und 2, § 31 StPO), handelt es sich nicht um Rechtsnormen, die im Sinne des § 339 StPO lediglich zugunsten des Angeklagten wirken. Die Staatsanwaltschaft kann in Ausübung ihrer Rolle als „Wächterin des Gesetzes“ Rechtsfehler

im Zusammenhang mit der Entscheidung über von ihr gestellte Ablehnungsgesuche ungeachtet von deren Angriffsrichtung mit der Revision rügen. Ein Ablehnungsgesuch der Staatsanwaltschaft ist gerechtfertigt, wenn sie bei verständiger Würdigung der ihr bekannten Umstände Grund zu der Besorgnis hat, dass der Richter gegenüber dem rechtlich zu würdigenden Sachverhalt oder den daran Beteiligten nicht unvoreingenommen und unparteilich ist.

BGH, Urteil vom 25.10.2023 – 2 StR 195/23, NJW 2024, 846.

In der entschiedenen Sache hatte eine Schöffin die lediglich weitläufige persönliche Bekanntschaft mit einem Angeklagten angezeigt, was die Strafkammer aber nicht als Befangenheitsgrund ansah. Nach Auffassung des BGH hat die Kammer die angesichts der konkreten Umstände der Angelegenheit gebotene Gesamtschau des Sachverhalts vernachlässigt: Der

Angeklagte hatte zur Tatusführung einen PKW genutzt, welcher einer angeheirateten Verwandten der Schöffin zuzuordnen war. Der Senat bejahte daher den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO (Mitwirkung eines befangenen Richters) und hob die erstinstanzliche Entscheidung auf.

2. Digitale Akteneinsicht – § 147 StPO

In Strafverfahren mit besonders großem Aktenumfang ist auch dem inhaftierten Beschuldigten selbst zur effektiven Vorbereitung auf die Hauptverhandlung Akteneinsicht in Form von elektronischen Dokumenten, die auf einem Laptop eingesehen werden können, zu gewähren. Die Überlassung einer vollständigen Kopie der Akte in Papierform durch den Verteidiger an seinen Mandanten ist in diesen Fällen regelmäßig unpraktikabel. Dem Beschuldigten ist vielmehr ein Computer in einem besonderen Haftraum zur Einsichtnahme in die Akte zur Verfügung zu stellen.

LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 07.11.2023 – 13 Qs 56/23, ZAP 2024, 210. Zu der Entscheidung s. Beukelmann/Heim, NJW-Spezial 2014, 24, sowie Wegner, PStR 2024, 57.

3. Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung als Verfahrenshindernis – § 206a StPO

Die erhebliche Verzögerung eines Strafverfahrens verletzt den Betroffenen in seinem aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) herrührenden Recht auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren und zugleich die in Artikel 6 Abs. 1 MRK niedergelegte Gewährleistung, die eine Sachentscheidung innerhalb angemessener Dauer sichern soll. Dies kann zu einem Verfahrenshindernis führen, es sei denn, der Verfahrensmangel wird durch seine explizite Feststellung und gegebenenfalls durch eine Kompensation in Anwendung der sog. Vollstreckungslösung ausreichend berücksichtigt. Lediglich in außergewöhnlichen Sonderfällen kann eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung daher ein umfassendes Verfahrenshindernis begründen mit der Folge des Abbruchs des Verfahrens, wenn eine angemessene Berücksichtigung des Verstoßes im Rahmen der Sachentscheidung bei umfassender Gesamtwürdigung nicht mehr in Betracht kommt. Eine Kompensationsentscheidung kann je nach den Umständen des Einzelfalles selbst dann genügen, wenn die Verfahrensverzögerung sechs Jahre, elf Monate und zwei Wochen beträgt.

BGH, Beschluss vom 17.01.2024 – 2 StR 100/23, n.v.

Zur Vollstreckungslösung s. ausführlich Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. 2024, Art. 6 EMRK Rn. 9a ff.

4. Reichweite der Mitteilungspflicht beim „Deal“ – § 243 Abs. 4 StPO

Für die Auslegung und Anwendung der Vorschriften über die Verständigung im Strafprozess ist die Bedeutung und Tragweite des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) zu beachten. Die bloße Mitteilung, dass eine Verständigung herbeigeführt worden sei und welche Strafe der Beschwerdeführer im Falle eines Geständnisses zu erwarten habe, genügt in diesem Zusammenhang nicht.

Vielmehr obliegt es dem Strafrichter, darüber hinaus mitzuteilen, welche Standpunkte die einzelnen Gesprächsteilnehmer vertreten haben, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen wurde und ob sie bei den anderen Gesprächsteilnehmern auf Zustimmung oder Ablehnung gestoßen ist.

BVerfG, Beschluss vom 08.11.2023 – 2 BvR 294/22, NJW 2024, 1094.

5. Bindungswirkung einer Verständigung – § 257c StPO

Auch ein verständigungsbasiertes Geständnis ist zwingend durch Beweiserhebung in der Hauptverhandlung auf seine Richtigkeit zu überprüfen. Dementsprechend ist auch in diesen Fällen die geständige Einlassung eines Beschuldigten in den Urteilsgründen hinreichend zu erläutern und einer durch eine formelle Beweiserhebung oder auf andere Weise unterziehen unterzogen. Trotz des Geständnisses besteht die gerichtliche Aufklärungspflicht (§§ 257c Abs. 1 S. 2, § 244 Abs. 2 StPO) fort.

BVerfG, Beschluss vom 20.12.2023 – 2 BvR 2103/20, NJW 2024, 1103.

6. Anforderungen an die richterliche Unterschrift – § 275 StPO

Auch wenn die die nach § 275 Abs. 2 S. 1 StPO für ein Urteil zwingend erforderliche Unterschrift des erkennenden Richters, die aus dem Familiennamen des Unterzeichnenden zu bestehen hat, nicht lesbar sein muss, muss sie ihren Urheber erkennen lassen. Steht die Urheberschaft außer Frage, ist nach der Rechtsprechung des BGH für die Akzeptanz einer unleserlichen Unterschrift ein großzügiger Maßstab anzuwenden und zwar auch wegen der Variationsbreite, die selbst Unterschriften ein und derselben Person aufweisen.

KG, Beschluss vom 01.09.2023 – 3 ORs 52/23 – 161 Ss 130/22, NStZ 2024, 188.

Zu der Problematik s. bereits BGH, Beschluss vom 26.04.2012 – VII ZB 36/10, NJW-RR 2012, 1140.

7. Verwerfungsurteil trotz fehlender Unterschrift – § 275 StPO

Der Umstand, dass das erstinstanzliche schriftliche Urteil keine Unterschrift des Tatrichters aufweist, steht einer Verwerfung der Berufung nach § 329 StPO nicht entgegen.

BayObLG, Beschluss vom 29.08.2023 – 203 StRR 331/23, n.v. Krit. zu der Entscheidung Püschel, FD-StrafR 2024, 800562.

8. Anforderungen an die Revisionseinlegung durch die Staatsanwaltschaft – § 341 StPO

Im Interesse der Rechtsklarheit muss sich schon aus der Einlegungsschrift der Staatsanwaltschaft eindeutig ergeben, auf welche Verfahrensbeteiligten und auf welche Entscheidungsteile sich das Rechtsmittel bezieht.

BGH, Beschluss vom 28.11.2023 – 1 StR 308/23, n.v. S. auch BGH, Beschluss vom 10.01.2019 – 5 StR 499/18, wistra 2019, 292 m. Anm. Cordes, sowie BGH, Beschluss vom 07.05.2019 – 1 StR 49/19, BeckRS 2019, 10067.

9. Verbot der Doppelbestrafung auch bei Verwaltungs-sanktionen – Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 50 GRCh

Werden wegen unlauterer Geschäftspraktiken Sanktionen verhängt, die als Verwaltungssanktionen strafrechtlicher Natur einzustufen sind, gilt für diese Folgen gleichfalls der Grundsatz „ne bis in idem“. Derartige Geldbußen stellen eine strafrechtliche Sanktion dar, wenn sie eine repressive Zielsetzung verfolgen und einen hohen Schweregrad aufweisen. Dies gilt auch wenn sie nach dem nationalen Recht keinen Strafrechtscharakter aufweisen.

EuGH, Urteil vom 14.09.2023 – C 27/22, NJW 2024, 33. Zu der Entscheidung s. Engelhoven/Gardemann, EWIR 2024, 30, sowie Graevenitz, EuZW 2023, 1051.

10. Gerichtliche Überprüfung grenzüberschreitender Ermittlungsmaßnahmen der EUSTa – Art. 31, 32 EUSTa-VO

Wer von einer grenzüberschreitenden Ermittlungsmaßnahme der EUSTa betroffen ist, kann deren materielle Begründetheit nur im Anordnungsstaat überprüfen lassen, nicht aber in dem Staat, in dem die Maßnahme durchgeführt wurde.

EuGH, Urteil vom 21.12.2023 – C-281/22, NJW 2024, 487 m. zust. Anm. Duesberg. Krit. hierzu Pfister, jurisPR-StrafR 5/2024 Anm. 1, der vor allem eine Einschränkung von Verteidigungsmöglichkeiten und eine „Minimalisierung des Grundrechtsschutzes“ des Beschuldigten befürchtet. S. auch Beukelmann/Heim, NJW-Spezial 2024, 88.

Die Entscheidung hat vor allem Bedeutung für Wirtschaftsstrafverfahren, in denen – wie gerade im Zusammenhang mit besonders hohen Schadensbeträgen und/oder zahlreichen Geschädigten – die Täter zur Verschleierung ihrer Tatbeiträge und mit dem Ziel handeln, durch internationale Verflechtungen Ermittlungsmaßnahmen zu verhindern oder zumindest zu erschweren.

II. Materielles Strafrecht

1. Bemessung des Tagessatzes – § 40 StGB

a) Festsetzung der Tagessatzhöhe durch Schätzung – § 40 Abs. 3 StPO

Im Falle der Verhängung einer Geldstrafe durch Schätzung der Tagessatzhöhe (§ 40 Abs. 3 StGB) muss das tatrichterliche Urteil die konkreten Schätzgrundlagen mitteilen.

BayObLG, Beschluss vom 18.10.2023 – 202 StRR 76/23, DAR 2024, 36. Der Entscheidung zust. Peglau, jurisPR-StrafR 1/2024 Anm. 2.

b) Berechnung des Tagessatzes bei Einkommen in der Nähe des Existenzminimums – § 40 StGB

Bei der Verhängung einer Geldstrafe ist deren möglicherweise entsozialisierende Wirkung zu berücksichtigen. Die Tagessatzhöhe ist in der Weise zu berechnen, dass dem Angeklagten der zur Sicherung seines Lebensbedarfs unerlässliche Betrag in Höhe von 75 % des Regelsatzes der Sozialhilfe

(heute des Bürgergeldes) nach Abzug des auf die Geldstrafe zu zahlenden monatlichen Teilbetrages noch verbleibt. Verfügt der Angeklagte lediglich über Einkommen in der Nähe des Existenzminimums, hat das Gericht bei einer hohen Tagessatzanzahl schon bei der Bemessung der Höhe des einzelnen Tagessatzes in einem einheitlich ermessensähnlich ausgestalteten Strafzumessungsakt über Zahlungserleichterungen (§ 42 StGB) zu entscheiden.

BayObLG, Beschluss vom 06.11.2023 – 204 StRR 470/23, StraFo 2024, 66.

2. Falsche Versicherung an Eides Statt und Vermögensauskunft (§ 802c ZPO) – § 156 StGB

Der Schuldner hat im Rahmen der nach §§ 156 und 161 Abs. 1 StGB strafbewehrten Auskunftserteilung nach § 802c ZPO auch solche Konten anzugeben, welche dauerhaft überzogen und mit Schuldzinsen belastet sind (debitorische Bankkonten). Auf die Frage, ob dem Schuldner ein vertraglich vereinbarter Kontokorrentkredit eingeräumt ist oder es sich lediglich um eine geduldete Kontoüberziehung handelt, kommt es nicht an. Geht der Schuldner im Rahmen der Vermögensauskunft irrtümlich davon aus, dass er bei der Frage über vorhandene Konten solche nicht anzugeben braucht, die ständig im Negativsaldo geführt wurden (debitorische Konten), so handelt es sich nicht um einen Irrtum über Tatumstände (§ 16 Abs. 1 StGB), sondern um einen Verbotsirrtum (§ 17 StGB).

OLG Celle, Beschluss vom 12.10.2023 – 1 ORs 4/23, wistra 2024, 175.

3. Strafbarkeit eines Angehörigen der rechts- und steuerberatenden Berufe im Zusammenhang mit Coronahilfen – § 264 StGB

Die allgemeinen Berufspflichten eines Angehörigen der rechts- und steuerberatenden Berufe erfordern, erkennbar fragwürdigen Angaben und Informationen eines Antragstellers nicht mit der Erklärung, sie auf Plausibilität geprüft zu haben, an eine subventionsgewährende Stelle weiterzuleiten. Ist ein erhebliches finanzielles Eigeninteresse des Berufsangehörigen an der unberechtigten Bewilligung von Subventionen erkennbar, ist regelmäßig von mittäterschaftlichem Verhalten auszugehen, welches in derartigen Fällen zudem das Regelbeispiel des § 264 Abs. 2 Nr. 1 StGB (Handeln aus grobem Eigennutz) indiziert.

LG Hildesheim, Urteil vom 15.06.2023 – 22 KLs 22 Js 1900/22, ZAP 2024, 161.

4. Bemessung des Schadens beim Subventionsbetrug – § 264 StGB

Wer die Voraussetzungen für die Leistung einer Subvention nicht erfüllt, hat auf sie keinen Anspruch. Erhält er sie durch Täuschung über die Fördervoraussetzungen irrtumsbedingt doch, stellt die gesamte Fördersumme den Vermögensschaden der öffentlichen Hand dar. Der Wert etwaiger tatsächlich erbrachter Beratungsleistungen ist dann nicht gegenzurechnen, wenn der Subventionsgeber Beratungen, bei denen das

beratene Unternehmen keinen von den Subventionsrichtlinien vorausgesetzten Eigenanteil trägt, überhaupt nicht fördern wollte.

BGH, Beschluss vom 30.01.2024 – 5 StR 228/23, n.v.

5. Vereitelung der Zwangsvollstreckung – § 288 StGB

Bei der Bestimmung des § 288 StGB handelt es sich um ein Sonderdelikt. Die Annahme einer (mit-)täterschaftlichen Begehung kommt daher nur in Betracht, wenn der Täter als persönlicher Schuldner die Zwangsvollstreckung zu dulden hätte. Dies gilt auch, wenn er einen erheblichen Tatbeitrag leistet.

AG Dinslaken, Urteil vom 21.11.2023 – 3 Cs - 143 Js 181/16 - 785/19, ZInsO 2024, 358.

Im konkreten Fall hatte der Angeklagte, ein mittlerweile in Florida lebender deutscher Sänger, Autoren- und Markenrechte zur Vermeidung der drohenden Zwangsvollstreckung auf eine dritte Person übertragen, welche in Kenntnis der Gesamtsituation ihre Ansprüche sodann als Einlage in eine von den beiden Beteiligten gegründete OHG einbrachte. Das Gericht wertete den Tatbeitrag des Angeklagten wegen des Sonderdeliktscharakters der Norm lediglich als Beihilfe zur Tat der Vertragspartnerin, die sich ihrerseits wegen Vereitelung der Zwangsvollstreckung strafbar gemacht hat.

III. Recht der Ordnungswidrigkeiten

Notwendige Feststellungen im Zusammenhang mit einer Aufsichtspflichtverletzung – § 130 OWiG

Zur Begründung eines fahrlässigen Verstoßes gegen erteilte Auflagen genügt es nicht, dass der abwesende Betroffene die „notwendigen Vorkehrungen“ hätte treffen müssen. Kommt die Aufgabenübertragung auf einen Dritten in Betracht, so muss näher dargelegt werden, inwiefern der Übertragende die Pflicht verletzt hat, einen Beauftragten sorgfältig auszuwählen, zu bestellen oder zu überwachen.

BayObLG, Beschluss vom 08.01.2023 – 201 ObOWi 1303/23, n.v. Der Entscheidung zustimmend Rathgeber, FD-StrafR 2024, 802112.

IV. Zivilrechtliche Entscheidung mit potentieller strafrechtlicher Relevanz

1. Beginn der Verjährung bei vorsätzlich sittenwidriger Schädigung – § 195 BGB

Die für den Beginn der Verjährung erforderliche Kenntnis (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) ist bei Ansprüchen auf Schadensersatz vorhanden, wenn dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage erfolgsversprechend möglich ist. Er muss weder alle Einzelumstände kennen, die für die Beurteilung möglicherweise von Bedeutung sind, noch muss er bereits hinreichend sichere Beweismittel in der Hand haben, um einen Rechtsstreit im Wesentlichen risikolos führen zu

können. Bei strafrechtlich relevanten Sachverhalten kann aus der Erstattung einer Strafanzeige zwar nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass der Anzeigeersteller derartige sichere Informationen hat. Lassen die in einer Anzeige dokumentierten Kenntnisse indes eine Schadenersatzklage zu, ist dies für den Beginn des Verjährungslaufs maßgebend.

BGH, Urteil vom 28.11.2023 – X ZR 83/20, MDR 2024, 426.

Die zehnjährige Verjährungsfrist des § 852 Satz 2 BGB beginnt im Übrigen mit der Entstehung des ursprünglichen Schadensersatzanspruchs, nicht erst mit dessen Verjährung. Zu der Problematik s. BGH, Urteil vom 16.5.2017 - X ZR 85/14, MDR 2017, 1200, sowie BGH, Urteil vom 23.9.2004 - IX ZR 421/00, NJW-RR 2005, 69.

2. Haftungsansprüche aus unerlaubter Handlung – § 823 BGB

a) Vermögensschaden bei fingierten Verordnungen – § 823 BGB

Einem Apotheker entsteht kein Vermögensschaden, wenn eine bei ihm beschäftigte Mitarbeiterin mit fingierten Verordnungen Krankenkassen betrügt. Ihm stehen deshalb keine eigenen deliktischen Ansprüche gegen seine Mitarbeiterin zu. Er kann von den weiteren an dem Betrug Beteiligten als Gesamtschuldner einen Ausgleich im Innenverhältnis verlangen, wenn er an die Geschädigten Schadensersatz leistet. Dabei besteht die in § 840 Abs. 2 BGB normierte Haftungsfreistellung des verantwortlichen Geschäftsherrn nur im Verhältnis zum jeweiligen Mitarbeiter. Bei der Höhe der jeweiligen Haftungsanteile sind die Haftungseinheiten zu berücksichtigen. Der Geschäftsherr hat auch für vorsätzliche unerlaubte Handlungen seiner Gehilfen einzustehen, wenn diese noch im engen objektiven Zusammenhang mit den zugewiesenen Verrichtungen stehen, insbesondere dann, wenn die Gehilfen gerade die übertragenen Pflichten verletzen.

OLG Rostock, Urteil vom 13.10.2023 – 5 U 186/21, ZWH 2024, 21.

b) Haftung eines Organs für unerlaubte Bankgeschäfte – § 823 BGB, § 32 Abs. 1 KWG

Wer entgegen § 32 Abs. 1 KWG ohne entsprechende Erlaubnis Bankgeschäfte erbringt, macht sich bei fahrlässigem oder vorsätzlichem Handeln gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, Abs. 2 KWG strafbar. Wirken die Geschäfte berechtigt und verpflichtend für eine juristische Person, trifft die strafrechtliche Verantwortlichkeit gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB denjenigen, der in organschaftlicher Stellung für die juristische Person tätig ist. Die objektive Organstellung allein ist nicht hinreichend, um eine Haftung zu begründen. Es bedarf zusätzlich des Verschuldens (§ 276 BGB), das gesondert festgestellt werden muss. Interne Zuständigkeitsregelungen in der Geschäftsleitung einer juristischen Person können zwar nicht zu einer Aufhebung, wohl aber zu einer Beschränkung der straf- und haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit führen. Es bestehen jedoch in jedem Fall gewisse Überwachungspflichten, die das danach unzuständige Organ zum Eingreifen veranlassen müssen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Erfüllung der der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch das zuständige Organ nicht mehr gewährleistet ist.

BGH, Urteil vom 09.11.2023 - III ZR 105/22, ZInsO 2024, 362, m. zust. Anm. Heindorf/Schmittmann, NZI 2024, 190. Die Entscheidung bestätigt die bisherige Rspr. des BGH, vgl. BGH, Urteil vom 15.05.2012 - VI ZR 166/11, NJW 2012, 3177. Zu der Entscheidung Enger, jurisPR-VersR 2/2024 Anm. 3, sowie Kielkowski/Hössl, jurisPR-Compl 1/2024 Anm. 6S. Zur Auswirkung interner Geschäftsverteilungsregelungen auf Überwachungsobliegenheiten überdies grundlegend BGH, Urteil vom 15.10.1996 - VI ZR 319/95, wistra 1997, 102. Zur Frage, inwieweit Pflichtendelegation sich auf den Vorsatz auswirken kann, s. Wild, PStR 2024, 71.

3. Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Willkürverbot - §§ 14, 16 InsO

Voraussetzung für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist ein zulässiger und begründeter Insolvenzantrag. Das Insolvenzgericht hat vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens daher nicht nur zu prüfen, ob ein Eröffnungsgrund gegeben ist, sondern sich zunächst mit der Frage zu befassen, ob ein zulässiger Insolvenzantrag vorliegt.

BVerfG, Beschluss vom 13.12.2023 - 2 BvR 2204/21, ZInsO 2024, 187. S. hierzu Marquardt, ZInsO 2024, 399, sowie Laroche, EWIR 2024, 149.

Die Verletzung des Willkürverbots ist nach Auffassung des BVerfG im Übrigen auch dann anzunehmen, wenn das Insolvenzgericht eine offensichtlich einschlägige Übergangsvorschrift (wie etwa Art. 103h EGIInsO) nicht anwendet; BVerfG, Beschluss vom 29.07.2022 - 2 BvR 1154/21, ZInsO 2022, 2018. Hierzu Greiner, jurisPR-InsR 20/2022 Anm. 2.

4. Adressaten der Insolvenzantragspflicht - § 15a InsO

Die Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO richtet sich auch an faktische Organe einer juristischen Person.

OLG Brandenburg, Urteil vom 02.02.2024 - 7 U 175/19, ZRI 2024, 303.

V. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen mit möglicher strafrechtlicher Relevanz

1. Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit - § 35 GewO

Gewerberechtlich unzuverlässig ist, wer nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß, d.h. entsprechend der gesetzlichen Vorschriften und unter Berücksichtigung der guten Sitten, ausführt. Dies ist regelmäßig zu bejahen, wenn der Betroffene öffentlich-rechtliche Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllt. Liegt kein entsprechendes Urteil vor, rechtfertigen laufende Ermittlungen der Staatsanwaltschaft die Annahme gewerberechtlicher Unzuverlässigkeit nicht.

OVG SchlH, Beschluss vom 21.09.2023 - 4 MB 27/23, ZInsO 2024, 216.

2. Presserechtliche Auskunftsansprüche im Zusammenhang mit Strafverfahren - Pressegesetze der Länder, z.B. Art. 4 BayPrG

a) Herausgabe eines rechtskräftigen Strafbefehls an Pressevertreter - § 407 StPO

Der Veröffentlichungswürdigkeit von Strafbefehlen in presserechtlichen Auskunftsverfahren steht nicht entgegen, dass der Strafbefehl ohne Hauptverhandlung ergeht.

VGH München, Beschluss vom 29.06.2023 - 7 CE 23.820, NJW 2024, 372.

b) Auskunftsanspruch zur Einstellung eines Strafverfahrens - § 153a StPO

Pressevertreter können behördliche Auskünfte verlangen, soweit die Informationen bei der Behörde vorhanden sind und berechnete schutzwürdige Interessen Privater oder öffentlicher Stellen an der Vertraulichkeit nicht entgegenstehen. Dies gilt auch für den Beschluss, mit dem das zuständige Gericht ein Strafverfahren gemäß § 153a Abs. 2 StPO endgültig einstellt, nachdem der Beschuldigte die ihm erteilten Auflagen nach deren Erfüllung endgültig einstellt.

VGH München, Beschluss vom 03.08.2023 - 7 ZB 21.181, NJW 2024, 376.

Pressevertreter können regelmäßig die Herausgabe von anonymisierten gerichtlichen Entscheidungen beanspruchen, wenn sie über Strafverfahren und deren Auswirkungen berichten wollen; grundlegend BVerfG, Beschluss vom 14.09.2015 - 1 BvR 857/15, NJW 2015, 3708.

VERANSTALTUNGSBERICHTE, RECHTSPOLITIK

Wiss.Mit. Hanna Knaut und Stud.iur. Jasmin Schäfer,
beide Berlin

„Behörden zwischen Verwaltungs- und Verfolgungstätigkeit: Der Rollentausch als besondere Herausforderung für die Verteidigung“

Zu dem Thema „Behörden zwischen Verwaltungs- und Verfolgungstätigkeit: Der Rollentausch als besondere Herausforderung für die Verteidigung“ fand am 24. Mai 2024 eine Vortrags- und Diskussionsveranstaltung in der Humboldt-Universität zu Berlin statt. Diese wurde von der WisteV Regionalgruppe Ost in Zusammenarbeit mit Prof. Dr. Martin Heger fast auf den Tag genau 15 Jahre nach Gründung der WisteV durchgeführt. Das besondere Thema und die interessanten Referenten zogen selbst an einem warmen Freitagabend viele Teilnehmer*innen in die Räumlichkeiten der Humboldt-Universität.

RA Alexander Sättele führte in die Veranstaltung ein und hob hervor, dass Parallelverfahrenskonstellationen nicht nur im Rahmen präventiven und repressiven Tätigwerdens der Polizei- und Ordnungsbehörden bestehen. Vielmehr gebe es eine Vielzahl an (Rechts-) Bereichen wie das Umweltstrafrecht, das Kapitalmarktstrafrecht und das Steuerstrafrecht, in denen das Thema die Verteidigung vor Herausforderungen stelle. In den folgenden zwei Stunden sollten die knapp 50 Teilnehmer*innen einen Einblick in typische Praxisfälle und strategische Verteidigungserwägungen erhalten.

Bevor die Vorträge begannen, nutzten RA Dr. Mathias Prierer und RAin Dr. Viktoria Schrader die Gelegenheit, ihren Mitorganisator Alexander Sättele gebührend zu verabschieden. Für ihn war diese Veranstaltung die letzte in seiner Funktion als Koordinator der WisteV Regionalgruppe Ost. Er gibt den Staffelstab an Dr. Viktoria Schrader weiter und erhielt als persönliches Abschiedsgeschenk ganz folgerichtig sächsischen Wein.

Im ersten Vortrag führte der „Hausherr“ Prof. Dr. Martin Heger weiter in das Thema ein. Dabei konzentrierte er sich auf das Wechselspiel von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung. Strafverfolgung könne parallel zur Gefahrenabwehr stattfinden, sodass ein Verhalten nicht nur strafrechtliche, sondern auch verwaltungsrechtliche Konsequenzen begründen könne. Dabei befasste er sich unter anderem mit dem Umweltstrafrecht. Prof. Dr. Martin Heger erarbeitete die Thematik auch anhand der Tatbestandsfunktion für gewerberechtliche Maßnahmen. Zur Veranschaulichung diskutierte er das sog. Gefahrguttransport-Urteil des BVerfG (2 BvR 2462/ 18). In diesem Fall wollte die Polizei nicht primär gefahrenabweh-

rend handeln, versuchte indes, das Schweigerecht des Betroffenen durch die Auskunftspflicht nach § 9 GG/BefG zu umgehen. Prof. Dr. Martin Heger betonte, dass die Selbstbelastungsfreiheit auch dann Anwendung finden muss, wenn ein Auskunftersuchen zwar gefahrenabwehrrechtlich begründet wird, aber nicht allein präventiv ausgerichtet ist, oder die Gefahr der Verfolgung wegen eines vorangegangenen Rechtsverstoßes birgt.

RA Dr. Sebastian Wagner referierte sodann mit Blick auf das Kapitalmarktstrafrecht. Für die BaFin, die in kapitalmarktrechtlichen Angelegenheiten sowohl für Aufsichts- als auch für Sanktionsverfahren zuständig ist, wählte er einen treffenden Vergleich mit dem römischen Gott Janus, der sowohl die Vergangenheit als auch die Zukunft überschaut. Er erläuterte, dass Aufsichts- und Sanktionsverfahren grundsätzlich parallel geführt werden dürfen. Konflikte entstünden jedoch, wenn strafprozessuale und ordnungswidrigkeitenrechtliche Schutzrechte des Betroffenen durch aufsichtsrechtliche Maßnahmen ausgehebelt werden können. Daher verlange das Verbot der Rollenvertauschung eine organisatorische und zeitliche Trennung der Verfahren. Er wies weiter darauf hin, dass es insbesondere bei Vorlageverlangen gem. § 6 Abs. 3 S. 1 WpHG zur Kollision mit dem nemo-tenetur-Grundsatz kommen kann. Daran anknüpfend ging er Fragen zur Anwendbarkeit und Reichweite dieses Grundsatzes nach. Die dem Verteidiger wohlbekannteste Frage nach der Anwendbarkeit des nemo-tenetur-Grundsatzes auf juristische Personen war ein weiterer Schwerpunkt seines Vortrags.

Im dritten und letzten Vortrag der Veranstaltung erörterte Prof. Dr. Tilman Reichling das Spannungsfeld zwischen Selbstbelastungsfreiheit und steuerlichen Mitwirkungspflichten. Er erläuterte, dass die Doppelfunktion der Finanzbehörde zu Konflikten in Bezug auf die Rechte und Pflichten der Beteiligten im Steuerstraf- und Besteuerungsverfahren führen können. Der Vortrag konzentrierte sich dann auf den gesetzlichen Lösungsansatz in § 393 AO, wie dieser im Verhältnis zu dem Grundsatz der Gleichrangigkeit der Verfahren steht und welche Folgen sich ergeben. Auch hier spielte die Selbstbelastungsfreiheit und ihre Gefährdung in typischen Praxiskonstellationen eine wesentliche Rolle. Zudem behandelte Prof. Dr. Tilman Reichling die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des steuerlichen Zwangsmittelverbots, wobei die sog. „Strafschätzung“ einen Schwerpunkt bildete.

Die anschließende, von Dr. Mathias Prierer geleitete Diskussionsrunde begann mit der Erarbeitung von Unterschieden und Gemeinsamkeiten zwischen Parallelverfahrenskonstellationen im Umweltstrafrecht, Kapitalmarktstrafrecht und Steuerstrafrecht. Der Moderator ließ seine These diskutieren, dass die Verfahrensarchitektur bei Parallelverfahrenskonstellationen strukturell darauf angelegt sei, Individualschutzrechte nicht wie gehabt zur Geltung kommen zu lassen, wodurch rechtsstaatliche Garantien typischerweise unterlaufen werden können. Er schlug daher eine Auflösung über das Recht auf ein faires Verfahren bzw. den Grundsatz der Waffengleichheit vor, womit auch Unternehmen effektiv vor den mit einem Rollentausch einhergehenden Risiken geschützt werden könnten. Des Weiteren wurde diskutiert, welche Ansätze praktisch verfolgt werden können, um die Selbstbelastungsfreiheit bei Vorlageverlangen in aufsichtlichen Verfah-

ren zu effektuieren. Abschließend stellte Dr. Mathias Prierer vier mögliche Anforderungen an Behörden vor, um rechtsstaatliche Garantien in Parallelverfahrenskonstellationen effektiv abzusichern: Die Behörde muss denjenigen, gegen den ein Anfangsverdacht besteht, prozessual als Beschuldigten behandeln – selbst wenn ein repressives Verfahren nicht, noch nicht oder nicht mehr existiert (Inkulpationsgebot). Die Behörde muss offenlegen, in welcher Rolle sie tätig wird und welche Zweckrichtung eine Maßnahme hat (Transparenzgebot). Die Behörde darf die prozessuale Rolle des Adressaten der Maßnahme, ihre eigene Rolle und die Zweckrichtung der Maßnahme nicht missbräuchlich falsch qualifizieren (Miss-

brauchsverbot) und die Behörde darf präventive Maßnahmen nur so weit ausüben wie sie präventiv erforderlich sind (Begrenzungsgebot). Die Thesen von Dr. Mathias Prierer erhielten die Zustimmung von allen Diskussionsteilnehmern und Dr. Sebastian Wagner ergänzte eine weitere Anforderung: Die Behörde muss die Einhaltung dieser Ge- und Verbote durch die aktenmäßige Dokumentation sicherstellen (Dokumentationsgebot).

Der Ausklang der Veranstaltung fand sodann bei Häppchen und Getränken statt und die Teilnehmer*innen nutzten die Gelegenheit, um sich bis in die Nacht weiter auszutauschen.