

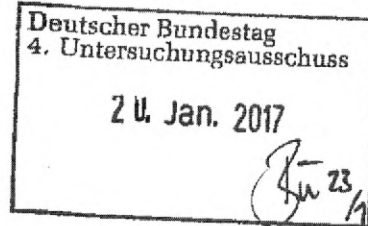
Professor Dr. Klaus F. Gärditz

Deutscher Bundestag
4. Untersuchungsausschuss
der 18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache
18(30)260 (neu)

Vorab per Telefax 030 / 227 - 36538

Deutscher Bundestag
4. Untersuchungsausschuss
- Der Vorsitzende -
Platz der Republik 1
11011 Berlin



17. Januar 2017

***Antrag auf Durchsichtung von Freshfields gegenüber der Ermittlungsrichter beim BGH
betreffend Durchsichtung***

Hier: Erwiderung der Gegenseite

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

anliegend darf ich Ihnen die heute per Post eingegangene Verfügung der Ermittlungsrichterin übersenden, mit der diese einen Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten der Betroffenen vom 6. Januar 2017 übermittelt hat. Der Schriftsatz erwidert auf unseren Durchsichtungsantrag.

Aus dem Schriftsatz ergibt sich, dass die Ermittlungsrichterin offenbar Akteneinsicht gewährt hat (vgl. zur rechtlichen Möglichkeit hierzu bereits mein Schreiben vom 7. Dezember 2016, S. 2). Der Erwidierungsschriftsatz führt nach einer ersten – cursorischen – Durchsicht Folgendes aus:

Auf Seite 14-32 wird ausführlich argumentiert, dass die unserem Antrag zugrunde liegende „Hypothese“, Freshfields habe ein entsprechendes Geschäftsmodell entwickelt, durch die von uns vorgebrachten Argumente und Beweismittel nicht gestützt würde und es dem Untersuchungsantrag daher an der erforderlichen tatsächlichen Grundlage fehle.

Der Vortrag von Freshfields ist meines Erachtens ungeeignet, den bestehenden *Verdacht* entsprechender Verstrickungen zu begründen. Der Schriftsatz setzt sich detailliert damit auseinander, welchen Beweiswert welche Indizien angeblich haben oder nicht haben. Dies verkennet jedoch, dass es vorliegend ausreichend ist, wenn ein bloßer Verdacht entsprechenden Verhaltens besteht und möglicherweise bei einer Untersuchung aufgefundene Dokumente zur Klärung dieses Verdachts (ggf. auch „zugunsten“ von Freshfields) beitragen können.

Wir sollten uns daher in einer Erwiderung darauf beschränken, möglichst knapp diesen rechtlichen Rahmen darzulegen und betonen, dass auch das Vorbringen von Freshfields

nur nochmals verdeutlicht hat, dass die vorhandenen Anhaltspunkte interpretationsbedürftig sind und daher einer weiteren Klärung bedürfen.

Auf Seite 34-45 wird vorgetragen, welche Bedeutung das fragliche Tätigkeitsfeld für Freshfields hatte. Hierbei wird ersichtlich Wert darauf gelegt, die untergeordnete Rolle der Cum/Ex-Geschäfte im wirtschaftsrechtsberatenden Portfolio der Kanzlei herauszustreichen. Der diesbezügliche Vortrag ist aus meiner Sicht schon deshalb rechtlich im vorliegenden Kontext irrelevant, weil der Untersuchungsausschuss nicht Beweis darüber erheben soll, welche Geschäftsstrategie die Kanzlei Freshfields insgesamt auf dem deutschen Markt verfolgt. Es geht vielmehr allein darum, die Rolle der Beratungstätigkeit in Bezug auf die Finanzverwaltung beim Vollzug des Unternehmenssteuerrechts zu untersuchen. Dafür kommt es aber nur auf die faktische Außenwirkung der erstellten Gutachten und das Agieren der beratenen Investoren gegenüber der Verwaltung an, nicht welche Bedeutung dieser Geschäftszweig für Freshfields hatte.

Dies sollte hierzu knapp klargestellt werden. Eine vertiefte Einlassung hierzu halte ich im Übrigen für kontraproduktiv, weil ja erst das möglicherweise im Rahmen einer Untersuchung aufgefundene Beweismaterial eine Würdigung zulässt, welche Rolle Freshfields nun tatsächlich gespielt haben mag. Insoweit können wir aber hervorheben, dass der Untersuchungsausschuss etwaige Beweismittel unvoreingenommen bewerten und auch Anhaltspunkte zugunsten von Freshfields in die Würdigung einbeziehen muss.

Auf Seite 46-68 wird zu den relevanten Rechtsfragen Stellung genommen. Einige Aspekte der dort vertretenen Rechtsauffassung wurden in der Sache bereits in der früheren Stellungnahme von Freshfields vorgetragen. Wir haben hierzu unsere eigene Rechtsauffassung bereits hinreichend in unserem Durchsuchungsantrag dargelegt. Eine ergänzende Stellungnahme erscheint mir nur insoweit geboten, als hier neue Aspekte vorgebracht werden. Ich werde dies sorgfältig prüfen und Ihnen hierzu Vorschläge unterbreiten.

Da alle hier einschlägigen Rechtsfragen letztlich rechtliches Neuland betreten, sind die Erfolgsaussichten unseres Antrags weiterhin offen. Namentlich die Fragen, unter welchen Voraussetzungen die Durchsuchung einer Anwaltskanzlei zu Zwecken einer parlamentarischen Untersuchung verhältnismäßig ist (dazu S. 57 ff. des übermittelten Schriftsatzes), und wie die Verweisung in § 29 Abs. 3 PUAG auf § 97 StPO zu verstehen ist, sind bislang völlig ungeklärt, sodass nicht auszuschließen ist, dass sich die Ermittlungsrichterin dem Rechtsstandpunkt von Freshfields im Ergebnis anschließt. Namentlich die auf Seite 64 ff. vorgebrachten – obgleich sehr schwerfällig, langatmig und umständlich begründeten – Argumente laufen im Ergebnis auf die Auffassung hinaus, die – kohärent, knapp und präzise referiert, obgleich mich in der Sache nicht überzeugend – von *Georgii* (in: Waldhoff/Gärditz, PUAG, 2015, § 29 Rn. 47) vertreten wurde. Folgte man dieser Auffassung, spräche dies in der Tat für einen umfassenden Schutz.

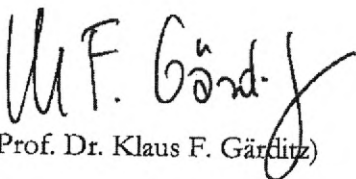
Abschließend weise ich auf Folgendes hin: Dem potentiellen Adressaten einer Durchsuchung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, ist ungewöhnlich, weil hiermit normalerweise das Risiko einer Beweisvereitelung verbunden ist. Dieses „robuste“ Vorgehen der Ermittlungsrichterin liegt aber vorliegend daran, dass über unseren Durchsuchungsantrag bereits am Tag der Antragstellung

im Ausschuss berichtet wurde. Hierdurch war nicht nur die Möglichkeit einer (ohnehin nicht angestrebten) Überraschung von vornherein fortgefallen (wir hatten hierüber gesprochen), sondern auch der Gegenseite die Möglichkeit eröffnet, eine rechtliche Abwehrstrategie aufzubauen.

Ungeachtet dessen ist es bedauerlich, dass die Ermittlungsrichterin uns eine auffällig kurze Frist zur Stellungnahme zu einem ausladenden Schriftsatz einräumt, nachdem unser Untersuchungsantrag nunmehr ohnehin bereits seit acht Wochen anhängig ist, und offenbar auch der Gegenseite eine längere Frist zur Stellungnahme zugebilligt wurde.

Für Fragen stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

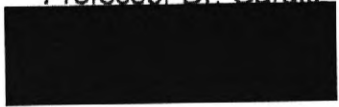

(Prof. Dr. Klaus F. Gärditz)



**Der Ermittlungsrichter I
des Bundesgerichtshofs**

Der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs - 76125 Karlsruhe

Herrn
Professor Dr. Gärditz



Aktenzeichen

1 ARs 2/16

(bei Antwort bitte angeben)

Durchwahl

(07 21) 1 59



Ihr Zeichen

Karlsruhe, 13. Januar 2017

Antrag auf Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses des 4. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages ("Cum/Ex")

Ablichtung der Stellungnahme des Rechtsanwalt Dr. Daniel M. Krause nebst Anlagen vom 6. Januar 2017

Sehr geehrter Herr Professor Dr. Gärditz,

die anliegende Stellungnahme wird übersandt m.d.B. um Kenntnis- und eventuelle Stellungnahme bis

30. Januar 2017.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Wimmer
Richterin am Bundesgerichtshof



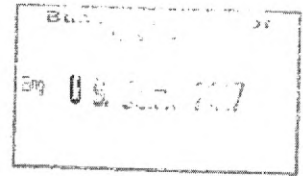
Hausanschrift:
Herrenstr. 45a
76133 Karlsruhe

Internet- und E-Mail-Adresse:
ermittlungsrichter@bgh.bund.de
www.Bundesgerichtshof.de

Telefon (Zentrale):
(07 21) 1 59 - 0

Telefax:
(07 21) 1 59 - 2508

KRAUSE & KOLLEGEN



Krause & Kollegen Rechtsanwälte · Kurfürstendamm 190-192 · 10707 Berlin

Bundesgerichtshof
Ermittlungsrichterin I
Frau Rin BGH Wimmer
76125 Karlsruhe

Dr. Daniel M. Krause, LL.M. *
Dr. Patrick Teubner *
Prof. Dr. Carsten Wegner *
Alexandra Wagner *
Dr. Philipp Gehrman *
Dr. Daniel Travers *
Dr. Franziska Schulze-Luckow, LL.M.
Dr. Markus Twele
Dr. Eda Tekin
Dr. Thomas Himmelreich
* Fachanwalt für Strafrecht

Dr. Daniel M. Krause, LL.M., Partner



Unser Zeichen: 00293/16 6/DMK

Berlin, den 6. Januar 2017

Antrag des 4. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages („Cum/Ex“) / Anwaltssozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

1 ARs 2/16

Sehr geehrte Frau Richterin am Bundesgerichtshof Wimmer,

in der vorbezeichneten Angelegenheit danke ich für die durch Sie eingeräumte Frist zum Vortrag. Auf den Antrag des Verfahrensbevollmächtigten des 4. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages vom 23.11.2016 (i.F. Antrag PUA) erwidere ich nachfolgend. Meine Ausführungen gliedern sich wie folgt:

A.	Antrag PUA und Verfahrensgang	3
I.	Gegenstand und Begründung des Antrages vom 23.11.2016.....	3
II.	Verfahrensentwicklung bis zum Antrag vom 23.11.2016	6
III.	Zur Hypothese des PUA bezüglich der Tätigkeiten der Sozietät Freshfields.....	8
B.	Stellungnahme	11
I.	Voraussetzungen und Grenzen von Beschlagnahme und Durchsuchung bei Berufsheimlichkeitsgeheimnisträgern nach § 29 Abs. 1 und 3 PUAG / Voraussetzungen einer richterlichen Anordnung.....	11
II.	Haltlosigkeit der Hypothese des PUA in Bezug auf Freshfields.....	14
1.	Zur fehlenden Aussagekraft der angeführten Unterlagen für die PUA-Behauptungen betreffend Berufsträger der Sozietät Freshfields	15
a)	Der BMF-Vermerk vom 15.09.2009.....	16
b)	Der Verweis auf zehn Rechtsgutachten der Sozietät Freshfields im Schreiben des Herrn Prof. Dr. Desens vom 17.11.2016.....	18
c)	Die E-Mail-Korrespondenz des Finanzamts Darmstadt mit einem unbekanntem „Whistleblower“ vom 5.1.2011	21
2.	Keine sonstigen die Hypothese des PUA von einer (vermeintlichen) Geschäftsentwicklung durch Freshfields stützenden Tatsachen	24
a)	Nur unspezifische und unkonkrete Hinweise auf (vermeintliche) „Ergebnisse der Beweisaufnahme“ des PUA.....	24
b)	Keine für Freshfields relevanten Rückschlüsse aus Erkenntnissen betreffend andere Rechtsanwälte bzw. Kanzleien.....	25
c)	Für die Sozietät Freshfields unspezifische Hinweise auf die allgemeine Entwicklung von Cum/Ex-Geschäften	28
3.	Kein „Einräumen“ des Vorhandenseins von mandatsunabhängigen Unterlagen über die Entwicklung, Vorbereitung und strategische Beratung von Cum/Ex-Geschäften durch Freshfields	31
4.	Zusammenfassende Würdigung des tatsächlichen Antragsvorbringens	32
III.	Zur kapitalmarktbezogenen steuerrechtlichen Beratungspraxis der Sozietät Freshfields und zur Bedeutung der steuerrechtlichen Beratung im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften.....	34
1.	Zur (geringen) wirtschaftlichen Bedeutung der rechtlichen Beratung in Bezug auf Cum/Ex-Geschäfte für die Sozietät Freshfields / Keine „Geschäftsführungsbeschlüsse“ betreffend die Beratung zu Cum/Ex-Geschäften	35
2.	Zur Arbeitsweise der kapitalmarktbezogenen steuerrechtlichen Praxis der Sozietät Freshfields	37
a)	Rahmenbedingungen der kapitalmarktbezogenen steuerlichen Beratung der Sozietät Freshfields.....	37
b)	Inhalt und Ablauf der kapitalmarktbezogenen steuerlichen Beratung durch die Sozietät Freshfields	38
c)	Nicht ausgeführte Beratungstätigkeiten	40
d)	Zum Ablauf der Beratung in Angelegenheiten betreffend Cum/Ex-Geschäfte	41
e)	Zum offenen Umgang mit der von Freshfields vertretenen Rechtsauffassung und der sie betreffenden Unsicherheit der rechtlichen Beurteilung in Bezug auf steuerliche Fragen bei Cum/Ex-Geschäften.....	42
3.	Zwischenergebnis.....	44

IV. Untersuchungsgegenstand, verfassungsrechtliche Schranken und fehlende Geeignetheit der beantragten Durchsuchungsmaßnahme.....	46
1. Zur begrenzten – Rechtsanwaltskanzleien nicht umfassenden – Reichweite des Untersuchungsauftrages des PUA.....	47
2. Kein anderer Befund bei verfassungskonformer Auslegung des Untersuchungsauftrages.....	49
V. Zur fehlenden Erforderlichkeit der beantragten Durchsuchung.....	53
1. Vorrang weniger einschneidender Beweiserhebungen.....	53
2. Zur fehlenden Erforderlichkeit der räumlichen Erstreckung auf sechs Standorte der Sozietät Freshfields in Deutschland.....	55
VI. Zur fehlenden Angemessenheit der beantragten Durchsuchung und Beschlagnahme (Verhältnismaßigkeit im engeren Sinn).....	57
1. Keine zureichenden Abwägungsgrundlagen für die Angemessenheitsfeststellung..	57
2. Intensive Eingriffe in die Grundrechte verschiedener Grundrechtsträger (Art. 13, 12 und 2 GG).....	59
3. Unzutreffende Versagung des Schutzes des „Beratungsgeheimnisses“ durch den PUA und verfehlte Auslegung der Verweisung von § 29 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 PUAG auf § 97 StPO.....	61
a) PUA-Behauptungen zu (vermeintlichen) mandats-unabhängigen Tätigkeiten und petitio principii.....	62
b) Keine Relativierungen des Grundrechtsschutzes durch die Figur einer „materiellen Betroffenheit“ / verfehelter Hinweis auf § 97 Abs. 2 S. 3 StPO.....	63
4. Zwischenergebnis.....	68
C. Zusammenfassung und Zurückweisungsantrag.....	69

A. Antrag PUA und Verfahrensgang

I. Gegenstand und Begründung des Antrages vom 23.11.2016

Mit dem Antrag PUA erstrebt der 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages (i.F. PUA) die Anordnung der Durchsuchung der Geschäftsräume der Rechtsanwaltssozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (i.F. Freshfields) an deren Standorten in Frankfurt, Berlin, Dusseldorf, Hamburg, Köln und München sowie die Beschlagnahme dort vermeintlich aufzufindender – dem PUA noch nicht vorliegender – Unterlagen. Die erstrebte Durchsuchung soll der

„Auffindung von mandatsunabhängigen Dokumenten, soweit sie sich auf Cum/Ex-Geschäfte im vom vorliegenden Beweisbeschluss erfassten Zeitraum von 1999 bis 2011 beziehen,“

dienen. Im Einzelnen soll es sich bei den nach Ansicht des PUA in den Geschäftsräumen von Freshfields aufzufindenden Unterlagen um folgende handeln:

„Gutachten, Rechtsbewertungen (insbesondere in Form von „Tax Opinions“), Informationspapiere (insbesondere in Form von „Special Alerts“, „Briefings“, „Insides“ oder „Newsletters“), interne Vermerke, interne Nachrichten (insbesondere in Form von Schriftsätzen, E-Mails Memos), interne Beschlüsse (insbesondere Geschäftsführungsbeschlüsse) und sonstige mandatsunabhängige sachliche Beweismittel (insbesondere Augenscheinobjekte, Datenträger)“.

Der PUA begehrt überdies die Anordnung der Beschlagnahme von im Rahmen der Durchsuchung ggf. aufgefundenen Beweismitteln der genannten Art sowie die Herausgabe dieser (beschlagnahmten) Beweismittel an den PUA (Antrag PUA, S. 2).

Der PUA stützt sein Begehren auf § 29 Abs. 3 PUAG. Er trägt vor, dass die Durchsuchung, Beschlagnahme und Herausgabe der genannten Unterlagen erforderlich seien, damit der PUA den ihm erteilten Untersuchungsauftrag (Art. 44 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GG) wirksam erfüllen könne. Zur Begründung trägt der PUA vor, dass er nach dem Einsetzungsbeschluss des Deutschen Bundestages den Umgang der Finanzverwaltung des Bundes mit sogenannten Cum/Ex-Geschäften zu untersuchen habe. Aufgrund von Tatsachen, die im Rahmen der bisherigen Beweisaufnahme des PUA ermittelt worden seien, sei – so der PUA – darauf zu schließen, dass Freshfields im Untersuchungszeitraum zwischen 1999 und 2011

„mandatsunabhängig Cum/Ex-Gestaltungen als Geschäftsmodell entwickelt habe, das im Rahmen einer planmäßigen, systematischen und strategischen Unternehmenspolitik offensiv an mögliche Mandanten aus dem Sektor der Banken herangetragen (worden sei).“ (Antrag PUA S. 3)

Ferner lagen nach dem „Stand der Ermittlungen“ Anhaltspunkte dafür vor,

„dass dieses mandatsunabhängige strategische Vorgehen, das über konkrete Beratungen in einzelnen Steuerrechtsfällen (hinausgehe) und diesen vorgelagert (sei), dazu beigetragen (habe), die Strukturen und Mechanismen der fraglichen Finanzmarkttransaktionen vor dem Zugriff der Finanzbehörden abzuschirmen.“

In diesem Kontext habe die Sozietät Freshfields mutmaßlich eine „Schlüsselrolle“ gespielt (Antrag PUA, S. 3).

Diese Hypothese, namentlich ein durch Rechtsanwälte von Freshfields mandatsunabhängig entwickeltes Geschäfts- oder Transaktionsmodell für die Durchführung sog. Cum/Ex-Geschäfte mit Finanzinstrumenten (Aktien), welches ihren Mandanten von Freshfields angeboten bzw. angedient worden sei, bildet die Grundlage des Antrages des PUA. Auf dieser Hypothese baut der Antrag auf; aus ihr leitet der PUA die Umschreibung der – nach seiner An-

sicht – bei Freshfields aufzufindenden mandatsunabhängigen Urkunden als Beweismittel her (näher noch sogleich A. III., S. 8 ff.).

Zur Stützung seines Antrages und seiner Hypothese lasst der PUA in der Begründung des Antrag PUA seinen Verfahrensbevollmächtigten einzelne Unterlagen als Beleg anführen:

- ein dem PUA vorliegender Vermerk aus dem Bundesministerium der Finanzen (i.F. BMF) vom 15.05.2009 (Antrag PUA, Anlage 3);
- zehn dem PUA aufgrund eines Beweisbeschlusses von dritter Seite, namentlich durch den von ihm als Sachverständigen und Zeugen vernommenen Herrn Prof. Dr. Dresens, Leipzig, übergebene Gutachten von Freshfields aus der Zeit zwischen dem 8.3.2007 und 19.2.2010, die nach Ansicht des PUA erkennen lassen, dass diesen Gutachten eine gemeinsame Prüfung vorausgegangen sein müsse (Anschreiben des Herrn Prof. Dr. Dresens vom 17.11.2016, Antrag PUA, Anlage 4, die Gutachten selbst sind dem Antrag PUA nicht beifügt);
- eine dem PUA vorliegende E-Mail-Korrespondenz vom 5.1.2011 zwischen einem anonymen sog. „Whistleblower“, in der E-Mail als „Jürgen Schmidt“ bezeichnet, und dem Finanzamt Darmstadt, [REDACTED] (nur auszugsweise, d.h. S. 3 bis 5, vorgelegt, Antrag PUA, Anlage 5), in der ausgeführt sei, dass Freshfields ihre gutachterlichen Tätigkeiten zu Cum/Ex-Geschäften im Rahmen eines „Geschäftsführungsbeschlusses“ schlagartig in dem Zeitpunkt eingestellt habe, als mit einem Kabinettsbeschluss im Spätjahr 2011 eine gesetzgeberische Verfahrensumstellung eingeleitet worden sei, wobei Freshfields seither nicht mehr bereit gewesen sei, bestimmte „Testate“ zu erteilen, was die instrumentelle Rolle unterstreichen soll, die Rechtsgutachten der Sozietät Freshfields als Bestandteil einer Strategie gehabt haben sollen, um ein ausgeklugelttes Geschäftsmodell zu vermarkten (Antrag PUA, S. 4).

Hierbei handele es sich – so der PUA – um tatsächliche Anhaltspunkte, aufgrund derer

„davon auszugehen (sei), dass sich auch mandatsunabhängige Unterlagen über die Entwicklung, Vorbereitung und strategische Vermarktung der Cum/Ex-Geschäfte in den Geschäftsräumen (von Freshfields) befinden“ (Antrag PUA, S. 4).

Der Verfahrensbevollmächtigte des PUA meint überdies, dass Freshfields in einer schriftlichen Eingabe an den PUA vom 11.10.2016 das

„Vorhandensein entsprechender Unterlagen (...) eingeräumt (babe).“

Diese Unterlagen seien entgegen der Aufforderung des PUA nicht freiwillig herausgegeben worden, weshalb die Durchsuchung und Beschlagnahme geboten sei (§ 29 Abs. 3 PUAG).

II. Verfahrensentwicklung bis zum Antrag vom 23.11.2016

Der Antragstellung ist im Einzelnen Folgendes vorausgegangen:

Mit Einsetzungsbeschluss vom 19.2.2016 setzte der 18. Deutsche Bundestag einen Untersuchungsausschuss (den PUA) zur Aufklärung diverser Themen im Zusammenhang mit sog. Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen von Aktien ein. Bei diesen Geschäften handelt es sich – nach dem Inhalt des Einsetzungsbeschlusses – um Leerverkäufe in zeitlicher Nähe zum Dividendenstichtag, wobei diese Geschäfte eine mehrfache Erstattung bzw. Anrechnung von Kapitalertragsteuer bewirken konnten, obgleich die Steuer nur einmal einbehalten und abgeführt wurde. Der PUA hat seine Untersuchungen im Laufe des Jahres 2016 begonnen; sie dauern an.

Im Rahmen seiner Untersuchung erließ der PUA am 7.7.2016 einen Beweisbeschluss, der Freshfields betraf (Beweisbeschluss FBD-1) und der auf die Herausgabe eines Schreibens sowie bestimmter Gutachten gerichtet war, die sich mit Rechtsfragen der genannten Geschäfte beschäftigen (Antrag PUA, Anlage 7).

Das Herausgabebegehren des PUA beantwortete Freshfields mit Schreiben vom 25.07.2016 und teilte dem PUA mit, dass eine Herausgabe mandatsbezogener Unterlagen im Hinblick auf die der Herausgabe entgegenstehende Verpflichtung zur Einhaltung der beruflichen Verschwiegenheitspflicht der Rechtsanwälte (§ 29 Abs. 2 Satz 4 in Verbindung mit § 22 Abs. 1 PUAG, § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO) nicht in Betracht kommen könne (Antrag PUA, Anlage 8). Anderes gelte dann, wenn eine rechtswirksame Erklärung zur Entbindung der Rechtsanwälte von Freshfields von der beruflichen Verschwiegenheitspflicht vorliege. Letzteres sei indes nicht der Fall (ebd).

Auf diese Hinweise zur Rechtslage erließ der PUA am 08.09.2016 einen weiteren Freshfields betreffenden „*Beweisbeschluss FBD-2*“ (Antrag PUA, Anlage 2). Dieser beinhaltete ein Herausgabeverlangen (§ 29 Abs. 1 PUAG), das sich zum einen (dortige Ziff. 1) erstreckte auf

„sämtliche mandatsbezogenen Akten, Dokumente (...), soweit sie sich auf Cum/Ex-Geschäfte im Untersuchungszeitraum beziehen.“ (Antrag PUA, Anlage 2, S. 2).

Darüber hinaus war Gegenstand des Herausgabeverlangens (dortige Ziff. 2) die Vorlage von nicht mandatsbezogenen Unterlagen der Sozietät Freshfields, welche sich auf Cum/Ex-Geschäfte bezogen. Dieses Herausgabeverlangen wurde Freshfields mit Schreiben vom 9.9.2016 übermittelt, welches am 14.9.2016 zuging.

Im Hinblick auf den Inhalt des Herausgabeverlangens zur dortigen Ziff. 2 übermittelte Freshfields mit Schreiben vom 11.10.2016 ein Konvolut von Unterlagen. Dies besaß einen Umfang von etwa einem Stehordner und enthielt diverse sog. *client briefings*, Präsentationsunterlagen zu Vorträgen vor Angehörigen der Finanzverwaltung, Korrespondenz mit Mitarbeitern der Finanzverwaltung, Veranstaltungsprogramme u.a.

Im Hinblick auf den Umfang des Herausgabeverlangens und insbesondere zu dem Verlangen auf Vorlage sämtlicher mandatsbezogener Unterlagen enthielt das Schreiben vom 11.10.2016 eingehende Rechtsausführungen, aus denen sich insbesondere die Unverhältnismäßigkeit der Reichweite des Herausgabebegehrens sowie die Unzulässigkeit der Herausgabe mandatsbezogener Unterlagen im Hinblick auf die bestehende Berufspflicht zur Verschwiegenheit ergaben (vgl. näher Antrag PUA, Anlage 6). Hierauf näher einzugehen, bedarf es nicht, da der PUA in seinem Antrag das Herausgabebegehren zu Ziff. 1 des Beweisbeschlusses vom 08.09.2016 nicht weiter verfolgt (vgl. noch unten).

Nachdem das Schreiben von Freshfields vom 11.10.2016 beim PUA eingegangen war, erhielten die Rechtsanwälte Dr. Ulf Johannemann und Thomas Wiesenbart, ein gegenwärtiger und ein vormaliger Partner der Sozietät Freshfields, eine Ladung zur zeugenschaftlichen Einvernahme vor dem PUA für den 24.11.2016. Als die beiden geladenen Zeugen zur Terminsstunde im PUA erschienen, teilte ihnen der Vorsitzende des PUA in öffentlicher Sitzung unter Verlesung einer schriftlich vorbereiteten Begründung mit, dass ihre, der Zeugen, Einvernahme an diesem Tag nicht erforderlich sei, weil der PUA am Morgen desselben Tages einstimmig beschlossen habe, beim Bundesgerichtshof die Durchsuchung der Kanzleiräume der Sozietät

Freshfields zu beantragen. Vor diesem Hintergrund – so der Ausschussvorsitzende – „*macht die Vernehmung heute keinen Sinn*“.

Über die in öffentlicher Sitzung des PUA bekannt gegebene Entscheidung des PUA, einen Durchsuchungsbeschluss für die Kanzleiräume der Sozietät Freshfields beim Bundesgerichtshof zu beantragen, sowie über den in der Sitzung vor zahlreichen Pressevertretern verlesenen vorbereiteten Text, in dem die sogleich näher darzulegenden Behauptungen des PUA betreffend vermeintliche Strukturierungs- bzw. Entwicklungstätigkeiten referiert wurden, wurde noch aus der laufenden Sitzung wie auch in den Folgetagen in TV- und Print-Medien breit berichtet.

Am 28.11.2016 reichte der PUA seinen Antrag vom 23.11.2016 beim Bundesgerichtshof ein. Mit seinem Antrag verfolgt der PUA die Ziff. 1 des Herausgabeverlangens seines „*Beweisbeschlusses FBD -2*“ vom 8.9.2016, welches sich gezielt auf die der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht unterfallenden Mandatsunterlagen, Informationen und Daten bezog, nicht weiter („... *darauf verzichtet*“, Antrag PUA, S. 14.)

Der Antrag PUA bezieht sich lediglich auf Ziff. 2 des Herausgabeverlangens im Beweisbeschluss vom 8.9.2016, d.h. namentlich auf die bereits erwähnten

„mandatsunabhängigen Dokumente(„), soweit sie sich auf Cum/Ex-Geschäfte im vom vorliegenden Beweisbeschluss erfassten Zeitraum von 1999 bis 2011 beziehen“ (bereits oben).

III. Zur Hypothese des PUA bezüglich der Tätigkeiten der Sozietät Freshfields

Der PUA stützt seinen Antrag (§ 29 Abs. 3 PUAG) auf eine in der Antragsbegründung näher ausgeführte Hypothese bezüglich der vermeintlichen Rolle der Sozietät Freshfields im Hinblick auf Cum/Ex-Geschäfte, die den Gegenstand der Untersuchung des PUA bilden. Aus dieser Hypothese leitet der PUA einerseits die Rechtmäßigkeit der mit dem Antrag begehrten Anordnung im Hinblick auf den mit dieser verbundenen Eingriff in die Grundrechte der Sozietät Freshfields und ihrer Rechtsanwälte und Steuerberater als Berufsträger ab sowie andererseits die Umschreibung der spezifischen Eigenart und Qualität der bei der Sozietät Freshfields (vermeintlich) aufzufindenden Beweismittel zur vorgeblichen Wahrung der Verhältnismäßigkeit der von ihm begehrten Anordnung.

Die Hypothese des PUA geht ausweislich der Antragsbegründung dahin, dass Rechtsanwälte und/oder Steuerberater der Sozietät Freshfields unabhängig von Mandatsbeziehungen Geschäftsabläufe bzw. Modelle zur Durchführung von Cum/Ex-Geschäften um den Dividendenstichtag entwickelt und mandatsunabhängig strukturiert hatten. Aus den – in der Antragschrift nicht mitgeteilten – Erkenntnissen der bisherigen Beweisaufnahme sei zu schließen, dass Freshfields

„mandatsunabhängig Cum/Ex-Gestaltungen als Geschäftsmodell entwickelt (habe), das im Rahmen einer planmäßigen, systematischen und strategischen Unternehmenspolitik offensiv an mögliche Mandanten aus dem Sektor der Banken herangetragen (worden sei).“ (Antrag PUA, S. 3)

Es sei aufgrund einer Vielzahl von – in der Antragschrift nicht näher mitgeteilten tatsächlichen – Indizien wahrscheinlich, dass Freshfields

„das Modell bei Mandanten aktiv als Geschäftsmodell (beworben habe)“ (Antrag PUA, S. 8).

Insoweit sei anzunehmen

„dass (Freshfields) selbst entwickelte Gestaltungen unaufgefordert auf Grundlage einer zuvor intern abgestimmten Geschäftspolitik auf dem Markt angeboten hat.“ (Antrag PUA, S. 8)

Zur Stützung dieser Hypothese verweist der PUA in seinem Antrag auf nicht näher dargelegte tatsächliche Anhaltspunkte und die oben erwähnten Unterlagen, die der PUA (teilweise lediglich in Auszügen) als Anlagen seinem Antrag beigelegt hat, sowie auf im Rahmen der Beweisaufnahme angeblich gewonnene Erkenntnisse, die in der Antragschrift indes nicht konkretisiert oder referiert werden. Der PUA beschränkt sich vielmehr darauf, allgemein auf die Gattung der erhobenen Beweise zu verweisen,

„insbesondere Korrespondenz, Vermerke, behördliche Aktenvermerke, Zeugenaussagen.“ (Antrag PUA, S. 9)

Näheres dazu, worauf sich die Hypothese des PUA im Einzelnen stützen soll, lässt sich der Antragschrift – mit Ausnahme der drei als Anlagen 3-5 beigelegten Urkunden (zu diesen eingehend unten, B. II 1., S. 15 ff.) – nicht entnehmen.

Die im Hinblick auf das Durchsuchungsbegehren darzulegende Auffindewahrscheinlichkeit für die vom PUA angeführten (in den Geschäftsräumen der Sozietät Freshfields vermeintlich aufzufindenden) Beweismittel leitet der PUA im Wesentlichen daraus her, dass in einer anderen Kanzlei (i.e. *Berger Steck & Kollegen*) in einem nach Ansicht des PUA vergleichbar gelagerten Fall eine staatsanwaltliche Durchsuchung stattgefunden habe, bei der aufschlussreiches Material für die Untersuchung des PUA aufgefunden worden sei. Dieser Umstand mache es auch im Hinblick auf die Sozietät Freshfields

„wahrscheinlich, dass auch in der Kanzlei der Betroffenen ähnliches – mandatsunabhängiges – Beweismittelmaterial aufgefunden wird.“ (Antrag PUA, S. 9)

Durchgesetzt werden soll mittels des auf Durchsuchung und Beschlagnahme gerichteten Antrags nach der Darstellung in der Antragsbegründung die Ziff. 2 des Beweisbeschlusses FBD-2. Dieser Beschluss enthält keine Begründung. Erstmals führt der PUA nun in der Antragschrift als Begründung eine (Auf-)Klarungsbedürftigkeit einer vermeintlichen „Schlüsselrolle“ der Sozietät Freshfields im Kontext von Cum/Ex-Geschäften an. Diese Schlüsselrolle soll darin bestanden haben, dass durch die Sozietät Freshfields unabhängig von der Erteilung von Rechtsrat bzw. diesem vorgelagert Geschäftsmodelle entwickelt und im Markt bzw. Mandanten angeboten worden seien. Da eine derartige Behauptung durch den PUA schlechterdings nicht vorhersehbar war, konnte hierauf in der Stellungnahme der Sozietät Freshfields vom 11.10.2016 nicht eingegangen werden. Die dortigen Ausführungen zu mandatsunabhängigen (kanzleiinternen) Dokumenten beschränkten sich daher sachlich auf den fehlenden Bezug solcher Unterlagen zu dem für den PUA vom Deutschen Bundestag gefassten Einsetzungsbeschluss.

Die nun vorliegende Begründung für die beantragten Maßnahmen gegenüber der Sozietät Freshfields und deren Berufsträgern, die tief in deren Grundrechte eingriffen und überdies die Gefahr der Beeinträchtigung auch der Grundrechte ihrer Mandanten mit sich brächten (näher noch unten, B. VI. 2., S. 59 ff.), stellt die Sozietät Freshfields in einen gänzlich neuen Zusammenhang mit den Untersuchungen des PUA. Dem Antragsbegehren ist ebenso wie den es tragenden Hypothesen und Behauptungen des PUA nachdrücklich entgegen zu treten. Diese Hypothesen und Behauptungen sind weder fundiert noch zutreffend. Sie sind nicht geeignet, dem Begehren des PUA zum Erfolg zu verhelfen. Im Einzelnen:

B. Stellungnahme

Der Antrag des PUA vom 23.11.2016 auf Durchsuchung und Beschlagnahme der Geschäftsraume der Sozietät Freshfields ist zurückzuweisen. Die Voraussetzungen für eine Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung sind aus mehreren Gründen nicht gegeben. Es fehlt bereits an den einfachgesetzlichen Voraussetzungen für eine Anordnung nach § 29 Abs. 3 Satz 2 PUAG (Durchsuchung) bzw. § 29 Abs. 3 Satz 1 PUAG (Beschlagnahme). Darüber hinaus begründete der Erlass der begehrten Anordnung einen Verstoß gegen höherrangiges Recht und verletzte die Sozietät Freshfields und ihre Berufsträger in deren Grundrechten aus Art. 13 und Art. 12 GG bzw. Art. 2 GG; er brächte überdies erhebliche Gefahren für die Grundrechte der Mandanten (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) mit sich.

I. Voraussetzungen und Grenzen von Beschlagnahme und Durchsuchung bei Berufsheimnisträgern nach § 29 Abs. 1 und 3 PUAG / Voraussetzungen einer richterlichen Anordnung

Gemäß § 29 Abs. 3 Satz 1 PUAG kann auf Antrag des Untersuchungsausschusses die Beschlagnahme von Gegenständen, die als Beweismittel für die Untersuchung in Betracht kommen (§ 29 Abs. 1 PUAG), angeordnet werden, wenn diese durch den Gewahrsamsinhaber nicht freiwillig vorgelegt worden sind. Gemäß § 29 Abs. 3 Satz 2 PUAG kann der Ermittlungsrichter oder die Ermittlungsrichterin des Bundesgerichtshofs zur Herbeiführung der Beschlagnahme solcher Gegenstände die Durchsuchung anordnen, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass der gesuchte Gegenstand im Sinn des § 29 Abs. 1 PUAG sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet.

Fehlt es hinsichtlich des betreffenden Gegenstandes an einer Herausgabepflicht, so kommen weder eine Beschlagnahme noch eine Durchsuchung nach § 29 Abs. 1 und 3 PUAG in Betracht. Denn diese dienen ausschließlich der Durchsetzung einer bestehenden Herausgabepflicht. Gemäß § 29 Abs. 3 Satz 1 letzter Halbsatz PUAG ist § 97 StPO entsprechend anzuwenden. Das in dieser Vorschrift gesetzlich angeordnete Beschlagnahmeverbot dient dazu, eine Umgehung der Zeugnisverweigerungsrechte der Berufsträger im Interesse der Erhaltung der zu ihnen bestehenden Vertrauensverhältnisse zu vermeiden (*Georgi* in Waldhoff/Garditz, PUAG, Kommentar, 2015, § 20 Rn. 46 ff. m.N.). Dementsprechend unterliegen solche Gegenstände – unabhängig von ihrer Eignung als Beweismittel für die Untersuchung (§ 29 Abs. 1 PUAG) – nicht der Herausgabepflicht, die sich im Gewahrsam eines Rechtsanwalts oder Steu-

erbers (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO) befinden und bei denen es sich um schriftliche Mitteilungen zwischen Mandant und Rechtsanwalt oder Steuerberater oder um Aufzeichnungen handelt, die sich der Rechtsanwalt oder Steuerberater über die ihm von Mandanten anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht hat und auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht bezieht. Solche Unterlagen bzw. Daten dürfen bei einem Berufsheimnisträger für einen Untersuchungsausschuss nach einhelliger Ansicht nicht beschlagnahmt werden (*Georgii* in Waldhoff/Garditz, a.a.O., § 29 Rn. 48 f.). Eine auf deren Sicherstellung gerichtete Durchsichtung wäre unzulässig.

Soweit Unterlagen in Rede stehen, die sich im Gewahrsam eines Berufsheimnisträgers befinden und auf die sich sein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO bzw. das Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 StPO nicht erstreckt, ist Voraussetzung für eine Beschlagnahme bzw. Durchsichtung, dass es sich bei dem Gegenstand um einen solchen handelt, der als Beweismittel für die Untersuchung in Betracht kommt (§ 29 Abs. 1 PUAG), auf den sich mithin das Beweisführungsinteresse des Untersuchungsausschusses erstreckt. Darüber hinaus bedarf es für die Anordnung einer Durchsichtung im Fall der Verweigerung der Herausgabe dieser Gegenstände des Vorliegens von Tatsachen, aus denen zu schließen ist, dass solche Unterlagen oder Daten sich in den zu durchsuchenden Räumen tatsächlich befinden (§ 29 Abs. 3 Satz 2 PUAG).

Jenseits dessen sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die Anordnung einer Durchsichtung folgende besonderen Grundsätze zu beachten: Mit der Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung durch Art. 13 Abs. 1 GG erfährt die räumliche Lebenssphäre des Einzelnen einen besonderen grundrechtlichen Schutz, in den mit einer Durchsichtung schwerwiegend eingegriffen wird (vgl. BVerfGE 42, 212, 219 f.; 96, 27, 40; 103, 142, 150 f.). Diesem Schutz unterfallen auch die beruflich genutzten Räume von Rechtsanwälten (BVerfGE 32, 54, 69 ff.; 42, 212, 219; 96, 44, 51). Der besondere Schutz von Berufsheimnisträgern (§ 53 StPO) gebietet bei einer Durchsichtungsanordnung die besonders sorgfältige Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfGE 17, 550, 556). Dabei ist auch das Ausmaß der – mittelbaren – Beeinträchtigung der beruflichen Tätigkeit des Berufsheimnisträgers zu berücksichtigen.

Richtet sich eine Ermittlungsmaßnahme gegen einen Berufsheimnisträger in der räumlichen Sphäre seiner Berufsausübung, so bringt dies regelmäßig die Gefahr mit sich, dass unter dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG stehende Daten von Dritten,

etwa den Mandanten des Rechtsanwalts oder Steuerberaters, zur Kenntnis genommen werden, die die Betroffenen in der Sphäre des Berufsgeheimnistragers gerade sicher wahren durften. Dadurch werden auch die Grundrechte der Mandanten berührt. Der Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Mandant liegt darüber hinaus auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege. Diese Belange verlangen eine besondere Beachtung bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Zwangsmaßnahme (vgl. BVerfGE 113, 29, 47 ff.).

Aus diesen Gründen kommt der voraussichtlichen Beweisbedeutung der aufzufindenden Unterlagen ebenso erhebliche Bedeutung für die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu wie der Vagheit und Unbestimmtheit des sog. Auffindeverdachts der Durchsuchung (vgl. BVerfGE 115, 166, 198). Darüber hinaus gewinnt erhebliche Bedeutung, ob andere weniger einschneidende, jedoch gleich geeignete Maßnahmen zur Aufklärung in Betracht kommen (BVerfGK 14, 83, 89 f.).

Im Hinblick auf die Anordnung einer Durchsuchung hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt die überragende Bedeutung betont, die dem Richter beim Erlass einer Durchsuchungsanordnung zukommt. Der Richter hat sich danach auf der Grundlage einer eigenverantwortlichen Prüfung der ihm vorliegenden Erkenntnisse davon zu überzeugen, dass die Durchsuchungsmaßnahme verhältnismäßig ist (vgl. statt aller *Bruns* in *Karlstrüher Kommentar Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 105 Rn. 2 m.w.N.). Um dies zu gewährleisten, muss die ersuchende Stelle dem Richter für dessen Entscheidung eine tragfähige Informationsgrundlage auf Basis der bestehenden Erkenntnisse vermitteln. Jungst hat das Bundesverfassungsgericht erneut die überragende Bedeutung der eigenständigen Prüfung des Ermittlungsrichters auf der Grundlage zureichender und tragfähiger Informationen betont (Beschl. v. 14.7.2016 - 2 BvR 2474/14). Das Bundesverfassungsgericht führt aus:

„Die Einschaltung des Richters soll dabei insbesondere dafür sorgen, dass die Interessen des Betroffenen angemessen berücksichtigt werden (vgl. BVerfGE 103, 142 <151>). Besondere Bedeutung kommt dabei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu, weil nur so im Einzelfall die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs sichergestellt werden kann. Der Richter darf die Wohnungsdurchsuchung nur anordnen, wenn er sich aufgrund einer eigenverantwortlichen Prüfung der Ermittlungen davon überzeugt hat, dass die Maßnahme verhältnismäßig ist (vgl. BVerfGE 96, 44 <51>). Um eine solche ordnungsgemäße Prüfung durch den Richter sicherzustellen, ist es erforderlich, dass die Ermittlungsbehörden (Staatsanwaltschaft/Polizei) die Einhaltung des Grundsatzes der Aktenwahrheit und der Aktenvollständigkeit gewährleisten. Dieser Grundsatz muss dabei nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt sein, denn dieses Prinzip folgt bereits

aus der Bindung der Verwaltung (und der Justiz) an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) und der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Pflicht zur Objektivität (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 6. Juni 1983 - 2 BvR 244/83, 2 BvR 310/83 -, juris, Rn. 3; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 30. Juli 2014 - 1 S 1352/13 -, juris, Rn. 90).“

Bei Beachtung dieser Anforderungen und besonderen Grundsätze kommt der begehrte Erlass der Anordnung der Durchsuchung der Geschäftsräume von Freshfields aus unterschiedlichen Gründen nicht in Betracht. Der Antrag PUA ist zurückzuweisen. Dies ergibt sich aus Folgendem:

II. Haltlosigkeit der Hypothese des PUA in Bezug auf Freshfields

(Noch) In Übereinstimmung mit den vorstehend dargelegten Grundsätzen hat der PUA seinen Antrag vom 23.11.2016 auf solche Unterlagen beschränkt, die nicht von dem Beschlagnahmeverbot des § 29 Abs. 3 Satz 1 letzter Halbsatz PUAG i.V.m. §§ 97 Abs. 1, 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO erfasst sind, welches eingreift, da sich das Zeugnisverweigerungsrecht der Rechtsanwälte der Sozietät Freshfields auf diese und die in ihnen enthaltenen Informationen erstreckt.

Der Untersuchungsausschuss begehrt dementsprechend die Anordnung der Durchsuchung zur Beschlagnahme von

„mandatsunabhängigen Dokumenten, soweit sie sich auf Cum/Ex-Geschäfte im vom vorliegenden Bewebsbeschluss erfassten Zeitraum von 1999 bis 2011 beziehen“ (Antrag PUA, S. 2).

Der PUA behauptet, dass seine Hypothese stützende Unterlagen bei der Sozietät Freshfields, deren berufliche Tätigkeit die Bearbeitung von ihr erteilten anwaltlicher Beratungs- oder sonstigen Mandaten ist, vorhanden seien. Der PUA begründet seine Behauptung mit der von ihm aufgestellten, oben bereits näher referierten Hypothese, wonach Rechtsanwälte der Sozietät Freshfields bestimmte Abwicklungsschritte bzw. Geschäftsmodelle zu sog. Cum/Ex-Geschäften mandatsunabhängig entwickelt und Mandanten aus dem Bankensektor angedient hätten. Zur Stützung dieser Hypothese und damit auch zur Bekräftigung der Behauptung, die Durchsuchung könne zur Aufklärung der Hypothese im Rahmen der Untersuchung geeignet sein, beruft sich der PUA auf die oben angeführten Urkunden, die er dem Bundesgerichtshof (indes nur lückenhaft) vorgelegt hat.

Tatsächlich hat es eine Entwicklung von Geschäftsabläufen oder -modellen in Bezug auf Cum/Ex-Geschäfte oder sonstige Aktien-Geschäfte im Zusammenhang mit dem Dividendenstichtag durch Rechtsanwälte der Sozietät Freshfields zu keiner Zeit gegeben. Ebenso wenig haben Berufsträger der Sozietät Freshfields mandatsunabhängig oder vor-mandatlich irgendwelche Abwicklungs- oder Geschäftsmodelle zu Cum/Ex-Geschäften entwickelt und/oder solche den Mandanten angeboten oder angedient. Die den Antrag PUA stützende Hypothese zu derartigen Tätigkeiten von Rechtsanwälten der Sozietät Freshfields entbehrt jeglicher Grundlage. Sie ist auch tatsächlich falsch. Berufsträger der Sozietät Freshfields haben zu keiner Zeit – wie der PUA behauptet – mandatsunabhängig Gestaltungen entwickelt oder an solchen Entwicklungen von Cum/Es-Geschäften mitgewirkt. Die anderslautenden Behauptungen des PUA in seiner Antragsschrift entsprechen nicht der Realität – sie sind unwahr. Daher sind sie auch nicht geeignet, die Anordnung von Eingriffen gegen die Sozietät Freshfields bzw. ihre Berufsträger zu tragen.

Insoweit ist nachfolgend zunächst darzulegen, dass die vom Verfahrensbevollmächtigten des PUA angeführten Unterlagen und Dokumente schon für sich betrachtet nicht geeignet sind, die vom PUA aufgestellten Behauptungen zu einer gestaltenden Tätigkeit von Berufsträgern der Sozietät Freshfields zu tragen oder auch nur Rückschlüsse auf Derartiges zu ermöglichen. Im Weiteren wird dargelegt, wie sich die berufliche Tätigkeit der Berufsträger der Sozietät Freshfields im hier interessierenden Kontext tatsächlich gestaltete und dass es keine mandatsunabhängige Entwicklung oder Gestaltung von Geschäften oder Geschäftsmodellen in Bezug auf Cum/Ex-Geschäfte gegeben hat.

1. Zur fehlenden Aussagekraft der angeführten Unterlagen für die PUA-
Behauptungen betreffend Berufsträger der Sozietät Freshfields

Die in der Antragsbegründung durch den PUA angeführten Unterlagen stellen – anders als der PUA behauptet – sämtlich keine „*tatsächliche(n) Anhaltspunkte*“ dafür dar, dass es ein mandatsunabhängiges strategisches Vorgehen von Berufsträgern der Sozietät Freshfields geben haben könnte, welches über konkrete Beratungen im jeweiligen Mandat hinaus gehe und dieser Beratung vorgelagert sei, ebenso wenig dafür, dass ein solches Vorgehen von Berufsträgern der Sozietät Freshfields dazu beigetragen haben könnte, Strukturen und Mechanismen der fraglichen Finanzmarkttransaktionen vor dem Zugriff der Finanzbehörden abzuschirmen (Antrag PUA, S. 3 et al).

Die Antragsbegründung erschöpft sich zu der geschilderten Hypothese in Spekulationen und Zirkelschlüssen. Sie nimmt nicht näher bezeichnete „Umstände“, „Tatsachen“ oder „tatsächliche Anhaltspunkte“ in Bezug, die im Rahmen der bislang durchgeführten Beweiserhebungen angeblich ermittelt worden seien, stellt jedoch keinen einzigen konkreten und tatsächlichen Bezug dieser im Einzelnen nicht genannten Tatsachen zu der Sozietät Freshfields und ihren Berufsangehörigen her. Aus diesen tatsächlich nicht näher konkretisierten Bezugnahmen auf in der Antragsbegründung nicht näher bezeichnete Erkenntnisse der bisherigen Beweisaufnahme im PUA leitet dieser die Behauptung ab, es bestünden sich zunehmend verdichtende Verdachtsmomente für eine tiefe Verstrickung von Berufsträgern der Sozietät Freshfields in die Gestaltung und Abwicklung von Cum/Ex-Geschäften und eine hierauf gründende „*mutmaßliche Steuerhinterziehung größten Ausmaßes*“ (Antrag PUA, S. 13), bei der den Berufsträgern der Sozietät Freshfields eine Initiativrolle hinsichtlich der durchgeführten Cum/Ex-Geschäfte zugekommen sei.

Dieser „*Verdacht*“ entbehrt jeglicher Grundlage. Tatsächlich hat es ein solches Vorgehen von Berufsträgern der Sozietät Freshfields nicht gegeben, weshalb auch Unterlagen, die ein solches Vorgehen zum Gegenstand haben oder auf ein solches hindeuten konnten, nicht existieren oder existiert haben. Es trifft infolgedessen auch nicht zu, dass die Sozietät Freshfields in ihrem Schreiben an den PUA vom 11.10.2016 das Vorhandensein von mandatsunabhängigen Unterlagen über die Entwicklung, Vorbereitung und strategische Beratung von Cum/Ex-Geschäften „*eingräumt*“ habe (Antrag PUA, S. 4). Diese Behauptung in der Antragsbegründung ist unzutreffend.

a) Der BMF-Vermerk vom 15.09.2009

Zur Stützung seiner Behauptungen und seiner Hypothese führt der PUA einen Vermerk aus dem Bundesministerium für Finanzen vom 15.09.2009 an (Antrag PUA, Anlage 3). Dieser dreieinhalbseitige Vermerk, der sich mit einem (dem Vermerk ursprünglich beigelegten) BMF-Schreiben „*im Zusammenhang mit Leerverkäufen*“, befasst, enthält einen Nebensatz (S. 2 vorletzter Absatz), wonach dem Fachreferat des Bundesfinanzministeriums „*Hinweise*“ gegeben worden seien, „*dass z.B. in der Kanzlei Freshfields derartige Produkte kreiert*“ worden seien.

Welcher Art diese Hinweise gewesen seien, von wem sie herrühren sollen, auf welche „Produkte“ sie sich bezogen haben sollen und worin diese Hinweise genau bestanden haben sollen, wird in dem Vermerk nirgendwo angesprochen oder auch nur angedeutet. Die Quellen der „Hinweise“ werden in dem Vermerk nicht bezeichnet oder offengelegt. In dem Vermerk vom 15.09.2009 ist lediglich die Rede von einem „Angehörigen der steuerberatenden Berufe“ (Seite 2 u. 3) und einem „Vertreter aus der Bankenbranche“ (Seite 3). Dieser allgemeinen Wendung in einem internen Vermerk in einem Nebensatz ohne jeden weiteren tatsächlichen Anhalt und überdies unter Verwendung eines Zusatzes „z.B.“ kommt keine Aussagekraft zu.

Insoweit ist des Weiteren darauf hinzuweisen, dass der Inhalt des Vermerks sich thematisch mit der Erläuterung des ihm ursprünglich beigelegten BMF-Schreibens befasst. Seiner Stellung und seinem Inhalt nach handelt es sich bei dem hier interessierenden Nebensatz um Informationen, auf die es für den Inhalt des im Vermerk Dargelegten nicht wesentlich ankam. Es geht bei der hier interessierenden Passage um eine Randbemerkung in dem betreffenden Nebensatz, auf die weder das BMF-Schreiben noch der Vermerk in irgendeiner Weise zurückkommen, m.a.W. um eine inhaltlich nicht wesentliche Zusatzbemerkung.

Darüber hinaus ist hervorzuheben, dass der Inhalt des Vermerks keine Aussage dazu trifft, was der PUA mit seiner Bezugnahme auf den Vermerk zu belegen sucht. Denn dass aus der erwähnten Randbemerkung in diesem Vermerk etwas dazu hergeleitet werden könnte, dass das (vermeintliche) Kreieren nicht näher beschriebener Produkte als mandatsunabhängiges eigenständiges Geschäftsmodell der Sozietät Freshfields entwickelt und den Mandanten angeboten worden wäre, ist der einmaligen Erwähnung der Sozietät Freshfields in der thematischen Randbemerkung nicht einmal ansatzweise zu entnehmen.

All dies gilt schon bei einer allein auf den Inhalt des Vermerks beschränkten Betrachtung und Analyse.

Hinzu tritt im Rahmen der Würdigung des Vermerks in seiner sachlichen Aussagekraft die allgemein anerkannte Tatsache, dass Hinweise anonymer Quellen wegen des vollständigen Fehlens ihrer Überprüfbarkeit ohnehin nur von sehr geringer Tragkraft sind. Dies gilt auch und insbesondere im hier vorliegenden Fall, in dem sich ein nicht genannter Hinweisgeber vor etwa acht Jahren gegenüber einem nicht näher benannten Mitglied eines im Einzelnen nicht bezeichneten Fachreferates dazu geäußert haben soll, dass nicht näher beschriebene „Produkte“ beispielsweise von der Kanzlei Freshfields „kreiert“ worden sein sollen.

Bei dieser Sachlage tendiert der Beweiswert des Vermerks vom 15.09.2009 für die hier interessierende Thematik gen Null. Der Sache nach stützt sich der PUA hier auf nicht näher konkretisierte Informationen vom Hörensagen zweiten Grades. Solche Erkenntnisse sind ungeeignet, um hierauf gravierende Grundrechtseingriffe zu stützen.

Insofern ist im Hinblick auf den gebotenen Vorrang weniger einschneidender Maßnahmen (näher noch unten, B. V. 1., S. 53 ff.) unerfindlich, wieso der PUA es unterlassen hat, den aus dem Vermerk unmittelbar ersichtlichen Verfasser desselben zu dem Inhalt der auf die Sozietät Freshfields bezogenen Randbemerkung und der vermeintlichen „Hinweise“ zu befragen und das Ergebnis dieser Befragung in seiner Antragschrift mitzuteilen, sondern stattdessen unter allgemeiner Bezugnahme auf diesen Vermerk die Durchsuchung bei einem Berufsheimnissträger zu beantragen.

b) Der Verweis auf zehn Rechtsgutachten der Sozietät Freshfields im Schreiben des Herrn Prof. Dr. Desens vom 17.11.2016

Entsprechendes gilt für den Verweis des PUA auf zehn Rechtsgutachten der Sozietät Freshfields, die dem PUA von Herrn Prof. Dr. Desens mit Anschreiben vom 17.11.2016 übergeben worden seien. Seinem Antrag fügt der PUA lediglich dieses Anschreiben bei, in dem der Verfasser indes ausdrücklich hervorhebt, zu den Gutachten selbst nichts sagen zu können und insbesondere den Inhalt der Gutachten bislang nicht näher geprüft oder gewürdigt zu haben. Die Gutachten selbst legt der PUA mit seiner Antragschrift nicht vor, weshalb schon deshalb durch den Bundesgerichtshof nicht beurteilt werden kann, ob die den Gutachten durch den PUA einzeln bzw. in ihrer Gesamtheit zugeschriebenen Inhalte und Würdigungen darin tatsächlich eine Grundlage finden.

Klar sagen lässt sich zu den Beweisbehauptungen des PUA hinsichtlich der zehn Gutachten der Sozietät Freshfields indes das Folgende:

Es ist nicht ersichtlich, wieso im Rahmen einer Mandatsbeziehung erstattete Rechtsgutachten einer Rechtsanwaltskanzlei, die im Zeitraum zwischen dem 8.3.2007 und dem 19.2.2010 erstattet worden sind und von denen allein acht Gutachten aus dem Zeitraum zwischen Januar 2009 und Februar 2010 stammen, irgendeine Aussage bezüglich einer mandatsunabhängigen und

vor-mandatischen „Geschäftsmodell“-Entwicklung während eines Zeitraumes ab 1999 beinhalten konnten, für die sie nach den Darlegungen des PUA in seinem Antrag indes einen Beweis erbringen bzw. eine tatsächliche Indizwirkung entfalten sollen.

Hierzu verhält sich auch der PUA in seiner Antragschrift nicht. Der PUA führt vielmehr selbst den Umstand an, dass um den Zeitpunkt der Erstellung des ersten der zehn Gutachten (8.3.2007) mit dem Jahressteuergesetz 2007 eine Änderung der steuerlichen Rechtslage eingetreten war. Wie der PUA auf der Grundlage seiner eigenen – insoweit zutreffenden – Darstellung zu der Behauptung gelangen kann, aus Gutachten zu einer veränderten Rechtslage ab 2007 könne ein Schluss auf die Entwicklung von Geschäftsmodellen durch Berufsträger einer Rechtsanwaltskanzlei vor diesem Zeitpunkt gezogen werden, ist nicht erkennbar.

Auch die weiteren Schlüsse des PUA hinsichtlich der Rechtsgutachten entbehren der Grundlage. Sie missachten die für die Würdigung von Urkunden und sonstigen Beweismitteln geltenden Grundsätze. Denn der Umstand, dass in sämtlichen zehn Gutachten nach der Darstellung in der Antragsbegründung dieselben Rechtsansichten vertreten werden, die in die Gutachten „bausteinmäßig“ (Antrag PUA, S. 3) eingefügt worden seien, trägt den vom PUA gezogenen Schluss darauf, dass

„diesen Gutachten eine gemeinsame Prüfung vorausgegangen sein muss“ (Antrag PUA, S. 3 unten)

nicht einmal im Ansatz. Ein solcher Schluss verletzt vielmehr die anerkannten Grundsätze der Beweiswürdigung:

Ebenso wenig wie aus einer in verschiedenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vertretenen Rechtsauffassung und ihrer sprachlich identischen Darstellung in verschiedenen Urteilsbegründungen (Baustein) der Schluss darauf gezogen werden kann, dass die betreffende Rechtsauffassung durch den Bundesgerichtshof ursprünglich unabhängig von einem zu entscheidenden Fall entwickelt und im Rahmen einer vorgelagerten fallunabhängigen „Vorprüfung“ erdacht worden ist, kann ein entsprechender Schluss für eine Rechtsanwaltskanzlei gezogen werden. Denn dass eine Rechtsanwaltskanzlei in mehreren Steuerrechtsfällen dieselbe Rechtsauffassung vertritt und in verschiedene Rechtsgutachten in sprachlich vergleichbarer oder gar identischer Weise aufnimmt, lässt keinen Schluss darauf zu, dass diese Rechtsansicht der Kanzlei im Ursprung unabhängig von einem erteilten Mandat erdacht und entwickelt wor-

den ist. Ein solcher Schluss ist nicht nur nicht zwingend, er ist vielmehr logisch gar nicht begründbar. Überdies widerspricht er der allgemeinen Lebens- und Geschäftserfahrung, wonach Rechtsanwälte üblicherweise fall- bzw. sachverhaltsbezogen Mandanten beraten und Rechtsauskünfte erteilen.

Auch der PUA gibt in der Antragsbegründung keine Tatsachen dafür an, warum er meint, aus den ihm vorliegenden zehn Rechtsgutachten der Sozietät Freshfields den von ihm gezogenen Schluss auf eine mandatsunabhängige Vorprüfung bzw. vor-mandatliche Gestaltungstätigkeit von Berufsträgern der Sozietät Freshfields im Hinblick auf Cum/Ex-Geschäfte ziehen zu müssen oder auch nur ziehen zu können. Im Gegenteil, der PUA teilt die tatsächlichen Grundlagen der von ihm gezogenen Schlüsse bewusst nicht mit, sondern führt zu den Gutachteninhalten insoweit lediglich aus:

„Einzelbeuten können an dieser Stelle nicht verschriftlicht werden, da das Beweismaterial einer Verschlussache entnommen ist.“ (Antrag PUA, S. 3)

Der Antrag beschränkt sich statt dessen darauf, das Anschreiben von Herrn Prof. Dr. Marc Desens (Antrag PUA, Anlage 4) anzuführen und vorzulegen, der sich indes ausweislich des Schreibens mit dem Inhalt der Gutachten gar nicht im Einzelnen befasst hat. Auf welche tatsächlichen Umstände der PUA seine weitreichenden Schlüsse aus den ihm vorliegenden Rechtsgutachten ziehen zu können glaubt, ist hiernach nicht ersichtlich.

Auch der Verweis auf das Anschreiben des Herrn Prof. Dr. Desens und die von diesem übermittelten – dem Bundesgerichtshof nicht vorgelegten – Gutachten erweist sich daher als Grundlage für eine Durchsuchungsanordnung gegen Berufsgeheimnisträger als nicht tragfähig.

Die Sozietät Freshfields hat erwogen, dem Bundesgerichtshof als Anlage zu dieser Erwidierungsschrift die vom PUA angeführten zehn Rechtsgutachten zur Verfügung zu stellen, um eine Kenntnisnahme durch den Bundesgerichtshof zu ermöglichen. Sie sieht sich an einer Vorlage indes wegen der (angesichts des Fehlens einer Entbindungserklärung der jeweiligen Auftraggeber) fortbestehenden Verschwiegenheitspflicht gehindert. Hinzu kommt, dass die Vorlage der Gutachten für die Verdeutlichung der Haltlosigkeit der vom PUA eingenommenen Position und damit für die von Freshfields erstrebte Zurückweisung des Antrages des PUA nicht erforderlich ist. Denn aus den oben dargelegten Gründen könnte aus dem Vertre-

ten einer identischen Rechtsauffassung in verschiedenen Rechtsgutachten nicht der Schluss auf eine im Ursprung mandatsunabhängige Prüfung und Entwicklung dieser Rechtsauffassung bzw. vor-mandatliche Gestaltungsaktivitäten der Berufsträger der Sozietät Freshfields in Bezug auf Cum/Ex-Geschäfte gezogen werden. Vor diesem Hintergrund bedarf es einer näheren Darlegung zu den Inhalten der Gutachten und insbesondere deren Vorlage zur Abwehr des Antrages des PUA nicht.

c) Die E-Mail-Korrespondenz des Finanzamts Darmstadt mit einem unbekanntem „Whistleblower“ vom 5.1.2011

Der PUA verweist zur Stützung seines Antrages schließlich auf eine dem Antrag PUA nur auszugsweise beigefügte E-Mail-Korrespondenz des Finanzamts Darmstadt mit einem anonymen „Whistleblower“ (einem Herrn Jurgen Schmidt) vom 5.1.2011 (Antrag PUA, Anlage 5). Die Anlage 5 des Antrages beschränkt sich auf die E-Mail des „Whistleblowers“ vom 5.1.2011. In dieser Email bietet sich der „Whistleblower“ der Finanzverwaltung gegen eine Zahlung von 1.500.000 EUR (vgl. Antrag PUA, Anlage 5 a.E.) als Informationsgeber zu Cum/Ex-Transaktionen an und behauptet, hierzu über detaillierte Informationen zu verfügen. Die etwa vier Seiten lange E-Mail beinhaltet an einer Stelle einen Hinweis auf die Sozietät Freshfields. Der „Whistleblower“ schreibt (Blatt 5 des Ausdrucks der E-Mail):

„Nach dem Bekanntwerden einer erfolgreichen Aufdeckung von Cum/Ex-Trades würde die Bereitschaft betroffener Sozietäten entsprechende Steuergutachten zu erstellen signifikant sinken (die Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP verfasst seit dem 15.12.2010 – nach einem entsprechenden Geschäftsführungsbeschluss – keine Steuergutachten mehr zur Thematik Cum/Ex-Trades, [REDACTED] hat diese Entscheidung bereits deutlich früher getroffen).“

Der PUA meint, aus dieser Passage der E-Mail des „Whistleblowers“ ergebe sich zum einen, dass die Sozietät Freshfields ihre Gutachtentätigkeit im Wege eines „Geschäftsführungsbeschlusses“ zu dem Zeitpunkt eingestellt habe, in dem im Wege eines Kabinettsbeschlusses eine gesetzgeberische Verfahrensumstellung bei der Erhebung von Kapitalertragsteuer im Zusammenhang mit Leerverkäufen beschlossen worden sei. Zum anderen werde deutlich, dass die Sozietät Freshfields ab diesem Zeitpunkt nicht mehr bereit gewesen sei, bestimmte „Testate“ (Antrag PUA, S. 4) zu erstellen. Der PUA zieht daraus den Schluss, dass die Rechtsgutachten der Sozietät Freshfields eine „instrumentelle Rolle“ gehabt hätten, die nicht der Erteilung von Rechtsrat im Einzelfall gedient hätten, sondern Bestandteil einer mandatsunabhängigen Stra-

tegie gewesen seien, ein bestimmtes Geschäftsmodell zu vermarkten (vgl. näher Antrag PUA, S. 4).

Auch diese Unterlage ist nicht geeignet, die Behauptungen und Schlussfolgerungen des PUA im Hinblick auf die Sozietät Freshfields und ihre Berufsträger zu belegen oder auch nur zu stützen.

Zum einen ist bereits im Ausgangspunkt festzuhalten, dass in der Mitteilung des „Whistleblowers“, der nach eigenen Angaben über detaillierte Kenntnisse zu den Hintergründen von Cum/Ex-Geschäften verfügt, an keiner Stelle auch nur anklingt oder angedeutet wird, dass Berufsträger der Sozietät Freshfields in irgendeiner Form an der Gestaltung und Entwicklung von Cum/Ex-Geschäften beteiligt gewesen wären. Soweit in der E-Mail die Sozietät Freshfields an einer Stelle als eine von mehreren Rechtsanwaltskanzleien erwähnt wird, ist ausdrücklich von einer rechtlich beratenden Tätigkeit („Steuergutachten“) die Rede und eben nicht von einer grundlegenden Strukturierung und einem „Vertrieb“ von Cum/Ex-Modellen. Insoweit belegt die E-Mail des „Whistleblowers“ allenfalls das Gegenteil dessen, was der PUA mit seiner Hypothese zu vermitteln sucht.

Keine Stütze findet in der E-Mail des „Whistleblowers“ auch die These des PUA, wonach die Sozietät Freshfields mandatsunabhängig bestimmte Gestaltungsformen etc. den Mandanten angeboten oder angedient habe. In der Nachricht des „Whistleblowers“ ist unmittelbar vor der vom PUA in seiner Antragschrift in Bezug genommenen Passage Folgendes ausgeführt:

„Weiterhin sichern sich Legal & Compliance Abteilungen fremdfinanzierender Banken sowie Fondsverwalter und inländische Depotbanken regelmäßig über Steuergutachten ab.“ (Antrag PUA, Anlage 5, S. 3 vorletzter Absatz)

Insoweit sprechen schon die Darlegungen des „Whistleblowers“ gegen eine Entwicklung und Empfehlung solcher Geschäfte durch Berufsträger der Sozietät Freshfields. Denn die Darstellung kann naheliegender Weise kaum anders verstanden werden, als dass Rechtsgutachten auf Basis einzelner Geschäfte bzw. strukturierter Geschäftsmodelle, die zuvor von Bankenseite entwickelt bzw. vorgegeben wurden, eingeholt werden.

Jenseits dessen: Der „Whistleblower“ schildert auf einzelne Mandanten der Finanzbranche und deren Rechts- bzw. Compliance-Abteilungen bezogene Tätigkeiten, namentlich die Erstattung

von Gutachten zur steuerlichen Rechtslage. Dass die Einholung von Rechtsgutachten häufig der Absicherung eines Mandanten zu dienen bestimmt ist, ist nicht auffällig oder bedenklich, sondern vielmehr die Regel. Insoweit ist aus der Rechtsprechung in diversen anderen Zusammenhängen gelauflich, dass die Einholung von Rechtsrat bei komplexen und komplizierten Materien, zumal in schwierigen Rechtsgebieten zur Klärung und Absicherung des Handelnden geboten sein kann. Demzufolge ist gegen eine derartige Tätigkeit nichts zu erinnern. Dementsprechend kann auch eine ggf. der Absicherung des Mandanten dienende rechtliche Gutachtertätigkeit – wie sie der „Whistleblower“ in seiner Email vom 5.1.2011 beschreibt – nicht zur Begründung der Hypothese von einer Geschäftsmodell-Entwicklung oder Geschäftsgestaltung herangezogen werden.

Schließlich ist in Bezug auf die E-Mail des „Whistleblowers“ anzumerken, dass das (angebliche) Fassen eines Geschäftsführungsbeschlusses einer Rechtsanwaltskanzlei, wonach in Zukunft Gutachten zu einer bestimmten Thematik unterbleiben sollen (wenn es einen solchen Beschluss denn tatsächlich gegeben hätte, quod non), keinen Rückschluss darauf zulässt, dass eine vorangegangene Tätigkeit der Berufsträger der Rechtsanwaltskanzlei organisiert und von einem allgemeinen mandatsunabhängigen Geschäftsmodell der Rechtsanwaltskanzlei ausgelöst oder getragen gewesen wäre. Die dem Antrag des PUA insoweit zu Grunde liegende conclusio hat keine Grundlage, sondern erschöpft sich in einer logisch nicht ableitbaren spekulativen Annahme. Dies gilt unabhängig davon, dass es einen solchen Geschäftsführungsbeschluss zu keiner Zeit gegeben hat (vgl. unten B. III. 1., S. 35 ff.).

Hiernach sind die drei vom PUA in seiner Antragsschrift in Bezug genommenen Unterlagen nicht geeignet, die Behauptungen und die Hypothese des PUA zu stützen. Ihnen lassen sich weder konkrete Tatsachenhinweise auf eine Strukturierung oder Entwicklung von Cum/Ex-Transaktionen durch Berufsträger der Sozietät Freshfields entnehmen, noch Hinweise auf eine mandatsunabhängige oder vor-mandatliche Tätigkeit von Freshfields in diesem Geschäftsfeld der Finanzindustrie. Ebenso wenig ermöglicht der Inhalt der drei genannten Urkunden irgendwelche Rückschlüsse auf derartige Tätigkeiten von Berufsträgern der Sozietät Freshfields oder gibt sonst tragfähige Anhaltspunkte für ein solches Tätigwerden.

Hiernach sind die vom PUA in seiner Antragsschrift angeführten Beweismittel weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit geeignet, als Grundlage für die Anordnung einer Durchsuchung in den Geschäftsräumen einer Rechtsanwaltskanzlei zu dienen.

2. Keine sonstigen die Hypothese des PUA von einer (vermeintlichen) Geschäfts-
entwicklung durch Freshfields stützenden Tatsachen

Jenseits der genannten (als Anordnungsgrundlage nicht geeigneten) Unterlagen und ihres Inhaltes teilt der PUA keine Tatsachen mit, aus denen sich eine Stützung seiner Behauptungen bzw. seiner Hypothese einer mandatsunabhängigen Geschäftsmodell-Entwicklung durch Berufsträger der Sozietät Freshfields ergäbe. Die Antragsbegründung beschränkt sich – wie bereits angeführt – insoweit lediglich auf allgemeine Aussagen zu vermeintlich durch den PUA erlangten Erkenntnissen und auf allgemeine Bezugnahmen zum angeblichen Inhalt der bisherigen Beweisaufnahme. Die in der Antragschrift hierzu enthaltenen Hinweise bleiben unbestimmt und allgemein; die aus ihnen hergeleiteten Schlussfolgerungen bewegen sich im Bereich der – nicht durch Tatsachen unterlegten – Spekulation. Im Einzelnen:

a) Nur unspezifische und unkonkrete Hinweise auf (vermeintliche) „Ergebnisse
der Beweisaufnahme“ des PUA

Im Abschnitt II. 1 b) der Antragschrift, der mit „*Anhaltspunkte für eine maßgebliche Beteiligung der Betroffenen an der Entwicklung des Geschäftsmodells*“ überschrieben ist, befasst sich die Antragschrift zunächst mit der Rechtsanwaltskanzlei *Dewey Ballantine* (seit 2007 *Dewey & LeBoeuf*) und deren Rolle bei der Durchführung von Cum/Ex-Geschäften. Sodann schließt sich die allgemeine Behauptung an, dass „*aufgrund einer Vielzahl von Indizien*“, die indes nicht mitgeteilt oder angedeutet werden, „*wahrscheinlich*“ sei, dass „*auch*“ die Sozietät Freshfields „*das Modell bei Mandanten aktiv als Geschäftsmodell*“ beworben habe (jeweils Antrag PUA, S. 8). Worauf sich der Antrag insoweit konkret meint stützen zu können, bleibt unerwähnt und offen. Ohne eine Bezugnahme auf Tatsachen oder sonstige Erkenntnisse fährt der Antrag fort, „*dabei (sei) anzunehmen*“, Freshfields habe selbst entwickelte Gestaltungen unaufgefordert auf Grundlage einer „*zuvor intern abgestimmten Geschäftspolitik*“ auf den Markt gebracht. Dies wird sodann mit einer Wertung des PUA in Verbindung gebracht, namentlich der Würdigung, dass im Zuge der bisherigen Beweisaufnahme des PUA die „*entscheidende Bedeutung der Rechtsgutachten*“ der Sozietät Freshfields „*erkennbar geworden*“ sei, mit denen die vermeintliche Rechtmäßigkeit des Cum/Ex-Geschäftsmodells bestätigt worden sei. Der PUA verweist sodann darauf, dass die „*bisher erhobenen Beweise*“ belegten, dass die Banken ihr Tätigwerden von einer externen Rechtsberatung abhängig gemacht hätten.

Auch die Darstellung in der Antragschrift, wonach Banken, die hinsichtlich der Erstattungsthematik skeptisch gewesen seien, von Vertretern von Freshfields „proaktiv“ von einer vermeintlichen rechtlichen Zulässigkeit überzeugt worden sein „sollen“ (Antrag PUA, S. 9), enthält keinen Bezug zu konkreten Tatsachen, Ermittlungserkenntnissen oder Beweismitteln. Auch insoweit handelt es sich um eine – tatsächlich unzutreffende – Behauptung ins Blaue, die nicht auf Tatsachen gestützt ist und für die der PUA auch keine Beweismittel oder konkreten Erkenntnisse angeben kann.

Der gesamte Vortrag zu diesen Hypothesen erschöpft sich in Behauptungen und Verweisen auf eine in keiner Weise konkretisierte Erkenntnislage auf Seiten des PUA. Dies kann nicht zur Grundlage einer Durchsuchungs- bzw. Beschlagnahmeanordnung genommen werden.

b) Keine für Freshfields relevanten Rückschlüsse aus Erkenntnissen betreffend andere Rechtsanwälte bzw. Kanzleien

Die Antragsbegründung befasst sich an verschiedenen Stellen mit anderen Rechtsanwälten bzw. Rechtsanwaltskanzleien und versucht, von diesen und deren Tätigkeiten im Kontext von Cum/Ex-Geschäften Rückschlüsse auf die Berufsträger der Sozietät Freshfields und deren Tätigkeiten zu ziehen bzw. eine Auffindewahrscheinlichkeit von beweiserheblichen mandatsunabhängigen Unterlagen in den Geschäftsräumen der Sozietät Freshfields zu begründen. Das schlägt jedoch schon im Ansatz fehl:

So verweist die Antragsbegründung auf den Rechtsanwalt *Dr. Hanno Berger* der Kanzlei *Dewey Ballantine* (seit 2007 *Dewey & LeBoeuf*), dessen Tätigkeit „laut Zeugenaussagen auch in aktiver Vermarktung seiner Cum/Ex-Strategie bestand“ (Antrag PUA, S. 9). Hieran anknüpfend wird ohne Bezug zu Beweismitteln oder konkreten Erkenntnissen (vergleichbare Zeugenaussagen liegen in Bezug auf Freshfields-Berufsträger gerade nicht vor) ausgeführt, angesichts „zahlreiche(r) Indizien, welche die Beweisaufnahme zutage“ gefördert habe, sprachen

„tatsächliche Anhaltspunkte [die erneut nicht bezeichnet oder auch nur angedeutet werden, Anm. d. Verf.] dafür, dass Anwälte der Betroffenen in ähnlicher Weise proaktiv für von ihnen entwickelte Cum/Ex-Gestaltungen werbend bei Banken tätig geworden“ seien (Antrag PUA, S. 9).

Auch insoweit werden in der Antragschrift jedoch keine Tatsachen mitgeteilt, die diesen Schluss nahe legten oder auch nur zuließen.

In dem betreffenden Abschnitt führt der PUA feiner an, es sei bekannt geworden, dass in der Kanzlei *Berger Steck & Kollegen* eine Durchsuchung stattgefunden habe, bei der

„aufschlussreiches Material für die Untersuchung des Ausschusses aufgefunden“

worden sei. Dieser Umstand mache es

„wahrscheinlich, dass auch in der Kanzlei der Betroffenen (i.e. Freshfields, der Verf.) ähnliches – mandatsunabhängiges – Beweismaterial aufgefunden wird“ (jeweils Antrag PUA, S. 9).

Auch insoweit fehlt indes jeder tatsächliche Bezug zur Sozietät Freshfields und zu den in deren Geschäftsräumen erwartbaren Unterlagen und Daten. Dass aus dem Fund bestimmter Beweismittel in einer bestimmten Rechtsanwaltskanzlei nicht in tragfähiger Weise eine Auffindewahrscheinlichkeit für Beweismittel in einer anderen Rechtsanwaltskanzlei hergeleitet werden kann, bedarf keiner näheren Erörterung. Dies zumal vor dem Hintergrund, dass zwischen der Sozietät Freshfields und Rechtsanwalt Dr. Berger bzw. der Kanzlei *Berger Steck & Kollegen* – anders als der PUA möglicherweise zu insinuieren sucht – keine Geschäfts- oder sonstigen Beziehungen in dem hier interessierenden Kontext bestehen und der PUA zu solchen Verbindungen seinerseits keine Erkenntnisse hat und dementsprechend auch nichts zu solchen vorträgt.

Dass der vom PUA gezogene Schluss einer Vergleichbarkeit der jeweiligen Tätigkeit der Rechtsanwaltskanzleien jeglicher Grundlage entbehrt, ergibt sich auch daraus, dass bei der Rechtsanwaltskanzlei *Berger Steck & Kollegen* eine gänzlich anders gelagerte Sachverhaltskonstellation vorlag. Nach den öffentlich bekannt gewordenen Informationen beriet die Rechtsanwaltskanzlei *Berger Steck & Kollegen* vornehmlich Nicht-Banken sowie kleinere Kreditinstitute und Vermögensverwalter (Asset Manager), denen das Kapital zum Erwerb von Aktien im Rahmen von Cum/Ex-Aktiengeschäften fehlte und die deshalb auf vermögende Privatanleger (sog. „*High Net Worth Individuals*“) als Kapitalgeber angewiesen waren. Zugang zu diesen Privatanlegern konnten Kanzleien (mit entsprechendem Mandantenstamm) mit Hilfe von Privatbanken auf Grundlage von vorgefertigtem Präsentationsmaterial vermitteln. Nach den öffentlich bekannt gewordenen Informationen hat die genannte Kanzlei angeblich und in Kooperation mit einer deutschen bzw. einer schweizerischen Geschäftsbank Investmentfondsanteile und Anteile an sog. Zweckgesellschaften an natürliche Personen vertrieben. Diese Invest-

mentfonds bzw. sog. Zweckgesellschaften führten nach der Einwerbung des Kapitals der natürlichen Personen die Cum/Ex-Geschäfte mit dem Kapital der an ihnen beteiligten Privatanleger durch. Hierbei soll eine Strukturierung der betreffenden Vehikel und Geschäfte sowie einer Einwerbung von Kapital durch die Kanzlei *Berger Steck & Kollegen* (mit)vorgenommen worden sein.

Die durch die Sozietät Freshfields beratenen Kreditinstitute, die sich im Wesentlichen aus führenden Investmentbanken rekrutierten, verfügten dagegen selbst seit Jahrzehnten über das für die Durchführung der Cum/Ex-Geschäfte auf eigene Rechnung nötige Kapital und Wissen. Sie benötigten zudem keine Unterstützung von Beratern, um Aktien erwerben und verkaufen zu können. Insofern handelt es sich bereits im Ausgangspunkt um gänzlich unterschiedlich gelagerte Sachverhalte und Mandanten als diejenigen, bezüglich derer die Berufsträger der Sozietät *Berger Steck & Kollegen* tätig gewesen sind.

Wie der PUA vor diesem Hintergrund zu der Behauptung gelangen kann, dass bei den Berufsträgern der Sozietät Freshfields ein mit Rechtsanwalt *Hanno Berger* „vergleichbare(r) Fall“ vorliege und es daher „wahrscheinlich“ sei, dass in den Geschäftsräumen der Sozietät Freshfields „ähnliches“ mandatsunabhängiges Beweismaterial aufgefunden werde (Antrag PUA, S. 9), ist unerfindlich und entbehrt der Grundlage. Der Umstand, dass eine in einem grundverschiedenen Mandantenfeld und inhaltlich in ganz anderer Weise tätige Rechtsanwaltskanzlei (*Berger Steck & Kollegen*) über Unterlagen zur Entwicklung von Strukturierungen und Geschäftsabwicklungen von Cum/Ex-Geschäften verfügt und sich entsprechend betätigt haben mag, ist kein Indiz dafür, dass die Berufsträger der Sozietät Freshfields für ihre jeweiligen Mandanten ebensolche Tätigkeiten ausgeübt haben bzw. in deren Geschäftsräumen solche Unterlagen vorhanden sein könnten.

Die Kanzlei *Berger Steck & Kollegen* hat hiernach substantiell andere Tätigkeiten für eine gänzlich andere Mandantengruppe vorgenommen (näher zu den Tätigkeiten der Sozietät Freshfields noch unten, B. III. 2., S. 37 ff.). Mit den von der Sozietät Freshfields erbrachten Tätigkeiten für deren Mandanten hat dies nichts zu tun. Daher kommt ein Rückschluss von Besonderheiten betreffend die Rechtsanwälte der Kanzlei *Berger Steck & Kollegen* auf die Berufsträger von Freshfields nicht in Betracht. Vielmehr entbehrt diese durch nichts gerechtfertigte Gleichsetzung jeder Grundlage. Sie ist für die Sozietät Freshfields nachdrücklich zurückzuweisen. Dementsprechend sind auch diese Ausführungen des PUA in seiner Antragschrift nicht geeignet, seinem Begehren zum Erfolg zu verhelfen.

c) Für die Sozietät Freshfields unspezifische Hinweise auf die allgemeine Entwicklung von Cum/Ex-Geschäften

Den Abschluss des Abschnitts der Antragsschrift zu vermeintlichen Anhaltspunkten für eine maßgebliche Beteiligung von Freshfields an der Entwicklung des Geschäftsmodells von Cum/Ex-Geschäften bildet ein Überblick über die Entwicklung der Einschätzung von Leerverkäufen über den Dividendenstichtag.

Insoweit stellt die Antragsschrift zunächst heraus, dass derartige Geschäfte seit Ende der 1970er Jahre in der Bankenbranche bekannt seien (Antrag PUA, S. 9 f.). Die Antragsschrift nimmt sodann Bezug auf die Einschätzungen und den Vorschlag einer Rechtsänderung (2002) des Bundesverbandes deutscher Banken wie auch auf das Aufgreifen der betreffenden Überlegungen durch den Gesetzgeber im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007 (JStG 2007). Der Antrag weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Sozietät Freshfields zu den durch das JStG 2007 eingeführten Gesetzesänderungen eine bestimmte steuerrechtliche Auffassung im Hinblick auf die Durchführung von Leerverkäufen über ausländische Depotbanken entwickelte, die der PUA für unzutreffend hält. Es wird weiter ausgeführt, dass bereits 2004 (also lange vor dem Inkrafttreten des JStG 2007) erste Banken gezielt Cum/Ex-Geschäfte getätigt hatten.

Auch diese Ausführungen beinhalten keine Tatsachen, die belegen oder auch nur darauf hindeuten würden, dass Berufsträger der Sozietät Freshfields an der Strukturierung und Entwicklung von Cum/Ex-Geschäften in irgendeiner Form beteiligt gewesen wären oder solche Geschäftsmodelle Mandanten angeboten hätten. Vielmehr legen die betreffenden Ausführungen in der Antragsschrift – im Gegenteil – nahe, dass die den Durchsuchungsantrag tragende Hypothese des PUA der Grundlage entbehrt.

Denn der PUA führt selbst aus, dass die Leerverkäufe von Aktien über deren Dividendenstichtag eine schon Ende der 1970er Jahre bekannte und durchgeführte Geschäftspraxis war; dies entspricht auch den Erkenntnissen der Sozietät Freshfields. Der PUA führt weiter aus, dass im Rahmen des von ihm untersuchten Zeitraumes Banken bereits seit 2004 – und damit erhebliche Zeit vor Inkrafttreten der Neuregelung des JStG 2007 – gezielt Cum/Ex-Geschäfte abgeschlossen hätten. Auch insoweit entspricht es den Erkenntnissen der Sozietät Freshfields,

dass Banken in einer Zeit, die weit vor das Jahr 2004 zurückreicht, auf der Grundlage bekannter und geübter Handelstechniken Cum/Ex-Geschäfte mit Aktien um den Dividendenstichtag vorgenommen haben. Wie bei dieser Sachlage eine mandatsunabhängige bzw. vor-mandatliche Entwicklung dieser Geschäfte durch Berufsträger der Sozietät Freshfields ab 2007 (und damit ab Inkrafttreten des Jahressteuergesetzes 2007) vorgenommen worden sein soll, wenn die konkreten Handelstechniken bei den durch die Sozietät Freshfields beratenen Kreditinstituten seit mehreren Jahrzehnten bekannt waren und die vom PUA für unzutreffend erachtete und seinerzeit von Freshfields in Rechtsgutachten vertretene Rechtsauffassung sich auf die erst mit dem JStG 2007 eingeführten Änderungen im Steuerrecht bezog, ist nicht nachzuvollziehen. Schon nach den eigenen Ausführungen des PUA liegt eine Entwicklung oder Strukturierung von Cum/Ex-Geschäften oder Geschäftsmodellen durch Berufsträger der Sozietät Freshfields fern. Eine solche hat es auch zu keiner Zeit gegeben.

Der geschilderte Befund wird bestätigt durch den Umstand, dass die Deutsche Bundesbank und die Landeszentralbank Hessen bereits im September 1992 ausführlich die gezielte Nutzung von Leerverkäufen und Anschlussgeschäften beschrieben haben. Unter der Überschrift „*Produktion von Steuerbeschreibungen*“ werden auf S. 5 im *Frankfurter Finanzmarkt-Bericht* (Ausgabe 11/92), beigelegt als

Anlage 1,

ausführlich diejenigen Geschäfte dargestellt, von denen der PUA in seiner Antragschrift behauptet, sie seien von Berufsträgern der Sozietät Freshfields in den 2000er Jahren entwickelt und strukturiert worden. In entsprechender Weise werden in der dem PUA vorliegenden Korrespondenz des *Bundesverbandes deutscher Banken* (BdB) aus dem Jahr 2002 entsprechende „*Handelsstrategien*“ im Hinblick auf Leerverkäufe über den Dividendenstichtag skizziert, vgl. die beigelegte

Anlage 2.

Auch angesichts dieser Erörterungen und Beschreibungen der Art der vom PUA untersuchten Cum/Ex-Geschäfte durch mit der Sozietät Freshfields nicht verbundene Institutionen und Verbände lange vor der von Freshfields tatsächlich erst ab Dezember 2005 vorgenommenen Rechtsberatung zu solchen Geschäften entbehren die Behauptungen des PUA in der Antragschrift jeder Grundlage.

Richtig ist, dass auf das Steuerrecht spezialisierte Berufsträger der Sozietät Freshfields auf der Grundlage an sie herangetragener Sachverhalte und Geschäftsbeschreibungen steuerrechtliche Fragestellungen gutachterlich beurteilt haben. Diese Gutachten betrafen weit überwiegend die steuerliche Rechtslage auf der Grundlage der mit dem JStG 2007 eingeführten steuerrechtlichen Änderungen. Bei diesen Rechtsgutachten haben sich die Berufsträger der Sozietät auf die seinerzeit geltenden steuerrechtlichen Vorschriften gestützt und die hierzu gemachten Verlautbarungen der Finanzverwaltung hinzugezogen. Über die Erteilung von Rechtsrat und die Äußerung von Rechtsansichten sind die betreffenden Berufsträger der Sozietät Freshfields zu keiner Zeit und in keinem Mandat in der vom PUA insinuierten Weise hinausgegangen. Irgendwelche anderslautenden Tatsachen oder tatsächlichen Anhaltspunkte trägt auch der PUA in seiner Antragsschrift nicht vor.

Auf welcher tatsächlichen Grundlage der PUA zu der Behauptung gelangt, dass „Geschäftsmodelle“ o.ä. für Cum/Ex-Geschäfte von Freshfields konzipiert worden seien oder sein müssten, ist nach alledem nicht ersichtlich. Aus der Tatsache, dass Berufsträger der Sozietät in diesem Kontext zur steuerlichen Rechtslage beraten und ihre Rechtsauffassung in Rechtsgutachten im Rahmen einzelner Mandatsbeziehungen geäußert haben, kann dies nicht geschlossen werden. Rechtsgutachten ist zu eigen, dass sie zu einer konkreten Fragestellung in rechtlicher Hinsicht Auskunft geben oder eine Rechtslage analysieren. Darauf beschränken sich die Rechtsgutachten der Berufsträger der Sozietät Freshfields im vorliegenden Kontext. Dies ist auch dem PUA aus den ihm vorliegenden zehn Gutachten bekannt, die sämtlich auf eine von den jeweiligen Mandanten vorgegebene Transaktionsstruktur bezogen sind. Dem PUA ist ebenso bekannt, dass die ihm vorliegenden Rechtsgutachten keine Hinweise oder gar Bezugnahmen auf irgendwelche (zumal nicht von Berufsträgern von Freshfields) zuvor entwickelten Geschäftsmodelle enthalten und auch nicht auf „vor-mandatliche“ oder „mandatsunabhängige“ Strategie-Entwicklungen zu Finanzmarkttransaktionen verweisen. Für nichts davon gibt es irgendeinen tatsächlichen Anhaltspunkt. Das verwundert nicht: Denn ein solches Verhalten durch Berufsträger der Sozietät Freshfields hat es nicht gegeben. Dementsprechend enthält der Antrag PUA hierzu auch keine einzige belastbare Tatsachenbehauptung.

Die Hypothese des PUA, die er zur Grundlage seines Antrages vom 23.11.2016 macht, ist schließlich – mit Verlaub – lebensfremd. Bei den Mandanten der Sozietät Freshfields, die die vom PUA untersuchten Cum/Ex-Geschäfte vorgenommen haben, handelt es sich um langjährig und international im Finanzmarkt tätige Kreditinstitute und Investmentbanken, welche

große Produkt-Entwicklungs- und -Strukturierungsabteilungen im Bereich von Finanzinstrumenten unterhalten. Bei den in diesen Abteilungen tätigen Mitarbeitern der betreffenden Banken handelt es sich um überaus erfahrene und sehr gut informierte Marktteilnehmer, die mit Hilfe der bankinternen Wertpapierhandeltische hunderte von Aktiengeschäften täglich durchführen und daher umfassende Kenntnisse über Handelstechniken, -abläufe, -gepflogenheiten und -strategien besitzen. Dass Berufsträger der Sozietät Freshfields in diesem Mandanten-Umfeld eigenständig, vor-mandatlich und/oder mandatsunabhängig bestimmte Geschäftsmodelle oder -strategien in Bezug auf Leerverkäufe von Aktien um den Dividendenstichtag entwickelt hätten, entspricht schlicht nicht den Realitäten und tatsächlichen Bedingungen des Marktes in der Finanzindustrie. Für die Entwicklung der in Rede stehenden Cum/Ex-Geschäfte hätte die Klientel der Sozietät Freshfields nicht des Rates von Rechtsanwälten bedurft. Sie hat einen solchen Rat auch zu keiner Zeit in Anspruch genommen. Das unterscheidet die Situation der Sozietät Freshfields von der anderer Kanzleien, auf die sich der PUA – zu Unrecht – zum Vergleich meint berufen zu können.

3. Kein „Einräumen“ des Vorhandenseins von mandatsunabhängigen Unterlagen über die Entwicklung, Vorbereitung und strategische Beratung von Cum/Ex-Geschäften durch Freshfields

Tatsächlich falsch ist schließlich die Behauptung in der Antragsbegründung, die Sozietät Freshfields hätte in ihrer Stellungnahme gegenüber dem PUA vom 11.10.2016 das Vorhandensein der vom PUA begehrten mandatsunabhängigen Unterlagen über die Entwicklung, Vorbereitung und strategische Beratung von Cum/Ex-Geschäften „*eingeraumt*“ (so aber Antrag PUA, S. 4).

Diese Behauptung ist inhaltlich schon deshalb falsch, weil zu diesem Zeitpunkt die vom PUA aufgestellte unzutreffende und unvorhersehbare Behauptung zu einer vermeintlichen mandatsunabhängigen oder vor-mandatlichen Entwicklungsstätigkeit durch die Sozietät Freshfields noch gar nicht bekannt war, weshalb in der Stellungnahme vom 11.10.2016 auf eine solche Behauptung inhaltlich gar nicht eingegangen, geschweige denn das Vorliegen darauf bezogener Unterlagen unmittelbar oder sinngemäß bestätigt oder eingeraumt werden konnte.

Derartiges kann der Stellungnahme auch sprachlich nicht einmal im Ansatz entnommen werden. Die Behauptung des PUA, wonach sich das Vorhandensein der vom PUA nun im Wege

des Antrages erstrebten „mandatsunabhängigen“ Unterlagen aus der „schriftlichen Einlassung vom 11. Oktober 2016 (Anlage 6) ergebe“, findet in den sprachlichen Wendungen in der Stellungnahme vom 11.10.2016 keine Stütze. Auf Seite 5 der Stellungnahme vom 11.10.2016 heißt es (Unterstreichung nicht im Original):

„Soweit völlig mandatsunabhängige kanzleiinterne Vermerke und kanzleiinterne Nachrichten (insbesondere in Form von Schriftsätzen, E-Mails, Memos) existieren würden, betreffen sie den rein internen und privaten Bereich. Ein Bezug zum Einsetzungsbeschluss ist nicht ersichtlich.“

Die Formulierung ist im Konjunktiv gehalten. Sie ist hinreichend eindeutig und lässt keinen Raum für Missverständnisse. Durch diese Wendung wird das Vorhandensein von Unterlagen in keiner Weise „eingeraumt“.

Hiernach kann auch aus diesen (unzutreffenden) Erwägungen des PUA eine Auffindewahrscheinlichkeit der vom PUA erstrebten Unterlagen nicht hergeleitet werden.

4. Zusammenfassende Würdigung des tatsächlichen Antragsvorbringens

Zusammenfassend ist zum tatsächlichen Antragsvorbringen des PUA Folgendes festzuhalten:

Der auf die Durchsuchung und Beschlagnahme von mandatsunabhängigen Unterlagen und Daten gerichtete Antrag des PUA vom 23.11.2016 stützt sich auf die Behauptung, Berufsträger der Sozietät Freshfields hätten mandatsunabhängig und vor-mandatlich die Entwicklung und Strukturierung von Geschäftsmodellen und Geschäftsabwicklungen im Hinblick auf Cum/Ex-Geschäfte vorgenommen bzw. hieran mitgewirkt und diese an mögliche Mandanten aus dem Bankensektor herangetragen. Dementsprechend lasse die Durchsuchung das Auffinden dieser Behauptung belegender Unterlagen erwarten. Dies soll sich ergeben

„aufgrund von Tatsachen, die im Rahmen der bisherigen Beweisaufnahme des Untersuchungsausschusses ermittelt wurden.“ (Antrag PUA, S. 3).

Welche Tatsachen dies sind, wird nicht benannt.

Der PUA behauptet in seinem Antrag weiter, dass dieses (angebliche) mandatsunabhängige strategische Vorgehen, das über konkrete Beratungen in einzelnen Steuerrechtsfällen hinausgegangen und diesen vorgelagert gewesen sei, dazu beigetragen habe, die Strukturen und Me-

chanismen der fraglichen Finanzmarkttransaktionen vor dem Zugriff der Finanzbehörden abzuschirmen. Auch hierfür bestünden ausweislich des Antrags

„nach dem Stand der Ermittlungen ... tatsächliche Anhaltspunkte“ (Antrag PUA, S. 3).

Welche tatsächlichen Anhaltspunkte dies sind und auf welche Ermittlungen sich dieser Befund stützt, wird ebenfalls nicht bezeichnet.

Zur Stützung seiner Behauptungen führt der PUA im Wesentlichen drei „*exemplarische*“ Dokumente an, die die vermeintliche „*Schlüsselrolle*“ von Freshfields verdeutlichen und die sich

„in eine Vielzahl weiterer Indizien einfügen (sollen)“ (Antrag PUA, S. 3).

Tatsächlich besitzen diese Urkunden im Hinblick auf die Sozietät Freshfields keine Aussagekraft. Die drei vom PUA angeführten Urkunden (BMF-Vermerk vom 15.5.2009; Desens-Anschreiben vom 17.11.2016 (ohne darin enthaltene Anlagen) und „*Whistleblower*“-Email vom 05.1.2016) besitzen für die Behauptungen des PUA zu den Berufsträgern der Sozietät Freshfields keine Aussagekraft, soweit diese darin überhaupt erwähnt werden. Diese „*exemplarischen*“ Beweise sind entweder in einem Maße unbestimmt, dass sie sich von einer bloßen Behauptung ins Blaue hinein nicht mehr unterscheiden, oder sie sind zum Beweis der behaupteten Umstände ungeeignet, zumal sie wegen ihres anonymen Ursprungs nicht einmal überprüfbar sind.

Auch der übrige Inhalt der Antragsschrift enthält weder in seinen einzelnen Passagen noch in seiner Gesamtheit konkrete tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die Berufsträger der Sozietät Freshfields mandatsunabhängig oder vor-mandatlich an der Entwicklung von Geschäftsmodellen zu Cum/Ex-Geschäften beteiligt gewesen sein konnten oder gar waren. Die hierfür vermeintlich vorliegende „*Vielzahl weiterer Indizien*“ wird durch den PUA nicht bezeichnet. Die allgemein auf vorhandene Indizien oder gewonnene Erkenntnisse Bezug nehmenden Ausführungen des PUA beschränken sich auf die gleichsam formelhafte Behauptung, dass die bisherige Beweisaufnahme des Untersuchungsausschusses zu bestimmten Erkenntnissen geführt habe, die indes nirgendwo konkret bezeichnet werden. Überprüfbar sind solche Ausführungen nicht. Der Verweis des Antragsstellers auf eine Vielzahl von zur Verfügung stehenden Beweisen oder Indizien – die sämtlich nicht dargelegt geschweige denn durch Beweismittel belegt werden – erschöpft sich in einer spekulativen und in der Sache unzutreffenden Behauptung.

Freshfields hat zu keinem Zeitpunkt im Vorfeld der Beratung oder parallel ein Geschäftsmodell entwickelt, das im Rahmen einer planmäßigen, systematischen und strategischen Unternehmenspolitik offensiv an mögliche Mandanten herangetragen wurde. Aus diesem Grund existieren auch keine solche Tätigkeiten betreffenden mandatsunabhängigen Unterlagen, deren Auffinden die beantragte Durchsuchung dienen soll.

Angesichts des Fehlens konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte für die vom PUA behaupteten – tatsächlich indes nicht vorgenommenen – mandatsunabhängigen Entwicklungs- oder Strukturierungs-Tätigkeiten von Berufsträgern der Sozietät Freshfields besteht für die Anordnung einer Durchsuchung in den Geschäftsräumen der Rechtsanwaltskanzlei bereits keine tatsächliche Grundlage. Die Ausführungen und Bezugnahmen des PUA zu den den Antrag tragenden Hypothesen und Behauptungen sind unfundiert und nicht tatsächengestützt; sie sind unwahr. Der vom PUA dem Bundesgerichtshof unterbreitete Sachverhalt erweist sich hiernach als ungenügend, um einen Beschluss zur Durchsuchung einer Anwaltskanzlei zu stützen. Dem Bundesgerichtshof wird weder dargetan, dass die vom PUA aufgestellten Behauptungen sich auf tatsächlich tragfähige Anhaltspunkte stützen lassen, noch ergibt sich aus der Antragsschrift des PUA in tragfähiger Weise eine auch nur entfernte Auffindewahrscheinlichkeit von nicht mandatsbezogenen Unterlagen der Art, wie sie der PUA mit seinem Begehren aufzufinden strebt.

Dem Antrag fehlt hiernach schon eine tragfähige tatsächliche Grundlage, aus der sich die Geeignetheit der beantragten Durchsuchung für die Aufklärung ergeben könnte. Bei dieser Sachlage läuft das auf die Durchsuchung und Sicherstellung mandatsunabhängiger Unterlagen und Daten gerichtete und nicht durch konkrete Tatsachen begründete Antragsbegehren auf eine Ausforschung hinaus, für die § 29 Abs. 3 PUAG keine Grundlage bietet und die überdies die Grundrechte der Sozietät Freshfields und der in ihr tätigen Berufsträger sowie deren Mandanten verletzt.

III. Zur kapitalmarktbezogenen steuerrechtlichen Beratungspraxis der Sozietät Freshfields und zur Bedeutung der steuerrechtlichen Beratung im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften

Die Haltlosigkeit der Behauptungen des PUA zur vermeintlichen Strukturierung von Cum/Ex-Geschäften durch Berufsträger der Sozietät Freshfields wird ferner bei Betrachtung der geübten kapitalmarktbezogenen steuerlichen Beratungspraxis der Sozietät Freshfields

deutlich. Diese Praxis hat die Sozietät Freshfields auch im Rahmen ihrer Beratung im Zusammenhang mit Anfragen wegen der Raterteilung im Kontext von Cum/Ex-Transaktionen geübt.

1. Zur (geringen) wirtschaftlichen Bedeutung der rechtlichen Beratung in Bezug auf Cum/Ex-Geschäfte für die Sozietät Freshfields / Keine „Geschäftsführungsbeschlüsse“ betreffend die Beratung zu Cum/Ex-Geschäften

Zur Vermeidung von Fehlvorstellungen sei insoweit eingangs festgehalten, dass es sich bei den hier interessierenden Rechtsberatungs- und Gutachterleistungen der Berufsträger von Freshfields im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften um einen untergeordneten Bereich der steuerlichen Rechtsberatung der Sozietät Freshfields gehandelt hat.

Eine zur Vorbereitung dieser Erwidierungsschrift vorgenommene überschlägige Berechnung hat ergeben, dass die aufgrund der Beratung zu Cum/Ex-Geschäften durch die betreffenden Berufsträger der Sozietät Freshfields vereinnahmten Umsätze in den Geschäftsjahren ab 2007 (zuvor waren Umsätze in einer vergleichsweise nennenswerten Größenordnung insoweit gar nicht angefallen) gemessen an den Gesamtumsätzen der deutschen Steuergruppe der Sozietät Freshfields in den jeweiligen Geschäftsjahren mit folgenden Prozentsätzen zu Buche schlugen:

- 2007/2008: ca. 0,9% des Gesamtumsatzes der deutschen Steuergruppe
- 2008/2009: ca. 2,5% des Gesamtumsatzes der deutschen Steuergruppe
- 2009/2010: ca. 2,3% des Gesamtumsatzes der deutschen Steuergruppe
- 2010/2011: ca. 1,8% des Gesamtumsatzes der deutschen Steuergruppe

Eine wie auch immer geartete Beteiligung an Transaktionsergebnissen oder sonstige Zuschläge oder Prämien hat es dabei bei der Sozietät Freshfields oder bei deren Berufsträgern zu keiner Zeit gegeben.

Die Annahme, dass die rechtliche Beratung von Mandanten im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften für die Sozietät Freshfields insgesamt oder auch nur für deren aus etwa fünfzehn Partnern bestehenden deutschen Praxisgruppe Steuerrecht ein besonders bedeutsames oder lukratives Geschäftsfeld dargestellt hätte, wäre hiernach in jeder Hinsicht haltlos. Tatsächlich bewegte sich die hier interessierende Tätigkeit der Berufsträger der Sozietät Freshfields in ei-

nem in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung untergeordneten Geschäftsfeld. Weshalb die Berufsträger der Sozietät Freshfields vor diesem Hintergrund ein Motiv oder gar einen nachvollziehbaren Anlass dafür hatten haben können, bei ihrer Tätigkeit den sachlichen Bereich der – so gleich näher (unten B. III., S. 37 ff.) darzustellenden – steuerrechtlichen Beratung entgegen allen Gepflogenheiten der Sozietät zu verlassen und eine Strukturierung von Aktientransaktionen bzw. Entwicklung von Geschäftsmodellen oder Produkten im Finanzmarkt durchzuführen, ist unerfindlich.

Der untergeordneten Bedeutung der Thematik für die steuerliche Beratungspraxis der Sozietät Freshfields entspricht es auch, dass – entgegen den Behauptungen des anonymen „Whistleblowers“ in dessen E-Mail vom 5.1.2011 (Antrag PUA, Anlage 5) – zu keiner Zeit auf der Geschäftsführungsebene der Sozietät Freshfields irgendwelche Beschlüsse zur Aufnahme oder Beendigung der Beratungstätigkeit der Sozietät oder zu sonstigen Themen in diesem Bereich getroffen worden sind:

Die Geschäftsführungsebene der Sozietät Freshfields in Deutschland bestand im hier interessierenden Zeitraum seinerzeit aus den sechs sog. „*office managing partners*“ der sechs Standorte sowie den für Deutschland zuständigen Leitern der verschiedenen in Deutschland tätigen Praxisgruppen der Sozietät. Dieses Gremium hat sich zu keiner Zeit mit der Thematik der Rechtsberatung im Bereich Cum/Ex-Geschäfte inhaltlich befasst, geschweige denn hat dieses Gremium insoweit irgendwelche Beschlüsse gefasst.

Auch durch den Leiter der deutschen steuerlichen Praxisgruppe der Sozietät ist zu dieser Thematik zu keiner Zeit ein Beschluss o.ä. gefasst worden.

Entsprechendes gilt für die Gruppe der in Deutschland steuerrechtlich tätigen Partner der Sozietät. Es hat lediglich – nicht anders als bei anderen Mandaten und fachlichen Fragen – einen inhaltlichen Austausch in der Gruppe der fachlich mit Cum/Ex-Geschäften befassten Steuerpartner (wie auch mit angestellten Berufsträgern in der Steuergruppe) zu einzelnen Rechtsfragen in diesem Bereich gegeben, der sich nahezu ausschließlich in einem mandatsbezogenen Kontext bewegte und in aller Regel auf konkrete durch das jeweilige Mandat aufgeworfene Einzelfragen bezogen war. Darüber hinaus waren beispielsweise die Vorbereitung der *Client Alerts* bzw. allgemeine mit der Änderung der Gesetzeslage in Zusammenhang stehende Rechtsfragen Gegenstand des Austausches unter diesen Partnern.

Auch dies unterstreicht die untergeordnete Bedeutung dieses Beratungsbereichs der Steuerpraxis der Sozietät.

2. Zur Arbeitsweise der kapitalmarktbezogenen steuerrechtlichen Praxis der Sozietät Freshfields

Die im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften durchgeführte Beratungstätigkeit der Berufsträger der Sozietät Freshfields entsprach in ihrem Ablauf der allgemeinen kapitalmarktbezogenen steuerlichen Beratungspraxis der Sozietät. Hierzu ist im Einzelnen Folgendes auszuführen:

a) Rahmenbedingungen der kapitalmarktbezogenen steuerlichen Beratung der Sozietät Freshfields

Ein Schwerpunkt der steuerlichen Beratung der Sozietät Freshfields liegt in der laufenden Beratung von inländischen und ausländischen Kreditinstituten im Kontext kapitalmarktbezogener Geschäfte. Dieses Geschäftsfeld wurde in dem hier interessierenden Zeitraum von drei bis vier Partnern und den diesen zugeordneten Associates aus dem Standort Frankfurt am Main der Sozietät Freshfields heraus bearbeitet.

Diese Beratung wird zumeist aufgrund von Rahmenverträgen vorgenommen, die regelmäßig auch die finanziellen Grundlagen der Beratungsbeziehung regeln. Die Vergütung für Beratungsleistungen in jedweder Form (schriftlich, gutachtlich, mündlich) erfolgt auf Stundenbasis zu je eingesetztem Mitarbeiter festgelegtem Stundensatz. Die den zeitlichen Aufwand beinhaltende Abrechnung wird in der Regel quartalsweise oder monatlich vorgenommen, gelegentlich auch in projektbezogenen Einzelabrechnungen. Teilweise werden auch am zu erwartenden Zeitaufwand orientierte Pauschalvereinbarungen für gutachterliche Stellungnahmen geschlossen, die üblicherweise im Anschluss an die Gutachtenerstellung abgerechnet werden.

Von Mandantenseite gibt es einzelne benannte Ansprechpartner für Freshfields. Bei den Ansprechpartnern handelt es sich zuweilen um Mitarbeiter der Steuerabteilung oder auch der Rechtsabteilung des Mandanten. Vielfach ist die Person, die die Beratung durch Freshfields beauftragt und der gegenüber die Beratungsleistung tatsächlich erbracht wird, in einem operativen Bereich des Auftraggebers tätig. Dabei handelt es sich regelmäßig um steuerlich vor- und

ausgebildete Mitarbeiter, die teilweise selbst als Steuerberater qualifiziert sind und als Steuerberater gearbeitet haben.

Auf Seiten von Freshfields ist für die Beratung in einer Mandatsbeziehung ein bestimmter Partner zuständig. Diesem Partner arbeiten in der Regel ein bis zwei ihm zugewiesene fachliche Mitarbeiter (sog. *Associates*) zu.

Die Mandanten von Freshfields aus dem Finanzdienstleistungsbereich stehen überwiegend in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander. Die in der Regel langfristigen Mandatsbeziehungen sind und waren daher in ihrer erfolgreichen und seriösen Bearbeitung davon abhängig, dass die Vertraulichkeit sichergestellt und eine Übertragung von mandantenspezifischem Produktwissen ausgeschlossen ist.

b) **Inhalt und Ablauf der kapitalmarktbezogenen steuerlichen Beratung durch die Sozietät Freshfields**

Gegenstand der kapitalmarktbezogenen steuerlichen Beratung durch die Berufsträger der Sozietät Freshfields sind Fragen der allgemeinen steuerrechtlichen Entwicklungen im Bereich Banken und Kapitalmarkt sowie Fragen der steuerlichen Einordnung von Geschäften und Transaktionen, bei denen das anfragende Kreditinstitut seinerseits in irgendeiner Form teilnimmt, sei es z.B. als Vertragspartner eines Dritten, sei es als Gesellschafter einer an der Transaktion beteiligten Gesellschaft. Darüber hinaus erhalten die Mandanten im Rahmen der Mandats- bzw. Geschäftsbeziehung regelmäßig Informationen über Rechtsentwicklungen, die nach der Einschätzung der Berufsträger der Sozietät Freshfields unter Berücksichtigung des bisherigen Verlaufs und der bisherigen Gegenstände des Beratungsverhältnisses für die Mandanten von Interesse sein könnten. Diese Informationen werden zum Teil individuell per Mail übermittelt oder im Wege einer an mehrere gerichteten Mandanten-Information (sog. *Client Alert*, zur Cum/Ex-Thematik dem PUA bereits mit Schreiben vom 11.10.2016 übermittelt, vgl. Antrag PUA, Anlage 6, S. 1).

Die die Beratungstätigkeit im jeweiligen Einzelfall auslösenden Anfragen der Mandanten gehen in aller Regel telefonisch oder per E-Mail bei Freshfields ein. Die regelmäßig steuerkundigen Anfrager bedienen sich der Sozietät Freshfields üblicherweise, um ihre eigene steuerliche Einschätzung von Projekten abzuklären, zur fachlichen Kontrolle und Dokumentation ihrer

eigenen Arbeit sowie für gutachtliche Stellungnahmen, die unter anderem im Rahmen der internen Compliance-Regelungen des Auftrag gebenden Kreditinstituts allgemein vorgeschrieben und erforderlich sind.

Der typische Ablauf einer steuerrechtlichen Beratung durch die Berufsträger der Sozietät Freshfields, die in einer schriftlichen fachlichen Meinungsäußerung bzw. gutachtlichen Stellungnahme (sog. Tax Opinion) mündet, lässt sich wie folgt skizzieren:

Der Mandant schildert telefonisch oder übermittelt per Mail Hinweise und Informationen zu einer Transaktion oder einem erwogenen Geschäft sowie seine steuerlichen Fragen und Überlegungen dazu. Darauf folgt in der Regel im Wege eines persönlichen Gesprächs oder eines Telefonats eine erste unverbindliche fachliche Einschätzung. Im Anschluss werden die mit dem von dem Mandanten mitgeteilten Sachverhalt verbundenen steuerlichen Fragestellungen weiter recherchiert. Vielfach kommt es im Rahmen der weiteren Bearbeitung zu tatsächlichen Rückfragen durch die Berufsträger der Sozietät, die sodann von dem Mandanten aufgenommen und beantwortet werden. Im Rahmen der Beratung kommt es sodann oft zu einer detaillierten Auskunft bezüglich der Recherche-Ergebnisse, die von der Mandantin häufig in den Auftrag einmündet, diese im Rahmen einer eingehenden sog. Tax Opinion schriftlich darzustellen.

Der Fertigung einer solchen Tax Opinion geht die Bitte an den Mandanten voraus, den im Einzelnen zu beurteilenden Sachverhalt schriftlich zu fixieren und Freshfields zukommen zu lassen. Alternativ wird vereinbart, dass Freshfields den bislang nur mündlich mitgeteilten Sachverhalt schriftlich fixiert und vom Mandanten bestätigen lässt. Eigene Strukturierungsvorschläge bezüglich der jeweils erwogenen Transaktion werden von den Berufsträgern der Sozietät in der Regel nicht erbracht, da es Sache des Mandanten ist, die strukturellen und kommerziellen Möglichkeiten zur Umsetzung seines Projekts zu prüfen und zu entwickeln. Außerdem ist Freshfields – aus den genannten Gründen – daran interessiert, den Eindruck eines transaktionsbezogenen know how-Transfers aus anderen Mandaten bzw. von ähnlichen Produkten anderer Mandanten schon im Ausgangspunkt zu vermeiden.

Die gutachtliche Stellungnahme in Gestalt einer Tax Opinion folgt regelmäßig einem mehr oder weniger standardisierten Format. Dieses Format hat unter anderem die Auftragsbeschreibung, den Auftraggeber und die Grundlagen der Bearbeitung durch die Sozietät Freshfields zum Gegenstand. Ferner enthält eine Tax Opinion regelmäßig weitere Hinweise, z.B.

den Hinweis darauf, dass eine Zusicherung für ein bestimmtes steuerliches Ergebnis nicht gegeben wird, da eine abweichende rechtliche Beurteilung des Sachverhalts durch die Finanzverwaltung oder die Finanzgerichte in Betracht kommen kann. Ferner enthält die Tax Opinion regelmäßig einen Hinweis darauf, dass das Gutachten nicht Dritten überlassen werden darf. Regelmäßig enthält das Gutachten auch Sachverhaltsunterstellungen von Freshfields, wenn sich während der Begutachtung ergibt, dass der vom Mandanten geschilderte Sachverhalt nicht alle steuerlich relevanten Aspekte abdeckt. Das Gutachten wird in solchen Fällen zuerst in einer Entwurfsfassung dem Mandanten übermittelt mit der Bitte um Prüfung der Vollständigkeit der Sachverhaltsangaben bzw. der Anfrage, ob die klärungsbedürftigen Fragen durch den Inhalt des Gutachtens vollständig abgedeckt sind.

c) Nicht ausgeführte Beratungstätigkeiten

Schon aus haftungsrechtlichen Gründen, aber auch aus dem angesprochenen Aspekt der Vertraulichkeit der Mandanteninformationen in der Mandantengruppe der Kreditinstitute, die im Markt ihrerseits als Wettbewerber auftreten, werden bestimmte Leistungen durch die kapitalmarktbezogenen beratenden Berufsträger der Praxisgruppe Steuerrecht der Sozietät Freshfields nicht erbracht. Dazu gehören namentlich im hier interessierenden Kontext von Cum/Ex-Geschäften:

- es werden Mandanten keine vorgefertigten neuen Strukturen und Transaktions-Konzepte durch die Kanzlei vorgestellt; es wird dementsprechend keine „Produktentwicklung“ betrieben;
- es werden dem Auftrag gebenden Mandanten keine potentiellen Kunden benannt oder zugeführt; ebenso wenig wird der Mandant zu seinen Kunden oder Geschäftspartnern durch Berufsträger der Sozietät Freshfields begleitet;
- es werden keine Marketingunterlagen oder irgendwelche anderen Vertriebsmittel für den Vertrieb von Produkten des Auftraggebers erstellt;
- es wird weder geprüft noch in anderer Weise nachgehalten, ob und in welcher Weise das steuerrechtlich begutachtete Projekt durch den Auftrag gebenden Mandanten umgesetzt wird;
- es werden jenseits der steuerlichen Rechtsauskunft keine weiteren Aufgaben übernommen, insbesondere nicht die Vorbereitung von Aktien- oder Derivategeschäften, Buchhaltungsfunktionen, das Fertigen von Steuererklärungen für den Mandanten u.a.

d) Zum Ablauf der Beratung in Angelegenheiten betreffend Cum/Ex-Geschäfte

Die Tätigkeit der steuerlich tätigen Berufsträger der Sozietät Freshfields beschränkt sich auf die Erteilung von Rechtsrat zu konkreten – vielfach komplexen und rechtlich anspruchsvollen – Fragestellungen in Bezug auf erwogene oder durchgeführte Transaktionen, Geschäfte oder sonstige Themenkomplexe.

Auch die Beratung der aus dem Kreis großer und renommierter Kreditinstitute stammenden Mandanten im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften vollzog sich entsprechend den geschilderten Grundsätzen und Gepflogenheiten. Der insoweit erteilte Rechtsrat und die hierzu gegenüber den Mandanten mitgeteilten Auskünfte zur Rechtslage bzw. die erstellten Gutachten bezogen sich auf von Mandantenseite an die Steuerabteilung der Sozietät Freshfields herangetragene Sachverhaltsinformationen zu erwogenen Geschäften und Gestaltungen und die insoweit bestehenden steuerrechtlichen Rechtsfragen bzw. die insoweit im Wandel befindliche Steuergesetzgebung, beispielsweise in Bezug auf im JStG 2007 enthaltenen Gesetzesänderungen. In keinem Fall wurden im Vorfeld Strukturierungen oder die Entwicklung von Geschäften durch Freshfields vorgenommen oder gar Mandanten solche angetragen. Insbesondere der Gegenstand und der Ablauf der Beratung, namentlich die Beschränkung auf die Erteilung von Rechtsauskünften zu von den Mandanten übermittelten Sachverhaltskonstellationen auf deren Anfrage hin, entsprachen im Bereich der Beratung zu Cum/Ex-Geschäften den geschilderten Grundsätzen und Abläufen.

Die jeweiligen Mandanten wandten sich an Freshfields mit von ihnen mitgeteilten Geschäftsabläufen und baten um die Erteilung von Auskünften zur steuerlichen Rechtslage, teilweise bis hinein in einzelne Fragestellungen. Die Erschließung des jeweils zu begutachtenden Sachverhalts wurde auch in den hier in Rede stehenden Beratungsmandaten aus der für die anwaltliche Tätigkeit typischen Abfolge von Sachverhaltsmitteilung durch den Mandanten und Nachfragen durch den Rechtsanwalt vorgenommen. Die anderslautenden Hypothesen und Behauptungen des PUA zu eigenständigen und mandatsunabhängigen Strukturierungstätigkeiten durch Berufsträger der Sozietät Freshfields entbehren jeglicher Grundlage.

e) Zum offenen Umgang mit der von Freshfields vertretenen Rechtsauffassung und der sie betreffenden Unsicherheit der rechtlichen Beurteilung in Bezug auf steuerliche Fragen bei Cum/Ex-Geschäften

In diesem Kontext sei abschließend darauf hingewiesen, dass die Berufsträger der Sozietät Freshfields mit der von ihnen im Hinblick auf die hier interessierenden Cum/Ex-Geschäfte auf der Grundlage der zum JStG 2007 vertretenen Rechtsauffassung stets offen umgegangen sind; sie haben überdies in den jeweiligen Mandatsverhältnissen stets nachdrücklich darauf hingewiesen, dass die von ihnen vertretene Rechtsansicht zweifelbehaftet ist und angesichts des Fehlens jeglicher gerichtlicher oder finanzbehördlicher Entscheidungen erheblichen Unsicherheiten unterliegt.

Wenn der PUA in seiner Antragschrift ausführt, dass das von ihm lediglich behauptete, tatsächlich indes nicht existente (vgl. oben) mandatsunabhängige strategische Vorgehen von Berufsträgern der Sozietät Freshfields

„dazu beigetragen (habe), die Strukturen und Mechanismen der fraglichen Finanzmarkttransaktionen vor dem Zugriff der Finanzbehörden abzusichern“ (Antrag PUA, S. 3),

so findet auch diese Behauptung in der Realität keine Stütze. Denn die Berufsträger von Freshfields haben zu keiner Zeit an einer Verschleierung oder Geheimhaltung der betreffenden Transaktionen oder Transaktionsstrukturen gegenüber der Finanzverwaltung mitgewirkt oder solches auch nur in Kauf genommen. Das exakte Gegenteil ist vielmehr richtig.

Der PUA lässt – trotz besserer Kenntnis – in seiner Antragsbegründung unerwähnt, dass Freshfields schon frühzeitig und wiederholt Mitglieder der Finanzverwaltung über die hier interessierenden Cum/Ex-Transaktionen unterrichtet und vor der bestehenden Möglichkeit einer doppelten Anrechnung der Kapitalertragsteuer bei Leerverkaufskonstellationen gewarnt hat. In diversen Vortragsveranstaltungen vor Mitgliedern der Finanzverwaltung haben Berufsträger der Sozietät Freshfields ab dem Jahr 2006 und in den Folgejahren sehr offensiv und insoweit tatsächlich „proaktiv“ auf die Problematik der doppelten Geltendmachung der Kapitalertragsteuer bei nur einmaliger Abführung aufmerksam gemacht. Ich überreiche hierzu das jeweilige Deckblatt sowie Auszüge aus Präsentationsunterlagen zu Vorträgen betreffend aktuelle steuerliche Fragen der Kreditinstitute, die von Berufsträgern der Sozietät Freshfields vor Mitarbeitern der Finanzverwaltung in den Jahren 2006, 2008 und 2009 bei der Bundesfinanzakademie gehalten worden sind als

Anlage 3 bis 5.

Die Bundesfinanzakademie ist die zentrale Weiterbildungsstätte der Finanzverwaltung des Bundes. Die Seminare, anlässlich derer die Präsentationen gehalten wurden, hatten jeweils ca. 25 bis 30 Teilnehmer.

In den Präsentationen wird der Ablauf der Leerverkäufe um den Dividendenstichtag allgemein auf der Grundlage der hierzu im Finanzmarkt bekannten und auch in der Gesetzesbegründung zum Jahressteuergesetz 2007 gegebenen Informationen schematisch dargestellt. In großer Klarheit und unmissverständlich heißt es beispielsweise in der Präsentation aus dem Jahr 2006 unter der Überschrift

„Leerverkäufe von grosammelverwahrten Wertpapieren“

hinsichtlich der steuerlichen Handhabung:

„Kapitalertragsteuer wird ein x einbehalten und zwei x abgerechnet.“

Entsprechend klare Hinweise finden sich in den Präsentationen der Jahre 2008 und 2009 (im Jahr 2007 waren auf Anregung des Veranstalters bei der Gestaltung der Veranstaltung im Vorfeld andere Themenbereiche für vorrangig relevant gehalten und ausgewählt worden). Bei dieser Sachlage davon zu sprechen, Freshfields habe daran mitgewirkt, die betreffenden Transaktionsstrukturen bzw. deren Handhabung in steuerlicher Hinsicht zu camouflieren, ist eine bemerkenswert interessengleitete Darstellung, die dem objektiven Befund diametral widerspricht. Die vollständigen Präsentationsunterlagen sind dem PUA durch die Sozietät Freshfields mit Schreiben vom 11.10.2016 zur Verfügung gestellt worden; sie liegen dem PUA seit dem 17.10.2016 vor (Antrag PUA, Anlage 6, S. 1, Eingangsstempel des PUA).

Zudem haben die Berufsträger der Sozietät Freshfields in den jeweiligen Mandatsverhältnissen stets darauf hingewiesen, dass es sich bei der von ihnen vertretenen Rechtsansicht um eine mit erheblichen Unsicherheiten behaftete – wenngleich aus Sicht der Berufsträger vertretbare – Rechtsansicht handelt. Diese ging dahin, dass unter bestimmten in den jeweiligen Gutachten bezeichneten Voraussetzungen bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag insbesondere auf der Grundlage der durch das JStG 2007 geschaffenen Rechtslage eine zweifache Anrech-

nung der Kapitalertragsteuer trotz deren nur einmaligen Abführung in Betracht kommen kann. Insoweit enthalten die durch Freshfields erteilten Rechtsauskünfte und Gutachten jeweils sinngemäß folgende zusammenfassende Hinweise im Anschluss an die rechtliche Bewertung der durch die jeweilige Mandantin übermittelten Transaktionsdetails bzw. -vorschläge:

„Obwohl diese Stellungnahme sorgfältig recherchiert wurde und unsere fachliche Überzeugung widerspiegelt, sollte sie nicht als Garantie in einem Bereich missverstanden werden, der nicht abschließend durch Verwaltungsanweisungen oder hochstrichterliche Rechtsprechung geklärt ist. Diese Stellungnahme kann nicht als alleinige Grundlage für eine Umsetzung der Transaktion dienen, da zuvor die individuelle steuerliche Situation der beteiligten Personen sorgfältig untersucht werden muss. Daher verschafft dieses Memorandum nur einen Überblick über die deutschen steuerlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der zu Beginn dieses Memorandums beschriebenen Transaktion.

Diese Stellungnahme beruht auf der uns bekannten Gesetzeslage, Rechtsprechung und Literatur per (Bezug auf jeweiliges Datum der Gutachtenerstattung).“

bzw. in englischsprachigen Gutachten:

„Although the above statement has been thoroughly researched and reflects our professional opinion, it should not be misunderstood as a guarantee in an area of law which in the absence of final administrative rulings and rulings by the BFH is not free from doubt. This memorandum is not intended as the sole basis for the implementation of the proposed transaction as the individual tax position of the investor needs to be thoroughly investigated beforehand. Therefore, this memorandum only states an overview of the German tax considerations pertaining to the transaction described at the beginning of this memorandum. The above memorandum is based on the pertinent statutory framework, case law and literature as of (Bezug auf jeweiliges Datum der Gutachtenerstattung).“

Hiernach wurde auch in den jeweiligen Mandatsverhältnissen auf die erhebliche Unsicherheit der Rechtslage hingewiesen. Auch angesichts dieser klaren Hinweise auf die weitreichende Unsicherheit der Rechtslage wäre es lebensfremd, anzunehmen, dass alldem ein von Freshfields entwickeltes bzw. strukturiertes Geschäftsmodell zugrunde liegen könnte, welches Berufsträger der Sozietät werbend an Mandanten herangetragen haben könnten.

3. Zwischenergebnis

Die hier in Rede stehende Beratungstätigkeit der Berufsträger der Sozietät Freshfields betraf ein Tätigkeitsfeld, das schon für die deutsche Praxisgruppe Steuerrecht, erst recht aber für die deutsche Gesamtkanzlei von untergeordneter Bedeutung war. Die hiermit erwirtschafteten Umsätze machten nur einen sehr geringen Anteil der durch die deutsche Praxisgruppe Steuer-

recht erwirtschafteten Umsätze aus. Die Tätigkeiten wurden in der kanzlei-üblichen Weise nach Stundenaufwand bzw. durch die Vereinbarung eines am zeitlichen Aufwand orientierten Pauschalhonorars abgerechnet; eine Beteiligung der Sozietät bzw. ihrer Berufsträger an dem wirtschaftlichen Ergebnis der Cum/Ex-Geschäfte hat es nicht gegeben.

Die Beratung der Mandanten der Sozietät Freshfields, die sich im Wesentlichen aus führenden und renommierten Kreditinstituten zusammensetzte, vollzog sich auch im Bereich der Beratung zu steuerlichen Fragen von Cum/Ex-Geschäften in einer Weise, die den bei der Sozietät üblichen Gepflogenheiten und Arbeitsschritten in der kapitalmarktbezogenen steuerlichen Beratung entsprach. Es wurden auf der Grundlage von Anfragen der Mandanten Rechtsauskünfte erteilt bzw. Gutachten zu Rechtsfragen gefertigt, die sich ihrerseits im Tatsächlichen auf die von den Mandanten bereitgestellten Tatsachen-Informationen zu den von diesen geplanten bzw. erwogenen Aktiengeschäften bezogen. Auf die Unsicherheit der Rechtslage haben die Berufsträger der Sozietät Freshfields in ihren Gutachten stets ausdrücklich hingewiesen.

Die vom PUA behaupteten Tätigkeiten der Entwicklung von Cum/Ex-Geschäften bzw. auf diese bezogener Geschäftsmodelle wie auch die behaupteten werbenden mandatsunabhängigen Tätigkeiten hat es durch Berufsträger der Sozietät Freshfields in dem hier interessierenden Kontext zu keiner Zeit gegeben. Solche Tätigkeiten hätten angesichts der Mandantenstruktur und der bei den Mandanten vorhandenen umfassenden Spezialkenntnissen zu Handelsgepflogenheiten bzw. -strategien auch fern gelegen, weshalb sich die gegenteiligen Hypothesen des PUA auch als lebensfremd darstellen.

Die Sozietät Freshfields ist mit der sich aus der Durchführung von Cum/Ex-Geschäften ergebenden Möglichkeit einer zweifachen Anrechnung der Kapitalertragsteuer bei nur einmaliger Abfuhrung stets offen gegenüber der Finanzverwaltung umgegangen. In Fortbildungsveranstaltungen der Bundesfinanzakademie haben Berufsträger der Sozietät Freshfields wiederholt und im Detail auf die Mechanismen, die zur doppelten Anrechnung nur einmal abgeführter Kapitalertragsteuer führen können, hingewiesen. Von Beiträgen der Sozietät Freshfields an einer Verschleierung der Cum/Ex-Geschäfte bzw. der aus ihnen resultierenden Konsequenzen bei der Kapitalertragsteuer kann hiernach keine Rede sein.

Die vom PUA gezogenen Parallelen und Rückschlüsse von anderen Rechtsanwaltern und Rechtsanwaltskanzleien auf Berufsträger der Sozietät Freshfields entbehren jeglicher Grundlage. Es handelt sich hierbei um unberechtigte Schlussfolgerungen, die schon deshalb falsch

sind, weil die jeweiligen Mandanten und deren Bedarf an einer Begleitung in diesen Transaktionen gänzlich unterschiedliche Sachverhalts- und Mandantenkonstellationen betrafen.

IV. Untersuchungsgegenstand, verfassungsrechtliche Schranken und fehlende Geeignetheit der beantragten Durchsuchungsmaßnahme

Die vorstehenden Ausführungen zeigen auf, dass der Antrag des PUA schon allein deshalb zurückzuweisen ist, weil der PUA es unterlassen hat, dem Bundesgerichtshof einen auf tatsächliche Anhaltspunkte gestützten Sachverhalt darzutun und zu belegen, der seine Hypothesen und Behauptungen zu mandatsunabhängigen strukturierenden bzw. sonstigen Geschäftsmodell-entwickelnden Tätigkeiten der Sozietät Freshfields stützen und die Annahme rechtfertigen könnte, dies belegende Unterlagen ließen sich in einem Geschäftslokal der Sozietät Freshfields tatsächlich auffinden. Tatsächlich hat es solche Tätigkeiten nie gegeben, weshalb hierzu irgendwelche Unterlagen oder Daten in den Geschäftslokalen von Freshfields nicht aufgefunden werden können und auch zu keiner Zeit aufgefunden werden konnten.

Hiernach erweist sich der Antrag schon allein deshalb als zurückweisungsreif, weil er den Bundesgerichtshof schon nicht in die Lage versetzt, die Geeignetheit einer Durchsuchung zur Aufklärung eines untersuchungsrelevanten Sachverhaltes eigenständig zu prüfen und über diese unter Beachtung der besonderen Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eigenständig zu entscheiden.

Mit den Ausführungen könnte es infolge dessen zur Begründung des Zurückweisungsbegehrens sein Bewenden haben.

Gleichwohl erscheint es sachgerecht und geboten, noch weitere – u.a. verfassungsrechtliche – Aspekte anzusprechen, die der Antrag des PUA aufwirft und zu denen sich (teilweise) bereits die Stellungnahme der Sozietät Freshfields vom 11.10.2016 verhält. Denn die unvorhersehbaren (und unfundierten) Behauptungen des PUA zu einer vermeintlichen Verstrickung der Sozietät Freshfields in die vom PUA untersuchten Geschäfte lassen in den Hintergrund treten, dass hier der Sache nach ohne zureichende tatsächliche Anhaltspunkte die Durchsuchung bei einer Rechtsanwaltskanzlei als (privater) Berufsgeheimnisträgerin begehrt wird. Dieser Umstand wirft – jenseits der fehlenden Fundiertheit der Behauptungen des PUA – die nachfolgend zu behandelnden, teilweise grundsätzlichen Rechtsfragen auf.

Die beantragte Durchsuchung ist auch deshalb zur Aufklärung eines untersuchungsrelevanten Sachverhaltes ungeeignet, weil sich das Erkenntnisziel der beantragten Durchsuchung und Beschlagnahme vor dem Hintergrund des Ausgeführten und der Haltlosigkeit der Behauptungen des PUA auf Sachverhalte richtet, die nicht Gegenstand des Untersuchungsauftrages des PUA sind und auf die sich auch sein Einsetzungsbeschluss nicht erstreckt. Entgegen der Behauptung des PUA liegen die beantragte Durchsuchung und Beschlagnahme nicht innerhalb des durch den Einsetzungsbeschluss umgrenzten sowie verfassungskonform auszulegenden Untersuchungsauftrages. Ein solcher Zusammenhang wäre allenfalls denkbar, wenn die Behauptungen des PUA zur eigenständigen mandatsunabhängigen Geschäftsentwicklung durch Berufsträger der Sozietät Freshfields zuträfen, was aber nicht der Fall ist. Vor dem Hintergrund dieses Befundes zielt der Beweisbeschluss der Sache nach auf eine privatgerichtete Untersuchung mehrerer Geschäftslokale einer Rechtsanwaltskanzlei ab, die von dem verfassungskonform auszulegenden Untersuchungsauftrag nicht umfasst ist. Im Einzelnen:

1. Zur begrenzten – Rechtsanwaltskanzleien nicht umfassenden – Reichweite des Untersuchungsauftrages des PUA

Der dem PUA erteilte Untersuchungsauftrag ist primär darauf gerichtet, das Verhalten von Stellen des Bundes im Zusammenhang mit der Behandlung von Cum/Ex-Geschäften bei Leerverkäufen von Aktien um den Dividendenstichtag über einen längeren Zeitraum (1999-2012) zu untersuchen. Daneben soll der Untersuchungsausschuss klären, ob und wenn ja wie und zu welchen Beteiligungen an Cum/Ex-Geschäften es bei privaten Kreditinstituten, Kreditinstituten mit Beteiligung des Bundes oder Kreditinstituten während der Laufzeit von Stabilisierungsmaßnahmen des Finanzmarktstabilisierungsfonds gekommen ist und welche Kenntnisse Stellen des Bundes darüber hinaus über die Beteiligung von Kreditinstituten des öffentlichen Sektors an solchen Geschäften hätten haben können (vgl. Einsetzungsbeschluss II.5 und 6., BT-Drs. 18/7601, S. 3 f.) In diesem Zusammenhang soll der Untersuchungsausschuss klären,

„7. ob und wenn ja, wie und in welchem Umfang sich darüber hinaus andere Marktteilnehmer an den Cum/Ex-Geschäften im Sinne von Unterabschnitt I beteiligt haben und wer ggf. hiervon profitiert hat“ (Einsetzungsbeschluss II.5 und 6., BT-Drs. 18/7601, S. 4).

Der Auftrag des Untersuchungsausschusses erstreckt sich damit auf näher bezeichnete Kreditinstitute und andere Marktteilnehmer, die sich ebenso wie Kreditinstitute an Cum/Ex-Geschäften beteiligt haben. Nicht erfasst von dem Untersuchungsauftrag sind ersichtlich Rechtsanwaltskanzleien wie die Sozietät Freshfields, die weder Marktteilnehmer ist noch sich an den Cum/Ex-Geschäften beteiligt oder davon profitiert hat.

Dies sieht wohl auch der PUA so. Denn er unternimmt es, diese Begrenzungen des ihm erteilten Auftrages dadurch zu verdecken und zu verschieben, dass er auf die angebliche Relevanz des Handelns von Berufsträgern der Sozietät Freshfields für die politische bzw. parlamentarische Bewertung des Handelns der Bundesfinanzverwaltung abhebt (Antrag PUA, S. 10). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Beweiserhebungsrecht eines Untersuchungsausschusses aber strikt durch den im Einsetzungsbeschluss bestimmten Untersuchungsauftrag begrenzt. Der Untersuchungsauftrag muss sich danach im Rahmen der parlamentarischen Kontrollkompetenz halten und hinreichend deutlich bestimmt und abgegrenzt sein (vgl. nur BVerfGE 124, 78, 118 ff.; st. Rspr.).

Der Untersuchungsauftrag wird allein durch den Einsetzungsbeschluss des Bundestages festgelegt; er kann auch nur durch einen weiteren Beschluss des Bundestages abgeändert werden (§ 3 PUAG). Dementsprechend und gemäß dem Sinn und Zweck des parlamentarischen Untersuchungsrechts sowie dem Rechtsstaatsprinzip, dem Gewaltenteilungsprinzip und der Stellung des Untersuchungsausschusses als Hilfsorgan des Bundestages muss der Untersuchungsauftrag hinreichend bestimmt sein. Der Bundestag selbst muss als Herr des Untersuchungsverfahrens dessen Rahmen selbst abstecken. Er darf diese Aufgabe nicht auf den Untersuchungsausschuss delegieren. Dem Untersuchungsausschuss steht in Bezug auf die Auslegung des Untersuchungsauftrages weder ein Ermessensspielraum noch eine Einschätzungsprerogative zu.

Diese Notwendigkeit einer deutlichen Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes dient nicht nur dem Schutz einsetzungsberechtigter Parlamentsminderheiten, sondern insbesondere und vor allem dem Schutz der von der Untersuchung Betroffenen, zu denen neben der Bundesregierung auch Dritte zählen, denen gegenüber das Untersuchungsrecht Eingriffs- und Zwangsbefugnisse verleiht. Die Bestimmtheit des Untersuchungsauftrags hat nach der Verfassungsrechtsprechung außerdem auch Bedeutung für die Reichweite der von Behörden und Gerichten zu leistenden Amtshilfe. Aus diesem Grund kann von Betroffenen gegen eine Be-

weiserhebung eingewandt werden, dass sie sich nicht innerhalb des dem Untersuchungsausschuss erteilten Untersuchungsauftrages halt (BVerfGE 124, 78, 119; st. Rspr).

Da der Auftrag des Ausschusses vorliegend auf die Finanzverwaltung des Bundes sowie auf Cum/Ex-Geschäfte von Kreditinstituten und anderen Marktteilnehmern beschränkt ist, sich jedoch nicht auf das Handeln von Rechtsanwälten erstreckt, überschreitet der Beweisbeschluss des Antragstellers den vom Bundestag klar und eindeutig definierten Untersuchungsauftrag. Er ist deshalb nicht auf einen dem Untersuchungsausschuss zur Aufklärung übertragenen Sachverhalts- bzw. Beteiligtenkomplex bezogen.

2. Kein anderer Befund bei verfassungskonformer Auslegung des Untersuchungsauftrages

Auch die gebotene verfassungskonforme Auslegung des dem PUA erteilten Untersuchungsauftrages führt nicht zu einem anderen Ergebnis.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen Entscheidungen herausgearbeitet, dass das Schwergewicht der Untersuchungen parlamentarischer Untersuchungsausschüsse

„naturgemäß in der parlamentarischen Kontrolle von Regierung und Verwaltung, insbesondere in der Aufklärung von in den Verantwortungsbereich der Regierung fallenden Vorgängen, die auf Missstände hinweisen“; (BVerfGE 77, 1, 43 f.)

liegt. Die parlamentarische Untersuchungskompetenz des Deutschen Bundestages ist zwar nicht auf diesen Kernbereich beschränkt. Sie erstreckt sich jedoch nur dann auf private Unternehmen, wenn besondere Umstände wie spezifische rechtliche Bindungen solcher Unternehmen oder ein öffentliches Untersuchungsinteresse von hinreichendem Gewicht die Erstreckung der Untersuchung in den privaten Bereich zu rechtfertigen vermögen (BVerfGE 77, 1, 43 f. unter Bezug auf BVerfGE 67, 100, 140).

Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich offen gelassen, ob und ggf. inwieweit

„auch die Privatwirtschaft und die Lebensverhältnisse und -umstände von Privatpersonen zum Gegenstand parlamentarische Untersuchungen gemacht werden dürfen“ (BVerfGE 77, 1, 45).

Eine Ausnahme besteht nur für solche privaten Unternehmen, die in erheblichem Umfang aus staatlichen Mitteln gefordert oder steuerlich begünstigt werden, weil sie eine gemeinwirtschaftliche Zielsetzung verfolgen („*Neue Heimat*“, BVerfGE 77, 1, 45). Auch dann ist eine Beschlagnahme bei Privaten indes nur dann zulässig, wenn sie durch das Gewicht des Untersuchungszwecks und die Bedeutung des Beweisthemas gerechtfertigt ist (BVerfGE 77, 1, 53).

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat auf der Grundlage der geschilderten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 1994 klargestellt, dass parlamentarische Untersuchungen, die in den privaten Bereich hineinwirken, nur ausnahmsweise zulässig sind,

„soweit sie nicht den ausschließlichen privaten Bereich betreffen und soweit an der durchzuführenden Untersuchung ein öffentliches Interesse besteht. Ein öffentliches Interesse in diesem Sinn wird bei Untersuchung von Angelegenheiten des privaten Bereichs in der Regel nur dann bestehen, wenn der Untersuchungsgegenstand einen Bezug zu einer öffentlichen Funktion oder zu einer Amtstätigkeit des Betroffenen aufweist und die Aufklärung der betreffenden Tatsachen Rückschlüsse auf die Führung der Amtsgeschäfte des Betroffenen erlaubt.“ (BayVerfGH Urt. v. 19.4.1994, Vf. 71 – IVa/93, NVwZ 1995, 681, 684)

Ein Eingriff in private Lebensbereiche ist nur dann durch das notwendige öffentliche Interesse gerechtfertigt,

„wenn sich aus der Untersuchung Beurteilungen und Konsequenzen hinsichtlich der Amtsführung des betreffenden Amtsinhabers ergeben können.“ (BayVerfGH Urt. v. 19.4.1994, Vf. 71 – IVa/93, NVwZ 1995, 681, 684)

Der an der Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts maßgeblich beteiligte Richter *Hans Hugo Klein* weist in seiner Kommentierung zu Art. 44 GG ebenfalls ausdrücklich auf die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die parlamentarische Untersuchung privater Bereiche hin. Er führt aus:

„Das Vordringen parlamentarischer Untersuchungen in den gesellschaftlichen Bereich erscheint bedenklich, weil das Parlament dadurch in die Rolle eines allgemeinen Aufsichtsorgans gerät, das privates Verhalten nahezu nach Belieben (auch nach dem Willen einer Minderheit) vor den Augen der Öffentlichkeit auszuforschen und damit zu kontrollieren in der Lage ist.“ (Klein in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Loseblatt, Art. 44 Rn. 110)

Der an der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts maßgeblich beteiligte Richter *Böckenförde* hat im Hinblick auf derart weit reichende Untersuchungsrechte eines Parlamentes schon sehr früh an das *ius supremae inspectionis* der absoluten Monarchie erinnert (Bö-

ckenförde, AÖR 103 (1978), S. 1, 10). Auch der Richter des Bundesverfassungsgerichts Masing warnt im Zusammenhang mit der Untersuchung privater Sachverhalte und Bereiche durch parlamentarische Untersuchungsausschüsse vor einem

„unheimlichen Gesamtaufklärungsinstrument“ (Masing, *Parlamentarische Untersuchung privater Sachverhalte*, 1998, S. 177).

Zu Recht wird von Klein und Masing hervorgehoben, dass der Bürger gegenüber dem Parlament keine politische Verantwortung trägt:

„Seine grundrechtlich gewährleistete Freiheit erweist sich gerade darin, dass er bei ihrer Betätigung keiner staatlichen Kontrolle unterliegt. Die Etablierung eines umfassenden, zwangsmittelbewehrten, allenfalls beim Versuch der Erhebung höchst sensibler privater Daten auf Grenzen stoßenden, staatlichen ins supremae inspectionis hobe diese Freiheit auf.“ (Klein, a.a.O., Art 44 Rn. 120; Masing, *Parlamentarische Untersuchung privater Sachverhalte*, 1998, S. 283 f.; vgl. ferner Studenroth, *Die parlamentarische Untersuchung privater Bereiche*, 1992, S. 129.)

Diese grundsätzlichen Erwägungen treffen zu. Denn die Durchsetzung des geltenden Rechts gegenüber dem Bürger ist im demokratischen Verfassungsstaat den Behörden und Gerichten anvertraut und in einer Vielzahl von Gesetzen geregelt, die für deren Verfahren Vorschriften aufstellen, welche dem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt genügen müssen. Die Informationspflichten des Bürgers sind auf diesen Zweck hin orientiert und durch ihn begrenzt. Für eine zwangsmittelbewehrte parlamentarische Gesetzmaßigkeitskontrolle ist daneben kein Raum. Dabei gilt, dass die Durchsetzung des Rechts gegenüber Privaten nicht Aufgabe des Parlaments ist, eine parlamentarische Untersuchung

„jedoch stets, unabhängig vom Ergebnis seiner Ermittlungen, eine zulasten des betroffenen Privaten gehende Prangerwirkung“ erzielt. *Aus dieser Prangerwirkung erwachsen dem Privaten regelmäßig Nachteile, „die über diejenigen, die ihm durch behördliche oder gerichtliche Untersuchungen erwachsen können, meist selbst dann hinausgehen, wenn ihm rechtswidriges Verhalten nicht nachgewiesen wird. Mit anderen Worten: Eine nicht an rechtlich greifbare, justiziable Tatbestandsmerkmale gebundene, mithin nahezu beliebig mögliche (weil politischer Diskretion anheimgegebene) parlamentarische Untersuchung privater Sachverhalte hobe den freiheitsverbürgenden Effekt der Gewaltengliederung weitestgehend auf.“* (Klein, a.a.O., Art. 44 Rn. 121; vgl. a. Masing, a.a.O., 1998, S. 282; vgl. auch Studenroth, a.a.O., 1992, S. 126 f.)

Es soll hier nicht im Einzelnen vertieft werden, dass genau diese Folgen auch im vorliegenden Fall für die Sozietät Freshfields durch die öffentliche Kundgabe der Entscheidung des PUA, einen Durchsuchungsbeschluss für die Kanzleiräume der Sozietät Freshfields zu beantragen,

bereits eingetreten sind. Diese Folgen wurden noch dadurch intensiviert, dass in der öffentlichen Ausschusssitzung am 24.11.2016 vor zahlreichen Medienvertretern – entgegen der durchgängigen Praxis des Untersuchungsausschusses, interne Entscheidungen des PUA nicht öffentlich zu begründen – eine mehrseitige Begründung für diese Entscheidung verlesen worden ist, mit der ohne tatsächliche tragfähige Grundlage (s.o.) Berufsträger der Sozietat bezichtigt wurden, mandatsunabhängig und proaktiv Cum/Ex-Geschäfte gestaltet und Mandanten zu Zwecken der Verschleierung vor den Finanzbehörden angeboten zu haben. Über dieses Vorgehen und den Inhalt der verlesenen Darstellung wurde in den Medien breit berichtet, was zu den von *Klein* beschriebenen Wirkungen geführt hat.

Ein parlamentarischer Untersuchungsauftrag kann sich nach dem Ausgeführten nur im Ausnahmefall und unter besonderen Voraussetzungen wenn überhaupt nur mittelbar auf die Untersuchung privater Bereiche erstrecken. Eine unmittelbare bzw. rein privatgerichtete Untersuchung wäre von vornherein der Untersuchungskompetenz eines PUA entzogen (vgl. *Teubner*, Untersuchungs- und Eingriffsrechte privatgerichteter Untersuchungsausschüsse, S. 13 ff. m.w.N.). Das Parlament muss sich diese Ausnahmesituation bewusst machen und abwägen, ob tatsächlich das Handeln Privater so eng mit dem eigentlich zu untersuchenden Handeln der Exekutive verknüpft ist, dass die mit der Untersuchung privater Sachverhalte verbundene Prangerwirkung und Durchbrechung der Gewaltengliederung ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann. Im Untersuchungsauftrag muss unzweideutig zum Ausdruck kommen, dass das Parlament seine Untersuchung bewusst auf private Sachverhalte erstrecken will, weil der notwendige enge Annex zum staatlichen Handeln aus seiner Sicht ausnahmsweise gegeben ist. Bei der konkreten Beweiserhebung ist daher darauf zu achten, dass die Einbeziehung privater Bereiche – wie der Tätigkeit einer Rechtsanwaltskanzlei – nur insoweit „mittelbar“ erfolgt, als dies zur Klärung eines staatlichen Verhaltens erforderlich und notwendig ist.

Diese Voraussetzungen sind vorliegend ersichtlich nicht erfüllt. Der Untersuchungsauftrag erwähnt nur private Banken und andere Marktteilnehmer, nicht jedoch Rechtsanwaltskanzleien, die selbst Private sind, ihrerseits private Mandanten beraten haben und an den zu untersuchenden Geschäften weder unmittelbar beteiligt sind, noch an deren wirtschaftlichem Gegenstand oder Erfolg partizipieren. Angesichts der aufgezeigten verfassungsrechtlichen Vorgaben ist es unzulässig, dass der Untersuchungsausschuss den Untersuchungsauftrag in seinem Beweisbeschluss eigenmächtig auf Anwaltskanzleien erweitert hat.

Die vom PUA beantragte Durchsuchung und Beschlagnahme von anwaltlichen Unterlagen und Daten ist hiernach auf Erkenntnisse gerichtet, die dem Untersuchungsgegenstand tatsächlich nicht unterfallen. Auch aus diesem Grund ist die begehrte Durchsuchungsanordnung nicht geeignet, zur Aufklärung von Sachverhalten beizutragen, die für die Untersuchungen des PUA relevant sind.

V. Zur fehlenden Erforderlichkeit der beantragten Durchsuchung

Der Antrag des PUA ist auch deshalb zurückzuweisen, weil die beantragte Durchsuchung – jenseits aller vorstehenden Erwägungen zur fehlenden Geeignetheit – auch nicht erforderlich ist.

1. Vorrang weniger einschneidender Beweiserhebungen

Dies gilt zunächst im Hinblick auf den Vorrang anderer, weniger einschneidender Beweiserhebungen.

Wie oben ausgeführt, haben Anordnungen von Durchsuchungen in Rechtsanwaltskanzleien in besonderer Weise dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen (vgl. nur BVerfGK 14, 83, 89; st. Rspr.). Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass als gegenüber einer Durchsuchung weniger einschneidende Maßnahme insbesondere die Einvernahme von Zeugen in Betracht kommt (BVerfGK, a.a.O.).

Diese Möglichkeit hat der PUA vollständig außer Betracht gelassen, obgleich eine Aufklärung der (hier einmal unterstellt: untersuchungsgegenständlichen) Frage, ob und inwieweit Berufsträger der Sozietät Freshfields im Zusammenhang mit Cum/Ex-Geschäften bzw. deren Strukturierung und Entwicklung Tätigkeiten außerhalb ihnen erteilter Mandate vorgenommen haben, ohne weiteres durch zeugenschaftliche Einvernahmen herbeigeführt werden kann.

Dies gilt zunächst durch die Einvernahme der betreffenden Berufsträger der Sozietät Freshfields selbst. Diese waren vom PUA nicht nur bereits geladen, sondern zu der Terminsstunde am 24.11.2016 auch erschienen. Nichts hätte näher gelegen, als die Herren Rechtsanwälte Wiesenbart und Dr. Johannemann zu dieser Thematik, hinsichtlich derer ihnen ein Zeugnisverweigerungsrecht wegen des mandatsunabhängigen Befragungsgegenstandes nicht zuge-

standen hätte, selbst zu befragen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die genannten Herren hierzu Angaben begründet hatten verweigern können. Statt aber eine Befragung der zur Terminsstunde gemäß Zeugenladung im PUA erschienenen Herren Wiesenbart und Dr. Johannemann durchzuführen, wurden diese vor Beginn der Vernehmung weggeschickt mit dem Bemerkten des Ausschussvorsitzenden, dass deren Einvernahme

„keinen Sinn macht“,

bevor über den Durchsuchungsantrag bezüglich ihrer Kanzleiräume entschieden und die Durchsuchung durchgeführt worden sei.

Mit diesem Vorgehen stellt der PUA die geschilderten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts auf den Kopf. Richtigerweise hätte bei Beachtung des Vorrangs weniger einschneidender Beweiserhebungen zuerst die Zeugenvernehmung durchgeführt werden müssen, weil durch diese die erstrebten Erkenntnisse ebenso hätten erlangt werden können.

Gleiches gilt im Übrigen für die Möglichkeit der Einvernahme von Zeugen aus der Sphäre der juristischen bzw. natürlichen Personen, die mit der Durchführung von Cum/Ex-Geschäften befasst gewesen sind. Auch diese hätten ohne weiteres Auskunft zu der Frage geben können (und ggf. müssen), inwieweit ihnen bekannt ist oder sie selbst wahrgenommen haben, ob Berufsträger der Sozietät Freshfields mandatsunabhängige Strukturierungs- oder Entwicklungstätigkeiten in Bezug auf Cum/Ex-Geschäfte vorgenommen und für solche Strukturen proaktiv geworben haben. Diese Einvernahme hätte umso mehr nahe gelegen, als der vom PUA am selben Tag (24.11.2016) vernommene Zeuge *Dr. h.c. Carsten Maschmeyer*, der sich an Cum/Ex-Geschäften mittelbar oder unmittelbar beteiligt haben soll, zu der Thematik der – nicht in Zusammenhang mit Freshfields stehenden – Einwerbung seiner Person für solche Geschäfte intensiv befragt worden ist und dazu näher Auskunft erteilt hat.

Hiernach missachtet der Antrag PUA auf die Durchsuchung der Kanzleiräume der Sozietät Freshfields auch den Grundsatz des Vorrangs weniger einschneidender Maßnahmen. Entsprechend verstieße die vom PUA begehrte Anordnung auch gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unter dem Blickwinkel der Erforderlichkeit.

2. Zur fehlenden Erforderlichkeit der räumlichen Erstreckung auf sechs Standorte der Sozietät Freshfields in Deutschland

Durchgreifende Bedenken ergeben sich gegen die begehrte Anordnung überdies unter dem Blickwinkel der Erforderlichkeit im Hinblick auf die von dem Antrag erfassten konkreten Geschäftsräume der Sozietät Freshfields in räumlicher Hinsicht.

Der Antrag PUA ist darauf gerichtet, die Durchsuchung der gesamten Geschäftsräume der Sozietät Freshfields an sämtlichen (sechs) deutschen Standorten der Sozietät, i.e. Hamburg, Berlin, Düsseldorf, Köln, Frankfurt am Main und München, anzuordnen.

Eine Begründung dafür, warum bezüglich sämtlicher Standorte eine Auffindewahrscheinlichkeit hinsichtlich der vom PUA als existierend angenommenen Unterlagen und Daten bestehen soll, lässt sich der Antragsschrift mit keinem Wort entnehmen. Hierzu hätte es für das Erreichen einer sachgerechten – den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügenden – Begrenzung der beantragten Maßnahme indes einer konkreten, auf die Umstände des Einzelfalls eingehenden Begründung bedurft.

Dies gilt umso mehr vor folgendem Hintergrund.

Dem Untersuchungsausschuss ist aufgrund der ihm vorliegenden zehn Rechtsgutachten, auf die er sich in seiner Antragsschrift bezieht, bekannt, dass diese (sämtlich) aus dem Frankfurter Büro der Sozietät Freshfields herrühren und dieses Büro als Absender tragen. Ihm ist darüber hinaus bekannt, dass die steuerliche Beratung in den hier interessierenden Themenbereichen durchführenden Rechtsanwälte ihren Geschäftssitz an dem Frankfurter Standort der Sozietät hatten.

Tatsächlich ist die Bearbeitung und Beratung zu den hier interessierenden Themen ausschließlich an dem Standort Frankfurt am Main der Sozietät vorgenommen worden. Nur dort könnten sich auch diese Themenkomplexe betreffende Unterlagen befinden. Auch der insoweit vorhandene Datenbestand ist im Frankfurter Standort vollumfänglich zugänglich. Sollten diese Umstände für die Entscheidung durch den Bundesgerichtshof von Bedeutung sein, rege ich die Einvernahme der in den verschiedenen Standorten im fraglichen Zeitraum verantwortlichen *office managing partner* der Sozietät an, die hierüber Auskunft erteilen und über die jewei-

gen Kanzleianschriften geladen werden können. Sie werden das vorstehend Ausgeführte bestätigen. Ggf. bitte ich um einen entsprechenden Hinweis zwecks namentlicher Benennung.

Wieso der PUA bei dieser Sachlage eine Durchsuchung sämtlicher Standorte der Sozietät Freshfields beantragt hat, obgleich ihm kein einziger tatsächlicher Anhaltspunkt dazu bekannt ist (und sein kann), dass an anderen Standorten hierzu Unterlagen befindlich sein könnten, ist unerfindlich.

Hiergegen lässt sich nicht einwenden, dass der PUA bei seiner Antragstellung darauf Bedacht zu nehmen gehabt hätte, dass im Fall der Beantragung einer Durchsuchung ausschließlich für einen Standort die Gefahr eines Beweismittelverlustes an anderen Standorten infolge der Kenntniserlangung von der Durchsuchung mit sich gebracht hatte und daher bereits im Ausgangspunkt alle deutschen Standorte in den Durchsuchungsantrag aufgenommen werden mussten. Abgesehen davon, dass der PUA derartige Überlegungen zum räumlichen Umfang der Durchsuchung offenbar (und zu Recht) nicht angestellt hat, hat er die Validität derartiger Einwände selbst dadurch vollständig zerstört, dass er die beabsichtigte Antragstellung auf die Durchsuchung der Kanzleiräume der Sozietät in Anwesenheit zahlreicher Medienvertreter öffentlich machte, noch bevor der von ihm beauftragte Bevollmächtigte den Antrag beim Bundesgerichtshof eingereicht hatte.

Ob aus dieser Art des Vorgehens des PUA darüber hinaus Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Erwartung des PUA abzuleiten sind, dass die von ihm begehrten Unterlagen bei der Sozietät Freshfields überhaupt je existiert haben, soll hier nicht weiter erörtert werden. Sicher ist allerdings, dass jemand, der sich von einer Durchsuchung einen Aufklärungsbeitrag ernstlich verspricht, deren Bevorstehen nicht öffentlich bekannt gibt.

Hiernach erweist sich der Antrag PUA auch unter dem Aspekt der Erforderlichkeit der räumlichen Erstreckung der begehrten Durchsuchung auf alle deutschen Standorte als nicht verhältnismäßig, weil der „Erfolg“ der begehrten Maßnahme schon bei einer Beschränkung auf den dem PUA bekannten Standort Frankfurt am Main eingetreten wäre, an dem die hier interessierenden Themenkomplexe behandelt und beraten worden sind, weshalb eine Durchsuchung anderer Standorte nicht erforderlich wäre.

VI. Zur fehlenden Angemessenheit der beantragten Durchsuchung und Beschlagnahme (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn)

Die beantragte Durchsuchung erweist sich schließlich auch in Bezug auf das dritte Kriterium der Verhältnismäßigkeit als nicht vertretbar. Denn sie ist im Hinblick auf die mit ihr verbundenen gravierenden Eingriffe in die Grundrechte der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, der einzelnen Berufsträger in den jeweiligen Standorten und der Mandanten der Sozietät Freshfields gemessen an dem mit ihr erstrebten Erkenntnisfortschritt unverhältnismäßig im engeren Sinn. Sie ist unangemessen.

1. Keine zureichenden Abwägungsgrundlagen für die Angemessenheitsfeststellung

Insoweit kann zunächst auf das Ausgeführte verwiesen werden: Der PUA stützt sein Begehren auf Behauptungen und Hypothesen zu einem vermeintlichen Verhalten der Berufsträger der Sozietät Freshfields im Kontext mit Cum/Ex-Geschäften, die nicht durch tragfähige tatsächliche Anhaltspunkte gestützt werden, sondern sich in Vermutungen und Spekulationen erschöpfen. Dem entsprechend enthält der Antrag auch keine Darstellung einer wie auch immer gearteten Auffindewahrscheinlichkeit hinsichtlich der von ihm als existent behaupteten Beweismittel. Angesichts dieses Befundes sind wesentliche, in die konkrete Abwägung bei der Angemessenheitsprüfung einzustellende Umstände nicht in einer Weise vorgetragen oder gegeben, die eine abwägende Berücksichtigung ermöglichen würde.

Es fehlen überdies jegliche Ausführungen des PUA oder sonstige Anhaltspunkte für die konkrete Bedeutung der vermeintlich aufzufindenden Beweismittel für die Untersuchung des PUA. Aufschlussreich sind insoweit dessen Ausführungen auf S. 7 seiner Antragsbegründung. Dort führt der PUA aus, dass im Hinblick auf die eingetretenen Steuerausfälle grundsätzlich drei verschiedene Szenarien als Erklärung in Betracht kommen. Für nur eines dieser „*möglichen Szenarien*“ kann die vom PUA beantragte Durchsuchung indes Bedeutung gewinnen, nämlich für das Szenario der von langer Hand geplanten und von professionellen Beratern „*intuiert*“ Cum/Ex-Geschäfte (jeweils Antrag PUA, S. 7). Bei dieser Sachlage hatte es eingehender Ausführungen durch den PUA bedurft, was für tatsächliche Anhaltspunkte den PUA zu der Einschätzung gelangen lassen, dass gerade dieses Szenario eher in Betracht kommt als die von ihm selbst als „*möglich*“ angeführten Alternativ-Szenarien und welche Bedeutung für die Untersuchung vor diesem Hintergrund die vermeintlich aufzufindenden Beweismittel besitzen. Hierzu enthält die Antragschrift kein Wort. Auch aus diesem Grund sind wesentliche, in die

Abwägung einzustellende Umstände nicht dargetan und für den Bundesgerichtshof auch nicht anderweitig erschließbar.

Soweit der PUA in seiner Antragschrift (S. 13 f.) anführt, von besonders hohem Gewicht sei die Aufklärung der Fragen, ob die Finanzverwaltung ggf. für Steuerausfälle in sehr großer Höhe verantwortlich war und was künftig zur Vermeidung solcher Szenarien getan werden kann, lässt dies einen konkreten Bezug zu der beantragten Maßnahme und ihrer Bedeutung für die Aufklärung dieser Fragen vermissen. Dies zumal vor dem aufgezeigten Hintergrund, dass die Berufsträger der Sozietät Mitarbeiter der Finanzverwaltung zu verschiedenen Zeitpunkten unter detailliertem Hinweis auf die im Markt praktizierten Geschäfte auf die sich aus der unsicheren Rechtslage ergebenden Risiken einer doppelten Anrechnung der Kapitalertragsteuer hingewiesen haben. Soweit der PUA auf „*Geschäftsmodelle, die abstrakt und strategisch entwickelt werden*“ (Antrag PUA, S. 14) hinweist und dies zur Begründung der Angemessenheit anzuführen versucht, kann dem schon deshalb nicht gefolgt werden, weil hierfür keine tatsächlichen Anhaltspunkte ersichtlich sind (s.o.). Schließlich trägt auch die vom PUA angeführte Erwägung nicht, dass bezüglich der Berufsträger der Sozietät Freshfields unabhängig von deren individueller Verantwortlichkeit von einer „*erheblichen Mitverantwortung*“ auszugehen sei, was in die Angemessenheitsprüfung eingestellt werden müsse. Denn diese Erwägung konnte für die weitaus größte Zahl der in der Sozietät tätigen Berufsträger, d.h. all diejenigen, die mit Cum/Ex-Geschäften nie in Kontakt geraten sind, ohnehin nicht gelten. Darüber hinaus nimmt auch diese Erwägung eine Behauptung zur Grundlage, für deren Richtigkeit keine tatsächlichen Anhaltspunkte streiten.

Schon aus diesen Gründen lässt sich eine tragfähige Entscheidung betreffend die Angemessenheit durch den Bundesgerichtshof nicht treffen und eine zureichende Begründung für die Angemessenheit ist nicht gegeben.

Vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass es dem Bundesgerichtshof nicht eröffnet ist, die Begründung des Antragsbegehrens seinerseits zu ersetzen oder die durch den PUA unterlassenen Substantierungen und fehlenden Tatsachenbezüge nachzuholen. Denn dem Bundesgerichtshof sind vom PUA keine Tatsachen oder sonstigen Aspekte mitgeteilt worden, die eine solche Substituierung bzw. eine Aufnahme in die vorzunehmende Abwägung ermöglichen. Der Bundesgerichtshof vermag allein auf der tatsächlichen Grundlage zu entscheiden, die ihm durch die Verfahrensbeteiligten unterbreitet worden ist.

2. Intensive Eingriffe in die Grundrechte verschiedener Grundrechtsträger (Art. 13, 12 und 2 GG)

Schließlich fehlt es auch deshalb an der Angemessenheit der vom PUA begehrten Durchsuchungsanordnung, weil diese tief in die Grundrechte verschiedener Grundrechtsträger eingreift und sich insoweit als unangemessen darstellt.

Die beantragte Durchsuchung und Beschlagnahme, die sich auf die Geschäftsräume der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP und der in ihr tätigen Berufsträger an sechs verschiedenen Standorten bezieht, greift intensiv in die Grundrechte der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) sowie der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) der Betroffenen ein.

Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Einzelnen die Freiheit der Berufsausübung als Grundlage seiner persönlichen und wirtschaftlichen Lebensführung. Die Norm konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich individueller beruflicher Leistung und Existenzhaltung. Sie zielt auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab. Das Bundesverfassungsgericht betont, dass die durch den Grundsatz der freien Advokatur gekennzeichnete anwaltliche Berufsausübung unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts unterliegt (BVerfGE 110, 226, 251 f.; st. Rspr.). Wiederholt hat das Bundesverfassungsgericht überdies darauf hingewiesen, dass der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung nicht allein im individuellen Interesse des einzelnen Rechtsanwalts oder des einzelnen Rechtsuchenden liegt. Als *Organ der Rechtspflege* (vgl. §§ 1 und 3 BRAO) ist jeder Rechtsanwalt berufen, die Interessen seines Mandanten zu vertreten. Er wird im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege tätig. Bürgerinnen und Bürgern müssen unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips des Grundgesetzes schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Rechtskundige zur Seite stehen, denen sie vertrauen und von denen sie erwarten können, dass sie ihre Interessen unabhängig, frei und uneigennützig wahrnehmen (BVerfGE 110, 226, 252; st. Rspr.). Diese Aufgabe können Rechtsanwälte nur unter der Voraussetzung wahrnehmen, dass ein Vertrauensverhältnis zwischen ihnen und ihren Mandanten besteht. Die Verschwiegenheitspflicht der Rechtsanwälte wird selbst im Strafprozess gesetzlich ausdrücklich und umfassend geschützt (vgl. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, § 97 StPO).

In diese grundrechtlich geschützte Sphäre des Rechtsanwalts greift die vom PUA beantragte Durchsuchung tief ein. Sie bedeutet einen intensiven Eingriff auch und gerade in Ansehung solcher Berufsträger der Sozietät Freshfields, die mit den den Untersuchungsausschuss interessierenden Vorgängen und Mandaten zu keiner Zeit in Berührung standen, gleichwohl aber von der Durchsuchung in gleicher Intensität beeinträchtigt wurden.

Die grundrechtliche Schutzgarantie aus Art. 12 Abs. 1 GG besteht umso mehr gegenüber einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss, der in seinen Ermittlungen von politischen Erwägungen geleitet wird und geleitet werden darf. Diese politische Freiheit der parlamentarischen Untersuchung bedingt notwendig einen besonderen Grundrechtsschutz der Betroffenen. Sie können anders als die Betroffenen einer strafprozessualen Untersuchung nicht darauf vertrauen, dass der politische Untersuchungsausschuss belastende und entlastende Umstände sorgfältig abwägt und im Zweifel für den Betroffenen entscheidet.

Durchsuchung und Beschlagnahme greifen nicht nur tief in die Rechte der Betroffenen ein, sondern sind im Verfahren des parlamentarischen Untersuchungsausschusses regelmäßig mit intensiver medialer Begleitung verbunden, die für den Betroffenen zu der erwähnten Prangerwirkung führen kann, wie dies im vorliegenden Fall bereits im Vorfeld der Antragstellung geschehen ist. Durch die Anordnung und den Vollzug der beantragten Maßnahmen würde eine Perpetuierung und Vertiefung dieser bereits massiv eingetretenen und mit erheblichen Reputationsgefahren verbundenen Medienberichterstattung heraufbeschworen. Deshalb muss ein Untersuchungsausschuss vor einem Beweisbeschluss gegen Private und insbesondere gegen Rechtsanwälte als Organen der Rechtspflege sehr sorgfältig abwägen, ob die Eingriffe in das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und in die freie Advokatur, die für den Rechtsstaat von grundlegender Bedeutung ist, durch ein hinreichendes öffentliches Interesse gedeckt und gerechtfertigt sind. Dies ist hier nicht der Fall.

Art. 13 Abs. 1 GG garantiert die Unverletzlichkeit der Wohnung. Damit wird dem Einzelnen ein elementarer Lebensraum gewährleistet. In seinen Räumen hat er das Recht, in Ruhe gelassen zu werden. Auch in diese grundrechtlich geschützte Lebenssphäre greift eine Durchsuchung schwerwiegend ein (vgl. BVerfGE 59, 95, 97; 96, 27, 40). Der Schutz des Art. 13 Abs. 1 GG erstreckt sich auch auf geschäftlich genutzte Räume, die nicht allgemein zugänglich sind (vgl. BVerfGE 42, 212, 219; 96, 44, 51), namentlich auch für das Geschäftslokal einer Rechtsanwaltskanzlei (BVerfGK 15, 225, 240 ff., st. Rspr.).

Jenseits der Eingriffe in die Grundrechte aus Art. 12 und 13 GG besteht ferner – wie stets bei einer Ermittlungsmaßnahme gegen einen Berufsgeheimnisträger – die Gefahr, dass unter dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG stehende Daten Dritter, etwa der Mandanten der Rechtsanwälte, zur Kenntnis des Untersuchungsausschusses bzw. der die Ermittlungsmaßnahmen durchführenden Behörden gelangen, die die Betroffenen in der Sphäre des Berufsgeheimnisträgers sicher wahren durften. Dadurch werden auch die Grundrechte der Mandanten berührt. Der Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Mandant liegt jenseits dessen auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege (BVerfGE 113, 29, 47 ff.). Die Bedeutung dieser Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht jüngst erneut hervorgehoben (BVerfGK v. 29.1.2015, 2 BvR 497-499/12, Rz. 18 = AnwBl. 2015, 440, 441; ebenso bereits BVerfGK 15, 225, 241).

Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass der Untersuchungsausschuss hier die im Angesicht dieser Grundrechtsbeeinträchtigungen erforderliche Abwägung auch nur ansatzweise vorgenommen hätte. Ebenso wenig hat der PUA mit seinen Ausführungen in der Antragschrift dem Bundesgerichtshof eine zureichende Grundlage für die erforderliche eigenständige Abwägung der mit der Maßnahme verbundenen tiefen Grundrechtseingriffe gegeben. Darin liegt ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 12 Abs. 1, 13 GG, die es ausschließen, den beantragten Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss zu erlassen.

3. Unzutreffende Versagung des Schutzes des „Beratungsgeheimnisses“ durch den PUA und verfehlte Auslegung der Verweisung von § 29 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 PUAG auf § 97 StPO

Zwar lassen sich der Antragschrift des PUA – wie ausgeführt – nicht die Darlegungen und Umstände entnehmen, die für die erforderliche Abwägung und Angemessenheitsprüfung zur Wahrung der Grundrechte der von der beantragten Maßnahme betroffenen Berufsträger und Mandanten notwendig sind. Wohl aber hat der PUA seinen Verfahrensbevollmächtigten Ausführungen dazu machen lassen, dass nach seiner Auffassung bestimmte Rechte für Rechtsanwälte und deren Mandanten nicht in ihrer vollen Tragweite eingreifen sollen. Er meint insoweit, der „Schutz des Beratungsgeheimnisses“ (mit diesem wohl irrtümlich dem Richtergesetz (§ 43 DRiG) entnommenen Terminus ist vermutlich der Schutz der Vertraulichkeitsbeziehung zwischen Rechtsanwalt und Mandant gemeint) sei nicht einschlägig, weil die beantragte Maßnahme auf die Erlangung nicht-mandatsbezogener Unterlagen und Daten beschränkt sei, die sich

auf eine mandats-unabhängige Strategie-Entwicklung zur Erreichung einer von der Finanzverwaltung unbemerkten doppelten Anrechnung der Kapitalertragsteuer beziehen (sollen); für diese gelte der besondere Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant nicht (Antrag PUA, S. 11 f.). Darüber hinaus komme sogar der Zugriff auf mandatsbezogene Unterlagen in Betracht, weil die Berufsträger der Sozietät Freshfields „selbst in den Fokus der Untersuchung geraten“ seien und einen dem „Beschuldigten“ im Sinn des § 97 Abs. 2 S. 3 StPO vergleichbaren Status hätten, weshalb auch den Zugriff auf Mandatsunterlagen gestattet wäre (Antrag PUA, S. 13).

Diese rechtlichen Erwägungen des PUA gehen fehl.

a) PUA-Behauptungen zu (vermeintlichen) mandats-unabhängigen Tätigkeiten und petitio principii

Entgegen der Darstellung des PUA kann der grundrechtliche Schutz der Berufsträger der Sozietät Freshfields nicht mit der Erwägung beschränkt bzw. verkürzt werden, dass die Durchsuchung der vermuteten Auffindung bestimmter nicht mandatsbezogener Unterlagen und Daten diene.

Ein solcher Ansatz verbietet sich hier schon deshalb, weil – wie eingehend dargelegt – keine tragfähigen tatsächlichen Anhaltspunkte dafür existieren, dass die mit der Beratung betreffend Cum/Ex-Geschäfte befassten Berufsträger der Sozietät Freshfields die vom PUA behaupteten mandatsunabhängigen Entwicklungs-, Strukturierungs- und Werbetätigkeiten bezüglich Cum/Ex-Geschäften überhaupt vorgenommen bzw. eine entsprechende „Unternehmensstrategie“ oder ein solches „Produkt“ zur Andienung gegenüber Mandaten entwickelt haben (jeweils Antrag PUA, S. 11).

Angesichts dieser Sachlage liegt in dem Ansatz des PUA ein Vorgehen, bei dem zunächst ohne tragfähige Grundlage und ohne Bezug zu konkreten Tatsachen eine „Verdachts“-Behauptung betreffend solche (vermeintlichen) mandatsunabhängigen Tätigkeiten aufgestellt wird, um diese Behauptung sodann als Rechtfertigung von tiefen Eingriffen in Grundrechte zu nehmen. Ersichtlich werden die der Suche nach tatsächlichen Anhaltspunkten dienenden Grundrechtseingriffe mit einer Behauptung gerechtfertigt, deren tatsächlicher Unterlegung die Durchsuchung überhaupt erst dienen soll. Hierbei handelt es sich um eine unzulässige petitio

principii: Eine nicht durch Tatsachen gestützte schlichte Behauptung vermag keine Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen, die erst die Grundlage für eben diese Behauptung liefern sollen. Dies gilt erst recht, wenn sie – wie hier, s.o. – auch in der Sache selbst unzutreffend ist.

b) Keine Relativierungen des Grundrechtsschutzes durch die Figur einer „materiellen Betroffenheit“ / verfehler Hinweis auf § 97 Abs. 2 S. 3 StPO

Auch die rechtlichen Darlegungen des PUA dazu, dass (sogar) eine Durchsuchung zur Erlangung mandatsbezogener Unterlagen zulässig wäre (auf deren Beantragung er indes „bewusst verzichtet“, Antrag PUA, S. 13), gehen fehl.

Der PUA führt die Behauptung der Zulässigkeit der Durchsuchung und Beschlagnahme betreffend mandatsbezogener Unterlagen ergänzend ein, um zum einen zu begründen, dass (vermeintlich vorhandene) seine Behauptungen stützende Unterlagen auch dann der Beschlagnahme unterliegen, wenn sie Mandatsbezug besaßen (Antrag PUA, S. 12). Zum anderen sollen diese Ausführungen des PUA als zusätzliche Absicherung seiner Ausführungen ähnlich einem Erst-recht-Schluss dienen: Der PUA meint, die mit der Beratung betreffend Cum/Ex-Geschäfte befassten Berufsträger der Sozietät Freshfields besaßen – da „*sie selbst in den Fokus der Untersuchung geraten seien*“ (Antrag PUA, S. 13) – den Status der „materiellen Betroffenheit“ (Antrag PUA, S. 13), der im Lichte der gesetzlichen Wertung des § 97 Abs. 2 S. 3 StPO die Durchsuchung und Beschlagnahme auch und sogar in Bezug auf Mandatsunterlagen gestatte. Auch einer solchen Relativierung des grundrechtlichen Schutzniveaus unter dem Aspekt eines (neu geschaffenen) Kriteriums der „materiellen Betroffenheit“ kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden:

Entgegen der Auffassung des PUA ist die Verweisung in § 29 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 PUAG auf § 97 StPO schon im Ausgangspunkt nicht in dem Sinne zu verstehen, dass nur solche Unterlagen der Beschlagnahmefreiheit unterliegen sollen, die aus einem Mandatsverhältnis zu einem „Betroffenen“ herrühren, der sich „*aufgrund des zielgerichteten Charakters der Untersuchung in einer einem Beschuldigten faktisch vergleichbaren Lage*“ befindet (Antrag PUA, S. 12). Darüber hinaus verfangt insbesondere auch die durch den PUA angestellte „*funktionsadäquate*“ Lesart der Verweisung des § 29 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 PUAG auf das Beschlagnahmeverbot in § 97 StPO nicht, wonach Beschlagnahmen beim vom Untersuchungsauftrag „Betroffenen“ stets und unab-

hängig von seiner Eigenschaft als Berufsheimnisträger (hier als Rechtsanwalt bzw. Steuerberater, § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO) zulässig bleiben sollen (Antrag PUA, S. 12).

Wie der PUA im Grundsatz zutreffend ausführt, kennt das PUAG in der ihm vom Bundesgesetzgeber verliehenen Gestalt die Rechtsfigur eines beschuldigten-ähnlich qualifiziert „Betroffenen“ – anders als die Untersuchungsausschussgesetze zahlreicher Bundesländer – gerade nicht (Klein, a.a.O., Art. 44 Rn. 208). Die dem PUA vor Augen stehende Beschränkung des Beschlagnahmeverbots bei Berufsheimnisträgern nach § 29 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 PUAG i. V. m. § 97 StPO auf solche Unterlagen, die aus einem Mandatsverhältnis zu einem „Betroffenen“ herrühren, entbehrt schon vor diesem Hintergrund einer tragfähigen normativen Grundlage. § 29 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 PUAG ordnet ebenso wie § 22 Abs. 1 PUAG die „entsprechende“ Geltung der für Berufsheimnisträger geltenden Privilegierungen an. Eine Einschränkung des Inhalts, dass das Zeugnisverweigerungsrecht und das es gegen Umgehungen absichtende Beschlagnahmeverbot nur im Verhältnis des Geheimnisträgers zu „Betroffenen“ Geltung sollen beanspruchen können, ist der Verweisung nicht zu entnehmen.

Gleiches gilt umgekehrt für die vom Antragsteller behauptete Nichtgeltung für ihrerseits von Aufklarungsmaßnahmen beschuldigten-ähnlich „betroffene“ Berufsheimnisträger. Die genannten Verweisungen führen aufgrund der lediglich entsprechenden Geltungsanordnung zur Anwendung der strafprozessualen Vorschriften unabhängig davon, ob das prozessrechtlich als schützenswert anerkannte Berufsheimnis im Einzelfall gegenüber einem beschuldigten-ähnlich „Betroffenen“ besteht oder nicht.

Bestätigung findet dieser Befund insbesondere in der Genese der maßgeblichen einfachgesetzlichen Bestimmungen. § 18 der in der Praxis der Bundestagsuntersuchungsausschüsse seit der 5. Legislaturperiode neben Art. 44 GG ergänzend angewendeten sog. „IPA-Regeln“ (vgl. den interfraktionellen Entwurf eines Gesetzes über Einsetzung und Verfahren von Untersuchungsausschüssen des Bundestages, BT-Drucks. V/4209, S. 4) sah zwar die formale Einräumung einer Betroffenenstellung grundsätzlich vor. Ein solcher Status sollte durch entsprechenden Feststellungsbeschluss des Untersuchungsausschusses insbesondere solchen Personen zugewiesen werden,

„bei denen sich aus dem Untersuchungsauftrag oder aus dem Verlauf der Untersuchung ergibt, dass die Untersuchung sich ausschließlich oder ganz überwiegend gegen sie richtet“.

Schon der Schlussbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform gelangte jedoch zu der Feststellung,

„dass diese aus dem Strafprozess stammende Differenzierung [zwischen Betroffenen und bloßen Zeugen] nicht in das System des parlamentarischen Untersuchungsverfahrens passe.“ (Schlussbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform, BT-Drucks. 7/5924, S. 54 (Ziff. 13.3))

Begründet wurde dieser Befund mit den grundlegend divergierenden Zielrichtungen von Strafprozess einerseits und parlamentarischem Untersuchungsverfahren andererseits. Die Ausrichtung des letzteren auf die Aufklärung eines objektiven Sachverhalts unter politischen Gesichtspunkten lasse für eine an Kategorien der persönlichen Schuld und der individuellen Vorwerfbarkeit ausgerichteten Differenzierung keinen Raum (BT-Drucks. 7/5924, S. 54, Ziff. 13.3). Jenseits dessen gründete die Enquete-Kommission ihre Ablehnung gegenüber der Anerkennung des Status eines „Betroffenen“ aber auch auf praktische Erwägungen. So machte sie geltend, dass

„in der Praxis die Unterscheidung zwischen (bloßer) Zeugenschaft und Betroffensein sehr schwer zu ziehen sein [...] und damit zu in der Sache unfruchtbaren Auseinandersetzungen und Bewertungsdifferenzen im Untersuchungsausschuss führen, die Sachaufklärung also nur behindern (wurde).“ (BT-Drucks. 7/5924, S. 55, Ziff. 13.3)

Dasselbe Verständnis lag in der 11. Legislaturperiode der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung zu einem ersten Entwurf für ein PUAG zugrunde. Danach sollte auf eine Unterscheidung der Auskunftspersonen, auf deren eigenes Wissen es für die Ermittlungen zu den beweis erheblichen Vorgängen ankommt, nach „Zeugen“, „betroffenen Zeugen“ und „Betroffenen“ verzichtet werden. Die vorgeschlagenen Regelungen sollten darauf ausgerichtet sein,

„dass vor dem Untersuchungsausschuss nur Personen mit gleichen Rechten und Pflichten über die ihnen bekannten beweis erheblichen Vorgänge aussagen sollen.“ (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung (1. Ausschuss), BT-Drucks. 11/8085, S. 24 (zu § 16))

Den Vorteil eines solchen einheitlichen Zeugenkonzepts erblickte der Ausschuss darin,

„dass schwierige Abgrenzungsstreitigkeiten über die Zuerkennung der Eigenschaft als Betroffener oder als betroffener Zeuge oder nur als Zeuge vermieden werden (können). (...) Ebenso werden Auseinandersetzungen über Mehrheitsentscheidungen im Untersuchungsausschuss bei einer Zu-

- 66 -

ordnung von Auskunftspersonen zum Kreis der Betroffenen, betroffenen Zeugen oder Zeugen ausgeschaltet“. (a.a.O.)

Bezug genommen wurde ferner auf die „Erfahrung der Praxis der Untersuchungsausschüsse“, wonach

„es bisher Betroffene im Rechtssinne [des § 18 der „IPA-Regeln“] in Untersuchungsverfahren des Bundestages nicht gegeben hat, obwohl Zeugen im Rechtssinne durchaus in ihrer persönlichen und politischen Lage durch das Untersuchungsverfahren unmittelbar betroffen waren“. (a.a.O.)

Dass den als Zeugen bezeichneten Auskunftspersonen vor Untersuchungsausschüssen infolge des Verzichts auf eine Differenzierung nach Betroffenheit eine teilweise günstigere Rechtsstellung eingeräumt werden müsse als Zeugen in Strafprozessen, erkannte der Gesetzgeber – anders als der PUA in seiner Antragsschrift als allgemeinen Grundsatz zu insinuieren sucht – ausdrücklich an und führte dies auf die besonderen Bedingungen parlamentarischer Untersuchungsverfahren zurück. Diese Abweichungen seien durch

„die Besonderheiten parlamentarischer Untersuchungsverfahren bedingt, verfolgen und gewährleisten aber die gleichen Ziele, nämlich die Wahrheitsfindung in den beiden staatlichen Verfahren sowie den Grundrechtsschutz der Auskunftspersonen.“ (a.a.O.)

Die vorstehenden Erwägungen fanden zum Teil wortgleich Eingang in die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung (1. Ausschuss), die der schlussendlich in der 14. Legislaturperiode verabschiedeten Gesetzesfassung zugrunde lag. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die zugrunde liegenden Gesetzentwürfe und seine Vorläufer wiederholte der Bericht den Verzicht auf die Unterscheidung zwischen „Zeugen“, „betroffenen Zeugen“ und „Betroffener“ als „wichtige Weichenstellung für die Gestaltung des Untersuchungsverfahrens“, mit der

„schwierige Abgrenzungsstreitigkeiten ebenso vermieden [werden können] wie Auseinandersetzungen bei der Zuordnung von Auskunftspersonen zum Kreis der Betroffenen, betroffenen Zeugen oder Zeugen.“ (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung (1. Ausschuss), BT-Drucks. 14/5790, S. 18 (zu § 20))

Gestützt wurde diese Entscheidung erneut auf die „Erfahrung aus der Praxis der Untersuchungsausschüsse“, in der „bisher niemandem der Status eines Betroffenen im Sinne der IPA-Regeln zuerkannt worden“ war. Mit ausdrücklichem Hinweis auf die weiterhin von Art. 44 GG angeordnete „sinngemäße“ Anwendung der Regeln über den Strafprozess erkannte der Ausschuss zudem an, dass

eine über die Regelungen des Untersuchungsausschussgesetzes hinausgehende Zuerkennung von Rechten für Zeugen in bestimmten Sonderkonstellationen durch die Rechtsprechung nicht ausgeschlossen werden könne. Dem Anpassungsbedarf, der sich nach dieser Grundentscheidung bei der Bezugnahme auf von den Beschuldigtenstatus voraussetzenden strafprozessualen Vorschriften ergab, trug der Gesetzgeber nur punktuell Rechnung. So berücksichtigte er, dass es infolge des bewussten Verzichts auf einen „Betroffenen“-Status und damit einer Parallele zum strafprozessualen Beschuldigtenbegriff an

„einem Anknüpfungspunkt für die zunächst vorgesehene entsprechende Anwendung des Zeugnisverweigerungsrechts von Angehörigen des Beschuldigten in § 52 StPO“

fehle. Daher räumte er mit § 22 Abs. 2 PUAG in Anlehnung an die entsprechende Regelung in der StPO ein Auskunftsverweigerungsrecht dann ein, wenn dem Zeugen oder einem seiner Angehörigen wegen der Beantwortung von bestimmten Fragen eine Untersuchung nach einem gesetzlich geordneten Verfahren drohen könnte (a.a.O., S. 18 (zu § 22)). Demgegenüber beschränkte er sich in § 22 Abs. 1 PUAG wie auch in § 29 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 PUAG auf die Anordnung der entsprechenden Geltung von § 53 bzw. § 97 StPO, obwohl auch diesen Vorschriften der Beschuldigtenbegriff der StPO jeweils zugrunde liegt (vgl. zu § 22 Abs. 1 PUAG a.a.O., S. 18 zu § 22). Daraus kann aufgrund der grundsätzlichen Entscheidung zugunsten eines einheitlichen (objektiven) Zeugenverständnisses und gegen die Anerkennung einer besonderen Betroffenenstellung einzig gefolgert werden, dass dort, wo die Anordnung der Anwendung von Normen der StPO tatbestandlich zum strafprozessualen Beschuldigtenbegriff führen würde, diesem Merkmal keine Bedeutung zukommt.

§ 22 Abs. 1 PUAG i. V. m. § 53 StPO findet daher auch dann uneingeschränkt Anwendung, wenn es an einer Beziehung des Berufsgeheimnisträgers zu einem durch das Untersuchungsausschussverfahren qualifiziert „Betroffenen“ fehlt. Geschützt ist daher das Berufsgeheimnis als solches, unabhängig von seiner Zuordnung zu einer konkret mit dem Erkenntnisinteresse des Ausschusses in Verbindung stehenden Person. Nichts anderes gilt im Rahmen der Verweisung von § 29 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 PUAG auf § 97 StPO, der letztlich der Absicherung des § 53 StPO dient.

Die vorstehende Auslegung steht insbesondere mit dem in Art. 44 Abs. 2 Satz 1 GG niedergelegten Gebot einer „sinngemäßen“ Anwendung der strafprozessualen Bestimmungen in Einklang, der im Einzelfall sogar eine über die Regelungen des PUAG hinausreichende Zuerken-

nung von Zeugenrechten entnommen werden kann (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung (1. Ausschuss), BT-Drucks. 14/5790, S. 18 zu § 20). Die Verweisung in Art. 44 Abs. 2 Satz 1 GG bezieht sich insbesondere nicht nur auf befugnisbegründende, sondern auch auf befugnisbegrenzende Regelungen der Strafprozessordnung. Die Pflicht des Zeugen zur Aussage geht aufgrund des öffentlichen Interesses an der Tatsachenermittlung privaten Geheimhaltungsinteressen nur insoweit vor, wie nicht das Prozessrecht selbst diese als schützenswert anerkennt. „Sinngemäß“ anwendbar i. S. v. Art. 44 Abs. 2 Satz 1 GG sind daher schon von Verfassungs wegen u. a. auch die Vorschriften über das Zeugnisverweigerungsrecht der Berufsheimnisträger und der Berufshelfer (§§ 53, 53a StPO, vgl. BVerfGE 76, 363, 387).

4. Zwischenergebnis

Der Antrag ist auch deshalb unbegründet, weil sich die beantragte Durchsuchung nicht als verhältnismäßig im engeren Sinn darstellt.

Der PUA hat es unterlassen, dem Bundesgerichtshof einen Sachverhalt fundiert darzutun und die konkreten Umstände tatsachen-gestützt vorzutragen, die es dem Bundesgerichtshof ermöglichen, die konkrete Abwägung eigenständig vorzunehmen, an die die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die in Rede stehende Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei besonders hohe Anforderungen stellt. Daher fehlt es schon an einer zureichenden Darstellung der Abwägungsgrundlagen durch den PUA. Dem Bundesgerichtshof ist es auch nicht eröffnet, auf der Grundlage des Vortrages des PUA die unterlassene Darstellung des PUA zu substituieren bzw. durch eigene Erwägungen zu ersetzen.

Bei Berücksichtigung der fehlenden Fundiertheit der Hypothesen des PUA stellt sich die begehrte Maßnahme als Durchsuchung einer privaten Rechtsanwaltskanzlei dar. Auf diese erstrecken sich weder der Einsetzungsbeschluss noch der Untersuchungsgegenstand. Eine allein bei Richtigkeit der Hypothese von einer nicht mandatsbezogenen Entwicklungstätigkeit bestehende Verbindung zum Untersuchungsgegenstand ist hier nicht ersichtlich, da es für deren Vorliegen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte ermangelt.

Jenseits dessen begründete die durch den PUA begehrte Anordnung einen intensiven Eingriff in die Grundrechte der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, ihrer Berufsträger (auch und

insbesondere solcher, die mit Cum/Ex-Geschäften nicht befasst gewesen sind) und ihrer Mandanten aus Art. 12, 13 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 2 Abs. 1 GG, die in keinem angemessenen Verhältnis zu den mit der begehrten Maßnahme vermeintlich zu erwartenden Erkenntnisgewinnen des PUA stehen, zumal sich die Erkenntnisgewinne auf Sachverhalte beziehen sollen, für deren Vorliegen der PUA seinerseits keine tragfähigen Anhaltspunkte vortragt. Durch die beantragten Maßnahmen sollen vielmehr erst Anhaltspunkte gewonnen werden, die die den Antrag stützenden Hypothesen des PUA belegen sollen (*petitio principii*).

Die beantragten Maßnahmen stellen tiefgreifende Eingriffe in die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen der Sozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP und ihrer Berufsträger dar, die durch die zu erwartende öffentliche Berichterstattung in ihrer beeinträchtigenden Wirkung weiter perpetuiert und vertieft wurden. Darüber hinaus bestünden – wie stets bei der Durchsuchung eines Berufsheimnisträgers – erhebliche Gefahren für die Grundrechte der Mandanten der Sozietät Freshfields.

Soweit der PUA meint, Relativierungen des Schutzniveaus betreffend die Grundrechtseingriffe gegenüber der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP bzw. ihrer Berufsträger und Mandanten könnten sich im Hinblick auf eine vermeintliche „materielle Betroffenheit“ der mit Cum/Ex-Geschäften befassten Berufsträger der Sozietät Freshfields ergeben, entbehrt auch dies der Grundlage. Dem Untersuchungsausschussrecht des Bundes ist das Institut eines materiell Betroffenen fremd; der Gesetzgeber hat es bewusst verworfen. Dem PUAG liegt vielmehr ein einheitliches Zeugenkonzept zugrunde, dem die vom PUAG in unzutreffender Anlehnung an die strafprozessualen Wertungen des § 97 Abs. 2 S. 3 StPO favorisierten Absenkungen der Eingriffsschwellen konzeptionell fremd sind. Ohne Relativierungen geschützt ist daher das Berufsgeheimnis (Art. 12 GG) als solches.

C. Zusammenfassung und Zurückweisungsantrag

Zusammenfassend ist festzuhalten:

Den besonderen Anforderungen, die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Anordnung von Durchsuchung und Beschlagnahme gegenüber einer Rechtsanwaltskanzlei als Berufsheimnisträgerin zu beachten sind, genügt die vom PUA mit seinem Antrag begehrte Maßnahme in keiner Weise.

Die den Antrag des PUA tragende Hypothese, Berufsträger der Sozietät Freshfields wären nicht mandatsbezogen bzw. vor-mandatlich bei der Entwicklung von Cum/Ex-Geschäften auf Cum/Ex-Geschäfte bezogenen Geschäftsmodellen tätig geworden und hätten diese im Markt angeboten, entbehrt jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte. Es handelt sich hierbei um eine durch nichts belegte und durch nichts belegbare – hochgradig reputationsgefährdende – Spekulation, die nicht geeignet ist, die vom PUA beantragte Anordnung zu tragen. Die vom PUA zur Stützung seiner Hypothese angeführten Urkunden enthalten keine Tatsachen, die die Hypothese des PUA stützen könnten; auch sonst gibt der PUA keine seine Position stützenden Tatsachen an. Tatsächlich haben sich die Tätigkeiten der Berufsträger der Sozietät Freshfields in diesem schon für die deutsche Praxisgruppe Steuerrecht erst recht aber für die Gesamtsozietät wirtschaftlich wenig bedeutsamen Gebiet auf die Erteilung von Rechtsrat beschränkt. Dieser war seinerseits durch Anfragen von Mandanten ausgelöst und setzte auf den von den Mandanten zu den von diesen erwogenen Geschäften auf. Die vom PUA insinuierte Gleichstellung von Berufsträgern der Sozietät Freshfields mit der Tätigkeit anderer Rechtsanwälte oder Rechtsanwaltskanzleien hat in der Realität keine Stütze. Dem Bundesgerichtshof werden nach alledem schon nicht die Tatsachen und Umstände unterbreitet, die er für die von ihm vorzunehmende eigenständige und umfassende Abwägung benötigt. Schon aus diesem Grund ist der Antrag des PUA vom 23.11.2016 zurückweisungsreif.

Die beantragten Maßnahmen erweisen sich überdies nicht als erforderlich, da das Gebot des Vorrangs weniger einschneidender Maßnahmen durch die begehrte Anordnung ebenso missachtet würde wie der Grundsatz der räumlichen Beschränkung der Maßnahmen auf den erforderlichen Umfang. Die erstrebte Durchsuchung von sechs Standorten der Sozietät Freshfields begründete eine klare Missachtung dieser Vorgaben.

Die erstrebte Durchsuchung und Beschlagnahme wäre überdies auch unangemessen. Sie diene dazu, erst Anhaltspunkte für eine Hypothese zu gewinnen, die ihrerseits als Grundlage für die Anordnung dienen soll. Angesichts der fehlenden Fundiertheit der Hypothesen des PUA zur Tätigkeit von Berufsträgern der Sozietät Freshfields im Kontext mit Cum/Ex-Geschäften stellt sie sich als nicht vom Untersuchungsgegenstand getragene Ausdehnung der Untersuchung des PUA in einen privaten Bereich dar, weshalb die Anordnung auch aufgrund rechtlicher bzw. verfassungsrechtlicher Vorgaben für einen Erkenntnisgewinn ungeeignet wäre. Sie griffe überdies in unangemessener Weise intensiv in Grundrechte zahlreicher Berufsträger und

- 71 -

Mandanten ein, die zum allergrößten Teil selbst mit Cum/Ex-Geschäften und der betreffenden Beratung nicht in Berührung waren.

Der Antrag des PUA vom 23.11.2016 auf Durchsichtung der sechs in Deutschland befindlichen Kanzleistandorte der Sozietät Freshfields erweist sich hiernach aus zahlreichen Gründen als unbegründet. Ich beantrage,

den Antrag des 4. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages („Cum/Ex“) auf Anordnung der Durchsichtung der Geschäftsräume von Freshfields Bruckhaus Deringer LLP an sechs verschiedenen Standorten (Frankfurt am Main, Berlin, Düsseldorf, Hamburg, Köln, München) vom 23.11.2016 zurückzuweisen.

Für Rückfragen stehe ich zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Daniel M. Krause

Rechtsanwalt