
Der Fall LGT Liechtenstein – Beweisführung mit Material aus Straftaten im Auftrag des deutschen Fiskus?

von Rechtsanwälten Dr. Evelyn Kelnhofe r und Björn Krug, Heidelberg

Die Diskussion um den Ankauf von Kundendaten der Liechtenstein Global Trust (im Folgenden: LGT) ist derzeit etwas aus dem Blick der Öffentlichkeit geraten. Es ist nicht bekannt, was aus den Strafanzeigen gegen Mitglieder der Bundesregierung und des Bundesnachrichtendienstes geworden ist. Die Erlangung weiterer Kundendaten – diesmal allerdings der Liechtensteinischen Landesbank – durch Übergabe an das *Land-*

gericht Rostock hat weitaus weniger Interesse geweckt; offenbar hat die Weitergabe von Daten durch unzufriedene ehemalige Mitarbeiter Konjunktur. Für die Betroffenen der Strafverfahren, die auf angekaufte Daten der LGT zurückgehen, ist jedoch noch keine Ruhe eingekehrt. Diese Verfahren sind teilweise bereits abgeschlossen, überwiegend laufen sie – von der zunächst empörten Öffentlichkeit nun weitgehend unbeachtet

– noch. Zur Erinnerung: Ein Mitarbeiter der LGT hatte Kundendaten auf einer DVD an sich gebracht und an Steuerbehörden verschiedener europäischer Länder weitergegeben. Die darauf gestützten, groß angelegten Ermittlungsaktionen der Staatsanwaltschaft Bochum sowie der Steuerfahndung des Finanzamts Wuppertal führten in der Presse und Öffentlichkeit einhellig zu einem Aufschrei über die mutmaßlich systematischen Steuerhinterziehungen vermögiger Deutscher durch die Gründung von Stiftungen in Liechtenstein. Abseits von Fragen zur Strafbarkeit der Bankkunden und der Möglichkeit, durch wirksame Abgabe von Nacherklärungen zur Straffreiheit zu gelangen rückte schnell die Frage in den Fokus: Lag hier ein strafbares Verhalten deutscher Behörden, insbesondere der Mitarbeiter des Bundesnachrichtendienstes sowie des deutschen Fiskus vor? Für die Verteidigung in den gegen die Anleger eingeleiteten Strafverfahren kann von der Antwort auf diese Frage die Verwertbarkeit des Datenmaterials vor dem Hintergrund der Beweisverbotslehre abhängen und damit möglicherweise auch die Verteidigungsstrategie maßgeblich bestimmt werden.

I. Ansichbringen und Verkauf der Daten durch den früheren LGT-Mitarbeiter

1. Geschehnisse

Nach dem bekannten Sachverhalt ist davon auszugehen, daß ein (früherer) Mitarbeiter der LGT dort unbefugt Kundendaten an sich gebracht und anschließend versucht hat, seine Arbeitgeberin zu erpressen. Er wurde deshalb in Liechtenstein zu einer Haftstrafe verurteilt. Die Führung der LGT war überzeugt, daß im Zuge des Strafverfahrens sämtliche unrechtmäßig erlangten Daten zurückgegeben wurden. Dennoch hat dieser ehemalige Mitarbeiter im Frühjahr 2008 die Daten unter anderem dem Bundesnachrichtendienst als Informationen über ausländische Investoren und Finanzströme angeboten und schließlich verkauft.

2. Strafrechtliche Bewertung des Handelns des früheren LGT-Mitarbeiters

Das Handeln des früheren Mitarbeiters der LGT ist am Strafbuch Liechtensteins zu messen. Soweit bekannt, wurde der Mitarbeiter der LGT wegen Verletzung bzw. Auskundschaftung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses nach den §§ 122, 123 und 124 StGB-Liechtenstein und wegen Datendiebstahls gemäß § 131 a StGB-Liechtenstein verurteilt. Beurteilt man den Sachverhalt nach deutschem Strafrecht, was nachfolgend zur Bewertung der prozessualen Folgen geschehen soll, so stehen eine Strafbarkeit wegen des Verrats von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen gemäß § 17 UWG, wegen Ausspähens von Daten nach § 202 a StGB sowie ein strafbarer Verstoß gegen das Bundesdatenschutzgesetz gemäß §§ 43, 44 BDSG im Raum.

a. Verrat von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen (§ 17 UWG)

Gegenstand aller Tathandlungen des § 17 UWG ist ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis. Der Inhalt der erlangten Daten auf der vom Bundesnachrichtendienst erworbenen DVD ist nach wie vor nicht im Detail bekannt. Es ist jedoch ohne weiteres davon auszugehen, daß es sich um sensible Unternehmensdaten aus dem kaufmännischen Bereich hinsichtlich betreuter Kunden und deren Anlagen, mithin um Geschäftsgeheimnisse, handelt. Dann ist die Tathandlung der Betriebsespionage gemäß § 17 Abs. 2 Alt. 1 UWG erfüllt. Der Täter muß sich danach ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis unter Anwendung bestimmter Mittel unbefugt verschafft oder gesichert haben, um sie zu verwerten. Nicht erforderlich ist, daß der Täter die Geheimnisse kennt oder schließlich verwertet.¹ Zugleich ist auch eine strafbare Geheimnisverwertung gemäß § 17 Abs. 2 Alt. 2 UWG gegeben. Täter dieser kann jeder sein, auch der ungetreue Beschäftigte nach Beendigung seines

Dienstverhältnisses.² Indem der ehemalige Mitarbeiter die Daten an den Bundesnachrichtendienst verkauft hat, hat er das Geschäftsgeheimnis der LGT, das er durch eine eigene Betriebsespionage erlangt hatte, einem Dritten mitgeteilt. Mit der Entgegennahme des Geldes und der Übergabe der Daten-DVD an den Bundesnachrichtendienst hat der ehemalige Mitarbeiter diese wirtschaftlich genutzt. Eine Berechtigung des Täters, die Daten zu offenbaren, war nicht gegeben.³ Und wenn es eine Berechtigung zur Offenbarung von Straftaten – sofern die vorgeworfenen Steuerstraftaten in Liechtenstein überhaupt verfolgbar wären – gegeben hätte, dann jedenfalls nicht gegenüber dem deutschen Bundesnachrichtendienst.

b. Ausspähen von Daten (§ 202 a StGB)

Strafbar gemäß § 202 a StGB ist, wer sich oder einem anderen unbefugt Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft. Tatobjekt des § 202 a StGB sind Daten, auf ihren Inhalt kommt es nicht an.⁴ Vorliegend handelt es sich bei dem Inhalt der tatgegenständlichen DVD um Daten im Sinne des § 202 a StGB. Diese waren auch nicht für den Täter bestimmt. Eine Entscheidung über die Bestimmung trifft die an den Daten berechtigte Person, dabei kommt es auf die Rechtsmacht zur Verfügung über die Daten selbst an.⁵ Es ist auszuschließen, daß ein Angestellter der LGT einen unbeschränkten eigenen Zugriff auf derart viele vollständige Kundendaten hatte. Kumulativ ist erforderlich, daß die Daten gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind. Es ist davon auszugehen, daß die Daten der LGT gegen unberechtigten Zugang gesichert waren, es also einen Schutz durch Verschlüsselung oder Vergabe von Zugangsberechtigungen zum System gab. Ein Verschaffen des Zugangs liegt vor, wenn der Täter also Daten auf einem körperlichen Datenträger fixiert und diesen in die eigene Verfügungsgewalt oder die eines Dritten bringt.⁶ Davon, daß der Täter die Daten zunächst sich – und später auch einem anderen, nämlich dem Bundesnachrichtendienst – verschafft hat, ist nach dem zu Grunde gelegten Sachverhalt auszugehen.

c. Verstoß gegen das Bundesdatenschutzgesetz (§§ 43, 44 BDSG)

Strafbar gemäß § 44 Abs. 1 BDSG ist, wer eine in § 43 Abs. 2 BDSG bezeichnete vorsätzliche Handlung gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, begeht. Gemäß § 43 Abs. 2 Nr. 3 BDSG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig unbefugt personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, abrufen oder sich oder einem anderen aus automatisierten Verarbeitungen oder nicht automatisierten Dateien verschafft. Täter der Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 2 BDSG kann jedermann sein. Verfolgbar ist sowohl vorsätzliches als auch fahrlässiges Handeln bzw. Unterlassen.⁷ Das Verschaffen aus Dateien umfaßt jede Art des Zugriffs auf personenbezogene Daten unmittelbar aus einer Datei. Nicht erforderlich ist dabei, daß der Täter auch den Datenträger entwendet. Es ist davon auszugehen, daß es sich bei den durch den ehemaligen Mitarbeiter der LGT entwendeten Daten um solche gehandelt hat, die personenbezogen und nicht allgemein zugänglich waren. Geht man weiterhin – lebensnah – davon aus, daß er die entsprechenden Dateien auf einem Datenträger (nämlich besagter DVD) abgelichtet hat, hat er sich diese im eigenen Interesse verschafft. Das Abrufen der Daten war schließlich unbefugt, weil die Voraussetzungen für eine Weiter-

1 Diemer in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Band 4, 171. Erg. 2008, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 17 Rdnr. 33.

2 Diemer, a. a. O., Rdnr. 42 f. m. w. N.

3 Diemer, a. a. O., Rdnr. 23 f.

4 Fischer, StGB, 55. A. 2008, § 202 a Rdnr. 3 f. m. w. N.

5 Fischer, a. a. O., Rdnr. 7 m. w. N.

6 Lenckner in: Schönke/Schröder, StGB, 27. A. 2006, § 202 a Rdnr. 10.

7 Ambs, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Band 1, 171. Erg. 2008, Bundesdatenschutzgesetz, § 43 Rdnr. 28.

gabe an Dritte, bzw. zur Einsichtnahme oder zum Abruf durch den Dritten als besondere Formen der Datenübermittlung nicht vorlagen. § 44 BDSG ist ein sogenannter unechter Mischtatbestand. Die Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 2 BDSG wird danach zur Straftat, wenn der Täter gegen Entgelt oder in der Absicht handelt, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen. Eine rechtswidrige Bereicherungs- wie auch eine Schädigungsabsicht ist – belegt durch den »Erpressungsversuch« – unproblematisch zu bejahen.

3. Verwertbarkeit der Daten als Beweismittel?

Die »Vortat« des ehemaligen Mitarbeiters der LGT läßt sich – unabhängig von der Beurteilung nach deutschem oder liechtensteiner Strafrecht – der von Rechtsprechung und Literatur für Beweisverwertungsverbote entwickelten Fallgruppe der Ermittlungen von Privatpersonen zuordnen.

Die Frage der Verwertbarkeit von auf Initiative Privater erlangten Beweismaterials stellt sich insbesondere dann, wenn die (zulässige) staatliche Ermittlungstätigkeit erfolglos geblieben ist und somit die Gefahr besteht, daß unkontrollierte, rechtswidrige private Ermittlungstätigkeit allein die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs sichern soll. Nach überwiegender Meinung in der Literatur stellt auch dies eine grundlegende Beeinträchtigung des Rechtsstaatsprinzips dar.⁸ Die deshalb vielfach vertretene Auffassung, daß der Staat das auf rechtswidrige Eigeninitiative Privater beruhende Beweismaterial nicht nutzen darf, liegt insbesondere in Fällen wie dem Vorliegenden nahe, wenn der Staat auf die Deliktbegehung qualitativ Einfluß nimmt. Auf Eigeninitiative beruhende, unrechtmäßige Einwirkungen privater Personen sollen die Strafverfolgungsbehörden nicht (bewußt) ausnutzen dürfen. Eine etwa anhaltende beeinträchtigende Wirkung des rechtswidrigen Verhaltens einer Privatperson beispielsweise soll zunächst aufzuheben sein, etwa indem der erregte Irrtum oder die ausgelöste Zwangslage beseitigt werden.⁹

Ungeachtet dessen sollen nach der Rechtsprechung des *BVerfG* und des *BGH* die widerstreitenden Belange – die staatliche Pflicht zur Gewährleistung effektiven Grundrechtsschutzes einerseits und einer effektiven Strafrechtspflege sowie der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs andererseits – gegeneinander abgewogen werden.¹⁰ Diese Abwägung führt zu dem Ergebnis, daß aufgrund von privaten Nachforschungen gewonnenes Beweismaterial grundsätzlich auch dann verwertbar ist, wenn die Informationen in nach den strafprozessualen Vorschriften unzulässiger Weise erlangt sind.¹¹ Dies soll nur dann anders zu beurteilen sein, wenn die Beweise in menschenrechtswidriger Weise oder unter schwerer Verletzung der Menschenwürde erlangt wurden oder wenn die Verwertung des Beweismittels als solches die Rechtsordnung verletzen würde.¹²

Vorliegend hat zwar der »Vortäter« die ursprüngliche rechtswidrige Straftat (Entwendung der Daten und versuchte Erpressung gegenüber der LGT) auf Veranlassung des Bundesnachrichtendienstes erheblich – und auch qualitativ – erweitert. Nach den Maßstäben des *BVerfG* wird man jedoch nicht zu dem Ergebnis kommen können, daß das Beweismaterial in menschenrechtswidriger Weise oder durch schwere Verletzung der Menschenwürde erlangt wurde, so daß unter dem Gesichtspunkt der strafbaren Erlangung durch Handeln Privater grundsätzlich von einer Verwertbarkeit des Beweismaterials auszugehen sein wird.

II. Ankauf der Daten und ihre Weitergabe an den deutschen Fiskus

1. Geschehnisse

Soweit bekannt, hat der Bundesnachrichtendienst auf das »Angebot« des früheren Mitarbeiters der LGT zunächst die ca. 1 000 Datensätze mit Korrespondenzen, Depotauszügen und Vermerken von Kunden der LGT einer (Stichproben-)

Prüfung unterzogen, ob die Daten aussagekräftig und verlässlich sind. Anschließend wurden die Daten für ca. 5 Mio. € im Wege der Amtshilfe, veranlaßt von der Steuerfahndung, angekauft, wobei der aufgewendete Betrag in Abstimmung mit den Finanzbehörden nach Eintreibung der vermutlich verkürzten Steuern erstattet werden soll.

2. Strafbarkeit der handelnden Beamten des Bundesnachrichtendienstes

Eine Strafbarkeit der handelnden Beamten des Bundesnachrichtendienstes liegt nahe. In Betracht kommen vor allem eine Strafbarkeit wegen Begünstigung nach § 257 StGB, wegen Untreue nach § 266 StGB, wegen des Verrats von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nach § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG und wegen eines strafbaren Verstoßes gegen das Bundesdatenschutzgesetz nach § 44 BDSG.

a. Begünstigung (§ 257 StGB)

Wegen Begünstigung ist strafbar, wer einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat, in der Absicht Hilfe leistet, ihm die Vorteile der Tat zu sichern. Der Normzweck besteht darin, der auf Sicherung der Tatvorteile gerichteten Unterstützung eines Täters nach der Tat entgegen zu treten, diesen dadurch zu isolieren und somit die Rentabilität einer Straftat zu erschweren.¹³ Als Anschlußdelikt setzt die Begünstigung eine rechtswidrige Tat eines anderen als sogenannte »Vortat« voraus. In Betracht kommen nur Handlungen, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen. Nach herrschender Meinung muß die Vortat nicht nach deutschem Recht verfolgt sein; die Vortat darf nach deutschem Recht jedoch nicht nur eine Ordnungswidrigkeit sein.¹⁴

Der Tatbestand des § 257 Abs. 1 StGB setzt weiter voraus, daß der Vortäter noch im Besitz des durch die Tat erlangten Vorteils ist und diesen noch nicht eingebüßt hat. Unter Vorteil ist nicht nur ein Vermögensvorteil zu verstehen, sondern jede Besserstellung des Vortäters. Doch muß der Vorteil unmittelbar durch die Straftat erlangt sein.¹⁵ Zudem muß ein Rechtsanspruch auf Entziehung bestehen.¹⁶ Vorliegend ist dem zugrunde gelegten Sachverhalt nach davon auszugehen, daß die LGT einen Rechtsanspruch auf die Entziehung des Vorteils, mithin die Herausgabe der Daten hatte. Im Besitz der (geheimen) Daten der LGT ist ein unmittelbarer Vorteil im Sinne des § 257 StGB zu erkennen.

Die Tathandlung der Begünstigung besteht darin, daß dem Vortäter Hilfe geleistet wird. Diese muß gerade in der Absicht geleistet werden, dem Vortäter die Vorteile der Tat zu sichern.¹⁷ Dabei ist mit der Rechtsprechung¹⁸ und der herrschenden Meinung in der Literatur¹⁹ eine objektive Eignung der Handlung zu fordern, den Vortäter günstiger zu stellen.²⁰ Die

⁸ *Gleiß* in: Löwe-Rosenberg, StPO, Band 4, 26. A. 2007, § 136 a Rdnr. 10 f.

⁹ *Boujong* in: Karlsruher Kommentar, StPO, 5. A. 2003, § 136 a Rdnr. 4 m. w. N. für eine analoge Anwendung.

¹⁰ Vgl. *BVerfGE* 51, 324 ff.

¹¹ *BGH* 27, 344 ff.; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. A. 2008, Rdnr. 395 ff. m. w. N.

¹² *BGHSt* 14, 358 ff.

¹³ *Stree* in: Schönke/Schröder, StGB, 27. A. 2006, § 257 Rdnr. 1 m. w. N.

¹⁴ *Fischer*, a. a. O., § 257 Rdnr. 3; *Ruß*, in: Leipziger Kommentar, StGB Band 6, 11. A. 2005, § 257 Rdnr. 9; teilweise wird in der Literatur angenommen, daß die Vortat der deutschen Strafgewalt unterliegen muß, vgl. *Altenhain* in: Nomos Kommentar StGB, Band 2, 2. A. 2005, § 261 Rdnr. 14 m. w. N. Vermittelnd ist eine Position, nach welcher die Vortat nicht der deutschen Strafgewalt unterliegen muß, soweit die Vortat Individualrechtsgüter beeinträchtigt, vgl. *Stree*, a. a. O., Rdnr. 11. Folgt man der herrschenden wie auch der vermittelnden Position in der Literatur, ist die Annahme einer Vortat im Sinne des § 257 StGB beim vorliegenden Sachverhalt unproblematisch.

¹⁵ *Fischer*, a. a. O., Rdnr. 6.

¹⁶ *Stree*, a. a. O., Rdnr. 23.

¹⁷ *Stree*, a. a. O. Rdnr. 15.

¹⁸ *BGHSt* 4, 221 ff.

¹⁹ *Fischer*, a. a. O., Rdnr. 7 m. w. N.

²⁰ Beispiele für eine Hilfeleistung sind unter anderem das Verbergen geraubter Sachen, das Aufbewahren von Diebesgut, sowie das Mitwirken beim Absatz der Tatbeute, vgl. *BGHSt* 2, 362 ff.

Handlungen müssen der Restitutionsvereitelung dienen. Hilfeleistungen, mit denen eine Sache lediglich nutzbar gemacht wird, scheiden als Tathandlung aus.²¹ Wenn aber schon die Hilfeleistung beim Absetzen der Tatbeute ausreichen soll, dann muß der direkte Ankauf der durch eine Straftat erlangten Daten durch den Bundesnachrichtendienst erst recht eine Tathandlung im Sinne des § 257 StGB sein.²²

Neben dem Vorsatz hinsichtlich aller weiteren objektiven Tatbestandsmerkmale muß die Hilfe in der Absicht geleistet werden, dem Vortäter die Vorteile der Tat zu sichern.²³ Darunter ist der entsprechende zielgerichtete Wille zu verstehen, neben dem auch andere Zwecke stehen können.²⁴ Die Vorteilssicherung kann also auch bloßes Zwischenziel zu einem weiteren Ziel sein.²⁵ Es ist davon auszugehen, daß der Bundesnachrichtendienst von der damaligen rechtswidrigen Erlangung durch den ehemaligen Mitarbeiter der LGT wußte und gezielt einen Kontakt hergestellt hatte. Dabei mag es nicht das (endgültige) Ziel des Bundesnachrichtendienstes gewesen sein, dem ehemaligen Mitarbeiter die Vorteile aus dessen Tat zu sichern; es war jedoch der zielgerichtete Wille vorhanden, in den Besitz der Daten zu gelangen und dadurch die ersatzlose Aufgabe des unrechtmäßigen Besitzes des ehemaligen Mitarbeiters der LGT an der DVD zu verhindern.

Nach § 257 Abs. 3 StGB wird wegen Begünstigung schließlich nicht bestraft, wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist. Eine Beteiligung kommt in Betracht, soweit sich die Hilfe noch auf die Tatbegehung auswirkt.²⁶ Überschneidungen der Strafbarkeit sind denkbar, wenn ein Delikt vollendet, aber noch nicht beendet ist.²⁷ Aufgrund der unpräzisen Kriterien der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung und des Verstoßes gegen den Grundsatz »nullum crimen sine lege«²⁸ ist von einer Strafbarkeit wegen Begünstigung auszugehen.

b. Untreue (§ 266 StGB)

Eine Untreue begeht, wer die ihm eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, einen Nachteil zufügt.

Die Grenzen der Vermögensbetreuungspflicht sind umstritten, jedenfalls muß der Täter innerhalb eines nicht ganz unbedeutenden Pflichtenkreises im Interesse des Vermögensinhabers tätig werden und zur fremdnützigen Vermögensfürsorge verpflichtet sein. Diese Pflicht muß sich als »wesentlich« darstellen und die Möglichkeit zu verantwortlichen Entscheidungen innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums bieten.²⁹ Die Annahme, daß Beamte des Bundesnachrichtendienstes hinsichtlich des Etats, auf den sie Zugriff haben, eine besondere Vermögensbetreuungspflicht haben, liegt nahe. Öffentliche Mittel sind auf bestimmte, an den Bedürfnissen der Allgemeinheit orientierte Leistungszwecke normativ festgelegt und unterliegen damit einer auf das Allgemeininteresse bezogenen Zweckbindung.³⁰

Der Mißbrauchstatbestand der Untreue stellt den Mißbrauch einer rechtlichen Befugnis unter Strafe, über fremdes Vermögen zu verfügen. Befugnis ist die Rechtsmacht, in wirksamer Weise über Vermögensrechte anderer zu verfügen.³¹ Mißbrauch ist der Fehlgebrauch von Rechtsmacht, wenn also von der Befugnis durch rechtsgeschäftliche Verpflichtung oder Verfügung wirksam Gebrauch gemacht wurde.³² Hier kommt insbesondere die mißbräuchliche Verpflichtung durch den Abschluß von Verträgen in Betracht.

Im öffentlichen Haushalt gibt es den Grundsatz der haushaltsrechtlichen Zweckbestimmung, welcher durch das Parlament gemäß Art. 110 GG ausgeübt wird. Diese Zweckbestimmung steckt in rechtlicher Hinsicht den Handlungsrahmen ab, innerhalb dessen sich die Verwaltung bewegen darf.³³ Nach dem Grundsatz der sachlichen Spezialität dürfen Haushaltsmittel allein zu der im Haushaltsplan festgelegten qualitativen und

quantitativen Zweckbestimmung verwendet werden.³⁴ Eine Ausnahme davon kann das Institut der Deckungsfähigkeit gemäß § 46 BHO machen, wonach Minderausgaben bei dem einen Haushaltstitel einem anderem Haushaltstitel zugeschlagen werden können. Daß es im Haushalt einen Titel zum (strafbaren) Ankauf von Tatbeute aus Straftaten Dritter gibt, erscheint ausgeschlossen. Daneben gibt es ein Notermächtigungsrecht des Finanzministers für über- und außerplanmäßige Ausgaben.³⁵ Eine Zustimmung darf jedoch nur im Fall eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses erteilt werden. Wenn die materiellen Voraussetzungen des Notbewilligungsrechts vorliegen und der Bundesfinanzminister die Bewilligung zu Recht erteilt hat, ersetzt seine Zustimmung die formelle Bewilligung durch den Haushaltsgesetzgeber und hat insoweit konsumtive Bedeutung.³⁶ Selbst wenn man davon ausgeht, daß die Zustimmung erteilt wurde, muß zugleich ein unvorhergesehenes und unabweisbares Bedürfnis vorliegen. Unvorhersehbar ist das Bedürfnis, wenn es vom Bundesfinanzminister oder der Bundesregierung bei der Aufstellung des Haushaltsplans oder vom Gesetzgeber bei dessen Beratung und Feststellung nicht vorhergesehen wurde.³⁷ Unabweisbar ist

21 Stree, a. a. O., Rdnr. 16 m. w. N.

22 Dem entspricht auch der Fall, in dem ein Rat erteilt wird, wie sich die Beute am besten vor Entziehung sichern läßt, vgl. Stree, a. a. O., Rdnr. 20. Es wurde auch eine Begünstigung bejaht, wenn ein Täter vom Vortäter gestohlene Lebensmittel verzehrt, vgl. OLG Braunschweig GA 1963, 211 ff., mithin also die Tatbeute für sich verwendet. Folgt man dieser Auslegung des Vorteilsbegriffs der Begünstigung, wurde vorliegend durch den Ankauf der Vorteil der Tat im Sinne einer Restitution endgültig gesichert.

23 Stree, a. a. O., Rdnr. 21.

24 BGHSt 4, 107 ff.

25 BGH NSStZ 1992, 540 f.

26 Ruß, a. a. O., § 257 Rdnr. 5.

27 In der Literatur wird für diesen Fall überwiegend vertreten, daß eine Teilnahme (in Form der Beihilfe) nach formeller Vollendung nicht mehr möglich sei, vgl. Schünemann in: Leipziger Kommentar, StGB Band 1, 72. A. 2007, § 27 Rdnr. 43. Das Stadium zwischen Vollendung und Beendigung sei zu unbestimmt und im übrigen nach dem Willen des Gesetzgebers durch die §§ 257, 258, 259 und 261 StGB bewußt ausschnittsweise unter Strafe gestellt, vgl. Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 29. A. 2006, Rdnr. 804 m. w. N.; Roxin, Strafrecht AT/2, 2003, Rdnr. 259 ff. Nach Auffassung der Rechtsprechung (vgl. BGH StV 1981, 127) hingegen endet die Möglichkeit der Beihilfe nicht mit dem Eintritt der Rechtsgutverletzung (Vollendung), sondern soll bis zur endgültigen Sicherung des Erfolgs (Beendigung) möglich sein (vgl. Ruß, a. a. O. m. w. N.). Wie in diesem Stadium eine Hilfeleistung zu beurteilen ist, soll von der Willensrichtung des Hilfeleistenden abhängen (vgl. BGHSt 4, 132 ff.). Will er die Vortat beenden helfen, so soll Beihilfe vorliegen; will er den Effekt des § 257 StGB herbeiführen, soll Begünstigung vorliegen (vgl. Stree, a. a. O., Rdnr. 8 m. w. N.). Gleiches soll bei Dauerdelikten gelten (vgl. Ruß, a. a. O.), also Delikten, bei denen das Aufrechterhalten des widerrechtlichen Zustandes vom Willen des Täters abhängt, vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. A. 2007, Rdnr. 32. Sieht man dies anders und folgt der überwiegenden Auffassung in der Rechtsprechung, so kommt man – abhängig von der Motivlage – entweder zu einer Strafbarkeit wegen Beihilfe zu den Straftaten des »Vortäters« oder – im Ergebnis gleichlaufend mit der Literaturmeinung – zur Strafbarkeit wegen Begünstigung.

28 Art. 103 Abs. 2 GG.

29 Fischer, a. a. O., § 266 Rdnr. 18, 28 f.

30 Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 77. A. 2006, § 266 Rdnr. 44 m. w. N.

31 Fischer, a. a. O., Rdnr. 9 f.; Diese Befugnis kann auch durch behördlichen Auftrag – namentlich die Berufung in ein öffentliches Amt – erteilt sein; vgl. BGH NSStZ 1998, 91 f. für einen Finanzbeamten im Hinblick auf das öffentliche Vermögen.

32 Fischer, a. a. O., Rdnr. 20 ff. m. w. N.

33 Munz, Haushaltsuntreue, 2001, S. 8; Der Haushaltsplan stellt danach in erster Linie eine Ermächtigung für die Verwaltung dar, Ausgaben zu leisten, vgl. § 3 BHO. Dabei gilt für den Haushaltsplan der Grundsatz der Vollständigkeit, es sind alle zu erwartenden Einnahmen wie auch beabsichtigte Ausgaben in einem Plan aufzuführen, um die gesamte staatliche Finanzplanung der Entscheidung von Parlament und Regierung zu unterstellen, vgl. dazu Jarass in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 8. A. 2006, Art. 110 Rdnr. 3 m. w. N.

34 Vgl. § 27 Abs. 1 HGrG; § 45 Abs. 1 S. 1 BHO.

35 Schranke gemäß Art. 112 GG.

36 Kyriell-A. Schwarz in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 3, 5. A. 2005, Art. 112 Rdnr. 12; die Zustimmung ist regelmäßig vor der Leistung von Ausgaben oder dem Eingehen von Verpflichtungen einzuholen, eine bestimmte Form ist aber nicht vorgesehen.

37 Kyriell-A. Schwarz, a. a. O., Rdnr. 22.

das Bedürfnis, wenn es so eilbedürftig ist, daß eine Verschiebung auf einen Nachtrags- oder Ergänzungshaushalt nicht mehr vertretbar ist. Schließlich muß die Ausgabe sachlich unbedingt notwendig sein.³⁸ Die Frage, ob ein Bedürfnis besteht, ist im wesentlichen von politischen Wertungen abhängig, deren Inhalt rechtlich nur auf die Unvertretbarkeit hin geprüft werden kann. Die Begriffe der Unvorhersehbarkeit und Unabweisbarkeit sind hingegen als Rechtsfragen objektiv überprüfbar.³⁹ Es ist davon auszugehen, daß der Ankauf der Daten unvorhersehbar war. Daß eine unbedingte sachliche Notwendigkeit im Sinne der Unabweisbarkeit bestand, außerplanmäßig – also ohne parlamentarische Bestätigung – öffentliche Mittel zum (strafbaren) Ankauf von Tatbeute aus Straftaten Dritter einzusetzen, ist jedoch auszuschließen. Dies kann ohne parlamentarische Legitimation in einem Rechtsstaat offensichtlich kein vertretbares Ergebnis einer politischen Wertung sein. Eine wirksame Notermächtigung lag mithin nicht vor.⁴⁰ Die im Außenverhältnis ausgeübte Rechtsmacht hat die zugestandene Rechtsmacht im Innenverhältnis überschritten.

Unter dem für eine Untreue erforderlichen Vermögensnachteil versteht man jede durch die Tathandlung verursachte Vermögensminderung, die nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung zu ermitteln ist. Werden ohne zwingende Gründe und ohne die sichere Aussicht auf Nachbewilligung entgegen der haushaltsrechtlichen Zweckbindung öffentliche Ausgaben aus einem dafür nicht vorgesehenen Etat getätigt, so ist das in aller Regel ein Vermögensnachteil.⁴¹ Entscheidend für die Schadensermittlung im Wege der Saldierung ist nicht, daß der Täter durch eine Handlung dem Vermögen einen Nachteil zufügt und durch eine andere Handlung Gewinn einbringt. Nach allgemeiner Auffassung kommt es vielmehr stets auf die ungetreue Einzeltat an.⁴² Daß die dem Vermögensinhaber zugute kommende Gegenleistung – also die Daten-DVD – wirtschaftlich gleichwertig ist⁴³ oder sie eine äquivalente Erwerbchance eröffnet,⁴⁴ ist bei einer nur vagen Aussicht auf Vermögensmehrung⁴⁵ schon fraglich.⁴⁶ Selbst dann ist die Annahme zumindest eines Gefährdungsschadens naheliegend.⁴⁷ Zudem würde dieser Vermögensvorteil aber nicht durch die Untreuehandlung selbst, sondern erst durch eine weitere, rechtlich selbständige Handlung hervorgebracht werden.⁴⁸ Ein nachträglicher Schadensausgleich genügt aber gerade nicht, da der Nachteil nicht anzudauern braucht.⁴⁹ Der Ausgleich muß vielmehr unmittelbar mit der schädigenden Handlung zusammenhängen.⁵⁰ Dieses Erfordernis wird in der Rechtsprechung⁵¹ zum Teil extensiv ausgelegt. Stellt man auf die gebotene Einzelbetrachtung ab, so ist von einem Schadenseintritt – zumindest in Form der schadensgleichen Vermögensgefährdung – auszugehen.⁵² Es liegt zugleich ein besonders schwerer Fall der Untreue nach §§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 StGB nahe.⁵³

c. Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (§ 17 Abs. 2 Alt. 2 UWG)

Weiterhin kommt eine Strafbarkeit deutscher Behörden nach § 17 Abs. 2 Alt. 2 UWG (unbefugte Geheimnis Verwertung) in Betracht. Täter kann jedermann sein.⁵⁴ Gegenstand der Tathandlungen ist ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, welches vorliegend gegeben ist.

Damit, daß der Bundesnachrichtendienst die entwendeten Daten vom Täter einer Betriebsespionage gemäß § 17 Abs. 2 Alt. 1 UWG (dazu vorstehend) angekauft hat und die Daten an die Steuerfahndung weitergegeben hat, ist die Tathandlung nach § 17 Abs. 2 Alt. 2 UWG erfüllt. Mit der Vereinbarung zwischen dem Bundesnachrichtendienst und den Finanzbehörden, daß der Kaufpreis erstattet wird, ist die wirtschaftliche Verwertung anzunehmen.

Fraglich ist allein die Erfüllung des Tatbestandmerkmals unbefugt. Gerechtfertigt ist danach eine Verletzung der Schweigepflicht, wenn der Täter zur Offenbarung berechtigt ist oder für ihn eine Rechtspflicht zur Offenbarung besteht. Zunächst könnte man daran denken, daß jede Strafanzeige an die zu-

ständige Strafverfolgungsbehörde nicht unbefugt erfolgt. Dann wäre auch eine Weitergabe der Daten berechtigt erfolgt. Hiergegen bestehen gewichtige Bedenken im Hinblick auf die in Frage kommenden Ermächtigungsgrundlagen (dazu sogleich unter II. 3. a), die zu einer Weitergabe gerade nicht berechtigen können.

d. Strafbarer Verstoß gegen das Bundesdatenschutzgesetz (§ 44 BDSG)

Es ist davon auszugehen, daß der Bundesnachrichtendienst die personenbezogenen Daten in Dateiform zunächst sich – ggf. auch im eigenen Interesse – und sodann den Finanzbehörden in deren Interesse verschafft hat. Daß die Dateien der LGT weder zur Einsichtnahme noch zum Abruf durch Mitarbeiter des Bundesnachrichtendienstes oder der Finanzbehörden bereitgehalten wurden, ist offensichtlich. Mithin handelten diese beim Verschaffen der Daten unbefugt.

Zwar ist nicht anzunehmen, daß die deutschen Behörden zielgerichtet mit einer Schädigungs- oder einer rechtswidrigen Bereicherungsabsicht handelten. Denkbar ist aber das Handeln gegen Entgelt. Eine Handlung ist entgeltlich, wenn sie aufgrund einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung im Hinblick auf eine vermögenswerte Gegenleistung erbracht wird oder erbracht werden soll. Ob die Vereinbarung rechtlich wirksam oder nichtig ist, ist ebenso unerheblich wie die Frage, ob die Gegenleistung erfolgt.⁵⁵ Danach hat der Bundesnachrichtendienst entgeltlich gehandelt, mithin liegt ein strafbarer Verstoß gegen das Bundesdatenschutzgesetz vor.

3. Verwertbarkeit der Beweismittel?

a. Grundlagen für einen Eingriff – Beweiserhebungsverbot?

Entgegen anderer Auffassungen in der Literatur⁵⁶ ist ein strafbares Handeln des Bundesnachrichtendienstes bei Erlangung und Weitergabe der Daten ohne weiteres anzunehmen. Es stellt sich die Frage, ob es eine Ermächtigungsgrundlage für

38 Kyrill-A. Schwarz, a. a. O., Rdnr. 27 m. w. N.

39 BVerfGE 45, 1 ff.

40 Und selbst wenn man unterstellt, daß der Bundesnachrichtendienst grundsätzlich dazu befugt wäre, Daten anzukaufen, so kann diese Befugnis kaum den Erwerb von Daten, die von dem Vortäter im Wege einer Straftat erlangt worden sind, umfassen. Erst recht kann die Befugnis nicht soweit gehen, mit dem Ankauf selbst eine Straftat zu begehen.

41 Lenckner/Perron, a. a. O., Rdnr. 44 m. w. N.

42 Schünemann in: Leipziger Kommentar, StGB, Band 7, 11. A. 2005, § 266 Rdnr. 136 m. w. N.

43 BGH NSTZ-RR 2005, 343 f.

44 BGH NJW 1975, 1234 ff.

45 BGH NSTZ 1997, 301.

46 Denn der Wert der Daten-DVD als solche war ex ante nicht zu beziffern und daß mit dem Ankauf der Daten tatsächlich ein saldierender Vermögenszuwachs eintreten würde, war aus damaliger Sicht nicht sicher vorhersehbar.

47 Denn dieser ist gegeben, wenn die Gefahr des endgültigen Verlusts eines Vermögensbestandteils zum Zeitpunkt der Tathandlung konkret und so groß ist, daß sie schon zu diesem Zeitpunkt eine Minderung des Gesamtvermögens zur Folge hatte, vgl. Fischer, a. a. O., Rdnr. 61.

48 Lenckner/Perron, a. a. O., Rdnr. 41 m. w. N.; Fischer, a. a. O., Rdnr. 73 a.

49 Schünemann, a. a. O.

50 Fischer, a. a. O.

51 Vgl. BGH NSTZ-RR 2004, 244 zur Zahlung von Bestechungsgeldern mit der Erwartung, diese durch spätere Aufträge zu kompensieren.

52 Die (mögliche) spätere Kompensation beruht auf weiteren, rechtlich selbständigen Handlungen, beispielsweise Steuernachzahlungen aufgrund von Selbstanzeigen. Diese sind nicht als unmittelbar anzusehen, die in dieser Hinsicht großzügigere Rechtsprechung könnte einen Schaden des wegen jedoch entfallen lassen.

53 Danach ist ein besonders schwerer Fall in der Regel gegeben, wenn der Täter einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt. Ein Vermögensverlust großen Ausmaßes liegt vor, wenn der Schaden (nicht aber notwendig der erlangte Vermögensvorteil) außergewöhnlich hoch ist; die Regelgrenze ist jedenfalls bei etwa € 50 000,00 anzusetzen, vgl. Fischer, a. a. O., § 263 Rdnr. 122.

54 Diemer, a. a. O., Rdnr. 43.

55 Fischer, a. a. O., § 11 Rdnr. 31 m. w. N.

56 Vgl. etwa Göres/Kleinert, NJW 2008, 1353 ff.; die Frage nach einer Zulässigkeit des Erwerbs durch den Fiskus stellt sich in diesem Zusammenhang jedoch nicht, wenn richtigerweise auf das Handeln des Bundesnachrichtendienstes abgestellt wird.

den Erwerb oder die Weitergabe der Daten durch den Bundesnachrichtendienst gibt.

Der Bundesnachrichtendienst ist dazu ermächtigt, Daten zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland zu sammeln, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind.⁵⁷

Für den Ankauf der Daten durch Mitarbeiter des Bundesnachrichtendienstes kommen zunächst die §§ 2, 3 BNDG als Rechtsgrundlage in Betracht. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 BNDG darf der Bundesnachrichtendienst die erforderlichen Informationen, einschließlich personenbezogener Daten über Vorgänge im Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, erheben, verarbeiten oder nutzen, soweit sie nur auf diese Weise zu erlangen sind und für ihre Erhebung keine andere Behörde zuständig ist, und soweit dem nicht die anzuwendenden Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes oder besondere Regelungen des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst entgegenstehen.

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern (mögliche) innerdeutsche Steuerstraftaten von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind.⁵⁸ Darüber, ob die Daten nur auf diese Weise zu erlangen gewesen sind, können allenfalls Spekulationen angestellt werden. Daß für die Erhebung nicht der Bundesnachrichtendienst, sondern die deutschen Strafverfolgungsbehörden zuständig gewesen wären, steht jedoch außer Frage.⁵⁹ Polizeiliche Befugnisse – sofern ein Tätigwerden in Form einer »Amtshilfe« für die Finanzbehörden geltend gemacht wird – stehen dem Bundesnachrichtendienst nach § 2 Abs. 3 S. 1 BNDG gerade nicht zu. Vielmehr regelt § 114 AO, daß sich die Zulässigkeit einer Maßnahme, die durch die Amtshilfe verwirklicht werden soll, nach dem für die ersuchende Finanzbehörde geltenden Recht, die Durchführung der Amtshilfe nach dem für die ersuchte Behörde geltenden Recht richtet. Die ersuchte Behörde darf zur Durchführung der Amtshilfe also nichts tun, wozu sie kraft eigenen Rechts nicht berechtigt ist.⁶⁰

In Betracht kommen noch die besonderen Formen der Datenerhebung gemäß § 3 BNDG. Danach darf der Bundesnachrichtendienst zur heimlichen Beschaffung von Informationen einschließlich personenbezogener Daten die Mittel nach § 8 Abs. 2 BVerfSchG anwenden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß dies zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Inwiefern der (strafbare) Erwerb der aus einer Straftat stammenden Daten mit Angaben zu (möglichen) innerdeutschen Steuerstraftaten zu den Aufgaben des Bundesnachrichtendienstes zählen soll, kann dem Gesetz über den Bundesnachrichtendienst nicht entnommen werden. Eine Eingriffsermächtigung auf dessen Grundlage scheidet – soweit ersichtlich – aus. Der Ansicht, daß auch zahlreiche Kontodaten ausländischer Anleger erworben sowie von ausländischen Geheimdiensten angefragt wurden und daher von einer Rechtsgrundlage für den Erwerb durch das BNDG auszugehen sei,⁶¹ ist schon wegen des gezielten Erwerbs der erhaltenen Daten nicht zu folgen.

Eine Ermächtigungsgrundlage für eine Weitergabe der Daten durch den Bundesnachrichtendienst ist in § 9 BNDG normiert. Danach darf der Bundesnachrichtendienst Informationen einschließlich personenbezogener Daten an inländische öffentliche Stellen übermitteln, soweit dies zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist oder der Empfänger die Daten für Zwecke der öffentlichen Sicherheit benötigt. Zur Erfüllung der Aufgaben des Bundesnachrichtendienstes ist die Weitergabe der Daten-DVD an die Finanzbehörden nicht notwendig (dazu vorstehend). Denkbar ist die Argumentation, daß der Empfänger die Daten für Zwecke der öffentlichen Sicherheit benötigt.⁶² Legt man die polizei- und ordnungsrechtliche Definition zugrunde, wäre bei (möglichen) Verstößen gegen die Abgabenordnung durch Steuerstraftaten die öffentliche Si-

cherheit betroffen und eine Abgabe an die Finanzbehörden von der Ermächtigung gedeckt. Dies übersieht, daß dieser Begriff der öffentlichen Sicherheit vom Polizei- und Ordnungsrecht geprägt ist, dem Bundesnachrichtendienst jedoch polizeiliche Befugnisse gemäß § 2 Abs. 3 S. 1 BNDG nicht zustehen. Es liegt nahe, den Begriff der öffentlichen Sicherheit hinsichtlich der Eingriffsbefugnisse einschränkend im Sinne des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst auszulegen.⁶³ Eine Weitergabe der Daten an die Finanzbehörden, damit diese sie wiederum an die Staatsanwaltschaft weiterleiten, war eine Umgehung des § 9 Abs. 3 BNDG.

Eine Ermächtigung kann sich weiter aus § 116 AO ergeben. Danach haben die Behörden von Bund, Ländern und kommunalen Trägern Tatsachen, die sie dienstlich erfahren und die den Verdacht einer Steuerstraftat begründen, der Finanzbehörde mitzuteilen. Ein zum Teil angenommenes »Ergänzungsverhältnis« von § 116 AO und § 9 BNDG⁶⁴ würde de facto eine Umgehung gesetzlicher Kompetenzschränken begründen. Es ist systemwidrig, die allgemeine Ermächtigungsnorm in der Abgabenordnung als Ermächtigungsgrundlage für Handeln anzusehen, welches in der spezielleren Regelung des § 9 BNDG ausdrücklich vom Gesetzgeber eingeschränkt wurde. Die allgemeine und »ältere« – auf das Bundesnachrichtendienstgesetz nicht ausgerichtete – Regelung in § 116 AO kann nicht die »jüngeren« Ermächtigungsschränken des § 9 BNDG außer Kraft setzen. Eine unklare Regelung des Verhältnisses von Ermächtigungsnormen darf nicht zu einer schrankenlosen Erweiterung führen.

Denkbar ist schließlich eine Anwendung der Regeln über den rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB als Eingriffsermächtigung für die Beamten des Bundesnachrichtendienstes. Ob ein Rückgriff auf § 34 StGB als (subsidiäre) Rechtsgrundlage für staatliches Handeln Anwendung finden kann, wird von großen Teilen der Literatur bestritten.⁶⁵ Selbst der *BGH* geht wegen der Anforderungen des staatlichen Gesetzesvorbehalts für die Eingriffsverwaltung davon aus, daß dies nur bei unvorhersehbarer, außerordentlicher Lage im Fall einer tatsächlich bestehenden Gefahr für höchste Rechtsgüter zulässig sein kann.⁶⁶ Und wenn man der Auffassung der Rechtsprechung folgt, ist doch kaum vorstellbar, daß die (möglichen) Steuerstraftaten der auf der Daten-DVD erfaßten Personen eine Gefahr für höchste Rechtsgüter darstellen. Davon, daß

57 Vgl. § 1 Abs. 2 BNDG.

58 So im Ergebnis auch *Trüg/Habetha*, NJW 2008, 887 ff.

59 Etwa *Stahl/Demuth*, DStR 2008, 600 ff.

60 *Brandis* in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Band I, Loseblatt, Stand: September 2008, § 114 Rdnr. 1.

61 *Sieber*, NJW 2008, 881.

62 Diese umfaßt nach polizei- und ordnungsrechtlicher Definition die Unversehrtheit des Lebens, der Gesundheit, Freiheit, Ehre und des Vermögens und der grundlegenden Einrichtungen des Staats und der Träger von Hoheitsgewalt und deren Ausübung sowie die Unversehrtheit der geschriebenen Rechtsordnung.

63 Dies wird auch deutlich durch § 9 Abs. 3 BNDG, wonach der Bundesnachrichtendienst Informationen einschließlich personenbezogener Daten an die Staatsanwaltschaften und die Polizei entsprechend § 20 BVerfSchG übermittelt. Diese werden übermittelt, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, daß die Übermittlung zur Verhinderung oder Verfolgung von Staatsschutzdelikten erforderlich ist. Darunter versteht man die in den §§ 74 a und 120 GVG genannten Straftaten, bei denen tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß sie gegen die in Art. 73 Nr. 10 lit. b oder c GG genannten Rechtsgüter (Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung; Sicherheit des Bundes oder eines Bundeslandes; Schutz vor Gewalt oder Vorbereitungshandlungen, die auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden) gerichtet sind. Diese Voraussetzungen der Begehung von schwersten Straftaten oder Staatsschutzdelikten sind vorliegend nicht gegeben.

64 *Köbel*, NStZ 2008, 241 ff.; vgl. auch *Sieber*, a. a. O., der aber eine Einschränkung im Sinne des G 10-Gesetzes aufzeigt.

65 *Schwarzburg*, NStZ 1995, 472 m. w. N.; *Fischer*, a. a. O., § 34 Rdnr. 23 m. w. N.

66 *BGHSt* 27, 260 ff.; wenn aber spezielle Normen einplanbare Interessenkonflikte und bestimmte Eingriffsrechte nach Art und Umfang regeln (wie etwa die StPO), soll § 34 StGB nicht anwendbar sein, es sei denn, es wird bei Gefahr für Leib und Leben im Interesse der Funktionsfähigkeit des Staates gehandelt, vgl. *Fischer*, a. a. O., Rdnr. 24 m. w. N.

diese Lage unvorhersehbar und außerordentlich gewesen sein soll, kann nicht die Rede sein. Mithin muß auch eine Ermächtigung auf Grundlage des § 34 StGB ausscheiden.

b. Beweisverwertungsverbot?

Soweit der Gesetzgeber keine ausdrücklichen Regelungen geschaffen hat, folgt nach ganz überwiegender Ansicht nicht aus jeder unzulässigen Beweiserhebung zwangsläufig auch ein Verwertungsverbot für das nicht rechtmäßig (nämlich strafprozeßwidrig) gewonnene Beweismaterial.

Ging bereits die Beweiserhebung mit (Verfahrens-)Normverletzungen der Behörden einher, welche die rechtstaatlichen Grundlagen des Verfahrens⁶⁷ tangieren oder die bewußt oder gar absichtlich geschehen sind, so *kann* allein die Rechtswidrigkeit der Beweisgewinnung ein sogenanntes unselbständiges Verwertungsverbot begründen. Der *BGH* hat mehrfach entschieden, daß die bewußte Mißachtung der Voraussetzungen des für Wohnungsdurchsuchungen bestehenden Richtervorbehalts die Annahme eines Verbots der Verwertung bei der Durchsuchung gewonnener Beweismittel rechtfertigen kann. In einem der Fälle hatte der Staatsanwalt die Wohnungsdurchsuchung aufgrund angenommener eigener Eilkompetenz angeordnet, ohne zuvor die Anrufung des Ermittlungsrichters zu erwägen und eine Gefahr für den Verlust von Beweismitteln zu dokumentieren.⁶⁸ Es wurden auch Beweisverwertungsverbote angenommen bei der Durchführung von Abhörmaßnahmen ohne richterliche Anordnung,⁶⁹ der Einbeziehung eines Raumgesprächs zwischen Eheleuten in die Telefonüberwachung⁷⁰ oder der akustischen Wohnraumüberwachung in einem Krankenzimmer.⁷¹ Ebenso haben die Instanzgerichte Beweisverwertungsverbote angenommen für unter bewußter Ausschaltung des zuständigen Richters bei einer Hausdurchsuchung aufgefundene Beweismittel⁷² oder für die Erlangung von Beweismitteln bei der Durchsuchung einer Wohnung ohne richterliche Anordnung, obwohl diese ohne weiteres hätte beantragt werden können.⁷³ Die Übertragung dieses Rechtsgedankens auf die vorliegende Konstellation der gezielten Mißachtung von Ermächtigungsschranken ist nur konsequent.

Bedenken gegen die Erlangung von Beweismitteln durch finanzielle Angebote an Bankmitarbeiter aus Drittländern für die Beschaffung von Unterlagen werden in der Literatur auch aus Europa- und völkerrechtlicher Sicht geäußert.⁷⁴ Unabhängig von der Frage, wann die Kooperation zwischen den Strafverfolgungsbehörden konventionsrechtlich relevant wird, ist eine Verantwortlichkeit dann eröffnet, wenn sich die Strafverfolgungsbehörden eines Staates das Verhalten einer Privatperson oder das Ergebnis ihrer Tätigkeit zurechnen lassen müssen, es sich etwa zunutze machen. Nach der Rechtsprechung soll es auf die persönliche Verantwortlichkeit der beteiligten Beamten ankommen,⁷⁵ durch welche »ein maßgeblicher Beitrag der staatlichen Behörden zum Vorgehen der Privatperson« geleistet wird.⁷⁶ Anerkannt ist, daß die Finanzverwaltung der Bundesrepublik Deutschland im Ausland – vorbehaltlich einer ggf. gewährten Amtshilfe nach § 117 AO – keine Ermittlungshandlungen vornehmen darf.⁷⁷ Damit aber liegt eine Verletzung Europäischen Rechts, namentlich der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), nahe. Diese darf nicht so ausgelegt werden, daß sie von den Strafverfolgungsbehörden der Vertragsstaaten mittels Einschaltung von Privatpersonen umgegangen werden kann.⁷⁸ Stellt der Beitrag des Vertragsstaats, der zur Zurechnung von Privathandlungen führt, einen Verstoß gegen die EMRK dar, folgt daraus jedoch nicht automatisch ein Verwertungsverbot für die aus den Privathandlungen erlangten Beweismittel. Der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)* hat dies – jedenfalls für den Fall der Verletzung von Art. 8 EMRK durch eine sogenannte Hörfalle – nicht ausdrücklich entschieden.⁷⁹ Vielmehr führt eine Gesamtschau der Rechtsprechung des *EGMR* zum jetzigen Zeitpunkt zu dem Ergebnis, daß ein Verwertungsverbot nach der EMRK erst und nur in den Fällen anzunehmen

sein wird, in denen das den staatlichen Behörden zurechenbare private Handeln (etwa die Einrichtung der Hörfalle) zu einem Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit⁸⁰ führt.⁸¹ Auch die weiteren Rechtsquellen des Europarechts⁸² enthalten – soweit ersichtlich – keine konkreten Beweisverwertungsverbote. Daher bleibt es jedenfalls derzeit bei der bereits dargestellten Übertragung des nationalen Rechts auf die Bewertung von Verstößen gegen Vertragsrecht und ihrer Verfahrensfolgen.

Gegen die Zweifel an der Verwertbarkeit der Daten kann vortragen werden und zu berücksichtigen sein, daß die Informationen auf anderem Weg (hypothetisch in zulässiger Weise⁸³) hätten erlangt werden können. Natürlich ist denkbar, daß der ehemalige Mitarbeiter von den Ermittlungsbeamten in einem Ermittlungsverfahren als Zeuge hätte vernommen und die Daten auf diesem Weg ebenfalls hätten gewonnen werden können.⁸⁴ Für den Einwand hypothetisch zulässiger Beweismittele Gewinnung ist allerdings eine konkrete Betrachtung erforderlich, ob tatsächlich nach den konkreten Umständen des Falles die Möglichkeit zu legalem Handeln bestand. Eine bloß abstrakte, spekulative Möglichkeit der Beweiserlangung auf legalem Weg kann nicht ausreichen. Soweit vertreten wird, daß wegen des fehlenden Zeugnisverweigerungsrechts der Bankmitarbeiter das Inaussichtstellen der Bezahlung für die Herausgabe der Daten noch von dem Aufklärungsauftrag des Bundesnachrichtendienstes gedeckt sei,⁸⁵ ist dem nicht zu folgen. Denn zu berücksichtigen ist, daß die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens einen Anfangsverdacht – also *zureichende tatsächliche Anhaltspunkte* für eine verfolgbare Straftat – voraussetzt.⁸⁶ Beim vorliegend gegebenen Sachverhalt hat der Bundesnachrichtendienst diese Anhaltspunkte jedoch gerade erst aufgrund der Daten erworben, so daß der Verweis auf Ermittlungsmöglichkeiten in einem rechtmäßig eingeleiteten Verfahren einen Zirkelschluß darstellt.

Auch der vorgesehene Weg einer Rechts- oder Amtshilfe wurde nicht eingehalten.⁸⁷ Wenn von der Finanzverwaltung – unter Einschaltung des Bundesnachrichtendienstes – durch Bezahlung ausländischer Angestellter ein Beweiserhebungsverbot mißachtet wird, handelt es sich um eine bewußte Umgehung völkerrechtlicher Rechtshilfevereinbarungen durch die Einschaltung einer Privatperson. Eine solche final angelegte, strafbare Gewinnung von Beweismitteln läßt, wenn ein Beweiserhebungsverbot nicht vollkommen entwertet werden soll, für

67 *BGHSt* 11, 214 ff.

68 *BGH NJW* 2007, 2269 ff.

69 *BGHSt* 31, 304 ff.

70 *BGHSt* 31, 296 ff.

71 *BGHSt* 50, 206 ff.

72 *LG Darmstadt StV* 1993, 573 f.

73 *AG Braunschweig StV* 2001, 393 ff.

74 *Schünemann, NStZ* 2008, 305 ff.; *Tipke, BB* 1998, 241 ff. m. w. N.

75 *Esser, a. a. O.* S. 180, verweist auf die Entscheidung des *EGMR* 28/1989/118/248, dort hatte sich der Bundesnachrichtendienst das rechtswidrige Verhalten eines privaten Dritten bewußt und zielgerichtet zunutze gemacht, es wurde ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK geltend gemacht.

76 *EGMR StV* 2004, 1 ff., zu einer »Hörfalle« auf Anregung der ermittelnden Beamten an eine Privatperson, belastende Telefongespräche auf Tonband aufzunehmen, was als Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK angesehen wurde.

77 *Seer in: Tipke/Kruse, a. a. O.*, § 117 Rdnr. 2 m. w. N.

78 *EGMR a. a. O.*

79 *Gaede, StV* 2004, 46 ff. zu *EGMR StV* 2004, 1 ff.

80 Etwa *EGMR StV* 2003, 257 ff.

81 *Gaede, StV* 2004, 46 ff., 48 f.

82 Wie etwa das Schengener Durchführungsübereinkommen, das Europäische Rechtshilfeübereinkommen oder der Rahmenbeschluß zur Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union.

83 Kritisch zur Lehre vom hypothetischen Ersatzeingriff wegen unzulässiger Analogie zuletzt etwa *Jahn*, Beilage zu *NJW* 21/2008, 13 ff.

84 *Bruns, StraFo* 2008 189 ff.; *Bülte, wistra* 2008, 292 ff., der die Zulässigkeit fiskalischer Auskunftersuchen an deutsche Mitarbeiter einer ausländischen Bank verneint und für nichtig hält.

85 *Sieber, a. a. O.*

86 *Meyer-Göfner, StPO*, 50. A. 2007, § 152 Rdnr. 4.

87 *Gless/Eymann, StV* 2008, 318 ff.

eine Abwägung unter Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe keinen Raum und soll dann ein Beweisverwertungsverbot begründen.⁸⁸

III. Ermittlungsmaßnahmen, »verunglückte« Nacherklärungen und geständige Einlassungen der Anleger

1. Weiteres (denkbares) Verfahrensgeschehen

Die Staatsanwaltschaft Bochum sowie die zuständigen Ermittlungsabteilungen bei den Finanzämtern, insbesondere den Strafsachen- und Bußgeldstellen, sowie der Steuerfahndung, kündigten bereits unmittelbar nach dem Erhalt der Daten deren Auswertung und die Einleitung von Ermittlungsverfahren gegen die dadurch belasteten und verdächtigen Kunden der LGT an. Es gibt bereits unzählige strafrechtliche Ermittlungsverfahren wegen Verdachts der Steuerhinterziehung im gesamten Bundesgebiet und darauf gestützt umfangreiche Durchsuchungsmaßnahmen, zum Teil auch bei den beratenden deutschen Bankinstituten und deren Mitarbeitern, die dabei Unterstützung geleistet haben sollen. Vor diesem Hintergrund sind – auch dies konnte den verschiedenen Pressemitteilungen entnommen werden – in größerer Anzahl Nacherklärungen der »Steuerflüchtlinge« eingegangen. Zu vermuten steht auch, daß – abseits des prominenten Falls Zumwinkel – durch geeignete Ermittlungsmaßnahmen, etwa Anträge auf Erlaß von Haftbefehlen, unabhängig von strafbefreienden Selbstanzeigen, geständige Einlassungen der Verdächtigen abgegeben worden sind, um etwa Inhaftierung, Durchsuchungen oder andere grundrechtstangierende Eingriffe der Ermittlungsbehörden abzuwenden.

Diese unmittelbar oder mittelbar auf dem Erhalt der Daten der LGT durch den Bundesnachrichtendienst beruhenden Ermittlungsergebnisse in den laufenden Verfahren sind auf ihre strafprozessualen Folgen, insbesondere auf ihre Verwertbarkeit hin, zu prüfen.

2. Prozeßordnungsmäßigkeit von Verfahrenseinleitung und Ermittlungsmaßnahmen

Ob die Einleitung von Strafverfahren und die Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen in der vorliegenden Konstellation rechtmäßig sind, bedarf näherer Betrachtung. Zweifelsfrei hat die Staatsanwaltschaft mit den Daten zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für verfolgbare Straftaten im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO erhalten. Das darin zum Ausdruck kommende Legalitätsprinzip hat grundsätzlich auch einen Verfolgungszwang gegen jeden Verdächtigen, mithin die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, zur Folge.⁸⁹

Zweifelhaft ist jedoch, ob Tatsachen zur Begründung eines Anfangsverdachts herangezogen werden können, die rechtswidrig durch die Ermittlungsbehörden erlangt wurden. Denn ein Beweisverwertungsverbot kann die wesentlichen Grundsätze im Strafverfahren einschränken.⁹⁰ Es geht dabei um das Problem der Vorauswirkung von Verwertungsverboten. Anerkannt ist, daß einem Verwertungsverbot unterliegende Unterlagen nicht zu Beweis Zwecken verwendet werden dürfen.⁹¹ Nach der von der Rechtsprechung gefundenen sogenannten Widerspruchslösung werden Beweisverwertungsverbote erst nach (rechtzeitiger) Geltendmachung durch einen Widerspruch berücksichtigt.⁹² Zur Bejahung einer vorgelagerten Wirkung von Beweisverwertungsverboten müßte der Staatsanwalt bei der Entscheidung über das Vorliegen eines Anfangsverdachts das spätere Prozeßverhalten der Verfahrensbeteiligten prognostizieren, was unmöglich erscheint.⁹³ Nach einer anderen Auffassung soll die Staatsanwaltschaft trotz Bestehens eines Verwertungsverbots den Anfangsverdacht anderweitig klären können, jedoch nicht mit Maßnahmen, die Eingriffscharakter haben.⁹⁴ Folgt man der Ansicht des BGH, daß nicht jeder Verfahrensfehler ohne weiteres das gesamte Verfahren lahm legen soll⁹⁵ und sieht man darin »nur« den Anlaß für weitere Ermittlungen, kann die Verfahrenseinleitung selbst zu-

lässig sein. Die Anwendung prozessualer Zwangsmittel ausschließlich aufgrund des unzulässig erlangten Beweismittels ist hingegen grundsätzlich abzulehnen, da sie den vorangegangenen Verstoß grundrechtsrelevant perpetuiert. Die Staatsanwaltschaft muß sich in solchen Fällen um Erkenntnisquellen mit geringerer Eingriffsintensität bemühen.⁹⁶

3. Verwertbarkeit der im weiteren Verfahren gewonnenen Beweismittel: Fernwirkung?

Generell ist in der Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten⁹⁷ nicht anerkannt. Die Gegenmeinung in der Literatur stützt sich vor allem auf die nordamerikanische »fruit of the poisonous tree doctrine«, nach der auch mittelbar aufgrund des Verstoßes erlangte Beweisergebnisse stets einem Verwertungsverbot unterliegen. Die uneingeschränkte Übernahme dieser Doktrin ist jedoch systemwidrig, denn in den USA dienen die Beweisverbote vornehmlich der Disziplinierung der Polizei, in Deutschland sollen sie dagegen die Rechtstaatlichkeit des Verfahrens gewährleisten.⁹⁸

Die Frage der Fernwirkung ist in Deutschland bislang vor allem für Verstöße gegen verbotene Vernehmungsmethoden erörtert worden, namentlich: Mißhandlung oder Quälerei (Folter), Täuschung oder die Verabreichung von Mitteln. Eine Fernwirkung ist danach ausnahmsweise anzunehmen für Beschuldigtenvernehmungen, bei denen gegen diese Verbote des § 136 a StPO verstoßen wurde und ebenso in Fällen einer rechtswidrig angeordneten Telefonüberwachung.⁹⁹ Vorliegend wird man von einem solchen Ausnahmefall nicht ausgehen können, so daß die Frage der Verwertbarkeit im Rahmen einer Gesamtabwägung zu klären ist.¹⁰⁰ Es spricht viel dafür, daß eine durch das entscheidende Gericht vorzunehmende Abwägung zu dem Ergebnis kommt, daß eine Fernwirkung – obwohl dogmatisch gut zu begründen¹⁰¹ – für mittelbar erlangte Beweismittel nicht besteht.

Im Ergebnis können dann bei Annahme eines Beweisverwertungsverbots wegen der unzulässigen Erhebung der DVD zwar die Daten selbst in einem Prozeß nicht als Beweis herangezogen werden, trotzdem werden aber mittelbar erlangte Beweise, die auf diesen Daten beruhen, weiterhin einer Verwertung unterliegen.

IV. Ergebnis und Hinweise für die Beratung

Der Makel einer vorangegangenen Straftat soll nach einer Auffassung in der Literatur zu einem Strafverfahrenshindernis wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens führen. Denn gerade wenn der Staat Recht sprechen und demjenigen die Strafe auferlegen will, der gegen das Recht verstoßen hat, so hat er sich davor zu hüten, daß seinem Verfahren Unrecht anhaftet.

Greift der Staat selbst zu Straftaten, trägt er kaum zum Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit seiner staatlichen Institutionen bei.¹⁰² Der Annahme eines Strafverfahrenshindernisses im Sinne des § 206 a StPO wegen Verletzung des Grundsatzes

88 Trüg/Habetha, a. a. O.; Trüg/Habetha, NSStZ 2008, 481 ff.; Bruns, a. a. O.; Tipke, BB 1998, 241 ff. m. w. N.

89 BVerfG NSStZ 1982, 430.

90 BGHSt 27, 355 ff.

91 BVerfG 44, 383.

92 BGHSt 38, 214.

93 Beulke in: Löwe-Rosenberg, StPO Band 3, 25. A. 2004, § 152 Rdnr. 26.

94 Schoreit in: Karlsruher Kommentar, StPO, 5. A. 2003, § 152 Rdnr. 32.

95 BGHSt 22, 129 ff.

96 Vgl. aber Frank/Titz ZRP 2008, 127, die das bisherige Vorgehen mit Blick auf Nutzung gut vernetzter Erkenntnisquellen, fiskalischem Denken und aktiver Öffentlichkeitsarbeit verteidigen.

97 BGHR StPO § 110 a Fernwirkung 1; BGHSt 27, 355 ff.

98 Meyer-Göbner, a. a. O., Einl. Rdnr. 57 m. w. N.

99 Gössel in: Löwe-Rosenberg, StPO, Band 1, 26. A. 2006, Einleitung L Rdnr. 107 ff m. w. N.

100 Beulke, a. a. O., Rdnr. 27 m. w. N.

101 Schünemann, a. a. O.

102 So schon Schubarth, StV 1987, 173 ff.

eines fairen Verfahrens bedarf es bei richtigem Verständnis der Beweisverwertungsverbote und ihrer Anwendung jedoch nicht. Denn es ist festzustellen, daß im vorliegenden Fall sowohl im (strafbaren) Erwerb von Beweismitteln durch den privaten Dritten, als auch im Erwerb und in der Weitergabe der Beweismittel durch den Bundesnachrichtendienst, Verstöße gegen Beweiserhebungsverbote vorliegen. Der Grundsatz des fairen Verfahrens wird bei der Annahme der Unverwertbarkeit der rechtswidrig erlangten Daten nicht verletzt.

Zwar ist für die Vortat durch den ehemaligen Mitarbeiter der LGT davon auszugehen, daß der *BGH* – trotz gut begründbarer anderer Auffassungen in der Literatur – kein Beweisverwertungsverbot annehmen wird. Bei dem (strafbaren) Ankauf von Tatbeute und ihrer Weitergabe durch den Bundesnachrichtendienst aber ist von einem Beweisverwertungsverbot aufgrund der bewußten Mißachtung des geltenden Rechts durch staatliche Stellen auszugehen. Bei einem schwerwiegenden Verfahrensverstoß, wie der planmäßigen und strafrechtlich relevanten Umgehung gesetzlicher Zuständigkeiten, kann im vorliegenden Fall auch nicht auf hypothetische Erwägungen zurückgegriffen werden, wenn das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns keinen Schaden nehmen soll.¹⁰³ Dem liegen – neben dem Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren – eben auch das Präventionsziel rechtmäßigen dienstlichen Verhaltens und die Straflgitimation des Staates zugrunde.¹⁰⁴ Erwägungen dazu, daß das Beweismittel auch auf rechtmäßigem (zulässigem) Weg hätte erlangt werden können, verbieten sich dann.

Verwertungsverbote beziehen sich jedoch ausschließlich auf das unmittelbar erlangte Beweismittel, die Daten auf der DVD. Sie gelten nicht für mittelbar – auf Basis der Daten – erlangte Beweismittel, Ergebnisse der Ermittlungen oder sonstige Verfahrenshandlungen mit Beweiswert, da von einer Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots hinsichtlich der DVD nicht auszugehen ist. Für die konkrete Verteidigung ist somit von wesentlicher Bedeutung, ob – abseits der Daten auf der DVD – weitere Beweismittel erlangt werden konnten, da deren Verwertung im Verfahren regelmäßig zulässig sein wird. Dabei ist zu beachten, daß schon die Rechtmäßigkeit der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens aufgrund der Daten-DVD zweifelhaft ist und jedenfalls in der Literatur geäußert wird, daß Maßnahmen mit Eingriffscharakter ausschließlich auf Basis unverwertbarer Beweismittel für einen Anfangsverdacht ausscheiden sollen.

Je nach der konkreten Verfahrenskonstellation sind bei der Beratung des Mandanten verschiedene Problemfelder im Blick zu behalten. Wenn Ermittlungsverfahren eingeleitet und durchgeführt werden – wovon nach den bisherigen Presseberichten auszugehen ist – ist zunächst zu prüfen, ob materiellrechtlich überhaupt eine Steuerhinterziehung vorliegt. Denn im Fall einer Vermögensanlage durch Gründung einer Stiftung

in Liechtenstein sind Konstellationen denkbar und auszuschließen, bei denen keine Ertragsteuerpflicht in Deutschland gegeben ist.¹⁰⁵

Erst bei Vorliegen des Tatbestandes des § 370 AO ist es sinnvoll, die Voraussetzungen einer Nacherklärung gemäß § 371 AO zu prüfen. Problematisch kann dabei regelmäßig wohl nur die Kenntnis (in Form des Rechnenmüssens) des Täters von der Tatentdeckung sein, die eine Straffreiheit entfallen lassen würde. Ob man ohne weiteres die Fähigkeit des Täters verneinen kann, einen Schluß von der objektiven Sachlage auf die Tatentdeckung zu ziehen,¹⁰⁶ soll vorliegend und kann in Anbetracht der regelmäßigen Handhabung der Praxis¹⁰⁷ dahingestellt bleiben.

Bei der Empfehlung eines Geständnisses im Rahmen einer Verständigung oder zur Vermeidung von Untersuchungshaft ist stets zu berücksichtigen und dem Mandanten zu erläutern, daß man sich mangels Fernwirkung eines Beweisverwertungsverbots einer möglicherweise Erfolg versprechenden Verteidigungssituation begibt. Bleiben nämlich die Daten der DVD das einzige Beweismittel in einem Strafverfahren, so kann ihrer Verwertung nach der hier vertretenen Auffassung mit Erfolg widersprochen werden. Dieser Widerspruch hat dabei in der Hauptverhandlung vorsorglich in unmittelbarem Zusammenhang der Beweisaufnahme – spätestens im Rahmen einer Erklärung gemäß § 257 StPO – zu erfolgen, denn der recht einheitlichen Rechtsprechung zum Erfordernis des Widerspruchs kann nicht mit Sicherheit entnommen werden, in welchen Fällen überhaupt und erforderlichenfalls wann spätestens ein Widerspruch notwendig ist. Eine spätere »Heilung« durch Nachholung schließt die Rechtsprechung jedenfalls ganz überwiegend aus. Wird die Unverwertbarkeit der Daten als einziges Beweismittel festgestellt, so ist das Verfahren (im Stadium des Ermittlungsverfahrens) einzustellen oder es ist freizusprechen.

Der Verteidiger oder beratende Anwalt wird im Interesse seines Mandanten somit gut daran tun, mit ihm vorab die möglichen prozessualen, insbesondere beweisrelevanten Konsequenzen etwa einer (verunglückten) Nacherklärung oder eines anderweitigen Geständnisses¹⁰⁸ zu erörtern.

103 *LG Darmstadt*, a. a. O.

104 *Eisenberg*, a. a. O. m. w. N., Rdnr. 363; *BGHSt* 24, 125 ff.

105 Ausführlich unter Hinweis auf die steuerliche »Abschirmwirkung« von Stiftungen: *Göres/Kleinert*, a. a. O.

106 *Randt/Schauf*, DStR 2008, 489 ff.; im Anschluß daran auch *Göres/Kleinert*, a. a. O.

107 *Kummer* in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. A. 2007, Kap. 18 Rdnr. 130 ff. m. w. N.

108 *Trüg/Habetha*, a. a. O., vertreten die Auffassung einer Fortwirkung des Verwertungsverbots von unter Eindruck des unverwertbaren Beweismittels angegebenen Einlassungen, sofern keine qualifizierte Belehrung erfolgt.