

Schwarzgeld

Als mich Herr Fuhrer im März dieses Jahres fragte, ob ich allenfalls bereit wäre, hier und heute beim Aargauischen Juristenverein ein Referat zu halten, habe ich bei der Suche nach einem Thema das Stichwort «Geldwäscherei» genannt, weil mich immer noch ärgert, was Gesetzgeber und bundesgerichtliche Praxis aus einer Bestimmung gemacht haben, die ursprünglich ein Instrument zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens sein sollte (und von deren Wirkung man sich dabei illusionär viel versprochen hatte). Was ich nicht geahnt habe, war, dass mich Herr Fuhrer daraufhin mit einer Vielzahl von Fragen überschütten würde, die sich alle um das heutige Thema drehen, mit der Geldwäscherei nur noch am Rande. Wie Sie sehen, habe ich mich trotzdem dazu bekehren lassen, hier zu referieren, nicht zuletzt als Deutscher, der ich auch nach einem halben Jahrhundert in der Schweiz noch bin (und bleiben werde). Denn um die gegenwärtigen Auseinandersetzungen mit meinem alten Vaterland geht es dabei ja in erheblichem Umfang.

Die Gliederung der nachfolgenden Ausführungen ergibt sich nahezu von selbst: Ich werde mich zunächst mit der strafrechtlichen Wertung der Verbringung von Schwarzgeld in die Schweiz nach deutschem Recht befassen und mit der Einschätzung der Rolle, die dabei eine Mitwirkung in diesem Lande gespielt haben könnte, sodann mit der des Erwerbs der «geklaute» Daten und ihrer Verwertbarkeit nach deutschem Recht und schliesslich, höchst kurzweilig, noch mit der prozessualen Seite der ganzen Vorgänge und dem (künftigen) Informationsaustausch zwischen den beiden Ländern.

I.

1. Beginnen wir also mit dem deutschen Recht. Die Steuerhinterziehung ist im Grundtatbestand von § 370 der deutschen Abgabenordnung mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bedroht, in besonders schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu zehn Jahren (Abs. 3); als solcher Fall gilt dabei die fortgesetzte Hinterziehung unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege (Ziff. 4), also etwa das, was man hierzulande als Steuerbetrug qualifizieren würde (diesen Begriff gibt es im deutschen Recht nicht). Das Delikt ist in jedem Falle ein Vergehen; Verbrechen sind nach deutschem Recht nur Taten, die mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht sind (§ 12 Abs. 1). Die Verjährungsfrist beträgt im Regelfall 5 Jahre, in besonders schweren Fällen 10 Jahre (§ 376 AO).

Ein Bankangestellter, der dem deutschen Steuerpflichtigen hilft, Kapital zur Vermeidung von Steuern anonym ins Ausland zu transferieren, macht sich, so hat der deutsche Bundesgerichtshof im Jahr 2000 entschieden, wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung strafbar. In casu wurde dem Angestellten zur Last gelegt, durch die Anonymisierung des Geldtransfers das Entdeckungsrisiko für die Nichtangabe der Erträge in den Steuererklärungen der Auftraggeber stark verringert zu haben. Solche Hilfe hat der Bundesgerichtshof nicht als eine «neutrale» Handlung gelten lassen, deren Strafbarkeit unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe (bzw. der Gehilfenschaft) im deutschen Recht, wie ja auch hierzulande, Gegenstand einer vorerst noch längst nicht abgeschlossenen Diskussion ist¹. Er referiert zunächst den Stand dieser Diskussion, insbesondere bei Bankgeschäften, und äussert sich dann wie folgt – lassen Sie mich die entscheidende Passage des Entscheids im Wortlaut zitieren –:

«Der Bundesgerichtshof hat zur Beihilfestrafbarkeit von Bankangestellten beim Kapitaltransfer ins Ausland bisher noch nicht Stellung genommen. Er hat jedoch im Rahmen einer Entscheidung zur Beihilfe zum Betrug folgende allgemein für berufstypische „neutrale“ Handlungen geltenden Grundsätze aufgestellt (...): Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten (...). In diesem Fall verliert sein Tun stets den „Alltagscharakter“; es ist als „Solidarisierung“ mit dem Täter zu deuten (...) und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen (...). Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, daß sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, daß er sich mit seiner Hilfeleistung „die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein“ ließ (...). Diese Grundsätze sind auch auf den Straftatbestand der Steuerhinterziehung und auf das berufliche Verhalten von Bankangestellten anzuwenden.»²

Entscheidendes Kriterium ist danach also die Frage, ob der Hilfeleistende weiss, dass das Handeln des Täters *ausschliesslich* darauf abzielt, eine strafbare Handlung zu begehen³, oder ob er das nur für möglich hält, also immerhin damit rechnet, es könnte sich bei dem, was er da zu transferieren hilft, um Schwarzgeld handeln, und insofern mit Eventualvorsatz handelt. Ob es so oder anders liegt, ist natürlich eine quaestio facti. Sicher dürfte aber immerhin sein, dass die blosser Entgegennahme von Vermögenswerten eines deutschen Kunden, um sie hier auf einem Bankkonto, auch einem Nummernkonto, zu parkieren, noch keine strafbare Beihilfe darstellt. Denn dafür kann es viele Gründe geben, beispielsweise, um nur ein mögliches Motiv zu nennen, den Wunsch, sie der Familie vorzuenthalten und sie jemand anderem zuzuwenden

¹ Dazu zuletzt etwa BGE 6S.420/2002 vom 28. September 2003.

² BGH 5 StR 624/99 vom 1. August 2000.

³ Schönke/Schröder/Cramer/Heine, § 27 Rn. 10a.

– in Deutschland gab es vor nicht allzu langer Zeit einen denkwürdigen Streit über die Gültigkeit des sogenannten Mätressentestaments. Wenn dagegen ein Bankangestellter, wie in dem public gewordenen Fall beim Zürcher Crédit Suisse, einem deutschen Bankkunden, der sein Geld hierzulande verstecken möchte, detaillierte Informationen darüber gibt, was er tun muss, um einen Scheinwohnsitz in der Schweiz zu begründen, dann wird man an jenem Wissen um die deliktischen Absichten des Täters nicht ernsthaft zweifeln können.

Hinzuzufügen bleibt vorerst nur, dass die Beihilfe (Gehilfenschaft) nach § 9 Abs. 2 dt. StGB als (auch) an dem Ort begangen gilt, an dem die Tat begangen ist, also, wenn in der Schweiz begangen, auch in Deutschland, und damit deutschem Recht unterworfen.

2. An den durch gewerbs- oder bandenmässig begangene Steuerhinterziehung «ersparten Aufwendungen» kann nach § 261 des deutschen StGB aber auch Geldwäsche begangen werden (Abs. 1 Ziff. 2, letzter Absatz). Solche Ersparnisse unterliegen selbstverständlich der dort «Verfall» genannten Einziehung nach § 73 dt. StGB. Auch ist die Verbringung von Vermögenswerten, die der Einziehung unterliegen, ins Ausland selbstverständlich eine mögliche Art, sie zu verbergen⁴. Nur kann der Vortäter nach deutschem Recht, anders als – folgt man der Auffassung des Bundesgerichts⁵ – nach schweizerischem Recht, nicht sein eigener Geldwäscher sein: Abs. 9 Satz 2 der genannten Bestimmung sagt ausdrücklich, dass wegen Geldwäsche nicht bestraft wird, «wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist». Danach kann der bloße Transfer nicht versteuerter Gelder in die Schweiz durch denjenigen, dem sie gehören, noch keine Geldwäsche sein. Diese Regelung wird auf den Gedanken der mitbestraften Nachtat zurückgeführt, den die Geldwäsche für den Vortäter darstellt (während die herrschende Lehre in der Schweiz für die Straflosigkeit des Vortäters unter dem Gesichtspunkt der Selbstbegünstigung plädiert⁶).

An sich könnte sich daher ein an der Vortat *nicht* Beteiligter in strafbarer Weise an diesem Delikt beteiligen⁷. Nur müssen die Vermögenswerte allerdings, soll überhaupt Geldwäsche an ihnen begangen werden können und daran eine Beteiligung möglich sein, wie gesagt, aus einer *gewerbsmässigen* Steuerhinterziehung stammen. Dabei wird im deutschen Recht, ähnlich wie hier, unter Gewerbsmässigkeit die Absicht verstanden, sich durch wiederholte Begehung von Delikten eine Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen⁸.

⁴ Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 261 Rn. 11.

⁵ Vgl. Stratenwerth, Schweiz. Strafrecht, Bes. Teil II, 6. Aufl. 2008, § 55 N. 43.

⁶ Pieth, BSK-StGB, 2. Aufl. 2007, Art .305bis N. 54.

⁷ Schönke/Schröder/Stree, aaO, § 61 Rn. 5.

⁸ Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, aaO, Rn. 95 vor §§ 52 ff.

In dieser Absicht aber muss der *Steuerhinterzieher* selbst, nicht bloss ein irgendwie an der Hinterziehung Beteiligter gehandelt haben. Gewerbsmässiges Handeln beginnt dann allerdings nach deutschem Recht, wie bereits Herr Fuhrer herausgefunden hat, schon mit der ersten in dieser Absicht vorgenommenen Handlung⁹. Insofern ist eine Beteiligung nicht völlig ausgeschlossen, wenn jemand das Schwarzgeld entgegennimmt und damit dessen Einziehung zumindest gefährdet, wenn ihm nachgewiesen werden kann, dass das Geld in dieser Absicht der Steuer hinterzogen worden ist und er das mindestens in Kauf genommen hat. Der Gehilfe müsste freilich selbst gewerbsmässig handeln; sonst greift hier § 28 Abs. 2 dt. StGB (= Art. 27 CH-StGB) ein.

Aber das alles sind unter dem Gesichtspunkt der Geldwäsche nach deutschem Recht doch müssige Spekulationen. Es kann wohl keine Frage sein, dass die Steuerhinterziehung zumindest *materiell* erst vollendet (oder, im schweizerischen Sprachgebrauch, beendet) ist, wenn die entsprechenden Vermögenswerte hierzulande angekommen sind. Erst dann unterliegen sie nicht mehr dem Zugriff der deutschen Steuerbehörden. Sollte also etwa ein schweizerischer Kundenberater in solcher Weise an der Steuerhinterziehung mitwirken, müsste er zugleich nach der schon zitierten Bestimmung von § 261 Abs. 9 Satz 2 dt. StGB straflos bleiben: Er wäre dann eben an der Vortat Beteiligter.

3. Aber das ist – wenn man so will: leider – noch nicht Alles. Wie der schweizerische, so hat sich auch der nach diesem «Vorbild» handelnde deutsche Gesetzgeber nicht veranlasst gesehen, bei der Schaffung des Tatbestandes der Geldwäscherei, dieser Wunderwaffe gegen das organisierte Verbrechen, übertriebene Rücksicht auf systematische Zusammenhänge zu nehmen. Und so gibt es denn neben § 261 dt. StGB auch noch den guten alten Tatbestand der Strafvereitelung (§ 258), in etwa das Gegenstück zu unserem Art. 305, aber mit der Besonderheit, dass er sich (auch) auf *alle* Massnahmen bezieht, und dazu gehören kraft Legaldefinition (§ 11 Abs. 1 Ziff. 8) auch Einziehung und Verfall. Die Vereitelung der Einziehung bzw. des Verfalls aber ist ja nach ihrer verfehlten Konzeption auch der Kerngehalt der Geldwäsche, und so stehen denn Strafvereitelung und Geldwäsche einigermassen unverbunden nebeneinander, was die Doktrin freilich hindert, beim Zusammentreffen dieser beiden Tatbestände offenbar im Blick auf ihre «unterschiedliche Schutzrichtung» für Idealkonkurrenz einzutreten¹⁰. Das heisst natürlich, dass sich der schweizerische Bankangestellte, von dem wir reden, auch der Strafvereitelung schuldig machen kann, und zwar nicht nur als Gehil-

⁹ BGHSt 49, 181.

¹⁰Vgl. Schönke/Schröder/Stree, aaO, § 261 Rn. 28.

fe, sondern dank der Fassung dieses Tatbestandes, die ja die Hilfe schon als solche erfasst, als Täter. Da der «Erfolg» des Delikts, die mindestens teilweise Vereitelung der Massnahme, in der Bundesrepublik eintritt, fällt nach dem Ubiquitätsprinzip auch die Begehung der Tat im Ausland unter das deutsche StGB (§ 9 Abs. 1). Könnte also für unseren Bankangestellten, wenn es mit der Geldwäsche schon nichts ist, «wenigstens» noch eine Begünstigung übrigbleiben? Dabei muss sich natürlich die Frage stellen, ob hier nicht und inwieweit etwa der Gesichtspunkt der straflosen Selbstbegünstigung (§ 258 Abs. 5) eingreifen könnte. Und damit wird es, zumindest auf den ersten Blick, nun ein wenig komplizierter.

Was unser hypothetischer Übeltäter zu vereiteln versucht hat, war ja die Konfiskation der hinterzogenen Vermögenswerte. Diese Massnahme aber konnte sich nicht gegen ihn richten, sondern nur gegen ihren Inhaber, den *real owner*. Also stand er insofern gar nicht unter dem Druck, dessentwegen die Selbstbegünstigung entschuldigt wird, war sein Verhalten vielmehr eine Fremdbegünstigung. Er wäre folglich nicht entlastet. Auf den zweiten Blick wird man dagegen sagen müssen, dass die Feststellung, hier hätten die entsprechenden Vermögenswerte, wären sie in Deutschland geblieben, eingezogen werden können, den Nachweis der Steuerhinterziehung voraussetzt, und an ihr wäre der Bankangestellte ja, wie ausgeführt, durchaus beteiligt gewesen. Oder anders gesagt: Alle Vorkehrungen, die dazu dienten, die Herkunft und die Auffindung der in Frage stehenden Vermögenswerte zu verhindern – das Nummernkonto, die Zurückbehaltung der darauf bezogenen Post, codierte Mitteilungen, usw. – erschwerten oder verunmöglichten zugleich den Nachweis der Straftat selbst und damit einer strafbaren Beteiligung an ihr. Deshalb fallen sie, so denke ich, dann doch unter das Privileg der Selbstbegünstigung.

Der langen Rede kurzer Sinn: Schwarzgeld in der Schweiz zu horten, kann und wird in der Regel strafbare Beteiligung an der Steuerhinterziehung sein – nicht mehr und nicht weniger.

II.

Sollte solches Verhalten zum Gegenstand von Ermittlungen deutscher Strafverfolgungsorgane werden, so stellt sich als nächstes die Frage nach der Verwertbarkeit der durch den üblicherweise so genannten «Datenklau» erlangten Informationen. Das wiederum lässt sich nur sagen, wenn man die entsprechenden Vorgänge nach schweizerischem und deutschem Recht genauer untersucht.

1. Zunächst also: Wie ist der illegale «Erwerb» und die Weitergabe von dem Bankgeheimnis unterliegenden und jedenfalls für Aussenstehende nicht zugänglichen Informationen nach dem Strafrecht dieses Landes zu qualifizieren? Der erste Gedanke gilt natürlich Art. 47

BankG. Diese Bestimmung erfasst allerdings nur den Verrat und, anders als etwa Art. 6 UWG, nicht das Auskundschaften des Geheimnisses. Täter kann daher nur ein Insider sein. Dass dies der Fall war, steht (vorläufig) wohl noch nicht fest, ist aber natürlich anzunehmen. Entsprechendes gilt, nebenbei bemerkt, auch für den Verrat von Geschäftsgeheimnissen nach Art. 162 StGB und faktisch ebenso, wenn auch nicht rechtlich, für die unbefugte Datenbeschaffung nach Art. 143 StGB: Der Tatbestand greift nur bei Daten ein, die gegen den «unbefugten» Zugriff des Täters besonders gesichert sind. Den Datenklau müsste also ein Aussen-seiter, ein Hacker, begangen haben, und das ist praktisch ausgeschlossen. Es kann nur jemand gewesen sein, der regulären Zugang zu den Datenbeständen der Bank gehabt hat. Doch mag das immerhin offen bleiben, solange die Identität des Täters nicht feststeht. Auf sie kommt es, wie sich noch ergeben wird, entscheidend auch gar nicht an.

Nicht zweifelhaft dürfte dagegen sein, dass die Weitergabe der CD mit den Kundendaten an Vertreter eines fremden Staates, hier also der Bundesrepublik, den Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes (Art. 273 StGB) erfüllt. Dabei kann hier die alte Zweifelsfrage dahingestellt bleiben, ob für die «Binnenbeziehung» der übermittelten Informationen zur Schweiz, die der Tatbestand voraussetzt, die Innehabung eines Bankkontos in diesem Lande genügt. Denn es geht ja offenkundig um Geheimnisse nicht nur der Konteninhaber, sondern auch – und man könnte angesichts der jetzigen Entwicklungen sagen, sogar in erster Linie – um solche der Banken. Nach Art. 4 StGB fällt hier auch die Auslandstat unter das schweizerische Strafgesetzbuch, so dass es keine Rolle spielt, *wo* auf dieser Welt die Scheibe den Besitzer gewechselt hat

2. Was bedeutet alles dies unter dem Gesichtswinkel des deutschen Rechts und insbesondere der Verwertbarkeit der in solcher Weise transferierten Informationen? Um das für Viele sicher enttäuschende Ergebnis vorwegnehmen: Ich sehe keinen zwingenden Grund, weshalb sie unzulässig sein sollte. Aber im Einzelnen:

Die Verwertbarkeit der Daten könnte in erster Linie im Blick auf ihren Erwerb in Frage gestellt werden, *wenn* die deutschen Behörden dadurch ihrerseits einen Straftatbestand erfüllt hätten. Hierzulande ist ja von «Datenhehlerei» gesprochen worden. Aber einen solchen Tatbestand gibt es nicht, weder im deutschen noch übrigens im schweizerischen Strafgesetzbuch. Hehlerei kann nach dem insoweit übereinstimmenden Recht beider Länder nur an «Sachen» begangen werden (§ 259 dt. StGB, Art. 160 CH-StGB), und zwar nur an solchen, hinsichtlich deren der durch ein Vermögensdelikt Betroffene einen Restitutionsanspruch besitzt. Das scheidet hier offenkundig aus. Es geht ja offenkundig nicht um die Vereitelung einer Rücker-

stattung der CD, die der Täter zum Kauf anbietet (und die, selbst wenn er die Daten ursprünglich etwa auf ein Exemplar der Bank übertragen haben sollte, längst eine eigene, schon zur Sicherheit hergestellte Kopie sein dürfte).

Auch eine weitere Strafbestimmung des deutschen Rechts, zu der es im schweizerischen StGB kein Gegenstück gibt, scheidet hier aus. Es ist das der Tatbestand der *sachlichen* Begünstigung (§ 257), den erfüllt, wer «einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat, in der Absicht Hilfe leistet, ihm die Vorteile der Tat zu sichern». Denn diese Bestimmung setzt zum ersten eine Vortat voraus, die nach *deutschem* Recht unter Strafe steht, und daran fehlt es hier bereits. Dass ein Verstoß gegen Art. 47 BankG oder Art. 273 CH-StGB keine solche Tat ist, versteht sich von selbst. Das nach deutschem Recht in Betracht kommende Delikt der Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 dt. StGB) kann, ähnlich wie die Verletzung des Amts- oder Berufsgeheimnisses nach schweizerischem Recht (Art. 320, 321 CH-StGB), nur von Personen begangen werden, die kraft ihrer beruflichen Stellung in besonderem Masse zur Geheimhaltung verpflichtet sind, und dazu gehören die Mitarbeiter einer Bank als solche nicht. Dieser Tatbestand scheidet daher ebenso aus. Auch eine strafbare Datenentwendung nach § 202a dt. StGB kommt in unserem Fall nicht in Betracht, wenn der Täter, wie gesagt, ein Insider war: Die Bestimmung setzt wie Art. 143 CH-StGB voraus, dass die Daten «gegen den unberechtigten Zugriff [des Täters] besonders gesichert sind». Unter diesen Umständen kann mir ersparen, die Frage zu erörtern, ob und inwieweit überhaupt im Ausland begangene Taten unter § 257 dt. StGB fallen¹¹ – der «Datenklau» ist ja in der Schweiz begangen worden – und ob die hier erforderliche Absicht der Vorteilssicherung nicht, wie bei der auf «Restitutionsvereitelung» abzielen muss¹², das heisst auf die Verhinderung oder Erschwerung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, die wie bei der Hehlerei wesentlich das Unrecht ausmacht und natürlich bei unbefugt kopierten Daten gar nicht möglich ist. Auch durch § 257 dt. StGB lässt sich, kurz gesagt, der Erwerb der Daten offenkundig nicht erfassen. Die deutsche Doktrin glaubt überwiegend freilich doch noch eine Strafbestimmung entdeckt zu haben, die dieser Erwerb erfüllt haben soll, nach den Worten meines Berner Kollegen Günter Heine sogar «zweifellos»¹³. Es handelt sich um Beihilfe zur unbefugten Verwertung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen nach § 17 Abs. 2 Ziff. 2 dt. UWG. Ich erlaube mir hier trotzdem einige Zweifel. Zunächst ist schon gar nicht klar, ob und inwieweit diese Bestim-

¹¹Schönke/Schröder/Stree, aaO, § 257 N. 11.

¹²Schönke/Schröder/Stree, § 257 N. 16.

¹³HRRS (Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht, 12/2009, S. 540).

mung auch Geheimnisse ausländischer Berechtigter¹⁴, also von Schweizer Banken, oder das Steuergeheimnis deutscher Staatsbürger schützt – ist das ein «Geschäftsgeheimnis»? Sodann aber muss die Verwertung oder Mitteilung eine «unbefugte» sein, und das ist die Übergabe des Datenträgers an die deutschen Behörden doch wohl nicht: Es geht um nichts anderes als die Übermittlung von Informationen über mögliche Straftaten an zuständige Amtsträger, die jedem Bürger freisteht, also keine rechtswidrige Tat ist, an der Beihilfe möglich wäre¹⁵. Und schliesslich handeln diese Behörden ihrerseits nicht rechtswidrig, wenn sie ihre Verfolgungspflicht nach § 152 Abs. 2 dt. StPO erfüllen. Man vergegenwärtige sich nur für einen Augenblick, wie es läge, wenn die «geklauten» Daten von den deutschen Behörden nicht angekauft, sondern sie ihnen einfach übermittelt worden wären, wie es übrigens im Fall Liechtenstein zum Teil geschehen zu sein scheint: Sollte ihnen dann etwa verwehrt sein, entsprechende Ermittlungen einzuleiten?

Unter diesen Umständen kann ein beweisrechtliches Verwertungsverbot, wie es in der amerikanischen Doktrin unter der schönen, von Richter Frankfurter gefundenen Metapher einer «fruit of the poisoned [oder poisonous] tree» diskutiert wird, für die «geklauten» Daten nicht darauf gestützt werden, dass ihr Erwerb ein deutsches Strafgesetz verletzt habe. Nun kann sich ein solches Verbot allerdings auch aus der Verletzung des unantastbaren Kernbereichs der Persönlichkeit und damit der Menschenwürde¹⁶ oder, bei hoheitlichen Eingriffen, wesentlicher Regeln der Beweiserhebung ergeben. Aber nichts dergleichen steht hier zur Diskussion¹⁷. Es geht vielmehr um Beweismittel, die eine Privatperson zwar deliktisch, aber nicht unter Verstoß gegen elementare Persönlichkeitsrechte erlangt hat. Sonst wäre hier auch an die in der deutschen und ebenso in der älteren Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts vorherrschende Regel zu denken, dass illegal erworbene Beweismittel dann verwertet werden dürfen, wenn sie auch auf legalem Weg hätten erlangt werden können¹⁸: Man sollte wohl nicht vergessen, dass die vom «Datenklau» betroffenen Konteninhaber verpflichtet gewesen wären, die Steuerbehörden von sich aus über ihre Vermögensverhältnisse zu informieren. Und schliesslich: Die hier in Rede stehenden Daten sind ja nicht mehr als ein erster Anhaltspunkt, der zu weiteren Ermittlungen führen kann, aber nicht zur Beweisführung in einem Strafprozess taugen würde, und das muss allemal zulässig sein.

¹⁴Was die «entsprechende Anwendung» von § 5 Nr. 7 StGB nach § 17 Abs. 6 UWG bedeutet, ist nicht klar.

¹⁵Ostendorf, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 4/2010, 301 ff (304).

¹⁶BVerfGE 34, 238.

¹⁷Wenn Ostendorf, aaO., 308, die Unverwertbarkeit auf § 136a dt. StPO glaubt stützen zu können, so verkennt er, dass es dort um eine «Vorteilsgewährung» an den *Beschuldigten* geht.

¹⁸BGE 96 I 437; 109 Ia 244. Näher zu dieser Frage *Godenzi*, Goltd. Archiv 2008, 500 ff.

Im Übrigen, denke ich, sollte man die Kirche im Dorf lassen. Wenn ich lese, dass mein schon erwähnter Berner Kollege Heine den Ankauf der Daten als «offensichtlich völkerrechtswidrig» qualifiziert (und daraus ein Verwertungsverbot abgeleitet) hat¹⁹, oder meine Freiburger Kollegen Marcel Alexander Niggli mit Sukkurs von Thomas Fleiner auf eine Staatsklage beim Internationalen Gerichtshof in Den Haag gegen Deutschland drängen, weil sie für gefährlich halten, darauf zu verzichten²⁰ – dann möchte ich doch daran erinnern, dass die meisten Staaten dieser Erde Nachrichtendienste betreiben, deren Aufgabe unter anderem darin besteht, Personen in anderen Ländern zur Preisgabe von Informationen zu bewegen, die dort als geheim betrachtet werden – und das natürlich (auch) gegen Entgelt. Ob die Schweiz hier die rühmliche Ausnahme bildet, entzieht sich meiner Kenntnis. Aber wie dem auch sei: Der Versuch, die mit Hilfe der Schweiz, ihrer Gesetzgebung, in grossem Massstab gegenüber der Bundesrepublik begangenen Steuerstraftaten aufzuklären, dürfte doch wohl legitim sein.

III.

Wenn das richtig ist, dann stellt sich von hier aus die Frage, wie es nun in Deutschland weitergehen könnte. Natürlich kann nichts die deutschen Strafverfolgungsorgane daran hindern, Strafverfahren auch gegen diejenigen einzuleiten, die in ihren Augen Beihilfe zur Steuerhinterziehung geleistet haben. In grösserem Umfang wahrscheinlich ist das nicht: Die Staatsanwaltschaften sind vorerst mehr als ausreichend damit beschäftigt, die Steuersünder im eigenen Lande zu verfolgen. Und auch in einem so aufsehenerregenden Fall wie dem des früheren Chefs der deutschen Post, Klaus Zumwinkel, hat man nichts davon gehört, dass etwa Mitarbeiter der Liechtensteinischen Bank in das Verfahren einbezogen worden wären. Noch unwahrscheinlicher, wenn auch rechtlich nicht völlig ausgeschlossen wäre ein Haftbefehl gegen einen in diesem Zusammenhang Beschuldigten. Es könnte das, solange die Schweiz nicht Mitglied der EU ist, aber kein Europäischer Haftbefehl sein, würde also keinen Schweizer hindern, Ferien in Italien zu machen. Wenn die Crédit Suisse, wie es heisst, ihren Kundenberatern ein Reiseverbot nach Deutschland auferlegt haben sollte, dann dürfte es dabei wohl eher darum gegangen sein, Informationen über ihre Praktiken à la Bradley Birkenfeld von der UBS zu vermeiden, als ihre Mitarbeiter zu schützen.

Entsprechendes gilt für das Stichwort Kontumazverfahren. Nach § 232 der deutschen StPO kann in Abwesenheit des Angeklagten, von Nebenstrafen abgesehen, keine höhere Strafe als Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen oder eine Verwarnung mit Strafvorbehalt ausgesprochen

¹⁹A.a.O., S. 543.

²⁰Basler Zeitung vom 24. April 2010, S. 5.

werden. Das ist wohl nichts, was jemand ernstlich fürchten müsste. Zu alledem kommt noch hinzu, dass es die deutsche Staatsanwaltschaft im Zweifel vorziehen dürfte, ein Verfahren der hier in Frage stehenden Art, wenn es überhaupt dazu kommen sollte, durch Absprache nach § 153a dt. StPO, also mit einer Geldzahlung, zu erledigen. Ich nenne nur das Stichwort Mannesmann-Prozess. Damit ist wohl auch dieser Aspekt meines Themas abgehakt.

IV.

Was bleibt, ist ein Blick in die Zukunft, und die ist vorerst alles andere als klar. Das betrifft vor allem die Fragen der Rechts- und Amtshilfe.

Im Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen findet sich Art. 3 Abs. 3 immer noch der uns allen bekannte Satz: «Einem Ersuchen wird nicht entsprochen, wenn Gegenstand des Verfahrens eine Tat ist, die auf eine Verkürzung fiskalischer Abgaben gerichtet erscheint», ausgenommen allerdings den Fall, dass «ein Abgabebetrag Gegenstand des Verfahrens ist». Damit steht das Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft über die Amts- und Rechtshilfe in Strafsachen zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen von 2004 insofern in Einklang, als es in dessen Art. 2 Ziff. 4 heisst:

«Die direkten Steuern sind vom Anwendungsbereich dieses Abkommens ausgeschlossen.»

Mark Pieth hat überdies noch 2007 in der zweiten Auflage des Basler Kommentars zum StGB darauf hingewiesen, dass die Schweiz gegenüber Änderungen des Schengener Durchführungsübereinkommens eine «*opt-out*»-Klausel ausgehandelt habe, soweit die Hinterziehungsdelikte bei den direkten Steuern betroffen wären²¹. Inwieweit dies alles noch gilt, ist nunmehr jedoch in hohem Grade zweifelhaft. Die Regeln des IRSG konnten immer schon im Wege zwischenstaatlicher Vereinbarungen modifiziert werden, und das ist nunmehr in wachsendem Umfang der Fall. Eine Medienmitteilung des EJPD vom 29. Mai vorigen Jahres sagt: Der Bundesrat habe

«beschlossen, die internationale Zusammenarbeit bei Fiskaldelikten zu verstärken und künftig bei der Amtshilfe in Steuersachen den Standard gemäss Artikel 26 des Musterabkommens der OECD zu übernehmen. Damit [werde] ... die Schweiz künftig auch in Fällen von blosser Steuerhinterziehung Amtshilfe leisten, bei denen ... gemäss geltendem Recht keine Rechtshilfe möglich ist. Um Lücken und Widersprüche zu vermeiden, [wolle] ... der Bundesrat deshalb das Rechtshilferecht an die neuen Grundsätze der internationalen Zusammenarbeit bei Fiskaldelikten anpassen.»

²¹Pieth, aaO, Art. 305bis N. 13.

Und in Art. 26 des entsprechenden Musterabkommens der OECD von 2003 heisst es im schönsten Behördenchinesisch:

«Die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten tauschen die Informationen aus, die zur Durchführung dieses Abkommens oder des innerstaatlichen Rechts betreffend Steuern jeder Art und Bezeichnung, die für Rechnung der Vertragsstaaten oder ihrer Gebietskörperschaften erhoben werden, erforderlich sind, soweit die diesem Recht entsprechende Besteuerung nicht dem Abkommen widerspricht.»

Und Art. 27 fügt hinzu:

«Die Vertragsstaaten leisten sich gegenseitige Amtshilfe bei der Erhebung von Steueransprüchen»,

wobei «Erhebung» offenbar im Sinne von Durchsetzung verstanden werden muss. Das alles weist in dieselbe Richtung: Die Sonderrolle der Steuerhinterziehung bei der Rechts- und Amtshilfe dürfte an ihr Ende gekommen sein. Natürlich bleiben wichtige Detailfragen, wie zum Beispiel die, ob sich jener Informationsaustausch in Steuerfragen, sollte er, wie zu vermuten ist, in einem neuen Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Deutschland und der Schweiz vereinbart werden, auch auf Sachverhalte der Vergangenheit erstrecken wird, mindestens insoweit, wie entsprechende Delikte noch nicht verjährt wären (wobei, nebenbei bemerkt, die Verjährung der Teilnahme mit der Beendigung der Haupttat beginnt)²². Aber das möchte ich nicht nur im Blick auf die noch unabgeschlossene Entwicklung, sondern auch aus Gründen mangelnder Kompetenz offen lassen: Ich bin kein Spezialist in diesen Fragen der Amts- und Rechtshilfe und habe auch nicht den Ehrgeiz, es noch zu werden.

Gestatten Sie mir stattdessen bitte, meine Ausführungen mit den Worten eines Berner Grossrats zu beenden, die einmal mein verehrter und lieber Kollege und Freund Hans Schultz, den ich immer noch sehr vermisse, zitiert hat. Jener Grossrat hatte im Blick auf das von ihm behandelte Thema abschliessend festgestellt: «Dazu gäbe es noch viel zu sagen, wenn man wüsste, was ...».

7. Juni 2010

²²Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, aaO, § 78a N. 7.