

## Aufsatz

---

### **Abhören von Telefongesprächen wegen des Verdachts einer Steuerstraftat unzulässig ?**

Rechtsanwalt Dr. Jörg Burkhard, Fachanwalt für Steuerrecht, Schlangenbad

#### I. Einleitung

1. Voraussetzung der Anordnung zum Abhören: Es muß der Verdacht hinsichtlich einer sog. Katalogtat vorliegen, § 100 a StPO
  2. Verdacht
  3. Subsidiaritätsgrundsatz
  4. Raumgespräche, heimliches Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes
  5. Gegenstand von Abhörmaßnahmen
  6. Anordnung grundsätzlich nur durch den Richter
  7. Schriftliche Anordnung, Art, Umfang und Dauer (Befristung !)
  8. Mitwirkungsverpflichtet ist nicht nur die Telekom AG, sondern alle geschäftsmäßigen Telekommunikationsdienstleistungsanbieter
  9. Zufallsfunde
  10. § 100 b Abs. 5 StPO
  11. Verwertbarkeit
  12. Überwachung des Fernmeldeverkehrs mit dem Steuerberater
  13. Überwachung des Fernmeldeverkehrs mit dem Strafverteidiger (Sonderregelung des § 148 StPO: Grundsatz der freien Verteidigung)
  14. Strafbarkeit rechtswidrigen Abhörens
- #### II. Zusammenfassung

#### I. Einleitung

Immer wieder taucht in der Beratungspraxis die Frage auf, ob Mandanten, gegen die ein Steuerstrafverfahren eingeleitet wurde, ihre steuerstrafrechtlichen Fragen oder die Schilderung einzelner Sachverhaltsabschnitte am Telefon mit ihrem Verteidiger oder Steuerberater unbesorgt besprechen können oder ob das Telefon abgehört wird. Haben Steuerpflichtige die häufig als traumatisch empfundene Durchsuchung durch die Steuerfahndung erst kürzlich durchlebt, ist jedes Knacken im Telefon die

Steuerfahndung, die nun alles abhört. Die Frage, die sich dann an den Berater stellt, lautet: Darf die Steuerfahndung das Telefon abhören ?

Rechtmäßigerweise darf das Telefon nicht nur wegen des Verdachts einer Steuerhinterziehung (selbst in einem besonders schweren Fall nach § 370 Abs. 3 AO) oder einer anderen Steuerstraftat abgehört werden. Im einzelnen:

1. Voraussetzung der Anordnung zum Abhören: Es muß der Verdacht hinsichtlich einer sog. Katalogtat vorliegen, § 100 a StPO

Die Überwachung und Aufnahme des Fernmeldeverkehrs (Abhören von Telefongesprächen) ist nur unter den erschwerten Voraussetzungen des § 100 a StPO möglich. Danach kommt ein Abhören lediglich bei den in § 100 a StPO erschöpfend aufgezählten Delikten in Betracht.<sup>1</sup> Hierunter fallen Straftaten des Friedensverrates, des Hochverrates und der Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates oder des Landesverrates und der Gefährdung der äußeren Sicherheit, Straftaten gegen die Landesverteidigung, Straftaten gegen die öffentliche Ordnung. Ebenso fällt hierunter die Anstiftung oder Beihilfe zur Fahnenflucht ohne Soldat zu sein, oder die Anstiftung zum Ungehorsam sowie Straftaten gegen die Sicherheit der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten Truppen der nichtdeutschen Vertragsstaaten des Nordatlantikvertrages oder der im Land Berlin anwesenden Truppen einer der Drei Mächte. Weiter fällt unter den Katalog eine Geld- oder Wertpapierfälschung, schwerer Menschenhandel, Mord, Totschlag oder Völkermord, Straftaten gegen die persönliche Freiheit, Bandendiebstahl, schwerer Bandendiebstahl, Raub, räuberische Erpressung, Erpressung, gewerbsmäßige Hehlerei, Bandenhehlerei oder gewerbsmäßige Bandenhehlerei i.S. der §§ 260, 260 a StGB. Schließlich ist in dem Katalog die Begehung einer gemeingefährlichen Straftat nach §§ 306 ff. StGB, bestimmte Verstöße gegen das Waffengesetz, Außenwirtschaftsgesetz, Kriegswaffenkontrollgesetz, Betäubungsmittelgesetz, Ausländergesetz und Asylverfahrensgesetz aufgeführt.<sup>2</sup> Ist der

---

<sup>1</sup> LR-Schäfer, StPO-Kommentar, 24. Aufl., § 100 a, Rdnr. 5, 10.

<sup>2</sup> Die Hauptzollämter besitzen zudem nach dem Gesetz zur Überwachung strafrechtlicher und anderer Verbringungsverbote (vom 24.5.1961, BGBl 1961 I S. 607; vgl. zu dessen Verfassungsmäßigkeit BVerfGE 33, 52) besondere Nachprüfungs- und Beschlagnahmefugnisse, um die Einführung staatsgefährdenden Materials zu verhindern. Vgl. zu den erweiterten präventiven Maßnahmen zur

Versuch strafbar, kommt auch nicht nur wegen der vollendeten Tat, sondern auch wegen Versuchs der Tat ein Abhören in Betracht.

Die Auswahl der Katalogtaten darf nicht (analog) erweitert werden.<sup>3</sup> Der Katalog der Taten, bei denen überhaupt ein Abhören in Betracht kommt (und nicht etwa zwingend zu erfolgen hat), ist vom Gesetzgeber sorgfältig zusammengestellt worden. Nur bei diesen Taten erschien dem Gesetzgeber überhaupt sich die Frage stellen zu können, ob die Ermittlungen durch ein Abhören von Telefonen grundsätzlich erlaubt sein sollen (generelle Rechtsgüterabwägung in bezug auf den Eingriff in die persönliche Freiheit des Betroffenen, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).<sup>4</sup>

Die Steuerhinterziehung nach § 370 AO, der Bannbruch gemäß § 372 AO, die gewerbsmäßige, gewaltsame und der bandenmäßige Schmuggel i.S. des § 373 AO, die Steuerhehlerei gemäß § 374 AO, die leichtfertige Steuerverkürzung nach § 378 AO, die Steuergefährdung nach § 379 AO, die Gefährdung von Abzugsteuern (§ 380 AO), die Verbrauchsteuergefährdung (§ 381 AO), die Gefährdung von Eingangsabgaben (§ 382 AO), und der unzulässige Erwerb von Steuererstattungs- und Vergütungsansprüchen nach § 383 AO sind nicht in dem Katalog des § 100 a StPO aufgeführt. Eine Anordnung zum Abhören des Telefons allein wegen der vorgenannten steuerstrafrechtlichen Taten wäre schlicht rechtswidrig.

Was passiert beim Zusammentreffen von Katalogtaten und Nichtkatalogtaten, z.B. steuerstrafrechtlichen Taten ? Dann darf wegen der Katalogtat - wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen - abgehört werden. Erkenntnisse beim Abhören und Aufzeichnen hinsichtlich der Nichtkatalogtat sind strafrechtliche Zufallsfunde (vgl. unten, Punkt 9.). Streitig ist, ob ein Zusammenhang zwischen der Katalogtat und der Nicht-

---

Überwachung von Verstößen gegen das Außenwirtschafts- und Kriegswaffenkontrollgesetz durch das am 7.3.1992 in kraft getretene Gesetz zur Änderung des AWG, des StGB und anderer Gesetze (Gesetz vom 28.2.1992, BGBl 1992 I S. 372), die dem Zollkriminalinstitut in Köln bereits im Vorfeld strafbaren Handelns das Recht einräumen, nach richterlicher Anordnung und unter parlamentarischer Aufsicht in das Grundrecht des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses einzugreifen, § 39 AWG. Vgl. dazu: *Hantke*, NJW 1992 S. 2123 m.w.N.; *Hund*, NJW 1992 S. 2118, zu verfassungsrechtlichen Bedenken; *Kohlmann*, AO-Kommentar, § 385 Rdnr. 223.

<sup>3</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO-Kommentar, 43. Aufl., § 100 a Rdnr. 4.

<sup>4</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 4.

katalogtat (z.B. Steuerstraftat) bestehen muß.<sup>5</sup> Ein solcher Zusammenhang ist allenfalls zwischen einer Steuerstraftat innerhalb des Zwecks einer kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) vorstellbar. Vereinigung im Sinne des § 129 StGB ist ein auf eine gewisse Dauer berechneter organisatorischer Zusammenschluß von mindestens drei<sup>6</sup> Personen, wobei sich der einzelne dem Willen der Gesamtheit der Organisation unterordnet, um den gemeinsamen Zweck, der in der Begehung zeitlich nachfolgender Straftaten besteht, zu erreichen.<sup>7</sup> Insoweit ist eine kriminelle Vereinigung mit dem Zweck des Bannbruchs (§ 372 AO), des Schmuggels (§ 373 AO), der Steuerhehlerei (§ 374 AO) und in Teilbereichen hinsichtlich einer Steuerhinterziehung (§ 370 AO), insbesondere hinsichtlich der Unternehmensbesteuerung der kriminellen Vereinigung, vorstellbar. Ein solcher Zusammenhang fehlt jedoch bei der Hinterziehung von Steuern, die sich als Personensteuern (z.B. Einkommen- und Vermögensteuer) nicht auf die Tätigkeit der gesamten kriminellen Vereinigung, sondern nur auf die der einzelnen Mitglieder beziehen. Denn die Tatsache, daß ein einzelnes Mitglied einer kriminellen Vereinigung Steuern hinterzieht, wird nicht durch seine Mitgliedschaft in dieser kriminellen Vereinigung bedingt und ist auch nicht Hauptziel der Vereinigung. Soweit man also einen Zusammenhang zwischen Katalogtat und Nichtkatalogtat fordert, können Steuerstraftaten nur in diesem engen Rahmen als Nichtkatalogtaten Zufallsfunde sein.<sup>8</sup>

Zudem wird die Annahme einer kriminellen Vereinigung i.S. des § 129 StGB im Zusammenhang mit Steuerstraftaten häufig daran scheitern, daß sich der Verdacht nicht gegen mindestens drei Beschuldigte richtet: Denn in den meisten Fällen richtet sich der Verdacht der Steuerhinterziehung gegen einen oder zwei Steuerpflichtige. Diese können aber - z.B. zusammenveranlagte Ehegatten hinsichtlich der Hinterzie-

---

<sup>5</sup> *Briel/Ehlscheid*, Steuerstrafrecht, § 4 Rdnr. 254; a.A.: *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 19, 20 m.w.N.

<sup>6</sup> Kritisch *Rudolphi*, zitiert bei Lenckner in Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, 25. Aufl., § 129 Rdnr. 4.

<sup>7</sup> BGHSt 10, 16; BGHSt 28, 147; BGHSt 31, 204 f.; *Lenckner* in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, a.a.O., § 129 Rdnr. 4 m.w.N., 5 ff.

<sup>8</sup> *Seer*, StuW 1991 S. 165, 173; *Briel/Ehlscheid*, Steuerstrafrecht, § 4 Rdnr. 254 ff.

hung von Einkommensteuer - tatbestandlich noch keine Vereinigung im Sinn des § 129 StGB sein, da nach ständiger Rechtsprechung mindestens drei Personen Voraussetzung einer solchen Vereinigung sind.

Was passiert, wenn dennoch abgehört wird, ohne daß eine Katalogtat vorliegt ?

Hier ist danach zu differenzieren, ob ursprünglich, d.h. bei der Anordnung des Abhörens und Aufzeichnens, zumindest der Verdacht der Begehung einer Katalogtat vorlag. War die Anordnung der Überwachung wegen einer bestimmten Katalogtat rechtmäßig, so steht es der Verwertung der Erkenntnisse nicht entgegen, daß eine andere Begehungsform dieser Katalogtat vorliegt oder eine andere Katalogtat begangen wurde oder daß nach den weiteren Ermittlungen nur noch der Verdacht einer Nichtkatalogtat besteht.<sup>9</sup> Es genügt immer, daß gegen den Beschuldigten im Zeitpunkt der Anordnung der Überwachung tatsächlich der Verdacht einer Katalogtat bestanden hat. Die spätere Änderung der rechtlichen Beurteilung ist ebenso unschädlich wie der Umstand, daß einzelne Tatteile oder etwa die gesamte Katalogtat dem Beschuldigten nicht zuzurechnen sind. Denn es ist Aufgabe der Ermittlungsbehörden, auch zugunsten des Beschuldigten zu ermitteln (§ 160 Abs. 2 StPO); hierbei kann es sein, daß die nach Akten- und Beweislage dem Beschuldigten zunächst - d.h. vor der Überwachung - zuzurechnende Katalogtat ihm im Laufe der weiteren Ermittlungen nicht mehr zuzurechnen ist. Die Änderung der rechtlichen Beurteilung oder die Einstellung der Ermittlungen wegen des Verdachts einer Katalogtat bedeuten nicht, daß Ermittlungsansätze wegen Nichtkatalogtaten nicht mittelbar verwertbar sind. Denn die dann im Rahmen der Überwachung gefundenen Ermittlungsansätze wegen Nichtkatalogtaten dürfen dann weiterverfolgt und ausgewertet werden. Der Beschuldigte kann sich dann nicht mit Erfolg darauf berufen, daß nur wegen einer Katalogtat gegen ihn ermittelt wurde und nur deswegen sein Telefonverkehr überwacht werden durfte, diese Tat ihm nicht einmal nachgewiesen werden kann und auf anderem Wege der Verdacht hinsichtlich der Nichtkatalogtaten niemals entstanden wäre. Die im Rahmen der rechtmäßigen Überwachung aufgestoßene Tür hinsichtlich

Nichtkatalogtaten des Beschuldigten darf nun von den Verfolgungsbehörden weiter geöffnet und das dann (nicht durchs Abhören) ans Licht geförderte Material verwertet werden.

Allerdings dürfen die abgehörten und mitgeschnittenen Telefonate bzw. Telefaxe wegen der Katalogtat nicht unmittelbar Beweismittel in dem Prozeß wegen der Nichtkatalogtat sein. Ebenso wenig dürfen diese Erkenntnisse zu Vorhalten wegen Nichtkatalogtaten in dem Verfahren wegen Nichtkatalogtaten genutzt werden.<sup>10</sup>

## 2. Verdacht

Es muß ein Verdacht hinsichtlich der vorgenannten Katalogtaten bestehen. Ob der Verdacht sich auf die Täterschaft (§ 25 StGB) oder Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe, §§ 26, 27 StGB) bezieht, ist unerheblich.<sup>11</sup> Der Verdacht muß weder hinreichend im Sinne des § 203 StPO noch dringend im Sinne des § 112 Abs. 1 Satz 1 StPO sein.<sup>12</sup> Es müssen bestimmte Tatsachen vorliegen, die unmittelbar oder als Beweisanzeichen den Verdacht einer Katalog- oder Vorbereitungstat dazu begründen. Insoweit können auch kriminalistische Erfahrungen berücksichtigt werden. Der Verdacht muß bereits ein gewisses Maß an Konkretisierung erreicht haben.<sup>13</sup> Ein einfacher Anfangsverdacht genügt damit nicht.

## 3. Subsidiaritätsgrundsatz

---

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 5.3.1974 -1 StR 365/73 -; *Rieß*, JR 1979 S. 168; a.A.: *SK/StPO-Rudolphi* § 100 a Rdnr. 25; *Prittwitz*, StV 1984 S. 302; *Welp*, Jura 1981 S. 479; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 16.

<sup>10</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 19.

<sup>11</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 5.

<sup>12</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 6; *LR-Schäfer*, StPO-Kommentar, a.a.O., § 100 a Rdnr. 12.

<sup>13</sup> *KK-Nack*, § StPO-Kommentar, 3. Aufl., § 100 a Rdnr. 6; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 6.

Die Überwachung ist nur zulässig, wenn sie im Einzelfall unentbehrlich ist (Abwägung im Einzelfall, spezielle Abwägung, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).<sup>14</sup> Dies setzt voraus, daß andere Aufklärungsmittel nicht vorhanden sind oder aber andernfalls die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten nicht möglich wäre oder nur wesentlich erschwert möglich sein würde.<sup>15</sup> Solange andere Ermittlungsmethoden zur Verfügung stehen, müssen sie mit denen der Überwachung und Aufzeichnung verglichen werden. Und erst wenn die Erfolgsaussichten hinsichtlich Erforschung des Sachverhaltes oder Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten durch die Überwachung und Aufzeichnung wesentlich höher sind als bei den übrigen Ermittlungsmethoden, darf abgehört und aufgezeichnet werden. Eine wesentliche Erschwerung liegt insbesondere vor, wenn die Benutzung anderer Aufklärungsmittel einen erheblich größeren Zeitaufwand erfordern und daher zu wesentlichen Verfahrensverzögerungen führen würde. Was im Einzelfall eine wesentliche Verfahrensverzögerung ist, ist fraglich: Sind dies acht Wochen, zehn Monate, zwei Jahre, fünf Jahre? Bei einem über mehrere Jahre andauernden Ermittlungsverfahren wird man m.E. von wesentlichen Verfahrensverzögerungen bei voraussichtlichen Ergebnissen innerhalb eines halben Jahres kaum sprechen können, da die Ermittlungen im übrigen weiterlaufen. Daß (teilweise) Verjährung eintritt, kann hieran nichts ändern, da die wesentlichen Verfahrensverzögerungen tatbestandlich etwas anderes sind als eine besondere Eilbedürftigkeit wegen drohender (teilweiser) Verfolgungsverjährung.

#### 4. Raumgespräche, heimliches Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes

§ 100 a StPO gestattet nicht das heimliche Anhören eines nichtöffentlich gesprochenen Wortes außerhalb des Fernmeldeverkehrs.<sup>16</sup> Ebenso wenig darf die Verwertung von "Raumgesprächen" dadurch erfolgen, daß eine Überwachung oder Aufzeichnung

---

<sup>14</sup> *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl., Rdnr. 349; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 7; *LR-Schäfer*, StPO-Kommentar, a.a.O., § 100 a Rdnr. 13, 14.

<sup>15</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 7.

<sup>16</sup> BGHSt 34, 39, 50 = JR 1987 S. 212 mit Anm. *Meyer*, *Bottke*, Jura 1987 S. 356; *Krey*, ZStW 101, 859; *Küpper*, JZ 1990 S. 422; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 1.

durch bewußt oder unbewußt nicht aufgelegter Telefonhörer erfolgt.<sup>17</sup> Denn hier findet keine Telekommunikation bei diesem in dem Raum stattfindenden Gespräch statt, vielmehr wird das Telefon durch das Nichtauflegen als Abhörmittel mißbraucht bzw. das versehentliche Nichtauflegen bzw. Nichtrichtigauflegen ausgenutzt, was nicht im Sinne bzw. Ziel des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 100 a StPO war.

Allerdings ist die Aufzeichnung eines Raum- oder Selbstgesprächs zwischen dem Anwählen und dem Zustandekommen der Verbindung schon als im Rahmen der Überwachung nach § 100 a StPO erfolgt anzusehen und damit verwertbar.<sup>18</sup>

## 5. Gegenstand von Abhörmaßnahmen

Telefon, Telefaxanschlüsse, Telegraf- und Funkanlagen dürfen bei Vorliegen des Verdachts einer Katalogtat und entsprechender Anordnung abgehört werden,<sup>19</sup> ebenfalls öffentliche Telefonzellen.<sup>20</sup> Also alles, was zum Empfang oder zur Übermittlung von Nachrichten, Zeichen, Bildern oder Tönen auf Fernsprech-, Telegraf- oder Funkanlagen (§ 1 FAG) dient.<sup>21</sup> Nicht betroffen sollen behörden- oder betriebsinterne Fernmeldeanlagen sein.<sup>22</sup> Bei betriebsinternen Fernmeldeanlagen findet keine Kommunikation nach außen statt, so daß der Vergleich zum persönlich gesprochenen Wort innerhalb eines Gebäudes nahe liegt. Ob jedoch eine Funkverbindung oder ein Telefonat mit dem Handy nicht ebenfalls im Haus genutzt wird und daher auch hier ein "raum- oder hausinternes Gespräch" stattfindet, ist wohl in der Praxis kaum zu überprüfen. Damit reduziert sich die Rechtfertigung des Abhörens bei Funk oder Handyverbindungen allein auf das Nutzen des "öffentlichen" Funk- oder Telefonnetzes in diesen Fällen. Das Abhören eines Behördenanschlusses soll im Hinblick auf

---

<sup>17</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 1.

<sup>18</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1995 S. 975; *Pfeiffer/Fischer*, StPO-Kommentar, § 100 a Rdnr. 2.

<sup>19</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 2; *LR-Schäfer*, StPO-Kommentar, a.a.O., § 100 a Rdnr. 3, 15, 22.

<sup>20</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 2; *LR-Schäfer*, StPO-Kommentar, a.a.O., § 100 a Rdnr. 15.

<sup>21</sup> *Schlüchter*, a.a.O., Rdnr. 351.

die amtliche Geheimnissphäre ohne Genehmigung der zuständigen Dienstbehörde nach §§ 61, 61 BBG unzulässig sein. Da § 100 a StPO jedoch keine Ausnahmen für Behörden geschaffen hat, ist eine Ungleichbehandlung mit anderen Geheimnisträgern wie den zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufsheimnisträgern nicht nachvollziehbar.<sup>23</sup>

## 6. Anordnung grundsätzlich nur durch den Richter

Die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation (§ 100 a StPO) darf nur durch den Richter angeordnet werden (§ 100 b Abs. 1 Satz 1 StPO). Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch von der Staatsanwaltschaft getroffen werden (§ 100 b Abs. 1 Satz 2 StPO). Die Anordnung der Staatsanwaltschaft tritt allerdings außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen von dem Richter bestätigt wird (§ 100 b Abs. 1 Satz 3 StPO).

## 7. Schriftliche Anordnung, Art, Umfang und Dauer (Befristung !)

Die Anordnung ergeht schriftlich. Sie muß den Namen und die Anschrift des Betroffenen, gegen den sie sich richtet, die Rufnummer oder eine andere Kennung seines Telekommunikationsanschlusses enthalten (§ 100 b Abs. 2 Sätze 1, 2 StPO). In der Anordnung sind Art, Umfang und Dauer der Maßnahme zu bestimmen. Die Anordnung ist auf höchstens drei Monate<sup>24</sup> zu befristen (§ 100 b Abs. 2 Sätze 3, 4 StPO).

## 8. Mitwirkungsverpflichtet ist nicht nur die Telekom AG, sondern alle geschäftsmäßigen Telekommunikationsdienstleistungsanbieter

Aufgrund der Anordnung hat jeder, der geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, dem Richter, der Staatsanwaltschaft und ihren im Poli-

---

<sup>22</sup> *KK-Laufhütte*, StPO-Kommentar, § 100 a Rdnr. 8; *Maiwald* in: Wassermann, StPO-Kommentar (Reihe Alternativkommentare), § 100 a Rdnr. 11.

<sup>23</sup> Vgl. unten Punkt 12. Überwachung des Fernmeldeverkehrs mit dem Steuerberater.

<sup>24</sup> *Schlüchter*, a.a.O., Rdnr. 350: Die Anordnung kann aber nach Ablauf der ersten drei Monate erneut befristet verlängert werden.

zeidienst tätigen Hilfsbeamten die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zu ermöglichen.

## 9. Zufallsfunde

Für Zufallsfunde gilt § 108 Satz 1 StPO mit den nachfolgenden Einschränkungen entsprechend. Dies bedeutet, daß zunächst nicht gezielt nach Zufallsfunden gesucht werden darf.<sup>25</sup> Erst recht darf danach nicht eine Durchsuchung als bloßer Vorwand dafür benutzt werden, systematisch nach Gegenständen zu suchen, auf die sich die Durchsuchungsanordnung nicht bezieht.<sup>26</sup> § 108 Satz 1 StPO soll der Strafverfolgungsbehörde die Möglichkeit eröffnen zu prüfen, ob bei einem tatsächlich zufällig gefundenen Hinweis ein neues Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten oder einen Dritten einzuleiten ist und der gefundene Gegenstand in diesem neuen Ermittlungsverfahren zu beschlagnahmen ist. Dies bedeutet für Zufallsfunde im Rahmen einer Anordnung zum Abhören und Aufzeichnen, daß nicht gezielt nach Straftaten außerhalb der Katalogtaten gesucht, d.h. abgehört werden darf.<sup>27</sup> Erst recht darf die Anordnung zum Abhören und Aufzeichnen nicht dafür mißbraucht werden, gezielt nach anderen nicht im Katalog erfaßten Straftaten auszunutzen oder gar die Anordnung unter dem Vorwand, es bestünde der Verdacht einer Katalogtat, beim Richter zu erschleichen, um dann Ermittlungen hinsichtlich Nichtkatalogtaten einfacher oder effizienter durchzuführen. Auf diese Weise gefundene Ergebnisse sind nicht verwertbar.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> LG Baden-Baden, wistra 1990 S. 118; LG Berlin, StV 1987 S. 97; SK/StPO-*Rudophi*, § 108 Rdnr. 1; *Ehlers*, BB 1978 S. 1514; Kleinknecht/Meyer-Goßner, a.a.O., § 108 Rdnr. 1.

<sup>26</sup> Karlsruhe ■??, StV 1986 S. 10; LG Berlin, StV 1987 S. 97; LG Bonn, NJW 1981 S. 292; LG Bremen, StV 1984 S. 505; *Krekeler*, NJW 1977 S. 1423; *Welp*, JZ 1972 S. 289, *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 108 Rdnr. 1; vgl. aber *Ralf*, Polizei 1986 S. 413.

<sup>27</sup> Ebenso *Schaumburg* in: Beck'sches Steuerberaterhandbuch 1998/99, K 83, der darauf hinweist, daß gemäß § 108 StPO nicht nach Zufallsfunden Umschau gehalten werden dürfe oder gar die Durchsuchung nur zum Vorwand genommen werden dürfe, systematisch nach Zufallsfunden zu suchen.

<sup>28</sup> BGHSt 31, 304 = NStZ 1983 S. 466 mit Anm. *J. Meyer*, Aufzeichnung von Telefongesprächen zwischen V-Mann der Polizei und Beschuldigtem; BGHSt 35, 32 = NStZ 1988 S. 142 mit Anm. *Dörig*:

Darüber hinaus ist zu unterscheiden: Zur Strafverfolgung gegen den Beschuldigten und die Teilnehmer an seiner Tat dürfen Zufallserkenntnisse über eine andere als die in der Anordnung bezeichnete Katalogtat uneingeschränkt verwertet werden.<sup>29</sup> Damit dürfen Erkenntnisse über andere Katalogtaten, die nicht in der Anordnung enthalten waren, verwertet werden.<sup>30</sup>

Erkenntnisse hinsichtlich Nichtkatalogtaten dürfen dagegen nicht unmittelbar zum Beweis und auch nicht zu Vorhalten benutzt werden.<sup>31</sup> Daran ändert sich auch nichts, wenn die Nichtkatalogtat quasi ein Anschlußdelikt zu einer Katalogtat war oder die Katalogtat begangen wurde, um die Nichtkatalogtat zu ermöglichen. Beispielsweise der Mord, der begangen wird, um an das Erbe heranzukommen mit dem weiteren Ziel, die Erträge aus dem großen Vermögen nicht zu erklären, ist zwar hinsichtlich des Mordes Katalogtat. Der weitere Tatplan umfaßt zwar auch die Steuerhinterziehung, diese ist jedoch keine Katalogtat, so daß die Erkenntnisse aus dem Abhören und Aufzeichnen insoweit weder unmittelbar als Beweis für die Verurteilung wegen der Steuerhinterziehung verwendet werden dürfen, noch hieraus ein Vorhalt dem Beschuldigten gemacht werden könnte.<sup>32</sup> Zulässig ist allerdings eine mittelbare Verwertung des Zufallsfundes "Straftat Steuerhinterziehung" in der Weise, daß aufgrund der erlangten Erkenntnisse Ermittlungen hinsichtlich der Steuerstraftat geführt und dabei andere, neue Beweismittel gewonnen und verwertet werden dürfen.<sup>33</sup>

---

ohne richterliche Anordnung eingerichtete Schaltung einer Zählervergleichseinrichtung; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 21.

<sup>29</sup> *Knauth*, NJW 1978 S. 742; *Peters*, ■■■?? S. 452, *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 19; einschränkend: *Briel/Ehlscheid*, Steuerstrafrecht, § 4 Rdnr. 254, die die Verwertung von Zufallsfunden nur dann beim Beschuldigten zulassen wollen, wenn der Zufallsfund (Steuerstraftat) mit der Katalogtat in Zusammenhang steht; a.A.: *Prittwitz*, StV 1984 S. 309 ff., der die Verwertung von Zufallsfunden in keinem Fall zulassen will.

<sup>30</sup> BGHSt 26, 298; BGHSt 28, 122; *Maiwald*, JuS 1978 S. 382 ff.; *ders.* in: Wassermann, StPO-Kommentar (Reihe Alternativkommentare), § 100 a Rdnr. 14.

<sup>31</sup> BGHSt 27, 355, 357 f.; *Schlüchter*, a.a.O., Rdnr. 352.2.

<sup>32</sup> BGHSt 27, 355, 357 f.; *Briel/Ehlscheid*, Steuerstrafrecht, a.a.O., § 4 Rdnr. 255.

<sup>33</sup> BGHSt 27, 355, 358, 359: In der Regel kann erst eine spätere Aussage verwertet werden (vgl. BGH, Urteil vom 3.3.1970 - 5 StR 537/69 -), auf die sich das Tonband nicht mehr ausgewirkt hat,

Zur Strafverfolgung gegen dritte Personen dürfen Zufallserkenntnisse uneingeschränkt verwertet werden, die sich auf irgendeine Katalogtat beziehen.<sup>34</sup> Beispielsweise darf die in einem Telefonat angesprochene Geldfälschung eines Dritten als Zufallsfund verwertet werden, wenn das Abhören und Aufzeichnen gegen den Beschuldigten zulässigerweise wegen des Verdachts der Erpressung erfolgte. Für die Verfolgung von Nichtkatalogtaten ist auch hier eine unmittelbare Verwertung als Beweismittel unzulässig (str.)<sup>35</sup>. Allerdings ist auch hier die mittelbare Verwertung in der

---

etwa weil längere Zeit verstrichen ist und dem Vernommenen das Tonband (zum Fall der heimlichen Tonbandaufnahme, die nach der Entscheidung des BVerfG nach den jeweiligen Umständen, insbesondere bei Fällen schwererer Kriminalität als zulässig angesehen wurde, BVerfGE 34, 238, 248), oder die früheren unverwertbaren Vernehmungen nicht mehr vorgehalten worden sind. Das entspricht auch der Rechtsprechung des BGH zu § 136 und § 136 a StPO. Danach darf jedenfalls in den Fällen, in denen der Beschuldigte zunächst über sein Recht, nicht auszusagen, nicht gemäß § 136 StPO belehrt wurde, dann aber nach Belehrung erneut aussagte, diese spätere Aussage verwertet werden; ebenso *KK-Pelchen*, Rdnr. 48 vor § 48; *Welp*, JZ 1973 S. 290; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 19; a.A.: *KK-Herdegen*, Rdnr. 77 zu § 244; *SK/StPO-Rudolphi*, § 100 a Rdnr. 32; *Knauth*, NJW 1978 S. 741; einschränkend auch *Kaiser*, NJW 1974 S. 350; *Maiwald*, JuS 1978 S. 385; ebenso einschränkend: *Gast-de Haan* in: Klein, AO-Kommentar, 6. Aufl., § 399 Anm. 14 a.E.: Die Benutzung mittelbar erlangter Beweismittel ist nur zur Erforschung und Verfolgung von Katalogtaten gestattet. Eine generelle Fernwirkung von Verwertungsverboten hat der BGH allerdings nicht anerkannt.

<sup>34</sup> BGHSt 28, 122, 129 = JR 1979 S. 1370; BGHSt 32, 10, 15 = NStZ 1984 S. 372 mit Anm. *Schlüchter*, BGH, NJW 1979 S. 1370; *SK/StPO-Rudolphi*, § 100 a Rdnr. 30; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 20; *Briel/Ehlscheid*, Steuerstrafrecht, § 4 Rdnr. 260. BGH, wistra 1997 S. 1934, zu den Voraussetzungen der Überwachung einer Mailbox, wonach nach §§ 100a und 100 b StPO einer sinngemäßen Anwendung der §§ 102, 103 StPO Rechnung getragen werden soll: Soweit sich die Maßnahme gegen Unverdächtige richtet, müssen konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß in einer Mailbox eine bestimmte, für das Ermittlungsverfahren relevante Nachricht gefunden wird. Schließlich ist bei der Überwachung einer Mailbox zu beachten, daß der Zugriff nur einmal erfolgen darf, weil die Zulassung der wiederholten, zahlenmäßig nicht beschränkten (die zeitmäßige Beschränkung genügt hier nicht, da bei bloßer zeitlicher Beschränkung die Anzahl der Zugriffe auf den Inhalt der Mailbox offen bleibt) Durchsuchung eines Objekts dem Sinn und Zweck des Richtervorbehalts widerspricht, § 105 Abs. 1 StPO.

<sup>35</sup> BGHSt 26, 298, 303; EGH Hamm, AnwBl. 1975 S. 411; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 20; *Briel/Ehlscheid*, Steuerstrafrecht, § 4 Rdnr. 260; *LR-Schäfer*, StPO-Kommentar, a.a.O., §

Weise möglich, daß die Zufallserkenntnisse zur Grundlage weiterer Ermittlungen gegen den Dritten gemacht werden<sup>36</sup>.

#### 10. § 100 b Abs. 5 StPO

Nach § 100 b Abs. 5 StPO dürfen personenbezogene Informationen, die durch die Überwachungsmaßnahmen erlangt wurden, in anderen Strafverfahren zu Beweis-zwecken verwendet werden, soweit sich diese Informationen bei Gelegenheit der Auswertung ergaben, die zur Aufklärung einer der in § 100 a StPO bezeichneten Straftat benötigt wurden. Damit dürfen Beweismittel unmittelbar für Nichtkatalogtaten des Beschuldigten oder Dritter verwendet werden, sofern sie bei Gelegenheit der Ermittlung wegen einer Katalogtat benötigt werden. Sind die Beweismittel nicht für die Überführung zur Katalogtat erforderlich (arg. ex "benötigt"), so können sie auch nicht unmittelbar in dem Verfahren wegen der Nichtkatalogtat Beweismittel sein. Dann verbleibt es bei obigem Grundsatz, daß die Ermittlungsansätze nur mittelbar für weitere Ermittlungen verwendet werden dürfen.<sup>37</sup>

#### 11. Verwertbarkeit

---

100 a Rdnr. 35: Im gleichen Umfang wie gegen den Beschuldigten sollen bei der Überwachung gewonnene Erkenntnisse auch gegen Dritte, die von der Überwachung nicht betroffen waren und gegen die sich das Verfahren auch nicht richtete, verwertbar sein, "sofern nur ein Zusammenhang mit dem Verdacht einer Katalogtat gegeben ist" (BGHSt 32, 10 = NSTz 1984 S. 372 mit Anm. *Schlüchter*). Die Rechtsprechung ist in der Literatur teilweise heftig umstritten: *Prittitz* lehnt jede Verwertung über den Nachweis der Katalogtat hinaus ab (*Prittitz*, StV 1984 S. 308, 311). *Roxin*, *Peters*, *Maiwald*, *Odenthal* und *Schäfer* beschränken die Verwertbarkeit auf Katalogtaten, teilweise einschließlich der im Rahmen der kriminellen Vereinigung begangenen Straftaten; eine Verwertung bei nicht möglichem Nachweis der Katalogtat wird abgelehnt (*Roxin*, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl., § 34 c IV 4; *Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl., § 49 I 1; *Maiwald*, JuS 1978 S. 379, 381; *Odenthal*, NSTz 1982 S. 390; LR-*Schäfer*, StPO-Kommentar, § 100 a Rdnr. 40). *Laufhütte*, *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, *Rieß* und *Schlüchter* folgen jedenfalls im Ergebnis der Rechtsprechung (KK-*Laufhütte*, StPO-Kommentar, a.a.O., § 100 a Rdnr. 19 ff., *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 100 a Rdnr. 16 ff.; *Rieß*, JR 1979 S. 167 und JR 1983 S. 125; *Schlüchter*, ■ ??? S. 352).

<sup>36</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 20; a.A.: *Knauth*, NJW 1978 S. 742; einschränkend auch *Kaiser*, NJW 1974 S. 349.

Ein Verwertungsverbot besteht nicht deshalb, weil gegen die Zuständigkeitsbestimmungen des § 100 b StPO verstoßen wurde oder sonstige Formverstöße vorliegen oder weil dem Gesprächsteilnehmer ein Zeugnisverweigerungsrecht zustehen würde.<sup>38</sup> Auch die irrige Annahme der Staatsanwaltschaft, es liege Gefahr im Verzug vor (§ 100 b Abs. 1 Sätze 2 und 3 StPO), führt grundsätzlich nicht zu einer Unverwertbarkeit der bei der Überwachung gewonnenen Erkenntnisse.<sup>39</sup> Damit kann die Staatsanwaltschaft auch gefahrlos ohne den Richter unter irriger Annahme von Gefahr im Verzug die Überwachungsmaßnahme für zunächst drei Tage anordnen und die Formulierung in § 100 b Abs. 1 Satz 1 "die Überwachung ... darf nur durch den Richter angeordnet werden" relativiert sich. Unverwertbar sind jedoch Erkenntnisse, die unter völliger Umgehung von § 100 a StPO erlangt worden sind.<sup>40</sup> Ebenso unverwertbar sind Erkenntnisse, die unter bewußter Überschreitung der gesetzlichen Befugnisse getroffen wurden.<sup>41</sup> Ebenso unverwertbar sind Erkenntnisse, wenn der Verdacht einer Katalogtat von vornherein nicht bestanden hat.<sup>42</sup> Gleiches gilt, wenn der Subsidiaritätsgrundsatz mißachtet wurde.<sup>43</sup>

In diesem Fall sind die erlangten Unterlagen, Beweismittel, Mitschnitte usw. an den Betroffenen herauszugeben und entsprechende Aktennotizen und Aktenunterlagen zu vernichten.<sup>44</sup>

---

<sup>37</sup> BGHSt 27, 355, 358.

<sup>38</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 21.

<sup>39</sup> *KK-Nack*, StPO-Kommentar, a.a.O., § 100 a Rdnr. 17.

<sup>40</sup> BGHSt 31, 304 = NStZ 1983 S. 466 mit Anm. *J. Meyer*: Aufzeichnung von Telefongesprächen zwischen V-Mann der Polizei und Beschuldigtem; BGHSt 35, 32 = NStZ 1988 S. 142 mit Anm. *Dörig*: ohne richterliche Anordnung eingerichtete Schaltung einer Zählervergleichseinrichtung; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 21.

<sup>41</sup> *Gast-de Haan* in: *Klein*, a.a.O., § 399 Anm. 14 a.E.

<sup>42</sup> BGHSt 31, 304; BGHSt 32, 68, 70 = JR 1984 S. 514 mit Anm. *Schlüchter*; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 21; *LR-Schäfer*, StPO-Kommentar, a.a.O., § 100 a Rdnr. 30.

<sup>43</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 21.

<sup>44</sup> BVerfG, NJW 1977 S. 1493; LG Bremen, wistra 1984 S. 241; *Gast-de Haan* in: *Klein*, a.a.O., § 399 Anm. 14 a.E.

Ein Beweisverwertungsverbot gilt jedenfalls nicht zugunsten Dritter, denen gegenüber die Grundrechtsverletzung nicht erfolgte. Dritte können sich daher nicht mit Erfolg auf eine Verletzung von Formvorschriften bei der Telefon- oder Telefaxüberwachung bei dem Beschuldigten berufen.<sup>45</sup> Der gegen diese Dritte gefundene Zufallsfund kann Grundlage für weitere Ermittlungen sein, deren Beweisergebnisse verwertet werden können. Eine Fernwirkung des Verwertungsverbotes gibt es nicht (str.).<sup>46</sup> Die Tür, die zum Dritten führt und die nur durch die rechtswidrige Überwachung bei dem Beschuldigten aufgestoßen wurde, darf von den Strafverfolgungsbehörden nun weiter geöffnet werden.

Verwertbar sollen schließlich nicht nur Inhalte von Gesprächen sein, die der von der Überwachung Betroffene führt, sondern auch der Inhalt von Gesprächen anderer, unbeteiligter Personen, die diese über den überwachten Anschluß führen.<sup>47</sup> Diese Auffassung ist jedoch nicht unbedenklich, da damit die Mußvorschrift des § 100 b Abs. 2 Satz 2 StPO, daß die Anordnung den Namen und Anschrift des Betroffenen enthalten muß, entwertet wird. Diese Rechtsprechung ist jedoch insoweit wenigstens konsequent, indem sie Formfehler nicht zu einem Verwertungsverbot führen läßt. Damit gibt sie deutlich zu erkennen, welchen geringen Wert die Formvorschriften des § 100 b StPO haben und ihnen jedenfalls kein Schutzzweck weder zugunsten des Betroffenen noch zugunsten Dritter zukommt. Es bleibt die Frage, warum Mußvorschriften - wie § 100 b StPO - vom Gesetzgeber statuiert werden, wenn deren Nichtbeachtung ohne Folgen bleibt?

## 12. Überwachung des Fernmeldeverkehrs mit dem Steuerberater

Steuerberater und Steuerbevollmächtigte haben ihren Beruf unabhängig, eigenverantwortlich, gewissenhaft, verschwiegen und unter Verzicht auf berufswidrige Wer-

---

<sup>45</sup> *Gast-de Haan* in: Klein, a.a.O., § 399 Anm. 14 a.E.

<sup>46</sup> Streitig, ob eine Fernwirkung besteht: Vgl. einerseits *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 23, und andererseits: *Briel/Ehlscheid*, Steuerstrafrecht, a.a.O., § 4 Rdnr. 252 und dortige Fußnote 550; *Schlüchter*, Rdnr. 352.3; BGHSt 29, 244 ff. = MDR 1980 S. 775 = NJW 1980 S. 1700, dazu *Dünnebier*, Demokratie und Recht, 1980, S. 383; *Riegel*, JZ 1980 S. 757; *Rieß*, JR 1983 S. 125, 126; *KK-Nack*, StPO-Kommentar, a.a.O., § 100 a Rdnr. 25.

<sup>47</sup> BGHSt 29, 23; *KK-Nack*, StPO-Kommentar, a.a.O., § 100 a Rdnr. 23; a.A.: *Knauth*, NJW 1978 S. 741; *Prittitz*, StV 1984 S. 308; *Welp*, Jura 1981 S. 484.

bung auszuüben (§ 57 Abs. 1 StBerG). Die Verletzung der Schweigepflicht wird in § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB sanktioniert. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO gibt dem Steuerberater ein Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen, § 53 a StPO gibt ein solches den Berufshelfern.<sup>48</sup> Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Steuerberater würde nicht bestehen, wenn die Schweigepflicht nicht bestünde.

Da das Telefonat in der Beratung ebenso üblich ist wie das direkte Gespräch zwischen Steuerberater (Rechtsanwalt) und Mandant bzw. das Telefonat aus Zeit- und Vereinfachungsgründen Surrogat des persönlichen Gesprächs ist, liegt die Vermutung nahe, daß es demselben Geheimnisschutz wie das persönliche Gespräch unterfällt, das nicht abgehört werden darf.<sup>49</sup> Da eine mögliche heimliche Telefonüberwachung diese Vertrauenssphäre zwischen Mandant und Steuerberater zerstören würde und auch die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts illusorisch machte, spricht vieles dafür, ein generelles Abhörverbot von Beratern und deren Berufshelfern - ggf. im Rahmen einer telelogischen Reduktion des § 100 a StPO - zu fordern. Jedoch hat der Gesetzgeber in § 100 a StPO keine Sonderregelung für Berater geschaffen, so daß Steuerberater und Rechtsanwälte (Notare, Wirtschaftsprüfer etc.) nicht abhörsicherer sind als andere Personen auch.<sup>50</sup> Denn zwischen schweigeberechtigten bzw. schweigeverpflichteten Berufsträgern wie Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern, Notaren usw. einerseits und Nichtberufsträgern andererseits, die mit dem Beschuldigten telefonieren, unterscheidet § 100 a StPO nicht: Es darf der Beschuldigte wie der Berufsträger nur bei Vorliegen eines Verdachtes einer Katalogtat nach § 100 a StPO abgehört werden. Nach § 100 a Abs. 1 Satz 2 AO darf sich die Anordnung nur gegen den Beschuldigten selbst richten oder aber gegen Personen, von denen aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, daß sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weiterleiten werden,<sup>51</sup> wovon bei den genannten Berufsträgern wohl

---

<sup>48</sup> *Lohmeyer*, Stbg 1972 S. 161, 162.

<sup>49</sup> Für eine völlige Herausnahme des Rechtsanwalts aus dem Bereich der Überwachungsmöglichkeiten: *Zuck*, NJW 1969 S. 912; *Waldowski*, AnwBl. 1975 S. 107.

<sup>50</sup> *Beulke*, Jura 1986 S. 642, 643, 644; LR-*Schäfer*, StPO-Kommentar, a.a.O., § 100 a Rdnr. 25; KK-*Nack*, StPO-Kommentar, a.a.O., § 100 a Rdnr. 12.

<sup>51</sup> *Beulke*, Jura 1986 S. 642, 643; LR-*Schäfer*, StPO-Kommentar, a.a.O., § 100 a Rdnr. 19 ff.

grundsätzlich ausgegangen werden kann, solange sie im Mandat mit dem Beschuldigten sind.

Der Vorwurf der Beihilfe zur Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 1 AO i.V. mit § 27 Abs. 1 StGB) ermöglicht allerdings ebensowenig ein Abhören des Steuerberaters wie der Vorwurf der Strafvereitelung (§ 258 Abs. 1 StGB) gegenüber dem Rechtsanwalt eine Überwachung zuläßt, da beides nicht Katalogtaten im Sinne des § 100 a StPO sind. Ein Abhören des Steuerberaters ist also nur dann zulässig, wenn sich der Verdacht einer Katalogtat gegen diesen oder einen seiner Berufshelfer richtet. Der Grundsatz der freien Verteidigung aus § 148 StPO gilt jedoch nicht direkt oder analog für den Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt, Hochschullehrer oder Anwaltsnotar, der noch keinen Verteidigungsauftrag hat, selbst dann noch nicht, wenn sich ein Verteidigungsauftrag anbaut.<sup>52</sup>

### 13. Überwachung des Fernmeldeverkehrs mit dem Strafverteidiger (Sonderregelung des § 148 StPO: Grundsatz der freien Verteidigung)

Der Fernmeldeverkehr mit dem Verteidiger darf grundsätzlich nicht überwacht werden (§ 148 StPO).<sup>53</sup> Denn ihrem normativen Gehalt nach reicht die Regelung des § 100 a StPO nicht so weit, daß sie auch eine Telefonüberwachung des Verteidigers rechtfertigen könnte, selbst wenn zu vermuten ist, daß der Beschuldigte Informatio-

---

<sup>52</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 148 RN 3, 4.

<sup>53</sup> BGHSt 33, 347, 350; *Waldowski*, AnwBl. 1975 S. 106; *Welp*, NStZ 1986 S. 295; *ders.*, JZ 1972 S. 428; *Joecks*, JA 1983 S. 60; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 148 Rdnr. 16; *Kohlmann*, AO-Kommentar, § 392 Rdnr. 123; a.A.: BGH, Urteil vom 11.5.1988 - 3 StR 563/87 -, StV 1990 S. 435, der zwar Gespräche zwischen dem (überwachten) Verdächtigen und seinem Verteidiger als von der Überwachung frei bezeichnet, dann jedoch einschränkt, indem er für den Fall, daß ein solches Verteidigergespräch Gegenstand einer zulässig angeordneten Überwachungsmaßnahme ist und aufgezeichnet wurde, dieses Gespräch nur im Verfahren gegen den (verteidigten) Verdächtigen und den Verteidiger nicht verwertbar sei. Damit folgt der 3. Strafsenat nicht der Auffassung von *Welp* und dem 2. Strafsenat (BGHSt 33, 347, 350), daß jede Verwertung eines durch § 148 StPO geschützten Gesprächs unzulässig sei; vgl. auch Anm. *Taschke* zu BGH, Urteil vom 11.5.1988, StV 1990 S. 435 ff., 436.

nen dem Verteidiger über den Geschehensablauf mitteilen wird.<sup>54</sup> Der Wortlaut des § 100 a StPO muß insoweit eingeschränkt werden. Denn andernfalls träte die Bestimmung in einen unlösbaren Widerspruch zur Rechtsgarantie des unüberwachten mündlichen Verkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem. § 148 Abs. 1 StPO bestimmt, daß dem Beschuldigten, auch wenn er sich nicht auf freiem Fuße befindet, der mündliche (schriftliche) Verkehr mit dem Verteidiger gestattet ist. Daß für den in Freiheit befindlichen Beschuldigten nichts anderes gelten kann, versteht sich von selbst. Das Verkehrsrecht steht auch dem Verteidiger als eigene Befugnis zu. Es ist Ausdruck einer Rechtsgarantie, die der Gewährleistung einer wirksamen Strafverteidigung dient, indem sie die Vertrauensbeziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nach außen abschirmt und gegen Eingriffe schützt.<sup>55</sup> Eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs beim (nicht selbst einer Katalogtat verdächtigen) Verteidiger scheidet daher aus. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Verteidiger einer Strafvereitelung zugunsten des Beschuldigten, der Begünstigung oder der Hehlerei verdächtigt wird, da dies keine Katalogtaten sind und somit ihrerseits kein Abhören rechtfertigen. Wird er dennoch überwacht, sind die Erkenntnisse hieraus weder unmittelbar noch mittelbar verwertbar.<sup>56</sup>

Anders verhält es sich nur dann, wenn der Verteidiger selbst einer Katalogtat nach § 100 a StPO tatsächlich verdächtig ist. Hier soll nach einer Auffassung eine Telefonüberwachung des Verteidigers zulässig und die Auswertung der Gespräche mit dem Beschuldigten möglich sein.<sup>57</sup> Dieser Auffassung kann jedoch schon deswegen nicht gefolgt werden, weil persönliche und damit auch telefonische Gespräche zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nach außen hin abgeschirmt und vor Eingriffen in diese besondere - auch und gerade von Strafverfolgungsorganen zu respektierenden - Vertrauensbeziehung durch § 148 StPO geschützt sind. Bei einer gleichwohl durchgeführten Telefonüberwachung würde sowohl der Verteidiger als auch der Beschuldigte zu bloßen Verfahrensobjekten herabgewürdigt werden, wenn gerade in Ausnut-

---

<sup>54</sup> BGHSt 33, 247, 349 f.

<sup>55</sup> BGHSt 33, 247, 349 f.

<sup>56</sup> BGHSt 33, 347, 352; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 21; einschränkend: BGH, StV 1990 S. 435 mit ablehnender Anm. *Taschke*: Verwertung im Verfahren gegen Dritte zulässig.

<sup>57</sup> *Nack* in: KK, § 100 a StPO Rdnr. 11 m.w.N.

zung dieser Vertrauensbeziehung Erkenntnisse für Ermittlungsverfahren unmittelbar oder auch nur mittelbar gesammelt werden dürften. Ist der Verteidiger einer Katalogtat verdächtig und will deswegen die Strafverfolgungsbehörde den Telefonverkehr des Verteidigers abhören, hilft nur der Ausschluß des Verteidigers nach § 138 a Abs. 1 StPO.<sup>58</sup> Vorher ist ein Abhören beim Verteidiger schlicht rechtswidrig und evtl. gefundene Erkenntnisse unmittelbar wie mittelbar unverwertbar.

#### 14. Strafbarkeit rechtswidrigen Abhörens

Die Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes durch einen Amtsträger ist in § 201 Abs. 3 i.V. mit Abs. 1 und 2 StGB unter Strafe gestellt. Die tatbestandsmäßige Überwachungsmaßnahme ist jedoch aufgrund besonderer gesetzlicher Befugnisse nach § 100 a StPO gerechtfertigt, wenn die Anordnung rechtmäßig erfolgte. Da beispielsweise auch das im Einverständnis mit dem anderen Anschlußbenutzer (z.B. V-Mann) erfolgende heimliche Abhören ebenfalls ein Abhören im Sinne des § 100 a StPO ist, müssen auch hier sämtliche Voraussetzungen der §§ 100 a ff. StPO vorliegen, insbesondere muß die richterliche Anordnung vorliegen, andernfalls die Überwachungsmaßnahme nicht rechtmäßig ist und somit die tatbestandliche Verletzung des vertraulich gesprochenen Wortes nicht gerechtfertigt und somit strafbar ist.<sup>59</sup>

## II. Zusammenfassung

Die Überwachung des Fernmeldeverkehrs ist zwar keine Katalogtat im Sinne des § 100 a StPO, so daß allein wegen einer Steuerstraftat keine Telefon- oder Telefax-Überwachung angeordnet werden darf. Würde sie nur im Hinblick auf die Steuerstraftat angeordnet, wären die Ergebnisse und Ermittlungsansätze gegenüber dem Beschuldigten (nicht gegenüber Dritten) unverwertbar und die gesammelten Unterlagen und Beweismittel müßten an ihn herausgegeben, Daten und Notizen der Verfol-

---

<sup>58</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, a.a.O., § 100 a Rdnr. 13; *Schäfer* in: Löwe/Rosenberg, § 100 a StPO Rdnr. 26; *SK/StPO-Rudolphi*, § 100 a Rdnr. 19; *Beulke*, Jura 1986 S. 646; *Waldowski*, AnwBl. 1975 S. 107; *Niemöller/Schuppert*, AöR 1982 S. 389, 440; *Kohlmann*, AO-Kommentar, § 392 Rdnr. 124.

<sup>59</sup> *Lenckner* in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, 25. Aufl., § 201 Rdnr. 34.

gungsbehörden gegen den Beschuldigten müßten vernichtet werden. Ermittlungsansätze gegen Dritte könnten weiterverfolgt und die dann später erlangten Beweise gegen den Dritten verwertet werden. Würden beim Dritten Beweise gegen den zunächst Beschuldigten gefunden werden (sog. Zufallsfunde), wären diese wieder verwertbar.

Hat jedoch ein Steuerpflichtiger eine Katalogtat und eine Nichtkatalogtat (tateinheitlich oder tateinheitlich) begangen, so kann wegen der Katalogtat abgehört werden und Erkenntnisse hinsichtlich der Nichtkatalogtat (Steuerstraftat) als sog. Zufallsfunde zwar nicht unmittelbar in Form von Beweismitteln oder für Vorhalte, jedoch mittelbar für weitere Ermittlungsansätze ausgewertet werden. Die dann deswegen später gefundenen Beweismittel unterliegen keinem Beweisverbot aufgrund Fernwirkung, sondern dürfen für die Verurteilung der Nichtkatalogtat als Beweismittel oder zu Vorhalten verwendet werden.

Die Befürchtungen von Steuerpflichtigen, das Telefonat mit dem Verteidiger oder dem Steuerberater über die Steuerstraftat könne abgehört werden, sind daher unbegründet, wenn keine Katalogtaten im Sinne des § 100 a StPO von dem Steuerpflichtigen selbst oder anderen Nutzern derselben Telekommunikationseinrichtung oder ihrem Gesprächspartner begangen wurden bzw. nicht ein entsprechender Verdacht besteht.

Festzuhalten bleibt, daß wegen den typischen Steuerhinterziehungsfällen (z.B. den sog. Luxemburg- oder Schweizfällen oder die bei der BP aufgedeckte Verbuchung der privaten Einbauküche als Betriebsausgabe für Praxiseinrichtung oder der Entdeckung von ohne-Rechnungs-Geschäften) das Telefon nicht abgehört werden darf.