

Rechtmäßigkeit von Bankdurchsuchungen

Von Rechtsanwalt Dr. jur. Jörg Burkhard, Fachanwalt für Steuerrecht,
Wiesbaden

1. Einleitung

Die Einführung der Quellensteuer, der sogenannten kleinen Kapitalertragssteuer im Jahre 1989¹ hatte eine erhebliche Verlagerung von Kapital ins Ausland zur Folge. Insgesamt wurden 1988 netto fast 85 Milliarden DM an langfristigem Kapital exportiert. 1987, also vor Bekanntwerden der Pläne über die Einführung einer Quellensteuer, waren es nur rund 23 Milliarden DM². Der durch den Gesetzesvollzug offensichtlich ausgelöste Kapitalabfluß (vor allem nach Luxemburg) war so umfangreich, daß sich der Gesetzgeber nach nur einem halben Jahr der Erhebung der Quellensteuer zur Rücknahme des Gesetzes veranlaßt sah³. Nachdem der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichtes in seiner Entscheidung vom 27.06.1991⁴ den Gesetzgeber aufgefordert hatte, hinreichende Kontrollen der im Veranlagungsverfahren abgegebenen Erklärungen des Steuerpflichtigen sicherzustellen und insbesondere für eine gleichmäßige und gerechte Zinsbesteuerung zu sorgen, führte der Gesetzgeber erneut eine Zinsabschlagsteuer ein, die am 01.01.1993 in Kraft trat. Hiesige Geschehnisse seit 1988 führten dazu, daß der Luxemburger Kapitalmarkt, der bis zu diesem Zeitpunkt in erster Linie für institutionelle Anleger interessant war, nunmehr zu einem Finanzanlageplatz für private Kapitalanleger wurde⁵. Verstärkt wurde diese Entwicklung noch dadurch, daß ab 1993 fast sämtliche im Inland erzielten Kapitalvermögen, sofern sie bestimmte Voraussetzungen erfüllten, mit einer 25- bis 35% igen Zinsabschlagsteuer belegt wurden. Eine Verlagerung der Kapitalvermögen erfolgte zum Großteil nach Luxemburg. Die dabei gewählten Kreditinstitute waren unter anderem Auslandstöchter deutscher Großbanken. Seit Anfang 1994 sorgen Durchsuchungen von Geschäftsräumen deutscher Banken sowie umfangreiche Beschlagnahmen von Geschäftsunterlagen aufgrund des Verdachts systematisch geleisteter Beihilfe zur Steuerhinterziehung für Aufsehen⁶. Ob der gegen die Bankmitarbeiter erhobene Vorwurf der Beihilfe zu Recht erhoben wird und inwieweit die Bankdurchsuchungen rechtmäßig sind, soll im folgenden untersucht werden.

2. Rechtmäßigkeit von Durchsuchungen

Um die Rechtmäßigkeit einer Durchsuchung beurteilen zu können, ist vorab zu klären. Ob die Durchsuchung bei dem Verdächtigen gemäß § 102 StPO oder bei einer anderen Person gem. § 103 StPO erfolgt.

¹ Gesetz vom 25.07.1988, BGBl. 1988 I, 1093.

² BT-Drucksache 11/4507 v. 09.05.1989, Seite 1, 8.

³ Flore in Flore Dörn/Gillmeister Steuerfahndung und Steuerstrafverfahren, Seite 159.

⁴ BVerfG, Beschluß vom 27.06.1991, DB 1991, 1421.

⁵ Flore in Flore/Dörn/Gillmeister, Steuerfahndung und Steuerstrafverfahren, Seite 159.

⁶ BVerfG, Beschluß v. 23.03.1994, wistra 1994, 221 ff., sogenannter „DREBA-I.-Beschluß“: BVerfG, Beschluß vom 13.12.1994, wistra 1995, 139 ff., sogenannter „DREBA-II.-Beschluß“.

Besteht der Verdacht einer Teilnahme so kann eine Durchsuchung nach § 102 StPO unter erleichterten Voraussetzungen erfolgen. Dabei ist keine gesteigerte Voraussetzung an den Verdacht zu stellen. Wenngleich vage Hinweise nicht ausreichen⁷, so werden aber auch keine hohen Anforderungen gestellt.

Bei einer Durchsuchung bei anderen Personen nach § 103 StPO setzen Durchsuchungen dagegen voraus, daß Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß die zur Beschlagnahme bestimmten Gegenstände sich in den zu durchsuchenden Räumen befinden.

3. Durchsuchung nach § 103 StPO

Zwar kann eine Bankdurchsuchung unter den Voraussetzungen des § 103 StPO erfolgen, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, daß sich bei der Bank Belege befinden, aus denen sich der Nachweis einer Steuerhinterziehung eines Kunden ergibt. Der allgemeine Verdacht, daß etliche Kunden der Bank ihre Kapitaleinkünfte hinterziehen, reicht aber nicht für die Rechtfertigung einer Bankdurchsuchung aus.

4. Durchsuchung nach § 102 StPO

Von größerer praktischer Relevanz sind Durchsuchungen bei der Bank, weil der Verdacht besteht Bankmitarbeiter haben Beihilfe zur Hinterziehung von Kapitalvermögen geleistet. Der Verdacht einer Strafbarkeit der Bankmitarbeiter setzt zunächst den Verdacht einer rechtswidrigen Haupttat voraus. Ein Verdacht gegen einen Bankkunden erfordert, daß eine Tatsache vorliegt. Dies ist hier die vermutete Kapitalanlage in Luxemburg und die Nichterklärung der Erträge der Einkommenssteuer bzw. der Salden in der Vermögenssteuer. Der Bankkunde muß sämtliche Einkünfte in seiner Steuererklärung angeben, da im Steuerrecht das Welteinkommensprinzip gilt, d.h. sämtliche, weltweit erzielte Einnahmen werden bei einem unbeschränkt Steuerpflichtigen in Deutschland erfaßt und hier versteuert, wenn nicht ausnahmsweise ein Doppelbesteuerungsabkommen mit dem betreffenden Staat, in dem die Einnahmen erzielt werden, diesem das Besteuerungsrecht zuweist. Gibt der unbeschränkt Steuerpflichtige seine Kapitaleinkünfte nicht in der Steuererklärung an, so begeht er eine Steuerhinterziehung, vorausgesetzt er handelt wenigstens bedingt vorsätzlich, §§ 370 AO, 369 Abs.2 AO, §15 StGB.

Nun ist es schwierig ohne einen konkreten Haupttäter zu kennen, einen Beihilfevorwurf gegen die Bankmitarbeiter zu begründen. Denn die Beihilfe ist akzessorisch, d.h. sie hängt von dem Vorwurf der Haupttat ab. Im Strafrecht wird daher zunächst der Vorwurf der Haupttat gegen den Haupttäter ermittelt und dann bei den entfernter Beteiligten geprüft, ob diese Mittäter, § 25 Abs. 2 StGB, oder bloß Teilnehmer sind. Anstifter und Gehilfen sind Teilnehmer, §§ 26, 27 StGB. Bei dem Vorwurf gegen die Bankmitarbeiter und den Durchsuchungen der Kreditinstitute überrascht zunächst, daß ein Haupttäter noch nicht namentlich feststeht, aber schon der Beihilfevorwurf, der wie gesagt streng abhängig von der Haupttat ist, gegen die vermeintlichen Gehilfen, die namentlich auch noch nicht feststehen, erhoben wird. Um es noch einmal ganz deutlich zu sagen:

⁷ KK-Laufhütte (Karlsruher Kommentar zur StPO und zum GVG, 3. Aufl. 1993), § 102 Rdn. 1; KK-Nack, (Karlsruher

Eine Beihilfe ist nicht vorstellbar, wenn es keine Haupttat gibt. Der Täter der Haupttat ist noch nicht bekannt. Ob es einen Haupttäter unter den Bankkunden in der betreffenden Bank gibt, ist vor der Durchsuchung ebenfalls noch nicht bekannt. In welcher Höhe und in welchem Veranlagungszeitraum der Haupttäter Steuern hinterzogen haben soll, ist vor der Durchsuchung nicht bekannt. Ob die Tat des Haupttäters verfolgbar ist – oder z.B. schon verjährt ist, ist nicht bekannt. Ob tatsächlich eine fremde Tat mit Wissen und Wollen durch die Bankmitarbeiter gefördert wurde und die Bankmitarbeiter von der fremden Tat des Bankkunden wußten und dessen Tat auch wollten oder zumindest billigend in Kauf nahmen, ist zum Zeitpunkt vor der Durchsuchung ebenfalls noch nicht bekannt. Gleichwohl werden trotz all dieser Unbekannten die Durchsuchungsbeschlüsse gegen die Kreditinstitute von den zuständigen Ermittlungsrichtern unterschrieben. „Wieso bloß ?“, mag man sich da fragen. Gilt die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 1 MRK nicht mehr ?

5. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beim Durchsuchungsbeschluß

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt entschieden, daß die Durchsuchung wegen ihrer Grundrechtsbezogenheit ebenso wie ihre Anordnung von vornherein unter dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit steht⁸. Der jeweilige Eingriff muß daher insbesondere ein angemessenes Verhältnis zur Stärke des bestehenden Tatverdachts wahren⁹. Je stärker also der Tatverdacht bzw. Tatvorwurf ist, desto härter kann auch der Eingriff in grundgesetzlich geschützte Rechtspositionen sein. Hier ist das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung, Art 13 Abs. 1 GG bzw. der Unverletzlichkeit der Geschäftsräume der Kreditinstitute, Art. 13 Abs. 1, 19 Abs. 3 GG tangiert¹⁰. In dieses Schutzrecht wird durch die Durchsuchungen eingegriffen. Die Grundrechte, die Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat darstellen, können unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt bzw. es kann in ihren Schutzbereich eingegriffen werden. Ihr Wesensgehalt darf jedoch nie angetastet werden, Art. 19 Abs. 2 GG. Damit lautet die maßgebliche Frage, welche konkreten Tatvorwürfe bzw. welcher konkrete Anfangsverdacht gegen konkrete Bankmitarbeiter vor Erlass der Durchsuchungsanordnung besteht, damit eine Durchsuchung durch den Richter angeordnet werden kann. Die Anforderungen an den Anfangsverdacht sind nun äußerst gering. Hier stellt sich jedoch die Frage, ob bzw. inwieweit Art. 13 GG überhaupt noch ein Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat ist. Entsprechendes gilt für die Abwehrrechte der Kreditinstitute, Art. 13 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG. Denn die Abwehrhürde wird stets und ohne Bedenken überschritten. Die Bank mag noch so klein und unbedeutend, der Durchsuchungsbeschluß wird stets unterschrieben. Die Bank mag noch so groß und bedeutend sein, die Beihilfe irgendwelcher Bankmitarbeiter wird stets beim Anfangsverdacht seitens der Strafverfolgungsbehörden und Ermittlungsrichter angenommen. Hat da Art. 13 Abs. 1 GG überhaupt noch irgendeine Abwehrfunktion ? Gibt es überhaupt noch ein beachtliches Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung bzw. ein entsprechendes für die Geschäftsräume der Kreditinstitute ?

Kommentar zur AO und GVG, 4. Auflage 1999) § 102 Rdn. 1.

⁸ BVerfG wistra 1994, 221.

⁹ BVerfG wistra 1994, 221.

¹⁰ Pappermann in v. Münch, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 13 RN 10; BVerfG NJW 1971, 299.

6. Unverletzlichkeit der Wohnung bzw. der Geschäftsräume

Das Bundesverfassungsgericht verneint hier eine Verletzung des Schutzbereichs des Art. 13 Abs. 1 GG, da die Unverletzlichkeit der Wohnung nur gegen Eingriffe in die Privatheit der Wohnung geschützt würden¹¹. Eine solche Wirkung komme jedoch den Beschlagnahmen in den Banken nicht zu. Diese Beschlagnahmen erschöpften sich vielmehr darin, die sichergestellten Gegenstände der Sachherrschaft der Banken zu entziehen und den Ermittlungsbehörden den Zugang zu den darin verkörperten Informationen zu beschaffen¹². Dieser Auslegung ist nicht zu folgen. Denn Art. 13 GG schützt das Hausrecht des Berechtigten und da sich die Grundrechte als klassische Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat verstehen bedeutet dies, daß es der Staatsgewalt grundsätzlich verwehrt ist, gegen den Willen des Berechtigten in dessen Räumlichkeiten einzudringen oder sich dort aufzuhalten¹³. Es geht also bei den Durchsuchungsbeschlüssen gegenüber den Banken –entgegen der Formulierung der Entscheidung vom 13.12.1994 des Bundesverfassungsgerichts¹⁴– nicht bloß darum, die Gegenstände der Sachherrschaft der Banken zu entziehen, sondern, da sich die Gegenstände in den Räumlichkeiten der Banken befinden, auch darum, deren Herrschaftsbereich gegen deren Willen zu betreten. Das Bundesverfassungsgericht sieht daher unverständlicherweise in dem bloßen Herausholen der maßgeblichen Bankunterlagen ein quasi nur vorübergehendes Betreten der Geschäftsräume der Bank, was nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht in den Schutzbereich der Norm des Art. 13 Abs. 1 GG fallen soll. Daß dieses kurzfristige Betreten gegen den Willen des Berechtigten das Bestimmungsrecht des Hausrechtsinhabers nicht tangieren soll, ist unverständlich. Würden Demonstranten die Räumlichkeiten einer Behörde gegen den Willen des Behördenleiters als Hausrechtsinhaber betreten, würde dasselbe Bundesverfassungsgericht wohl keine Bedenken haben eine Verurteilung wegen Hausfriedensbruchs zu halten, weil diese sich gegen den Willen des Hausrechtsinhabers dort aufhielten und der Hausrechtsinhaber von seinem Bestimmungsrecht, wer sich in seinen Räumen aufhalten dürfe und wer nicht, Gebrauch gemacht habe.

Sieht man nun in der Praxis, wieviel Wochen und Monate sich die Steuerfahnder in den Banken aufhalten, ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts um so unverständlicher. Letztlich kann es jedoch nicht auf die Dauer des Betretens bzw. Verweilens in den Geschäftsräumen der Kreditinstitute ankommen, sondern allein darauf, ob die Steuerfahnder mit oder gegen den Willen der Hausrechtsinhaber die Banken betreten. Da das Betreten gegen den Willen der Banken erfolgt, ist das Bundesverfassungsgericht dieser Frage der Grundrechtsverletzung des Art. 13 Abs. 1 GG in seiner Entscheidung vom 13.12.1994¹⁵ zu Unrecht ausgewichen.

Noch unbefriedigender sind die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Insoweit behauptet das Gericht, daß auch der Grad des Tatverdachts nicht derart vage sei, daß er aus verfassungsrechtlicher Sicht ungeeignet wäre, Beschlagnahmen von großem Umfang (hier ging es um

¹¹ BVerfG wistra 1995, 139.

¹² BVerfG wistra 1995, 139.

¹³ Pappermann in v. Münch, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 13 RN 14.

¹⁴ BVerfG wistra 1995, 139.

¹⁵ BVerfG wistra 1995, 139.

40.000 Belege) zu rechtfertigen¹⁶. Das Bundesverfassungsgericht urteilte zwar, daß es in der Regel unzulässig sei, aus der bloßen Möglichkeit, daß ein gesetzlich zulässiger Betrieb (also die Bank) von Straftätern mißbraucht werde, eine Beschlagnahme von Betriebsunterlagen zu rechtfertigen¹⁷. Schon die Formulierung „in der Regel“ zeigt, daß es dann auch Ausnahmen geben kann ! Das Bundesverfassungsgericht führt jedoch weiter aus, daß vielmehr konkrete Verdachtsmomente für den konkreten Mißbrauch vorliegen müssen¹⁸. Gerade dies sei aber in dem vorliegenden Fall gegeben. Denn der Verdacht richte sich darauf, daß aus dem Betrieb dieser damals durchsuchten Bank heraus unter Überschreitung des Maßes zulässiger Aktivitäten Beihilfe zu Straftaten begangen worden sei. Dieser Anfangsverdacht, so führt das Bundesverfassungsgericht fort, stütze sich dabei auf konkrete Erkenntnisse zweier Einzelfälle, nicht nur auf eine allgemeine Erwägungen zu Häufigkeit und Methoden der Steuerhinterziehung¹⁹. Diese Verdachtslage von exakt zwei Einzelfällen genügte dem Bundesverfassungsgericht, die Durchsuchung eines der größten deutschen Kreditinstitute und die Lkw-weise Beschlagnahme von Unterlagen in der ganzen Bundesrepublik als angemessen zu sehen.

7. Verallgemeinerung zulässig: von zwei auf zigtausend Bankmitarbeiter in Deutschland ?

Wie sich jedoch der Anfangsverdacht aus zwei Fällen auf eine systematische Beihilfe eines Kreditinstitutes mit mehreren tausend Mitarbeitern in der ganzen Bundesrepublik erstrecken soll, bleibt bei der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Dunkeln.

8. Anfangsverdacht als Voraussetzung eines Durchsuchungsbeschlusses

Ebenso wird diese Frage nicht bei durch die Ermittlungsrichter bei den Durchsuchungsbeschlüssen gegen die anderen Banken beantwortet. Wo ist die Abgrenzung von der bloßen Vermutung zum Anfangsverdacht ? Die Argumentation läuft in der Regel so, daß vermutet wird, wenn in dem einen Kreditinstitut Steuerpflichtige steuerunehrlich waren, daß dies auch bei Steuerpflichtigen anderer Kreditinstitute so sein wird – und wenn zwei Mitarbeiter eines Kreditinstitutes kausal dafür sind, daß der Beihilfevorwurf gegen eine Vielzahl namentlich unbekannter Mitarbeiter desselben Kreditinstitutes erhoben werden kann, dann genügt dies –so in der Praxis der Strafverfolgungsbehörden- auch, um diesen Beihilfevorwurf gegen Bankmitarbeiter anderer Kreditinstitute zu erheben und auf dieser Grundlage auch gegen diese Kreditinstitute Durchsuchungsbeschlüsse zu beantragen.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß es einen allgemeine Erfahrungssatz dahingehend, daß im Ausland erzielte Kapitalerträge nicht deklariert würden, es nicht gibt. Grundsätzlich ist von der Steuerehrlichkeit des einzelnen Steuerpflichtigen auszugehen. Ein Anfangsverdacht kann bezüglich einer Hinterziehung von Ertragssteuern erst dann entstehen, wenn drei Voraussetzungen vorliegen: Erstens muß der Steuerpflichtige Kapital- bzw. Wertpapiere im Veranlagungszeitraum (im Inland oder Ausland) besessen haben und Erträge hieraus erzielt

¹⁶ BVerfG wistra 1995, 139, 140.

¹⁷ BVerfG wistra 1995, 139, 140 mit Hinweis auf BVerfGE 44, 353, 380.

¹⁸ BVerfG wistra 1995, 139, 140.

¹⁹ BVerfG wistra 1995, 139, 140.

haben. Dies ist nicht der Fall, wenn das Kapital beispielsweise auf einem unverzinslichen Girokonto lag oder daß für die Aktien in diesem Zeitraum keine Dividenden ausgeschüttet wurden. Die Feststellung, daß z.B. 200 TDM von Deutschland auf ein Girokonto in der Schweiz überwiesen wurden, läßt noch nicht den Schluß zu, daß aus diesem Kapital steuerpflichtige Erträge erzielt wurden. Das Geld kann beispielsweise zum Erwerb oder Um- bzw. Ausbau einer Ferienwohnung verwendet worden sein. Allein aus dem Umstand, daß also ein bestimmter Kapitalbetrag auf ein Schweizerisches Konto überwiesen wurde, besagt steuerstrafrechtlich noch gar nichts. Weder kann diese Tatsache einen Anfangsverdacht hinsichtlich einer Ertragssteuerhinterziehung begründen, noch Grundlage für Schätzungen nach § 162 AO sein. Zweitens muß feststehen, daß die voraussichtlich mindestens erzielten Erträge nicht in der Einkommenssteuererklärung erklärt wurden. Dies kann nur durch einen unmittelbaren Abgleich der mindestens im Ausland erzielten Erträge mit den nach der Einkommenssteuererklärung als vereinnahmt erklärten Beträge überprüft werden. Sind die im Ausland vermutlich erzielten Erträge innerhalb der Freibeträge und sind keine Kapitalerträge erklärt, so kann aus dem Abgleich mit der Einkommenssteuererklärung nichts geschlossen werden. Ob hier die Finanzverwaltung berechtigt ist, weitere Aufklärungen vom Steuerpflichtigen zu verlangen, erscheint zweifelhaft. Denn solange die Finanzverwaltung nur vermuten kann, daß Erträge innerhalb der Freibeträge erzielt wurden, ist insoweit kein Steueranspruch des Staates entstanden, § 38 AO. Steuern können nicht deswegen zu niedrig festgesetzt worden sein. Soweit Kapitalerträge erzielt wurden, die nicht in der Einkommenssteuererklärung enthalten sind, weil die vermutlich mindestens erzielten Erträge oberhalb der Freibeträge liegen und entweder keine Kapitaleinkünfte erklärt wurden oder aber die erklärten Kapitaleinkünfte in dem Verhältnis zu den vermutlich mindestens erzielten Kapitaleinkünften zu niedrig sind, mag der objektive Tatbestand des Steuerhinterziehung als verwirklicht vermutet werden. Dies genügt jedoch für die Begründung eines Anfangsverdaches noch nicht. Der Anfangsverdacht muß auch den subjektiven Tatbestand umfassen. Der Verdacht der vorsätzlichen Steuerverkürzung, also hinsichtlich der subjektiven Tatbestandsseite ist die dritte Voraussetzung. Erst durch das kummulative Vorliegen dieser drei Voraussetzungen entsteht der Anfangsverdacht i.S.d. § 102 StPO.

Verdachtsbegründende Tatsache bei einem Beihilfeverdacht gegen einen Mitarbeiter der Bank wäre, daß dieser ursächlich für die Verlagerung von Kapital des Kunden ins Ausland war.

Durch den Verweis des § 369 Abs. 2 AO gelten die allgemeinen Regeln der Täterschaft und Teilnahme auch im Steuerstrafrecht. Eine Täterschaft der Bankmitarbeiter ist aber eher theoretischer Natur. Freilich kommt aber eine Anstiftung oder Beihilfe zu einer Steuerhinterziehung eines Bankkunden in Betracht.

Eine Anstiftung liegt objektiv vor, wenn jemand einen anderen zu einer von diesem zu begehenden vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat bestimmt, also bei ihm den Tatentschluß hervorruft²⁰. Auf Mitarbeiter der Bank übertragen bedeutet dies, daß eine Anstiftung vorliegt, wenn diese in einem Kunden den Entschluß hervorrufen, Kapitaleinkünfte nicht in seiner Steuererklärung anzugeben und dessen vorsätzliche Haupttat auch wollen.

²⁰ LK-Roxin (Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11.Aufl., Lieferung 8, 1993), § 26 Rdn. 16.

Voraussetzung für eine Anstiftung ist weiterhin der doppelte Anstiftervorsatz. Neben dem Vorsatz bezüglich der Herbeiführung des Tatenschlusses muß der Vorsatz hinsichtlich aller objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale einer bestimmten Haupttat einschließlich des Vollendungswillens vorliegen. Detailkenntnisse bei dem Anstifter sind allerdings nicht erforderlich²¹.

Wer allerdings zu einer Steuerhinterziehung bereits entschlossen ist, kann nicht mehr angestiftet werden (sog. omnimodo facturus)²². Eine versuchte Anstiftung ist demgegenüber straflos. Denn die Steuerhinterziehung gem. § 370 AO ist nicht Verbrechen, sondern Vergehen, § 12 StGB. Auf Vergehen ist aber § 30 StGB, der auch die versuchte Anstiftung unter Strafdrohung stellt, nicht anwendbar. Bankmitarbeiter beraten ihre Kunden jedoch nicht in der Art, daß sie ihnen als ertragsreichste Anlageform die illegalerweise nicht versteuerte vorschlagen und so erst den Tatenschluß bei Kunden hervorrufen. Vielmehr zeigen sie ihm im Rahmen der logistischen Fähigkeiten der Bank liegende Möglichkeiten und Wege auf, Vermögen auf Konten oder Depots im Ausland zu transferieren. Gegebenenfalls nimmt der Bankmitarbeiter danach im Auftrag des Kunden die Transaktion vor. Wegen dieser Tätigkeiten kommt allenfalls die Teilnahmeform der Beihilfe in Betracht.

Beihilfe liegt objektiv vor, wenn einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener Tat Hilfe geleistet wird²³. Der Gehilfe muß vorsätzlich handeln²⁴ und zwar bezogen sowohl auf die Ausführung der Haupttat selbst als auch auf die eigene Förderungshandlung beziehen (sog. doppelter Gehilfenvorsatz)²⁵.

Der Zeitraum für eine mögliche Beihilfe ist sehr weit bemessen. Die Unterstützung braucht nicht zur Haupttat selbst oder zur Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals geleistet werden, sondern kann sich lediglich auf eine Vorbereitungshandlung beziehen, sofern die Haupttat wenigstens in strafbarer Weise später versucht wird²⁶. Beihilfe ist ferner nicht nur bis zur formellen Vollendung, sondern ebenso wie Mittäterschaft bis zur materiellen Beendigung der Haupttat möglich²⁷, wobei dann auch eine Begünstigung nach § 258 StGB in Betracht kommt.

9. Beihilfevorwurf und seine Einschränkung

Fraglich ist, ob dieser imens weite Zeitraum nicht eingeschränkt werden muß und welche Anforderungen an die Kausalität zwischen Beihilfehandlung und Haupttat gestellt werden müssen. Fraglich ist auch, ob eine Begrenzung der Strafbarkeit nicht über objektive Zurechnungskriterien vorgenommen werden muß. Denn der Gehilfe, der im Zeitraum der straflosen Vorbereitungshandlungen einen Gehilfenbeitrag leistet und danach nicht mehr in Erscheinung tritt, gibt das weitere Geschehen aus der Hand. Der Haupttäter, der bis dahin sich nur im

²¹ LK-Roxin, a.a.O., § 26 Rdn. 66.

²² LK-Roxin, a.a.O., § 26 Rdn. 17.

²³ Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, S. 562.

²⁴ BGH JR 1975, 119; Jescheck, a.a.O., S. 565.

²⁵ Jescheck, a.a.O., S. 565, 566.

²⁶ RGSt 59, 376, 380: Stärkung des Taterschlusses durch versprechendes Fernbleibens vom Tatort; RGSt 61, 360, 362: Nachweis der Adresse eines Abtreibers; RG DR 1941, 987: Beihilfe zur Abgabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung eines Prüflings durch Mithilfe an der Examensarbeit.

²⁷ BGHSt 6, 248, 251; Jescheck, a.a.O. S. 563.

straflosen Vorbereitungsstadium befindet, hat noch nicht einmal zum Versuch angesetzt, da er noch nicht die Schwelle zum „jetzt geht's los“ überschritten hat.

Eine Definition was unter Hilfeleisten zu verstehen ist, hält das Gesetz nicht bereit. § 49 Abs. 1 StGB a. F. differenzierte zwischen Beihilfe durch „Tat“ und „Rat“²⁸. Zwar hat § 27 StGB diese Unterscheidung nicht übernommen, doch hat diese Differenzierung Bedeutung im Rahmen der Auslegung behalten²⁹.

Unter physischer Beihilfe (Hilfeleistung durch Tat) versteht man eine Handlung, die die Haupttat ermöglicht, ihren rechtsgutverletzenden Erfolg verstärkt oder dem Täter seine Durchführung erleichtert, indem sie ihm Leistungen abnimmt, die für den Erfolg von Nöten sind³⁰.

Von psychischer Beihilfe (Beihilfe durch Rat) spricht man, wenn von seiten des Gehilfen eine sogenannte technische Rathilfe erfolgt. Insoweit könnte die Tätigkeit des Bankmitarbeiters den Tatbestand der Beihilfe erfüllen.

Nach der Rechtsprechung ist es nicht erforderlich, daß die Gehilfentätigkeit für den mit ihr beabsichtigten und tatsächlich eingetretenen Erfolg kausal im Sinne der Äquivalenztheorie gewesen ist. Ausreichend sei vielmehr, daß die den Tatbestand verwirklichende Handlung zu irgendeinem Zeitpunkt durch das Tätigwerden des Gehilfen tatsächlich gefördert worden sei³¹. In den von der Rechtsprechung so behandelten Fällen ist kennzeichnend, daß jedenfalls eine psychische Unterstützung im Sinne einer Bestärkung des Tatentschlusses des Haupttäters vorlag³². Die herrschende Meinung in der Literatur fordert hingegen, daß der Betrag des Gehilfen für den Erfolg zumindest kausal sein muß³³. Es existieren aber auch Stimmen in der Literatur, die eine Risikoerhöhung für den Erfolg der Haupttat verlangen, wodurch sich die Beihilfe tendenziell zu einem Gefährdungsdelikt entwickelt³⁴.

Solch ein Bestärken des Tatentschlusses liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn der Gehilfe den vorhandenen Tatentschluß des Haupttäters bestärkt, indem er ihm die letzten Skrupel ausredet oder ihm ein größeres Gefühl an Sicherheit vermittelt³⁵. Der BGH faßte die Fälle der Beihilfe in der Vergangenheit zum Teil sehr weit. So liege Beihilfe zur Körperverletzung von Polizisten bei einer Hausbesetzung schon in bloßen Verbundenheitsbekundungen vom Nachbardach³⁶ aus oder in der im voraus gegebenen Zusage, gestohlene Rinder nach der Tat abzusetzen³⁷.

²⁸ Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, S. 563.

²⁹ LK-Roxin, a.a.O., § 27 Rdn. 40; S/S-Cramer (Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 25. Aufl. 1997), § 27 Rdn. 12.

³⁰ SK-Samson (Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Stand Juni 1997), § 27 Rdn. 12.

³¹ RGSt 58, 113, 115.

³² LK-Roxin, a.a.O., § 27 Rdn. 23.

³³ Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1996, S. 628; LK-Roxin, a.a.O., § 27 Rdn. 2 ff; S/S-Cramer, a.a.O., § 27 Rdn. 10; SK-Samson, a.a.O., § 27 Rdn. 9 ff.

³⁴ die Ausführungen bei SK-Samson, a.a.O., § 27.

³⁵ etwa BGHSt 8, S. 390, 391; BGH, StV 1982, S. 517.

³⁶ BGHZ 63, S. 124, 130 f.

³⁷ BGHSt 8, S. 390, 391.

Allerdings zeichnet sich momentan eine Änderung der Rechtsprechung des BGH an. Nach einer Entscheidung des zweiten Senats des BGH liegt eine Beihilfe durch bloße Anwesenheit bei der Haupttat nur vor, wenn die Tat schon dadurch gefördert wird³⁸. Ebenso hat der fünfte Senat des BGH entschieden, daß ein Steuerberater allein durch seine Anwesenheit bei einer Besprechung im Finanzamt keine Beihilfe geleistet hat³⁹. Er stellt klar, daß festgestellt sein muß, daß die Anwesenheit die Tat objektiv gefördert oder erleichtert hat, und daß der Gehilfe sich dessen bewußt war. Das bloße „Dabeisein“ in bloßer Kenntnis einer Straftat soll selbst bei deren Billigung nicht ausreichen, die Beihilfe im Sinne aktiven Tuns zu begründen, da anderenfalls die rechtlichen Anforderungen hinsichtlich der Garantenpflichten beim echten Unterlassen umgangen werden könnten.

Für den vorliegend erhobenen Vorwurf der Beihilfe gegen die Bankmitarbeiter scheint bislang nicht hinreichend bedacht zu werden, daß ein Fördern der Tat nicht vorliegt. Denn nicht strafbar ist das Verbringen des Geldes ins Ausland. Die Tathandlung ist das unrichtige bzw. unvollständige Ausfüllen der Steuererklärung. Insoweit muß die Beihilfe einen gewissen Bezug, eine Nähe zur Tat haben. Dies ist z.B. in der Regel dann der Fall, wenn ein Tatwerkzeug vom Gehilfen dem Haupttäter übergeben wird, also z.B. der Nachschlüssel zum Gebäude, das Gift für den Giftmörder, nicht aber schon dann, wenn der Lehrer dem späteren Steuerhinterzieher das Schreiben beibringt in der Annahme, daß sein Schüler möglicherweise später einmal Steuererklärungen falsch ausfüllen wird und dies billigend in Kauf nimmt.

Die Steuerhinterziehung erfolgt auch durch den Steuerpflichtigen allein ohne weiteres Mitwirken des Bankangestellten bei dessen Steuererklärung. Man mag nun dem entgegenhalten, daß die zeitliche Zäsur allein nicht maßgebend sein kann. Denn wenn die Steuerhinterziehung erst lange nach dem Verbringen des Geldes ins Ausland erfolgt, so kann doch auch Beihilfe auch weit vor dem Ansetzen bzw. Ausführen zur Tat grundsätzlich geleistet werden kann. Für den Gehilfen, der dem Giftmörder das Gift beschafft, ist das sicher richtig. Fraglich ist nur, welchen Beitrag der Bankmitarbeiter dem Steuerhinterzieher bei dessen falscher Erklärung leistet. Die Antwort, die Strafverfolgungsbehörden hier regelmäßig zu finden suchen, indem sie auf die psychische Beihilfe verweisen und betonen, daß der Steuerpflichtige wegen des Geldtransfers durch den Bankmitarbeiter sicher(er) vor einer Entdeckung wähnte und hierin eine psychische Unterstützung der Tat liege, überzeugt nicht. Denn die Praxis zeigt immer wieder, daß alle diese Steuerhinterzieher nicht erst seit der Übertragung des Kapitals mittels der Bankmitarbeiter nach Luxemburg oder in die Schweiz steuerunehrlich sind, sondern diese Steuerpflichtigen schon davor dieses Kapital und die Erträge hieraus nicht erklärt hatten. Es ist also ein Trugschluß zu behaupten, erst und gerade die Verbringung des Geldes (mit oder ohne verschleiernde Maßnahmen) durch die Bankmitarbeiter eine psychische Beihilfe zur späteren falschen Erklärung des Steuerpflichtigen darstelle. Richtig ist vielmehr, daß diese Gelder vorher auch nicht erklärt wurden und wären sie nicht nach Luxemburg oder in die Schweiz gebracht worden, wären sie auch weiterhin nicht erklärt worden. Wo da die psychische Unterstützung der Bankmitarbeiter gegenüber den Bankkunden bei deren Steuerhinterziehungen liegen soll, bleibt unklar. Ein Fördern einer fremden rechtswidrigen Tat liegt jedenfalls in dem erlaubten Geld- oder Depottransfer nicht. Und wenn der Transfer in die Schweiz oder nach Luxemburg rechtlich zulässig ist, dann kann der Transfer auch nicht

³⁸ BGH, StV 1995, S. 363.

durch verschleiernde Maßnahmen (etwa durch die Einschaltung von CpD-Konten oder die Vergabe von Referenznummern statt der Namensangabe beim Transfer), die nicht verboten aber zugegebermaßen ungewöhnlich sind, diese Maßnahmen nicht rechtswidrig oder strafbar machen.

Für eine Eingrenzung des Beihilfevorwurfs ist auch Kohlmann⁴⁰. Er betont, daß es keine generelle Verpflichtung von Bankangestellten gibt, die Steuerehrlichkeit von Bankkunden zu garantieren. Er zieht die Trennlinie zwischen sozial akzeptierten und für die Aufrechterhaltung eines funktionsgerechten Bankverkehrs unabdingbaren Verhaltens dort, wo der Bankangestellte gegen die vom Gesetzgeber erlassenen Schutzgesetze, die der Durchsetzung des Steueranspruchs dienen, verstößt (insbesondere § 154 AO) oder er positive Kenntnis davon hat, daß das getätigte Bankgeschäft der Verschleierung oder Ermöglichung einer Steuerhinterziehung dient⁴¹. Auch in diesen Fällen sei aber nicht ohne weiteres eine Beihilfe gegeben, da Verstöße gegen Legitimations- und Dokumentationspflichten iSv. § 154 Abs. 2 AO für sich gesehen bereits über § 379 Abs.1 Ziffer 2 AO bußgeldrechtlich sanktioniert werden können. Daher mißt er schon aus gesetzessystematischen Gründen solchen Verstößen allenfalls indizielle Wirkung für die Annahme einer Beihilfe zur Steuerhinterziehung von Bankkunden bei⁴². Diese Indizwirkung verneint er jedoch in den – in der Geschäftspraxis der Großbanken häufig vorkommenden – Barzahlungsvorgängen (mit nachfolgender Überweisung) auf das Konto einer ausländischen Bank-Tochter bei der inländischen Muttergesellschaft, denn es gab vor dem Inkrafttreten des Geldwäschegesetzes am 29.11.93 keine rechtliche Verpflichtung der Bank zur Legitimationsprüfung, wenn eine Bareinzahlung auf das Konto eines Dritten zur Überweisung in das Ausland vorgenommen wurde⁴³.

Löwe-Krahl⁴⁴ stellt als Grund für die Straflosigkeit berufstypischer Handlungen nicht auf die Neutralität der Betätigung oder die Einhaltung einschlägiger Normen ab⁴⁵. Vielmehr ist nach Löwe-Krahl das entscheidende Kriterium, hypothetische Kausalverläufe bei äußerlich neutralen Handlungen im Rahmen der objektiven Zurechnung zwischen Verhalten und tatbestandsmäßigem Erfolg zu berücksichtigen⁴⁶. Bei Gehilfenbeiträgen, die weit weg von der eigentlichen Tatbestandshandlung erbracht werden und überall ohne Probleme erhältlich sind, wird keine rechtlich mißbilligte Gefahr für das Rechtsgut geschaffen. Der Berufstätige stellt einen standardisierten Beitrag bereit, der vom Kunden lediglich abgerufen wird. Er verhält sich bei seiner gewöhnlichen beruflichen Tätigkeit wie jemand, der duldet, daß der Täter ihm das notwendige Tatwerkzeug wegnimmt; grundsätzlich haftet er also nur beim Vorliegen einer Garantenstellung⁴⁷.

So muß nach Löwe-Krahl im Fall des Schwarzgeldtransfers ins Ausland sorgfältig je nach Sachverhalt differenziert werden: Hat der Banker lediglich an einer Barzahlung mitgewirkt, bei der der Kunde Schwarzgeld

³⁹ BGH, wistra 1996, S. 184, dazu Achenbach, Stbg 1996, S. 299; Joecks, Inf. 1997, S. 241.

⁴⁰ Kohlmann, Kommentar Steuerstrafrecht, § 370 Rn. 17.8.

⁴¹ Kohlmann, Kommentar Steuerstrafrecht, § 370 Rn. 17.8, Seite 56/3.

⁴² Kohlmann, Kommentar Steuerstrafrecht, § 370 Rn. 17.8, Seite 56/4.

⁴³ Kohlmann, Kommentar Steuerstrafrecht, § 370 Rn. 17.8, Seite 56/5.

⁴⁴ Löwe-Krahl, wistra 1995, S. 201.

⁴⁵ Löwe-Krahl, wistra 1995, S. 201 ff., 205; Löwe-Krahl, Risiken, S. 23, 24.

⁴⁶ Löwe-Krahl, Risiken, S. 115 ff.: so auch Frisch, S. 294.

⁴⁷ Löwe-Krahl, wistra 1995, S. 201 ff., 205.

ohne Namensangabe auf ein Konto einer ausländischen Bank einzahlt, wobei der Vorgang keinerlei Rückschluß auf den Namen des Kunden zuläßt, handelt es sich um einen standardisierten Beitrag im Bereich des Bankgeschäfts, der vom Kunden lediglich abgerufen wird.

Sollte hingegen der Banker dem Kunden den Tip gegeben haben, das Schwarzgeld nicht von seinem Girokonto zu überweisen, damit die Finanz- oder Strafverfolgungsbehörden die Spur nicht verfolgen können, liegt nach Auffassung von Löwe-Krahl eine Beihilfe in Form der Rathilfe vor⁴⁸.

Die schlichte Kenntnis des Bankers davon, daß der Kunde Kapitalbestände und Kapitalerträge nicht versteuern will, läßt den Banker nicht zum Gehilfen werden. Denn insoweit ist es unerheblich, ob der Bankkunde ein Sparbuch bei einer Bank in Deutschland anlegt und sogleich bei der Kontoeröffnung bzw. bei späteren Kontonachträgen erklärt, die Zinserträge nicht versteuern zu wollen. Die Kontoeröffnung als solche oder das Weiterführen dieses Kontos im Inland ist kein strafrechtlich relevantes Vorverhalten (Ingerenz), das den Banker nun zum Garanten zugunsten des Fiskus werden läßt, daß die dort vereinnahmten Beträge versteuert werden. Nichts anderes kann gelten, wenn der Banker dem Kunden hilft, ein Konto im Ausland zu eröffnen bzw. dorthin Geld zu überweisen oder ein Depot zu übertragen. Auch das Abfragen abwicklungstechnischer Formalitäten oder Konditionen durch den Kunden bei dem in Deutschland tätigen Banker ist auf Seiten des Bankers keine Erteilung einer technischen Rathilfe. Denn derartige Informationen, Konditionsvergleiche, Abwicklungsvor- bzw. -nachteile gehören zu den üblichen und sozial adäquaten Aufklärungspflichten jedes Bankers im Rahmen des Geschäftsbesorgungsverhältnisses mit dem Kunden. Diese Konditionen – und Abwicklungsvergleich- kann der Kunde auch weltweit bei jeder Geschäftsbank abfragen. Die Beantwortung derartiger Kundenanfragen macht den Banker auch nicht zum Gehilfen, wenn er weiß, daß der Kunde Steuern hinterziehen will. Erst recht genügt es nicht, wenn der Banker bloß vermutet, daß der Kunde Steuern hinterziehen will. Denn diese äußerlich neutralen Handlungen werden auch nicht durch ein subjektives Wissen des Bankers über die Ziele des Bankkunden strafrechtlich relevant. Denn dann wäre Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit allein das Wissen des Bankers. Die Beihilfe erfordert jedoch nicht nur Wissen, sondern auch ein Wollen der fremden Tat. Die kann nicht einfach unterstellt werden. Es fehlt also typischerweise in diesen Fällen an doppeltem Gehilfenvorsatz. Ein Wissensstrafrecht gibt es im deutschen Strafrecht – mit Ausnahme des § 238 StGB – im Falle eines Untätigbleibens nicht.

10. keine psychische Beihilfe beim zur Tat fest entschlossenen Haupttäter

Zudem kann der fest zur Tat entschlossene Haupttäter nicht mehr in seinem Tatentschluß psychisch bestärkt werden. Die Täter, die also vor dem Transfer nach Luxemburg dieses Kapital und die Erträge hieraus dem Fiskus verschwiegen, konnten durch den Transfer nicht (nachweislich) in diesem Verstärken bestärkt werden. Der Beihilfevorwurf muß jedoch von den Strafverfolgungsbehörden nachgewiesen, d.h. bewiesen und nicht bloß vermutet werden.

⁴⁸ Löwe-Krahl, wistra 1995, S. 201 ff., 206.

11. Fazit und Lösungsansatz

Ruft man sich in Erinnerung, daß der Vorwurf der Beihilfe gegen die Bankmitarbeiter die Eintrittskarte der Steuerfahndung in die Banken war und ist und auf welchem dünnem rechtlichen Eis dieser Vorwurf steht, kann man nur hoffen, daß die Instanzgerichte und insbesondere das Bundesverfassungsgericht die bislang bezogenen Positionen überdenken und statt einem profiskalischen „der Zweck heiligt die Mittel“ diese Vorwürfe der Beihilfe als unhaltbar verabschieden. Abgesehen davon, daß alle Bankmitarbeiter, von denen sich keiner rechtswidrig verhalten wollte, völlig verunsichert und verängstigt sind, ist ein ganzer Berufsstand in Verruf geraten. Zudem ist der Imageschaden, den das Recht erlitten hat, weil von zwei Fällen auf alle Mitarbeiter einer deutschen Großbank und zudem weiter verallgemeinernd gleich auf alle Banken und deren Mitarbeiter geschlossen werden darf, immens. Größer ist allerdings noch der Imageschaden, den der Bankplatz Deutschland durch diese Vorwürfe der Beihilfe der Bankmitarbeiter erlitten hat. Hierbei werden die tatsächlichen Verhältnisse auf den Kopf gestellt: Selbst wenn einige wenige Beihilfe leisteten und wenn viele Steuerpflichtige hinterzogen, so muß sich doch der Staat an die von ihm aufgestellten Verfahrensvoraussetzungen halten und kann nicht einfach die Anforderungen an den strafprozessualen Anfangsverdacht derart herunterschrauben, daß es keine sinnvolle Unterscheidung zu Mutmaßungen oder Vermutungen mehr gibt. Auch kann nicht z.B. das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung bzw. der Geschäftsräume bis zur Sinnlosigkeit verstümmelt werden und die Beihilfevorwürfe derart extensiv ausgeweitet werden. Die Schäden solcher Auslegungen sind schlimmer, als die Steuerschäden.

Verständlich ist allerdings, daß der Fiskus das 1993 und 1994 abgeflossene Kapital und die Erträge hieraus versteuern will. Da wäre allerdings eine Amnestie in Verbindung mit dem Rücktransfer der Gelder und der Anlage in langfristigen festverzinslichen Anleihen z.B. bessere Weg als über Bankdurchsuchungen den Beihilfevorwurf übermäßig zu strapazieren.