

Die Sperrwirkung des § 371 Abs. 2 AO gegenüber Bankmitarbeitern und Bankkunden bei Erscheinen der Steuerfahndung in den sog. Bankenfällen

RA Dr. Jörg Burkhard, Fachanwalt für Steuerrecht, Wiesbaden

- I. Problemstellung
- II. Die Sperrwirkung nach § 371 Abs. 2 Nr. 1a AO
 - 1. Bankmitarbeiter
 - a) Persönlicher Umfang der Sperrwirkung
 - b) Sachlicher Umfang der Sperrwirkung
 - 2. Bankkunden
- III. Die Sperrwirkung nach § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO
- IV. Schlußbemerkungen

I. Problemstellung

Die Durchsuchungen der Steuerfahndungen in Banken gehören seit der ersten Durchsuchung bei einer großen deutschen Geschäftsbank 1994 zum Alltag der Steuerfahnder. Die Presse berichtet fast ununterbrochen über Durchsuchungen irgendwelcher Banken.

Die Selbstanzeige¹ nach § 371 AO ist ein besonderes Institut², das es dem unehrlichen Steuerpflichtigen im Fall einer vorsätzlich oder leichtfertig begangenen Steuerhinterziehung ermöglicht, Straffreiheit zu erlangen³. Voraussetzungen sind erstens die rechtzeitige Berichtigung der unrichtigen Angaben⁴ und zweitens, daß der Steuerpflichtige die sich aus der Berichtigungserklärung⁵ ergebenden Steuern innerhalb einer ihm gesondert zu setzenden strafrechtlichen Frist nachzahlt, § 371 Abs. 3 AO. Fehlt eine der beiden Voraussetzungen, tritt keine Straffreiheit ein⁶.

Die rechtzeitige Berichtigung erfordert, daß vor Eingreifen der Sperrwirkungstatbestände die Selbstanzeige gegenüber dem Finanzamt (zu Beweis Zwecken am besten schriftlich – nur notfalls mündlich) abgegeben wird. Die strafbefreiende Wirkung einer Selbstanzeige ist u.a. dann ausgeschlossen, wenn ein Amtsträger

¹ Der Begriff ist nicht genau genug, denn die eigene Anzeige verhilft nicht zur Straffreiheit. Vielmehr muß neben der Berichtigung auch die Nachzahlung der sich hieraus ergebenden Mehrsteuern erfolgen. Daher ist der Begriff "strafbefreiende Wiedergutmachung" exakter, vgl. Kohlmann, Steuerstrafrecht, Kommentar, Loseblattsammlung, 6. Auflage, Stand: 25. Erg.-Li. September 1997, § 371 RN 2.

² Wannemacher, Steuerberater und Mandant im Steuerstrafverfahren, Bonn 1987, RN 245: Ob es sich hierbei um einen Strafaufhebungsgrund oder um einen Strafausschließungsgrund handelt, kann dahinstehen: Angesichts der gleichen verfahrensrechtlichen Behandlung ist diese Frage nicht praxisrelevant.

³ Wannemacher, a.a.O., RN 245.

⁴ Gast de Haan in Klein, AO-Kommentar, 6. Auflage, § 371 Anm. 3.

⁵ Zum Verhältnis des § 371 zum § 153 AO: Joecks in Franzen/Gast/Joecks, Kommentar zum Steuerstrafrecht, 4. Auflage, § 371 RN 237.

⁶ Kohlmann, a.a.O., § 371 RN 2.

zur Prüfung bereits erschienen ist, § 371 Abs. 2 Nr. 1 a AO⁷. Tritt diese Sperrwirkung für Bankmitarbeiter und Bankkunden ein, wenn ein Fahndungsprüfer in einem Ermittlungsverfahren gegen Bankmitarbeiter wegen des Verdachts der Beihilfe zur Steuerhinterziehung in einer unbekanntem Vielzahl namentlich noch nicht bekannter Fälle in noch nicht bekannter Höhe zu Ermittlungszwecken das Bankgebäude betritt ?

Es kommt eine Sperrwirkung nach § 371 Abs. 2 Nr. 1 a und nach Nr. 2 AO in Betracht.

I. Die Sperrwirkung nach § 371 Abs. 2 Nr. 1 a AO

Zur steuerlichen Prüfung erscheint der Amtsträger, wenn er die ernste Absicht hat, eine Prüfung nach § 371 Abs. 2 Nr. 1 a AO durchzuführen⁸. Dies gilt nicht nur für den Betriebsprüfer, sondern auch für den Fahndungsprüfer⁹. Mit dem Betreten des Bankgebäudes durch den Steuerfahnder liegen die Tatbestandsmerkmale des "Erscheinens des Amtsträgers zur Ermittlung einer Steuerstraftat" im Sinne des § 371 Abs. 2 Nr. 1 a AO vor.

Fraglich ist jedoch der persönliche Umfang der Sperrwirkung. Denn es ist fraglich, ob mit dem Betreten des Bankgebäudes durch den Steuerfahnder eine Selbstanzeige aller Bankmitarbeiter und der Bankkunden ausgeschlossen ist oder nur einige von ihnen mit der Selbstanzeige ausgeschlossen sind.

Der sachliche und persönliche Umfang der Sperrwirkung ist begrenzt¹⁰. Erscheint der Amtsträger bei einem von mehreren Tätern oder Teilnehmern, ist die Selbstanzeige nur bei dem Täter oder Teilnehmer ausgeschlossen, bei dem der Amtsträger erschienen ist (sog. persönlicher Umfang der Sperrwirkung)¹¹. Es ist streitig, ob bei einer betriebsbezogenen Tat nur der Betriebsinhaber bzw. die Geschäftsleitung oder sämtliche beteiligten Mitarbeiter von einer strafbefreienden Selbstanzeige ausgeschlossen sind¹². Teilweise wird auch zwischen noch im Unternehmen tätigen und ausgeschiedenen Betriebsangehörigen differenziert¹³. Einigkeit besteht jedenfalls darüber, daß das Erscheinen des Fahndungsprüfers gegenüber außenstehenden (Mit-)Tätern oder Teilnehmern, d.h. solchen, die nicht oder nicht mehr zum Betrieb gehören, keine Sperrwirkung entfaltet¹⁴. Damit steht zunächst einmal fest, daß eine Sperrwirkung gegenüber den außenstehenden Bankkunden wegen des Erscheinens der Steuerfahndung in der Bank nicht entsteht¹⁵. Gleiches gilt für ausgeschiedene Bankmitarbeiter¹⁶.

⁷ Spörlein/Dörn, Steuerrecht von A bis Z, Loseblattsammlung, Stand: 4. Ergänzungslieferung Oktober 1994, "Selbstanzeige" Rz 12; Burkhard, wistra 1998, 216 ff., 256 ff.

⁸ Ausführlich zur Sperrwirkung des § 371 Abs. 2 Nr. 1 a AO: Burkhard, wistra 1998, 216 ff., 256 ff.

⁹ Kohlmann, a.a.O., § 371 RN 120

¹⁰ Kohlmann, a.a.O., § 371 RN 127.

¹¹ Joecks in Franzen/Gast/Joecks, § 371 RN 148 m.w.N.

¹² Joecks in Franzen/Gast/Joecks, a.a.O.

¹³ Joecks in Franzen/Gast/Joecks, a.a.O.

¹⁴ Joecks in Franzen/Gast/Joecks, § 371 RN 148 m.w.N.; Kohlmann, a.a.O., § 371 RN 127.

¹⁵ Ebenso: Feldhausen, PStR 1998, 45; Bilsdorfer, Die Information über Steuern und Wirtschaft, 1995, 6.

¹⁶ Kohlmann, a.a.O., § 371 RN 128.

a) Bankmitarbeiter

Der Gesetzgeber hat im Fall des § 371 Abs. 2 Nr. 1 a AO für das Ende der Selbstanzeigemöglichkeit auf den Beginn der sich konkretisierenden Entdeckungsgefahr abgestellt¹⁷. Zur Vermeidung von strafrechtlich unerwünschten Unsicherheiten bei der Abgrenzung von wirksamer zur unwirksamen Selbstanzeige hat der Gesetzgeber diese Entdeckungsgefahr als objektiviertes Kriterium in Form des Erscheinens des Amtsträgers als unwiderlegliche Vermutung typisiert¹⁸.

aa) persönlicher Umfang der Sperrwirkung

Zweifelhaft ist jedoch, ob eine Sperrwirkung nach § 371 Abs. 2 Nr. 1 a AO gegenüber allen noch in dieser Bank beschäftigten Bankmitarbeitern mit dem Erscheinen der Fahndungsprüfer eintritt. In der Literatur wird bei Betriebsprüfungen auf den Einzelfall abgestellt¹⁹ bzw. auch noch eine Selbstanzeige eines Betriebsangehörigen während der Außenprüfung für möglich gehalten²⁰. Zutreffend stellt *Joecks* darauf ab, ob der Betreffende, der die Selbstanzeige erstattet, zum Zeitpunkt der Abgabe seiner Berichtigungserklärung Kenntnis von dem Beginn der Betriebsprüfung hat²¹. Denn das "Erscheinen" setzt schon begrifflich eine Verbindung zur persönlichen Sphäre des Steuerpflichtigen²² im Sinne von "ankommen und objektiv²³ wahrnehmbar sein" voraus²⁴. Fraglich ist, inwieweit diese für Betriebsprüfungsverfahren entwickelten Grundsätze auf das Erscheinen eines Amtsträgers zur Ermittlung einer Steuerstraftat nach § 371 Abs. 2 Nr. 1 a AO in den Bankenfällen entsprechende Anwendung finden können.

Auszugehen ist von dem Grundgedanken, daß nur derjenige, der keine Kenntnis von der Entdeckungsgefahr hat, sich die Straffreiheit noch verdienen können soll²⁵. Denn der, der Kenntnis von dem Prüfungs- oder Fahndungsbeginn hat, soll ab dem typisierten Zeitpunkt (Betreten des Grundstücks durch den Betriebs- oder Fahndungsprüfer in Prüfungsabsicht) sich den persönlichen Strafaufhebungsgrund nicht mehr verschaffen können, weil hier in Anbetracht der hohen

¹⁷ Kohlmann, a.a.O., § 371 RN 127 m.w.N.

¹⁸ OLG Düsseldorf BB 1982, 544 = wistra 1982, 119; Kohlmann, a.a.O., § 371 RN 135.

¹⁹ Kohlmann, a.a.O., § 371 RN 129.

²⁰ Engelhardt in HHSp, § 371 RN 222.

²¹ Joecks in Franzen/Gast/Joecks, § 371 RN 148.

²² V. Briel/Ehlscheid, Steuerstrafrecht, S. 187.

²³ Nicht entscheidend ist, daß der Steuerpflichtige den Betriebs- bzw. Fahndungsprüfer auch tatsächlich wahrnimmt, d.h. sieht; V. Briel/Ehlscheid, Steuerstrafrecht, S. 185. Denn dann hätte es der Steuerpflichtige selbst in der Hand, durch Wegschauen oder Schließen der Augen den Zeitpunkt des Erscheinens subjektiv zu beeinflussen und so den Zeitpunkt des Beginns der Sperrwirkung zu verschieben. Bei Blinden könnte ein Betriebs- bzw. Fahndungsprüfer nicht erscheinen, wenn es auf die optische Wahrnehmung ankäme. Daher ist der Entscheidung des OLG Stuttgart, die darauf abstellt, daß der Betriebsprüfer ins Blickfeld des Steuerpflichtigen kam, nicht zu folgen; OLG Stuttgart NSTZ 1989, 436 = MDR 1989, 1017.

²⁴ Erschienen ist der Amtsträger, sobald er das Grundstück des Steuerpflichtigen in Prüfungsabsicht betreten hat, Joecks in Franzen/Gast/Joecks, a.a.O., § 371 Rn 138.

²⁵ Joecks in Franzen/Gast/Joecks, a.a.O., § 371 RN 18 ff., 21 und ders., § 371 RN 129 f. m.w.N.

Entdeckungsfahr keine Freiwilligkeit bzw. belohnenswerte Aktivität des Steuerpflichtigen vorliegt.

Für die Annahme einer solch hohen Entdeckungsfahr und somit für die Annahme einer Sperrwirkung nach § 371 Abs. 2 Nr. 1 a AO spricht in den Bankfällen, daß sich mit dem Erscheinen des Betriebs- bzw. Fahndungsprüfers für sämtliche an der Tat Beteiligte das Entdeckungsrisiko so stark erhöht hat, daß man eine in diesem Moment noch abgegebene Selbstanzeige eines Bankmitarbeiters nicht mehr als eine originäre Wiedergutmachungsleistung ansehen kann²⁶. Damit wird man aber bei einer Fahndungsdurchsuchung wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung der Bankmitarbeiter bei einer unbekanntem Vielzahl von namentlich noch nicht bekannten Bankkunden davon ausgehen können, daß allerdings nur die Bankmitarbeiter von einer strafbefreienden Selbstanzeige ausgeschlossen sind, auf die der im Durchsuchungsbeschluß beschriebene Lebenssachverhalt paßt. Insoweit ist die Umgrenzungsfunktion des im Durchsuchungsbeschluß beschriebenen Lebenssachverhaltes das entsprechende Gegenstück zur Außenprüfungsanordnung bei der Betriebsprüfung. Die Sperrwirkung entsteht danach also nur bei den Bankmitarbeitern, die den im Durchsuchungsbeschluß genannten Tatvorwurf hinsichtlich Steuerart, Veranlagungszeitraum und Begehungsform überhaupt verwirklicht haben können, also mit der Beratung bzw. Durchführung der verfahrensgegenständlichen Luxemburg- bzw. Schweizfälle in dem im Durchsuchungsbeschluß genannten Zeitraum innerhalb der Bank betraut waren. Denn nur sie haben letztlich mit einer Durchsuchung ihrer Unterlagen zu rechnen. Nur bei ihnen besteht die stark erhöhte Entdeckungsfahr. Nur bei diesen Bankmitarbeitern kann sich die Entdeckungsfahr wegen einer Beihilfe zu einer Steuerstraftat in dem Maße konkretisiert haben, daß sie sich die strafbefreiende Wirkung einer Selbstanzeige nicht mehr verdienen können²⁷.

bb) sachlicher Umfang der Sperrwirkung

Bei einer Betriebsprüfung sind nur die im Betriebsprüfungsbericht genannten Steuerarten und Veranlagungszeiträume nach Erscheinen des Betriebsprüfers gesperrt (sachlicher Umfang der Sperrwirkung). Denn nur die bei der Prüfung typischerweise in Ausführung der Prüfungsanordnung entdeckungsgefährdeten Veranlagungszeiträume und Steuerarten können nach Erscheinen des Betriebsprüfers nicht mehr Gegenstand einer strafbefreienden Selbstanzeige sein²⁸. Sinngemäß gleiches muß dann aber auch bei der Fahndungsdurchsuchung gelten, bei der der Durchsuchungsbeschluß der Prüfungsanordnung entspricht. Aus dem Durchsuchungsbeschluß ist daher der maßgebende sachliche Prüfungsstoff zu entnehmen, für den hinsichtlich der Selbstanzeige sich dann die Entdeckungsfahr beim Erscheinen der Steuerfahnder konkretisiert. Der Kreditsachbearbeiter, Firmenkunden- oder Privatkundenbetreuer, der Kassierer, Filialleiter

²⁶ Franzen/Gast/Joecks, § 371 RN 148.

²⁷ Gleichwohl können sich diese Bankmitarbeiter durch eine verunglückte Selbstanzeige bzw. die aktive Mitwirkung bei der Aufklärung Strafmilderungsgründe verdienen. Mit dem Verteidiger ist hier zu überlegen, ob eine rasche verunglückte Selbstanzeige oder ein späterer Deal mit der Strafverfolgungsbehörde die richtige Maßnahme ist.

²⁸ Kohlmann, a.a.O., § 371 RN 127.

oder die Bankmitarbeiter der internen Stabsabteilungen sind von der sachlichen Sperrwirkung nicht erfaßt. Denn gegen Sie besteht nicht einmal ein Anfangsverdacht. Sie waren mit der Beratung und der Abwicklung der Luxemburg- bzw. Schweizfälle in dem strafrechtlich relevanten Zeitraum nicht betraut. Der Anfangsverdacht kann nur hinsichtlich der Bankmitarbeiter bestehen, die nach den kriminalistischen Erkenntnissen mit Anlagegeschäften im Ausland, insbesondere in den jeweiligen Ländern bislang beruflich befasst waren. Dabei genügt nicht die Tatsache, daß z.B. bei anderen Banken auch einzelnen anderen Beratern, die nicht unmittelbar in der Vermögensberatung bzw. Anlageberatung tätig gewesen waren, eine Beihilfe zur Steuerhinterziehung vorgeworfen wurde. Denn es kommt auf den konkreten Verdacht im Einzelfall an.

Die Sperrwirkung kann bei den Bankmitarbeitern, die nicht in der Anlageberatung tätig sind, nur durch eine Tatentdeckung im Einzelfall nach § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO oder durch die Bekanntgabe der Einleitung eines Strafverfahrens nach § 371 Abs. 2 Nr. 1 b AO entstehen.

Ebenso entsteht durch das Erscheinen der Steuerfahndung in den Geschäftsräumen der Bank keine Sperrwirkung nach § 371 Abs. 2 Nr. 1 a AO hinsichtlich des Wertpapierberaters, soweit er vor oder nach dem im Durchsuchungsbeschluß genannten Zeitraum in der Effektenberatung bezüglich der Geldanlage in Luxemburg oder der Schweiz gewesen tätig war.

Hinsichtlich des sachlichen Umfangs der Sperrwirkung sind bei den von der Sperrwirkung betroffenen Effektenberatern nur Selbstanzeigen wegen der Beihilfe zur Steuerhinterziehung wegen der im Durchsuchungsbeschluß beschriebenen abstrakten Tat bzw. des konkreten Lebenssachverhaltes ausgeschlossen. In den typischen Luxemburg- bzw. Schweizfällen²⁹ ist daher beispielsweise eine Selbstanzeige in dem im Durchsuchungsbeschluß genannten Zeitraum wegen Beihilfe des Bankmitarbeiters zu einer Grunderwerbsteuerhinterziehung eines Dritten ebenso strafbefreiend möglich wie eine Selbstanzeige wegen einer eigenen Einkommensteuerhinterziehung des Effektenberaters. Auch die Beihilfe zu einer Steuerhinterziehung im Zusammenhang mit Einkünften aus anderen Ländern ist noch straffrei möglich. Denn der Durchsuchungsbeschluß konkretisiert den Tatverdacht. Geht es um die sog. Luxemburgfälle, wird auch nur danach gesucht. Alle anderen Beihilfehandlungen zu Steuerhinterziehungen aus anderen Ländern wären Zufallsfunde nach § 108 StPO³⁰. Daher kann sich insoweit die Entdeckungsfahr durch den Durchsuchungsbeschluß nicht erhöht haben. Daher kann sich der Bankmitarbeiter hinsichtlich derartiger Beihilfehandlungen zu Sachverhalten, die nicht im Durchsuchungsbeschluß erwähnt sind, noch eine

²⁹ Den Bankmitarbeitern wird in den typischen Luxemburg- und Schweizfällen vorgeworfen, durch bewußte Verschleierung des Kapitalverkehrs in das Ausland mittels weitgehender Anonymisierung der Vorgänge ("Transfer möglichst ohne Hinterlassung einer Papierspur") Hilfe zur Hinterziehung von Steuern geleistet zu haben, vgl. vertrauliches Schreiben des Parlamentarischen Staatssekretärs Hauser beim BMF -IV A 5-S1900-96/98- vom 07.11.1996, abgedruckt bei Flore in Flore/Dörn/Gillmeister, Steuerfahndung und Strafverfahren, 1997, S. 164.

³⁰ Gemäß § 108 Abs. 1 StPO können allerdings Zufallsfunde von den Durchsuchungsbeamten beschlagnahmt werden, vgl. Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 1997, RN 278.

Straffreiheit durch eine Selbstanzeige nach Erscheinen der Steuerfahndung verdienen.

Insoweit ist die Sperrwirkung durch einen Durchsuchungsbeschluß enger und präziser zu fassen als die Sperrwirkung, die durch eine Betriebsprüfungsanordnung entsteht. Dies folgt aus den unterschiedlichen Ansatzpunkten des Steuerrechts bzw. des Steuerstrafrechts: Die Prüfungsanordnung im Steuerrecht will die vollständige Überprüfung einer Steuerart über einen bestimmten Zeitraum (i.d.R. 3 Jahre, § 4 Abs. 3 Satz 1 BPO) festlegen³¹. In einem steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren ist der konkrete Anfangsverdacht darzustellen. Die pauschale Behauptung, daß der Steuerpflichtige verdächtig sei, in einem bestimmten Zeitraum beispielsweise Einkommensteuer hinterzogen zu haben, genügt nicht³². Denn es muß sich aus dem Durchsuchungsbeschluß der konkrete Lebenssachverhalt, aus dem der Anfangsverdacht resultiert, entnehmen lassen. Damit wird der Ausschlußtatbestand aber entsprechend konkret gefaßt. Nun könnte man zwar als Strafverfolgungsbehörde auf die Idee kommen, den Lebenssachverhalt möglichst abstrakt und weit zu fassen und den Luxemburgfall lediglich als Beispiel aufzuführen³³. Ein solcher Durchsuchungsbeschluß wäre jedoch insoweit rechtswidrig, weil kein Anfangsverdacht für die Beihilfehandlung hinsichtlich der Steuerhinterziehung von Kapitalerträgen aus anderen Ländern zum Zeitpunkt der Beantragung des Durchsuchungsbeschlusses bestünde. Ein solcher rechtswidriger Durchsuchungsbeschluß wäre keine taugliche Grundlage für die Festlegung der Sperrwirkung³⁴. Im Zweifel müßte die Strafverfolgungsbehörde beweisen, daß ein Anfangsverdacht auch hinsichtlich anderer Beihilfehandlungen bestand. Selbstverständlich kann derartiger Beweis nur durch konkrete Anhaltspunkte, die zeitlich vor der Beantragung des Durchsuchungsbeschlusses zur Ermittlungsakte gelangt sein müssen, geführt und nicht etwa durch die erst im Rahmen der Durchsuchung gefundenen Unterlagen im Nachhinein bestätigt werden. Somit entfalten nur Selbstanzeigen seitens mit der Anlageberatung betrauter Bankmitarbeiter bezüglich des konkret im Durchsuchungsbeschluß beschriebenen Lebenssachverhaltes (Steuerart, Veranlagungszeitraum, Begehungsform) nach dem Betreten der Geschäftsräume der Bank durch die Steuerfahndung keine strafbefreiende Wirkung mehr³⁵. Im übrigen wirken Selbstanzeigen aber noch strafbefreiend.

b) Bankkunden

³¹ Vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur AO und FGO, Loseblattsammlung, Stand: 160. ErgLi. Juli 1999, § 194 AO, RN 154.

³² Spörlein/Dörn, a.a.O., "Beschlagnahme", RN 7.

³³ Der Vorwurf könnte dahingehend lauten, daß "Beihilfe zur Steuerhinterziehung von Kapitalerträgen aus anderen europäischen Staaten, wie z.B. Luxemburg, Schweiz, Liechtenstein, Österreich u.a." geleistet worden sei.

³⁴ Ebenso für den Fall, daß eine Betriebsprüfungsanordnung rechtswidrig ist und erfolgreich angefochten wird: Spörlein/Dörn, a.a.O., "Selbstanzeige", Rz. 16

³⁵ Allerdings führt eine verspätete Selbstanzeige nach Vorliegen eines Sperrwirkungstatbestandes im Sinn des § 371 Abs. 2 AO zu einer erheblichen Strafmilderung; BGH Urteil vom 30.01.1979, 4 StR 820/78; Tröndle/Fischer, § 46 RN 27. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Täter außerdem seiner Nachzahlungspflicht genügt, OLG Köln, ZfZ 1958, 87; Kohlmann, a.a.O., § 371 RN 162.1.

Strafbefreiende Selbstanzeigen sämtlicher Bankkunden sind zum Zeitpunkt der Fahndungsdurchsuchung der Bank noch möglich. Denn die Fahndungsprüfer sind nicht bei den Kunden erschienen. Das Erscheinen der Fahnder in der Bank bewirkt keine Sperrwirkung gegenüber den Bankkunden nach § 371 Abs. 2 Nr. 1 a AO. Erst wenn deren Taten entdeckt sind, wäre die Selbstanzeige nicht mehr strafbefreiend, § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO, was zum Zeitpunkt des Erlasses des Durchsuchungsbeschlusses gegen die Bank wegen des Beihilfeverdachts zur Steuerhinterziehung noch nicht der Fall ist, weil der Vorwurf nur unkonkret auf Beihilfe zu einer unbekanntem Vielzahl namentlich noch nicht bekannter Steuerhinterziehungsfälle lautet und sich nur gegen Bankmitarbeiter richtet. Ebenso hätte die Selbstanzeige keine strafbefreiende Wirkung mehr, wenn die Steuerfahndung bei den betreffenden Steuerpflichtigen erscheint, § 371 Abs. 2 Nr. 1 a AO, was jedoch erst nach Auswertung der bei der Bank ermittelten Sachverhalte erfolgt, so daß zum Zeitpunkt der Bankdurchsuchung jedenfalls noch keine Sperrwirkung gegenüber den Bankkunden vorliegt.

2. Die Sperrwirkung nach § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO

Straffreiheit tritt nicht ein, wenn die Tat im Zeitpunkt der Berichtigung, Ergänzung oder Nachholung ganz oder zum Teil bereits entdeckt war und der Täter dies wußte oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen mußte, § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO.

Eine Tat ist dann entdeckt, wenn der objektive und subjektive Tatbestand der Steuerhinterziehung dem Finanzamt³⁶ bekannt ist. Ein bloßer Anfangsverdacht im Sinn des § 152 Abs. 2 StPO genügt also für die Tatentdeckung nicht³⁷. Entdeckt ist somit eine Tat nicht schon dann, wenn Tatsachen bekannt werden, die zur Einleitung von Ermittlungen Anlaß geben. Denn der Anfangsverdacht, der ursächlich für eine Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ist, erfordert bloß, daß Indizien vorliegen, nach denen eine Verurteilung als möglich erscheint³⁸, während die Tatentdeckung erfordert, daß vom Finanzamt die strafrechtliche Bedeutung der Angelegenheit erkannt worden ist, d.h. nicht nur objektiv ein steuerlicher Fehler festgestellt, sondern auch zur subjektiven Tatseite für eine Strafbarkeit sprechende Anhaltspunkte festgestellt sind³⁹. Dies bedeutet, daß die Tat erst dann entdeckt ist, wenn Anhaltspunkte ermittelt sind, die eine vorläufige Tatbewertung im Sinne der Wahrscheinlichkeit eines verurteilenden Erkenntnis-

³⁶ Bei einer Entdeckung durch eine andere Behörde oder durch Privatpersonen ist darauf abzustellen, ob damit zu rechnen ist, daß diese ihre Kenntnisse an die zuständige Finanzbehörde weitergeben worden sind oder nicht, Gast-de Haan in Klein, a.a.O., § 371 Anm. 8.

³⁷ BGH NSTZ 1983, 415; BGH NSTZ 1985, 126; Gast-de Haan in Klein, a.a.O., § 371 Anm. 8; V. Briel/Ehlscheid, a.a.O., § 2 RN 140 f.

³⁸ V. Briel/Ehlscheid, a.a.O., § 3 RN 227; Kleinknecht/Meyer-Goßner, a.a.O., § 152 RN 4; Kühn NJW 1979, 617, 622; Von der Vermutung unterscheidet sich der Anfangsverdacht dadurch, daß er auf tatsächlichen Anhaltspunkten basiert, die mehr als nur eine rein theoretische Möglichkeit, wenn auch (noch) zweifelhafte Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung ergeben, Kleinknecht/Meyer-Goßner, a.a.O., § 152 RN 4

³⁹ V. Briel/Ehlscheid, a.a.O., § 2 RN 142.

ses ermöglichen⁴⁰. Danach ist Tatentdeckung deutlich mehr als ein bloßes Verdachtschöpfen⁴¹. Eine Entdeckung liegt erst vor, wenn bei vorläufiger Tatbewertung eine Verurteilung des Betroffenen nicht nur möglich, sondern wahrscheinlich ist⁴². Andererseits soll aber auch nicht volle Gewißheit erforderlich sein⁴³. Somit genügt es nicht, daß die Strafverfolgungsbehörden den Verdacht schöpfen, daß eine bestimmte Anzahl noch namentlich unbekannter Bankkunden Steuerhinterziehungen begangen haben. Erforderlich ist zunächst das Fixieren auf einen bestimmten Bankkunden. Denn die Tatentdeckung meint die tatsächliche, positive Kenntnis einer Tat oder zumindest eine überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung wegen einer Tat im Sinn des § 264 StPO. Der Lebenssachverhalt kann aber nicht pauschal ohne Zusammenhang mit einem konkreten Beschuldigten im Raum stehen. Darüber hinaus kann aus der Kenntnis der Anlage in Luxemburg oder in der Schweiz nicht geschlossen werden, daß die dort erzielten Erträge nicht versteuert wurden. Tatentdeckung liegt vielmehr erst dann vor, wenn ein Abgleich mit den konkreten Steuerakten erfolgte. Dafür muß der Bankkunde namentlich bekannt sein und eine Rückfrage beim Veranlagungsbezirk über seine entsprechende Steuererklärung in dem betreffenden Jahr erfolgen. Ob es daher einen Anfangsverdacht bei Steuerhinterziehungen gegen "Unbekannt" geben kann, erscheint zumindest bei diesen Konstellationen zu verneinen zu sein. Bei dem Betreten der Bankräumlichkeiten sind jedenfalls die Kunden noch nicht einmal namentlich bekannt. Erst recht besteht kein Anfangsverdacht gegen bestimmte Kunden, geschweige denn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung einer bislang ermittelten möglichen Tat eines Kunden. Mangels Haupttat kann auch keine Beihilfe vorliegen. Der Durchsuchungsbeschluß und der Anfangsverdacht beruhen in den typischen Bankenfällen nur auf der Vermutung (anders lag der CISAL-Fall⁴⁴), die Bankmitarbeiter hätten Beihilfe zur Steuerhinterziehung einiger Kunden begangen, weil man ähnliche Verdachtsmomente bei anderen Banken gefunden hatte. Ob ein Anfangsverdacht wegen des Verdachts der institutionalisierten Beihilfe tatsächlich vorliegt, erscheint indes sehr zweifelhaft. Denn die Mitwirkung der Bankangestellten beschränkt sich auf die Zurverfügungstellung einer Überweisung ins Ausland. Die Nutzung dieser Überweisungsmöglichkeit ist aber rechtlich zulässig und aus Banksicht ist diese Zurverfügungstellung von Überweisungen zu anderen Bankinstituten im Ausland banküblich. Allein die falsche Angabe in der Steuererklärung (KSO) durch den Bankkunden ist strafbar. Hierbei leistet der

⁴⁰ BGH wistra 1985, 74; BGH wistra 1993, 227; Gast-de Haan in Klein, a.a.O., § 371 Anm. 8.

⁴¹ BGH wistra 1983, 197, HHSp § 371 RN 244; Leise, § 371 RZ 39, Joecks in Franzen/Gast/Joecks, a.a.O., § 371 RN 184.

⁴² Gast de Haan in Klein, a.a.O., § 371 Anm. 8.

⁴³ RGSt 71, 243; Gast de Haan in Klein, a.a.O., § 371 Anm. 8; Joecks in Franzen/Gast/Joecks, a.a.O., § 371 RN 187, Bilsdorfer BB 82, 672 m.w.N.

⁴⁴ Im CISAL-Fall hatte ein Mann versucht eine Bank damit zu erpressen, daß er eine Liste mit Namen (CISAL-Liste) an die Steuerfahndung geben werde, die eine Vielzahl von Kundennamen mit möglicherweise schwarzen Konten in Luxemburg beinhalte, wenn die Bank nicht bestimmte Forderungen ihm erfülle. Die Bank zeigte den Erpresser an, der zu einer mehrjährigen Haftstrafe verurteilt wurde. Die bei ihm gefundene Liste wurde seitens der anklagenden Staatsanwaltschaft an die zuständige Steuerfahndung zwecks Auswertung und Überprüfung weitergegeben; Joecks, Praxis des Steuerstrafrechts, S. 8.

Bankmitarbeiter jedoch keinen Tatbeitrag⁴⁵. Fraglich bleibt damit nur noch, ob die verschleiernenden Maßnahmen durch die Bankmitarbeiter das bis dahin zulässige Verhalten strafrechtlich relevant werden lassen. Die zulässige Überweisung eines Geldbetrages wird jedoch nicht dadurch zur Beihilfehandlung zu einer rechtswidrigen Haupttat, weil der Transfer verschleiern vorgenommen wird. Denn wenn der Transfer zulässig ist, macht ihn das nicht verbotene Verschleiern nicht zu einer strafrechtlich relevanten Beihilfe. Mit anderen Worten: Wenn ich bei grün über die Straße gehen darf, wird mein Gehen bei grün nicht deswegen strafbar, weil ich heimlich, vermurmt oder nur im Dunkeln bei grün über die Straße gehe. Eine andere Frage ist es jedoch, ob durch das Verheimlichen eine bloße Vermutung oder ein Anfangsverdacht einer Straftat ins Leben gerufen wird. Denn insoweit könnte man argumentieren, daß nur der, der etwas zu verbergen hat, dies auch heimlich tut und der, der nichts zu befürchten hat, offen und unverhohlen dies tun kann. Dies besagt jedoch noch nicht, daß er dies auch offen und unverhohlen tun muß. Zweifel bleiben daher, ob selbst durch das rechtlich zulässige heimliche Transferieren von Geldern oder Depots ins Ausland durch Bankmitarbeiter eine Beihilfe zur Steuerhinterziehung, d.h. zur falschen Abgabe einer fremden Steuererklärung sein kann. Es bliebe da nur die psychische Unterstützung des Haupttäters, der sich durch diese Auslandsanlage nun sicher(er) oder ermutigt sehen müßte, eine falsche Steuererklärung – nämlich unter Weglassung der im Ausland nicht ermittelbaren Kapitaleinkünfte abzugeben. Gerade dies ist jedoch nicht der Fall. Denn wie die Praxis zeigt, sind die nach Luxemburg oder in die Schweiz abgeflossenen Gelder in Deutschland zuvor in ebenfalls unversteuerten Tafelpapieren angelegt – also genauso hinterzogen worden. Aus Sicht der Bankkunden und des Finanzamtes sind daher dieselben Beträge dem Fiskus unbekannt geblieben. Nicht die Anlage im Ausland war also Motiv für die Steuerhinterziehung. Auch haben sich die Bankkunden hierbei nicht sicher(er) gefühlt.

Es war lediglich eine Art Umschichtung von einer schon vorher unversteuerten Anlageart (Tafelpapiere) in Auslandsdepots (in Luxemburg oder in der Schweiz). Wer hier eine Beihilfe der Bankmitarbeiter behauptet verkennt, daß bereits schon früher der Entschluß (und die Ausführung) der Bankkunden bestand, diese Beträge und die daraus erzielten Kapitalerträge nicht zu versteuern. Es handelt sich bei den Umschichtungsfällen auch nicht um Einzelfälle. Denn wären die Beträge vorher im Inland erklärt worden und erst dann im Rahmen der Einführung der Zinsabschlagsteuer zum 01.01.1993 nach Luxemburg geflossen, wären riesige Beträge noch in der Einkommensteuererklärung 1992 und Vermögensteuererklärung auf den 01.01.1992 erklärt worden und dann diese Erträge bzw. Salden ab 1993 verschwunden. Dies hätte zu erheblichen Nachfragen geführt. Die Behauptung mehrerer hunderttausend DM oder gar Millionen privat verbraucht zu haben wäre nicht glaubhaft gewesen, so daß die Steuerfahndung dann nicht den Umweg über den Anfangsverdacht gegen die Bankmitarbeiter wegen des vermeintlichen Verdachts der Beihilfe zu einer fremden Steuerhinterziehung hätte kreieren müssen: Die Veranlagungsbezirke hätten die Fälle des Kapitalschwundes nur den Steuerfahndungsstellen mitteilen müssen und diese

⁴⁵ Burkhard, Vermögen & Steuern, Heft 4/1999, S. 22; zustimmend: Burhoff, PStR 1999, 126 und ders., PStR 1999, 148.

hätten dem Hinweis folgend einen Anfangsverdacht einer Steuerhinterziehung bei auffällig großem Kapitalschwund verfolgen können. Daß solche Fälle nicht bekannt wurden liegt eben genau daran, daß diese Beträge auch schon vor Einführung der Zinsabschlagsteuer dem Fiskus nicht erklärt wurden, es also keinen Kapitalschwund gab, der den Finanzämtern hätte auffallen können. Dies bestätigt, daß die Luxemburg- und Schweizeranleger nicht erst durch die Beratung oder den verschleiernenden oder unverschleiern Transfer nach Luxemburg oder in die Schweiz das Kapital und die Erträge daraus dem Fiskus verschwiegen, sondern dies auch vorher schon in gleichem Umfang der Fall war. Die Bestärkung des Hinterziehungsvorsatzes bei den Bankkunden durch eine vermeintlich sichere(re) Anlageform im Ausland müßte jedoch durch die Strafverfolgungsbehörden nachgewiesen werden. Dies kann und wird jedoch nicht gelingen, denn die Bankkunden hätten – wäre die Möglichkeit die Gelder im Ausland mit damals teilweise attraktiveren Zinsen als im Inland anzulegen nicht gegeben gewesen, weiterhin Tafelpapiere erworben und auf die althergebrachte Weise die Steuern hinterzogen. Wie sich also nun ein Anfangsverdacht hinsichtlich einer Beihilfe zu einer fremden Steuerhinterziehung gerade aus der banküblichen Zurverfügungstellung von Überweisungen ergeben soll, ist danach nicht nachzuvollziehen⁴⁶. Daß diese Transfers ins Ausland und insbesondere das verheimlichende Transferieren stets als kriminalistischer Aufhänger für einen Anfangsverdacht nach Auffassung der Strafverfolgungsbehörden ausreichen, erscheint daher mehr als nur fraglich⁴⁷ und zeigt andererseits den erschreckend niedrigen Stellenwert des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG, der ebenso für Geschäftsräume gilt⁴⁸. Gesichert ist jedoch, daß selbst mit der Bejahung des Anfangsverdacht ohne Abgleich mit der Steuererklärung des Bankkunden noch keine Entdeckung im Sinne des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO vorliegt.

Denn zur Tatbestandsentdeckung ist sodann erforderlich, daß die Steuererklärungen des betreffenden Bankkunden durch die Strafverfolgungsbehörde daraufhin überprüft werden, ob er die vereinnahmten Zinserträge versteuert hatte. Diese Überprüfung erscheint einfach und das Ergebnis klar, wenn der Bankkun-

⁴⁶ Zustimmend: Burhoff, PStR 1999, 126; derselbe, PStR 1999, 148.

⁴⁷ Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG WM 1994, 691 ff.) hat zu den Voraussetzungen einer Durchsuchungsanordnung bei einer großen deutschen Geschäftsbank es als verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden angesehen, daß der Anfangsverdacht seitens der Strafverfolgungsbehörde darin gesehen wurde, daß die Organisation der Bank und ihre luxemburgische Tochter systematisch und in groß angelegtem Stil zu Hilfeleistungen bei der Hinterziehung von Einkommen- und Vermögensteuer mißbraucht wurden. Ein Anfangsverdacht begründe in den Luxemburg-Fällen (entsprechendes gilt für die Schweiz-Fälle) aus drei Gründen: Erstens daß es im Staat Luxemburg ein gesetzlich verankertes Bankgeheimnis gebe, das die Verschwiegenheitspflicht deutscher Bankangestellter, die sich in Deutschland nur aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen Bank und Kunde, nicht aber aus Gesetz ergäbe, bei weitem übertreffe; zweitens, daß der Staat Luxemburg eine Zinsabschlagsteuer im Gegensatz zu Deutschland nicht kenne, in der Vermögenswerte, die bei Banken angelegt würden, im Wege der sog. Quellensteuer zu versteuern seien. Drittens sei allgemein bekannt, daß nach Einführung dieser Zinsabschlagsteuer Kapital aus Deutschland in verstärktem Maße gerade nach Luxemburg transferiert und dort angelegt worden sei; vgl. OLG Frankfurt/M., wistra 1996, 159. Zur Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG: Leisner BB 1994, 1941 ff. m.w.N., Trzaskalik, DB 1994, 550 f.

⁴⁸ BVerfG NJW 1971, 299; v. Münch, GG-Kommentar, Bd. 1, 2. Auflage, Art 13 RN 10; BVerfG NJW 1995, 2839; OLG Düsseldorf MDR 1991, 78; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO-Kommentar, 44. Auflage, § 102 RN 2.

de keine oder nur geringere Zinseinkünfte erklärte, als ihm nach den Bankunterlagen zugeflossen waren. Aber auch hier könnten Bedenken gegen die Tat des Bankkunden angebracht sein: Gehört das Geld dem Bankkunden allein? Ist er vielleicht (teilweise) Treuhänder? Handelte er vorsätzlich? Da jedoch keine völlige Gewißheit über die Tat erforderlich ist, hindern solche möglichen, aber zunächst unwahrscheinlichen, theoretischen Zweifel nicht die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung des Beschuldigten nach dem bis dahin ermittelten Sachverhalt⁴⁹. In einem solchen Fall bloßer theoretischer oder zunächst sehr unwahrscheinlicher, aber möglicher Zweifel ist von einer Tatentdeckung im Sinn des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO auszugehen.

Für die Bejahung der Tatentdeckung, die eine überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung voraussetzt, ist auch erforderlich, daß die Erkenntnisse nicht aufgrund rechtswidriger Ermittlungsmaßnahmen entdeckt wurden und insbesondere deswegen kein Verwertungsverbot besteht. Denn eine Verurteilung ist nicht möglich, wenn die Fakten, die die Tatentdeckung begründen sollen, nicht verwertet werden dürfen⁵⁰. Die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Durchsuchungsbeschlusses⁵¹ wird damit häufig wieder in den Vordergrund treten⁵². Denn ein rechtswidriger Durchsuchungsbeschuß kann den Grundrechtseingriff in Art 13 GG nicht rechtfertigen⁵³, was zu einem Verwertungsverbot führt. Daher ist die oben dargestellte Frage der Rechtmäßigkeit des Durchsuchungsbeschlusses absolut wichtig für die Frage, ob die Durchsuchung und die daraus gewonnenen Erkenntnisse rechtmäßig erfolgten oder nicht. Im Zweifel sollte eine Selbstanzeige abgegeben und schriftlich Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschuß gemäß §§ 304, 306 Abs. 1 StPO⁵⁴ eingelegt werden⁵⁵. Hat die

⁴⁹ BGH wistra 1983, 197; BGH wistra 1985, 74 m. Anm. Blumers, wistra 1985, 85 und Brauns StV 1985, 325; BGH wistra 1988, 308; OLG Celle, wistra 1984, 116; Franzen/Gast/Joecks a.a.O., § 371 RN 186.

⁵⁰ V. Briel/Ehlscheid, a.a.O., § 2 RN 145.

⁵¹ Der Durchsuchungsbeschuß tritt automatisch nach 6 Monaten außer Kraft, wenn er nicht innerhalb dieses Zeitraumes vollzogen wurde. Die Staatsanwaltschaft kann sich keine Durchsuchungsbeschlüsse auf Vorrat verschaffen. Denn aus der Unverletzlichkeit der Wohnung folgt, daß der Richter den Grundrechtseingriff (außer bei Gefahr im Verzug) genehmigen muß. Dies ist jedoch nach einem langen Zuwarten – bei mehr als 6 Monaten – nicht mehr gewährleistet, da sich aufgrund eines so langen Zeitraumes der Lebenssachverhalt ganz oder teilweise verändert haben kann, BVerfG, wistra 1997, 223, 225. Auch kann durch Zeitablauf das Ahndungsinteresse sinken oder entfallen (z.B. auch Verjährung eintreten, ein Prozeßhindernis eintreten etc.), so daß mit sinkendem Ahndungsinteresse der Durchsuchungsbeschuß, dessen Anordnung im Zeitpunkt der Anordnung verhältnismäßig gewesen sein kann, aufgrund des Zeitablaufs unverhältnismäßig wird, BVerfG, wistra 1997, 223 ff., 225. Der Durchsuchungsbeschuß muß daher zeitnah vollzogen werden.

⁵² Der Richter darf einen Durchsuchungsbeschuß nur anordnen, wenn er sich aufgrund eigenverantwortlicher Prüfung der Ermittlungen überzeugt hat, daß die Maßnahme verhältnismäßig ist. Seine Anordnung hat die Grundlage der konkreten Maßnahme zu schaffen und muß daher den Rahmen, Grenzen und Ziel der Durchsuchung definieren, BVerfG, wistra 1997, 223 ff. Denn die Unverletzlichkeit der Wohnung steht unter dem vorbeugenden Richtervorbehalt, Art 13 Abs. 2 GG, BVerfG, wistra 1997, 219 ff., 222; BVerfG, wistra 1997, 223 ff., 225.

⁵³ BVerfG, wistra 1997, 223 ff., 226.

⁵⁴ BVerfG, wistra 1997, 219 ff.

⁵⁵ Für die Zulässigkeit des Rechtsbehelfs gegen eine Wohnungsdurchsuchung war bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, wistra 1997, 219) entscheidend, ob die Durchsuchung noch andauerte oder ob diese schon wieder beendet war, so daß eine sog. prozessuale Überholung stattgefunden hatte (BGH, MDR 1984, 187; BGH, MDR 1987, 184; BGH, NSTz 1993, 27; OLG Karlsruhe, StV 1992, 264; LG Bonn, NJW 1987, 2825; LG Freiburg, StV 1989, 427). Die

Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluß Erfolg, können die aus der Fahndungsdurchsuchung erlangten Erkenntnisse nicht verwertet werden. Dies bedeutet, daß aufgrund der im Rahmen der Fahndungsdurchsuchung ermittelten Ergebnisse kein Sperrwirkungstatbestand des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO vorliegen kann, so daß auch nach dieser rechtswidrigen Durchsuchungsmaßnahme die Selbstanzeige noch strafbefreiend wirkt, selbst wenn ein Abgleich mit der Steuererklärung des Bankkunden schon erfolgt war. Denn die aus der Fahndungsdurchsuchung erlangten Erkenntnisse der Kapitaleinkünfte im Sinne des § 20 EStG dürfen nicht verwertet werden, so daß also eine Tatentdeckung fehlt.

Anders ist der Fall, wenn der Bankkunde Zinseinkünfte erklärt hatte und noch offen ist, ob die Zinseinkünfte, die ihm bei dieser Bank zugeflossen waren, in seiner Erklärung enthalten waren oder auch nicht.

Hier kann niemand bei einem Vergleich der bei der durchsuchten Bank gefundenen Unterlagen mit der Steuererklärung des Steuerpflichtigen auch nur annähernd zuverlässig sagen, ob überhaupt der objektive Tatbestand einer Steuerhinterziehung gegeben ist. Denn aus der zusammengefaßten Erklärung in der KSO läßt sich nicht ersehen, ob die Erträge gerade von dem durchsuchten Bankhaus mit erklärt wurden. Weitere Ermittlungen sind notwendig. Ein Anfangsverdacht läßt sich hier nur mit Mühe bejahen. Denn es gilt die Unschuldsvermutung, Art 6 Abs. 1 MRK.

Für den Ausschlußgrund des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO ist Voraussetzung, daß die Tat bereits entdeckt ist und der Täter dies wußte oder bei verständiger Würdigung damit rechnen mußte. Nach der Rechtsprechung liegt insoweit eine Tatentdeckung erst dann vor, wenn bei vorläufiger Tatbewertung die Wahrscheinlichkeit einer Tatverurteilung besteht⁵⁶. In Abgrenzung zur bloßen Vermutung bzw. zum Anfangsverdacht ist also hinreichender Tatverdacht im Sinne der §§ 170 Abs. 1, 203 StPO ist für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals der Entdeckung erforderlich⁵⁷. Der Steuerpflichtige ist anzuschreiben und um Aufschlüsselung seiner gesamten Einnahmen aus Kapitalvermögen zu bitten, § 90 AO. Sind in den Kapitalerträgen diejenigen von der durchsuchten Bank enthalten, entfällt der Anfangsverdacht. Sind die Erträge in der Aufschlüsselung jedoch nicht enthalten, verstärkt sich der Verdacht, so daß eine Verurteilung bei vorläufiger Tatbewertung überwiegend wahrscheinlich wird. Tatentdeckung ist dann zu bejahen, § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO. Bis dahin ist aber eine strafbefreiende Selbstanzeige -auch noch nach Nachfrage des Finanzamtes- möglich.

Durchsuchung dauerte so lange an, bis die Durchsicht von Papieren (auch der beschlagnahmten) abgeschlossen war; BGH StV 1988, 90; OLG Karlsruhe, wistra 1994, 358; SchlHOLG, StV 1986, 238; LG Göttingen, StV 1982, 364; Blumers/Göggerle, RN 713; Quedenfeld/Füllsack, RN 449. Seit der Entscheidung des BVerfG vom 30.04.1997 (BVerfG, wistra 1997, 219 – in Abweichung von BVerfGE 49, 329 ff.) ist jedoch klaggestellt, daß die Beschwerde gemäß § 304 StPO gegen die Durchsuchung eingelegt werden kann, gleichgültig, ob die Durchsuchung bereits abgeschlossen ist und sich der Vollzug des Durchsuchungsbeschlusses damit erledigt hat, weil er bereits vollzogen ist oder nicht; vgl. V. Briel/Ehlscheid, a.a.O., § 3 RN 358.

⁵⁶ Tipke/Lang, Steuerrecht, 15. Auflage, § 24 RN 61.

⁵⁷ Tipke/Lang, a.a.O., § 24 RN 61.

Aus den Beispielsfällen wird deutlich: Nicht die abstrakte Möglichkeit oder eine vom Einzelfall losgelöste potentielle Wahrscheinlichkeit oder die alsbald bevorstehende Tatentdeckung bewirken die Tatentdeckung, sondern nur die konkrete Ermittlung im Einzelfall. Ein Vergleich der ermittelten Erträge mit der Steuererklärung des Steuerpflichtigen durch die Steuerfahnder im Veranlagungsbezirk ist hierzu unabdingbar.

In den sog. Bankfällen können Selbstanzeigen der Bankkunden daher mit strafbefreiender Wirkung abgegeben werden, bis die Tat durch Abgleich mit den Steuerakten des Steuerpflichtigen entdeckt ist, § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO oder die Steuerfahndung zur Ermittlung einer Steuerstraftat bei dem jeweiligen konkreten Bankkunden erscheint, § 371 Abs. 2 Nr. 1 a AO. Ist der Anfangsverdacht in dem Durchsuchungsbeschluß zu Unrecht angenommen worden, so ist der Durchsuchungsbeschluß rechtswidrig und eine Selbstanzeige noch mit strafbefreiender Wirkung möglich.

IV. Schlußbemerkung:

Es sollte stets -auch in scheinbar aussichtslosen Fällen- die Möglichkeit einer Selbstanzeige sehr sorgfältig geprüft werden. Immer sollte an Mittäter und Gehilfen gedacht werden: Eine gemeinsame Selbstanzeige von Tätern, Mittätern und Teilnehmern ist anzustreben (sog. konzertierte Selbstanzeige).

Ist unklar, ob die Tat bereits entdeckt ist, greift die Sperrwirkung also doch schon ein, was aber für den Berater in diesem Moment ohne Akteneinsicht beim Veranlagungsbezirk bzw. bei der Steuerfahndung nicht feststellbar ist. Diese sog. "verunglückte" Selbstanzeige ist aber zumindest bei der Strafzumessung als Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen. Dieser Strafmilderungsgrund hat auch ein erhebliches Gewicht, da nicht nur der Behörde die gesamte Aufklärungsarbeit abgenommen wird, sondern der Steuerpflichtige seine unrichtigen Steuererklärungen umfassend durch die Vorlage von Erträgnisaufstellungen, Salden- und Vollständigkeitsbescheinigungen berichtigt. Bei Zweifeln über das Vorliegen eines Sperrwirkungstatbestandes ist daher zu prüfen, ob nicht schnellstmöglich noch eine Selbstanzeige anzufertigen und diese dem Finanzamt zu übersenden ist. Hierbei sollte der Zugang bei der Behörde dokumentiert werden können (Fax, Zeugen, Quittungsexemplar). Es kann tatsächlich auf die exakte Uhrzeit bei der Frage ankommen, ob die Selbstanzeige zuerst bei der Behörde (nicht dem Veranlagungsbezirk oder dem Veranlagungsbeamten) war oder die Tat vorher bereits entdeckt worden war.