



Bankkundendaten: pro Ankauf

## Allgemeininteresse überwiegt

*Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos*

Wenn der Staat entwendete Bankkundendaten zum Schutz des deutschen Fiskus ankauft, machen sich die handelnden Amtsträger nicht strafbar. Ihr Handeln ist durch Notstand gerechtfertigt. Unabhängig davon sind die Daten auch prozessual verwertbar, weil darin keine schwere Grund- oder Menschenrechtsverletzung zu sehen ist, die das Verfahren als Ganzes unfair machen würde.

**DIE GESCHICHTE WIEDERHOLT SICH:** Nachdem vor zwei Jahren der Ankauf von Kundendaten einer Liechtensteiner Bank für Aufregung sorgte, ist nun das Gleiche mit Daten eines Schweizer Kreditinstituts geschehen, allerdings ohne Beteiligung des Bundesnachrichtendienstes. Ähnliche Fälle werden mit ziemlicher Sicherheit in der Zukunft folgen. Es gibt also gute Gründe, sich mit einigen strafrechtlichen und strafprozessualen Fragen in diesem Zusammenhang zu beschäftigen: Macht sich der für Deutschland oder ein Bundesland tätige Amtsträger mit dem Erwerb solcher Daten strafbar? Handelt es sich um einen „Deal“ mit Kriminellen, ja, werden diese Personen nicht sogar dazu angestiftet, derartige vertrauliche Daten zu stehlen, wenn ein staatliches Kaufangebot im Raum steht? Oder handelt der Staat im überwiegenden Allgemeininteresse<sup>1</sup> und muss das Handeln seiner Amtsträger deshalb als gerechtfertigt betrachtet werden? Präjudiziert die materiellstrafrechtliche Beurteilung die prozessuale Verwertung der so erlangten Daten? Konkret: Führt die eventuelle Strafrechtswidrigkeit des Datenankaufs zu einem (absoluten) Beweisverwertungsverbot?

### Strafbarkeit der originären Datenbeschaffung

Zunächst einmal steht außer Frage, dass die hier in Rede stehende originäre Datenbeschaffung sowohl in der Schweiz (Tatortstaat)<sup>2</sup> als auch in Deutschland (Gerichts- oder Forumstaat) strafbar ist. Entscheidend ist die Rechtslage in Deutschland, denn nach dem im Rechtshilferecht geltenden Grundsatz *forum regit actum*<sup>3</sup> kommt es auf das Recht des Forumstaats an – also des Staats, der die beschafften Beweismittel (hier: die Daten) in Steuer- oder Strafverfahren verwenden will. Insoweit kommt eine Strafbarkeit

- wegen des Sichverschaffens und Verwertens/Mitteilens von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 und 2 Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),
- wegen des Ausspähens von Daten gemäß § 202a Strafgesetzbuch (StGB) sowie
- wegen des (unbefugten) Abrufens oder Verschaffens personenbezogener Daten mit Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht gemäß § 44 Abs. 1 in Verbindung mit § 43 Abs. 2 Nr. 3 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) in Betracht.

### Teilnahme an fremder Straftat

Von der originären Datenbeschaffung in der Schweiz ist der Ankauf durch deut-



### Prof. Dr. Kai Ambos

Prof. Dr. Kai Ambos lehrt Straf-, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung sowie internationales Strafrecht an der Georg-August-Universität Göttingen und ist Richter am Landgericht Göttingen. Von Ambos erscheint demnächst auch eine größere Untersuchung zu den Beweisverboten bei Duncker & Humblot, Berlin.

sche Amtsträger zu unterscheiden. Er kann als Anstiftung oder zumindest Beihilfe zum Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG strafbar sein. Der schmale Grad der Abgrenzung zwischen Anstiftung und Beihilfe richtet sich danach, ob der Haupttäter „noch bestimmbar“ ist: War er schon – als sogenannter *omni-modo facturus* – zum Verkauf entschlossen, konnte er auch nicht mehr dazu bestimmt werden und es kommt nur Beihilfe in Betracht.<sup>5</sup> Können sich freilich „Datendiebe“ durch die deutsche Ankaufspraxis in Zukunft zur Tatbegehung ermutigt fühlen, so spricht das durchaus für eine Anstiftung, gerade auch, wenn man für ein „Bestimmen“ im Sinne von § 26 StGB das bloße Schaffen einer Tatgelegenheit ausreichen lässt.<sup>6</sup> Demgegenüber dürfte eine Begünstigung gemäß § 257 StGB daran scheitern, dass der Zweck des Ankaufs nicht in einer Resti-

tutionsvereitelung lag.<sup>7</sup> Auch eine Hehlererei (§ 259 StGB) scheidet – entgegen der in den Medien verbreiteten Meinung („Staat als Hehler“) – aus, denn Daten sind keine „Sache“ im Sinne dieser Vorschrift; lediglich der Datenträger (die CD-ROM) käme als taugliches Tatobjekt in Betracht.<sup>8</sup>

### Rechtfertigung staatlichen Handelns?

Die Verwertung oder Mitteilung nach dem UWG muss unbefugt erfolgen. Daran fehlt es vor allem, wenn ein rechtfertigender Notstand gemäß § 34 StGB<sup>9</sup> vorliegt. Dagegen wird eingewendet, § 34 stelle kein allgemeines Recht zur Verhinderung von Unrecht dar.<sup>10</sup> Auch sei die Art und Weise der strafprozessualen Informationsbeschaffung in der Strafprozessordnung (StPO) und anderen Gesetzen abschließend geregelt und deshalb ein Rückgriff auf § 34 unzulässig.<sup>11</sup> Das überzeugt nicht, denn beim staatlichen

<sup>1</sup> Siehe auch den Artikel in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (FAZ) vom 11.02.2010, S. 6.

<sup>2</sup> Insbesondere sind Art. 143 (unbefugte Datenbeschaffung, „Datendiebstahl“) und Art. 162 (Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses) des Schweizer Strafgesetzbuchs (StGB) sowie Art. 47 Bankengesetz (Bankgeheimnisverletzung) betroffen.

<sup>3</sup> Im Rechtshilfeverkehr ist der Gerichts- bzw. Forumstaat der *ersuchende* Staat, der *ersuchte* Staat der (Tatort-)Staat. In ihm wird die Rechtshilfehandlung, etwa eine Zeugenvernehmung, vorgenommen. Der insoweit geltende Grundsatz, dass dessen Recht maßgeblich ist („*locus regit actum*“), ist im europäischen Rechtshilfeverkehr durch Art. 4 Abs. 1 des EU-Rechtshilfeübereinkommens (EU-RhÜbk) zugunsten des „*forum regit actum*“ verdrängt worden, vgl. *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner-Gleß*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. 2006, Art. 4 EU-RhÜbk Rn. 1, S. 1003.

<sup>4</sup> *Sieber*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2008, 881, 881 f., 884; *Schünemann*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ) 2008, 305, 308; *Kelnhöfer/Krug*, Strafverteidiger (StV) 2008, 660, 661 f.; *Trüg/Habetha*, NJW 2008, 887, 888 f.

<sup>5</sup> *Sieber*, NJW 2008, 883; *Trüg/Habetha*, NJW 2008, 887, 889; *Heine*, Festschrift (FS) von Büren, 2009, 917, 921; zur Schweiz: *Lüderssen*, FAZ 11.02.2010, S. 6.

<sup>6</sup> Bundesgerichtshof (BGH) NSTZ 1994, 29; 2000, 322; 2000, 421 f.; 2001, 41; *Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 4. Aufl. 2009, § 41 Rn. 9 f.

<sup>7</sup> Handkommentar Gesamtes Strafrecht, *Pflichter*, 2009, § 257 StGB Rn. 11. Dem staatlichen Ankäufer muss es (auch) auf die Sicherung der kriminellen Vorteile ankommen. Vorliegend mag er dies in Kauf nehmen, § 257 StGB verlangt aber eine Vorteilssicherungsabsicht.

<sup>8</sup> *Schönke/Schröder-Stree*, StGB, 27. Aufl. 2006, § 259 Rn. 5.

<sup>9</sup> *Rengier*, in *Fezer* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: Kommentar zum UWG, Band 2, 2. Aufl. 2010, § 17 Rn. 47; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, StGB, 27. Aufl. 2006, § 34 Rn. 7.

<sup>10</sup> *Sieber*, NJW 2008, 884; ebenso *Trüg/Habetha*, NJW 2008, 890; *Schünemann*, NSTZ 2008, 308; *Satzger/Schmitt/Widmaier-Rosenau*, StGB, 2009, § 32 Rn. 5.

<sup>11</sup> *Sieber*, NJW 2008, 885; *Trüg/Habetha*, NJW 2008, 890; *Kelnhöfer/Krug*, StV 2008, 665 f.; *Heine*, FS von Büren, 2009, 929; *Schünemann*, NSTZ 2008, 308; *Lüderssen*, FAZ 11.02.2010; gegen ihn insoweit *Küchenhoff*, FAZ, 20.02.2010, 6.

Datenankauf handelt es sich gerade um einen bisher nicht geregelten Sonderfall, der eben, solange es an einer gesetzlichen Spezialregelung fehlt<sup>12</sup>, nur durch Rückgriff auf § 34 angemessen gelöst werden kann. Man wird sogar argumentieren können, dass der § 34 zugrunde liegende Gedanke der Güterabwägung und des überwiegenden Interesses gerade in Fällen wie diesen zum Tragen kommen muss, kann man doch ansonsten dem Allgemeininteresse nicht befriedigend Rechnung tragen.<sup>13</sup> Natürlich bedeutet das nicht, dass die Verfolgung von Steuerstraftätern jede Maßnahme rechtfertigt, vielmehr gelten die üblichen Grenzen der Abwägung.

### Güterabwägung

Auf der Eingriffsseite ist bereits fraglich, ob die von den Kreditinstituten geltend gemachten Rechtsgüter (Schutz der Kundendaten, Bankgeheimnis) überhaupt Schutz verdienen. Wenn (ausländische) Banken faktisch an Steuerhinterziehung in großem Stil mitwirken, ist es nur gerechtfertigt, zur Wiederherstellung der gesellschaftlichen Steuersolidarität in ihre Rechte einzugreifen. Abgesehen davon dient der Ankauf der Daten hier nicht allein der Strafverfolgung, also § 370 Abgabenordnung (AO), sondern auch dem präventiven Schutz des deut-

schen Steueraufkommens.<sup>14</sup> Das machen schon die zahlreichen Selbstanzeigen deutlich. Schließlich ist noch zu bedenken, dass der Informant in einem Strafverfahren kein Zeugnisverweigerungsrecht geltend machen könnte,<sup>15</sup> müsste er sich aber als Zeuge ohnehin offenbaren,<sup>16</sup> so sollte ihm die Mitteilung in Form einer „Anzeige“ – als Offenbarung in ei-

### Verwertbarkeit/Verwertungsverbot

Eine ganz andere Frage ist, ob die Daten hierzulande strafprozessual verwertet werden dürfen. Diese Frage wird durch die materiellrechtliche Beurteilung nicht präjudiziert. Selbst wenn man also von der Strafrechtswidrigkeit des Datenankaufs ausgeht, so folgt daraus nicht auto-

**„Wenn (ausländische) Banken faktisch an Steuerhinterziehung in großem Stil mitwirken, ist es nur gerechtfertigt, zur Wiederherstellung der gesellschaftlichen Steuersolidarität in ihre Rechte einzugreifen.“**

nem weiteren Sinne – ebenfalls gestattet sein. Objektiv lässt sich also durchaus ein überwiegendes Interesse zur Rechtfertigung der Verwertung/Mitteilung begründen, und zwar nicht nur, wie die Kritiker verkürzt suggerieren, aufgrund einer rein ökonomischen Kosten-Nutzen-Rechnung. In subjektiver Hinsicht wird man jedenfalls hinsichtlich des staatlichen Käufers davon ausgehen können, dass er (auch) mit der Absicht handelt, (weiteren) Schaden vom deutschen Fiskus abzuwenden. Lässt man die Kenntnis der Notstandslage ausreichen, so muss der Käufer nur mit der entsprechenden Vorstellung handeln.

### Verbotsirrtum

Die kontroverse Diskussion des § 34 in unserem Zusammenhang, ja, des ganzen Komplexes, zeigt, dass es sich um eine verzwickte Rechtslage handelt, die durchaus Anlass gibt, über einen Verbotsirrtum in Form eines Erlaubnis-(grenz)irrtums bezüglich § 34 StGB nachzudenken. Kritiker des Ankaufs argumentieren insoweit, der Staat hätte bereits im Vorfeld des Liechtenstein-Komplexes kompetente strafrechtliche Beratung in Anspruch nehmen und dadurch zukünftige Irrtümer vermeiden können. Die aktuelle Diskussion mit teils ablehnenden, teils befürwortenden Stimmen sowohl in der Literatur als auch der Justiz zeigt aber doch, dass die Rechtslage nach wie vor nicht geklärt ist. So gesehen handelt es sich also um eine geradezu klassische Situation eines Verbotsirrtums.

matisch die Unzulässigkeit der Datenverwertung. Das deutsche Recht kennt einen solchen Automatismus zwischen einer rechtswidrigen Beweiserhebung und einem Verwertungsverbot (sog. genannter Trennungsgrundsatz) eben gerade nicht.<sup>17</sup> So führt beispielsweise eine rechtswidrige Wohnungsdurchsuchung nicht automatisch zur Unverwertbarkeit der dabei erlangten Beweise. Mit anderen Worten: Verwertungsverbote sind relativ, absolut gelten sie nur in Ausnahmefällen, bei schweren Grundrechts- und Menschenrechtsverletzungen. Paradigmatisch für das deutsche Recht sind insoweit die in § 136a StPO genannten verbotenen Vernehmungsmethoden.

Absolute Verbote lassen sich auch bei schweren Rechtsstaatsverstößen, etwa bei einer bewussten Missachtung des Richtervorbehalts, begründen. Schließlich können auch schwere Fairnessverletzungen zu einem Verwertungsverbot führen, wobei allerdings im Sinne der Gesamtbetrachtungslehre des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte<sup>18</sup> erforderlich ist, dass eine Verwertung das Verfahren insgesamt unfair machen würde.

### Zurechnung der Beweisbeschaffung

Die selbständige Beweisbeschaffung einer Privatperson kann dem Staat als Empfänger der Beweise nicht ohne Weiteres zugerechnet werden. Deshalb sind privat beschaffte Beweise grundsätzlich – sofern keine schweren Grund- oder Menschenrechtsverletzungen vorliegen – verwertbar.<sup>19</sup> Allerdings wird die Zu-

<sup>12</sup> Im Zusammenhang mit dem Schweizer Fall *Rath*, TAZ, 03.02.2010, S. 1.

<sup>13</sup> Ähnlich – gegen *Lüderssen* (Fn. 5) – *Küchenhoff*, FAZ, 20.02.2010, S. 6.

<sup>14</sup> *Sieber*, NJW 2008, 884.

<sup>15</sup> *Meyer-Goßner*, StPO, 52. Aufl. 2009, § 53 Rn. 3.

<sup>16</sup> *Diemer* in: *Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, 158. Ergänzungslieferung (August 2005) § 17 UWG Rn. 24.

<sup>17</sup> *Jahn*, Deutscher Juristentag (DJT) Gutachten, 2008, C. 34 f. m.w.N.

<sup>18</sup> Zu dieser Lehre *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 34 f. m.w.N.

<sup>19</sup> *Meyer/Goßner*, StPO, 52. Aufl. 2009, § 136a Rn. 3; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 24 Rn. 65.

<sup>20</sup> Zur Gewaltenteilung zwischen Geheimdiensten und Strafverfolgungsbehörden; *Roggan/Bergemann*, NJW 2007, 876; *Schünemann*, NSTZ 2008, 306.

<sup>21</sup> Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 109, 279 = NJW 2004, 999.

<sup>22</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990; modifizierend *Amelung*, FS Roxin, 2001, S. 1259 ff.

<sup>23</sup> *Gless*, Juristische Rundschau (JR) 2008, 317, 322 f.; *Heine*, FS von Büren, 2009, 925 f., 932 f.

<sup>24</sup> *Giesen*, FAZ 20.02.2010, S. 6.

rechnung zum Staat vorliegend durch dessen Ankauf der Daten begründet, da der Staat unzulässig beschaffte, also beakkelte Beweismittel erwirbt. Ein eventuelles Verwertungsverbot wird hier nicht vom insoweit irrelevanten Unrecht des privaten Beschaffungsakts, sondern von eigenständigem staatlichen Unrecht ausgelöst. Das kann noch dadurch verstärkt werden, dass, wie im Fall Liechtenstein, der Bundesnachrichtendienst – unter Verletzung des Grundsatzes der informationellen Gewaltenteilung<sup>20</sup> – in die Datenbeschaffung verwickelt ist.

### Schwere Grund- oder Menschenrechtsverletzung?

In der Verwertung der Daten liegt hier jedoch keine schwere Rechtsverletzung. Das Bankgeheimnis begründet kein subjektives, grundrechtsähnliches Recht der Bankkunden. Im Normalfall enthalten die angekauften Daten nämlich keine Informationen über die grundrechtlich geschützte Intimsphäre (Kernbereich) der Betroffenen.<sup>21</sup> Auch kann man das Bankgeheimnis nicht zu einem Informationsbeherrschungsrecht<sup>22</sup> menschen- oder grundrechtsähnlichen Rangs aufwerten. Dagegen spricht schon, dass sich der Weg in ausländische Steuerparadiese nur für eine relativ kleine Gruppe privilegierter Personen lohnt. Die Wahrung derartiger, elitärer Rechte kann aber nicht der vorrangige Zweck des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes sein.

### Umgehung der Rechtshilfavorschriften?

Mitunter wird ein Verwertungsverbot bei einer zielgerichteten Umgehung der Rechtshilfavorschriften angenommen.<sup>23</sup> Der ersuchende Staat beschafft sich bestimmte Beweismittel auf rechtswidrigem Weg, weil er weiß, dass er sie im normalen Rechtshilfeweg vom ersuchten Staat nicht erhalten würde, etwa weil dieser ein eisernes Bankgeheimnis hat. In einem solchen Fall stellt das Verwertungsverbot hinsichtlich der rechtswidrig erlangten Daten eine notwendige völkerrechtliche Wiedergutmachung dar. Von einem derart zielgerichteten Handeln der deutschen Behörden kann vorliegend aber nicht die Rede sein. Soweit bekannt, haben die deutschen Behörden den privaten Anbieter der Daten-CD nicht zum Diebstahl veranlasst, vielmehr haben sie die günstige Gelegenheit eines Angebots von Daten als Handelsware genutzt.<sup>24</sup> Auch aus diesem Grund lässt sich ein Verwertungsverbot hier nicht begründen.



### Verwertungsverbot wegen Fairnessverletzung?

Geht man entgegen der hier vertretenen Auffassung von einer strafrechtswidrigen Datenbeschaffung aus, stellt sich die Frage, ob darin ein so schwerer Verfahrensverstöß zu sehen ist, der das Verfahren im Sinne der Gesamtbetrachtungslehre insgesamt unfair machen würde und damit das staatliche Strafverfolgungsinteresse zurücktreten müsse. Die für und gegen eine Verwertung sprechenden Gesichtspunkte sind also umfassend gegeneinander abzuwägen. Für eine Verwertung spricht, dass der Staat angesichts der weit verbreiteten Praxis der „Steuerflucht“ und der Vielzahl der damit zusammenhängenden steuerrechtlichen Taten und Täter seine berechtigten steuerrechtlichen Ansprüche auch transnational durchsetzen können muss; und zwar auch und gerade gegen Staaten, die die Rechtshilfe insoweit verweigern und damit einen sicheren Hafen für Steuerflüchtlinge bieten. Aus finanzpolitischer Sicht geht es um die auch präventive Abwendung (weiteren) finanziellen Schadens für den deutschen Fiskus und die Rückholung erheblicher entgangener Steuereinnahmen. Aus kriminalpolitischer Sicht geht es um die transnationale Durchsetzung des Steuerstrafrechts und damit die Glaubwürdigkeit des Steuersystems überhaupt.

Gegen eine Verwertung sprechen weniger subjektive Rechte der Betroffenen (Banken und vermeintliche Steuerstraf-

täter), als vielmehr die vermeintlich kriminellen Methoden, denen sich die staatlichen Behörden unter Umständen bedienen müssen. Hier kommt es entscheidend darauf an, wie man das staatliche Handeln im konkreten Fall bewertet. Geht man davon aus, dass eine gezielte Straftat begangen oder zu einer solchen angestiftet wird, um Beweise zu erlangen, liegt in der Tat ein Wertungswiderspruch vor, der die Grundfesten des Rechtsstaats erschüttert: Aufklärung potenzieller Straftaten durch (mittelbare) Begehung von Straftaten? Vorliegend ist aber nicht von einer gezielten staatlichen Straftatbegehung auszugehen. Der Staat nutzt lediglich eine sich ihm bietende Chance, seine berechtigten steuerrechtlichen Ansprüche durchzusetzen.

### Fazit

Banken, die sich an Steuerhinterziehung beteiligen, verdienen keinen Schutz. Jedenfalls überwiegt das Allgemeininteresse an der auch transnationalen Durchsetzung des Steuerrechts. Selbst wenn man die Strafrechtswidrigkeit der Datenbeschaffung bejaht, folgt daraus kein Verwertungsverbot hinsichtlich der erhaltenen Informationen. Es gibt kein grund- oder menschenrechtsähnliches Recht von Steuerflüchtlingen und ihren Banken auf den absoluten Schutz ihrer Geschäftsbeziehung. Der Eingriff in diese Beziehung ist jedenfalls kein so schwerwiegender Verstoß, dass man von einem insgesamt unfairen Verfahren mit der Konsequenz eines Verwertungsverbots ausgehen müsste. ●