

04-APR-2011 13:09

Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main
Der Generalstaatsanwalt

S. 01
HESSEN



Postanschrift: Generalstaatsanwaltschaft - 60255 Frankfurt am Main

Geschäftszeichen: 70 E 5/1 (SH)

Oberfinanzdirektion
Frankfurt am Main
 z.Hd. [REDACTED]
 Zum Gottschalkhof 3
 60594 Frankfurt am Main

Dat.-Nr.: 0221
 Bearbeiter/In: [REDACTED]
 Durchwahl: [REDACTED]
 Fax: [REDACTED]
 E-Mail: verwaltung@gsta.justiz.hessen.de
 Datum: 18.03.2011

Angebot von Daten zu möglichen missbräuchlichen Steuergestaltungen im Zusammenhang mit Leerverkäufen

Ihr Schreiben vom 02.02.2010
Ihr Zeichen: S 1638 B – Dat/10 – St 329
Besprechung am 02.02.2011

Die anlässlich der Unterredung vom 02.02.2011 übergebenen Unterlagen wurden nochmals eingehend geprüft.

Unter Zugrundelegung der Ausführungen im Gutachten vom 02.07.2010 (70 E 6/10 betr. EG Dornitz), aber auch im Hinblick auf den Beschluss des LG Düsseldorf vom 11.10.2010 (Az. 4 Qs 50/10 - 131 Js 130/10 -), die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 09.11.2010 (2 ByR 2101/09) und basierend auf den Ausführungen des Informanten vom 05.01.2011 (Anlage 2 zum Bezugsschreiben) ergeben sich rechtliche Bedenken bei dem Ankauf der Daten bzw. der Durchführung der Stichprobe.

Tatbestandlich dürften die von dem Informanten in Aussicht gestellten Informationen Geschäftsgeheimnisse im Sinne des § 17 UWG darstellen, da sie nur einem begrenzten Personenkreis bekannt und damit nicht offenkundig waren.

Zell 42 - 60313
 Frankfurt am Main

Telefon: (069) 1367 - 01
 Telefax: (069) 1367 - 8468

Die Einreichung elektronischer Dokumente ist zulässig - siehe www.gsta-frankfurt.justiz.hessen.de

Zwar ist nach der Gesamtschilderung des Informanten davon auszugehen, dass die „Kunden“ zumindest über die in der Bundesrepublik Deutschland bestehende Möglichkeit von Leerkäufen über den Ausschüttungstichtag und deren steuerliche Auswirkungen aufgeklärt wurden. Soweit die Herstellung der steuerlichen KEST-Anrechnung dabei auf ein Abspracheverhalten zwischen Leerkäufer und Leerverkäufer zurückzuführen ist, dürfte es sich um eine Instruktion zur missbräuchlichen Steuergestaltung nach § 42 AO handeln (vgl. Bruns, Leerverkäufe und missbräuchliche Gestaltung, DStR 2010, 2061 ff.). Geht man zumindest in der Person des Leerkäufers davon aus, dass dieser den [u.U. noch fremdfinanzierten] Aktienwerb zum Ausschüttungstichtag wählt, um sich zusätzlich die KEST noch anrechnen zu können, so kann dessen verwirkte Handlung eine Steuerumgehung darstellen, selbst wenn der Leerverkäufer gutgläubig gewesen ist. Erkennbar trägt eine derartige Beratungspraxis deshalb objektiv auch einen Gesetzesverstoß in sich. Dies schließt aber ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis i.S.d. § 17 UWG nicht aus (Müller-Gugenberger/Bieneck[Dittrich], Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., § 33 Rdnr. 51).

Durch den „Verkauf“ dieser Informationen über den jeweiligen Kunden und die Kundengespräche wird ein Geheimnis verwertet (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG).

Ob die Verwertung der Unterlagen durch den Informanten unbefugt ist, wird in den verschiedenen Fachzeitschriften kontrovers diskutiert (vgl. Görres/Kleinert, NJW, 2008, 1359; Schönemann, NStZ 2008, 305; Sieber, NJW, 2008, 886; Trüg/Habetha, NJW 2008, 887; Spornath, NStZ, 2010, 307; Ignor/Jahn JuS 2010, 390).

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 09.11.2010 - 2 BvR 2101/09 ausgeführt, dass im Ausland durch Privatpersonen rechtswidrig erlangte Steuerdaten grundsätzlich sowohl zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens als auch zur Anordnung der Durchsuchung von Wohnungen verwendet werden dürfen. Die Frage, ob und inwieweit ein Amtsträger bei der Beschaffung von Daten nach innerstaatlichem Recht rechtswidrig oder gar strafbar handelt, hat das Bundesverfassungsgericht nicht entschieden.

Das Landgericht Düsseldorf hat in seinem Beschluss vom 17.09.2010 - 14 Qs 60/10 den Ankauf der CD mit Kundendaten einer Schweizer Bank für gerechtfertigt gehalten.

Bei der Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf bleibt unklar, ob die Beschwerdekammer einen rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB in der Person des Haupttäters oder eine gerechtfertigte Beihilfehandlung angenommen hat.

Letzterer Gesichtspunkt lässt zumindest vermuten, dass die Kammer den Ankauf selbst als neutrale Handlung i.S.d. § 27 StGB angesehen hat, bei der eine professionelle Adäquanz bestehe, die eine Förderungshandlung i.S.d. § 27 StGB ausschließe (vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl. § 27 Rdnr. 17).

Die Entscheidung stützt sich im Wesentlichen darauf, dass der Ankauf durch die allgemeine Ermittlungsbefugnis gemäß §§ 399 Abs. 1, 404 AO i.V.m. §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO gedeckt sei.

Begründet wird dies u.a. damit, dass „der Informant wegen des Nichtvorhandenseins eines Zeugnisverweigerungsrechts für Geschäftsgeheimnisse nach § 17 UWG auch zu einer entsprechenden Zeugenaussage verpflichtet gewesen wäre. Die Offenbarung der Daten als solche stellte damit nur den Zustand her, den die Strafprozessordnung mit der Aussagepflicht eines Zeugen erreichen will“.

Der vorliegende Sachverhalt weicht jedoch durch die vom Informanten vorgeschlagene Stufenfolge von dem der Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf zugrundeliegenden Sachverhalt ab, da die weitere Kontaktaufnahme mit dem Informanten von der Initiative der Finanzverwaltung abhängen soll. Die Übertragbarkeit auf den vorliegenden Sachverhalt erscheint daher fraglich.

Die Frage, ob der Informant als Zeuge in einem Steuerstrafverfahren gegen die verdächtigten Beteiligten an den Aktienleerverkäufen und -ankäufen tatsächlich ein Aussageverweigerungsrecht hat, lässt sich im Sinne der Entscheidung nicht abschließend beantworten.

Ob die Begründung des Landgerichts Düsseldorf (a.a.O.), die eine Strafbarkeit des Informanten nach § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG verneint, tragfähig ist, weil dieser ohnehin zu einer Zeugenaussage verpflichtet wäre (S. 5 der Beschlussgründe), ist nach hiesiger Einschätzung fraglich.

Ob der Rechtfertigungsgrund des Notstandes gemäß § 34 StGB besteht, muss in jedem Einzelfall geprüft werden. Nach dem gegenwärtigen Stand fehlt es an konkreten Informationen.

Die Frage der Beweisverwertung hat bei der Beurteilung keine Bedeutung. Insoweit muss auf die grundsätzlichen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes (a.a.O.) verwiesen werden. Für die Entscheidung des 2. Senats war die Frage einer eventuellen Strafbarkeit von Amtsträgern bei der Beschaffung der Daten ohne Bedeutung (a.a.O. Rdnr. 49).

Im Auftrag

