



An das
Bundesministerium für Finanzen
Johannesgasse 5
1010 Wien

sowie

Frau
Doris Bures
Präsidentin des Nationalrates
Parlament
Dr. Karl Renner-Ring 3
1017 Wien

Per E-Mail:
e-Recht@bmf.gv.at
begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Rechtswissenschaftliche Fakultät

**Univ.-Prof. Dr. Sabine
Kirchmayr-Schliesselberger**

Institut für Finanzrecht
Schenkenstraße 8-10
A- 1010 Wien

T+43-1-4277-360 05
F+43-1-4277-9 360
sabine.kirchmayr@univie.ac.at
<http://www.univie.ac.at/finanzrecht/>

Wien, am 5.6.2015

Betrifft: Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz – BWG) geändert, das Bundesgesetz über die Einrichtung eines Kontenregisters (Kontenregistergesetz – KontRegG), das Bundesgesetz über die Meldepflicht von Kapitalabflüssen (Kapitalabfluss-Meldegesetz) und das Bundesgesetz zur Umsetzung des gemeinsamen Meldestandards für den automatischen Austausch von Informationen über Finanzkonten (Gemeinsamer Meldestandard-Gesetz – GMSG) erlassen, das EU-Amtshilfegesetz und das Amtshilfe-Durchführungsgesetz geändert werden

Sehr geehrte Damen und Herren!

Ich nehme Bezug auf die Einladung zur Abgabe einer Stellungnahme zu den im Betreff genannten Gesetzesentwürfen und möchte dazu Folgendes mitteilen: ¹

1. Allgemeine Überlegungen zur Einschränkung des Bankgeheimnisses

1.1 Das Bankgeheimnis in der österreichischen Rechtsordnung

In historischer Hinsicht lässt sich das Bankgeheimnis aus dem – nach dem zweiten Weltkrieg bestehenden – volkswirtschaftlich Erfordernis erklären, das Vertrauen der Anleger zum Zweck der Schaffung eines funktionierenden Kapitalmarktes zurückzugewinnen.² Dieses historische „Grundmotiv“, auch nicht erklärtes und nicht versteuertes Vermögen in den Bankkreislauf zu holen, griff der Gesetzgeber des Bankgeheimnisses auf.³ Das genannte Motiv steht allerdings im Widerspruch zum „Grundbedürfnis“ des Steuerrechts, die korrekte Besteuerungsgrundlage zu ermitteln: Genau um den Gegenstand des Bankgeheimnisses – die Geld- und Vermögensangelegenheiten des Steuerpflichtigen – geht es im Abgabenverfahren.

¹ Unter Mitarbeit von Univ.-Ass. MMag. Dr. Daniel Varro, LL.M., Univ.-Ass. Mag. Peter Denk, Univ.-Ass. Mag. Tobias Hayden und Univ.-Ass. Mag. Günther Schaunig.

² *Flora*, Das Bankgeheimnis im gerichtlichen Strafverfahren (2007) 1 mwH.

³ *Doralt*, Das Bankgeheimnis im Abgabenverfahren (1982) 31.

Aus der Sicht des Abgabeverfahrensrechts steht das Bankgeheimnis in einem Spannungsverhältnis zur allgemeinen Auskunftspflicht gem § 143 Abs 1 BAO, wonach die Abgabenbehörde berechtigt ist, **von jedermann** Auskunft über alle für die Erhebung von Abgaben maßgebenden Tatsachen (auch dritte Personen betreffend) zu verlangen. Dass die Bankverschwiegenheit gegenüber den Abgabenbehörden zur Auskunftsverweigerungspflicht der Bank verstärkt ist,⁴ erscheint angesichts ihrer besonderen Kenntnisse abgabenrelevanter Informationen geradezu paradox.

Die historischen Motive das Bankgeheimnis betreffend sollten in Anbetracht der Notwendigkeit der Durchsetzung einer gleichmäßigen Besteuerung (bzw der Vermeidung von Steuerhinterziehung im In- und Ausland) an Gewicht und Bedeutung verloren haben. Die Lockerung / Aufweichung des Bankgeheimnisses ist somit ein logischer und letztendlich notwendiger Schritt, dem sich Österreich im internationalen Zusammenhang (siehe dazu im folgenden Pkt 1.2) ohnehin nicht entziehen kann.

In **steuerpolitischer Hinsicht** ist allerdings Folgendes zu bemerken: Fordert der Staat die Ehrlichkeit des Steuerpflichtigen, so muss der Steuerpflichtige auch umgekehrt die Ehrlichkeit vom Staat fordern dürfen: Die Einrichtung eines Einschaurechts in Bankkonten zur Vorbereitung einer Vermögensteuer wäre nicht nur stilllos, sondern vor allem steuerpolitisch abzulehnen. Die Abgabenquote in Österreich ist im internationalen Vergleich im Spitzenfeld. Österreich braucht keine neuen (Vermögen)Steuern.⁵ Wie darüber hinaus aus innenpolitischer Sicht anzumerken ist, kann es für einen Steuerzahler nicht rational nachvollziehbar sein, dass einerseits – zur Wahrung / Einrichtung einer gleichmäßigen Besteuerung – auf das Bankgeheimnis weitgehend verzichtet wird, während andererseits bei der politischen Aufklärung des HypoSkandals (bei dem es um massive Steuergeldverwendung /-verschwendung geht) im Untersuchungsausschuss über „geschwärzte“ Akten diskutiert wird. Wenn es um politische Misswirtschaft und deren Aufarbeitung geht, kommt der Transparenz weniger Bedeutung zu als in (einfachen) Abgabeverfahren.

1.2 Das Bankgeheimnis aus internationaler Perspektive

Dass das österreichische Bankgeheimnis insbesondere auch aus der **Perspektive des internationalen Steuerrechts** in seiner derzeitigen Form **nicht mehr zeitgemäß** ist, zeigt etwa die „**Abschleicher-Problematik**“ im Zusammenhang mit dem schweizerisch-österreichischen Steuerabkommen. Das Bankgeheimnis verhinderte hier bei zahlreichen „Abschlechtern“ die effiziente Nachvollziehung von Vermögenstransfers und Aufdeckung von Schwarzgeldkonten. Auch die unionsweiten Bestrebungen zum Kampf gegen **Steuerhinterziehung und Geldwäsche** untermauern den Befund, dass das Bankgeheimnis nicht auf der Höhe der Zeit ist: Der aktuelle Entwurf zur **4. Anti-Geldwäsche-Richtlinie**⁶ sieht etwa besondere Berichtspflichten für Banken und auch erstmals eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vor, **zentrale Register** mit Angaben zu wirtschaftlich Berechtigten von Unternehmen und anderen Rechtspersonen einzurichten. Zugang zu diesem Register könnten sogar investigative Journalisten oder Nichtregierungsorganisationen bekommen, sofern sie ein legitimes Interesse im Zusammenhang mit Geldwäsche und damit zusammenhängende Vortaten (zB Steuerstraftaten) nachweisen. Angenommen wurde zudem eine neue **Geldtransfer-VO**, mit der die Rückverfolgbarkeit von Zahlern bzw Empfängern und ihrer Vermögenswerte verbessert werden soll. Auch der österreichische Gesetzgeber reagierte in den letzten Jahren auf die hier angesprochenen Entwicklungen durch die schrittweise Einschränkung⁷ und nunmehr vollständige Aufhebung⁸ der Datenverwertungsverbote in § 41 Abs 6 BWG durch zwei Novellen des FinStrG.⁹

⁴ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Das Bankgeheimnis (1985) 124; so bereits *Scheer*, Das Bankgeheimnis (1931) 2 bei FN 5.

⁵ Dazu *Kirchmayr/Achatz*, Über Sinn und Unsinn einer allgemeinen Vermögensteuer, taxlex 2013, 1.

⁶ Vgl die Pressemitteilung des Europäischen Parlaments vom 20.5.2015, abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/infopress/20150513IPR55319/20150513IPR55319_de.pdf (3.6.2015).

⁷ FinStrG-Novelle 2010, BGBl I 2010/104.

⁸ AbgÄG 2014, BGBl I 2014/13.

⁹ ErläutRV 874 BlgNR 24. GP 18 (zur FinStrG-Novelle 2010, BGBl I 2010/104) und ErläutRV 24 BlgNR 25. GP 26 (zum AbgÄG 2014, BGBl I 2014/13).

Der **international verstärkte Kontrolldruck im Steuerwesen** muss(te) auch in Österreich notwendig mit einer korrespondierenden Schwächung des Bankgeheimnisses einhergehen:¹⁰ Schon 1985 hat die OECD einen gegen das Bankgeheimnis gerichteten Bericht veröffentlicht¹¹ und im Laufe der Jahre den Druck auf die Staaten immer weiter erhöht.¹² Österreich hat – im Verhältnis zum Ausland – bereits in der Vergangenheit das Bankgeheimnis abgeschwächt bzw durchbrochen, zu nennen sind hier insb das **ADG**¹³ über die Umsetzung der OECD-Grundsätze der internationalen abgabenrechtlichen Amtshilfe sowie das **EU-AHG**¹⁴ über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung. Auch die auf Grundlage der RL 2014/107/EU (zur Änderung der EU-Amtshilfe-Richtlinie) nunmehr im Rahmen der Steuerreform durch das GMSG eingeführten weitreichenden Meldestandards für den automatischen Austausch von Informationen über Finanzkonten zeigen die besondere Dringlichkeit zur innerstaatlichen Neupositionierung des Bankgeheimnisses.

Diese internationalen Entwicklungen sind in ihrer Gesamtheit von der – im internationalen Vergleich herrschenden – **Selbstverständlichkeit** getragen, dass das steuerliche Ermittlungsverfahren größtmögliche **Transparenz** bieten muss und ein allenfalls bestehendes **Bankgeheimnis keine Ermittlungsbeschränkungen** mit sich bringen darf. Der aktuelle Bericht des OECD-Weltforums zu Transparenz und Informationsaustausch für steuerliche Zwecke („Tax Transparency 2014“)¹⁵ spricht in seiner Präambel davon, dass die „**Ära des Bankgeheimnisses für steuerliche Zwecke vorbei**“ sei.

2. Zur Neuregelung des § 38 Abs 2 Z 11 BWG

2.1 Allgemeine Überlegungen

Es ist sinnvoll, die Durchbrechung des Bankgeheimnisses auf konkrete Ermittlungsverfahren zu beschränken (wie in der Neuregelung des § 38 Abs 2 Z 11 BWG vorgeschlagen). Es ist weiters sinnvoll, die Bankabfrage – im Verhältnis zur Befragung des Steuerpflichtigen selbst – subsidiär vorzusehen. Auch dieser Umstand spiegelt sich durch den Verweis auf § 165 BAO in dem vorgeschlagenen Gesetzestext wider; hier könnte aber legislatisch noch nachgeschärft werden und eine klarere bzw eigenständige Ermittlungsrangfolge für die Bankbefragung verankert werden. Nicht ausdrücklich vorgesehen (und daher im Gesetzeswortlaut unzureichend berücksichtigt) sind Informationspflichten gegenüber dem Abgabepflichtigen: Wenn die Abgabenbehörde Informationen von einer Bank – in Durchbrechung des Bankgeheimnisses – erlangen kann, sollte ein Abgabepflichtiger sowohl über den Umstand der „Bankbefragung“ als auch über die erlangten Informationen und deren (ggf angenommene) Steuerrelevanz informiert werden. Aufgrund der Sensibilität von Bankinformationen sollte der im Abgabenverfahren allgemein gültige Grundsatz des Parteienghörs formalisiert verankert werden.

2.2 Verweis auf § 161 BAO nicht sinnvoll

§ 38 Abs 2 Z 11 BWG stellt im ersten Satzteil auf ein Ermittlungsverfahren ab (unter Verweis auf § 165 und § 143 BAO). Der erste Satzteil lässt somit schließen, dass das Bankgeheimnis bei allen Abgabenarten durchbrochen werden kann (dh zB auch in Bezug auf die Verkehrsteuern). § 38 Abs 2 Z 11 zweiter Halbsatz BWG legt den Schluss nahe, es handle sich um eine Einschränkung des ersten Halbsatzes leg cit, weil die Abgabenbehörde – neben den ebendort normierten Voraussetzungen – bei der Veranlagung der Einkommen- und Körperschaftsteuer sowie der Umsatzsteuer „*Bedenken gegen die Richtigkeit der Abgabenerklärung*“ hegen muss. Es wäre jedoch ein Wertungswiderspruch, gerade

¹⁰ Vgl Putzer, Das neue Bankgeheimnis (2010) 151 ff.

¹¹ Jirousek, Die Umsetzung des OECD-Standards der Amtshilfe in Österreich – das neue Amtshilfe-Durchführungsgesetz, SWI 2009, 488 (489).

¹² Kirchmayr/Achatz, Die schwarzen Löcher in der internationalen Steuerwelt, taxlex 2013, 121.

¹³ BGBl I 2009/102.

¹⁴ BGBl I 2012/112.

¹⁵ Abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transparency/GFannualreport2014.pdf> (3.6.2015).

die bedeutsamsten Steuerarten einer Einschränkung zu unterwerfen, zumal eine solche der wörtlichen Textierung nach nur „*bei der Veranlagung*“ der Einkommen- und Körperschaftsteuer sowie der Umsatzsteuer normiert wird und demzufolge die geforderten Bedenken bei Auskunftsbegehren nach der Veranlagung wohl nicht mehr vorliegen können. Dieses – wenig sinnvolle – Ergebnis wird auch durch den Verweis auf § 161 BAO gestützt, der lediglich vor bescheidmäßigem Abspruch über die Abgabenerklärung Anwendung findet.¹⁶ Zudem ist die dem Verweis vorangehende Wortfolge offenkundig der wortgleichen Regelung des § 161 Abs 2 BAO entlehnt, sodass eine direkte Bezugnahme auf Abs 2 *leg cit* geboten schiene.

2.3 § 38 Abs 2 Z 11 letzter Satz BWG: Wiedergabe allgemeiner Verfahrensgrundsätze und Umgehungsverbot

§ 38 Abs 2 Z 11 letzter Satz BWG betrifft Auskunftersuchen, bei denen Steuerpflichtiger und Inhaber des Kontos nicht ident sind. Die Einschränkung des § 38 Abs 2 Z 11 letzter Satz BWG, wonach das Auskunftsverlangen für die Erhebung von Abgaben „*bedeutsam*“ sein müsse, gibt lediglich allgemeine Verfahrensgrundsätze wieder. So findet nämlich die amtswegige Ermittlungspflicht der Abgabenbehörde ihre absolute Grenze ohnedies in der „*Wesentlichkeit*“ der für die Erhebung der Abgaben tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse. Eine Tatsache, die nicht erheblich und für die Abgabenerhebung nicht bedeutsam ist, kann nicht wesentlich iSd § 115 Abs 1 BAO sein und bedarf daher keiner Ermittlung.¹⁷

Darüber hinaus ist fraglich, welche Reichweite die vorgesehene „Vorabbefragung“ des Kontoinhabers hat. Denn dieser ist nicht der Abgabepflichtige, sondern eine Auskunftsperson. Als solcher stehen ihr die Aussageverweigerungsrechte nach § 171 BAO zu. Unklar ist allerdings, inwieweit dieser Bestimmung eine Ausstrahlwirkung dergestalt zukommt, dass bei berechtigter Aussageverweigerung des „*im vorhinein*“ anzuhörenden Dritten (Konto- oder Depotinhaber) der Abgabenbehörde gem § 143 Abs 3 iVm § 171 BAO das anschließende Herantreten an sein kontoführendes Kreditinstitut in Form eines Auskunftsbegehens nach § 38 Abs 2 Z 11 BWG versagt sein muss. Anderenfalls käme es zu einer Umgehung gesetzlicher Aussageverweigerungsrechte des Dritten, der durch § 38 Abs 2 Z 11 letzter Satz BWG in besonderer Weise bei den betreffenden Bankabfragen eingebunden wird.¹⁸

2.4 Keine Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Auskunftsbegehens durch das Kreditinstitut

Kreditinstitute haben nach den Erläuterungen nunmehr „*[...] einem schriftlichen Auskunftersuchen einer Abgabenbehörde auf Öffnung eines Kontos oder Depots ohne weitere Prüfung, ob die Voraussetzungen für ein Auskunftersuchen gegeben sind, nachzukommen [...]*“, wobei die Abgabenbehörde hierfür die „*rechtliche Verantwortung*“ trage. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, dass dem Kreditinstitut nicht nur jedwede Prüfung der Rechtmäßigkeit des formfreien Auskunftsbegehens versagt sein soll, sondern vielmehr eine solche schlechthin unmöglich ist. Es entzieht sich nämlich in aller Regel dessen Kenntnis, ob die nach § 38 Abs 2 Z 11 erster Halbsatz BWG iVm § 165 BAO zunächst gebotene Befragung des Abgabepflichtigen tatsächlich vorgenommen wurde und angesichts deren Erfolglosigkeit ein Auskunftsverlangen an das Kreditinstitut zu richten war oder die erforderlichen Verhandlungen gänzlich unterlassen wurden. Will sich das Kreditinstitut nun nicht der Gefahr einer Zwangsstrafe nach § 111 iVm § 173 Abs 2 BAO aussetzen, so scheidet wohl eine Berufung auf die gesetzliche Verschwiegenheitspflicht nach § 171 Abs 1 lit c BAO iVm § 38 Abs 1 BWG mangels Überprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit des Auskunftersuchens regelmäßig aus. Es wird dem Ersuchen daher im Regelfall – ungeprüft – Folge leisten müssen. Dies kann zu einer Störung der

¹⁶ Vgl Ritz, BAO⁵ (2014) § 161 Rz 11.

¹⁷ Vgl Stoll, BAO-Kommentar 1267.

¹⁸ Diesem Verbot der Umgehung von Verschwiegenheitspflichten dient etwa § 172 Abs 1 BAO, wonach keine Vorlageverpflichtung von Unterlagen besteht, soweit jemand zur Aussageverweigerung berechtigt ist. Vgl Ritz, BAO⁵ (2014) § 171 Rz 5.

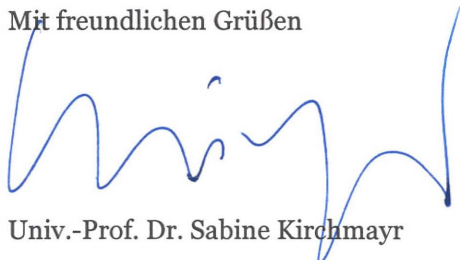
Beziehung des Kreditinstituts zu ihren Kunden und weiters auch zu zivilrechtlichen Haftungsproblemen führen.¹⁹

Es ist anzunehmen, dass die zur Auskunftserteilung aufgeforderten Kreditinstitute umgehend die betroffenen Kunden informieren werden. Dies scheint bereits zivilrechtlich geboten, weil ihnen eine Rechtmäßigkeitsprüfung des Auskunftersuchens nach § 38 Abs 2 Z 11 BWG idR (praktisch) nicht möglich ist und rechtswidrig erteilte Auskünfte Ersatzpflichten auslösen können. Ein solches Vorgehen sollte im Anwendungsbereich der BAO zulässig sein, weil der BAO ein der Bestimmung des § 99 Abs 6 FinStrG vergleichbares Benachrichtigungsverbot fremd und ein solches auch weiterhin ausschließlich im Finanzstrafverfahren vorgesehen ist.

2.5 Kein Rechtsschutz gegen rechtswidrige Auskunftsbegehren im Abgabenverfahren

Unklar bleiben die Sanktionen einer Verletzung von § 38 Abs 2 Z 11 BWG durch die Abgabenbehörde, zumal die BAO – anders als § 98 Abs 4 FinStrG – nach hL²⁰ kein Beweisverwertungsverbot kennt. Auch der VwGH schließt in stRsp die Verwertbarkeit eines Beweismittels selbst dadurch nicht aus, dass es durch eine Rechtsverletzung in den Besitz der Abgabenbehörde gelangt war.²¹ Zwar findet diese Auffassung auch in der deutschen Rechtslage grds Deckung, doch besteht diesfalls ein Einspruchsrecht des zur Auskunftserteilung aufgeforderten Kreditinstituts sowie des Betroffenen selbst, wenn etwa die – nunmehr ja auch in § 38 Abs 2 Z 11 erster Halbsatz BWG vorgesehene – Pflicht zur Vorrangbefragung des Steuerpflichtigen verletzt wurde.²² Da nach der österreichischen Regelung dem Kreditinstitut regelmäßig aber jegliche Prüfung der Rechtmäßigkeit des Auskunftsbegehrens verwehrt sein wird und die Rechtswidrigkeit des Beweismittels angesichts fehlender Sanktionsmechanismen im Abgabenverfahren nicht aufgegriffen werden kann, ergeben sich diesfalls – auch im Vergleich zur deutschen Rechtslage – erhebliche Rechtsschutzdefizite. Im Hinblick darauf, dass § 38 Abs 2 Z 11 BWG in seiner Gesamtheit materiell keine über die allgemeinen Ermittlungsgrundsätze hinausgehenden Erfordernisse vorsieht, käme die Beibehaltung der angedachten Formulierung letztlich einer unbeschränkten Öffnung des Bankgeheimnisses gleich.

Mit freundlichen Grüßen



Univ.-Prof. Dr. Sabine Kirchmayr

¹⁹ Vgl *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht – Band I: Geschäftsbeziehung² (2007) Rz 2/149 ff.

²⁰ Vgl *Stoll*, BAO-Kommentar 1820 sowie *Ritz*, BAO⁵ (2014) § 166 Rz 9.

²¹ VwGH 20.2.2008, 2005/15/0161.

²² Vgl zum fehlenden Verwertungsverbot und Rechtsschutz bei rechtswidrigen Auskunftersuchen nach § 30a Abs 5 AO *Hellwig* in *Hübschmann/Hepp/Spitaler* (Hrsg), AO/FGO Kommentar (157. Lfg) § 30a AO Rz 33 sowie *Seer* in *Tipke/Kruse* (Hrsg), Kommentar zur AO und FGO (132. Lfg) § 93 Rz 34.