

Die Erhebung und Verwertung von Bankinformationen im Abgabenverfahren

Das österreichische Bankgeheimnis (§ 38 Abs 1 BWG) normiert eine Verschwiegenheitspflicht für Kreditinstitute. Im Abgabenverfahren wird diese durch das Aussageverweigerungsrecht des § 171 Abs 1 lit c BAO geschützt. Das Bankgeheimnis kann jedoch für bestimmte Zwecke durchbrochen werden. Die jüngsten Initiativen der OECD führten dazu, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Amtshilfe-Durchführungsgesetzes ein weiteres Loch in die Schutzmauer des Bankgeheimnisses bohrte.¹ Fraglich ist derzeit insbesondere, ob Bankinformationen, die aufgrund einer Durchbrechungsmöglichkeit oder einer rechtswidrigen Erhebung in die Hände der Abgabenbehörde gelangen, von dieser im Abgabenverfahren verwertet werden dürfen.

Von Christoph Marchgraber*

1. Die Erhebung von Bankinformationen unter besonderer Berücksichtigung des ADG

Im Rahmen der Bemühungen der OECD zur Schaffung eines internationalen Transparenzstandards geriet das Bankgeheimnis ins Kreuzfeuer der Kritik.² Länder, die eine Auskunftserteilung in Amtshilfeverfahren unter Berufung auf ihr innerstaatliches Bankgeheimnis ablehnten³, waren mit erhöhtem politischen Druck konfrontiert. Dies führte dazu, dass diese Länder ihre Vorbehalte gegen Art 26 OECD-MA idF 2005 zurückzogen und das Bankgeheimnis im Zusammenhang mit jenen DBA und Tax Information Exchange Agreements (TIEA), die bereits dem neuen Standard folgen, nicht mehr als Ablehnungsgrund zur Verweigerung der Auskunftserteilung heranziehen.⁴ Auch dem österreichischen Bankgeheimnis unterliegende Informationen werden nunmehr im Falle

eines dem neuen OECD-Standard folgenden internationalen Amtshilfeersuchens⁵ der ausländischen Behörde zur Verfügung gestellt. Die notwendige innerstaatliche Möglichkeit der Durchbrechung des Bankgeheimnisses wurde vom Gesetzgeber durch Einführung des Amtshilfe-Durchführungsgesetzes (ADG)⁶ geschaffen.

Das in § 38 Abs 1 BWG normierte Bankgeheimnis verbietet Kreditinstituten, ihren Gesellschaftern, Organmitgliedern, Beschäftigten sowie sonst für sie tätigen Personen Geheimnisse, die ihnen ausschließlich auf Grund der Geschäftsverbindungen mit Kunden oder auf Grund des § 75 Abs 3 BWG anvertraut oder zugänglich gemacht worden sind, zu offenbaren oder zu verwerten. Eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses konnte bisher insbesondere unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 38 Abs 2 und Abs 3 BWG erfolgen.⁷ Das ADG bietet nun eine weitere Rechtsgrundlage zur Durchbrechung des Bankgeheimnisses.⁸ Im Falle eines ausländischen Amtshilfeersuchens sind Kreditinstitute unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, der in Österreich zuständigen Behörde auch solche Informationen zu erteilen, die unter das österreichische Bankgeheimnis fallen.⁹

* Der Autor dankt Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. *Michael Lang*, Univ.-Prof. Dr. *Claus Staringer*, Dr. *Daniela Hohenwarter-Mayr*, LL.M., MMag. *Thomas Ecker*, Mag. *Oliver-Christoph Günther*, LL.B. und Mag. *Johannes Prillinger* für wertvolle Anmerkungen und die kritische Durchsicht des Manuskripts.

1 Vgl schon *Bruckner*, Bankgeheimnis mit Löchern, *persaldo* 2009, H 5, 29.
2 Vgl *Ehrke-Rabell/Kofler*, Gratwanderungen – Das Niemandsland zwischen aggressiver Steuerplanung, Missbrauch und Abgabenhinterziehung, *ÖStZ* 2009, 456 (467 ff) mwN.
3 Das Bankgeheimnis kann nach dem OECD-Musterabkommen seit der Änderung des Art 26 im OECD-Musterabkommen 2005 grundsätzlich nicht mehr als Ablehnungsgrund im abkommensrechtlichen Amtshilfeverfahren herangezogen werden.
4 Vgl zu den Hintergründen *Jirousek* Die Umsetzung des OECD-Standards der Amtshilfe in Österreich – das neue Amtshilfe-Durch-

führungsgesetz, *SWI* 2009, 488 (488 f); *Nolz/Jirousek*, Das neue Amtshilfe-Durchführungsgesetz – Neuerungen beim Bankgeheimnis, *ÖStZ* 2009, 430 (430 ff).

5 Dies gilt nach § 2 Abs 1 ADG für sämtliche auf Grund von Gemeinschaftsrecht, Doppelbesteuerungsabkommen, anderen völkerrechtlichen Verträgen oder sonstigen innerstaatlichen oder im Verhältnis zu ausländischen Gebieten anzuwendenden Rechtsgrundlagen zu leistenden verwaltungsbehördlichen Amtshilfeersuchen.
6 BGBl I 2009/102.
7 Vgl für weitere Durchbrechungsmöglichkeiten *Klein*, Das Bankgeheimnis im österreichischen Privatrecht (2009) 46 ff.
8 Vgl dazu *Kirchmayr/Achatz*, Das neue Bankgeheimnis: Noch immer ein Bollwerk?, *taxlex* 2009, 413 (413).
9 Vgl dazu ausführlich *Staringer/Günther*, Bankgeheimnis und Internationale Amtshilfe in Steuersachen, in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg) Internationale Amtshilfe in Steuersachen, in Druck.

Die Offenlegung von Bankinformationen erfolgt nach dem ADG zum Zweck der internationalen Informationsweitergabe an eine ausländische Behörde. Im Rahmen dieses Informationsaustauschs gelangt aber auch die zuständige innerstaatliche Behörde in den Besitz dieser Informationen. Das ADG bietet die gesetzliche Grundlage dafür, dass Informationen, die aus innerstaatlicher Sicht nach wie vor dem Bankgeheimnis unterliegen, der österreichischen Abgabenbehörde übermittelt werden müssen. Es wäre also denkbar, dass der österreichischen Abgabenbehörde, aufgrund eines internationalen Amtshilfverfahrens, Informationen über einen Steuerpflichtigen bekannt werden, die sie zwar im rein innerstaatlichen Verfahren gegen den betreffende Steuerpflichtigen, aufgrund des Schutzes durch das Bankgeheimnis, nicht erheben hätte können, nun aber im Umweg¹⁰ über das internationale Amtshilfverfahren im innerstaatlichen Verfahren gegen diesen verwenden könnte. Die Frage, ob derartige Informationen, die rechtmäßig in den Besitz der Abgabenbehörde gelangen, einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, drängt sich geradezu auf. Fraglich ist in einem ersten Schritt, ob die durch das Bankgeheimnis eingeschränkte Möglichkeit der Beweiserhebung¹¹ gleichzeitig ein für die Behörde im Abgabenverfahren zu beachtendes Beweisverwertungsverbot impliziert. In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob die grundsätzlich vom Bankgeheimnis geschützten Informationen von der Behörde verwertet werden dürfen; ob das Bankgeheimnis also ein im Abgabenverfahren von der Behörde zu beachtendes Beweisverwertungsverbot begründet.

2. Die Beweiserhebung von Bankinformationen

Der Geheimnisschutz des Bankgeheimnisses richtet sich nach § 38 Abs 1 erster Satz BWG grundsätzlich an Kreditinstitute und mit diesen im Zusammenhang stehende

Personen.¹² Das Bankgeheimnis legt Banken eine allgemeine Auskunftsverweigerungspflicht auf, die im Verhältnis zwischen dem Kreditinstitut und Dritten besteht.¹³ Normadressaten des § 38 Abs 1 erster Satz BWG sind demnach vorrangig Kreditinstitute. Die Ermittlungspflicht der Abgabenbehörde wird durch das Bankgeheimnis nicht eingeschränkt, sondern es kommt lediglich zu verkürzten Ermittlungsmöglichkeiten.¹⁴ Die Abgabenbehörde hat im Abgabenverfahren – anders als im Finanzstrafverfahren¹⁵ – keine Möglichkeit, dem Bankgeheimnis unterliegende Informationen von einem durch die Auskunftsverweigerungspflicht gebundenen Kreditinstitut zu erhalten, ohne dass dieses gegen das Bankgeheimnis verstößt.

Die Befugnisse der Abgabenbehörde sind in den §§ 143 ff BAO festgelegt. Sie ist nach § 143 BAO berechtigt, von jedermann Auskünfte über alle für die Erhebung von Abgaben maßgeblichen Tatsachen zu verlangen. Diese Auskunftspflicht findet ihre Grenzen gem §§ 170-171 BAO in den gesetzlich vorgesehenen Verschwiegenheitspflichten und den damit verbundenen Auskunftsverweigerungsrechten.¹⁶ Während die Bestimmungen des § 170 BAO der Abgabenbehörde bei bestimmten Zeugen ein Vernehmungsverbot auferlegt, normiert § 171 BAO ein Verweigerungsrecht für bestimmte andere Zeugen.¹⁷ Diese Zeugenvernehmungsverbote und Aussageverweigerungsrechte werden durch die Belehrungspflicht der Abgabenbehörde in § 174 BAO zusätzlich betont.¹⁸ Darüber hinaus ist es der Abgabenbehörde natürlich auch untersagt, eine Aussage bescheidmäßig zu erzwingen.¹⁹

Das Bankgeheimnis stellt für Kreditinstitute eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht dar. Im Abgabenverfahren wird diese durch § 170 Abs 1 lit c BAO geschützt. Kreditinstitute können sich im Zuge allgemeiner Aufsichtsmaßnahmen nach den §§ 143 ff BAO auf die ihnen durch § 38 BWG auferlegte Verschwiegenheitspflicht be-

10 Der VfGH bezeichnete schon die finanzstrafrechtliche Beschlagnahme im Zusammenhang mit der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht von berufsmäßigen Parteienvertretern als „Umweg“ (vgl VfGH 3. 12. 1984, VfSlg 10.291). So auch *Harbich*, Einige Fragen der anwaltlichen Verschwiegenheit, AnwBl 1983, 671 (680).

11 Es wäre denkbar, dass ein Kreditinstitut unter Verstoß gegen das Bankgeheimnis Informationen an die Behörde übermittelt. Die Erhebung von dem Bankgeheimnis unterliegenden Informationen ist daher nicht vollständig ausgeschlossen. Vgl dazu auch *Fischerlehner*, Beweisverwertungsverbote im Abgabenverfahren, taxlex 2008, 161 (162).

12 Vgl dazu *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/Schütz/Schütz*, BWG³ (2009) § 38 Rz 13.

13 *Leitner/Toifl/Brandl*, Österreichisches Finanzstrafrecht³ (2008) 608.

14 So auch *Joklik-Fürst*, Berufsgeheimnisse: Außenprüfung contra Verschwiegenheitspflicht, SWK 2010, S 742 (S 744); vgl weiters *Schilcher*, Grenzen der Mitwirkungspflichten im Lichte des Gemeinschaftsrechts (2009) 60; *Ritz*, BAO³ § 115 Tz 11.

15 Der Schutz des Bankgeheimnisses wird durch § 38 Abs 2 BWG in bestimmten Fällen durchbrochen. Eine Ausnahme vom Bankgeheimnis ist für jene Fälle vorgesehen, welche im Zusammenhang mit eingeleiteten verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren wegen vorsätzlicher Finanzvergehen, ausgenommen Finanzordnungswidrigkeiten, stehen. Zu den Voraussetzungen der Durchbrechung des Bankgeheimnisses bei Finanzstrafverfahren siehe *Leitner/Toifl/Brandl*, Österreichisches Finanzstrafrecht³ 608 ff; *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/Schütz/Schütz*, BWG³ § 38 Rz 13.

16 Vgl *Stoll*, BAO-Kommentar (1994) 1603 ff; *Ritz*, BAO³ § 143 Tz 8 ff.

17 Vgl zu der Unterscheidung zwischen den Beweiserhebungsverboten des § 170 BAO und den Aussageverweigerungsrechten des § 171 BAO ausführlich *Stoll*, BAO-Kommentar, 1805.

18 Siehe *Stoll*, BAO-Kommentar, 1846.

19 Vgl *Stoll*, Auskunftspflichten und Geheimnisschutz im Abgabenrecht, in *Ruppe* (Hrsg) Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 185 (209); *derselbe*, BAO-Kommentar, 1805.

rufen, soweit sie davon nicht rechtsgültig entbunden wurden.²⁰ Die Abgabenbehörde trifft gem § 143 Abs 3 BAO iVm § 174 BAO darüber hinaus die Pflicht, Auskunftspersonen über ihre Auskunftsverweigerungsgründe zu belehren.²¹ Trifft die jeweilige Auskunftsperson eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht, ist die Abgabenbehörde nicht berechtigt, die Herausgabe der Informationen durch Verhängung einer Zwangsstrafe nach § 111 BAO zu erzwingen.²² Die Abgabenbehörde hat also keine Möglichkeit die Herausgabe von Informationen, die dem Bankgeheimnis unterliegen, rechtlich durchzusetzen.²³ Sie darf durch Einvernahme von Auskunftspersonen oder Zeugen nicht die Offenlegung von Sachverhalten erwirken, die durch § 171 BAO geheimnisgeschützt sind.²⁴

Der Unterschied zwischen den Bestimmungen der § 170 und § 171 BAO ist in diesem Zusammenhang fließend.²⁵ Schließlich verpflichtet § 174 BAO die Abgabenbehörde, Auskunftspersonen und Zeugen über ihr Aussageverweigerungsrecht zu belehren, was einer amtswegigen Wahrung des Bankgeheimnisses äußerst nahe kommt.²⁶ Darüber hinaus ist es der Abgabenbehörde sowohl bei Sachverhalten, die einem Vernehmungsverbot oder aber auch einem Aussageverweigerungsrecht unterliegen, untersagt, eine Offenlegung zu erwirken. Das Bankgeheim-

nis stellt für die Beweiserhebung im Abgabenverfahren der BAO demnach eine unüberwindbare Hürde dar.²⁷

3. Die Beweiserwertung von Bankinformationen

3.1 Der Schutz des Bankgeheimnisses bei Durchbrechung nach dem ADG

Die Verabschiedung des ADG schlug im österreichischen Schrifttum hohe Wellen.²⁸ Neben den zukünftigen Auswirkungen bei internationalen Amtshilfeverfahren lässt das ADG noch zahlreiche Zweifelsfragen offen.²⁹ Die hier relevante Frage ist, ob durch ein internationales Auskunftersuchen das Bankgeheimnis aufgrund des ADG für die betroffenen Informationen aufgehoben oder nur für Zwecke der Informationsweitergabe ins Ausland durchbrochen wird. Nach dem Bericht des Finanzausschusses des Nationalrats³⁰ ist es das Ziel des ADG, „dem neuen Standard der Amtshilfeleistung ohne Beeinträchtigung der für den rein innerstaatlichen Rechtsbereich geltenden Rechtsgrundsätze hinsichtlich der Schutzwirkung des Bankgeheimnisses zum Durchbruch zu verhelfen.“ Das ADG soll ferner das Bankgeheimnis im innerstaatlichen Anwendungsbereich nicht berühren³¹, sondern derogiert nur im Anwendungsbe-

20 Ebenso zur gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht von Notaren, Rechtsanwälten und Wirtschaftstreuhändern VwGH 21. 5. 1964, 0184/64; VwGH 19. 5. 1993, 91/13/0249. Vgl auch Stoll, BAO-Kommentar, 1603.

21 Vgl Stoll, BAO-Kommentar, 1806; derselbe, Die Erfüllung abgabenverfahrensgesetzlicher Erklärungs-, Offenlegungs- und Wahrheitspflichten als unzulässige finanzstrafrechtliche Selbstbeschuldigung, ÖStZ 1985, 122 (125); Kirchmayr, Schutzwürdige Interessen Dritter im Abgabenverfahren, in Holoubek/Lang (Hrsg) Allgemeine Grundsätze des Verwaltungs- und Abgabenverfahrens (2006) 477 (484); Unger, Der Geheimnisschutz im Abgabenverfahrensrecht (2007) 39.

22 Stoll, BAO-Kommentar, 1202; Ritz, BAO³ § 111 Tz 3.

23 Dies gilt nicht nur für mündliche Auskünfte, sondern auch für die nach § 164 BAO subsidiär zu verlangende Vorlage von Unterlagen, die für die Feststellung von Abgabenansprüchen von Bedeutung sein könnten. Die Verpflichtung zur Herausgabe abgabenrechtlich relevanter Unterlagen nach § 172 Abs 1 und § 143 Abs 2 BAO gilt nämlich nur insoweit, als der Zeuge oder die Auskunftsperson im Falle einer Zeugenpflicht zur Aussage verpflichtet wäre. Siehe dazu Stoll, BAO-Kommentar, 1601; Schaubmair, Zeugen-Vorlagepflicht, in Koller/Schuh/Woischitzschlagger (Hrsg) Handbuch zur Praxis der steuerlichen Betriebsprüfung (2000) § 172 BAO, 1 f.

24 Vgl Stoll, BAO-Kommentar, 1806; Unger, Geheimnisschutz, 39.

25 So ist für Stoll auch die Amtswegigkeit der Berücksichtigung des Vernehmungsverbots iSd § 170 BAO nur relativ, da die Abgabenbehörde im allgemeinen keine Kenntnis darüber haben kann, welche Fragenbereiche von einem Amtsgeheimnis erfasst sind (Stoll, BAO-Kommentar, 1803).

26 Ein Unterschied wird sich letztlich lediglich daraus ergeben, dass bei von § 170 BAO geschützten Sachverhalten eine Beweiserhebung durch die Abgabenbehörde selbst dann unzulässig ist, wenn die betreffende Auskunftsperson – trotz aufrechten Verbots – zur Aussage bereit wäre, während der freiwillige (aber natürlich dennoch unrechtmäßige) Verzicht des Kreditinstituts sich auf das Aussageverweigerungsrecht des § 171 Abs 1 lit c BAO zu berufen, eine recht-

mäßige Beweiserhebung darstellt. Vgl Stoll, BAO-Kommentar, 1795 und 1797; Jabornegg/Strasser/Floretta, Das Bankgeheimnis (1985) 114.

27 So Laurer in Laurer/Borns/Strobl/Schütz/Schütz, BWG³ § 38 Rz 23.

28 Vgl Bergmann, Die Umsetzung des OECD-Standards in Österreich zur Ermöglichung der Internationalen Amtshilfe auch bei Bankdaten, in Lang/Weinzierl (Hrsg) Europäisches Steuerrecht, FS Rödler (2010) 111 (111 ff); Bruckner, persaldo 2009, H 5, 29; Fraberger/Petritz/Eberl, Bankgeheimnis neu – ungeklärte Fragen Teil 1, RdW 2009, 883 (883 ff); dieselben, Bankgeheimnis neu – ungeklärte Fragen Teil 2, RdW 2010, 61 (61 ff); Fellner, Ende des Bankgeheimnisses für Ausländer, SWK 2009, T 187 (T 187 ff); Jirousek, SWI 2009, 488 ff; Kerres/Pröll, Das ADG 2009 und der Informationsaustausch nach OECD-MA, Aufsichtsrat aktuell 2009, H 6, 10 (10 ff); dieselben, Aktuelle Entwicklungen zum Bankgeheimnis, ecolex 2009, 623 (623 ff); Lafite/Vondrak/Gruber, Spiel mir das Lied vom Tod, Bankgeheimnis!, ecolex 2010, 82 (82 ff); Lehofer/Pilnacek, Lockerung des Bankgeheimnisses im zweiten Anlauf beschlossen, ÖJZ 2009/85; Moritz, Das neue Amtshilfe-Durchführungsgesetz – Ende des Bankgeheimnisses für Ausländer, VWT 2009, 223 (223 f); Nolz/Jirousek, ÖStZ 2009, 430 ff; Rasner/Wittmann, E tu, Brute? Das österreichische Bankgeheimnis im Wandel, GeS 2009, 307 (307 ff); Staringer, Rechtsfragen zum neuen Bankgeheimnis, in Lang/Weinzierl (Hrsg) Europäisches Steuerrecht – FS Rödler (2010) 885 (885 ff); Twardosz, Amtshilfe nach Diebstahl von Kontodaten?, DiePresse 2010/06/06.

29 Vgl nur Fraberger/Petritz/Eberl, RdW 2009, 883 ff; dieselben, RdW 2010, 61 ff.

30 Bericht des Finanzausschusses über den Antrag 681/A der Abgeordneten Dkfm. Dr. Günter Stummvoll, Kai Jan Krainer, Kolleginnen und Kollegen betreffend ein Bundesgesetz über die Umsetzung der OECD-Grundsätze der internationalen abgabenrechtlichen Amtshilfe (Amtshilfe-Durchführungsgesetz – ADG). Vgl AB 323 BIGNr XXIV. GP, 2.

31 AB 323 BIGNr XXIV. GP, 5.

reich der internationalen Amtshilfe als Spezialnorm den generellen Bestimmungen über das Bankgeheimnis.³² Daraus lässt sich aus einer rein innerstaatlichen Perspektive ableiten, dass in Bezug auf die Schutzwirkung des Bankgeheimnisses keine Änderung eintritt.³³ Das ADG führt also nicht dazu, dass das Bankgeheimnis für Informationen, die bei internationalen Amtshilfeersuchen an die ausländische Behörde übermittelt werden, vollständig aufgehoben ist, sondern durchbricht das Bankgeheimnis ausschließlich für den internationalen Informationsaustausch. Die Bestimmung des § 38 Abs 1 zweiter Satz BWG, wonach das Bankgeheimnis bei dem betreffenden Organ der Behörde als Amtsgeheimnis weiter zu wahren ist, gilt daher auch in jenem Fall, in dem die inländische Behörde Informationen, die dem Bankgeheimnis unterliegen, mittels eines Verfahrens nach dem ADG erlangt.

3.2 Das Bankgeheimnis als Amtsgeheimnis

Das Bankgeheimnis verhindert nicht, dass geschützte Bankinformationen nicht doch in den Besitz der Abgabenbehörde gelangen. Neben der bereits aufgezeigten Möglichkeit der Offenlegung von Informationen bei internationalen Amtshilfeersuchen über die Bestimmungen des ADG wäre es auch denkbar, dass Kreditinstitute gegen ihre Auskunftsverweigerungspflicht verstoßen³⁴ und die Informationen auf diesem Weg in die Hände der Behörde gelangen oder die Bankdaten – etwa durch Datendiebstahl – durch einen Dritten der Abgabenbehörde zugänglich gemacht werden.³⁵ Gelangen Organe von (Abgaben-)Behörden über einen der aufgezeigten Wege an Informationen, die dem Bankgeheimnis unterliegen, so normiert § 38 Abs 1 zweiter Satz BWG, dass diese Bankinformationen bei dem betreffenden Organ der (Abgaben-)Behörde als Amtsgeheimnis zu wahren sind. Das Amtsgeheimnis iSd § 48a BAO unterscheidet sich jedoch insbesondere aufgrund der unterschiedlich ausgestalteten Durchbrechungstatbestände vom Bankgeheimnis iSd § 38 BWG. Es ist daher zu untersuchen, ob

das Bankgeheimnis in ein Amtsgeheimnis iSd § 48a BAO umgewandelt wird oder ob eine Weitergabe der Informationen weiterhin nur unter den Voraussetzungen einer rechtmäßigen Durchbrechung des Bankgeheimnisses zulässig ist. Sind das Organ, das die dem Bankgeheimnis unterliegenden Informationen besitzt, und jenes Organ, das diese Informationen in einem Verfahren verwerten möchte, nicht ident, so stellt sich zusätzlich die Frage, ob eine Übermittlung der Information zwischen diesen Organen zu einer Verletzung des durch § 38 Abs 1 zweiter Satz BWG normierten (Bank-)Amtsgeheimnisses führt. Die abgabenrechtliche Geheimhaltungspflicht darf nach § 48a Abs 4 lit a BAO zur Durchführung eines Abgaben- oder Finanzstrafverfahrens durchbrochen werden.³⁶ Die Abgabenbehörde ist daher grundsätzlich berechtigt, Informationen, die dem Amtsgeheimnis unterliegen, für Zwecke eines Abgaben- oder Finanzstrafverfahrens zu verwerten oder an die verfahrenszuständige Behörde weiterzuleiten. Nach § 38 Abs 1 zweiter Satz BWG ist bei Bankinformationen das Bankgeheimnis als Amtsgeheimnis zu wahren. Es ist daher das Verhältnis zwischen der Bestimmung zur Durchbrechung der abgabenrechtlichen Geheimhaltungspflicht des § 48a Abs 4 lit a BAO und jener zur Weitergeltung des Bankgeheimnisses als Amtsgeheimnis gem § 38 Abs 1 zweiter Satz BWG zu beurteilen. *Doralt* kommt dabei zum Ergebnis, dass § 38 Abs 1 zweiter Satz BWG hier der Vorrang einzuräumen ist.³⁷ Dies sieht er auch dadurch bestätigt, dass die Verschwiegenheitspflicht der Bank der abgabenrechtlichen Auskunftspflicht gem § 143 Abs 1 BAO vorgeht.³⁸ Diese Ansicht wird von *Stoll* geteilt, weil gem § 38 Abs 1 zweiter Satz BWG das Bankgeheimnis inhaltlich in der Art und in dem Umfang zum Amtsgeheimnis wird, wie es dem Bankgeheimnis selbst entspricht.³⁹ Das Bankgeheimnis wird durch die Bestimmung des § 38 Abs 1 zweiter Satz BWG demnach nicht in ein Amtsgeheimnis iSd § 48a BAO umgewandelt, sondern ist weiterhin inhaltlich in vollem Umfang bei dem jeweiligen Organ zu wahren. Eine Informationsweitergabe an eine andere Behörde oder an ein anderes Organ derselben Behörde⁴⁰ ist

32 AB 323 BIGNr XXIV. GP, 3.

33 So auch *Jirousek*, SWI 2009, 494.

34 Zu den Rechtsfolgen auf Seiten der Kreditinstitute siehe *Schobel*, Verletzung von Geheimnispflichten durch Banken, ÖBA 2004, 8 (8 ff) mwN.

35 Vgl nur die Diskussionen im deutschen Schrifttum rund um die Steuerdaten-CDs im Zusammenhang mit Liechtensteinischen und Schweizer Bankdaten: *Göres/Kleinert*, Die Liechtensteinische Finanzaffäre – Steuer- und strafrechtliche Konsequenzen, NJW 2008, 1353 (1353 ff); *Salditt*, Verwertungsverbot: Liechtenstein: Fragen und Argumente, PStR 2008, 84 (84 ff); *Schünemann*, Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, NSTZ 2008, 305 (305 ff); *Sieber*, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein – Fragen und erste Antworten, NJW 2008, 881 (881 ff); *Spatschek/Alvermann*, Steuerfahndung ohne Grenzen? – Ausländermittlungen im Steuer- und Strafverfahren, IStR 2001, 33 (33 ff); *Weinreich*,

Die Verwertbarkeit von Ermittlungsergebnissen des Steuerstrafverfahrens für Besteuerungsverfahren der Bankkunden, DStR 2002 1925 (1925 ff); *Werner*, „Steuerdaten-Affäre Schweiz“, IWB 2010, 164 (164 ff).

36 Vgl *Langheinrich/Ryda*, FJ 2010, 12 f.

37 *Doralt*, Das Bankgeheimnis im Abgabenverfahren, 35 f.

38 *Doralt* verweist dabei auf *Stoll*, BAO-Kommentar, 395.

39 *Stoll*, BAO-Kommentar, 527.

40 Vgl *Sommer/Hirsch* in *Dellinger* (Hrsg) BWG § 38 Rz 160; *Roth/Fitz*, Anonymität, Identitätsfeststellung und Bankgeheimnis, ÖBA 1996, 409 (419 f); *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis, 72; *Doralt*, Das Bankgeheimnis im Abgabenverfahren, 33; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg) Bankvertragsrecht I², 2/58; *Langheinrich/Ryda*, Das Verhältnis der abgabenrechtlichen Geheimhaltungspflicht zu Amtsgeheimnis und Amtsverschwiegenheit (Teil II), FJ 2010, 48 (48); *Ritz*, BAO³ § 48a Rz 22 mwN.

daher nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen einer Durchbrechung zulässig.⁴¹

3.3 Die Rechtsprechung des VwGH

Es stellt sich die Frage, ob dem Bankgeheimnis unterliegende Informationen, die in den Besitz der Abgabenbehörde gelangen, von dieser Behörde in einem Abgabenverfahren verwertet werden dürfen.⁴² Die Rechtsprechung des VwGH zum Abgabenverfahrensrecht spricht hier klare Worte: Das Gesetz knüpft an die Verletzung des Bankgeheimnisses kein Beweisverwertungsverbot.⁴³ *Fischerlehner* geht jedoch davon aus, dass diese Rechtsprechung des VwGH veraltet ist und nicht mehr aufrecht erhalten werden kann.⁴⁴ Er stützt sich darauf, dass sich der VwGH in seiner bisherigen Rechtsprechung⁴⁵ nur mit § 23 KWG 1979 auseinanderzusetzen hatte. Diese Bestimmung ist aber mit Art I des Finanzmarktanpassungsgesetzes 1993⁴⁶ außer Kraft getreten. Diese Auffassung erscheint jedoch zu kurz gegriffen: In seiner Entscheidung vom 24. Juni 1986⁴⁷ erachtete der VwGH den Vorwurf, die belangte Abgabenbehörde habe das Bankgeheimnis verletzt, schon deshalb als irrelevant, weil das Gesetz an eine Verletzung des Bankgeheimnisses kein Beweisverwertungsverbot knüpft. Selbst wenn die Abgabenbehörde Bankinformationen aufgrund rechtswidriger Beweiserhebungsmaßnahmen erlangt, wird die Verwertung derartiger Beweismittel dadurch nicht ausgeschlossen.⁴⁸ Diese Rechtsansicht bestätigte der VwGH auch in seiner Entscheidung vom 6. Juni 1990.⁴⁹ Ein Beweisverwertungsverbot sei dem Abgabenrecht nur auf dem Gebiet des Finanzstrafrechts bekannt. Nach den Bestimmungen der BAO sei hingegen ein solches Beweisverwertungsverbot nicht vorgesehen. Die Argumentation des VwGH in den angesprochenen Erkenntnissen stützt sich also ausschließlich darauf, dass sich im Abgabenverfahrensrecht

kein explizit normiertes Beweisverwertungsverbot findet. Da es mit dem Finanzmarktanpassungsgesetz 1993 darüber hinaus lediglich zu einer formellen Neufassung des § 23 KWG in § 38 BWG kam⁵⁰, ist nicht ersichtlich, warum die dargelegten Argumente des VwGH nicht auch für die neue Rechtslage vorgebracht werden können.

In seiner verwaltungs(straf)rechtlichen Rechtsprechung macht der VwGH die Existenz eines Beweisverwertungsverbots davon abhängig, ob ein solches im Gesetz ausdrücklich angeordnet ist oder es sich aus dem Schutzzweck der verletzten Norm ableiten lässt.⁵¹ Nach seiner ständigen, in Abgabensachen ergangenen Rechtsprechung wird die Verwertbarkeit eines Beweismittels nicht dadurch ausgeschlossen, dass es durch eine Rechtsverletzung in den Besitz der Abgabenbehörde gelangte.⁵² In der Frage, ob die Verletzung des Bankgeheimnisses ein für die Abgabenbehörde zu beachtendes Beweisverwertungsverbot begründet, begnügt sich der VwGH mit der Feststellung, dass das Gesetz an die Verletzung des Bankgeheimnisses kein Beweisverwertungsverbot knüpft.⁵³ Dem in seiner verwaltungs(straf)rechtlichen Rechtsprechung regelmäßig untersuchten Schutzzweck der jeweiligen Norm widmet der VwGH dabei keinen Raum. Gerade bei beruflichen Verschwiegenheitspflichten – wie es auch die das Bankgeheimnis normierende Bestimmung des § 38 BWG ist – ließe der Schutzzweck der jeweiligen Norm aber möglicherweise eine gegenteilige Interpretation zu.⁵⁴ Daher soll in weiterer Folge der Schutzzweck des Bankgeheimnisses ins Zentrum der Frage rücken, ob sich aus § 38 BWG ein Beweisverwertungsverbot ergeben kann.

3.4 Beweisverwertungsverbot bei Bankinformationen?

Der Zweck des Bankgeheimnisses ist die Schaffung einer Vertrauensbasis zwischen dem Kreditinstitut und seinen Kunden.⁵⁵ Das Bankgeheimnis soll sicherstellen, dass

41 So auch *Sommer/Hirsch* in *Dellinger* (Hrsg) BWG (2007) § 38 Rz 124; *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis, 70 und 124 f; *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/Schütz/Schütz*, BWG³ § 38 Rz 8; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg) Bankvertragsrecht I², 2/58; *Ortner*, Das Bankgeheimnis (1995) 63 f; *Schaubmair*, Bankgeheimnis, in *Koller/Schub/Woischitzschläger* (Hrsg) Handbuch zur Praxis der steuerlichen Betriebsprüfung (2010) § 171 Abs 1 lit c BAO, 7.
 42 Für die Frage der Verwertung kann es nach *Apathy* keinen Unterschied machen, ob die Verwertung des Beweises von jenem Organ vorgenommen wird, welches die Informationen ursprünglich erlangte oder von einem anderen Organ derselben oder gar einer anderen Behörde (vgl *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol* [Hrsg] Bankvertragsrecht I², 2/144).
 43 VwGH 24. 6. 1986, 83/14/0174; VwGH 6. 6. 1990, 89/13/0262. Kritisch *Sommer/Hirsch* in *Dellinger* (Hrsg) BWG, § 38 Rz 208 (FN 577); *Arnold*, AnwBl 1990, 635.
 44 *Fischerlehner*, taxlex 2008, 162.
 45 VwGH 24. 6. 1986, 83/14/0174; VwGH 6. 6. 1990, 89/13/0262.
 46 BGBl 1993/532.
 47 VwGH 24. 6. 1986, 83/14/0174.
 48 VwGH 4. 6. 1986, 85/13/0050.

49 VwGH 6. 6. 1990, 89/13/0262.

50 Vgl *Kerres/Pröll*, Aktuellen Entwicklungen zum Bankgeheimnis, *ecolex* 2009, 623 (623); *Klein*, Bankgeheimnis im Privatrecht, 46; *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/Schütz/Schütz*, BWG³ § 38 Rz 2; *Sommer/Hirsch* in *Dellinger* (Hrsg) BWG § 38 Rz 5.

51 VwGH 27. 11. 1979, 0855/79; VwGH 8. 10. 1984, 84/10/0191; VwGH 9. 7. 1992, 92/06/0007; VwGH 24. 3. 1993, 92/03/0229; VwGH 5. 7. 1993, 91/10/0130; VwGH 2. 3. 1995, 94/19/0718; VwGH 26. 6. 2000, 96/17/0362; VwGH 12. 9. 2001, 98/03/0057. Vgl dazu näher *Marchgraber*, Internationale Amtshilfe in Steuersachen und Beweisverwertungsverbote, in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg) Internationale Amtshilfe in Steuersachen, in Druck.

52 VwGH 20. 1. 1967, 0564/65; VwGH 22. 5. 1978, 0357/78; VwGH 24. 6. 1986, 83/14/0174; VwGH 6. 6. 1990, 89/13/0262; VwGH 20. 2. 1992, 90/16/0156; VwGH 24. 2. 1993, 91/13/0198; VwGH 16. 3. 1993, 89/14/0281; VwGH 20. 2. 2008, 2005/15/0161; VwGH 17. 11. 2010, 2007/13/0078.

53 VwGH 24. 6. 1986, 83/14/0174; VwGH 6. 6. 1990, 89/13/0262.

54 Vgl aufgrund des Schutzzwecks des § 38 BWG ein Beweisverwertungsverbot bejahend *Schenk*, Beweisverwertungsverbote, 121; *Jabornegg*, Aktuelle Fragen des Bankgeheimnisses, ÖBA 1997, 663

dem Kreditinstitut anvertraute Informationen dritten Personen nicht zugänglich gemacht werden.⁵⁶ Der staatliche Zugriff auf Bankinformationen wird auf die vorgesehenen Ausnahmefälle beschränkt.⁵⁷ Wenn nun aber der Schutzzweck des Bankgeheimnisses darin zu sehen ist, dass die geschützten Informationen dritten Personen – also auch der Abgabenbehörde – nicht zugänglich gemacht werden sollen, so könnte dies einen Fall darstellen, in dem sich, entsprechend der verwaltungs(straf) rechtlichen Rechtsprechung des VwGH, aus dem Schutzzweck der verletzten Norm ein Beweisverwertungsverbot ableiten ließe.^{58, 59} Der VwGH stellt zwar auf den Schutzzweck der *verletzten* Norm ab. Ob sich aus dem Bankgeheimnis ein im Abgabenverfahren zu beachtendes Beweisverwertungsverbot ableiten lässt, kann letztlich aber nicht davon abhängen, ob die Informationen unter *Verletzung* des Bankgeheimnisses in die Hände der Abgabenbehörde gelangen oder die Bankinformationen aufgrund einer gesetzlich vorgesehenen *Durchbrechungsmöglichkeit* offengelegt werden. In beiden Fällen ist die Antwort in der Interpretation des § 38 BWG zu suchen. Das Bankgeheimnis normiert eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht für Kreditinstitute und damit in Verbindung stehende Personen. Die Behörde wird durch das Bankgeheimnis in ihren Ermittlungshandlungen eingeschränkt. Bei einer Verletzung des Bankgeheimnisses seitens des Kreditinstituts hätte dieses die rechtlichen Konsequenzen zu tragen.⁶⁰ Die Frage der Beweisverwertung von offenbarten Bankinformationen stellt sich dabei aber genauso, wie in einem Fall, wo der Abgabenbehörde Bankinformationen aufgrund einer gesetzlich vorgesehenen Durchbrechungsmöglichkeit – wie dem ADG – bekannt werden. Nach § 38 Abs 1 zweiter Satz BWG hat die Abgabenbehörde in jedem Fall das Bankgeheim-

nis als Amtsgeheimnis weiter zu wahren. Der Schutz des Bankgeheimnisses wird durch eine Verletzung seitens des Kreditinstituts oder die Offenlegung aufgrund einer gesetzlich vorgesehenen Durchbrechungsmöglichkeit demnach zwar geschmälert. Durch die Weiterwirkung des Bankgeheimnisses bei der Abgabenbehörde wird der Schutz dadurch aber nicht vollständig ausgehöhlt.⁶¹ Einer Verwertung der offengelegten Bankinformationen steht der Wortlaut der Bestimmung jedoch nicht entgegen.⁶² Vielmehr wird der Abgabenbehörde nach § 38 Abs 1 zweiter Satz BWG dieselbe Verpflichtung auferlegt, die bereits das Kreditinstitut trifft: Die Abgabenbehörde hat das Bankgeheimnis als Amtsgeheimnis weiter zu wahren. Die Informationsweitergabe ist ihr – ohne rechtmäßige Durchbrechungsmöglichkeit – daher untersagt, nicht jedoch die (eigene) Verwertung der Bankinformationen.

Wenngleich der Wortlaut des § 38 BWG einer Beweisverwertung somit nicht entgegenstehen würde, kann sich ein Beweisverwertungsverbot immer noch aus einer teleologischen Interpretation der Bestimmung ergeben. Sieht man den Sinn und Zweck des Bankgeheimnisses in der Schaffung eines Vertrauensverhältnisses zwischen Kreditinstitut und Kunden, könnte dieser Zweck einer Verwertbarkeit von der Abgabenbehörde (unrechtmäßig) offengelegten Bankinformationen entgegenstehen. Dem wird von *Jabornegg/Strasser/Floretta* aber entgegengehalten, dass der Schutzzweck des § 38 BWG insofern nicht als Begründung für ein Beweisverwertungsverbot herangezogen werden kann, als der Zweck des Bankgeheimnisses – ein Vertrauensverhältnis zwischen Kreditinstitut und Kunden herzustellen und zu schützen – durch den Vertrauensbruch der Bank bereits leerläuft.⁶³ Bricht eine Bank nämlich das in sie gesetzte Vertrauen, indem sie dem Bankgeheimnis unterliegende Informatio-

(663 f); *Ritz*, BAO³ § 166 Tz 10; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg) Bankvertragsrecht I² (2007) 2/144; *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Das Bankgeheimnis (1985) 124 f.

- 55 ErlRV 844 BlgNR 14. GP, 39; ebenso ErlRV 1130 BlgNR 18. GP, 143; ErlRV 1230 BlgNR 20. GP, 34 zu § 41 Abs 6 BWG. Vgl auch *Flora*, Das Bankgeheimnis im gerichtlichen Verfahren (2007) 3 mwN; *Klein*, Bankgeheimnis im Privatrecht, 40 f und 62 f; *Ulrich*, Überlegungen zum Bankgeheimnis, in *Ruppe* (Hrsg) Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 283 (283 f). Allgemein zum Zweck des Bankgeheimnisses in Bezug auf das Abgabenverfahren *Doralt*, Das Bankgeheimnis im Abgabenverfahren, 30 ff.
- 56 ErlRV 844 BlgNR 14. GP, 49. Vgl auch *Sommer/Hirsch* in *Dellinger* (Hrsg) BWG § 38 Rz 7; *Klein*, Bankgeheimnis im Privatrecht, 37; *Schenk*, Beweisverwertungsverbote im Abgabenrecht (2006) 121.
- 57 *Sommer/Hirsch* in *Dellinger* (Hrsg) BWG § 38 Rz 9; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg) Bankvertragsrecht I², 2/1.
- 58 So *Schenk*, Beweisverwertungsverbote, 121.
- 59 Ein explizites Beweisverwertungsverbot für dem Bankgeheimnis unterliegende Informationen findet sich in § 41 Abs 6 BWG hinsichtlich der von der Behörde (§ 6 SPG) aufgrund § 41 Abs 1, 2 oder 5 BWG ermittelten Daten (Kritisch zu dieser Bestimmung

Fellner, Steuerhinterziehung und Bankgeheimnis, RdW 2000, 244 [244 ff]). Der Gesetzgeber selbst geht in den Materialien zu dieser Bestimmung davon aus, dass sich Beweisverwertungsverbote mit dem Vertrauensschutz der Kunden gegenüber Kredit- und Finanzinstituten begründen lassen (ErlRV 1130 BlgNR 18. GP, 143; vgl auch *Fellner*, Nochmals: Internationale Steuerrechtsamtshilfe, ÖStZ 1996, 109 [109 ff]).

- 60 Vgl *Schobel*, ÖBA 2004, 8 ff; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg) Bankvertragsrecht I², 2/149 ff.
- 61 Nichts anderes gilt, wenn die Abgabenbehörde ihrerseits das Bankgeheimnis verletzt und die Informationen unter Verstoß gegen § 38 BWG – bspw an eine andere Behörde – weiterleitet.
- 62 Aus dem Begriff „Verwertung“ in § 38 BWG und § 48a BAO kann ein Beweisverwertungsverbot für die Abgabenbehörde nicht gefolgt werden. Diesem Begriff liegt in den jeweiligen Bestimmungen eine völlig andere Bedeutung – nämlich im Sinne einer wirtschaftlichen Verwertung – zugrunde. Vgl zu § 38 BWG *Sommer/Hirsch* in *Dellinger* (Hrsg) BWG § 38 Rz 56 f; zu § 48a BAO *Stoll*, BAO-Kommentar, 527 f.
- 63 *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis, 114. Anders aber offenbar *Schenk*, Beweisverwertungsverbote, 121.

nen rechtswidriger Weise an die Abgabenbehörde weitergibt, ist das durch § 38 BWG intendierte Vertrauensverhältnis bereits zerstört. Dieser Vertrauensbruch kann nicht dadurch wieder hergestellt werden, dass die Bankinformationen bei der Abgabenbehörde einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.⁶⁴ Eine solche Sicht scheint im Ergebnis auch der VwGH anzustellen, wenn er bei einer Verletzung des Bankgeheimnisses durch das Kreditinstitut ein Beweisverwertungsverbot verneint.⁶⁵ Allerdings sprechen gute Gründe für ein Beweisverwertungsverbot, wenn die Herausgabe von Bankinformationen durch das Kreditinstitut aufgrund einer gesetzlich zulässigen Durchbrechung des Bankgeheimnisses erfolgt. In einem solchen Fall kommt es nämlich durch die Herausgabe der Bankinformationen gerade nicht zu einer Verletzung des Vertrauensverhältnisses zwischen Bank und Kunde, weil der Bankkunde von vornherein davon ausgehen musste, dass das Kreditinstitut bei einer zulässigen Durchbrechung des Bankgeheimnisses zur Herausgabe der Bankinformationen verpflichtet ist. Daher würde erst die Verwertung der auf diesem Weg erhaltenen Bankinformationen den Vertrauensbruch entstehen lassen. Werden der österreichischen Abgabenbehörde Bankinformationen beispielsweise im Rahmen eines Amtshil-

feverfahrens – aufgrund der Durchbrechung des Bankgeheimnisses durch das ADG – bekannt, würde die Verwertung der auf diesem Weg erhaltenen Bankinformationen im innerstaatlichen Abgabenverfahren – neben der zulässigen Weiterleitung an die ausländische anfragende Behörde – einen Vertrauensbruch herbeiführen.⁶⁶ Für Zwecke der Durchführung eines nationalen Abgabenverfahrens sieht das Gesetz nämlich keine Durchbrechung des Bankgeheimnisses vor, weshalb Bankkunden ein berechtigtes Vertrauen darauf haben, dass Bankinformationen nicht für Zwecke eines nationalen Abgabenverfahrens vom Kreditinstitut herausgegeben werden. Würden nun aber Bankinformationen, die aufgrund einer gesetzlich zulässigen Durchbrechung des Bankgeheimnisses in die Hände der Abgabenbehörde gelangen, nicht für andere als durch den Durchbrechungstatbestand vorgesehene Zwecke einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, würde das Vertrauen des Bankkunden zerstört und damit der Sinn und Zweck des § 38 BWG aufgrund der Durchbrechungsmöglichkeit vollständig unterlaufen werden.⁶⁷ Auch der Bericht des Finanzausschusses zum ADG stützt diese Argumentation.⁶⁸ Das ADG soll nämlich gerade keine Beeinträchtigung der Schutzwirkung des Bankgeheimnisses im rein

64 So *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis, 114.

65 VwGH 24. 6. 1986, 83/14/0174; VwGH 6. 1990, 89/13/0262.

66 Die zuständige Behörde im ADG-Verfahren ist nun grundsätzlich der BMF (siehe AB 323 BIGNr XXIV. GP, 4). Dieser wird im Regelfall aber nicht gleichzeitig die zuständige Behörde im innerstaatlichen Abgabenverfahren des betroffenen Steuerpflichtigen sein. Eine Informationsweitergabe an eine andere Behörde wäre aufgrund des § 38 Abs 1 zweiter Satz BWG ausgeschlossen. Die Frage eines Beweisverwertungsverbots würde sich daher gar nicht stellen. Jedoch eröffnet § 2 Abs 4 ADG dem BMF die Möglichkeit zur Durchführung des ADG-Verfahrens eine andere Abgaben- oder Finanzstrafbehörde zu beauftragen. Diese könnte im konkreten Fall nun doch die im Abgabenverfahren zuständige Abgabenbehörde sein. In diesem Fall würde dann auch die Frage des Beweisverwertungsverbots schlagend werden.

67 So auch *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis, 125 f und *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg) Bankvertragsrecht I², 2/144 zum Durchbrechungstatbestand des § 23 Abs 3 KWG bzw § 38 Abs 3 BWG. Ebenso *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis, 137 und *Ritz*, BAO³ § 171 Rz 21 zum Durchbrechungstatbestand des § 38 Abs 2 Z 8 BWG (Diese Überlegungen haben inzwischen aber nur mehr theoretische Bedeutung, da die in § 38 Abs 2 Z 8 BWG verwiesene Bestimmung des § 25 Abs 1 ErbStG aF durch BGBl I 2000/42 abgeschafft wurde. In diesem Zusammenhang erfolgte keine Anpassung des § 38 BWG, weshalb § 38 Abs 2 Z 8 BWG ins Leere geht. Vgl *Sommer/Hirsch* in *Dellinger* [Hrsg] BWG § 38 Rz 285; *Fischerlehner*, taxlex 2008, 162). Siehe dazu auch *Schenk*, Beweisverwertungsverbote, 121 f; *Jabornegg*, Aktuelle Fragen des Bankgeheimnisses, ÖBA 1997, 663 (663 f).

68 Diese Auffassung lag offenbar auch dem Ministerialentwurf des Betrugsbekämpfungsgesetzes 2010 (172/ME XXIV. GP) zugrunde. Der Entwurf sah die Streichung des Beweisverwertungsverbots des § 41 Abs 6 BWG vor. Nach § 41 Abs 1 BWG besteht für Kredit- und Finanzinstitute unter bestimmten Voraussetzungen die Pflicht,

das Bundeskriminalamt als Geldwäschemeldestelle iSd § 4 Abs 2 Bundeskriminalamt-Gesetz (BKA-G) über den Verdacht der Geldwäscherei iSd § 165 StGB, des Verstoßes gegen die Offenlegung von Treuhandbeziehungen iSd § 40 Abs 2 BWG und einer mit kriminellen Handlungen iSd § 278 ff StGB im Zusammenhang stehenden Transaktion in Kenntnis zu setzen. Darüber hinaus haben sie ungeachtet dessen nach § 41 Abs 2 BWG dem Bundeskriminalamt alle Auskünfte zu erteilen, die diesem zur Verhinderung oder zur Verfolgung von Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung erforderlich scheinen (vgl *Krichbaumer* in *Dellinger* (Hrsg) BWG (2008) § 41 Rz 10 ff; *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/Schütz/Schütz*, BWG³ (2009) § 41 Rz 1 ff). Solche Informationen unterliegen nach § 41 Abs 6 BWG in ausschließlich wegen Finanzvergehen geführten Verfahren einem Beweisverwertungsverbot (vgl *Krichbaumer* in *Dellinger* (Hrsg) BWG § 41 Rz 182 ff; *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/Schütz/Schütz*, BWG³ § 41 Rz 6). In der Regierungsvorlage zum BBKG 2010 (875 XXIV. GP) wurde von der Abschaffung des Beweisverwertungsverbots des § 41 Abs 6 BWG aber wieder Abstand genommen. In den Ausführungen der Materialien zum Ministerialentwurf des BBKG 2010 wurde jedoch festgehalten, dass „[d]ie Aufhebung des § 41 Abs. 6 in Verbindung mit § 38 Abs. 2 Z 1 BWG [bewirkt] (...), dass das Beweisverwertungsverbot künftig auf Fälle von fahrlässigen Finanzvergehen und Finanzordnungswidrigkeiten eingeschränkt wird (...)“ (vgl Materialien zu 172/ME XXIV. GP, 9). Offenbar ging das BMF in diesem Entwurf davon aus, dass für fahrlässige Finanzvergehen und Finanzordnungswidrigkeiten weiterhin – auch ohne gesetzliche Normierung – ein Beweisverwertungsverbot für nach § 41 BWG dem Bundeskriminalamt offengelegte Bankinformationen besteht (AA hingegen das Bundesministerium für Justiz in seiner Stellungnahme 22/SN-172/ME XXIV. GP, 4). Eine Begründung für diese Auffassung kann darin gesehen werden, dass für derartige Finanzstrafverfahren das Bankgeheimnis nicht durchbrochen werden kann. Genauso müssen auf diese Weise erlangte Bankinformationen dann aber auch im Abgabenverfahren einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, weil

innerstaatlichen Rechtsbereich bewirken.⁶⁹ Die bisherige Rechtsprechung des VwGH lässt sich gegen diese Argumentation ebenfalls nicht ins Treffen führen. Der VwGH hatte sich in seiner Rechtsprechung nämlich bislang gar nicht mit dem Fall auseinandersetzen, wo die Verwertbarkeit von aufgrund einer gesetzlich vorgesehenen Durchbrechung offengelegten Bankinformationen verfahrensgegenständlich war.

Trotz der bisher äußerst zurückhaltenden Rechtsprechung des VwGH ist die Frage, ob das Bankgeheimnis

ein Beweisverwertungsverbot im Abgabenverfahren nach sich ziehen kann, nach wie vor offen. Der VwGH hatte sich bislang nämlich noch nicht mit der Frage zu befassen, ob die Offenbarung von Bankinformationen aufgrund eines gesetzlich zulässigen Durchbrechungstatbestandes zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Teleologische Gründe sprechen dafür, dass in einem solchen Fall die Bankinformationen für alle nicht vom Durchbrechungstatbestand umfassten Zwecke einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

Zusammenfassende Würdigung

Wenngleich § 38 Abs 1 BWG kein explizites Beweiserhebungsverbot für die Behörde darstellt, so sind die Ermittlungsmöglichkeiten der Abgabenbehörde durch das österreichische Bankgeheimnis zumindest faktisch äußerst begrenzt. Der Schutz des Bankgeheimnisses erfährt durch die Einführung des ADG nun aber eine erneute Einschränkung. Im Falle internationaler Amtshilfeersuchen wird das Bankgeheimnis durchbrochen. Diese Durchbrechung führt dazu, dass auch die österreichische Abgabenbehörde Zugang zu den angefragten Bankinformationen erhält. Gem § 38 Abs 1 zweiter Satz BWG ist es dem zuständigen Organ der (Abgaben-)Behörde nun

untersagt, die auf diese Weise erlangten Bankinformationen an ein anderes Organ weiterzuleiten. Darüber hinaus lässt sich für diese Fälle aus dem Schutzzweck des Bankgeheimnisses ein Beweisverwertungsverbot ableiten. Die Rechtsprechung des VwGH hatte sich mit einer derartigen Konstellation – der Offenlegung von Bankinformationen aufgrund einer rechtmäßigen Durchbrechung des Bankgeheimnisses – bislang nicht zu befassen. Es bleibt daher abzuwarten, ob die bisher äußerst zurückhaltende Rechtsprechung des VwGH zur Frage der Beweisverwertungsverbote im Abgabenverfahren eine Wende nehmen wird.

auch für diese Zwecke keine Durchbrechung des Bankgeheimnisses vorgesehen ist. Den Materialien zum Ministerialentwurf des BBKG 2010 scheint daher die Auffassung zugrunde zu liegen, dass Bankinformationen, die aufgrund einer gesetzlich vorgesehenen Durchbre-

chungsmöglichkeit in die Hände einer Behörde gelangen, nur für die im einschlägigen Durchbrechungstatbestand vorgesehenen Zwecke verwertet werden dürfen.

⁶⁹ AB 323 BIGNr XXIV. GP, 2.