

## Immobilien in Bewegung

Bauträgervertragsrecht neu  
Aus für „kleine Bauherren“?  
Gestiftete Immobilien – Ertragsteuern  
Checkliste: Immobilien Due Diligence

Ökonomisches und Zivilrechtliches zur  
**Inflation**

Verschmelzende Umwandlung in  
**Verdeckte Kapitalgesellschaft**

Urheberrechtsverletzung  
**„Gebrauchte“ Software**

Nichtanrechnung EU-widrig  
**Karennzeiten**

FinStrG im Vergleich StPO  
**Bankgeheimnis**

EuGH-Urteil „VW-Gesetz“  
**Privatisierungen unerwünscht?**

# Bankgeheimnis und FinStrG

*Denkanstoß für diesen Aufsatz lieferte ein Erk des VwGH vom 18. 10. 2007<sup>1)</sup> zur Durchbrechung des Bankgeheimnisses zum Zweck der Ausforschung eines am Finanzstrafverfahren nicht beteiligten Dritten.*

---

JOHANNES PRILLINGER

## A. Sachverhalt

Im Zuge eines gegen einen Bordellbetreiber wegen Verdachts der vorsätzlichen Abgabenhinterziehung eingeleiteten Finanzstrafverfahrens erging an das bf Kreditinstitut<sup>2)</sup> ein Auskunftersuchen nach § 99 Abs 1 FinStrG (Finanzstrafgesetz), wonach Name, Anschrift und Geburtsdatum jener Kreditkartennummernbesitzer bekannt zu geben waren, welche die Rechnung ihres Bordellbesuchs mittels Kreditkarte beglichen hatten. Die Finanzstrafbehörde wollte auf diese Weise an die Kontaktdaten vernehmungsfähiger Zeugen gelangen, die im Verfahren gegen den Bordellbetreiber Aufschlüsse über die im Bordell erzielten Umsätze liefern sollten. Der beschuldigte Bordellbetreiber behauptete nämlich, dass ihm lediglich die Einnahmen aus den obligatorischen Getränkeverkäufen, nicht jedoch die Erlöse aus den Separeebesuchen

zufließen würden, weil seine Kunden im Zusammenhang mit den Separeebesuchen ausschließlich Vereinbarungen mit den Animierdamen träfen. Gegen die Kreditkartennummernbesitzer selbst war weder ein Finanzstrafverfahren eingeleitet worden noch standen sie im Verdacht ein Finanzvergehen begangen zu haben. Deshalb weigerte sich das KI unter Berufung auf § 38 Abs 2 Z 1 BWG (Bankwesengesetz) dem Auskunftersuchen Folge zu leisten und bekämpfte den Bescheid über die Festsetzung der Zwangsstrafe – nach erfolglos erhobener Administrativbeschwerde – schlussendlich erfolgreich beim VwGH. Auf die zur Aufhebung des Bescheids führenden Entschei-

---

Mag. Johannes Prillinger ist Assistent am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

1) VwGH 18. 10. 2007, 2007/15/0120.

2) Im Folgenden mit KI abgekürzt.

ungsgründe wird später noch Bezug zu nehmen sein, zunächst möchte ich allerdings einen Vergleich zwischen der Regelung des Bankgeheimnisses in der StPO (Strafprozessordnung) und jener im FinStrG ziehen.

## B. Bankgeheimnis in der StPO

### 1. Rechtsentwicklung

Die StPO kannte bis zur Novelle 2000<sup>3)</sup> keine eigenständige, auf die Ermittlung bei KI zugeschnittene strafprozessuale Eingriffsnorm.<sup>4)</sup> In Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung behalf sich die Praxis mit der Anwendung der Beschlagnahmestimmung des § 143 aF StPO, wobei diese Vorgehensweise nur dann von Erfolg gekrönt war, wenn die Voraussetzungen des § 38 Abs 2 Z 1 BWG bzw jene der Vorgängerbestimmung des § 23 Abs 2 Z 1 KWG (Kreditwesengesetz) erfüllt waren. Zur Frage, wann ein das Bankgeheimnis durchbrechender „Zusammenhang mit einem eingeleiteten gerichtlichen Strafverfahren“ vorliegt, entwickelte sich eine umfangreiche und kasuistische Rsp,<sup>5)</sup> welche schließlich in der Bestimmung des § 145 aF StPO ihren Niederschlag fand. Mit dem StRÄG 2002<sup>6)</sup> wurden die strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen um zwei weitere Varianten bereichert,<sup>7)</sup> die auch vom StPO-Reformgesetz 2008<sup>8)</sup> übernommen wurden und sich in den seit 1. 1. 2008 geltenden Bestimmungen des § 109 Z 3 und § 116 StPO wiederfinden.<sup>9)</sup> Nach geltendem Recht können daher hinsichtlich der Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte drei unterschiedliche Ermittlungsmaßnahmen unterschieden werden:

- Identitätsermittlung (§ 109 Z 3 lit a 1. Fall StPO),
- Kontoauskunft (§ 109 Z 3 lit a 2. Fall StPO),<sup>10)</sup>
- Kontoöffnung und Kontoüberwachung (§ 109 Z 3 lit b StPO).<sup>11)</sup>

Um den Konnex zum Eingangssachverhalt zu wahren, soll nachstehend lediglich die Methode der Identitätsermittlung näher behandelt werden.

### 2. Identitätsermittlung

Im Wege einer Identitätsermittlung ist es möglich, an den Namen und sonstige Daten<sup>12)</sup> des Inhabers einer Geschäftsverbindung zu gelangen, wobei man unter dem Inhaber einer Geschäftsverbindung jene Person versteht, welche das KI als ihren Vertragspartner ansieht.<sup>13)</sup> Als Motiv für die Normierung der Identitätsermittlung nannten die Gesetzesmaterialien<sup>14)</sup> folgenden Fall:<sup>15)</sup> Vom Tatverdächtigen einer schweren Körperverletzung konnte bloß ermittelt werden, dass er im Lokal, in dem die Auseinandersetzung stattfand, seine Rechnung mit der Kreditkarte beglichen hat. Wenn man nun letztgenannten Fall mit dem Eingangssachverhalt vergleicht, so ist der Unterschied in dem von der Identitätsermittlung betroffenen Personenkreis zu sehen: Im Eingangssachverhalt sollte die Ausforschung der Kreditkartennummernbesitzer lediglich dazu dienen, potenzielle Zeugen ausfindig zu machen, im anderen Fall hingegen zur Identifizierung eines Tatverdächtigen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Methode der Identitätsermittlung auch

zur Ausforschung von nichtverfahrensbeteiligten Kontoinhabern (zB für Zwecke einer Zeugeneinvernahme) herangezogen werden kann.

Der Wortlaut der §§ 109, 116 StPO ist diesbezüglich sehr weit gefasst. Auch den Materialien zum StPO-Reformgesetz 2008 lässt sich nichts Gegenteiliges entnehmen. Hinsichtlich der vergleichbaren Vorgängerbestimmung (§ 145 a StPO) wies Höpfel bereits in seiner Stellungnahme zum StRÄG 2002 auf den weit gefassten Wortlaut hin, der auch die Ausmittlung von Zeugen tragen könnte. Dem Gesetzgeber kann daher das Problem als bekannt unterstellt werden, sodass aus der unveränderten Übernahme der Formulierung in das StRÄG 2002 wie auch in das StPO-Reformgesetz 2008 geschlossen werden kann, dass die Identitätsermittlung prinzipiell auch zur Ausforschung von nichtverfahrensbeteiligten Kontoinhabern herangezogen werden kann.<sup>16)</sup> Der Gesetzgeber hat jedoch, um verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenzutreten (Art 8 EMRK), schon bei der Vorgängerbestimmung (§ 145 a StPO) die Zulässigkeit der strafprozessualen Durchbrechung des Bankgeheimnisses an die Kriterien der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit geknüpft. In die gleiche Richtung geht der im Zuge des StPO-Reformgesetz 2008 neu eingefügte § 5 indem er normiert, dass generell jede durch einen strafprozessualen Eingriff bewirkte Rechtsgutsbeeinträchtigung „in einem

- 
- 3) Strafprozessnovelle 2000 BGBl I 2000/108.
  - 4) Ausführlich zur Entstehungsgeschichte des § 145 a StPO idF BGBl I 2002/134 *Flora*, Das Bankgeheimnis im gerichtlichen Strafverfahren 39 ff.
  - 5) Eine Übersicht findet sich bei *Jabornegg*, Aktuelle Fragen des Bankgeheimnisses, ÖBA 1997, 667 ff; *Flora*, Die Kontoöffnung nach § 145 a StPO, ÖBA 2002, 21 ff.
  - 6) Strafrechtsänderungsgesetz 2002 BGBl I 2002/134.
  - 7) *Höpfel* äußerte sich in seiner Stellungnahme zum StRÄG 2002 in Anbetracht der von § 38 Abs 5 BWG aufgestellten Mehrheitserfordernisse kritisch zur Erweiterung des § 145 a StPO, weil dadurch der „im Jahr 2000 in den ursprünglichen § 145 a StPO [umgeossene] Sinn des § 38 Abs 2 Z 1 BWG verändert wird; ein [ehrlicherer] Weg bestünde darin, diese Gesetzesstelle selbst anzupassen“.
  - 8) Strafprozessreformgesetz 2008 BGBl I 2004/19.
  - 9) § 109 Z 3 StPO enthält die Definitionen der drei Ermittlungsmaßnahmen und § 116 StPO normiert deren Anwendungsvoraussetzungen.
  - 10) Die Kontoauskunft dient zur Feststellung, ob ein Beschuldigter (§ 48 StPO) eine Geschäftsverbindung mit einem KI unterhält, aus einer solchen wirtschaftlich berechtigt oder für sie bevollmächtigt ist. Die Auskunft umfasst lediglich das „ob“ nicht jedoch inhaltliche Auskünfte über die Geschäftsverbindung des Beschuldigten. Mangels Beschuldigtenstellung ist die Kontoauskunft auf unverdächtige Dritte nicht anzuwenden.
  - 11) Diese Maßnahmen kommen zur Anwendung, wenn Informationen über die Art und den Umfang einer Geschäftsverbindung und der damit zusammenhängenden Geschäftsvorfälle für einen bestimmten vergangenen (Öffnung) oder zukünftigen (Überwachung) Zeitraum angefordert werden. Aufgrund der hohen Eingriffsintensität sind diese Maßnahmen noch an weitere Voraussetzungen geknüpft. Ausführlich dazu *Flora*, Bankgeheimnis 82 ff.
  - 12) ZB Adresse, Geburtsdatum. Nach hA ist auch die Herausgabe der Kopie eines Lichtbildausweises oder eines Unterschriftenblattes des Kontoinhabers von der Identitätsermittlung gedeckt.
  - 13) Ausführlich dazu *Flora*, Bankgeheimnis 54 f.
  - 14) ErläutRV zum StRÄG, 1166 BlgNR 21. GP 51.
  - 15) OGH 29. 1. 2002, 14 Os 4/02.
  - 16) Vgl auch *Flora*, Bankgeheimnis 56 f.

angemessenen Verhältnis zum Gewicht der Straftat, zum Grad des Verdachts und zum angestrebten Erfolg stehen muss“. Da bei Eingriffen in die Rechtssphäre dritter Personen das Kriterium des „Verdachts“ keine Rolle bei der Angemessenheitsprüfung spielt, sind derartige Maßnahmen mE nur zulässig, wenn sie in gesteigertem Maße erfolversprechend sind oder zur Aufklärung einer gewichtigen Straftat beitragen. Stehen verschiedene gleichermaßen zielführende Ermittlungsmaßnahmen zur Auswahl, so ist nur diejenige als verhältnismäßig zu qualifizieren, welche die Rechte der Betroffenen am Geringsten beeinträchtigt.<sup>17)</sup>

### 3. Anwendung auf den Eingangssachverhalt

Treffen wir im Folgenden die Annahme, dass der eingangs geschilderte Sachverhalt in die Zuständigkeit der gerichtlichen Finanzstrafbarkeit fällt.<sup>18)</sup> In diesem Fall wäre ein gerichtlich bewilligtes Auskunftersuchen nach § 116 Abs 1 StPO an das KI zu richten gewesen, aus welchem dem KI auch die zur Anordnung der Maßnahme führenden Umstände der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit entnehmbar sein müssen. Die Erforderlichkeit der Maßnahme wäre mE zu bejahen gewesen, da die Zeugeneinvernahme der auszuforschenden Kreditkartennummernbesitzer Aufschlüsse über die Zurechnung der Umsätze im Verfahren gegen den Bordellbesitzer hätte liefern können und somit die Aufklärung des Finanzvergehens erheblich erleichtert hätte.<sup>19)</sup> In Bezug auf die Verhältnismäßigkeit der gewählten Maßnahme wäre zu prüfen gewesen, ob es alternative ähnlich erfolversprechende Ermittlungsmethoden gegeben hätte und falls ja, welche der Methoden die Schonendste gewesen wäre. Denkbar wäre zB die Anordnung der Kontoöffnung für sämtliche Bankkonten des Beschuldigten gewesen, denn irgendwie müssen die mittels Kreditkarte beglichene Rechnungsbeträge ja auf sein Bankkonto geflossen sein. Weiters hätte man eine Zeugeneinvernahme der Animierdamen in Erwägung ziehen können, um Informationen über die im Betrieb des Beschuldigten vereinbarten Zahlungsmodalitäten zu bekommen. In Anbetracht der genannten Alternativen greift die Identitätsermittlung der Kreditkartenbesitzer mE am stärksten in die Rechtssphäre der Betroffenen ein und ist demnach solange als nicht verhältnismäßig anzusehen, als die genannten Alternativen Aussicht auf Erfolg geboten hätten.

### C. Bankgeheimnis im FinStrG

Im FinStrG findet sich keine Vorschrift, welche die prozessualen Ermittlungsmöglichkeiten bei KI abschließend regelt. Die Rechtslage ist daher in diesem Punkt vergleichbar mit jener des gerichtlichen Strafverfahrens vor der StPO-Novelle 2000. So trifft § 89 Abs 4 FinStrG in Bezug auf die Beschlagnahme von dem Bankgeheimnis unterliegenden Gegenständen keine eigenständige Aussage, sondern verweist auf die Bestimmung des § 38 Abs 2 Z 1 BWG. Das KI kann ferner gestützt auf § 99 iVm § 104 Abs 1 lit d FinStrG die Auskunftserteilung über vom Bankgeheimnis erfasste Tatsachen verweigern.<sup>20)</sup> Im Ge-

gensatz zum gerichtlichen Finanzstrafverfahren ist die Zulässigkeit prozessualer Ermittlungen bei KI daher maßgeblich von § 38 Abs 2 Z 1 BWG beeinflusst. Infolge dieser Verweisung können sich Auslegungsprobleme der verwiesenen Norm (des § 38 Abs 2 Z 1 BWG) auch auf Ebene der Verweisungsnorm stellen, was letztlich die Frage nach der Reichweite der Verweisung aufwirft. Der Bogen an Auslegungshürden spannt sich dabei angefangen von der Frage des öffentlich- oder privatrechtlichen Charakters der Bestimmung<sup>21)</sup> über grundrechtliche Aspekte<sup>22)</sup> bis hin zur Reichweite der einzelnen Durchbrechungsbestimmungen des § 38 Abs 2 BWG.<sup>23)</sup> Eine Erörterung sämtlicher Auslegungsfragen würde jedoch den Rahmen dieses Beitrages sprengen, weshalb nur der für die Praxis der KI wichtigen Frage, wann der Zusammenhang mit eingeleiteten (Finanz-)Strafverfahren besteht, nachgegangen werden soll. Wie bereits angedeutet, ist die Rechtsprechung in diesem Punkt wenig berechenbar und ausgesprochen kasuistisch. Als einigermaßen gesichert kann angenommen werden, dass die vom Bankgeheimnis geschützten Informationen zur Aufklärung des finanzstrafrechtlichen Verfahrensgegenstands beitragen müssen und somit die Beschaffung bloßer Erkundungsbeweise nicht im erforderlichen Zusammenhang steht.<sup>24)</sup> Wertungsmäßig kann man insofern eine Parallele zu der in § 116 Abs 1 StPO normierten „Erforderlichkeit“ ziehen. In einem zweiten Schritt betont die derzeit herrschende Judikaturlinie, dass das Konto eines persönlich vom Strafverfahren nicht betroffenen Bankkunden nicht schon dann geöffnet werden kann, wenn es „zur Wahrheitsfindung in dem konkreten anhängigen Strafverfahren potentiell dienlich ist“.<sup>25)</sup> Die Rsp trifft vielmehr die Unterscheidung zwischen einem persönlichen und einem sachlichen Zusammenhang. Der persönliche Zusammenhang ist immer dann gegeben, wenn der Beschuldigte und der Geheimnissträger (= Kontoinhaber) dieselbe Person sind. In diesem Fall ist eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses bereits zulässig, wenn die dadurch gewonnenen Informationen für das gegen den Beschuldigten geführte Finanzstrafverfahren hilfreich sind. Der sachliche Zusammenhang ist immer dann gefordert, wenn das Bankkonto nicht auf den Namen des Beschuldigten lautet, sondern auf jenen eines unbeteiligten Dritten. Für diese Konstellationen wird von der Rsp gefordert, dass zwischen dem zu öffnenden Bankkonto und dem Beschuldigten eine solche Verbin-

17) Die Tatsachen, aus denen sich die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme ergeben, sind nach § 116 Abs 4 Z 4 StPO zu bezeichnen.

18) Der strafbestimmende Wertbetrag übersteigt beispielsweise die € 75.000,- Grenze.

19) Vgl auch *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht<sup>8</sup> Rz 633; *Flora*, Bankgeheimnis 44.

20) *Leitner*, Österreichisches Finanzstrafrecht<sup>2</sup>, 384 ff.

21) Dazu *Lawrer*, Das Bankgeheimnis in der Entwicklung von Lehre und Rechtsprechung, ÖJZ 1986, 385 ff.

22) Dazu *Weißel*, Das Bankgeheimnis in der österreichischen Grundrechtsordnung, ÖZW 1989, 80 ff.

23) Vgl *Jabornegg*, Aktuelle Fragen des Bankgeheimnisses, ÖBA 1997, 663 ff.

24) VwGH 15. 4. 1997, 93/14/0080.

25) OGH 10. 2. 1987, 11 Os 171/86.

dung besteht, die „schlüssig den Verdacht zu begründen vermag, der Betreffende habe sich die aus dieser speziellen Verbindung erwachsende Verfügungsmöglichkeit bei der Begehung der Straftat zu Nutze gemacht“.<sup>26)</sup> Dies ist zB der Fall, wenn dem Beschuldigten hinsichtlich eines fremden Kontos eine Zeichnungs- oder Vertretungsbefugnis zukommt, wobei auch treuhändig gehaltene Bankkonten zu dieser Fallgruppe zu zählen sind, sofern dem Beschuldigten die Rolle des „wirtschaftlichen Eigentümers“ zukommt.

#### D. Würdigung der Entscheidung

Im konkreten Fall ersuchte die Finanzstrafbehörde erster Instanz lediglich um Bekanntgabe des Namens, der Adresse und des Geburtsdatums jener Personen, welche im Finanzstrafverfahren gegen den Beschuldigten als Zeugen einvernommen werden sollten. Der VwGH sprach sich im vorliegenden Erkenntnis gegen eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses aus und begründet seine Auffassung wie folgt: „Entgegen der Auffassung der belangten Behörde ist somit zwingend erforderlich, dass zwischen dem offenzulegenden Bankkonto und der wegen einer bestimmten Straftat bereits in Untersuchung gezogenen Person eine solche – rechtliche oder tatsächliche – Verbindung besteht, die schlüssig den Verdacht zu begründen vermag, der Beschuldigte habe sich [auch] die aus dieser speziellen Verbindung erwachsende Verfügungsmöglichkeit bei der Begehung der Straftat zu Nutze gemacht.“ Bei der Formulierung seiner Begründung hat der VwGH mE keine glückliche Hand bewiesen. Einerseits hat der VwGH offenbar übersehen, dass dem Sachverhalt keine Kontoöffnung zu Grunde lag, sondern lediglich um eine – der strafprozessualen Identitätsermittlung vergleichbare – Auskunft ersucht wurde. Andererseits wird nach dem Wortlaut der Entscheidungsbegründung die Ausforschung potentieller Zeugen anhand ihrer Bankverbindung im verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren in den meisten Fällen unzulässig sein, zumal schwer vorstellbar ist, wie ein Beschuldigter bei der Begehung seines Finanzvergehens die Verfügungsmöglichkeit über das Konto eines Zeugen ausnützen kann. Die von der Rsp zur „Kontoöffnung“ entwi-

ckelten Kriterien des „sachlichen Zusammenhangs“ sind bei der „Identitätsermittlung“ nicht zielführend und erschöpfen sich in inhaltsleeren Worthülsen.

Als Alternative hätte sich der Weg einer verfassungskonformen Interpretation des § 38 Abs 2 Z 1 BWG angeboten, zumal jede Durchbrechung des Bankgeheimnisses auch ein Eingriff in das von Art 8 EMRK normierte Grundrecht auf Achtung des Privatlebens darstellt und somit am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen ist.<sup>27)</sup> Diese Auffassung hätte auch den Vorteil für sich, dass die Durchbrechung des Bankgeheimnisses zur Ausforschung von Zeugen eines Finanzvergehens in vielen Fällen<sup>28)</sup> nicht schlechthin unmöglich ist und man über die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Endeffekt zu ähnlichen<sup>29)</sup> Resultaten wie im gerichtlichen Strafverfahren kommen wird.

Als Königsweg wäre freilich ein Tätigwerden des Gesetzgebers wünschenswert, wobei dieser sich an der Regelung des § 109 iVm § 116 StPO orientieren könnte, um begriffsjuristischen Entscheidungen – wie der Vorliegenden – Einhalt zu gebieten und die Rechtssicherheit zu fördern.

26) Siehe FN 23, 24.

27) Ausführlich dazu *Berka*, Grundrechte 156 ff.

28) Zu denken ist dabei an Fälle wie den Vorliegenden, wo der von der Rsp entwickelte „sachliche Zusammenhang“ nicht gegeben ist.

29) Ähnlich deshalb, weil man bei Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch die Schwere der Straftat in die Prüfung miteinbeziehen muss, welche im gerichtlichen Finanzstrafverfahren naturgemäß zu einer anderen Gewichtung führen wird.

#### SCHLUSSSTRICH

*Nach der jüngsten Rsp des VwGH ist die Durchbrechung des Bankgeheimnisses zur Ausforschung von Zeugen eines verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahrens unzulässig, weil das Erfordernis des sachlichen Zusammenhangs nicht erfüllt ist. Der Autor kritisiert diese Rsp als zu restriktiv und tritt für eine am Vorbild des § 116 StPO gestaltete Regelung des Bankgeheimnisses im FinStrG ein.*