

Bankgeheimnis als Schutz vor Verfolgung wegen Finanzvergehen?

Wolf-Dieter Arnold

- I. Umfang des Bankgeheimnisses**
- II. Einordnung des Bankgeheimnisses**
- III. Die (erste) Ausnahme vom Bankgeheimnis nach § 38 Abs 2 Z 1 BWG**
- IV. Die (zweite) Ausnahme vom Bankgeheimnis nach § 38 Abs 2 Z 2 BWG**
- V. Sonstiges**
- VI. Resümee**

Das österr Bankgeheimnis ist in letzter Zeit stark ins Gerede – genau genommen sogar unter heftigen Druck des Auslandes – gekommen. Lautere Motive, die teilweise tatsächlich vorhanden gewesen, oft aber bloß vorgegeben worden sind, wurden hiebei ebenso ins Treffen geführt wie meist leicht durchschaubare durchsichtige Ziele im Bereich der Konkurrenz. Erschreckend ist dabei die wiederholt zutage tretende Leichtfertigkeit der Argumentation und ein generalisierendes Herangehen an das Bankgeheimnis, ein Verhalten, das Gefahr läuft, das Kind mit dem Bade auszugießen.

I. Umfang des Bankgeheimnisses

Die allgemein bekannte **Definition des Bankgeheimnisses** nach § 38 Abs 1 BWG verpflichtet (im Fall vorsätzlicher Verletzung nunmehr als Ermächtigungsdelikt¹ gem § 101 BWG nach dieser Gesetzesstelle mit gerichtlicher Strafe bedroht)

- die Kreditinstitute,
- ihre Gesellschafter,
- ihre Organmitglieder,
- ihre Beschäftigten sowie
- alle sonst für Kreditinstitute tätige Personen,

Geheimnisse, die ihnen ausschließlich aufgrund der Geschäftsverbindungen mit Kunden oder aufgrund des § 75 Abs 3 BWG – also im Rahmen von Großkreditmeldungen (bei Unternehmen der Vertragsversicherung) – anvertraut oder zugänglich gemacht worden sind, **nicht zu offenbaren oder zu verwerten**.

Werden Organen von Behörden (sowie der OeNB) bei ihrer dienstlichen Tätigkeit Tatsachen bekannt, die dem Bankgeheimnis unterliegen, so haben sie das **Bankgeheimnis als Amtsgeheimnis² zu wahren**.³

Fragt man nun einen Befürworter einer ersatzlosen Abschaffung des Bankgeheimnisses, ob er es tatsächlich aus Transparenz- oder sonstigen Überlegungen für richtig hält, dass das Kreditinstitut Auskunft geben soll zB

- über Unterhaltszahlungen eines Mannes für ein uneheliches Kind (abgewickelt über Dauerauftrag),

¹ BGBl I 2007/60 seit 1.1.2008, im wahrsten Sinn des Wortes als „Spätfolge“ des StPRG, BGBl I 2004/19.

² Die Möglichkeit einer Entbindung vom Amtsgeheimnis ist für diesen Teilbereich insoweit eingeschränkt, als die Entbindung – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen für die Entbindung – „nur in den Fällen des Abs 2“ erfolgen darf, also nur in den Fällen, in denen die „Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses“ nach dieser Gesetzesstelle nicht „besteht“.

³ § 310 StGB stellt die Verletzung des Amtsgeheimnisses unter gerichtliche Strafe (Offizialdelikt).

- über die Bezahlung der Honorarnote eines Bankkunden an einen Facharzt für Haut- und Geschlechtskrankheiten (durch Banküberweisung) oder
- über die Eingänge eines Arbeitnehmers auf seinem Gehaltskonto,

so bekommt man immer wieder – optisch oft unterstützt durch eine abwehrende Handbewegung – zu hören: „*Nein, das ist nicht gemeint, aber alles, was steuerlich von Bedeutung ist.*“ Dabei fehlt gerade nur das Argument, dass ja die §§ 38 und 101 BWG auch im **Steuerkodex** abgedruckt sind.

Abgesehen davon, dass die Unterhaltszahlungen steuerlich uU beim Zahler als außergewöhnliche Belastung von Bedeutung sein können, die Zahlung des Honorars an den Facharzt bei diesem einkommen- und umsatzsteuerrechtlich von Relevanz ist und die Lohnzahlung ebenfalls steuerlich unter dem Aspekt der LSt von Interesse sind, fragt es sich, wie weit das „*Aber-für-steuerliche-und-finanzstrafrechtliche-Zwecke*“ mit dieser Generalität seine Berechtigung hat. Das Argument, dass Bankgeschäfte (Banküberweisungen) Finanzvergehen erleichtern, liegt in zweierlei Hinsicht schief:

- Zum einen können **Finanzvergehen mit und ohne Benützung von Bankverbindungen** begangen werden, wobei – um ein krasses Beispiel herauszugreifen – das herkömmliche Tatbild des Schmuggels gar nicht durch die Begehensform eines einschlägigen Bankgeschäftes erfüllt werden kann und Schwarzgeldzahlungen in aller Regel – eben um keine Spuren zu hinterlassen – bar von Hand zu Hand abgewickelt werden;
- zum anderen ist der Argumentation, dass Banküberweisungen die Begehung von Abgabenvergehen erleichterten, entgegenzuhalten, dass niemand auf die Idee kommen wird, die Benützung von Autos zu verbieten, nur weil **in einem Kfz die Diebsbeute** (im Vergleich zur Verwendung eines Schubkarrens) **leichter verbracht** werden kann, oder einen Kugelschreiber, weil (im Vergleich zur Verwendung der Füllfeder) die Fälschung einer Unterschrift mit Kuli schwerer nachzuweisen ist.

Was verbleibt, ist der Umstand, dass dann, wenn mit der Begehung eines Finanzvergehens oder iZm einem solchen Bankgeschäfte getätigt werden, die schon angesprochenen „**Spuren**“ (insb hinsichtlich der Zahlungsströme) **hinterlassen** werden – Spuren, hinsichtlich welcher es Buchführungs- und Aufbewahrungspflichten der Kreditinstitute gibt, sodass diese Spuren ausreichend lange Zeit weiterverfolgt werden können und solcherart Beweismittel vorliegen, die entweder zum Täter führen können oder den Umfang der Tat unter Beweis stellen bzw einschlägige Verdachtsmomente erhärten.

II. Einordnung des Bankgeheimnisses

Damit sind aber auch schon Eckpfeiler für weitere Überlegungen aufgezeigt, die zum einen den berechtigten Interessen der **Achtung des Privatlebens** (Art 8 EMRK) und dem **Datenschutz** (§ 1 DSGVO), zum anderen aber auch dem **legitimen öffentlichen Interesse an der Aufdeckung, Verfolgung und Ahndung von Finanzvergehen** Rechnung tragen müssen.

Die aus dem Gleichheitssatz erfließenden Gebote der Sachlichkeit und der Verhältnismäßigkeit führen im Rahmen des Rechtes auf **Schutz der Privatsphäre** un schwer dazu, einerseits die Berechtigung eines Bankgeheimnisses anzuerkennen, andererseits aber auch Durchbrechungen desselben in sachlich gerechtfertigten Grenzen festzuschreiben. In der Terminologie des Art 8 Abs 2 EMRK bietet es sich an, von einem Eingriff einer öffentlichen Behörde in das Recht auf Achtung des Privatlebens zu sprechen, der „gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für ... *das wirtschaftliche Wohl des Landes* ...“ und/oder „zur *Verhinderung von strafbaren Handlungen* ... *notwendig ist*“.

Klarstellend sei in diesem Zusammenhang festgehalten, dass die Verfassungsbestimmung des § 38 Abs 5 BWG kein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf ein Bankgeheimnis einräumt, sondern lediglich absichert, dass die einschlägigen Bestimmungen im (§ 38 Abs 1 bis Abs 4) BWG vom Bundesgesetzgeber nur mit qualifizierter Mehrheit abgeändert werden können, mithin einen **qualifizierten Bestandschutz für das Bankgeheimnis** gewährt.

Dass der VfGH diese Verfassungsbestimmung durchaus relevant ansieht und auch geneigt ist, im Verletzungsfall die entsprechenden Konsequenzen im Normenprüfungsbereich zu ziehen, erweist der Umstand, dass der VfGH im Verfahren G 141 ua/99, Slg 15.773/2000 betreffend Spekulationsertragsteuer im Zuge der Einleitung des Vorverfahrens – meinem diesbezüglichen Vorbringen⁴ folgend – auch eine einschlägige Frage aufgeworfen hat (die dann – wegen Gesetzesaufhebung – nicht mehr beantwortet werden musste).

Der österr Gesetzgeber hält das Bankgeheimnis nach wie vor hoch. So hat er ZB durch BGBl I 2005/32 im Zuge der Definition der Verbriefungsspezialgesellschaft (§ 2 Z 60 BWG) angeordnet, dass diese hinsichtlich Forderungen, deren Originator ein Kreditinstitut ist, „§ 38 [BWG] in gleicher Weise einzuhalten“ hat.

III. Die (erste) Ausnahme vom Bankgeheimnis nach § 38 Abs 2 Z 1 BWG

Vorweg ist die Selbstverständlichkeit aufzuzeigen, dass der Gesetzgeber im Abs 1 des § 38 BWG den **Schutz des Bankgeheimnisses als Grundregel** anordnet und

⁴ S im Erk unter II.1.3. „Zum Bankgeheimnis“.

dann, wenn im **Abs 2 als Ausnahmebestimmung** festgelegt wird, dass die „Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses nicht besteht“, die entsprechenden **Tatbestandsvoraussetzungen des Abs 2 vollinhaltlich vorliegen** müssen, damit es tatsächlich zur (gesetzlich gedeckten) Durchbrechung des Bankgeheimnisses kommt.

§ 38 Abs 2 BWG enthält einen – nur seinem äußeren Erscheinungsbild nach taxativen⁵ – Katalog von Ausnahmen vom Bankgeheimnis („die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses besteht nicht“).

Nicht von ungefähr findet sich die hier schwerpunktmäßig zur Diskussion stehende Ausnahme an erster Stelle dieses Katalogs, in der Z 1.

§ 38 Abs 2 Z 1 BWG lautet in der – gleichsam in allerletzter Minute⁶ durch BGBl I 2007/108 – den seit 1.1.2008 in Kraft stehenden Bestimmungen des StPO neu idF des Strafprozessreformgesetzes (StPRG), BGBl I 2004/19, angepassten Fassung (mit einleitendem Obersatz) wie folgt:

„(2) Die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses besteht nicht

1. im Zusammenhang mit einem Strafverfahren aufgrund einer gerichtlichen Bewilligung (§ 116 StPO) gegenüber den Staatsanwaltschaften und Strafgerichten und mit eingeleiteten Strafverfahren wegen vorsätzlicher Finanzvergehen, ausgenommen Finanzordnungswidrigkeiten, gegenüber den Finanzstrafbehörden,“

Die Zweiteilung der Z 1 mit einer Regelung für gerichtliche Strafverfahren einerseits und für bestimmte verwaltungsbehördliche Finanzstrafverfahren andererseits ist althergebrachtes Recht. Sie fand sich schon in der Stammfassung des KWG, BGBl 1979/63, in dessen § 23 Abs 2 Z 1.

Die Zusammenfassung zweier Teilbereiche – des strafgerichtlichen Verfahrens einerseits und des verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahrens andererseits – in einer Ziffer des Gesetzes ist eine rein gesetzestechnische Maßnahme, die keine Besonderheiten für die Gesetzesauslegung mit sich bringt.

1. Hinsichtlich des ersten Falles war in der Stammfassung des KWG bloß von einem „Zusammenhang mit gerichtlichem Strafverfahren“ die Rede. Schon im Jahr 1981 habe ich zu dieser Gesetzesstelle schriftlich darauf hingewiesen, dass es sich um ein eingeleitetes Verfahren handeln müsse, da andernfalls der vom Gesetzgeber geforderte „Zusammenhang“ nicht gegeben ist.⁷ Diese Auslegung

⁵ Zum Problem s ZB (schon zum KWG) Iro in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II (1993) 7/70, Fn 199. Die Einschränkung der allgemeinen Regelung, wann vom Amtsgeheimnis entbunden werden darf, durch § 38 Abs 1 Satz 2 lt Halbsatz BWG ist taxativ formuliert („nur in den Fällen des Abs 2“).

⁶ Sodass die Änderung in der 43. Auflage des Steuerkodex, Stand 1.2.2008, noch gar nicht Eingang gefunden hat.

⁷ Arnold, Das Bankgeheimnis, Sonderdruckbeilage zur ZGV, 1981 Heft 1, 12.

fand zwar allgemeine Zustimmung im Schrifttum, wurde dann aber letztlich in einem Fall von den Höchstgerichten des öffentlichen Rechts in Frage gestellt, sodass der Gesetzgeber (zwecks „Erhöhung der Rechtssicherheit und einer Klarstellung der Rechtslage, wonach die erwähnten Verfahren bereits eingeleitet sein müssen“) bereits mit der ersten KWG-Novelle (BGBl 1986/325) das Erfordernis der Einleitung sowohl hinsichtlich des gerichtlichen Strafverfahrens als auch hinsichtlich des verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahrens in den Gesetzestext aufgenommen hat.⁸

2. Im BWG (BGBl 1993/523) wurde der § 23 Abs 2 Z 1 KWG mit unverändertem Wortlaut zum § 38 Abs 2 Z 1 BWG.

Die Frage, die den Titel meines Beitrages bildet, geht nun bekanntlich dahin, ob das Bankgeheimnis **Schutz vor Verfolgung wegen Finanzvergehen** gewährt. Die Antwort war zum Beurteilungszeitpunkt Ende 2007 klar und auch klar darstellbar. Bei einem eingeleiteten Strafverfahren ist das Bankgeheimnis grundsätzlich durchbrochen.⁹ Im selben Atemzug ist aber zu sagen, dass hierbei der **Rechtsschutz** nicht zu kurz kommen darf.¹⁰ Es muss

- das Strafverfahren eine Straftat betreffen, die eine gewisse „Schwere“ erreicht;
- ein entsprechender „Zusammenhang“ mit dem (eingeleiteten) Strafverfahren bestehen und
- ausreichender Rechtsschutz gegen die Einleitung des Strafverfahrens gegeben sein.

Alle drei Bedingungen erscheinen mE auch unter dem Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Aufklärungsinteresse einerseits und Bankgeheimnis als Ausfluss des Rechtes auf Achtung des Privatlebens und des Datenschutzes andererseits durchaus gerechtfertigt.

Was sind nun die grundlegenden – durch Höchstgerichtsjudikatur gefestigten – Aussagen dieser „ersten“ Ausnahme vom Bankgeheimnis? Was ist neu am aktuellen – seit 1.1.2008 geltenden – Gesetzestext?

Grundsätzlich ist dazu festzuhalten, dass sich zum Fragenkreis „Schutz durch das Bankgeheimnis“ bzw „Durchbrechung des Bankgeheimnisses“ durch diese Novellierung inhaltlich keine wirklich entscheidend ins Gewicht fallenden Änderungen ergeben.

⁸ Einzelheiten s *Arnold*, Bankgeheimnis: Ausländische verwaltungsbehördliche Finanzstrafverfahren am (qualifizierten) Prüfstand der Rechtsstaatlichkeit, ÖBA 2006, 722 f.

⁹ Das Strafverfahren und damit auch – was nicht übersehen werden soll – die Durchbrechung des Bankgeheimnisses endet durch Einstellung (auch zB wegen des Todes des Beschuldigten) oder Rücktritt von der Verfolgung durch die StA oder durch gerichtliche Entscheidung.

¹⁰ Kritik am Bankgeheimnis lässt regelmäßig nicht erkennen, ob das übersehen oder das Recht auf Rechtsschutz in Frage gestellt wird.

Schon die Materialien zum StPRG¹¹ hatten im Hinblick auf die Kompetenzverschiebung in der StPO neu vom Untersuchungsrichter zur Staatsanwaltschaft eine Novellierung des § 38 Abs 2 Z 1 BWG gefordert.¹² Die novellierte Fassung des § 38 Abs 2 Z 1 BWG trägt nun diesem – im Übrigen im Schrifttum als gar nicht unbedingt notwendig¹³ erachteten – Verlangen (nicht ohne neue Fragen¹⁴ aufzuwerfen) Rechnung.

1. Mit „**Strafverfahren**“ spricht das BWG nun iSd § 1 Abs 1 StPO neu die Verfahren zur Aufklärung von Straftaten, über die Verfolgung verdächtiger Personen und über damit zusammenhängende Entscheidungen an. Dortselbst wird als Straftat jede nach einem Bundes- oder Landesgesetz mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung (dazu gehören auch Unterlassungen) definiert. Das gerichtliche Strafverfahren beginnt nach § 1 Abs 2 StPO neu, sobald die Kripo¹⁵ oder StA zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat gegen eine bekannte oder unbekannt Person ermitteln (§§ 91 ff StPO neu) oder Zwang gegen eine verdächtige Person ausüben. Dieser „Beginn“ ist aber nun für eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses zu wenig. Die StPO neu fordert zusätzlich eine gerichtliche Bewilligung. Deshalb entfällt auch im geänderten Gesetzestext in Bezug auf das Strafverfahren das Wort „eingeleitet“.
2. Für den zweiten Teilbereich, für den des **verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahrens**, blieb die Rechtslage im § 38 Abs 2 Z 1 BWG auch nach dem 1.1.2008 unverändert.
3. Will man im verwaltungsbehördlichen **landesgesetzlichen Abgabenstrafrecht**¹⁶ einen dritten Teilbereich der Finanzvergehen sehen und diesen hier mitberücksichtigen, so genügt der Hinweis, dass für Zwecke der Strafverfolgung in diesem Teilbereich eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses nicht vorgesehen war und auch weiterhin nicht gegeben ist (§ 7 Abs 6 F-VG 1948 idF FAG 2008 wird vorhersehbar – s nun AbgVRefG – Änderungen des § 254 FinStrG durch den Gesetzgeber zur Folge haben).

¹¹ 25 BlgNR XXII. GP 15.

¹² Dazu s auch *Arnold*, Buchbesprechung Flora, Das Bankgeheimnis im gerichtlichen Strafverfahren, JBl 2008, 204 bzw ÖBA 2008, 370.

¹³ *Flora* (aaO 179) erachtet – in ihrer im Jänner 2007 veröffentlichten Arbeit – eine solche Novellierung für entbehrlich, da eine Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte gem § 116 Abs 3 StPO neu einer gerichtlichen Bewilligung bedarf, wonach ihrer Ansicht nach die Voraussetzung des eingeleiteten gerichtlichen Verfahrens ebenso erfüllt sei wie nach der StPO alt zum Zeitpunkt gerichtlicher Vorerhebungen. Damit wäre aber die Unschärfe im Raum gestanden, dass die Einleitung des Strafverfahrens selbst ja schon früher erfolgt (für sich allein aber entgegen dem früheren Wortlaut das Bankgeheimnis nicht durchbricht).

¹⁴ ZB wenn ein dem österr Bankgeheimnis unterliegender Zeuge vor einem ausländischen StA vernommen werden soll.

¹⁵ Gem § 196 Abs 1 FinStrG treten bei der Aufklärung und Verfolgung gerichtlich strafbarer Finanzvergehen an die Stelle der Kripo die Finanzstrafbehörden und ihre Organe.

¹⁶ Im Standard vom 22.4.2009, 11 wird noch immer (im Beitrag *Zuffer*) die Rechtslage dargestellt, die (nur) bis 31.12.2007 gegolten hat..

Die oben angeführten Bedingungen bleiben aber im Prinzip auch für die StPO neu aufrecht.

1. Im verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren ist – so hier eine Aussage zur erforderlichen gewissen „**Schwere**“ – das Bankgeheimnis nicht durchbrochen wegen fahrlässiger Finanzvergehen, ferner generell nicht wegen Finanzordnungswidrigkeiten.
2. Im gerichtlichen Strafverfahren ist das Bankgeheimnis dort bzw dann nicht durchbrochen, wo bzw wenn es keine „gerichtliche Bewilligung (§ 116 StPO)“ gibt.

Darin liegt bereits eine (modifizierte) Aussage zum Kriterium einer gewissen Schwere. § 116 Abs 1 StPO neu besagt nämlich, dass Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte zulässig ist, wenn sie zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens, das in die **Zuständigkeit des Landesgerichtes**¹⁷ fällt, erforderlich erscheint. Eine Straftat, die in die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes fällt, scheidet demzufolge – via § 116 Abs 1 StPO – als Rechtsgrund für eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses nach § 38 Abs 2 Z 1 BWG aus, ebenso ein Verwaltungsdelikt, das (vgl § 1 Abs 1 Satz 2 StPO neu) im hier maßgeblichen Wortsinn keine „Straftat“ ist.

Überhaupt scheint es zweckmäßig, sich die wesentlichen Aussagen des § 116 StPO vor Augen zu halten, da § 116 StPO mit dem Erfordernis der **gerichtlichen Bewilligung Rechtsschutzfordernissen gerecht** wird und auch Aussagen zum gebotenen Zusammenhang enthält. Die – im Original nicht enthaltenen – Hervorhebungen ersparen viele Worte, weil sie für sich sprechen.

*„§ 116. (1) Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte ist zulässig, wenn sie zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens, das in die **Zuständigkeit des Landesgerichts** fällt (§ 31 Abs. 2 bis 4), **erforderlich** erscheint.*

*(2) Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte nach § 109 Z 3 lit. b ist **darüber hinaus** nur zulässig, wenn **aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen** ist,*

*1. die Geschäftsverbindung einer Person mit dem Kredit- oder Finanzinstitut stehe mit der Begehung der strafbaren Handlung **im Zusammenhang** und entweder der Kontoinhaber selbst verdächtig ist, die Tat begangen zu haben, oder zu erwarten ist, dass eine der Tat verdächtige Person eine Transaktion über das Konto abgewickelt hat oder abwickeln werde, oder*

*2. die Geschäftsverbindung **für die Transaktion** eines Vermögensvorteils **benutzt** werde, der durch Straftaten erlangt oder für sie empfangen wurde (§ 20 StGB) oder welcher der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation oder*

¹⁷ Im Hinblick auf den Titel dieses Beitrages: Fahrlässig begangene Finanzvergehen fallen niemals in die Zuständigkeit der Strafgerichte.

terroristischen Vereinigung unterliegt oder als Mittel der Terrorismusfinanzierung bereit gestellt oder gesammelt wurde (§ 20b StGB).

(3) Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte ist durch die Staatsanwaltschaft aufgrund einer gerichtlichen Bewilligung anzuordnen. ...

*(6) Kredit- oder Finanzinstitute und ihre Mitarbeiter sind **verpflichtet, die Auskünfte zu erteilen** sowie die Urkunden und Unterlagen einsehen zu lassen und herauszugeben. ...“*

- a. Mit Hilfe der Materialien¹⁸ kommt man zum Ergebnis, dass § 116 Abs 6 Satz 1 StPO neu eine *lex specialis* zu Erkundigungen (§ 152 StPO), Vernehmungen (§ 153 StPO), zum Aussageverweigerungsrecht (§ 157 StPO) und zum Schutz der Berufsgeheimnisse (§ 144 StPO jeweils neu) ist. Die zeugenschaftliche Einvernahme eines informierten Vertreters des Kreditinstitutes betreffend Bankkonten und Bankgeschäfte kann daher im Ermittlungsverfahren¹⁹ nur nach staatsanwaltschaftlicher Anordnung und gerichtlicher Bewilligung²⁰ erfolgen, jetzt aber auch durch die Kripo bzw bei gerichtlich strafbaren Finanzvergehen nach FinStrG durch die Organe der Finanzstrafbehörden (§ 196 Abs 1 FinStrG).
- b. Kritik²¹ hat der vorletzte Satz des Abs 6 erfahren, der auch vorsieht, dass „weitere Urkunden oder Unterlagen“, also „von der gerichtlichen Bewilligung nicht umfasste Beweismittel“ „zur Einsicht oder Herausgabe zur Verfügung gestellt werden“ sollen, also müssen. Nur wenn es das Kreditinstitut – welchem demzufolge eine gesteigerte Verantwortung obliegt – verlangt, ist nach § 112 StPO neu (also nach der alten Versiegelungsbestimmung im neuen Gewande) vorzugehen, dh sind schriftliche Aufzeichnungen und Datenträger auf geeignete Weise gegen unbefugte²² Einsichtnahme und Veränderung zu sichern und dem Gericht zur Entscheidung vorzulegen. Die diesfalls zu fällende Entscheidung des Gerichtes wird allerdings idR dann allerdings treffsicherer sein als die Voraus-Bewilligung, da zu diesem (späteren) Zeitpunkt umfangreichere Entscheidungsgrundlagen vorliegen werden.
- c. Die vom § 116 Abs 1 StPO angesprochene „Erforderlichkeit“ kommt zusätzlich zum vom § 38 Abs 2 Z 1 BWG – für beide Fälle – angesprochenen „Zusammenhang“ hinzu. Nähere Angaben dazu enthalten auch die kumulativen (arg: „darüber hinaus“) Bedingungen des § 116 Abs 2 StPO. Diese Erforderlichkeit ist ein Ausfluss des allgemeinen Gebots der Verhältnismäßigkeit, das auch für das verwaltungsbehördliche Finanzstrafverfahren gilt.

¹⁸ JAB zum StPRG 406 BlgNR 22. GP 17.

¹⁹ Zum Beweisverfahren in der Hauptverhandlung s § 248 Abs 1 StPO.

²⁰ *Flora*, aaO, 186.

²¹ *Flora*, aaO 184, 189; zust *Arnold*, JBl 2008, 204 (Buchbesprechung).

²² „Unbefugt“ kann hier nur so verstanden werden, dass darunter – in diesem Stadium des Verfahrens – auch die Einsichtnahme durch Kripo, Finanzstrafbehörde und StA fällt.

Insoweit fließen also zwei Kriterien – jedenfalls im gerichtlichen Bereich – ineinander, wobei sowohl auf die einschlägige Zusammenhangsjudikatur als auch auf Lehre und Rechtsprechung zur Vorgängerbestimmung zum § 116 StPO neu, zum § 145a StPO alt²³ verwiesen sei. All das hat der Richter zu prüfen, bevor er die „gerichtliche Bewilligung“ erteilt.

d. Hinsichtlich des – weiteren – Rechtsschutzes gegen die gerichtliche Bewilligung bedarf es zu § 116 StPO neu hier keiner ins Detail gehenden Ausführungen (s § 116 Abs 6 Satz 3 StPO).

3. Für **ausländische Rechtshilfeersuchen** stellt sich – wieder einmal – die Frage nach der „Anpassung“ der auf das österr Recht bezogenen Kriterien im § 38 Abs 2 Z 1 BWG neu. Soweit es das Verfahrens- bzw Rechtshilferecht ausschließt, dass eine Bewilligung des Strafrichters nach § 116 StPO erteilt werden kann, scheidet Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte – schon aus diesem Grund – aus (s auch FN 14).

Die mit der Einleitung des verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahrens (wegen vorsätzlicher Finanzverwaltungsvergehen, ausgenommen Finanzordnungswidrigkeiten) verbundene Rechtsfolge der Durchbrechung des Bankgeheimnisses war das Argument, mit dem ich die Höchstgerichte des öffentlichen Rechts davon überzeugen konnte, dass diese Verfahrenseinleitung keine bloße – außerhalb des Rechtsschutzes liegende – verfahrens(ein)leitende Verfügung ist, von der der Betroffene lediglich verständigt wird, sondern ein Bescheid, der mit Rechtsmittel bekämpft werden kann.²⁴ Der Gesetzgeber der FinStrGNov 2007 hat dem in weiterer Folge auch Rechnung getragen und eine entsprechende Klarstellung in den Gesetzestext aufgenommen.²⁵

Die (Administrativ-)Beschwerde gegen die Einleitung des verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahrens hat an sich keine aufschiebende Wirkung (§ 152 Abs 2 Satz 1 FinStrG), ihr kann jedoch über Antrag aufschiebende Wirkung zuerkannt werden, wenn durch die Vollziehung der Einleitung ein nicht wieder gutzumachender Schaden „eintreten würde“ und nicht öffentliche Rücksichten die sofortige Vollziehung gebieten (§ 152 Abs 2 Satz 2 FinStrG).

a. Im Erk 26.7.2006, 2004/14/0022²⁶ hat nun der VwGH in einem von mir vertretenen Beschwerdefall ausgesprochen, dass aufgrund eines einschlägigen deutschen Rechtshilfesuches das Bankgeheimnis nicht durchbrochen war, da in der deutschen AO ein korrespondierender Rechtsschutz (Rechtsschutz im rechtsstaatlich erforderlichen Ausmaß) fehlt. Für die Aufhebung des Bankgeheimnisses müsse es sich wie in Österreich um ein konkret und formal

²³ Vgl *Flora*, aaO 92 ff; *dies*, WK StPO, § 145a.

²⁴ Zuletzt *Arnold*, ÖBA 2006, 723, mit den jeweiligen Belegstellen.

²⁵ § 83 Abs 2 letzter Satz FinStrG idF BGBl I 2007/44.

²⁶ ÖStZB 2007/75, 92; Rechtshilfe und Bankgeheimnis (mit Anm *Zorn*), RdW 2006, 593 Nr 561; s auch meinen Besprechungsaufsatz ÖBA 2006, 722; *Huber*, SWK 2006, S 774; kritisch *Urtz*, GeS 2007, 21; *Stahlschmidt*, BB 2006, 2786.

„eingeleitetes“ Strafverfahren handeln. Dies sei aber beim deutschen Ersuchen nicht der Fall, weil der Betroffene keine Rechtsmittel dagegen einlegen könne.

- b. Die von deutscher Seite in diesem Zusammenhang gegen den VwGH erhobene Kritik²⁷ übersieht regelmäßig, dass diese Aussage auf den Bereich des verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahrens – nur ein in einem solchen ergangener letztinstanzlicher Bescheid konnte an den VwGH herangetragen werden – beschränkt ist und demzufolge nicht ungeprüft auf den gerichtlichen Bereich übertragen werden kann. Weiters kommt dazu, dass heute zusätzlich zu dem im damaligen Rechtshilfeersuchen angesprochenen Vertrag zwischen der Republik Österreich und der BRD über Rechtsschutz und Rechtshilfe in Abgabensachen vom 4.10.1994 als Grundlage für die Rechtshilfe in (Abgaben-)Strafsachen (neben anderen bilateralen Verträgen) insbesondere in Betracht kommen

- das Europäische Übereinkommen vom 20.4.1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (Europäisches Rechtshilfeübereinkommen),
- das Erste Zusatzprotokoll zu diesem Übereinkommen vom 17.3.1978,
- das Schengener Übereinkommen vom 19.6.1990 (SDÜ) und insbesondere
- das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der EU vom 29.5.2000 (EU RH Übk) und
- das Protokoll zu diesem Übereinkommen vom 16.10.2001 (Prot EU-RhÜbk).

Dazu kommt weiters – auf rein nationaler Basis – das Auslieferungs- und RechtshilfeG, das allerdings Rechtshilfe (ua) für unzulässig erklärt, wenn die dem Ersuchen zugrunde liegende Handlung in der Verletzung von Abgaben-, Monopol- oder Zollvorschriften besteht (§ 51 Abs 1 Z 1 iVm § 15 Z 1 ARHG).²⁸

- c. Im verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren einen Rechtsschutz²⁹ gegen die Einleitung eines Strafverfahrens zu verlangen, sollte doch durch europäischen Rechtsstandard gedeckt sein (vgl auch Art 13 EMRK, der das Recht auf eine wirksame Beschwerde vorsieht).

²⁷ Diese Kritik ist auch als Reaktion auf zT einseitige Meldungen zu verstehen (zB Focus-Money 2006/36: „Deutscher Fiskus ausgebremst: Die Schnüffelei deutscher Finanzbehörden in ausländischen Konten hat einen empfindlichen Dämpfer erhalten: Der österreichische Verwaltungsgerichtshof hat das Bankgeheimnis höher eingestuft als die Wissbegierde eines deutschen Finanzamts. Damit durfte die österreichische Bank zu Recht die Auskunft über Konten verweigern.“).

²⁸ S auch Arnold, ÖBA 2006, 727, mwN; Huber, JSt 2006, 77.

²⁹ Für Ehrke-Rabel reicht im Hinblick auf „vom europäischen Demokratieverständnis geprägte Staaten“ – die Einhaltung der im jeweiligen Staat für die Verfahrenseinleitung vorgesehenen Kriterien aus (Steuerhinterziehung und Bankgeheimnis, politicum, Steuerreform, Heft 105 [2008] 49).

IV. Die (zweite) Ausnahme vom Bankgeheimnis nach § 38 Abs 2 Z 2 BWG

Gerade der völkerrechtliche Bereich verschärft die Frage, inwieweit das Bankgeheimnis der Verfolgung von **Geldwäsche** und der **Terrorismusbekämpfung** entgegensteht. Das Ergebnis vorwegnehmend sei festgehalten, dass in diesem Bereich das Bankgeheimnis an sich voll durchbrochen, man ist geradezu versucht zu sagen, vollständig aufgehoben ist, dass aber gegebenenfalls entsprechende Verwertungs-, ja sogar Anzeigeverbote für die Behörden iZm „bloßen“ Finanzvergehen bestehen.

1. Die (zweite) Ausnahme von der Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses besteht „im Falle der Verpflichtung zur Auskunftserteilung nach § 41 Abs 1 und 2“ (weilers des § 61 Abs 1, § 93 und § 93a BWG).
2. **§ 41 BWG** steht unter der Überschrift „Meldepflichten“ und lautet (idF BGBl I 2007/108) auszugsweise:

„(1) Ergibt sich der Verdacht oder der berechtigte Grund zur Annahme,

1. dass eine bereits erfolgte, eine laufende oder eine bevorstehende Transaktion der Geldwäscherei (...) dient, ...

3. dass der Kunde einer terroristischen Vereinigung gemäß § 278b StGB angehört oder dass die Transaktion der Terrorismusfinanzierung gemäß § 278d StGB dient,

... so haben die Kredit- und Finanzinstitute die Behörde (§ 6 SPG) hievon unverzüglich in Kenntnis zu setzen und bis zur Klärung des Sachverhalts jede weitere Abwicklung der Transaktion zu unterlassen, ...

(1a) Die Kreditinstitute haben die Behörde (Abs. 1) unverzüglich von allen Anträgen auf Auszahlung von Spareinlagen in Kenntnis zu setzen, wenn ...

(2) Die Kredit- und Finanzinstitute haben der Behörde (Abs. 1) auf Verlangen alle Auskünfte zu erteilen, die dieser zur Verhinderung oder zur Verfolgung von Geldwäscherei oder von Terrorismusfinanzierung erforderlich scheinen. ...

(3b) Die Kredit- und Finanzinstitute haben alle Vorgänge, die der Wahrnehmung der Abs. 1 bis 3 dienen, gegenüber Kunden und Dritten geheimzuhalten. ...

(5) Ergibt sich der FMA oder der Oesterreichischen Nationalbank bei Ausübung der Bankenaufsicht der Verdacht, daß eine Transaktion der Geldwäscherei oder der Terrorismusfinanzierung dient, so haben sie die Behörde (Abs. 1) hievon unverzüglich in Kenntnis zu setzen. ...

3. **Behörde** iSd zitierten Bestimmungen ist zur Zeit das „**Bundeskriminalamt-Meldestelle Geldwäsche**“ im BMI. § 8c Abs 1 Rechtsanwaltsordnung (RAO) spricht juristisch präzise vom „Bundesminister für Inneres (Bundeskriminal-

amt“). In der Folge wird (auch) hier nur kurz von „Geldwäsche“ gesprochen, die Z 3 des § 41 Abs 1 BWG betreffend Terrorismusfinanzierung ist eben jeweils gleichermaßen angesprochen.

- a. Von den vorstehend zitierten Stellen des § 41 BWG sind in § 38 Abs 2 Z 2 BWG nur dessen Abs 1 und 2 bezogen. Auch wenn die (zweite) Ausnahme jeweils eine „Verpflichtung zur Auskunftserteilung“ anspricht, sind wohlverstanden die (aktiven) „Meldepflichten“ des § 41 Abs 1 und 2 BWG mitumfasst.
- b. Kredit-(und Finanz)institute haben nur diese Behörde (§ 6 SPG) „in Kenntnis zu setzen“ und haben nur ihr auf Verlangen „alle Auskünfte“ zu erteilen. Im Übrigen haben sie die entsprechenden Vorgänge (gegenüber Kunden und Dritten) kraft ausdrücklicher und zusätzlicher Anordnung im „Geldwäscheparagraphen“ des BWG geheim zu halten (§ 41 Abs 3b BWG).
- c. Anders als die Z 1 des § 38 Abs 2 BWG enthält die Z 2 des § 38 Abs 2 BWG keine Aussage darüber, wem gegenüber (allein) die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses nicht besteht (dort: „gegenüber den Staatsanwaltschaften und Strafgerichten“ bzw „gegenüber den Finanzstrafbehörden“), sondern führt Fälle der „Verpflichtung zur Auskunftserteilung“ an. Inhaltlich ist das Ergebnis aber dasselbe, weil betreffend Geldwäsche diese Auskunftspflicht (nur) gegenüber „der Behörde (§ 6 SPG)“, also gegenüber dem Bundeskriminalamt, besteht und die Kredit- (und Finanz-)institute alle Vorgänge, die der Wahrnehmung des § 41 Abs 1 bis 3 BWG dienen, kraft ausdrücklicher zusätzlicher Gesetzesanordnung „gegenüber Kunden und Dritten“ geheimzuhalten haben (Abs 3b). § 11 Abs 6 StPO neu wurde oben bereits behandelt.
- d. Ausgehend von einem Verdacht der Geldwäsche (§ 41 Abs 1 BWG spricht gleichwertig auch vom „berechtigten Grund zur Annahme“) ergeben sich damit keine Besonderheiten. Die Mitarbeiter des Bundeskriminalamtes sind „Organe von Behörden“, die demzufolge das Bankgeheimnis als Amtsgeheimnis zu wahren haben, sofern nicht eine Verpflichtung zur Strafanzeige besteht. Dazu siehe anschließend iZm § 41 Abs 6 BWG das dort geregelte Beweisverwertungsverbot sowie allgemein das Umgehungsverbot hinsichtlich der Zeugenaussagen von Bediensteten und der Herausgabe von Akten der Behörde (§ 6 SPG).
An die Meldestelle Geldwäsche sind nicht nur Verdachtsmeldungen gem § 41 BWG, sondern auch solche gem § 18a Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG), § 25 Börsegesetz, § 21 Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG), § 365r Gewerbeordnung (GewO), § 25 Glücksspielgesetz (GSpG), § 8c Rechtsanwaltsordnung (RAO), § 36c Notariatsordnung (NO) und § 37 Wirtschaftstreuhänderberufs-Ausübungsrichtlinie (dazu siehe auch § 91 Abs 4 Z 1 WT-BG) zu melden.

- e. Kreditinstitute, deren Gesellschafter, Organmitglieder, Beschäftigte sowie sonst für sie tätige Personen haben unter dem Aspekt „Geldwäsche“ das Bankgeheimnis Dritten gegenüber nicht etwa in einem geminderten Ausmaß zu wahren.³⁰
4. Hinsichtlich des bereits angesprochenen **Beweisverwertungsverbotes** ist in diesem Zusammenhang der § 41 Abs 6 BWG maßgeblich. Dieser lautet (Hervorhebung nicht im Original):

„(6) Bei sonstiger Nichtigkeit dürfen **zum Nachteil des Beschuldigten oder Nebenbeteiligten nicht verwendet** werden:

1. Daten, die von der Behörde gemäß Abs. 1, 2 oder 5 ermittelt wurden, in **ausschließlich wegen Finanzvergehen**, mit Ausnahme der in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden Finanzvergehen des Schmuggels oder der Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben, geführten Verfahren;
2. Daten, die von der Behörde gemäß Abs. 1a ermittelt wurden, in **ausschließlich wegen Finanzvergehen nach Z 1 oder wegen einer anderen, mit nicht mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedrohten strafbaren Handlung** geführten Verfahren.

*Ergibt sich bei der Behörde (Abs. 1) lediglich ein Verdacht einer strafbaren Handlung nach Z 1 oder 2, so hat sie die **Anzeige** gemäß § 78 StPO oder § 81 FinStrG zu **unterlassen**.*“

Auch hier sprechen die Hervorhebungen für sich. Das (bedingte) Gebot, die Anzeige zu unterlassen, gilt sowohl im Bereich der StPO als auch des verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahrens.

V. Sonstiges

Die **weiteren Ausnahmen vom Bankgeheimnis** (in den nachfolgenden Ziffern des § 38 Abs 2 BWG) haben mit der Verfolgung von Finanzvergehen unmittelbar nichts zu tun. Natürlich können zB Auskünfte des Kreditinstitutes an das Abhandlungs-, das Vormundschafts- oder das Pflugschaftsgericht (§ 38 Abs 2 Z 3 und Z 4 BWG) dazu führen, dass Finanzvergehen Dritter offenkundig werden. Insoweit besteht weder ein Beweisverwertungsverbot noch eine Ausnahme von der Anzeigepflicht (§ 78 StPO neu; § 81 FinStrG).

Einen weiteren Fall eines Beweisverwertungsverbotes – nur für das verwaltungsgerichtliche Finanzstrafverfahren – kennt § 98 Abs 4 FinStrG. Dieser lautet – bezogen auf das Thema dieses Beitrages – auszugsweise:

³⁰ S insoweit umfassend mein Gutachten, erstellt für den „Untersuchungsausschuss betreffend Finanzmarktaufsicht, BAWAG, Hypo-Alpe-Adria und weitere Finanzdienstleister“ (3/GO/XXIII. GP).

„(4) Beweismittel, die unter Verletzung der Bestimmungen des ... § 89 Abs. 4 ... gewonnen wurden, dürfen zur Fällung des Erkenntnisses (der Strafverfügung) zum Nachteil des Beschuldigten oder der Nebenbeteiligten nicht herangezogen werden.“

Der solcherart angesprochene (hier herausgehobene) **§ 89 Abs 4 FinStrG** besagt seinerseits in seinem zweiten Teil:

„...bei Kreditinstituten und den im § 38 Abs. 4 BWG genannten Unternehmen unterliegen Gegenstände, die Geheimnisse iSd § 38 Abs. 1 BWG betreffen, der Beschlagnahme nur für Finanzvergehen, für die das Bankgeheimnis gem § 38 Abs. 2 Z 1 BWG aufgehoben ist und für vorsätzliche Finanzvergehen, ausgenommen Finanzordnungswidrigkeiten, die mit Finanzvergehen, für die das Bankgeheimnis aufgehoben ist, unmittelbar zusammenhängen.“

Nur Beweismittel, die unter Verletzung der diesbezüglichen Beschlagnahmeregeln genommen wurden, sind von diesem Verwertungsverbot umfasst, nicht etwa generell alle Beweismittel, die unter Verletzung des Bankgeheimnisses gewonnen wurden, etwa wenn ein Bankangestellter – und sei es in gewinnsüchtiger Absicht – das Bankgeheimnis verletzt. In Extremfällen könnte allerdings das Gebot eines fair trial (Art 6 EMRK) zu einem Beweisverwertungsverbot führen.³¹

Für den Bereich des **gerichtlichen** (Finanz-)Strafverfahrens ist hinsichtlich eines Beweisverwertungsverbot auf § 166 StPO neu zu verweisen, der allerdings unter dem Aspekt des Bankgeheimnisses keinen praktischen Anwendungsfall haben sollte.

Woran sonst sind **ausländische Rechtshilfegesuche** iZm dem Bankgeheimnis scheitert?

1. Pars pro toto sei hier das VfGH-Erk 20.3.1986, B 410/85, Slg 10.840/1986³² angeführt. Der VfGH hat das diesbezügliche (deutsche) Rechtshilfegesuch als mit gravierenden, einer positiven Erledigung entgegenstehenden Mängeln behaftet qualifiziert.³³ Das Auskunftsverlangen (des österr Finanzamtes) beruhte auf „völlig unzureichenden Grundlagen“ der „Steuerfahndung München“, was den unkritischen österr Finanzbehörden den Vorwurf des VfGH brachte, leichtfertig gehandelt und mit dem zur Durchsetzung eingesetzten Beugemittel einen Willkürakt gesetzt zu haben.

³¹ BGH 26.11.1989, BGHSt 36, S 305; BVerfG 5.3.2000, StV 2000, S 466, besagt, dass ein Verstoß gegen das Prinzip des fair trial nicht zwingend zu einem Beweisverwertungsverbot führt.

³² AnwBl 1986, 419, mit Anm *Arnold*.

³³ In der Rezension dieses Erk habe ich darauf hingewiesen, dass der Rechtsmittelwerber in der Regel ja um diese Mängel gar nicht weiß und dass erst die amtswegige Überprüfung des Rechtshilfegesuches aus Anlass seines Rechtsmittels dazu führt, dass allfällige Fehler aufgegriffen werden.

- a. In diesem Erk ist der VfGH allerdings auch zum Ergebnis gekommen, dass ungeachtet des Wortlautes des Gesetzes, dass eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses „gegenüber den Strafgerichten“ besteht, auch dem deutschen Staatsanwalt gegenüber, der aus damaliger österr Sicht die Funktion eines Untersuchungsrichters wahrnahm, das Bankgeheimnis durchbrochen ist.
 - b. Einen Schritt weiter ging der OGH in seiner viel beachteten Entscheidung 9.3.1995, 15 Os 126, 127/94,³⁴ ergangen über Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes (noch zum KWG), in der er „in völkerrechtsfreundlicher Auslegung“ eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses sogar gegenüber dem Staatsanwalt im russischen Innenministerium als gegeben erachtete.
2. Gescheitert – um das Thema dieses Unterabschnittes anhand eines weiteren Beispiels fortzuführen – ist auch ein Rechtshilfeersuchen, in dem die US-amerikanischen Behörden mit einem Vorbehalt bzw mit einer besonderen Formulierung versuchten, die in Österreich geltende Regelung, wonach für Zwecke des Abgabenverfahrens (allein) das Bankgeheimnis nicht durchbrochen wird, zu unterlaufen.

Für Zwecke eines in Arizona/USA anhängigen Finanzstrafverfahrens erging an ein österr Kreditinstitut ein „*Auskunfts- und Einsichtnahmeersuchen gem § 99 Abs 1 FinStrG*“, das mit einer Zustimmungserklärung („*Consent directives*“) des Beschuldigten begründet war, wonach er jede Bank, die Informationen über Bankkonten betreffend seine Person besitze, ermächtige, diese Information gegenüber „*jedem Organ der US-Staatsanwaltschaft, die die Grand Jury unterstützt*“, offenzulegen.

Das Kreditinstitut brachte ua vor, dass nicht ersichtlich sei, ob in den USA überhaupt ein Strafverfahren eingeleitet worden sei, dass nicht nachprüfbar sei, ob diese Erklärung freiwillig oder unter Verletzung der einem Beschuldigten zustehenden Rechte abgegeben wurde, und schließlich – erkennbar im Sinne meiner Rezension des VfGH-Erk Slg 10.840/1986³⁵ –, dass mangels Kenntnis des Akteninhalts gar nicht überprüft werden konnte, ob ausreichende Entscheidungsgrundlagen vorlägen, und weigerte sich demzufolge unter Berufung auf das Bankgeheimnis, die vom österr Finanzamt als Rechtshilfebehörde verlangten Auskünfte zu erteilen.

Der VwGH hat im Erk **17.12.2001, 97/14/0105**,³⁶ in einem auf fünf Richter aufgestockten Senat den angefochtenen Bescheid, der die Verhängung einer Zwangsstrafe bestätigt hatte, aufgehoben und ausgeführt, dass sich die Weigerung des Kreditinstitutes schon aus nachfolgendem Grund als im Ergebnis zu Recht erfolgt erweist. Das amerikanische Auskunftersuchen sei nicht auf das von der belangten Behörde herangezogene DBA-Erbschaftssteuer (USA)³⁷ ge-

³⁴ AnwBl 1997, 95 = JBl 1996, 532 = ÖBA 1995, 712.

³⁵ Vgl FN 31.

³⁶ ÖStZB 2002/435, 558 = AnwBl 2003, 44 (*Sutter*).

³⁷ BGBl 1983/269.

stützt, sondern auf das DBA-Einkommensteuer (USA),³⁸ insb auf dessen Art 16. Der von der belangten Behörde vorgenommene Austausch der Rechtsgrundlage fände seine Begründung offenbar darin, dass im zuletzt genannten DBA die erteilte Auskunft nur jenen Personen zugänglich gemacht werden darf, „die mit der Veranlagung oder der Einhebung der ESt befasst sind“. Eine Weitergabe der erhaltenen Information etwa zur Strafverfolgung ist nach diesem DBA nicht zulässig. Art 12 Abs 1 DBA-Erbschaftssteuer erlaube demgegenüber die Weiterverfolgung der erhaltenen Informationen an die mit der Strafverfolgung befassten Personen. Nach der Begründung des Auskunftersuchens sollten die von Österreich erbetenen Unterlagen der „Grand Jury“ (einer außerhalb der Finanzverwaltung gelegenen Abgabenbehörde für die Verfolgung von schweren Straftaten) vorgelegt werden, wofür das DBA-Einkommensteuer (USA) eine Rechtsgrundlage nicht bot. Eine Auskunftserteilung ausschließlich für Zwecke der Strafverfolgung sei auch durch das DBA-Erbschaftssteuer nicht gedeckt. Den von den amerikanischen Steuerbehörden übermittelten Unterlagen und Sachverhaltsdarstellungen lasse sich nicht entnehmen, dass die von den USA erbetenen Informationen zur Erhebung einer (wohl Einkommen-)Steuer benötigt würden. Im amerikanischen Auskunftersuchen sei vielmehr (ausschließlich) davon die Rede, die erbetenen Informationen stünden iZm einer „Grand-Jury-Untersuchung“ und der Staatsanwalt werde die „Grand Jury“ anweisen, die von Österreich erhaltenen Informationen nur „für Zwecke zu verwenden, um festzustellen, ob gegen den Beschuldigten die Anklage erhoben werden soll“.³⁹

3. Gescheitert ist auch das deutsche Rechtshilfersuchen, das oben iZm dem Erfordernis des ausreichenden Rechtsschutzes gegen eine das Bankgeheimnis durchbrechende Verfahrenseinleitung behandelt wurde (siehe VwGH-Erk 26.7.2006, 2004/14/0022).

Last but not least sei daran erinnert, dass der Umfang des Bankgeheimnisses von der Judikatur manchmal sehr restriktiv gesehen wird. Der OGH hat erst jüngst in zwei jeweils über Nichtigkeitsbeschwerde der Generalprokuratur zur Wahrung des Gesetzes ergangenen Entscheidungen⁴⁰ ausgesprochen, dass Lichtbilder oder Videoaufnahmen der Überwachungskameras eines Kassaraumes bzw eines Geldausgabeautomaten nicht dem Bankgeheimnis unterliegen. Der OGH geht davon aus, dass die Herausgabe einer Videoaufnahme, welche eine dort geschehene Straftat (zB Diebstahl) betrifft, deshalb nicht unter das Bankgeheimnis fällt, weil § 38 Abs 1 BWG nur solche Informationen erfasst, die den zur Geheimhaltung verpflichteten

³⁸ BGBl 1957/232.

³⁹ Vermutlich haben die amerikanischen Behörden mit diesem Vorbehalt dem Umstand Rechnung tragen wollen, dass in Österreich für Zwecke des Abgabenverfahrens (allein) das Bankgeheimnis nicht durchbrochen wird.

⁴⁰ OGH 29.8.2007, 13 Os 89, 90/07y, ÖBA 2008, 275 (Flora); 13.12.2007, 12 Os 100/07h, ÖBA 2008, 592; ebenso LG Klagenfurt 23.1.2008, 7 BI 5/08m.

Personen ausschließlich aufgrund der Geschäftsverbindung mit Kunden [oder aufgrund einer Großkreditmeldung] anvertraut oder zugänglich gemacht worden sind. Dazu zählen nach Ansicht des OGH völlig unabhängig von der tatsächlichen Banktransaktion angefertigte Bilder von zB im Bereich eines Bankomaten aufhältigen Personen jedenfalls nicht.

Die Problematik an diesen Entscheidungen sehe ich darin, dass es nicht darum geht, dass der identifizierte Dieb oder Räuber – als solcher – kein Bankkunde ist, sondern dass solcherart notwendigerweise jedenfalls (im ersten Fall) auch die Identität von Personen preisgegeben wird, die ihrerseits sicher Bankkunden sind. Das Adverb „ausschließlich“ bedarf mE gegebenenfalls einer einschränkenden Auslegung. „Ausschließlich“ aufgrund der Geschäftsverbindung mit einem Kunden anvertraut oder zugänglich gemacht ist etwas nur dann nicht, wenn das Kreditinstitut sein Wissen (zeitlich und sachlich) unabhängig davon auch aus einer zweiten bzw weiteren Erkenntnisquelle schöpft, die ihrerseits außerhalb des Schutzbereichs des Geheimnisschutzes⁴¹ liegt.

VI. Resümee

Nach dem (naturgemäß nur überblicksartig) Dargestellten wird man wohl rechtens nicht sagen können, dass das österr Bankgeheimnis – wenn überhaupt (!) – einen sachlich nicht gerechtfertigten Schutz vor Verfolgung wegen **Finanzvergehen** gewährt.

Bereits die (erste) Ausnahme vom Bankgeheimnis nach § 38 Abs 2 Z 1 BWG durchbricht das Bankgeheimnis gegenüber den Staatsanwaltschaften und Strafgerichten im Zusammenhang mit einem Strafverfahren auf Grund einer gerichtlichen Bewilligung (§ 116 StPO).

Wenn ein Befund der geltenden Rechtslage ergibt, dass vom Gesamtbereich der **mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen** ein – durchaus nicht unbedeutender – Teilbereich von der Durchbrechung des Bankgeheimnisses ausgenommen ist, nämlich die gesamte bezirksgerichtliche Zuständigkeit (man denke nur an die Aufklärung eines nicht qualifizierten Betruges [§ 146 StGB]), so mag das vielleicht Kritik hervorrufen, verfassungsrechtlich jedoch aber damit gerechtfertigt werden können, dass der Gesetzgeber von einer Durchschnittsbetrachtung ausgehen und auf den Regelfall abstellen darf.

Im **verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren** besteht die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses nicht im Zusammenhang mit allen eingeleiteten Strafverfahren wegen vorsätzlicher Finanzvergehen. Die Ausnahme hin-

⁴¹ Ein anderer Ansatz wäre es, zu hinterfragen, ob überhaupt ein Geheimnis (eine Tatsache, die den sonst daran interessierten Personen nicht oder nur schwer zugänglich ist; vgl *Burgstaller*, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Geheimnisse, in *Ruppe* [Hrsg], Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben [1980] 13) und vor allem, ob ein objektives Geheimhaltungsinteresse (vgl *Burgstaller*, aaO 15 f) vorliegt; zu diesen Aspekten unter dem Blickwinkel des Bankgeheimnisses schon *Arnold*, ZGV-Service 1981/1, 7 f.

sichtlich fahrlässig begangener Finanzvergehen bzw – expressis verbis – aller Finanzordnungswidrigkeiten erscheint sachgerecht.

Wäre der im vorstehend angesprochene Betrugsfall zur Debatte stehende Schadensbetrag ident mit dem strafbestimmenden Wertbetrag eines in die verwaltungsbehördliche Zuständigkeit fallenden **Finanzvergehens nach § 33 FinStrG**, bestünde keine Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses. In diesem Teilbereich ist also die Verfolgung eines Finanzvergehens – anders als im bezirksgerichtlichen Verfahren – nicht erschwert, sondern vergleichsweise sogar privilegiert.

Dass es gegen die gerichtliche Bewilligung (§ 116 StPO) und gegen die Einleitung des verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahrens – nicht nur wegen der vorstehend erörterten Rechtsfolgen – **effektiven Rechtsschutz** geben muss, sollte schon allein aus verfassungsrechtlichen Überlegungen der Rechtsstaatlichkeit unbestritten sein.

Wie eine Analyse der einschlägigen Entscheidungen ergeben hat, sind **ausländische Rechtshilfeersuchen** idR am österreichischen Bankgeheimnis nur wegen unzureichender Begründung oder sonstiger Mängel des Rechtshilfesuchs bzw an untauglichen Versuchen, die Begrenzungen durch Doppelbesteuerungsabkommen zu unterlaufen, gescheitert, nicht jedoch wegen einer „Schlechterbehandlung“ ausländische Abgabenansprüche geltend machender ausländischer Behörden.

Ein **effektiver Rechtsschutz** sollte aus verfassungsrechtlicher Sicht unteilbar sein. Vorhersehbar wird aber der vom Ausland kommende Druck auf Österreich steigen, diesbezügliche Rechtsschutzüberlegungen zumindest dort hintanzustellen, wo die unter Durchbrechung des Bankgeheimnisses gewonnene Entscheidung in einem rechtsstaatlichen Verfahren angefochten werden kann.

Die im Zusammenhang mit **Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung** (ua) für Kreditinstitute geltenden rigorosen Verpflichtungen, einen diesbezüglichen Verdacht und damit auch den Kunden der Behörde unverzüglich zu melden, lassen es – jedenfalls nach Ansicht des österreichischen Gesetzgebers – gerechtfertigt erscheinen, von einer diesbezüglichen Anzeigepflicht der Behörde für gewisse Finanzvergehen abzusehen und ein korrespondierendes Beweisverwertungsverbot anzuordnen.

Andere Geheimnisschutzbestimmungen, die keine (oder wesentlich geringere) Ausnahmen (zB vom Berufsgeheimnis der Wirtschaftstreuhänder), jedenfalls keine Ausnahmen zwecks Verfolgung von Finanzvergehen enthalten, stehen außerhalb vergleichbarer Kritik.

Der **datenschutzrechtliche** Aspekt wird in der laufenden Diskussion idR vernachlässigt.