

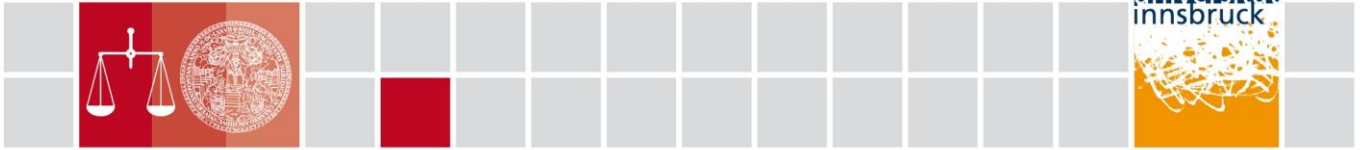
Universität Innsbruck

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie

ao. Univ.-Prof. Dr. Margarethe Flora

Univ.-Ass. MMag. Thomas Lagg



An das
Bundesministerium f Finanzen
Museumstraße 7
1070 WIEN

Per e-mail: e-Recht@bmf.gv.at;
begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Innsbruck, am 3. 6. 2015

Betrifft: Ministerialentwurf 126/ME XXV.GP

Punktuelle Stellungnahme Ministerialentwurf 126/ME XXV.GP

Während im (Finanz-)Strafverfahren bei der Auskunft über sensible Kontodaten eine gerichtliche Bewilligung bzw ein Bescheid notwendig ist, sind nach diesem Entwurf im reinen Abgabenverfahren keinerlei Rechtsschutz- oder Kontrollmechanismen vorgesehen.

Bisher hatte auch der Gesetzgeber akzeptiert (siehe EBRV zum StRÄG 2002, 31), dass Auskünfte über Kontodaten Informationen über das Privatleben eines Kontoinhabers preisgeben, und daher durch wirksame Kontrollen geschützt werden müssen. Insbesondere im Zeitalter des bargeldlosen Zahlungsverkehrs lassen Kontodaten einen Rückschluss auf die Lebensgewohnheiten (Arzthonrare; Einkaufsgewohnheiten; Hobbys; Bewegungsprofil) einer Person zu. Der Entwurf lässt diese Problematik völlig außer Acht. Die Argumentation, durch die Aufgabe jeglichen Rechtsschutzes im reinen Abgabenverfahren das Budget sanieren zu können, mutet seltsam an.

Zu Art 1 § 38 Abs 2 Z 11

I.) Es ist **unverhältnismäßig**, dass Kreditinstitute im Abgabenverfahren verpflichtet sein sollen, **ohne jegliche Kontrollmechanismen** über inhaltlich sensible Daten Auskunft zu geben. Von datenschutzrechtlichen Fragen abgesehen, scheint völlig vergessen zu werden, dass Kontodaten einen nicht zu unterschätzenden Teil der Privatsphäre eines Menschen betreffen. In diese Privatsphäre ohne Kontrolle zu einem Zeitpunkt einzudringen, indem noch nicht

einmal der Verdacht auf eine Straftat besteht, ist unverhältnismäßig. Besonders zu beachten gilt, dass zusätzlich zur Z 12, die „lediglich“ die Meldung den Abruf der **Kontenstammdaten** an das neue zentrale Kontenregister betrifft, durch die neue Z 11 **sämtliche inhaltliche Daten** einer Kontenverbindung - also auch jegliche Buchungsdaten - durch Auskunft „abgerufen“ werden können.

Den Finanzbehörden stehen damit zukünftig in der Praxis „bei Bedenken gegen die Richtigkeit der Abgabenerklärung“ (siehe dazu III.) die vollen und uneingeschränkten Kontoein-sichtsrechte für Konten der Parteien im Abgabeverfahren zu. Damit wird jeder Steuerpflichtige Österreichs gleichsam unter Generalverdacht gestellt und **verliert** gegenüber den Finanzbehörden jegliches Recht auf Wahrung seiner **Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung**.

II.) Damit nicht genug der Unverhältnismäßigkeiten: Das Recht auf Auskunft für **Finanzbehörden** wird sogar auf Konten ausgedehnt, die nicht einmal auf den Steuerpflichtigen bzw. auf die Parteien in einem Abgabeverfahren lauten oder in der Vergangenheit gelautet haben. Dadurch kann jedes Bankkonto eines **unbeteiligten Dritten**, beispielsweise des **Dienstgebers** im Rahmen der Arbeitnehmerveranlagung seines Dienstnehmers oder auch Konten von **Unternehmen**, die im Auftrag des Steuerpflichtigen Leistungen erbracht und deren abzugsfähige Aufwendungen steuerlich geltend gemacht wurden, uneingeschränkt eingesehen werden.

Bei Konten, die auf **unbeteiligte Dritte** lauten, ist der Konteninhaber lediglich vorab zu hören. Zumindest auf seine Rechtsschutzinteressen eingeschränkte Parteirechte im Abgabeverfahren und damit auch ein Rechtsmittel gegen die Kontoöffnung stehen ihm nicht zu. Es werden folglich weder den Parteien des Abgabeverfahrens und noch viel weniger Dritten, am Abgabeverfahren unbeteiligte Inhaber von Konten, Rechtsmittel gegen die Kontoöffnung und damit Rechtsschutz gegen diesen Eingriff in das **Grundrecht auf Informationelle Selbstbestimmung** gewährt.

Eine Kontoöffnung nur bei „Vorliegen einer begründeten Annahme, dass das Auskunftsverlangen für die Erhebung von Abgaben bedeutsam ist“ erscheint nicht einmal auf den ersten Blick geeignet, das Recht des unbeteiligten Dritten Kontoinhabers auf Wahrung seiner **Persönlichkeitsrechte** und den **Datenschutz** zu wahren. Diese schlichte Begründung wird in **fast jedem** Abgabeverfahren leicht zu führen sein. So könnten zB **Barauszahlungen** des Dienstgebers an Arbeitslöhnen mit entsprechenden Einzahlungen am Konto des am Verfahren unbeteiligten Dienstnehmers verglichen werden.

Völlig offen bleibt, wie die Wahrung der Aussageverweigerungsrechte gem. § 171 BAO bei Durchführung des Kontenabrufs gewährleistet bleiben soll.

III.) Das Auskunftsverfahren beinhaltet keinerlei **Kontroll- und Rechtsschutzmechanismen**. Es werden die Parteien des Abgabeverfahrens über die Kontoöffnung weder informiert noch ein mit separatem Rechtszug bekämpfbarer Bescheid ausgestellt. Dadurch wird die Regelung des § 244 BAO in **unverhältnismäßiger** Weise auf Kontoöffnungen durch die Abgabenbehörde im Rahmen eines schlichten Ermittlungsverfahrens gem. § 161 ff BAO **erweitert**. Es bedarf nicht einmal eines „einfachen“ Verdachts auf Vorliegen eines finanzstrafrechtlich relevanten Tatbestands sondern nur „Bedenken gegen die Richtigkeit der Abgabenerklärung“. Ein stufenweises Vorgehen im Sinne des § 165 BAO (Herausgabeverpflichtung von Dritten erst nach Weigerung des Abgabepflichtigen) sieht das Gesetz nicht vor. Die EB sprechen hier zwar von „zweckmäßiger“ Vorgangsweise, aber so kann die **Information des Abgabepflichtigen** durch die Behörde über das Interesse an den Kontounterlagen **umgangen** werden. In Deutschland ist die Subsidiarität einer solchen Auskunftersuchens in § 30a AO ausdrücklich verankert.

Damit werden die Ermittlungsmethoden des Finanzstrafverfahrens, beispielsweise die Anordnung der Beschlagnahme (§ 89 FinStrG) oder der Hausdurchsuchung (§ 93 FinStrG) oder die Aufforderung zur Auskunftserteilung (§ 99 FinStrG), faktisch in das Abgabeverfahren im Rahmen der **Nachschau** gem. § 144 BAO **bereits für die Abgabenbehörde** und nicht erst für die Strafbehörde ohne Kontroll- und Rechtsschutz **vorverlagert**.

Zum Vergleich zur Kontoöffnung ohne Rechtsschutz stelle man sich vor, die Finanzbehörden hätten das Recht, ohne hinreichend begründeten Verdacht auf eine Finanzstraftat den Betrieb oder die Privatwohnung eines Steuerpflichtigen zu durchsuchen!

Da **keine eigenen Rechtsschutzmechanismen** zur Offenlegung und Prüfung, warum die Abgabenbehörde Bedenken gegen eine Abgabenerklärung hegt, vorgesehen sind, kann sich die jeweils betroffene Person gegen eine derartige Praxis der Kontoöffnung nicht unmittelbar zur Wehr setzen, sondern allenfalls erst durch Rechtsmittel gegen den das Abgabeverfahren erledigenden Bescheid. **§ 244 BAO** wird nämlich **nicht geändert**, sodass sowohl Auskunftersuchen aus dem neu einzurichtenden Kontoregister gem. § 4 KontRegG als auch Einsichtnahmen in Kontenbewegungen gem. § 38 Abs 2 Z 11 BWG lediglich als verfahrenseinleitende Maßnahmen gelten und damit nicht mit gesondertem Rechtsmittel bekämpfbar

sind. Diese **uferlose verwaltungsbehördliche Kontoöffnungsbefugnis** ist zweifellos geeignet, die bislang unzulässigen „**Fishing-Expeditions**“ durch Abgabenbehörden ohne Kenntnis des Abgabepflichtigen zu legitimieren. **Eine behördliche Kontrolle des Auskunftsverlangens samt Rechtsmittelmöglichkeit des Kontoinhabers ist unbedingt notwendig!**

IV.) Durch die Zusammenlegung der Prüfungsverfahren sowohl der Sozialbeiträge als auch der steuerlichen Abgaben im Rahmen der **Gemeinsamen Prüfung der Lohnabhängigen Abgaben (GPLA)**, stehen diese Auskünfte auch den Sozialversicherungen zur Verfügung. Diese sind als „Abgabenbehörden“ iSd § 38 Abs 2 Z 11 und 12 BWG in den EBRV nicht genannt. Für andere Verfahren als das behängende Abgabenverfahren ist daher ein **Beweisverwertungsverbot** zu fordern.

V.) Kreditinstitute haben somit zukünftig jedem schriftlichen Auskunftersuchen der Finanzbehörden nachzukommen, ohne das Vorliegen materieller Voraussetzungen dieser Auskunftserteilung prüfen zu dürfen. Damit werden die Kreditinstitute zu bloßen **Erfüllungsgehilfen der Finanzbehörden**.

Durch die Sorgfalts- und Dokumentationspflichten im Rahmen der Bestimmungen zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung gem. §§ 40 ff BWG werden Kreditinstitute zB zu umfassenden Risikoanalysen ihrer Kunden verpflichtet. Solche Unterlagen sind, **ohne** dass ein **hinreichend begründeter Verdacht** auf finanzstrafrechtliche **Vortaten** zur **Geldwäscherei** oder **Terrorismusfinanzierung** vorliegen, im Abgabenverfahren **nicht erforderlich**.

Die damit den Finanzbehörden durch jederzeitige Einsichtnahme in Konten zugänglichen Informationen übersteigen daher deren begründetes rechtliches Interesse an der Einheitlichkeit, Gleichmäßigkeit und Vollständigkeit der Festsetzung der Abgabenhöhe gem. § 114 BAO um ein unverhältnismäßiges Ausmaß. Die Einführung eines **Kontrollmechanismus zur Feststellung der Erforderlichkeit der Auskünfte** ist daher unumgänglich.

VI.) § 38 Abs 2 Z 11 und 12 BWG berechtigen zu Eingriffen von erheblichem Gewicht, von denen **weite Kreise der Bevölkerung** betroffen sein könnten. Angesichts dessen, **fehlt es an hinreichenden formellen und materiellen Eingriffsschwellen**. Dadurch wird in der Praxis Tür und Tor geöffnet, die Norm als Grundlage für Routineabfragen zu missbrauchen. Zudem werden den von einer Kontenabfrage Betroffenen keine hinreichenden Kenntnismöglichkeiten gewährleistet. Insbesondere ist kein dem deutschen Vorbild des automatisierten

Kontenabrufverfahrens entsprechendes Informationsverfahren gem § 93 Abs 9 dAO iVm § 24c dKWG vorgeschrieben. Gemäß dieser Bestimmungen ist der Betroffene in Deutschland tunlichst vorab, bis auf wenige Ausnahmen aber **jedenfalls nach** Durchführung des Kontenabrufs zu **verständigen**. Die österreichische Regelung verzichtet auf ein derartiges Informationsrecht zur Gänze. Dies verhindert gezielt eine Kenntnisnahme durch den Abgabepflichtigen als Grundrechtsträger.

Zu den geplanten Änderungen im Strafverfahren:

Auch hier wird der Rechtsschutz beschränkt werden, da es zukünftig bei der Abfrage aus dem **Kontenregister** nur mehr eine staatsanwaltliche Anordnung und **keine richterliche Bewilligung** brauchen wird. Die Beeinträchtigung des Rechtsschutzes wird also auch hier noch weiter voranschreiten.

Als Argument wird die internationale Kritik vorgebracht, die aktuell den Ermittlungsbehörden Staatsanwaltschaft und Finanzstrafbehörde zur Verfügung stehenden Mittel seien zu schwerfällig, zu wenig weitreichend und die Abläufe zu langwierig. Dies würde einer Evaluierung bedürfen. Ein Rechtsmittelverfahren ist mit den internationalen Vorgaben vereinbar (vgl *Flora*, ÖBA 2014, 918). **Die Effizienz der Behörde durch Abschaffung des Rechtsschutzes für die Betroffenen zu steigern, ist eines Rechtsstaates nicht würdig.**

Es ist auch anzumerken, dass die Rechtsmeinung der EBRV, dass in Verfahren gegen Kreditinstitute als Beschuldigte § 116 StPO keine Geltung habe, verfehlt ist (so zuletzt OLG Wien 5.3.2014 18 Bs 28/14w in ÖBA 10/14, 779 mit Anm *Flora*).

Zu Art 1 (§ 38 Abs 2 Z 12) und (Art 2 KontRegG):

Vorab ist festzustellen, dass der Gesetzesentwurf keinerlei formelle und materielle Abfragekriterien beinhaltet. Die Einführung eines **Kontrollmechanismus zur Feststellung der Erforderlichkeit der Auskünfte** und eine **Rechtsmittelmöglichkeit** des Betroffenen sind unbedingt notwendig.

Im **Vergleich mit dem deutschen System** zum automatisierten Abruf von Konteninformati-
onen gem. § 24c dKWG zeigt sich, dass die zu begutachtende österreichische Regelung in wesentlichen Punkten noch weiter geht, als ihre deutsche Vorlage. Gemäß § 93 Abs 7 dAO ist ein Zugriff auf das Register im Abgabeverfahren nur zulässig, wenn ein Auskunftser-
suchen an den Betroffenen nicht zum Ziel geführt hat, keinen Erfolg verspricht oder Grund

zur Annahme besteht, dass der Abgabepflichtige unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht hat. Weiters wird in Deutschland im Gegensatz zum österreichischen Entwurf dem Bankkunden (zumindest ein rückwirkendes) Rechtsmittel zugestanden.

In Österreich ist weder eine behördliche Kontrolle der Abfragen noch die samt Rechtsmittelmöglichkeit der Betroffenen sind vorgesehen!

Die in § 6 vorgesehene Verordnungsermächtigung ändert nichts daran, dass einzelne Bestimmungen des **Gesetzesentwurfes zu unbestimmt/unklar** sind:

I.) Zu § 2 Z 5: Es wird nicht berücksichtigt, dass nach Eröffnung das Konto/Depot allenfalls an eine dritte Person übertragen wurde. In diesem Fall kann auch nicht von einer Auflösung die Rede sein. Hat A das Konto/Depot an B übertragen (Vertragsübernahme) und wird hinsichtlich B das Konto abgerufen, sind die Daten verfälscht. B muss sich gegenüber der Behörde rechtfertigen, in die Rechte von A wird allenfalls eingegriffen.

II.) § 3 KontRegG: Weder das Gesetz noch die Materialien definieren, was unter einer „**laufenden**“ elektronischen Übermittlung der Daten zu verstehen ist. Insbesondere unter dem Aspekt der völlig unverhältnismäßigen Strafen für die Verletzung der Meldepflicht müsste der zulässige Übermittlungszeitraum genau definiert werden.

III.) § 4 Z 3 KontRegG: Der Gesetzeswortlaut über die Auskunftserteilung („Zweckmäßigkeit und Angemessenheit“) ist **zu unbestimmt** und verschiebt die Grenzen der Zulässigkeit der Einsichtnahme zulasten der Abgabepflichtigen über das Maß des § 114 BAO hinaus, ohne dafür Rechtsschutzmechanismen zu bestimmen.

Unklar ist auch wie „Auskünfte“, die der elektronischen Auskunft unterliegen, „erteilt“ werden sollen? Es geht wohl um die Abfrage einer Datenbank.

IV.) § 7 KontRegG: Eine reine Sorgfalts- bzw Meldepflichtverletzungen, bei denen weder der Verdacht einer Finanzstraftat noch anderer Straftaten im Raum steht, als Finanzvergehen zu konzipieren und mit bis zu 300.000 € Strafe zu bedrohen, entspricht nicht dem Unwertgehalt dieser Unterlassung und ist unverhältnismäßig.

Zu Art 3 (Kapitalabfluss-Meldegesetz):

I.) § 3 Abs 1: Unklar ist, ob sich der Begriff „Konten“ auf ein Konto bezieht oder auf mehrere Konten einer Person, die zusammen zu zählen sind; unklar ist auch, wie mit Miteigentum umzugehen ist. In Anbetracht der Strafbestimmung wäre eine hinreichende Determinierung jedenfalls wünschenswert.

II.) § 6: Eine reine Sorgfalts- bzw Meldepflichtverletzungen, bei denen weder der Verdacht einer Finanzstraftat noch anderer Straftaten im Raum steht, als Finanzvergehen zu konzipieren und mit bis zu 300.000 € Strafe zu bedrohen, entspricht nicht dem Unwertgehalt dieser Unterlassung und ist unverhältnismäßig.

Zu Art 4 (Gemeinsamer Meldestandard-Gesetz):

I.) § 53 GMSG: Die „Inpflichtnahme“ von Kundenbetreuern erscheint überzogen, insbesondere in Anbetracht der straf-, zivil- und arbeitsrechtlichen Konsequenzen.

II.) § 107 GMSG: Eine reine Sorgfalts- bzw Meldepflichtverletzungen, bei denen weder der Verdacht einer Finanzstraftat noch anderer Straftaten im Raum steht, als Finanzvergehen zu konzipieren und mit bis zu 300.000 € Strafe zu bedrohen, entspricht nicht dem Unwertgehalt dieser Unterlassung und ist unverhältnismäßig.

III.) § 92: Was unter „tatsächliches Beherrschen“ zB einer Gesellschaft durch eine (natürliche) Person zu verstehen ist, sollte im Gesetz definiert werden. Ein pauschaler Verweis (im Zuge eines Strafverfahrens) auf beispielsweise OECD-Standards, multilaterale Abkommen wie US-FATCA oder FATF-Empfehlungen, die zudem divergieren, ist in Anbetracht des Strafausmaßes nicht als eine hinreichende Determinierung zu qualifizieren.

Abschließende Bewertung:

Die Regelung sowohl des Kontenabrufverfahrens (Art 2) als auch der Kontoöffnung (Art 1) durch die Abgabenbehörde sehen **keine** zwingende rechtliche Qualifizierung gemäß der **Einschränkungen** der Ermittlungstätigkeit der Behörde unter Einbeziehung Dritter gem. §§ 164, 165 BAO vor. Die Finanzbehörde könnte somit gem § 144 BAO unter Einhaltung pflichtgemäßen Ermessens **frei entscheiden**, wo die Informationen eingeholt werden. Erst vom Betroffenen oder besser gleich direkt durch Abruf aus dem Kontenregister oder durch Auskünfte bei den Kreditinstituten.

Damit ist sowohl die Rechtslage hinsichtlich des neuen zentralen Kontenregisters (§ 38 Abs 2 Z 12 BWG) als auch die de-facto Abschaffung des Bankgeheimnisses (§ 38 Abs 2 Z 11 BWG) gegenüber den Abgabenbehörden als **erheblich unverhältnismäßiger Eingriff** in die Persönlichkeitssphäre des Abgabepflichtigen und Dritter zu beurteilen.

Es scheint, der **Rechtsstaat** zieht sich aus diesem Bereich völlig zurück und gibt die **richterliche Kontrolle** nicht nur der Strafverfolgungsbehörden, sondern auch der Abgabenbehörden in diesem Kernbereich des Datenschutzes und dem Schutzbereich der Privatsphäre beinahe gänzlich auf.

Der Gesetzgeber hat sich im Vorfeld einer angemessenen Debatte über sein Vorhaben entzogen, indem er eine sachlich in die Strafprozessordnung bzw. in das Finanzstrafgesetz gehörende weit reichende Eingriffsbefugnis in einem anderen Normenkomplex, namentlich dem BWG und dem KontRegG, verborgen hat. Zudem fehlt eine dem Niveau einer rechtstaatlichen Regelung entsprechende Rechtsschutzbestimmung im Abgabeverfahren der Bundesabgabenordnung zu § 38 Abs 2 Z 11 und Z 12 BWG zur Gänze.

Univ.-Ass. MMag. Thomas Lagg eh.

ao. Univ.-Prof. Dr. Margarethe Flora eh.