

Nova Producta im Zivilprozessrecht

Zivilverfahrens-Novelle 2009

2. GewaltschutzG

BudgetbegleitG 2009

Doppelbesteuerungsabkommen durchlöchern
Bankgeheimnis

Amtshaftungsimmunität
Beliehener juristischer Personen

Neuer Rahmen für
Private Equity und Venture Capital

Nach EuGH *Ilsinger*
Ansprüche gemäß § 5j KSchG

Kumulation von Dienstnehmer-Krankheit
Und sonstigen Abwesenheiten

Datenschutz
OGH zum Widerspruchsrecht

Aktuelle Entwicklungen zum Bankgeheimnis

Angesichts der Wirtschaftskrise und den immer knapper werdenden Staatskassen wächst zunehmend der Ruf nach internationaler Zusammenarbeit in Steuerfragen. Dabei werden insb jene Staaten kritisiert, in denen eine Auskunftserteilung in Steuersachen auf institutioneller Ebene ausgeschlossen ist. Als legistische Begründung verweisen diese Staaten regelmäßig auf das in ihren Gesetzen verankerte Bankgeheimnis, das in Österreich nur durch eine gerichtliche Anordnung durchbrochen werden kann. Österreich wird möglicherweise gezwungen sein, das Bankgeheimnis aufgrund des Wegfalls des Vorbehalts zu den OECD-MA anzupassen, seine Position zum automatischen steuerlichen Informationsaustausch zu überdenken und bei Inkrafttreten der neuen EU-Richtlinienvorschläge für Steuerverfahren das Bankgeheimnis überhaupt aufzuheben.

CHRISTOPH KERRES / FLORIAN PRÖLL

A. Einleitung

Am 13. 3. 2009 haben sich Österreich, die Schweiz und andere Staaten mit vergleichbaren Regelungen zum Schutz des Bankgeheimnisses dem Druck der G 20-Staaten gebeugt und ihren Vorbehalt zu Art 26 OECD-MA auf bilateraler Ebene aufgegeben. Dies hat für Österreich zur Folge, dass die zwischen Österreich und den anderen OECD-Staaten abgeschlossenen DBA in weiterer Folge modifiziert werden müssen und § 38 BWG mit dem nunmehrigen politischen Kompromiss in Einklang zu bringen ist. Die vorbehaltlose Annahme der OECD-Standards ist für die Schweiz am schwerwiegendsten, da die Schweiz bisher in Fällen der bloßen Steuerhinterziehung im Gegensatz zum gerichtlich strafbaren Steuerbetrug generell keine Auskünfte erteilte. Liechtenstein hat demgegenüber diese Unterscheidung bereits im Jahr 2008 aufgegeben und ein Abkommen über den steuerlichen Informationsaustausch¹⁾ mit den USA abgeschlossen. Innerhalb der EU erfolgt der steuerliche Informationsaustausch zwischen den Steuerbehörden der Mitgliedstaaten auf der Grundlage der EU-Zinsrichtlinie (2003/48/EG) bereits seit 2005 automatisiert. Davon ausgenommen ist der Informationsaustausch mit Österreich, Belgien und Luxemburg, die eine anonyme Quellensteuer abführen. Jüngst hat die Europäische Kommission durch die Annahme zwei neuer Richtlinienvorschläge²⁾ in Steuersachen jedoch neuerlich bekräftigt, dass die Berufung eines Mitgliedstaats auf ein innerstaatliches Bankgeheimnis kein Hindernis für den grenzüberschreitenden Informationsaustausch sein darf.

B. Das Bankgeheimnis in Österreich

Historisch fand das Bankgeheimnis schon 1619 bei der Satzung der „Hamburger Bank“³⁾ Erwähnung und bereits 1765 erließ Preußen eine Strafverordnung zum Schutz des Bankgeheimnisses. In jüngerer Geschichte entstand das Bankgeheimnis in Österreich nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs, da in der

dem Kriegsende folgenden wirtschaftlichen Krise eine große Menge an Schwarzgeld im Umlauf war. Damit diese Schwarzgelder nicht auf Dauer der Geldwirtschaft entzogen waren und in Banken veranlagt werden konnten, bildete sich in der Bankenpraxis eine Verschwiegenheitsverpflichtung als eine durch den rechtsgeschäftlichen Kontakt begründete Schutzpflicht gegenüber dem Bankkunden heraus. Die gesetzliche Regelung des Bankgeheimnisses erfolgte in § 22 Abs 3 PostSpG und in § 23 KWG 1979.⁴⁾ Erst in § 23 KWG wurde die von der Bank zu wahrende kundenbezogene Verschwiegenheitspflicht zur gesetzlich anerkannten und allgemeinen Auskunftsverweigerungspflicht erhoben.⁵⁾ Mit der formellen Neufassung des § 23 KWG in § 38 BWG wurden einerseits die Durchbrechungen des Bankgeheimnisses klarstellend beschrieben und andererseits zur Umsetzung von EG-RL zusätzliche Durchbrechungstatbestände eingefügt.⁶⁾ Vom Bankgeheimnis sind „Tatsachen, Vorgänge oder Verhältnisse tatsächlicher oder rechtlicher Natur geschützt, die nur einem verhältnismäßig beschränkten Personenkreis bekannt und zu wahren sind, wenn es das Interesse dessen, auf den sich das Bankgeheimnis bezieht, erfordert.“⁷⁾ Eine Abänderung des gesetzlich verankerten Bankgeheimnisses bedarf in Österreich einer für Verfassungsgesetze vorgesehenen Zweidrittelmehrheit im Parlament. Im Ver-

Dr. *Christoph Kerres*, LL.M., ist als Rechtsanwalt zugelassen in Wien und in New York und Gründungspartner der Kanzlei Kerres | Partner, E-Mail: Christoph.Kerres@kerres.at

Mag. *Florian Pröll* ist Rechtsanwaltsanwarter bei der Kanzlei Kerres | Partner, E-Mail: Florian.Proell@kerres.at

- 1) Stellungnahme der liechtensteinischen Regierung v. 8. 12. 2008.
- 2) KOM (2009) 28 und KOM (2009) 29 v. 5. 2. 2009.
- 3) Art 6 der Satzung der „Hamburger Bank“ aus 1619.
- 4) *Hirsch* in *Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz § 38 Rz 4.
- 5) *Jabomegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 26. Das Bankgeheimnis gewährt auch bei hoheitlichen Auskunftsverlangen ein Zeugnisverweigerungsrecht gem § 321 ZPO, § 49 AVG und § 171 lit c BAO.
- 6) *Hirsch* in *Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz § 38 Rz 5.
- 7) OGH 8. 3. 1988, 3 Ob 559/86 EvBl 1989/1.

gleich zu Österreich ist in den meisten Staaten Europas ein Bankgeheimnis gesetzlich nicht verankert.⁸⁾

C. Durchbrechungen des Bankgeheimnisses bei Fiskaldelikten

Nach § 38 BWG bestehen zahlreiche positivrechtliche Durchbrechungen des Bankgeheimnisses, die – wie etwa bei Verlassenschaftsverfahren – auch politisch unbestritten sind. Im Folgenden wird nur auf die Durchbrechung des Bankgeheimnisses in Strafverfahren und Finanzstrafverfahren näher eingegangen.⁹⁾ Generell kann das Bankgeheimnis nur bei vorsätzlich begehbaren Delikten durchbrochen werden, wogegen fahrlässige Abgabevergehen, bloße Finanzordnungswidrigkeiten, Verwaltungsübertretungen nach dem DevisenG und Verstöße gegen landesgesetzliches Abgabenstrafrecht keine Offenlegung von Bankinformationen rechtfertigen.¹⁰⁾ § 38 Abs 1 BWG erfordert für die Durchbrechung des Bankgeheimnisses ein eingeleitetes Strafverfahren. Das Kreditinstitut und deren Organe, welchen in Ausübung ihrer dienstlichen Tätigkeit dem Bankgeheimnis unterliegende Tatsachen bekannt werden, haben ohne formell eingeleitetes Strafverfahren die Bankinformationen als ein Geheimnis zu wahren und Auskünfte zu verweigern.¹¹⁾ Nach der Judikatur des OGH gilt ein gerichtliches Strafverfahren bereits dann als eingeleitet, wenn eine strafgerichtliche Maßnahme gegen einen bekannten oder unbekanntes Täter ergriffen wurde.¹²⁾ Im eingeleiteten Strafverfahren hat nach § 116 Abs 3 StPO ein richterlicher Befehl auf Offenlegung von Bankinformationen zu ergehen, der das Verfahren und den Tathergang, die Beschreibung der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit und eine Frist für die Durchführung der Maßnahme enthält.¹³⁾ Nach Zustellung der richterlichen Anordnung an das Kreditinstitut hat dieses innerhalb von 14 Tagen die Möglichkeit, eine Beschwerde an das Oberlandesgericht zu erheben.¹⁴⁾ Ähnlich dazu ist bei Finanzstrafverfahren nach der Judikatur des VfGH für die Durchbrechung des Bankgeheimnisses ein im Rechtsmittelweg anfechtbarer verfahrenseinleitender Bescheid der Finanzbehörde zur Verständigung über die Einleitung des Finanzstrafverfahrens erforderlich.¹⁵⁾ Auskünfte über Bankinformationen können daher generell nicht für die Gewinnung einer Verdachtslage erteilt werden, sondern für die Verfahrenseinleitung müssen ausreichende tatbestandsmäßige Indizien vorliegen, die auch ohne die Auskunftserteilung der Bank die Einleitung eines Strafverfahrens rechtfertigen.

D. Rechtshilfeersuchen bei Fiskaldelikten und OECD-MA

Abgesehen von den aus dem EU-Recht entspringenden und staatsvertraglich geregelten Verpflichtungen leistet Österreich in Abgabenstrafsachen keine Rechtshilfe.¹⁶⁾ Auf der Ebene multilateraler oder bilateraler Zusammenarbeit¹⁷⁾ darf Rechtshilfe nur unter Beachtung des Bankgeheimnisses geleistet werden,¹⁸⁾ und Auskunftersuchen ausländischer Gerichte sind nach denselben Anforderungen zu prüfen wie Ersu-

chen österreichischer Strafgerichte („Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit“).¹⁹⁾ In Bezug auf Deutschland²⁰⁾ leistete Österreich regelmäßig keine Rechtshilfe, da in Deutschland ein Finanzstrafverfahren schon nach Festschreibung eines bloßen „Einleitungsvermerks“ als eingeleitet gilt, gegen den kein gesondertes Rechtsmittel oder keine Beschwerdemöglichkeit vorgesehen ist.²¹⁾ Ein solcher nicht gesondert anfechtbarer „Einleitungsvermerk“ verstößt nach der Judikatur des VfGH gegen das rechtsstaatliche Prinzip, da in solchen Fällen gegen ein potenziell rechtswidriges Verwaltungshandeln überhaupt kein Rechtsbehelf vorgesehen ist.²²⁾ Daher entsprach bisher ein Auskunftersuchen aus Deutschland nur bei einem zuvor gerichtlich eingeleiteten Strafverfahren mit gesonderter Beschwerdemöglichkeit des Beschuldigten den österreichischen Voraussetzungen. Nach den am 13. 3. 2009 vom österreichischen Finanzminister erklärten Verzicht auf den Vorbehalt zu Art 26 OECD-MA wird Österreich allerdings in Zukunft – vorbehaltlich einer gesetzlichen Umsetzung – deutschen Steuerbehörden auch ohne eingeleitetem Strafverfahren Rechtshilfe leisten müssen.

Ausländische Auskunftersuchen fallen künftig in den Anwendungsbereich des neuen Amtshilfe-Durchführungsgesetzes (ADG),²³⁾ das noch im Sommer 2009 beschlossen werden soll. Die Möglichkeit der Ablehnung der Amtshilfe aus Gründen der Reziprozität, der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses oder aufgrund von Aussageverweigerungsrechten berufsmäßiger Parteienvertreter bleibt jedoch weiterhin aufrecht. Das neue ADG erlaubt jedoch keinen automatisierten Informationsaustausch.

Am 7. 5. 2009 hat der Deutsche Bundestag in erster Lesung den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Steuerhinterziehung beraten, welches noch vor der Sommerpause in Kraft treten soll.²⁴⁾ Dieses Steuerfluchtgesetz soll mit der Erstellung einer „schwarzen Liste“ insbesondere Anleger und Unternehmer treffen, die Gelder in Steueroasen deponiert haben oder mit Ländern mit einem Bank-

8) Vgl zur RL in Deutschland: § 30a Abs 1 dt AO; Gesetz v 1. 4. 2005 zur Förderung der Steuerehrlichkeit.

9) Zur Unterscheidung vgl § 53 FinStrG.

10) *Hirsch in Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz § 38 Rz 164.

11) Vgl § 104 Abs 1 lit d FinStrG und § 171 lit c BAO (Zeugnisverweigerungsrechte), § 103 lit c FinStrG und § 170 Abs 3 BAO (Vernehmungsverbote).

12) OGH v. 18. 1. 1989, 14 Os 170/88; OGH v. 9. 3. 1995, 15 Os 126/04.

13) § 116 Abs 3 StPO.

14) § 116 Abs 6 StPO.

15) VfGH v. 9. 6. 1985, B 92/88.

16) § 51 Abs 1 Z 1 iVm § 15 Z 2 ARHG.

17) BGBl 1969/41, und Zusatzprotokoll BGBl 1983/296, Protokoll zum EU-Rechtshilfeabkommen, BGBl 2005/66 zu § 145 a StPO; vgl *Sautner/Huber*, JSt 3/2006.

18) § 51 Abs 2 Z 3 ARHG.

19) OGH 16. 12. 1993, 15 Os 167/93.

20) Rechtshilfevertrag v 4. 10. 1954 (BGBl 1955/249).

21) Vgl § 397 dt AO.

22) VfGH 2004/14/0022 v 26. 4. 2006.

23) 681/A (24. GP).

24) Dt Steuerhinterziehungsbekämpfungsgesetz v 5. 5. 2009.

geheimnis Geschäftsbeziehungen unterhalten.²⁵⁾ Neben den bekannten Kleinstaaten mit Steuervorteilen und der Schweiz nennt das Steuerfluchtgesetz nach dem Ministerialentwurf auch Belgien, Luxemburg und Österreich. Sofern Länder ihre Mitwirkung verweigern,²⁶⁾ wird widerlegbar vermutet, dass der Betroffene Kapitaleinkünfte aus dem Ausland bezieht. Die im deutschen Steuerfluchtgesetz vorgesehenen Nachteile für ins Visier geratene Länder – wie etwa Österreich – sind gravierend, da für deutsche Anleger die Regeln der Abgeltungsteuer ausgeschlossen werden können, neue Kontrollen und Schätzmethode Anwendung finden, der Abzug von Betriebsausgaben und Werbungskosten versagt werden oder von der Erfüllung erhöhter Nachweispflichten abhängig gemacht werden kann.²⁷⁾ Eine Auskunftserteilung bei „begründetem Verdacht“ nach OECD-Standards ist dabei nicht ausreichend.

E. EU-Zinsrichtlinie und EU-Richtlinienvorschläge

Seit 1. 7. 2005 meldet die Mehrzahl der EU-Staaten fest verzinste Zinseinkünfte von EU-Ausländern auf der Basis der EU-Zinsrichtlinie 2003/48/EG an das jeweilige Wohnsitzfinanzamt im Heimatland des EU-Ausländers weiter.²⁸⁾ Österreich, Belgien und Luxemburg haben einen Vorbehalt zu dieser automatischen Meldungsverpflichtung erklärt und führen für einen „Übergangszeitraum“ eine anonyme Quellensteuer an das Heimatland des jeweiligen EU-Bürgers ins Ausland ab.²⁹⁾ Dieser Übergangszeitraum endet nach Art 10 RL-2003/48/EG dann, wenn die europäischen Kleinstaaten Schweiz, Liechtenstein, San Marino, Monaco und Andorra eine Auskunftserteilung gem Art 26 OECD-MA („begründeter Verdacht“) ermöglichen und weiters der Rat der Europäischen Union einstimmig zur Auffassung gelangt, dass die USA („Delaware Companies“) Auskünfte gem OECD-Standards erteilen. Da Belgien bereits angekündigt hat, ab 2010 den steuerlichen Informationsaustausch vorbehaltlos zu gewährleisten, bleibt zweifelhaft, ob Österreich und Luxemburg ihren politischen Widerstand weiter aufrecht erhalten werden können. Da jedoch die Schweiz am 27. 5. 2009 ein erstes DBA nach OECD-Standards mit Dänemark abgeschlossen hat, ist demgegenüber anzunehmen, dass der „Übergangszeitraum“ der EU-Zinsrichtlinie daher demnächst wahrscheinlich nicht enden wird. Würden die Schweiz und die anderen Kleinstaaten mit der EU ein vorbehaltloses OECD-MA abschließen und auch die Frage mit den „Delaware Companies“ in den USA „politisch“ gelöst werden, so würden zwar die Schweiz und Liechtenstein nur bei begründetem Verdacht Auskünfte erteilen müssen, demgegenüber würde Österreich innerhalb der EU standortpolitisch benachteiligend den automatisierten Informationsaustausch anzuwenden haben.

Außerhalb der Zinsbesteuerung legt das die RL 77/799/EWG konkretisierende EG-Amtshilfegesetz fest, dass die nationalen Steuerbehörden bei Vorliegen eines dringenden Verdachts Mitteilungen an ausländische Finanzbehörden machen können, sofern die dazu dienende Amtshandlung in einem Besteue-

rungsverfahren zur Erhebung inländischer Abgaben nach inländischem Recht nicht vorgenommen werden könnte.³⁰⁾ Der neue Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission KOM (2009) 29 v 3. 2. 2009 sieht demgegenüber nun verschärfend vor, dass ein Mitgliedstaat auf bloßes Ersuchen eines anderen Mitgliedstaats um Zusammenarbeit Auskünfte erteilen muss, die zur Festsetzung von Steuern in einem anderen Mitgliedstaat (direkte und indirekte Steuern einschließlich Sozialversicherungsabgaben) von Bedeutung sein können.³¹⁾ Nach dem Richtlinienvorschlag ist für das Auskunftsersuchen kein „begründeter Verdacht“ mehr erforderlich, da die Leistung von Rechtshilfe ein bloßes „Ersuchen“ erfordert. Ausdrücklich erwähnt der Richtlinienvorschlag KOM (2009) 29 in Art 17 Abs 2, dass sich kein EU-Mitgliedstaat mit der Begründung eines gesetzlich verankerten Bankgeheimnisses der Auskunftspflicht entziehen kann. Nach dem Richtlinienvorschlag sollen die Mitgliedstaaten durch die Einrichtung eines zentralisierten elektronischen Kommunikationsnetzes³²⁾ letztlich automatisch alle zur Ermittlung der Einkommensteuer eines jeden Ausländers wesentlichen Daten austauschen.³³⁾ Derzeit ist noch nicht abschätzbar, ob und zu welchem Zeitpunkt die RL in dieser Form umzusetzen sein wird.

F. Repatriierung von Vermögen

Vor dem Hintergrund der internationalen Aufweichung des Bankgeheimnisses stellt sich auch für in Österreich steuerpflichtige Anleger die Frage, mit welchem Risiko ein im Ausland gehaltenes und in Österreich steuerlich nicht deklariertes Vermögen verbunden ist. Mit der Übernahme der OECD-Standards durch die Schweiz und Liechtenstein am 13. 3. 2009 ist zu erwarten, dass diese Länder in naher Zukunft auch mit Österreich DBA nach dem OECD-MA abschließen und daher künftig in Steuerungsverfahren bereits bei Vorliegen eines „begründeten Verdachts“ Rechtshilfe leisten werden. Falls die EU-Kommission weiters den genannten Richtlinienvorschlag KOM (2009) 29 durchsetzt, kommt es auch ohne Finanzverfahren zu einem weitgehenden Austausch von Informationen über Bankinformationen und damit faktisch zu einer gänzlichen Abschaffung des Bankgeheimnisses innerhalb der EU. Offen bleiben derzeit die Fragen, ob eine in Zukunft geltende

25) Bekanntgabe des Deutschen Bundestages v 5. 5. 2009, BT-Drs 16/12852.

26) Dies ist insb dann der Fall, sofern Länder, wie etwa Österreich, keine automatisierten Kontrollmitteilungen erstatten.

27) Entw § 162 Abs 2 S 3 dt AO.

28) Vgl § 6 EU-QuStG.

29) Die in das Ausland überwiesene Quellensteuer betrug für das erste Halbjahr 2008 ca 60 Mio Euro.

30) § 4 (1) EG-AmtshilfeG (beiderseitige Strafbarkeit).

31) KOM (2009) 29, 3. 2. 2009. Gem Art 5 dieser RL hat jeder EU-Mitgliedstaat auf Ersuchen einer Steuerbehörde eines anderen Mitgliedstaates alle Informationen, die für die korrekte Festsetzung von Steuern von Bedeutung sein können, zu übermitteln.

32) Art 3 Z 9 Richtlinienvorschlag KOM (2009) 29: „CCN-Netz“ als gemeinsames Kommunikationsnetz für die elektronische Datenübermittlung im Bereich Zoll und Steuern.

33) Art 8 Richtlinienvorschlag KOM (2009) 29.

Auskunftspflicht auch die in der Vergangenheit gespeicherten Kundendaten betrifft und ob die Auskunftspflicht eine automatisierte Abfrage von Namenslisten ausländischer Bankkunden ermöglicht. Anleger haben jedenfalls die Möglichkeit, ein steuerlich nicht deklariertes ausländisches Finanzvermögen durch eine Selbstanzeige zu legalisieren oder ihre Finanzanlagen rechtzeitig nach Österreich zu bringen. Eine Selbstanzeige nach § 29 FinStrG kann strafbefreiend sein, wenn die Anzeige unter vollständiger Offenlegung des Sachverhalts rechtzeitig bei der zuständigen Behörde eingebracht wird und der verkürzte Betrag unverzüglich entrichtet wird. Bei der Selbstanzeige reicht die Nachversteuerung oftmals weit in die Vergangenheit zurück.³⁴⁾ Weiters ist nachträglich kein steuerlicher Verlustausgleich zwischen den Einkunftsarten möglich. Zusätzlich ist zu prüfen, ob mit der Selbstanzeige nicht ungewollt „Zufallsfunde“, wie etwa ErbSchSt, aufgedeckt werden, und ob nicht auch andere vom Selbstanzeiger verschiedene Personen ebenfalls eine Selbstanzeige vornehmen müssen, um straffrei zu bleiben. Die in liechtensteinischen Stiftungen und auf Schweizer Bankkonten ver-

anlagten Vermögen können demgegenüber ungeachtet einer steuerlichen Selbstanzeige durch die Einbringung in eine österreichische Privatstiftung zurück nach Österreich gebracht und dort ordnungsgemäß versteuert werden.

34) Vgl VwGH 17. 12. 2003, ZI 2000/20/0322 zu § 31 Abs 2 FinStrG.

SCHLUSSSTRICH

Schätzungen zufolge werden von Österreichern im Ausland Vermögenswerte von mehreren Milliarden Euro gehalten, von deren gewinnbringender Veranlagung nur ein geringer Teil in Österreich deklariert und damit besteuert wird. Für den österreichischen Fiskus wäre eine weitergehende Besteuerung von Gewinnen aus der Veranlagung der von Österreichern im Ausland gehaltenen Vermögen jedenfalls einfacher durchzusetzen als die komplizierte und kaum gerechte Einführung einer allgemeinen Vermögenssteuer unter dem Titel einer Vermögenszuwachssteuer.