



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAAT

Außenstelle Linz  
Finanzstrafsenat 3

GZ. FSRV/0059-L/06

## Beschwerdeentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates 3, Hofrat Dr. Peter Binder, gemäß § 161 Abs. 1 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Beschwerde der EA GmbH, in W, vertreten durch die Bichler Zrzavy Rechtsanwälte GmbH, in 1030 Wien, Weyrgasse 8, vom 7. Juni 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz als Finanzstrafbehörde erster Instanz, vertreten durch Hofrat Dr. Georg Sperneder, vom 11. Mai 2006, SN 046-2006/00047-001, betreffend Zwangsstrafe,

zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Mit Schreiben vom 14. Februar 2006 stellte das Finanzamt Linz als Finanzstrafbehörde erster Instanz gemäß § 99 Abs. 1 FinStrG in dem gegen WM, geb.: 19XX, whft. in L, mit Bescheid vom 7. Februar 2006 unter der SN 046-2006/00047-001 gemäß § 83 Abs. 1 FinStrG wegen des Verdachtes der Begehung eines Finanzvergehens nach § 33 Abs. 1 FinStrG eingeleiteten Finanzstrafverfahren, an die Beschwerdeführerin (Bf.) nachstehendes Auskunfts- und Einsichtnahmeverfahren gemäß § 99 Abs. 1 FinStrG:

"Herr Dr. K, Dienstausweis-Nr. 12, ist beauftragt, für Zwecke eines Finanzstrafverfahrens gegen WM, L, Betriebsanschrift: LU, Erhebungen durchzuführen. Sie werden ersucht, dem

Genannten die gewünschten Auskünfte zu erteilen und die erbetenen Einsichtnahmen zu gestatten.

Laut den vorliegenden und beigelegten Unterlagen haben verschiedene Kunden mit M-Card im Betrieb des Beschuldigten bezahlt. Da die Zurechnung von Umsätzen zu prüfen ist, ist die Einvernahme verschiedener Kunden erforderlich. Sie werden daher ersucht, Name und Anschrift (wenn möglich auch Geburtsdatum) der aus dem Anhang ersichtlichen M-Cardnummernbesitzer bis 10. März 2006 bekannt zu geben.

Beim gegenständlichen Finanzstrafverfahren handelt es sich um ein wegen Abgabenhinterziehung gemäß § 33 FinStrG bereits bescheidmäßig eingeleitetes Finanzstrafverfahren. Alle erbetenen Auskünfte stehen im Zusammenhang mit diesem Finanzstrafverfahren, so dass die Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 Z. 1 Bankwesengesetz 1993 für die Auskunftserteilung gegeben sind.“

Im Anschluss daran wurde weiters auf die Bestimmungen der §§ 99 Abs. 1, 102 Abs. 4, 104 Abs. 1 und 3, 105 und 56 Abs. 2 FinStrG iVm. § 111 BAO hingewiesen.

Mit Schreiben vom 27. Februar 2006 und vom 30. März 2006 teilte die Bf. der Finanzstrafbehörde erster Instanz sinngemäß mit, dass einer Erteilung der gewünschten Auskünfte bzw. einer Gewährung der begehrten Einsichtnahmen die Bestimmung des § 38 Abs. 1 BWG entgegenstünde. So sei der von der Judikatur und Lehre für den Fall einer gerechtfertigten Durchbrechung des Bankgeheimnisses gemäß § 38 Abs. 2 Z. 1 BWG geforderte unmittelbare Zusammenhang zwischen den offen zu legenden Umständen und dem konkreten Finanzstrafverfahren (vgl. insbesondere OGH vom 10. Februar 1987, 11 Os 171/86) nicht gegeben bzw. bisher im Ersuchen des Finanzamtes noch nicht entsprechend dargelegt worden.

Nachdem die bezeichnete Finanzstrafbehörde bereits zuvor, u. zw. mit Schreiben (E-Mail) vom 8. März 2006 der Bf. ihre (gegenteilige) Rechtsansicht, wonach sehr wohl der von § 38 Abs. 2 Z. 1 BWG geforderte sachliche und persönliche Zusammenhang gegeben sei, mitgeteilt hatte, wurde unter Androhung der sonstigen Verhängung einer Zwangsstrafe iHv. 1.000,00 €, die Bf. am 10. April 2006 erneut zur Beantwortung der im Auskunftsersuchen angeführten Fragen (und schlüssig wohl auch zur Gewährung der im Ersuchen geforderten Einsichtnahmen) bis zum 26. April 2006 aufgefordert.

Nachdem diese Aufforderung seitens der Bf. unbeantwortet blieb, verhängte das Finanzamt Linz als Finanzstrafbehörde erster Instanz mit Bescheid vom 11. Mai 2006 gegen die Bf. die (bereits zuvor mit vorangeführtem Schreiben angedrohte) Zwangsstrafe.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die fristgerechte, als Berufung bezeichnete Beschwerde der Bf., in welcher im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Gemäß § 104 Abs. 1 lit. d FinStrG dürfe die Aussage von einem Zeugen über Fragen verweigert werden, die er nicht beantworten könnte, ohne eine ihm obliegende gesetzlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht zu verletzen, von der er nicht gültig entbunden wurde. Die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses bestehe gemäß § 38 Abs. 2 Z. 1 BWG u. a. nicht im Zusammenhang mit eingeleiteten Finanzstrafverfahren wegen vorsätzlicher Finanzvergehen gegenüber den Finanzstrafbehörden. Dabei hätten die Höchstgerichte präzise Kriterien erarbeitet, deren Vorliegen erforderlich sei, um diesfalls eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses zu rechtfertigen. So müsse nach Ansicht des VwGH ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den geforderten Informationen und dem Gegenstand des Finanzstrafverfahrens bestehen (vgl. VwGH 90/14/0112). Nach der für den Anlassfall ebenfalls heranzuziehenden Judikatur des OGH (vgl. insbesondere 11 Os 171/86 bzw. 11 Os 176/96) reiche es für den geforderten Zusammenhang nicht aus, dass die Eröffnung "zur Wahrheitsfindung in dem konkreten anhängigen Strafverfahren potenziell dienlich sei", sondern müsse zwischen dem offen zu legenden Bankkonto und der Person des Verdächtigen eine solche Verbindung bestehen, die schlüssig den Verdacht zu begründen vermöge, der Verdächtige habe sich die aus der speziellen Verbindung erwachsende Verfügungsmöglichkeit bei Begehung der Straftat zunutze gemacht.

Da das Ersuchen einen derartigen sachlichen und persönlichen Zusammenhang, wonach sich der Verdächtige den Umstand, dass er die Kreditkarten der Bf. als Zahlungsmittel akzeptiert habe, bei seinem Finanzvergehen zunutze gemacht habe oder ein Karteninhaber an allfälligen Finanzvergehen des Verdächtigen beteiligt gewesen sei, nicht ersichtlich mache und somit nicht sichergestellt sei, dass die Durchbrechung des Bankgeheimnisses nicht zu bloßen Erkundungsbeweisen missbraucht werde, sei die Weigerung berechtigterweise erfolgt und die Festsetzung einer Zwangsstrafe daher rechtswidrig. Es werde daher beantragt, den angefochtenen Bescheid vom 11. Mai 2006 ersatzlos aufzuheben.

***Zur Entscheidung wurde erwogen:***

Vorweg ist auf die Bestimmungen der §§ 150 Abs. 1, 151 Abs. 1 und 152 Abs. 1 FinStrG zu verweisen, denenzufolge das hier verfahrensgegenständliche, gegen den Bescheid vom 11. Mai 2006 erhobene, fälschlicherweise als Berufung bezeichnete Rechtsmittel als ansonsten form- und fristgerecht erhobene Beschwerde aufzufassen ist.

Gemäß § 99 Abs. 1 FinStrG ist die Finanzstrafbehörde berechtigt, von jedermann Auskünfte für Zwecke des Finanzstrafverfahrens zu verlangen. Die Auskunft ist wahrheitsgemäß nach bestem Wissen und Gewissen zu erteilen. Die Verpflichtung zur Auskunftserteilung schließt die Verbindlichkeit in sich, Urkunden und andere Unterlagen, die für das Finanzstrafverfahren von Bedeutung sind, vorzulegen oder die Einsichtnahme in diese zu gestatten. Im Übrigen gelten die Bestimmungen der §§ 102 bis 106 und 108 FinStrG sinngemäß.

Die Finanzstrafbehörden sind berechtigt, die Befolgung ihrer auf Grund gesetzlicher Befugnisse getroffenen Anordnungen zur Erbringung von Leistungen, die sich wegen ihrer besonderen Beschaffenheit durch einen Dritten nicht bewerkstelligen lassen, durch Verhängung einer Zwangsstrafe zu erzwingen (§§ 56 Abs. 2 FinStrG iVm. 111 Abs. 1 BAO). Gemäß § 111 Abs. 2 BAO muss der Verpflichtete, bevor eine Zwangsstrafe festgesetzt wird, unter Androhung der Zwangsstrafe mit Setzung einer angemessenen Frist zur Erbringung der von ihm verlangten Leistung aufgefordert werden. Die Aufforderung und Androhung müssen, abgesehen beim Vorliegen von Gefahr im Verzug, jeweils schriftlich erfolgen. Die einzelne Zwangsstrafe durfte zum Zeitpunkt der Erlassung des verfahrensgegenständlichen angefochtenen Bescheides den Betrag von 2.200,00 € nicht überschreiten (§ 111 Abs. 3 BAO idFd. BGBl I 2003/124).

Gemäß § 104 Abs. 1 lit. d FinStrG iVm. § 99 Abs. 1 FinStrG darf u. a. die Auskunft (berechtigterweise) über Fragen verweigert werden, die die Auskunftsperson nicht beantworten kann, ohne eine ihr obliegende gesetzlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, von der sie nicht gültig entbunden wurde, zu verletzen.

Eine solche gesetzliche Verschwiegenheitspflicht begründet grundsätzlich auch die Bestimmung des § 38 Abs. 1 BWG, derzufolge Kreditinstitute (bzw. deren Gesellschafter, Organmitglieder, Beschäftigte oder ansonsten für sie tätige Personen) Geheimnisse, die ihnen ausschließlich auf Grund der Geschäftsverbindungen mit Kunden (oder auf Grund des § 75 Abs. 3) anvertraut oder zugänglich gemacht wurden, nicht offenbaren oder verwerten dürfen (Bankgeheimnis).

Gemäß § Abs. 2 Z. 1 leg. cit. besteht jedoch, abgesehen von der Möglichkeit des § 38 Abs. 2 Z. 5 BWG, u. a. im Zusammenhang mit eingeleiteten (nichtgerichtlichen, d. h. verwaltungsbehördlichen) Strafverfahren wegen vorsätzlicher Finanzvergehen, ausgenommen Finanzordnungswidrigkeiten, keine Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses.

Unstrittig im gegenständlichen Beschwerdeverfahren ist einerseits der aktenkundige Umstand, dass zum Zeitpunkt des Auskunftsersuchens gegen den abgabenrechtlich Verantwortlichen des von einzelnen Kunden der Bf. unter Verwendung der Kreditkarte (als Zahlungsmittel für

im Einzelnen bestimmte konsumierte Leistungen) aufgesuchten Unternehmens wegen des Verdachtes der Begehung eines (vorsätzlichen) Finanzvergehens iSd. § 33 Abs. 1 FinStrG durch die Verschweigung von (betrieblichen) Umsätzen in einem bestimmten Zeitraum mittels rechtskräftigem Bescheid ein (verwaltungsbehördliches) Finanzstrafverfahren eingeleitet war und andererseits, dass die den Gegenstand des Ersuchens bildende Bekanntgabe der Identität der bezeichneten Karteninhaber grundsätzlich unter den Schutz des von der Bf. als Geheimnisträger zu wahrenen Bankgeheimnisses iSd. § 38 Abs. 1 BWG fällt (vgl. OGH vom 29. Jänner 2002, 14 Os 4/02).

Ebenso besteht Übereinstimmung dahingehend, dass ein Auskunftsersuchen gemäß § 99 Abs. 1 FinStrG, dem nur unter Preisgabe des Bankgeheimnisses entsprochen werden könnte, nur dann zulässig ist, wenn die Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 Z. 1 BWG vorliegen (vgl. VwGH vom 26. Juli 2006, 2004/14/0022).

Streit besteht einzig und allein darüber, ob bzw. inwieweit die (der Bf. im Ersuchen vom 14. Februar 2006 oder allenfalls in dem dieses ergänzende Schreiben vom 8. März 2006 mitgeteilte) Sach- bzw. Aktenlage eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht nach § 38 Abs. 1 BWG iSd. Abs. 2 Z. 1 leg. cit. zu begründen vermag und ob bzw. inwieweit zwischen der im Rahmen des Bankgeheimnis zu wahrenen Tatsachen, nämlich der Identität der im Ersuchen explizit mittels der Kartennummer bezeichneten Karteninhaber, und dem den Gegenstand der bescheidmäßigen Verfahrenseinleitung bildenden Finanzvergehen ein hinreichend konkreter bzw. ein "unmittelbarer" Zusammenhang iSd. § 38 Abs. 2 Z. 1 BWG besteht (vgl. VwGH vom 15. April 1997, 93/14/0080, bzw. z. B. Reger/Hacker/Kneidinger, Finanzstrafgesetz<sup>3</sup>, K 104/23, oder auch Stoll, Bundesabgabenordnung, 1819).

Die angeführte Ausnahmebestimmung des § 38 Abs. 2 Z. 1 BWG stellt, deutlicher als noch die Vorgängerbestimmung des § 23 Abs. 2 Z. 1 KWG idF. vor der Novelle BGBI I 1986/325 klar, dass das Bankgeheimnis nicht zur Beschaffung von Unterlagen für die Einleitung eines Finanzstrafverfahrens, sondern nur zur Sachverhaltsermittlung im (bereits) eingeleiteten Finanzstrafverfahren (§ 83 FinStrG) aufgehoben werden darf. Die Einsichtnahme kann durchaus auch Konten bzw. einzelne geheimzuhaltende Umstände daraus von (bisher) noch nicht in das (eingeleitete) Strafverfahren involvierten Bankkunden umfassen, sofern nur ein unmittelbarer sachlicher und/oder persönlicher Zusammenhang mit dem eingeleiteten Finanzstrafverfahren besteht (vgl. Reger/Hacker/Kneidinger, aaO.; Leitner, Finanzstrafrecht<sup>2</sup>, 385, bzw. VwGH vom 29. Jänner 1991, 90/14/0112). So werden beispielsweise im Rahmen der ersuchten Einsichtnahme von der Auskunftsperson Unterlagen bzw. Belege vorzulegen sein, aus denen sich erkennen lässt, wohin bzw. an wen im Verfahren festgestellte Geld- oder

Finanztransaktionen tatsächlich geflossen sind (vgl. Jabornegg/Strasser/Floretta, Bankgeheimnis, 110 f). Der von § 38 Abs. 2 Z. 1 BWG geforderte "unmittelbare" Zusammenhang mit dem bereits eingeleiteten Strafverfahren kann nämlich, wie bereits § 23 Abs. 2 KWG, nicht so interpretiert werden, dass von diesem nicht erfasste Personen von weiteren finanzstrafbehördlichen Nachforschungen bzw. Erkundigungen generell ausgeschlossen wären, da dies die zulässigen Nachforschungen der gemäß §§ 98 Abs. 1 und 114 FinStrG verpflichteten Finanzstrafbehörde zu stark einschränken würde. Wenn die Aufklärung der den Anlass bildenden Straftat es erforderlich macht, beispielsweise Zeugen, die in Geschäftsverbindung mit dem Beschuldigten standen bzw. so wie hier Zahlungen an den Beschuldigten tätigten, zu kennen bzw. einzuvernehmen, sind auch darauf gerichtete Erkundigungen bei jenen Kreditunternehmungen bzw. dem BWG verpflichteten Geheimnisträgern zulässig, die nach der gegebenen Sachlage weiterhelfen können. In solchen Fällen wird nämlich sowohl ein unmittelbar greifbarer sachlicher als auch ein persönlicher Zusammenhang mit der Anlasstat bestehen (vgl. Jabornegg/Strasser/Floretta, aaO.).

Im Anlassfall ergibt sich ein derartiger Konnex zwischen dem bescheidmäßig konkretisierten und auch der Bf. entsprechend mitgeteilten Tatverdacht gegen den Beschuldigten des Strafverfahrens SN 046-2006/00047-001 und den im Auskunftsersuchen vom 14. Februar 2006 angeführten Angaben über die, grundsätzlich dem Bankgeheimnis unterliegende Identität der Karteninhaber schon aus den, sich in den konkreten Geschäftsfällen äußernden, Beziehungen zwischen dem Verdächtigen und den Karteninhabern, wobei angesichts der bescheidmäßig festgestellten Verdachtslage eben zu besorgen ist, dass der Beschuldigte die im Rahmen dieser Beziehung getätigten Umsätze bzw. die über den angeführten Zahlungsmodus vereinnahmten Entgelte nicht in sein betriebliches Rechenwerk aufgenommen und insofern (durch die Verschweigung von Umsätzen) ein Finanzvergehen iSd. § 33 Abs. 1 FinStrG begangen hat. Insofern als dem Auskunftsersuchen ja konkrete Geschäftsfälle zu Grunde liegen, kann auch von einem bloßen, gemäß § 38 BWG nicht zulässigen Erkundungsbeweis keine Rede sein.

Diese Rechtsauslegung steht in Wahrheit auch nicht mit der von der Bf. zur Stützung ihrer Argumentationslinie angeführten höchstgerichtlichen Judikatur in Widerspruch, als der sowohl im VwGH-Erkenntnis 90/14/0112 (Ablehnung einer Durchbrechung des Bankgeheimnisses iSd. § 23 KWG 1979, wenn die zu beschlagnahmenden Bankunterlagen nicht nur Informationen über Geldbewegungen, die den Verdächtigen betreffen, sondern auch Dritte betreffende Informationen enthalten, konkret: Tagesstrazzen von Banken) als auch vom OGH in 11 Os 171/86 bzw. 11 Os 176/96 geforderte unmittelbare und nicht bloß "potenzielle" Zusammenhang sich eben aus der dargestellten rechtlichen und tatsächlichen Verbindung

zwischen den Karteninhabern und dem Beschuldigten ergibt. Dass sich zusätzlich der Beschuldigte speziell den Umstand einer Verwendung der Kreditkarten der Bf. als Zahlungsmittel zunutze gemacht habe bzw. dass (einzelne) Karteninhaber an Finanzvergehen des Beschuldigten beteiligt gewesen seien, ist für die Befolgung eines auf die bloße Bekanntgabe der Identität der Karteninhaber, und nicht etwa der Bekanntgabe der Kartenabrechnungsdaten der Inhaber, abzielendes Auskunftsersuchen nach Ansicht der erkennenden Behörde nicht erforderlich.

Da sich auch hinsichtlich der im Rahmen der behördlichen, hier vor allem von Zweckmäßigkeitssüberlegungen getragenen Ermessensübung vorzunehmenden Ausmessung der Zwangsstrafe keine neuen, im Rahmen der gegenständlichen Beschwerdeentscheidung gemäß § 161 Abs. 1 FinStrG gegebenenfalls zu berücksichtigenden Umstände ergeben haben, war spruchgemäß zu entscheiden und die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Linz, am 26. März 2007