

# Bankgeheimnis und Onlinegeschäft

## Zugleich Überlegungen zu Schriftform und Digitalisierung

Fabian Liebel / Martin Spitzer

**Das Bankgeheimnis, das ursprünglich zur Förderung der österreichischen Kreditwirtschaft gedacht war, befindet sich in einem tiefgreifenden Wandel. Durch internationale und nationale Abbauprozesse driften das öffentlich-rechtliche und das privatrechtliche Bankgeheimnis auseinander. Bei modernen Vertriebs- und Kommunikationsformen macht sich das Bankgeheimnis zudem als Hindernis bemerkbar. Der Beitrag lotet die Reichweite des Bankgeheimnisses in solchen Fällen aus und macht Vorschläge, wie damit umgegangen werden könnte.**



Photo: WU Wien

Fabian Liebel, LL.M. (WU), Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, WU Wien;  
e-mail: fabian.liebel@wu.ac.at



Photo: WU Wien

Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer, Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, WU Wien;  
e-mail: martin.spitzer@wu.ac.at

Stichwörter: Bankgeheimnis, Online, Kreditgeschäft, Schriftform, Digitalisierung, Kontowechsel.

JEL-Classification: G 21, K 12.

Due to international and national legislative developments, Austrian banking secrecy law has been gradually softened in recent years. Whereas section 38 of the Austrian Federal Banking Act enables public (tax) authorities to look into bank accounts on a large scale, the limits of banking secrecy are often uncertain in the field of private law. This paper analyses the recent developments in Austrian banking law and especially focuses on the question, how banking secrecy affects the application of modern distribution and communication channels.

### 1. Ausgangspunkt

Die Digitalisierung macht auch vor Kreditinstituten nicht Halt. Die Abwicklung des Bankgeschäfts ist dementsprechend im Wandel und verlagert sich vom Filialgeschäft während der Schalterstunden in das Internet. Die Marschrichtung ist klar: „In drei Klicks zur Geldanlage“<sup>1)</sup> titelt der Spiegel. Onlineservices sind keine Nischenprodukte mehr, sondern haben sich zur Marketingbotschaft entwickelt („Das mobilste Banking Österreichs“). Das verwundert nicht: Bereits 80 Prozent der Bankkunden in Österreich erledigen ihre Bankgeschäf-

te online, mehr als die Hälfte verwaltet ihr Geld über Apps auf mobilen Geräten.<sup>2)</sup> Im Fokus der Banken steht dabei die Erhöhung des Komforts ihrer Kunden, denen Bankdienstleistungen ortsungebunden und rund um die Uhr zur Verfügung stehen sollen.<sup>3)</sup> Gleichzeitig gehen mit einem geringeren Bedarf an Filialen und damit auch an Personal erhebliche Kostenvorteile einher, die die Digitalisierung zweifellos ebenso befördern.

Die Verlagerung wesentlicher Teile des Bankverkehrs von den Filialen ins Internet wirft auch eine Fülle rechtlicher Fragestellungen auf. Zu denken ist an die – im Lichte einer aktuellen, eine österreichische Bank betreffenden Entscheidung des EuGH<sup>4)</sup> besonders brisante – Problematik „dauerhafter Datenträger“<sup>5)</sup> oder an die Frage der digitalen Kundenidentifikation zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinan-

zierung und das Problem der Kundenauthentifikation zur Vermeidung des Missbrauchs von Zahlungskonten.<sup>6)</sup>

Prima facie weniger Probleme erwartet man sich vom klassischen Bankgeheimnis, dem sich dieser Beitrag widmet. § 38 BWG sieht bekanntlich vor, dass Kreditinstitute Geheimnisse, die ihnen auf Grund der Geschäftsverbindungen mit Kunden bekannt werden, weder offenbaren noch verwerten dürfen. Vom Anwendungsbereich des Bankgeheimnisses sind aber selbstverständlich nicht nur analog bekanntgewordene Tatsachen umfasst: Unterhält ein Kreditinstitut seine Geschäftsbeziehung zum Kunden über eine Online-Plattform, fallen auf diesem Wege bekannt gewordene Tatsachen ohne Zweifel ebenso unter den Schutz des Bankgeheimnisses.<sup>7)</sup> § 38 BWG ist allerdings ebenso ohne Zweifel nicht für das Onlinegeschäft gemacht worden<sup>8)</sup> und führt so zu erheb-

- 1) Dahlkamp, Spiegel Online, 15.7.2015.
- 2) „80 Prozent der Österreicher erledigen Bankgeschäfte online“, Die Presse, 17.11.2015; „Österreicher zahlen immer mehr über mobile Geräte“, Die Presse, 2.11.2016.
- 3) Vgl. dazu auch „Die Bank der Zukunft ist keine Bank mehr“, Die Presse, 14.10.2016; „Online-Banking hat sich durchgesetzt“, Kurier, 30.11.2015.
- 4) Rs C-375/15, BAWAG.
- 5) Dazu Spitzer/Wilfinger, ÖBA 2017, 230.
- 6) Dazu Perner/Spitzer, Legitimation des Kunden bei Bankgeschäften im Internet, ÖBA 2017 (in Druck).

- 7) Vgl. zum Anwendungsbereich ua Arnold, ZVG-Service 1/81, 8 ff.; Sommer/Hirsch in Dellinger, BWG § 38 Rz 1; Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG<sup>3</sup> § 38 BWG Rz 3; Petersen, Bankgeheimnis 24 f.; zur Frage der Kenntnisnahme von bankgeheimnisrelevanten Daten durch die Bank Jabornegg/Strasser/Floretta, Bankgeheimnis 50 f.; Avancini in BVR I Rz 2/52; Sommer/Hirsch in Dellinger, BWG § 38 Rz 51 ff.
- 8) Vgl. zur Entstehungsgeschichte noch unten Punkt 5.1.

lichen Schwierigkeiten. Dies soll anhand zweier Beispiele nachvollzogen werden, die die Bankwirtschaft derzeit besonders beschäftigen.<sup>9)</sup>

## 2. Onlinekreditvergabe

### 2.1. Entbindung durch rechtsgeschäftliche Erklärung des Kunden

Ein wesentlicher Aspekt des Onlinegeschäfts ist für Banken die Vergabe (kleiner) Kredite im Internet. Dieser Vorgang endet derzeit noch mit der Erstellung eines Kreditanbots, das der Kunde ausdrucken oder sich zusenden lassen und dann physisch unterschreiben soll. Es kommt zu einem sogenannten Medienbruch.

Der Grund dafür liegt darin, dass – ebenso wie bei analogen Kreditvergaben in der Bankfiliale – der Aufnahme von Krediten eine Anfrage bei der Konsumentenkreditevidenz des Kreditschutzverbands von 1870 (KSV) vorausgeht und in weiterer Folge die Aufnahme des Kredits dieser Evidenz gemeldet wird.<sup>10)</sup> Der Bankkunde muss im Kreditantrag daher typischerweise sein Einverständnis dazu erklären, dass das Kreditinstitut seine Identitätsdaten, Informationen zur Laufzeit des Kredits, den Kreditrahmen sowie Rückzahlungsvereinbarung an den KSV weitergibt.<sup>11)</sup> Üblicherweise erfolgt dies durch Erklärungen wie die folgende:

„Ich erkläre mich unwiderruflich damit einverstanden, dass

- ◆ meine Identitätsdaten
- ◆ die Gewährung oder Ablehnung des Kredites
- ◆ später vereinbarte Änderungen der Kreditabwicklung
- ◆ ein allfälliges vertragswidriges Kundenverhalten
- ◆ Schritte im Zusammenhang mit der Fälligestellung bzw Rechtsverfolgung an die Kleinkreditevidenz beim KSV gemeldet werden.“

Dass „*der Name und die Kontaktdaten des Kreditnehmers, die Kreditaufnahme, die Höhe des Kreditvolumens und die mit der Rückzahlung verbundenen Umstände bankgeheimnisrelevante Tatsachen darstellen könnten*“ ist für den OGH offensichtlich.<sup>12)</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob im Zeitpunkt der Antragsstellung bereits eine Geschäftsbeziehung zwischen Kunden und Bank (etwa ein Konto) bestand oder nicht, weil auch Informationen, die dem Kreditinstitut in contrahendo bekannt werden, dem Bankgeheimnis unterliegen.<sup>13)</sup>

Möglich ist eine Weitergabe der geheimen Daten zwar dann, wenn der Kunde der Übermittlung an den KSV zustimmt, weil es ohne Geheimhaltungsbedürfnis des Geheimnisherrn keine Schweigepflicht gibt.<sup>14)</sup> Eine Entbindung vom Bankgeheimnis setzt nach § 38 Abs 2 Z 5 BWG aber voraus, dass „der Kunde der Offenbarung des Geheimnisses ausdrücklich und schriftlich zustimmt“.

Das in § 38 Abs 2 Z 5 BWG vorgesehene Schriftlichkeitserfordernis bedeutet dabei nach allgemeinen Regeln des § 886 ABGB „Unterschriftlichkeit“.<sup>15)</sup> Eine Erklärung erfüllt dieses Kriterium dann, wenn sie vom Erklärenden eigenhändig unterschrieben oder gem § 4 Abs 1 SVG elektronisch signiert wurde.<sup>16)</sup> Das Verschicken von Emails,<sup>17)</sup> Telegrammen<sup>18)</sup> oder SMS-Nachrichten<sup>19)</sup> hat der OGH in der Vergangenheit mangels eigenhändiger Unterschrift bereits ausdrücklich als nicht dem Schriftformerfordernis genügend qualifiziert.<sup>20)</sup>

So erklärt sich der Medienbruch beim Online-Kredit: Verfügt ein Interessent nicht über eine qualifizierte elektronische Signatur, ist nach § 38 Abs 2 Z 5 BWG für eine wirksame Entbindung vom Bankgeheimnis eine eigenhändige Unterschrift notwendig. Eine Zustimmung durch Anklicken oder sonstige elektronische Bestätigung reicht für eine Entbindung nicht aus. Solche Medienbrüche sind aus nachvollziehbaren Gründen höchst unerwünscht und passen nicht zu modernen

Konzepten wie jenen des Multi-Channel- oder Omni-Channel-Banking, nach denen der Kunde zwar auf beliebigen Kanälen mit seiner Bank kommunizieren können soll, bei denen aber ein Zwang zum Umstieg nicht ins Konzept passt. In der Folge ist zu überlegen, ob mit der Auslegung des § 38 Abs 2 Z 5 BWG nach seinem Wortlaut schon das letzte Wort gesprochen ist.

### 2.2. Durchbrechung des Bankgeheimnisses durch Interessenabwägung?

#### 2.2.1. Kein taxativer Ausnahmenkatalog

Neben einer schriftlichen Einverständniserklärung des Kunden kommt grundsätzlich nämlich noch eine weitere Möglichkeit zur Durchbrechung des Bankgeheimnisses für Zwecke der Datenübermittlung an den KSV in Betracht. Zwar findet sich kein weiterer einschlägiger Eintrag im Ausnahmenkatalog des § 38 Abs 2 BWG, allerdings ist diese Aufzählung nach hA nicht taxativ.<sup>21)</sup> Es gibt also auch darüber hinausgehende, nicht positivierte Durchbrechungen des Bankgeheimnisses. Dazu gehört nach verbreiteter Ansicht eine Begrenzung des Bankgeheimnisses auch dann, wenn das Interesse des Kreditinstituts oder eines Dritten an einer Aufdeckung des Geheimhaltungsinteresses des Kunden überwiegen.<sup>22)</sup> In diesem Sinne sei der Umfang des Bankgeheimnisses über eine Interessenabwägung generell begrenzt,<sup>23)</sup> wobei die Abwägung der einzelnen Rechtsgüter – wie Arnold anmerkt – „sehr rigoros vorgenommen werden“<sup>24)</sup> müsse.

#### 2.2.2. Interessenabwägung im Prozess

Dementsprechend hat der OGH in jüngerer Vergangenheit in einer E, in der es um Ansprüche der Hypo Alpe Adria gegen Aktionäre und Vorstände ging, eine solche Interessenabwägung vorgenommen und das Bankgeheimnis

9) Die Untersuchung dieser Beispiele findet auf Anregung, nicht aber im Auftrag der Bankwirtschaft statt. Dank für die Gesprächsbereitschaft gebührt Herrn Dr. Alexander Schall und der Rechtsabteilung der BAWAG.  
10) Vgl ausf Dehn in BVR IV<sup>2</sup> 2/56 ff.  
11) Siehe dazu auch <https://www.ksv.at/fragen-antworten-konsumentenkreditevidenz> (abgefragt Februar 2017).  
12) Vgl OGH 26.11.2012, 9 Ob 34/12h = ÖBA 2013/1897 (Apathy) = EvBl 2013, 508 (Jurgutyte) = ecolex 2013, 413 (Weiland) = ÖBA 2013, 794 (Apathy); siehe auch Chini/Oppitz in Chini/Oppitz, BWG § 38 Rz 3 mwN.  
13) Siehe Apathy in BVR I<sup>3</sup> Rz 2/48; Canaris,

BVR<sup>3</sup> Rz 53; Jabornegg/Strasser/Floretta, Bankgeheimnis 47 f; Sommer/Hirsch in Dellinger, BWG § 38 Rz 49.  
14) Vgl Apathy in BVR I<sup>3</sup> Rz 2/64.  
15) Jabornegg/Strasser/Floretta, Bankgeheimnis 102; Sommer/Hirsch in Dellinger, BWG § 38 Rz 264; Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/64.  
16) Dullinger in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 886 Rz 1 ff; P. Bydlinski in KBB<sup>5</sup> § 886 Rz 1 ff sowie § 1346 Rz 9; Kalss in ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 886 Rz 2 ff; Avancini in BVR I Rz 2/73.  
17) OGH 5 Ob 133/10k; RIS-Justiz RS0014174 (T1).  
18) OGH 5 Ob 535/85; RIS-Justiz RS0017219.

19) OGH 9 ObA 96/07.  
20) Kalss in ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 886 Rz 8; P. Bydlinski in KBB<sup>5</sup> § 886 Rz 5.  
21) Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/62 mwN; Avancini in BVR I Rz 2/63; Jabornegg/Strasser/Floretta, Bankgeheimnis 93 ff; Sommer/Hirsch in Dellinger, BWG § 38 Rz 161 mwN; Arnold, ZVG-Service 1/81, 19.  
22) Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/145; Avancini in BVR I Rz 2/128; Jabornegg, ÖBA 1997, 673; Jabornegg/Strasser/Floretta, Bankgeheimnis 142.  
23) Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/145; Avancini in BVR I Rz 2/128.  
24) Arnold, ZVG-Service 1/81, 19.

zurückgestellt.<sup>25)</sup> Es ging um die Rückforderung von Zahlungen, die nicht hätten erfolgen dürfen, wenn man berücksichtigt hätte, dass zahlreiche Großkredite bereits notleidend waren. Die Details der betreffenden Kredite unterlagen jedoch dem Bankgeheimnis. Vom Wortlaut der Prozessausnahme des § 38 Abs 2 Z 7 BWG war der vorliegende Fall trotz der gerichtlichen Geltendmachung jedoch nicht gedeckt, da darin lediglich die Durchbrechung des Bankgeheimnisses „zur Klärung von Rechtsangelegenheiten aus dem Verhältnis zwischen Kreditinstitut und Kunden“ erlaubt wird.<sup>26)</sup> Daraus leiteten die Beklagten den bequemen Standpunkt ab, dass die Klägerin Informationen über die kritischen Kredite im Prozess nicht offenbaren dürfe. Folgte man dieser Ansicht, hätte die Klägerin im Verfahren aber nicht nur nichts beweisen, sondern nicht einmal ordnungsgemäß vorbringen können. Der OGH gelangte daher ganz zutreffend zum Ergebnis, dass es „dem Kreditinstitut wie jedem anderen Rechtssubjekt möglich sein [muss], unter den sonstigen Anspruchsvoraussetzungen Schadenersatz von Schädigern zu verlangen und gerichtlich durchzusetzen“.<sup>27)</sup>

### 2.2.3. Durchbrechung des Bankgeheimnisses bei KSV-Meldungen?

Fraglich ist, ob auch im Fall der Meldung von Kunden- und Kreditinformationen an den KSV vom Vorliegen ähnlich gravierender Interessen auszugehen ist, die eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses im Rahmen einer Interessenabwägung rechtfertigen können.

Zweck der Konsumentenkreditevidenz ist, den Kreditnehmer davor zu schützen, sich sukzessive mit unscheinbar wirkenden Krediten zu übernehmen. Spiegelbildlich haben die Kreditinstitute die Möglichkeit, ihr Risiko zu begrenzen. Es könnte daher gesagt werden, dass die Meldungen an den KSV „aus gesamtwirtschaftlicher Sicht durchaus positiv zu beurteilen“<sup>28)</sup> sind. Darüber hinaus dient die Abfrage von Daten der

Kleinkreditevidenz der Überprüfung von Angaben des Kunden durch das Kreditinstitut. Es steht außer Frage, dass es im Interesse der Bank liegt, Schwindeleien der Kreditantragsteller zu entlarven,<sup>29)</sup> wohingegen ein schutzwürdiges Interesse des Kunden, unentdeckt falsche Angaben machen zu können, keinesfalls besteht.<sup>30)</sup> Hinzu kommt, dass Kreditinstitute nach § 7 VKrG und § 9 HIKrG sogar dazu verpflichtet sind, vor Abschluss eines Kreditvertrags mit Verbrauchern die Bonität bzw Kreditwürdigkeit des Kunden zu überprüfen und insofern sogar einen gesetzlichen Auftrag erfüllen.<sup>31)</sup>

Die Gründe dafür, dass eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses für Meldungen an den KSV auch von Stimmen in der L<sup>32)</sup> befürwortet wird, liegen also durchaus auf der Hand: Sie sind gängige Praxis, stehen in einem Zusammenhang mit der Erfüllung gesetzlicher Pflichten des Kreditinstituts und dienen letztlich sogar dem Schutz des Kunden davor, sich zu übernehmen.

Bereits Arnold gab jedoch – wie bereits erwähnt – zu bedenken, dass die Abwägung der einzelnen Interessen „sehr rigoros vorgenommen werden“<sup>33)</sup> müsse. Insbesondere dann, wenn man auf Fälle blickt, in denen eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses mittels Interessenabwägung anerkannt ist, könnte eine Durchbrechung für Fälle von KSV-Meldungen daher auch kritisch gesehen werden. Den ungeschriebenen Durchbrechungen des Bankgeheimnisses ist nämlich typischerweise ein gewisses Moment der Alternativlosigkeit gemein. Im Fall der Hypo Alpe Adria ist dies besonders augenscheinlich und hat sogar eine verfassungsrechtliche Komponente, die der OGH in seiner E auch explizit anspricht. Nähme man der Hypo die Möglichkeit, die Kreditdaten zu offenbaren, stünde dies „unter dem Verdacht, gleichheitswidrig und damit verfassungswidrig zu sein“.<sup>34)</sup> Ebenso anerkannte Fälle sind Kollisionen des Bankgeheimnisses mit gesetzlichen Auskunftspflichten, denen nicht ohnehin

bereits ex lege ein Vorrang vor dem Bankgeheimnis zukommt.<sup>35)</sup> Dasselbe gilt für Fälle, in denen sich der Geheimnisträger bei Aufrechterhaltung des Geheimnisschutzes selbst strafbar machen würde.<sup>36)</sup>

Von einer ähnlichen Notfall- oder Ausnahmesituation, die eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses ohne ausdrückliche und schriftliche Zustimmung des Kunden rechtfertigen könnte, kann bei Kreditvergaben nicht die Rede sein. Es ist auch keineswegs so, dass die dadurch geschaffene Hürde prohibitiv hoch wäre, zählt doch – wie bereits erwähnt – die schriftliche Entbindung vom Bankgeheimnis schon bisher zum Standardprozedere jeder (analogen) Kreditvergabe. Das gilt im selben Maße auch für Onlinekredite. Hier besteht die Ausweglosigkeit vielmehr im von den Kreditinstituten selbst gewählten Vertriebsweg.

Insgesamt könnte man die Frage stellen, wie weit der Gedanke einer immanenten Grenze des Bankgeheimnisses, die im Einzelfall durch Abwägung von Interessen zu bestimmen ist, trägt. Eine solche Grenze ist nicht unproblematisch, zumal die Konturen eines derart breit gefassten ungeschriebenen Abwägungstatbestands kaum erahnt werden könnten. Eine so isolierte Interessenabwägung hängt in der Luft. Was soll wogegen abgewogen werden? Das Interesse des Kunden an der Geheimhaltung von Daten, deren Offenbarung er formunwirksam zugestimmt hat, gegen das Interesse der Bank, einen Kredit zu vergeben? Oder das Kundeninteresse gegen das Interesse der Bank, einen Kredit ohne Medienbruch zu vergeben? Solche Abwägungen können kaum gelingen. Nicht umsonst ist in den anderen Fällen das Ergebnis ausschlaggebend. Der Verlust der Durchsetzbarkeit subjektiver Rechte, die Verletzung gesetzlicher Auskunftspflichten, die eigene Strafbarkeit sind greifbare Nachteile und betreffen stets rechtlich geschützte Positionen. Beim Onlinekredit erscheint das zweifelhaft.

25) OGH 19.11.2014, 6 Ob 157/14b.

26) Vgl Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/126; Sommer/Hirsch in Dellinger, BWG § 38 Rz 281 ff.

27) OGH 19.11.2014, 6 Ob 157/14b.

28) Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/148; ähnlich Zöchling-Jud in Wendehorst/Zöchling-Jud, VKrG § 7 Rz 1; zum Schutzzweck der Kreditwürdigkeitsprüfung auch Dehn in BVR IV<sup>2</sup> 2/51.

29) Zur Gefahr von „Beschönigungen“ durch den Kunden Dehn in BVR IV<sup>2</sup> 2/56.

30) Ähnliche Gesichtspunkte spielen auch bei einer Interessenabwägung im Rahmen des Datenschutzrechts eine Rolle: So kann etwa die Meldung von Kundendaten an die als Informationsverbundsystem geführte „Warnliste“, mithilfe derer sich Kreditinstitute gegenseitig auf vertrags-

brüchige Kunden aufmerksam machen, aufgrund „überwiegender berechtigter Interessen“ der Kreditwirtschaft auch ohne Zustimmung des Kunden erfolgen (vgl dazu den Bescheid der Datenschutzkommission vom 21.9.2001, GZ K095.014/016-DSK/200; siehe auch Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/148). Es gilt jedoch zu bedenken, dass die Zulässigkeit einer Durchbrechung des Datengeheimnisses nicht automatisch auch zu einer Zulässigkeit der Durchbrechung des Bankgeheimnisses führt. Datenschutz und Bankgeheimnis bestehen nach geltender Rechtslage nebeneinander, weshalb die Zulässigkeit von Durchbrechungen in beiden Fällen gesondert zu prüfen ist (Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/6).

31) Vgl Dehn in BVR IV<sup>2</sup> 2/56; Zöchling-Jud in Wendehorst/Zöchling-Jud, VKrG § 7 Rz 1 ff; siehe auch Weissel, ÖBA 2012, 302.

32) Vgl Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/148 mwN.

33) Arnold, ZVG-Service 1/81, 19.

34) OGH 19.11.2014, 6 Ob 157/14b.

35) Vgl dazu Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/148; zuvor auch bereits Canaris, BVR<sup>3</sup> Rz 61.

36) Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/148; Jabornegg/Strasser/Floretta, Bankgeheimnis 143 f; Canaris, BVR<sup>3</sup> Rz 61; Graf in FS Posch 178 erachtet eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses aufgrund einer Interessenabwägung sogar nur in jenen Fällen als zulässig, in denen es um Interessen Dritter (und nicht der Bank) geht.



Auch in Deutschland, wo das Bankgeheimnis als vertragliche Schutzpflicht gesehen wird,<sup>37)</sup> wird ein allgemeiner Durchbrechungstatbestand im Rahmen einer Interessenabwägung überwiegend abgelehnt.<sup>38)</sup> „Hinge nämlich die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses bei Kollisionen verschiedener Interessen von dem Ergebnis der jeweiligen Güter- und Interessenabwägung ab, dann würde das Bankgeheimnis in seiner Anwendung letztlich zur Disposition der Banken und in seinem Wesensgehalt in Frage gestellt.“<sup>39)</sup>

Es lässt sich daher festhalten, dass zwar durchaus gute Gründe für eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses bei KSV-Meldungen ins Treffen geführt werden können, eine solche Abwägung aber mit Unsicherheiten im Einzelfall ebenso wie mit Unsicherheiten im allgemeinen behaftet ist. Einer Durchbrechung im Wege einer schriftlichen Entbindungserklärung durch den Kunden gem § 38 Abs 2 Z 5 BWG ist daher schon aus Rechtssicherheitserwägungen der Vorzug zu geben.

### 3. Kontowechsel-Service

Aber selbst dann, wenn man bei KSV-Meldungen einer Aufhebung des Bankgeheimnisses durch eine solche Interessenabwägung positiv gegenübersteht, sind damit noch längst nicht alle Probleme bewältigt. Mit 18.9.2016 trat zur Umsetzung der RL 2014/92/EU<sup>40)</sup> das Verbraucherzahlungskontogesetz (VZKG) in Kraft, das inländische Zahlungsdienstleister dazu verpflichtet, ihren Kunden einen sog „Kontowechsel-Service“ anzubieten. Verbrauchern soll es durch ein „klares, schnelles und sicheres Verfahren“<sup>41)</sup> ermöglicht werden, ohne Schwierigkeiten und übermäßige bürokratische Hürden ihr Zahlungskonto zu wechseln und so die „jeweils günstigsten Angebote am Markt zu nutzen“. <sup>42)</sup> Dies soll zu einer Steigerung des Wettbewerbs führen und einen an sich mühsamen Kontowechsel – man denke etwa an die mit bestehenden Konten verbundenen

Daueraufträge und Einzugsermächtigungen – erheblich erleichtern.

Möchte ein Verbraucher von seinem bisherigen Zahlungsdienstleister zu einem anderen wechseln, kann er seinen neuen Dienstleister gem § 16 Abs 1 VZKG zur Einleitung des Kontowechsels ermächtigen. Dieser hat daraufhin den bisherigen Zahlungsdienstleister des Kunden zur Übertragung aller notwendigen Informationen aufzufordern und anschließend binnen fünf Werktagen das neue Konto samt bestehender Daueraufträge und Lastschriften einzurichten (§§ 17, 18 VZKG). Klar ist, dass in diesem Bereich bankgeheimnisrelevante Daten betroffen sind.<sup>43)</sup> Um die Übermittlung aller notwendigen Kunden- und Kontodaten an den neuen Zahlungsdienstleister zu ermöglichen, muss der Kunde der Übertragung der Daten daher zweifellos schon gem § 38 Abs 2 Z 5 BWG zustimmen. Ausweislich der Materialien sieht § 16 Abs 2 VZKG aus diesem Grund auch vor, dass die Ermächtigung des Kunden zur Einleitung eines Kontowechsels schriftlich zu erfolgen hat.<sup>44)</sup>

Doppelt hält in diesem Fall wirklich besser. Selbst wer nämlich mit § 38 BWG großzügig sein will und bei KSV-Meldungen eine ungeschriebene Ausnahme vom Bankgeheimnis befürwortet,<sup>45)</sup> wird sich damit beim Kontowechsel-Service schwer tun. § 16 Abs 2 VZKG sieht die Schriftlichkeit explizit vor, die Materialien verweisen ebenso explizit auf § 38 Abs 2 Z 5 BWG.<sup>46)</sup>

Zu kühn wäre es, den Gesetzgeber in einem Irrtum über die Notwendigkeit der Schriftlichkeit zu wähen und dieses Erfordernis aus § 16 Abs 2 VZKG „weg-zureduzieren“, etwa weil der Gesetzgeber die Möglichkeit einer (hier in der Form ohnehin abgelehnten) Interessenabwägung übersieht. Vielmehr wird durch § 16 Abs 2 VZKG implizit der Auffassung eine Absage erteilt, eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses sei ohnehin auch schon dann möglich, wenn dies „im rechtsgeschäftlichen Verkehr zweckmäßig und sachgerecht“<sup>47)</sup> erscheint. An der Schriftlichkeit und dem damit einher-

gehenden Medienbruch führt de lege lata also spätestens an diesem Punkt kein Weg mehr vorbei. Eine Korrektur von § 16 Abs 2 VZKG erscheint methodisch nicht möglich. Das lenkt den Blick aber auf die altherwürdige „Schriftlichkeit“ des § 886 ABGB. Wenn schon bankrechtlich keine Abhilfe dadurch geschaffen werden kann, dass das Bankgeheimnis aufgehoben wird, lässt sich der Medienbruch vielleicht zivilrechtlich etwas abfedern.

## 4. Möglichkeit einer Abschwächung des Medienbruchs

### 4.1. Schriftlichkeitsgebot und Bürgschaft

Das Schriftlichkeitsgebot muss nämlich nicht zwingend bedeuten, dass der Kunde im Rahmen einer Online-Kreditaufnahme oder eines Kontowechsels dem Kreditinstitut das unterfertigte Original der Entbindungserklärung per Post übermitteln oder gar physisch in der Filiale anwesend sein muss. Blickt man auf andere Fälle, für die der Gesetzgeber Schriftlichkeit anordnet, zeigt sich vielmehr, dass es Möglichkeiten gibt, einen Medienbruch nicht allzu hart ausfallen zu lassen.

Inspiration können sich Banken gleich „hausintern“ holen. So sieht etwa § 1346 Abs 2 ABGB vor, dass Bürgschaftserklärungen schriftlich abzugeben sind. In 9 Ob 41/12p<sup>48)</sup> hielt der OGH jedoch fest, dass auch eine per Telefax übermittelte Bürgschaftserklärung der in § 1346 Abs 2 ABGB vorgesehenen Schriftform entspricht, sofern die zugrundeliegende Urkunde eine eigenhändige Unterschrift des Erklärenden trägt. Zentral ist für den OGH dabei, dass jeder Formzwang – als Ausnahme zur Formfreiheit des § 883 ABGB – einen Formzweck verfolgt. Dieser liege bei der Abgabe von Bürgschaftserklärungen in ihrer Warnfunktion. Hintergrund des durch die 3. TN eingeführten § 1346 Abs 2 ABGB sei die Vermeidung von schweren Folgen unüberlegter Gutste-

37) Vgl dazu ausf Petersen, Bankgeheimnis 27 ff mwN; siehe auch Beckhusen in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch Bankrecht<sup>2</sup> § 6 Rz 7 ff.

38) Vgl Beckhusen in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch Bankrecht<sup>2</sup> § 6 Rz 52; Kreppold in Schimanski/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch I<sup>4</sup> § 39 Rz 93 mwN; Nobbe, WM 2005, 1546; Wech, Bankgeheimnis 430 f.

39) Beckhusen in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch Bankrecht<sup>2</sup> § 5 Rz 52; vgl auch Nobbe, WM 2005, 1546; Wech, Bankgeheimnis 430 f.

40) Richtlinie 2014/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.7.2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen, ABI 2014 L 257/214.

41) ErlBRV 1059 dB XXV. GP 15.

42) ErlBRV 1059 dB XXV. GP 15; vgl auch Erwägungsgrund 27 der RL 2014/92/EU; siehe auch Lengauer/Weismann, ZFR 2015, 564; Brandstätter, ZFR 2015, 257.

43) Zum weiten Geheimnisbegriff vgl ua Sommer/Hirsch in Dellinger, BWG § 38

Rz 1; Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG<sup>3</sup> § 38 BWG Rz 3.

44) ErlBRV 1059 dB XXV. GP 15.

45) Vgl dazu oben Punkt II.B.3.

46) ErlBRV 1059 dB XXV. GP 15.

47) Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/72.

48) OGH 31.7.2013, 9 Ob 41/12p = ÖJZ 2013, 989 (Brenn) = ZRB 2013, 194 (Wenusch) = GesRZ 2014, 54 (Cach) = ecolex 2013, 937 (Wilhelm) = ÖZW 2014, 77 (Ecker) = ZEuP 2015, 181 (Küppers/Pallien); dem folgend auch OGH 19.9.2013, 1 Ob 161/13b; RIS-Justiz RS0128981.

henserklärungen,<sup>49)</sup> also der Schutz des Bürgen. Durch die Schriftform solle dem Bürgen die Bedeutung seiner Verpflichtung bewusst gemacht und die Ernstlichkeit seines Verpflichtungswillens außer Frage gestellt werden.<sup>50)</sup> Zwar könne es lt OGH psychologisch einen Unterschied machen, ob der Bürge das Original „aus der Hand“ gibt oder die Sendetaste auf seinem Faxgerät betätigt. Dies allein rechtfertigte es jedoch nicht, einer vom Bürgen unterschriebenen und dem Gläubiger gefaxten Bürgschaftserklärung die Wirksamkeit zu versagen. Dass gefaxte Erklärungen möglicherweise fälschungsanfälliger sind, stehe dem nicht entgegen, da es keinen inneren Zusammenhang mit dem Zweck des Formgebots gebe, den Bürgen von einer übereilten Haftungserklärung zu warnen.

#### 4.2. Schriftform im Zeitalter elektronischer Medien

Zwar hat das Faxgerät seine Relevanz im Zeitalter elektronischer Medien weitgehend eingebüßt, es stellt sich aber die Frage, ob die ratio der Telefax-Judikatur nicht auch auf andere Fernkommunikationsmittel zu übertragen ist. Dass dem Schriftformerfordernis nicht durch das Verschicken von SMS-Nachrichten oder nicht (elektronisch) signierter Emails entsprochen werden kann, liegt auf der Hand: es fehlt schlicht an der Unterschrift.<sup>51)</sup> Es erscheint aber durchaus naheliegend, die Telefax-Judikatur fortzuschreiben und das Versenden eingescannter und mit Originalunterschrift versehener Dokumente via Email (etwa im Anhang als PDF-Dokument) als zulässig zu erachten.<sup>52)</sup> Reicht das Versenden eines zuvor eigenhändig unterschriebenen Dokuments via Fax aus, um den Erklärenden vor Übereilung zu schützen und ihm die Bedeutung der Vertragserklärung augenscheinlich zu machen, muss dies auf den Versand eines Original-Scans ebenso zutreffen. Es kann schließlich nicht auf die technische Art

des Versendungsvorganges ankommen. Ob der Bürge die Kopie der Erklärung faxt oder per Email verschickt, ist daher nicht ausschlaggebend, Wertungsunterschiede zum Fax sind nicht erkennbar.<sup>53)</sup>

Auch weitere Übermittlungswege wären überlegenswert. So ist es bei der elektronischen Kundenidentifikation zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung gängige Praxis, dass der Kunde ein digitales Photo seines Ausweises aufnimmt und als Datei hinauflädt. Hier dürfen die Banken auch bei der Entbindung vom Bankgeheimnis – auf Basis der Teleologie des Schriftlichkeitserfordernisses – durchaus kreativer sein.<sup>54)</sup> Der technische Vorgang unterscheidet sich nicht vom Scan, ein wertungsmaßiger Unterschied ist nicht zu sehen.<sup>55)</sup>

Die Phantasie muss freilich nicht bei elektronischen Abbildern eines unterschriebenen Stückes Papier enden: Es wäre auch denkbar, am Ende eines Dokuments digital zu unterschreiben. Dabei könnte auch eine elektronisch angefertigte Unterschrift – etwa auf einem Tablet oder Unterschriften-Pad – eine Unterschrift iSd § 886 ABGB darstellen.<sup>56)</sup>

In Deutschland wird zu § 126 BGB die Erfüllung des Schriftformerfordernisses durch solche Unterschriften zwar abgelehnt.<sup>57)</sup> Der Grund dafür ist aber, dass nach § 126 BGB „eine Urkunde“ zu unterzeichnen ist und nach hA elektronische Dokumente diese Anforderung nicht erfüllen.<sup>58)</sup> Eine solche Vorgabe enthält § 886 ABGB jedoch nicht.

Somit wurden Möglichkeiten skizziert, um das Schriftformerfordernis de lege lata teleologisch stimmig zu flexibilisieren. Bei der Online-Kreditvergabe wäre das Versenden einer eingescannten und eigenhändig unterschriebenen Entbindungserklärung sicher ein probates Mittel, um einen Medienbruch abzufedern. Auch

beim Kontowechsel wären die skizzierten Maßnahmen hilfreich.

Die Anwendung der Grundsätze der Telefax-Judikatur setzt aber ebenso wie die herausgearbeiteten Weiterungen voraus, dass sich der Normzweck der jeweiligen Formvorschrift mit jenem bei der Bürgschaft deckt. Dies soll nun mit Blick auf den Onlinekredit und den Kontowechsel überprüft werden.

#### 4.3. Zweck des Schriftlichkeitserfordernisses bei § 38 Abs 2 Z 5 BWG

Wirft man einen Blick auf die in der L zum Formzweck des Schriftlichkeitserfordernisses für die Entbindung vom Bankgeheimnis vertretenen Ansichten, besteht kein Zweifel, dass der Formzwang des § 38 Abs 2 Z 5 BWG – ebenso wie bei der Bürgschaft – in erster Linie dem Schutz des Erklärenden vor Übereilung dient.<sup>59)</sup> Es soll verhindert werden, „dass der Bankkunde das Kreditinstitut voreilig und unüberlegt von einer Geheimhaltungspflicht entbinde“<sup>60)</sup>. Dem Schriftlichkeitserfordernis des § 38 Abs 2 Z 5 BWG kommt demnach eine Warnfunktion zu.<sup>61)</sup>

Immer wieder wird diskutiert, ob der Formzweck nicht auch der Beweissicherung dient. Dabei ist Vorsicht geboten. Zwar sind schriftliche Erklärungen natürlich meist leichter beweisbar als mündliche, die Frage ist aber, ob es sich bei der besseren Beweisbarkeit um einen Formzweck oder einen bloßen Reflex des eigentlich aus anderen Gründen vorgesehenen Formerfordernisses handelt. Bereits F. und P. Bydliński<sup>62)</sup> gaben diesbezüglich zu bedenken, dass für „die Geringhaltung der Gefahr, dass einmal tatsächlich nicht Vereinbartes rechtlich durchsetzbar wird“ bereits durch die „überzeugende Beweislastregel, dass jedermann für die von ihm behaupteten anspruchsbegründenden Tatsachen beweis-

49) HHB 148; Ohmayer/Klang in Klang VI<sup>2</sup> § 1346, 205; P. Bydliński in KBB<sup>5</sup> § 1346 Rz 7 f; G. Neumayer/Th. Rabl in ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1347 Rz 24.

50) OGH 9 Ob 41/12p.

51) Siehe dazu Punkt II. A.

52) Vgl dazu Kalss in ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 886 Rz 9; Dullinger in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 886 Rz 4; Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>4</sup> § 886 Rz 7; Gerhartl, AnwBl 2013, 14; Cach, GesRZ 2014, 54; Kolmasch in Schwimann, ABGB Taschenkommentar<sup>3</sup> § 886 Rz 5.

53) Vgl dazu Kalss in ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 886 Rz 9; Dullinger in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 886 Rz 4; Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>4</sup> § 886 Rz 7.

54) Natürlich geht es bei der Kundenidentifikation um öffentliche Interessen, während es bei der Entbindung vom Bankgeheim-

nis um den Geheimnisherrn geht. Dass die zivilrechtlich relevante Warnfunktion dabei geringer ausfallen würde, liegt aber nicht nahe.

55) Zwar hat der OGH in 9 Ob A 110/15i die Formwirksamkeit eines abfotografierten und per „Whats App“ versendeten Kündigungsschreibens verneint. Dies lag jedoch daran, dass – anders als bei der Bürgschaft – das Schriftlichkeitserfordernis bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nicht dem Übereilungsschutz diene, sondern, „dass die Frage der Beendigung des Arbeitsverhältnisses frei von Unsicherheiten sein soll“ und deshalb ein Bedürfnis des Empfängers bestehe, „das Kündigungsschreiben des anderen Vertragsteils physisch in Händen zu haben“.

56) Ein ganz anderer – nicht formwirksamer – Fall wäre, dass eine zuvor eingescannte

Unterschrift auf einem elektronischen Formular oder Dokument eingefügt wird. Vgl P. Bydliński/F. Bydliński, Formgebote 19; zur Ungültigkeit mechanischer Unterschriftsnachbildungen auch Dullinger in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 886 Rz 3.

57) Vgl Einsele in MüKo BGB I<sup>7</sup> § 126 Rz 6 ff; siehe auch Mansel in Jauernig, Kommentar zum BGB<sup>16</sup> § 126 Rz 3 ff.

58) Vgl Einsele in MüKo BGB I<sup>7</sup> § 126 Rz 6, 25; siehe auch den RegE, BT-Drucks. 14/4987, 25.

59) Vgl Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/71; Jabor-negg/Strasser/Floretta, Bankgeheimnis 99 f; Avancini in BVR I Rz 2/74; ders., JBl 1985, 202.

60) Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/71.

61) Avancini, JBl 1985, 202.

62) P. Bydliński/F. Bydliński, Formgebote 3.



*pflichtig ist*“ Sorge getragen werde.<sup>63)</sup> Im Hinblick auf das Bankgeheimnis besteht für *Avancini* gar „kaum ein Grund“<sup>64)</sup> vom Schutzzweck der Beweissicherung auszugehen.<sup>65)</sup> Im Vordergrund stehe jedenfalls der Schutz des Kunden vor Übereilung.<sup>66)</sup>

Diese Ansicht deckt sich auch mit dem Ergebnis einer systematischen Interpretation von § 38 Abs 2 BWG.<sup>67)</sup> Nach Z 6 leg cit besteht das Bankgeheimnis für allgemein gehaltene bankübliche Auskünfte über die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens dann nicht, wenn der Bankkunde der Auskunftserteilung nicht ausdrücklich widerspricht. Die Widerspruchserklärung des Kunden hat dabei nicht schriftlich zu erfolgen. „Hätten die Gesetzgeber aber nur das Interesse der Bank an klar beweisbaren Kundenerklärungen vor Augen gehabt, so hätten sie in beiden Fällen Schriftlichkeit anordnen müssen“<sup>68)</sup>. Ähnlich verhält es sich auch mit dem Widerruf einer abgegebenen Entbindungserklärung vom Bankgeheimnis, die nach ganz hA<sup>69)</sup> formlos erfolgen kann.

Damit zeigt sich deutlich, dass die Schriftformerfordernisse bei der Bürgschaftserklärung und der Entbindung vom Bankgeheimnis im Kern denselben Zweck verfolgen: Der Erklärende soll durch den Formzwang vor der Abgabe übereilter Willenserklärungen geschützt werden. Ist dies erst einmal erkannt, stellt sich die Situation hier wie beim Telefax dar. Relevant ist der Akt des eigenhändigen Unterschreibens und nicht der gewählte Übermittlungsweg. Es spricht daher nichts dagegen, die Telefax-Judikatur und die hier aufgezeigten Weiterungen auch auf Entbindungserklärungen nach § 38 Abs 2 Z 5 BWG anzuwenden.

#### 4.4. Das Schriftlichkeits- erfordernis beim Kontowechsel

Schon auf den ersten Blick ist auch die Situation beim Kontowechsel-Service ganz ähnlich. Das Schriftformerfordernis des § 16 Abs 2 VZKG dient nach den Worten des Gesetzgebers dem Zweck, den in § 38 Abs 2 Z 5 BWG vorgesehenen Wirksamkeitsvoraussetzungen für

Entbindungserklärung vom Bankgeheimnis nachzukommen.<sup>70)</sup> Insofern besteht Deckungsgleichheit mit den allgemeinen Überlegungen zum Telos des § 38 Abs 2 Z 5 BWG.

Darüber hinaus führt der Gesetzgeber hier allerdings explizit auch Beweissicherungsaspekte an.<sup>71)</sup> Doch wenn die Materialien „Zwecke der Beweissicherung“<sup>72)</sup> als Grund für das Schriftformerfordernis bei der Ermächtigung zur Einleitung des Kontowechsels nennen, ist dies – wie bereits dargelegt wurde – ein nicht besonders ausgegrenztes Allgemeinmotiv, das bei jeder Formvorschrift ins Treffen geführt werden kann.<sup>73)</sup> Eine Form ist meistens besser als keine Form. Dieses Nebenprodukt macht die Beweisbarkeit noch nicht zum Formzweck. Warum eine Kontoeröffnung heutzutage bereits zur Gänze online erfolgen können soll, eine pauschale Ermächtigung zum Kontowechsel aber gerade aus Beweissicherungsgründen schriftlich erfolgen müsste, wäre daher auch nicht einsichtig.

Einer Übertragung der Ratio der Telefax-Judikatur steht auch nicht entgegen, dass § 16 Abs 2 VKRG vorsieht, dass dem Kunden eine Kopie der unterzeichneten Ermächtigung auszuhändigen ist. Nach den Materialien dient dies nämlich dem Zweck, dem Kunden „eine Urkunde an die Hand zu geben, die seine Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Kontowechsel enthält“.<sup>74)</sup> Der Gesetzgeber hat hier wohl den Fall vor Augen, dass der Kunde die Ermächtigungserklärung direkt in der Bankfiliale unterzeichnet. Sendet der Kunde aber etwa einen Scan oder ein Foto der zuvor im Internet heruntergeladenen und eigenhändig unterzeichneten Entbindungserklärung an den Zahlungsdienstleister, dann verbleibt das Original der Urkunde ohnehin beim Kunden. Das Überreichen einer Kopie der Erklärung durch die Bank wäre damit hinfällig. Im Ergebnis steht man daher an derselben Stelle wie bei der Onlinekreditvergabe: Auch beim Kontowechsel-Service spricht nichts gegen eine Übertragung der Ratio der Telefax-Judikatur.<sup>75)</sup>

## 5. Neubewertung des zivilrechtlichen Bankgeheimnisses notwendig?

### 5.1. Öffentlich-Rechtliche Ausrichtung des Bankgeheimnisses

Für die Praxis bedeutet dies insgesamt, dass dadurch die Folgen des Medienbruchs wohl auf ein Maß reduziert werden könnten, das jedenfalls auch in Zeiten fortschreitender Digitalisierung zumutbar erscheint. Insgesamt stellt sich jedoch die grundlegende Frage nach dem zivilrechtlichen Bankgeheimnis. Dabei entsteht unwillkürlich der Eindruck eines Auseinanderdriftens von Schutzniveaus.

Als 1979 das Bankgeheimnis in § 23 KWG<sup>76)</sup> positiviert wurde, hatte es eine ganz klare Stoßrichtung: Es war das erklärte Bestreben, „Ausländer dazu [zu] veranlassen, ihr Vermögen in Österreich anzulegen“<sup>77)</sup> und dabei auch nicht versteuertes Vermögen im Inland zu erhalten. Der Schutz von Bankkunden vor der Einsichtnahme durch Finanzbehörden im Rahmen von Abgabenverfahren sollte sich positiv auf die österreichische Volkswirtschaft auswirken und insbesondere auch ein „Vertrauensbeweis an die österreichische Kreditwirtschaft“<sup>78)</sup> sein.<sup>79)</sup> Das Bankgeheimnis hatte also schon immer eine klar öffentlich-rechtliche und dort eine klar steuerrechtliche Stoßrichtung. Wenn Bruno Kreisky stolz verkündete, das österreichische Bankgeheimnis sei „das Zweitbeste der Welt, gleich nach den Bermudas“<sup>80)</sup> oder wenn das Bankgeheimnis wie bei rezenten Reformen geradezu zum österreichischen Kulturgut stilisiert wird,<sup>81)</sup> dann war die Stoßrichtung immer klar: Steuern und Abgaben. Ebenso klar war, worum es nicht primär geht: es neugierigen Pflichtteilsberechtigten im Verlassenschaftsverfahren schwer zu machen; Vermögensverschiebungen nachzuvollziehen;<sup>82)</sup> zu verhindern, dass Banken ihre Kreditforderungen abtreten;<sup>83)</sup> die Vergabe von Online-Krediten zu erschweren usw. Das Privatrechtliche Bankgeheimnis, dessen Kern die Selbst-

63) P. Bydliniski, RdW 1996, 196; Koziol, ÖBA 1996, 478; Rummel in FS-Ostheim 217 ff.

64) Avancini in BVR I Rz 2/74.

65) Avancini in BVR I Rz 2/74.

66) Avancini in BVR I Rz 2/74; ebenso Apathy in BVR I<sup>2</sup> Rz 2/71.

67) Jabornegg/Strasser/Floretta, Bankgeheimnis 100; dem folgend OGH 7 Ob 2299/96f; demgegenüber führt Arnold, Sonderdruckbeilage ZGV-Service 1/81, 17 aus, dass das Erfordernis der Schriftform und „offenbar mit Überlegungen auf dem Beweissektor zu begründen“ ist, begründet diese Ansicht jedoch nicht

näher.

68) Jabornegg/Strasser/Floretta, Bankgeheimnis 100; OGH 7 Ob 2299/96f.

69) Jabornegg/Strasser/Floretta, Bankgeheimnis 103 mwN.

70) ErlBRV 1059 dB XXV. GP 15.

71) ErlBRV 1059 dB XXV. GP 15.

72) ErlBRV 1059 dB XXV. GP 15.

73) Siehe dazu schon ausf unter Punkt 4.3.

74) ErlBRV 1059 dB XXV. GP 15.

75) Bei einer Unterfertigung mittels Tablet-Unterschrift müsste eine Kopie der Urkunde gesondert zur Verfügung gestellt werden. Der Kunde soll ja gerade etwas „in der Hand haben“.

76) BGBl. Nr. 63/1979.

77) Doralt, Bankgeheimnis 31.

78) Siehe dazu auch die Äußerungen des Abgeordneten zum Nationalrat, Dr. Veselsky, in der Sitzung am 24. Jänner 1979, 117. Sitzung, XV. GP.

79) Doralt, Bankgeheimnis 31.

80) Zitiert nach Doralt, ÖJZ 1981, 652.

81) Vgl Schnauder, Der Standard, 20.9.2009.

82) Vgl zu der Problematik ua Hofmann, NZ 2014, 1; Verweijen, ecoloex 2009, 591.

83) Vgl ua Apathy, ÖBA 2013, 794; ders, ÖBA 2013, 200; ders, ÖBA 2006, 33; Graf in FS Posch 171.

verständlichkeit ist, dass die Bank nicht ohne weiteres Informationen über ihre Kunden ausplaudern darf, ist in seinen strengen Ausprägungen immer im Kielwasser des öffentlichen Rechts gesegelt.

## 5.2. Internationaler Abbauprozess

Das Bankgeheimnis ist in den vergangenen Jahren aber einem gravierenden Wandel unterlegen. Auf internationaler Ebene wurde der Druck im Jahr 2009 merklich erhöht. 2009 widerrief Österreich seinen traditionellen Vorbehalt zur „großen Auskunftsklausel“ des Art 26 Abs 5 OECD-MA, der es bis dahin ermöglichte, einen Austausch von Steuerdaten im Rahmen von Doppelbesteuerungsabkommen aufgrund eines innerstaatlich bestehenden Bankgeheimnisses zu verweigern.<sup>84)</sup> Der gemeinsamen Erklärung der Staats- und Regierungschefs des damaligen G20-Gipfels kann der Satz entnommen werden: „Die Ära des Bankgeheimnisses ist vorüber.“<sup>85)</sup> In der Folge verabschiedete der österreichische Nationalrat mit qualifizierten Quoren das Amtshilfe-Durchführungsgesetz,<sup>86)</sup> das die Umsetzung der OECD-Grundsätze für den bilateralen Informationsaustausch im Bereich der Besteuerung regelt und eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses ermöglicht.<sup>87)</sup> Dies führte dazu, dass Österreich von der „grauen Liste der Steueroasen“ gestrichen wurde, die nach Ansicht der OECD im Kampf gegen Steuerhinterzieher nicht ausreichend kooperieren.<sup>88)</sup>

Auf der Ebene der Europäischen Union verpflichtet seit 2003 die Sparzinsenrichtlinie<sup>89)</sup> die Mitgliedstaaten der EU, sich grenzüberschreitend über Zinseinkünfte natürlicher Personen zu informieren.<sup>90)</sup> Seit der Neufassung der Amtshilferichtlinie<sup>91)</sup> im Jahr 2011, können Mitgliedstaaten einen Austausch von Steuerinformationen unter Berufung auf bestehende nationale Bankgeheimnisse nicht mehr verweigern. In der aktuellen Fassung<sup>92)</sup>

sieht die Amtshilferichtlinie sogar einen automatischen Informationsaustausch über innere- und äußere Kontodaten vor. Diese Vorgaben wurden in Österreich im Rahmen des Gemeinsamer Meldestandard-Gesetzes<sup>93)</sup> (GMSG) umgesetzt.

Gleichzeitig hat die Entwicklung im internationalen Austausch von Steuerdaten durch den amerikanischen Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) Fahrt aufgenommen. FATCA verpflichtet Finanzinstitute weltweit zur Übermittlung weiterreichender Informationen über ihre US-Kunden.<sup>94)</sup> Zu diesem Zweck unterzeichneten Österreich und die USA im Jahr 2014 ein Abkommen, das allen österreichischen Kreditinstituten erlaubt, die unter FATCA relevanten Informationen direkt an den Internal Revenue Service (IRS) der Vereinigten Staaten zu übermitteln.<sup>95)</sup>

## 5.3. Nationaler Restbestand

All diese internationalen Entwicklungen hatten zunächst nur Auswirkungen auf grenzüberschreitende Sachverhalte. Im Jahr 2015 entschied sich der österreichische Gesetzgeber jedoch, das Bankgeheimnis auch in Bezug auf nationale Sachverhalte stärker einzuschränken. Im Rahmen des Steuerreformpakets 2015<sup>96)</sup> kam es zu einer massiven Erweiterung des Ausnahmenkatalogs des § 38 Abs 2 BWG. Die umfassendste Änderung stellt dabei der Erlass des Kontenregister- und Konteneinschaugegesetzes<sup>97)</sup> (KontRegG) dar, mit dem ein österreichweites Kontenregister eingeführt wurde, das „sämtliche in Österreich von wem auch immer geführten Bankkonten, Depots und Sparbücher erfasst“.<sup>98)</sup> Kreditinstitute haben zu diesem Zweck laufend elektronisch Informationen über ihrer Kunden in das Kontenregister einzuspeisen. Darunter fallen sowohl Informationen über den Kontoinhaber, wie Name, Geburtsdatum, Adresse und Ansässigkeitsstaat, als auch Informationen über die Geschäftsbezie-

hung, wie Kontonummer, der Tag der Eröffnung bzw Auflösung des Kontos, das kontoführende Kreditinstitut sowie etwaige vertretungsbefugte Personen.<sup>99)</sup> Das Register enthält also keine Kontostände, sondern lediglich die sog „äußeren Kontodaten“. Einsicht in das Kontenregister kann nach Maßgabe des § 4 KontRegG im Rahmen von Straf-, Finanzstraf- und Abgabenverfahren genommen werden. Durch das KontRegG wurde auch die Möglichkeit der Einsichtnahme in „innere“ Kontodaten (insb Kontostände und Kontobewegungen) erweitert: Demnach ist eine Konteneinschau – anders als bisher – nicht nur in Straf- und Finanzstrafverfahren, sondern auch im Rahmen von Abgabenverfahren möglich.<sup>100)</sup>

## 5.4. Fazit

Hält man sich all dies vor Augen, zeigt sich, dass es durch internationale und nationale Entwicklungen zu einer „Durchlöcherung“ des Bankgeheimnisses gekommen ist, wodurch dessen öffentlich-rechtlicher Schutzbereich massiv beschnitten wurde. Das Privatrecht hielt indes unbeirrt Kurs. Man gewinnt den Eindruck, dass die Erkenntnis, dass die Zeiten sich geändert haben, im Privatrecht noch nicht angekommen ist. Tempora mutantur, nec nos in illis? Es bedarf de lege ferenda einer Neubewertung des „zivilrechtlichen“ Bankgeheimnisses. Der Kern dieser Geheimhaltungspflicht steht außer Frage. Die Konturen und Ausnahmetatbestände bedürften freilich einer kritischen Überprüfung. Gelegenheit dazu hätte der Gesetzgeber bald, nämlich im Rahmen der Umsetzung der PSD-II-RL.<sup>101)</sup>

Hintergrund ist eine besonders praxisrelevante Fallkonstruktion: Verwendet ein Bankkunde bei einer Überweisung einen unrichtigen Kundenidentifikator (IBAN) und wird der Betrag in der Folge einem falschen Empfängerkonto gutgeschrieben, haftet der Zahlungsdienstleister nicht

84) Ehrke-Rabl, taxlex 2015, 220.

85) Londoner Gipfeltreffen – Erklärung der Staats- und Regierungschefs, 2.4.2009, S 5.

86) Bundesgesetz über die Umsetzung der OECD-Grundsätze der internationalen abgabenrechtlichen Amtshilfe (Amtshilfe-Durchführungsgesetz – ADG) BGBl I Nr 102/2009.

87) Ehrke-Rabl, taxlex 2015, 220.

88) Vgl dazu „Graue Liste“: OECD rehabilitiert Österreich, derStandard, 28.8.2009.

89) Richtlinie 2003/48/EG vom 3.6.2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen, AB1 2003 L 157/38.

90) Siehe dazu ausf Aigner, Die Sparzinsenrichtlinie 119 ff.

91) Richtlinie 2011/16/EU des Rates vom 15.2.2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der

Besteuerung und zur Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG.

92) Richtlinie 2014/107/EU des Rates vom 9.12.2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich der Verpflichtung zum automatischen Austausch von Informationen im Bereich der Besteuerung, AB1 2014 L 359/1.

93) Bundesgesetz zur Umsetzung des gemeinsamen Meldestandards für den automatischen Austausch von Informationen über Finanzkonten (Gemeinsamer Meldestandard-Gesetz – GMSG) BGBl I Nr 116/2015.

94) Vgl dazu ausf Blum/Csoklich, ÖBA 2015, 722.

95) Vgl Blum/Csoklich, ÖBA 2015, 722

96) BGBl I Nr 116/2015

97) Bundesgesetz über die Einrichtung eines Kontenregisters und die Konteneinschau

(Kontenregister- und Konteneinschaugegesetz – KontRegG) BGBl I Nr 116/2015.

98) Ehrke-Rabl, taxlex 2015, 368.

99) Ehrke-Rabl, taxlex 2015, 221; Brandl, SWK 2015, 761.

100) Vgl Ehrke-Rabl, taxlex 2015, 222; Günther/Jergitsch, ÖBA 2016, 109 f; Breuss/Plansky/Steiner/Wilhelm in Marschner/Stefaner, Steuerreform 2015/2016, 136; Lang/Seilern-Aspang, taxlex 2015, 382.

101) Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und der Rates vom 25.11.2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG; die Mitgliedstaaten haben die Vorgaben der RL bis zum 13.1.2018 umzusetzen.

für die vom Kunden verursachte Fehlüberweisung.<sup>102)</sup> Zwar ist der Zahlungsdienstleister gem § 35 Abs 4 Z 4 ZaDiG dazu verpflichtet, sich sorgfältig um die Wiedererlangung des fehlgeleiteten Betrags zu bemühen.<sup>103)</sup> Der Erfolg der Bemühungen hängt jedoch maßgeblich von der Kooperationsbereitschaft des unberechtigten Empfängers ab. Stimmt dieser einer Stornierung des gutgeschriebenen Betrages nicht zu,<sup>104)</sup> steht der Überweiser vor dem Problem, dass er zwar über die IBAN, nicht aber über die Identität des Empfängers verfügt.<sup>105)</sup> „Eine Anspruchsdurchsetzung gegen eine Kontonummer ist indes problematisch.“<sup>106)</sup> Um dem Überweiser die Durchsetzung seines Anspruchs zu erleichtern, sieht Art 88 der PSD-II-RL daher vor, dass der Zahlungsdienstleister des Empfängers dem Zahlungsdienstleister des Überweisers „alle für die Wiedererlangung des Geldbetrags maßgeblichen Informationen mitteilt“. Einer Preisgabe von Kunden- und Kontoinformationen des Empfängers steht jedoch zweifellos das Bankgeheimnis entgegen. Zwar erscheint es durchaus naheliegend, dass in solchen Fällen eine Durchbrechung im Rahmen einer Interessenabwägung argumentiert werden kann, da kein schutzwürdiges Interesse des unberechtigten Empfängers am Einbehalten des fehlgeleiteten Betrags besteht. Den Vorgaben des EuGH an eine „bestimmte, klare und durchschaubare“<sup>107)</sup> Richtlinienumsetzung kann dadurch aber ohne Zweifel nicht entsprochen werden, was ein Tätigwerden des österreichischen Gesetzgebers notwendig erscheinen lässt.<sup>108)</sup>

## 6. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Möchte ein Kunde online einen Kredit aufnehmen, muss er gem § 38 Abs 2 Z 5 BWG ausdrücklich und schriftlich einer Durchbrechung des Bankgeheimnisses zustimmen, wenn die Bank Daten an den KSV weitergibt. Der dadurch verursachte Medienbruch kann, will man Rechtsunsicherheit vermeiden, nicht durch eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses im Wege einer Interessenabwägung verhindert werden. Eine Ausnahmesituation, die das rechtfertigen würde, liegt bei KSV-Meldungen nach der hier vertretenen Ansicht nicht vor.

2. Auch beim durch § 16 VZKG eingeführten Kontowechsel-Service führt das Bankgeheimnis zu Medienbrüchen. Wie beim Online-Kredit muss auch hier der Kunde seine Einwilligung in die Datenweitergabe zu Zwecken des Kontowechsels schriftlich erteilen.
3. Die durch das Schriftlichkeitsgebot verursachten Medienbrüche können jedoch abgefedert werden: In Anlehnung an die Judikatur des OGH zur Telefax-Bürgschaft können eigenhändig unterfertigte Entbindungserklärungen vom Bankgeheimnis auch per Fax übermittelt werden, da auch auf diesem Wege dem Schutz des Erklärenden vor Übereilung in ausreichendem Maß Rechnung getragen wird. Dies gilt ebenso für moderne Übermittlungsarten wie das Versenden von eingescannten bzw fotografierten Erklärungen per Email oder Upload.
4. Eine Gesamtbetrachtung des Bankgeheimnisses zeigt, dass der weitgehende Abbau des öffentlich-rechtlichen Schutzbereichs des Bankgeheimnisses, der vor allem internationalen Entwicklungen geschuldet ist, zu einem Auseinanderdriften von Schutzniveaus geführt hat. Insgesamt erscheint daher eine Neubewertung des „zivilrechtlichen“ Bankgeheimnisses notwendig. ♦

## Literaturverzeichnis

- Aigner, Die Sparzinsenrichtlinie (2009).
- Apathy, Abtretung einer Kreditforderung und § 38 BWG, ÖBA 2013, 794.
- Apathy, Anmerkung zu 9 Ob 34/12h, ÖBA 2013, 200.
- Apathy, Abtretung von Bankforderungen und Bankgeheimnis, ÖBA 2006, 33.
- Apathy / Iro / Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> (2007).
- Apathy / Iro / Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup> (2012).
- Arnold, Das Bankgeheimnis, Sonderdruckbeilage ZGV-Service 1/81, 1.
- Avancini, Der Auskunftsanspruch des Bürgen gegenüber dem Gläubiger – Zugleich ein Beitrag zum Bankgeheimnis, JBl 1985, 193.
- Avancini / Iro / Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I (1987).

Blum / Csoklich, Der Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) und seine Umsetzung in Österreich, ÖBA 2015, 722.

Brandl, Abgabenverfahrenrechtliche Mindeststandards für ein Kontenregister, SWK 2015, 761.

Brandstätter, Die Regierungsvorlage zum neuen Verbraucherzahlungskontogesetz, ZFR 2015, 257.

Breuss / Plansky / Steiner / Wilhelm, Das „Bankenpaket“, in Marschner / Stefaner, Steuerreform 2015/2016 (2015) 132.

P. Bydlinski, Telefaxbürgschaft: OGH folgt BGB, RdW 1996, 196.

P. Bydlinski / F. Bydlinski, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001).

Cach, Anmerkung zu 9 Ob 41/12p, GesRZ 2014, 54.

Canaris, Bankvertragsrecht<sup>3</sup> (1988).

Chini / Oppitz, BWG (2011).

Dellinger, BWG Kommentar II (Archiv-Band, 8. Lfg 2016).

Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch Bankrecht<sup>2</sup> (2009).

Doralt, Das Bankgeheimnis im Abgabenverfahren, ÖJZ 1981, 652.

Doralt, Das Bankgeheimnis im Abgabenverfahren (1982).

Ehrke-Rabl, Das Bankenpaket, taxlex 2015, 220.

Ehrke-Rabl, Kontenregister und Datenschutz, taxlex 2015, 368.

Einsele, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung von Zahlungen wegen falscher Kontoangabe, in FS Reuter (2010) 53.

Gerhartl, Elektronischer Geschäftsverkehr, AnwBl 2013, 13.

Graf, Abtretung von Kreditforderungen und Bankgeheimnis, in FS Posch (2011) 171.

Graf, Nur IBAN und BIC und nicht der Name des Empfängers sind zu dessen Identifikation maßgeblich, EvBl 2015, 468.

Günther / Jergitsch, Aktuelle Rechtsfragen zum österreichischen Bankgeheimnis und dem internationalen Informationsaustausch in Steuersachen, ÖBA 2016, 106.

Hofmann, Die Kontoöffnung im Verlassenschaftsverfahren, NZ 2014, 1.

102) Vgl dazu ua Graf, EvBl 2015, 468; Buchleitner, ecolex 2015, 554.

103) Haghofer in Weiling, ZaDiG § 35 Rz 49.

104) Zu der Problematik Scheibengruber/Breidenstein, WM 2009, 1399; Koch,

ÖBA 2009, 887.

105) Haghofer in Weiling, ZaDiG § 35 Rz 49; Einsele in FS Reuter 53 ff.

106) Einsele in FS Reuter 53.

107) EuGH 28.2.1991, Rs C-131/88 (Kom-

mission/Deutschland); vgl dazu auch ausf Perner, EU-Richtlinien und Privatrecht 10 f.

108) Vgl zur deutschen Rechtslage Hoffmann, WM 2016, 1111.



*Hoffmann*, Die Überweisung anhand fehlerhafter Kundenerkennung unter der Neufassung der Zahlungsdiensterichtlinie, WM 2016, 1111.

*Jabornegg*, Aktuelle Fragen des Bankgeheimnisses, ÖBA 1997, 663.

*Jabornegg / Strasser / Floretta*, Das Bankgeheimnis (1985).

*Jauernig*, Kommentar zum BGB<sup>16</sup> (2015).

*Klang*, Kommentar zum ABGB VI<sup>2</sup> (1951).

*Kletečka / Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup>.

*Koch*, Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdienstegezet – Ein Überblick, ÖBA 2009, 869.

*Koziol / P. Bydlinski / Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB<sup>5</sup> (2017).

*Lang / Seilern-Aspang*, Ermittlungsmaßnahmen und Bankgeheimnis, taxlex 2015, 382.

*Laurer / Borns / Strobl / M. Schütz / O. Schütz*, BWG<sup>3</sup> (2009).

*Lengauer / Weismann*, Die Zahlungskonten-Richtlinie im Überblick, ZFR 2015, 564.

*Nobbe*, Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen, WM 2005, 1537.

*Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012).

*Petersen*, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionenschutz (2005).

*Rummel*, Telefax und Schriftform, in FS Ostheim (1990) 217.

*Rummel / Lukas*, Kommentar zum ABGB<sup>4</sup> (2014).

*Säcker / Rixecker / Oetker / Limperg*, Münchener Kommentar zum BGB I<sup>7</sup> (2015).

*Scheibengruber / Breidenstein*, SEPA – Eine Zumutung für Verbraucher, WM 2009, 1393.

*Schimanski / Bunte / Lwowski*, Bankrechts-Handbuch I<sup>4</sup> (2011).

*Schnauder*, Bankgeheimnis: Vogel Strauß, Der Standard, 20.9.2009.

*Schwimann / Kodek*, ABGB Praxis-kommentar IV<sup>4</sup> (2014).

*Schwimann*, ABGB Taschenkommentar<sup>3</sup> (2015).

*Verweijen*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 287/08m, ecollex 2009, 591.

*Wech*, Das Bankgeheimnis (2009).

*Weilinger*, Kommentar zum Zahlungsdienstegezet (49. Lfg; 2014).

*Weissel*, Zur Anwendung von § 7 VKrG, ÖBA 2012, 302.

*Wendehorst / Zöchling-Jud*, Verbraucherkreditrecht (2010).