

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer,
Martina Weixelbraun-Mohr

Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

Mai 2018

10

433 – 480

Aktuelles

**Anpassung der Datenschutz-Anpassung –
Last Minute-Begleitgesetzgebung zur DSGVO** ➔ 433

Beiträge

Eigentum an unkörperlichen Sachen am Beispiel von Bitcoins

Lisa Fleißner ➔ 437

Alkoholtäter unter Behandlungsdruck
Irmgard Eisenbach-Stangl und Wolfgang Stangl ➔ 443

Evidenzblatt

**Bereicherungsrechtlicher Rückersatz rechtsgrundlos
bezahlter Mehrwertgebühren** Albert Heidinger ➔ 454

Verletzung des Bankgeheimnisses durch Zession Martin Spitzer ➔ 458

Verhetzung als Dauerdelikt ➔ 467

Forum

Alte und neue Fragen zur Verjährung von Medieninhaltsdelikten
Michael Rami ➔ 477

EvBI 2018/67

§ 38 BWG
(§§ 1392, 879
Abs 1 ABGB)

OGH 27. 9. 2017,
9 Ob 62/16 g
(OLG Linz
3 R 50/16 t;
LG Salzburg
7 Cg 77/14 f)

→ Verletzung des Bankgeheimnisses durch Zession

§ 38 BWG (§§ 1392, 879 Abs 1 ABGB)

→ Der Schutz des § 38 BWG fällt nicht schon dann weg, wenn das Kreditinstitut von dritter Seite mit relevanten Daten konfrontiert wird, weil in der Regel erst durch die bestätigende Reaktion des Kreditinstituts Gewissheit über die Richtigkeit des Informationsgehalts geschaffen wird.

→ Verstößt der Abschluss eines Abtretungsvertrags gegen das Bankgeheimnis des § 38 BWG,

kann sich auch der Zessionar gegenüber dem Zedenten auf die Unwirksamkeit der Abtretung berufen.

→ Ob der Abtretungsvertrag im Fall einer Solidarschuld, wenn nur ein Teil der Solidarschuldner der Abtretung zugestimmt hat, teil- oder gesamtnichtig ist, richtet sich danach, ob die Solidarschuld nach dem Willen der Parteien des Abtretungsvertrags teilbar sein sollte.

Sachverhalt:

Das bekl Kreditinstitut hatte im Jahr 1993 Dr. K, ihrem Schwager und ihrer Schwester (idF: Erst-, Zweit- und Drittkreditnehmer[in]) einen Kredit eingeräumt. Der Kredit diente der Umschuldung eines vom Zweit- und der Drittkreditnehmerin 1992 zum Erwerb einer Liegenschaft in Tschechien aufgenommenen Kredits bei einer tschechischen Bank. Die Erstkreditnehmerin betreibt seit 1986 eine Arztpraxis in B und war Kundin in der dortigen Filiale der Bekl. Das Verhältnis zwischen den drei Kreditnehmern verschlechterte sich, es bestand Uneinigkeit über die weiteren Kreditrückzahlungen an die Bekl. Spätestens seit 2001 wurde der Kredit nicht mehr vertragsgemäß bedient.

Die Bekl hatte ihr Kreditengagement vorrangig auf die Erstkreditnehmerin als Kundin aufgebaut, zu den beiden tschechischen Staatsbürgern bestand kaum Kontakt. Die Bekl forderte daher die Erstkreditnehmerin zur Abdeckung des Kredits auf.

Im Sommer 2001 fuhr die Erstkreditnehmerin nach Prag und wandte sich dort an einen Bekannten mit dem Ersuchen um Unterstützung. Dabei wurde

die Idee geboren, dass die Kl die Kreditforderung von der Bekl ankaufe, um sie sodann gegen den Zweit- und die Drittkreditnehmerin geltend zu machen.

Anfang April 2002 übermittelte die Erstkreditnehmerin der Bekl einen in Tschechien aufgesetzten Entwurf eines Zessionsvertrags, in dem sämtliche Personaldaten der drei Kreditnehmer aufschienen und die offene Kreditforderung mit € 57.860,72 angeführt wurde. Der Entwurf enthielt unter anderem eine Bestimmung, wonach die Bekl erst bei Vertragsunterschrift alle Belege und notwendigen Informationen der Kl zur Verfügung zu stellen hätte. Die Bekl übermittelte diesen Entwurf einem Rechtsanwalt zur Überprüfung und kam neuerlich zur Entscheidung, einer Forderungsabtretung nicht zuzustimmen, und teilte dies auch der Erstkreditnehmerin mit. Auch noch bis zu diesem Zeitpunkt wurden keine Informationen über das Kreditverhältnis von der Bekl an die Kl weitergeleitet.

Am 20. 5. 2002 richtete die Erstkreditnehmerin ein weiteres Schreiben an die Bekl mit dem Ziel, die Bekl zur Zustimmung zur Forderungsabtretung zu bewegen: Die von der Bekl in Erwägung gezogene Vor-

Diese Entscheidung beschäftigt sich anhand eines ungewöhnlichen Falls sehr ausführlich mit dem Bankgeheimnis des § 38 BWG und dessen Auswirkungen auf die Rechtswirksamkeit einer Zession.

gangsweise nach § 1422 ABGB komme nicht in Betracht. Ihr Hinweis auf das Bankgeheimnis sei juristisch nicht haltbar. Die Erstkreditnehmerin könne die diesbezüglichen Bedenken der Bekl entkräften, indem sie versichere, dass seitens der Bekl keine Informationen an die Kl erfolgten, sondern ausschließlich sie selbst dem künftigen Zessionar sämtliche Details des gegenständlichen Kreditvertrags zur Kenntnis gebracht habe.

Diese Ausführungen und die Gefahr der Einbringlichkeitmachung der offenen Kreditforderung bei der Erstkreditnehmerin ließen die Bekl umdenken.

Mit E-Mail vom 21. 6. 2002 wandte sich die Bekl erstmals an die Kl mit der Bitte um Kontaktaufnahme zur Erörterung der Forderungsabtretung. Die Bekl überarbeitete den von der Kl bereits Anfang April 2002 übermittelten Entwurf und schickte diesen dem Anwalt der Kl. Diese lehnte nun aber ihrerseits den Abschluss der Forderungsabtretung aus nicht näher feststellbaren Gründen ab.

Am 17. 12. 2002 brachte die Bekl gegen die Erstkreditnehmerin beim ErstG die Klage über € 60.325,90 sA ein. Diese bestritt das Klagebegehren und fuhr noch einmal nach Prag, wo es ihr gelang, die Kl wieder dazu zu bewegen, der Forderungsabtretung doch zuzustimmen.

Weitere Kontakte zwischen dem Rechtsvertreter der Kl und der Bekl führten schließlich zum Abschluss des Zessionsvertrags.

Der Zweit- und die Drittkreditnehmerin waren in die Gespräche und Verhandlungen im Zusammenhang mit der Forderungsabtretung nicht miteinbezogen und wurden von der Zession weder verständigt, noch gaben sie ihre Zustimmung dazu.

Am 2. 2. 2006 brachte die Kl beim ErstG eine Klage gegen die drei Kreditnehmer auf Zahlung von € 61.407,90 sA ein. Nach Einschränkung des Verfahrens auf den Grund des Anspruchs wurde festgestellt, dass der Anspruch der Kl gegen die Erstkreditnehmerin dem Grund nach zu Recht besteht. Hingegen wurde das Klagebegehren infolge Rev (nur) des Zweitkreditnehmers und der Drittkreditnehmerin im Wesentlichen mit der Begründung rechtskräftig abgewiesen, dass die Forderungsabtretung aufgrund der Verletzung des Bankgeheimnisses nicht wirksam sei (9 Ob 34/12h). Das Verfahren, nun nur mehr gegen die Erstkreditnehmerin, ist derzeit noch nicht abgeschlossen.

Im vorliegenden Verfahren begehrt nun die Kl von der Bekl die Rückzahlung des für die Forderungsabtretung bezahlten Betrags von € 61.407,90 samt 4% Zinsen seit 21. 3. 2003 (Zeitpunkt der Abtretung). Nach der Entscheidung 9 Ob 34/12h stehe rechtskräftig fest, dass die Zession nichtig sei.

Das ErstG wies das Klagebegehren ab.

Das BerG gab der dagegen gerichteten Berufung der Kl teilweise Folge. Es sprach aus, dass die Klagsforderung mit € 61.407,90 zu Recht, die Gegenforderung nicht zu Recht bestehe und die Bekl verpflichtet sei, der Kl € 61.407,90 samt 4% Zinsen seit 30. 6. 2011 zu zahlen.

Der OGH gab der Rev der Bekl nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen:

[Das Bankgeheimnis]

Es muss sich um Umstände handeln, deren Offenbarung oder Verwertung geeignet ist, ein berechtigtes Interesse des Kunden zu verletzen (s RIS-Justiz RS0065977; RS0065981; RS0066032). Dass danach der Name und die Kontaktdaten des Kreditnehmers, die Kreditaufnahme, die Höhe des Kreditvolumens und die mit der Rückzahlung verbundenen Umstände bankgeheimnisrelevante Tatsachen im Sinn dieser Bestimmung darstellen können, kann nicht weiter zweifelhaft sein.

§ 38 Abs 1 BWG verbietet Kreditinstituten, ihren Gesellschaftern, Organmitgliedern, Beschäftigten und sonst für Kreditinstitute tätigen Personen die Offenbarung oder Verwertung solcher Geheimnisse.

Unter der Offenbarung wird die Mitteilung an eine Person verstanden, der das Geheimnis bisher nicht bekannt oder zumindest nicht sicher bekannt war, wobei schon die Mitteilung des Geheimnisverpflichteten an eine Person genügt. Inhaltlich genügt eine Auskunft, die auf Kundengeheimnisse schließen lässt, oder die Einsichtgewährung in schriftliche Unterlagen. Der Schutz des Kunden vor einer Offenbarung oder Verwertung der maßgeblichen Daten fällt daher nicht schon dann weg, wenn das Kreditinstitut bloß von dritter Seite mit solchen Daten konfrontiert wird, schafft in solchen Fällen in der Regel doch erst eine bestätigende Reaktion des Kreditinstituts Gewissheit über die Richtigkeit des Informationsgehalts.

Die Kl konnte erst dadurch Gewissheit über den Bestand des Kreditvertrags und die Richtigkeit der Informationen auch bezüglich des Zweit- und der Drittkreditnehmerin erlangen, dass die Bekl mit ihr Kontakt aufnahm und mit ihr in der Folge über die Abtretung der gegenüber allen drei Kreditnehmern bestehenden Kreditforderung verhandelte. Dass die Bekl die Kreditvertragsurkunde erst nach der Forderungsabtretung an die Kl übersandte, ist daneben ohne Belang, weil die maßgeblichen Informationen bereits davor Verhandlungsgegenstand waren.

[Das Geheimhaltungsinteresse]

Die Bekl meint auch, dass es zur Verletzung des § 38 BWG auch einer Verletzung des Geheimhaltungsinteresses bedürfe, das in der vorliegenden Konstellation nicht gegeben sei. Ungeachtet der Frage, ob das Geheimhaltungsinteresse notwendige Voraussetzung des Geheimnisbegriffs iSd § 38 BWG oder Bestandteil des Geheimhaltungsanspruchs ist, ist nicht ersichtlich, wodurch der Zweit- und die Drittkreditnehmerin den Geheimnisschutz aufgegeben hätten oder wodurch sich die Bekl sonst ihnen gegenüber ihrer Geheimhaltungspflicht entledigt hätte. Die Bekl kann sich dafür auch nicht darauf berufen, dass sie von diesen Personen für die Verhandlung über die Beendigung des Kreditverhältnisses an die Erstkreditnehmerin verwiesen wurde. Denn wie bereits das ErstG zutreffend ausführte, liegt darin noch keine Zustimmung zur Offenbarung der kreditvertragsrelevanten Daten an unbekannt Dritte.

Auch der im vorliegenden Verfahren festgestellte Sachverhalt führt daher zum Ergebnis, dass die Bekl ihre gegenüber dem Zweitkreditnehmer und der Dritt-

kreditnehmerin als Kunden nach § 38 BWG bestehende Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses verletzt hat. Wie schon zu 9 Ob 34/12h ausgesprochen, führt dieser Verstoß zur Nichtigkeit des Abtretungsvertrags.

[Schutzzweck des § 38 BWG]

Der Schutzzweck des § 38 BWG gebietet es zunächst, bereits das Verpflichtungsgeschäft (Forderungsverkauf) als unwirksam anzusehen, weil bereits in diesem die kreditvertragsrelevanten Daten im dargelegten Sinn offengelegt werden. Dies hat umso mehr zu gelten, als der Schutzzweck der Norm nicht auf das Interesse des einzelnen Bankkunden beschränkt ist, sondern auch in der Schaffung einer Vertrauensbasis für die im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegende Funktionsfähigkeit des Kreditapparats liegt (9 Ob 34/12h).

Die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts schließt Erwägungen dahin, in der Abtretung der Forderung (Verfügungsgeschäft) lediglich eine Leistungsstörung wegen Nicht- oder Schlechterfüllung des Zugesagten zu sehen, aus. Soll das Offenbarungs- und Verwertungsverbot schon die Offenlegung oder Verwertung der kreditvertragsrelevanten Daten im Zuge des Verkaufs einer Forderung verhindern, ist weiter nicht ersichtlich, warum sich nicht auch der Forderungskäufer (Zessionar) als nicht geheimnisverpflichteter Vertragspartner auf die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts berufen können sollte, wenn ihm dessen Verbotswidrigkeit bekannt wird. Ob sich auch das Kreditinstitut darauf berufen könnte, kann hier dahingestellt bleiben.

[Die Reichweite der Nichtigkeit]

Dass die Erstkreditnehmerin dem Forderungsübergang zugestimmt hat und ihr gegenüber folglich keine Verletzung des § 38 BWG vorliegt, wirft die Frage auf, ob die Nichtigkeit den Forderungsverkauf nur so weit betrifft, als die Forderung gegen den Zweit- und die Drittkreditnehmerin gerichtet werden kann („Teil“-Nichtigkeit), oder ob Totalnichtigkeit vorliegt.

Dass es sich um eine Solidarhaftung handelt, steht einer getrennten Betrachtung nicht von vornherein entgegen, weil sich auch dann, wenn eine Forderung aus einer Solidarschuld nur in Bezug auf einen Teil der Mitschuldner abgetreten wird, der Charakter der Solidarschuld als solche nicht ändert und daher auch die Rechtsstellung der Mitschuldner nicht zu verschlechtern vermag. Die Forderung wird durch die Abtretung nur insofern aufgesplittert, als nun verschiedene Mitschuldner verschiedene Gläubiger haben, wobei trotzdem wechselseitige Tilgungswirkung anzunehmen ist.

Einer solchen – theoretisch möglichen – Auftrennung der Forderung kann allerdings der Wille der an der Abtretung beteiligten Vertragspartner entgegenstehen, wenn dieser nur auf die Abtretung der Solidarschuld in ihrer Gesamtheit gerichtet war, somit darauf, dass sämtliche Mitschuldner solche des neuen Gläubigers werden sollten und die Unwirksamkeit des Abtretungsvertrags hinsichtlich eines Teils der Mitschuldner zur Unwirksamkeit des Abtretungsvertrags in seiner Gesamtheit führen soll (RIS-Justiz RS0018438).

Auch die hier zu beurteilende Solidarschuld spricht gegen eine solche aufgesplitterte Forderung: Der Wille der Streitparteien war offensichtlich darauf gerichtet, dass die Kl durch Zahlung der vollständigen noch offenen Kreditvaluta die Kreditforderung zur Gänze übernehmen und die Bekl sie vice versa zur Gänze „loswerden“ sollte. Ergibt die Auslegung der Vereinbarung zwischen den Streitparteien in Bezug auf die Veräußerbarkeit der Forderung aber eine Unteilbarkeit, muss dieser Umstand auch auf die Reichweite der Nichtigkeit des Abtretungsvertrags im Sinn einer Gesamtnichtigkeit durchschlagen.

[Die Einlösung einer Forderung]

Die Bekl beruft sich für ihren Rechtsstandpunkt schließlich auch auf § 1422 ABGB, wonach es infolge der Zahlung der Schuld durch die Kl zur Einlösung der Forderung gekommen sei. Gesetzliche Zessionsverbote verhindern nach Maßgabe des Verbotszwecks von vornherein den Übergang der Forderung und damit die Wirkung einer Einlösung. Das muss auch gelten, wenn das Zessionsverbot aus § 38 BWG abgeleitet wird, wäre doch sonst mit einer Einlösung iSd § 1422 ABGB der Gesetzeszweck des § 38 BWG zu vereiteln. In diesem Sinn wurde auch die Vorentscheidung 9 Ob 34/12h in der Literatur dahin aufgefasst, dass die Einlösung der einem Kreditinstitut zustehenden Forderung durch einen nicht dem Bankgeheimnis unterliegenden Zessionar nichtig sein kann (*Koziol/Spitzer, KBB ABGB* § 1422 Rz 5). Die Bekl kann sich demnach auch nicht darauf berufen, dass die Forderung gegenüber allen drei Solidarschuldnern im Weg der Einlösung auf die Kl übergegangen wäre.

[Der Rechtsmissbrauch]

Die Bekl erachtet die vorliegende Klagsführung auch als rechtsmissbräuchlich.

Schikane liegt nicht nur dann vor, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen Grund der Rechtsausübung bildet, sondern auch dann, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht (RIS-Justiz RS0026265 ua). Derartige liegt hier aber nicht vor: Selbst wenn auch der Kl bekannt gewesen sein sollte, dass die Kreditforderung dem Bankgeheimnis unterliegt, ist ihr aus dem Umstand, dass sie sich über Drängen der Erstkreditnehmerin zur Übernahme der Kreditforderung bereit erklärte, noch nicht der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs zu machen. Als branchenfremde tschechische Gesellschaft mussten ihr die Einzelheiten und Wirkungsweisen des österreichischen Bankgeheimnisses auch nicht so weit bekannt sein, dass sie über die Einwilligungserfordernisse bei einer Solidarschuld hätte Bescheid wissen müssen. Dadurch, dass sie auf die Information der Erstkreditnehmerin vertraute, setzte sie kein anderes Verhalten als die Bekl selbst, die dem von der Erstkreditnehmerin offenkundig ausgehenden Druck letztlich nicht standhielt. Mit der Klagsführung machte sie zu einem Zeitpunkt, als ihr mit der Vorentscheidung (9 Ob 34/12h) die davor fragliche Verletzung des Bankgeheimnisses zur Gewissheit wurde, einen Rückabwicklungsanspruch geltend. Ein rechts-

missbräuchliches Verhalten ist darin noch nicht zu sehen.

[Die Feststellungswirkung]

Die Bekl meint weiter, dass der Unwirksamkeit des Forderungsübergangs in Bezug auf die Erstkreditnehmerin das U des Vorprozesses entgegenstehe, mit dem ein Anspruch der Kl gegen die Erstkreditnehmerin dem Grunde nach rechtskräftig bejaht wurde.

Nach herrschender Ansicht liegt die Funktion der Feststellungswirkung nicht darin, eine neue materiellrechtliche Grundlage für die Beziehung zwischen den Prozessparteien zu schaffen (materielle Rechtskrafttheorie), sondern in der deklarativen Feststellung, was rechtens ist (prozessuale Rechtskrafttheorie), womit jede neuerliche Entscheidung über den bereits rechtskräftig entschiedenen Anspruch ausgeschlossen ist.

Die Feststellungswirkung hat jedoch eine subjektive Grenze. Sie wirkt grundsätzlich nur inter partes, dh zwischen den Parteien des Rechtsstreits, weil die Wirkung einer Entscheidung schon aus Gründen der Gehörverletzung keine andere Person, die nicht in das Verfahren miteinbezogen war, treffen kann. Ein besonderer Fall einer erweiterten Rechtskraftwirkung liegt nicht vor. Eine allgemeine Rechtskrafterstreckung kraft zivilrechtlicher Abhängigkeit auf an einem Rechtsverhältnis Drittbeteiligte ist schon in Hinblick auf Art 6 Abs 1 EMRK abzulehnen. Ebenso wenig liegt das Problem einer im Vorverfahren mit Bindungswirkung für den vorliegenden Prozess abgesprochenen Vorfrage

vor, weil die im Vorprozess erfolgte Klärung des Anspruchs der Kl gegenüber der Erstkreditnehmerin keine Voraussetzung für die Beurteilung der Wirksamkeit des Abtretungsvertrags ist (vgl RIS-Justiz RS0041567 [Pkt 2]).

Das im Vorverfahren ohne Beteiligung der Bekl ergangene (Zwischen-)U, mit dem die Forderung der Kl gegen die Erstkreditnehmerin als zu Recht bestehend erkannt wurde, steht daher im vorliegenden Verfahren der Beurteilung des Abtretungsvertrags als (total)nichtig nicht entgegen.

[Die Rückabwicklung]

Rechtsfolge der Nichtigkeit ist die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Vertrags (§ 877 ABGB), der zufolge die jeweils erbrachten Leistungen zurückzuerstatten sind. Zu Recht verlangt die Kl von der Bekl daher die Rückerstattung des für die Kreditforderung bezahlten Kaufpreises. Eine Pflicht der Kl zur Rückübertragung der Forderung im Weg einer Rückabwicklungserklärung Zug um Zug gegen die Rückzahlung des Kaufpreises kommt dagegen nicht in Betracht, weil die Abtretungserklärung (Verfügungsgeschäft) zwischen den Streitparteien aufgrund der Unwirksamkeit des Abtretungsvertrags zu keinem Übergang der Forderung auf die Kl führte, deshalb aber auch keine weitere Erklärung oder einen Modus zur Rückstellung erfordert. Entgegen der Annahme der Bekl schließt der Umstand, dass die Forderung damit im Verhältnis zwischen den Streitparteien in ihrer Gesamtheit bei der Bekl verblieben ist, eine Bereicherung der Kl aus.

Hinweis:

Auch aus der den Rechtsanwalt treffenden Verschwiegenheitspflicht des § 9 Abs 2 RAO wird ein Abtretungsverbot abgeleitet. Da bereits die Bekanntgabe des Schuldners und der Höhe der Forderung gegen diese Verschwiegenheitspflicht verstößt, ist die Zession der Honorarforderung eines Rechtsanwalts auf Grund der Übertretung eines gesetzlichen Verbots nach § 879 Abs 1 ABGB nichtig. Ein Rechtsanwalt kann eine Honorarforderung daher nur mit der Zustimmung seines Mandanten abtreten (RIS-Justiz RS0114272).

Ronald Rohrer

Anmerkung:

9 Ob 62/16 g führt die strenge Linie fort, die der 9. Senat zur Abtretung von Kreditforderungen durch Banken in 9 Ob 34/12 h begonnen hat. Solche Abtretungen sind, sofern sie gegen das Bankgeheimnis verstoßen, nach § 879 ABGB nichtig und daher unwirksam (dazu ua *Apathy*, ÖBA 2013/1897, 196; *Jurgutyte*, EvBl 2013/74, 508; zu dieser E auch *Liebel*, ÖBA 2018).

Ein Verstoß gegen das Bankgeheimnis liegt bei der Zession von Kreditforderungen schon deshalb nahe, weil die Abtretung einer Forderung ohne die Preisgabe von Kundendaten nicht vorstellbar ist. Wer der Kunde ist, wie hoch seine Kreditverbindlichkeit ist und wofür der Kredit aufgenommen wurde, sind allesamt Daten, die dem Bankgeheimnis unterliegen.

Kein Verstoß droht, wenn der Kunde der Durchbrechung des Bankgeheimnisses wirksam gemäß § 38 Abs 2 Z 5 BWG seine Zustimmung erteilt hat, wobei der Eindruck entsteht, dass die in der Praxis mittlerweile eingeholten Zustimmungserklärungen die Anforderungen an eine solche Entbindung nicht immer erfüllen.

Vor diesem Hintergrund – und weil früher solche Zustimmungen meist gar nicht eingeholt wurden – gibt es den Versuch der Literatur, eine Ausnahme vom Bankgeheimnis zu begründen, die jedenfalls für notleidende Kredite gelten soll (vgl ua *Fellner/Jud*, RdW 2009, 630 [634]; *Sommer/Hirsch* in *Dellinger*, BWG § 38 Rz 359; *Nobbe*, WM 2005, 1537 [1547]): Wer nicht rechtzeitig seine Raten zahlt, handle vertragswidrig (ja), sei deshalb weniger schutzwürdig (was soll das bedeuten?) und komme daher im Fall einer Abtretung nicht in den Genuss des Schutzes, den das Bankgeheimnis gewährt (nein, und überdies auch auf Basis der unterstellten geringeren Schutzwürdigkeit ein non sequitur).

Wer die Rechtsfolgen des Verzugs sucht, wird im ABGB und im Kreditvertrag fündig, nicht in der strafweisen Versagung von Geheimhaltung auf Grund unterstellter geringerer Schutzwürdigkeit. Auch dass der Arzt Patientenunterlagen ins Internet stellen darf, wenn seine Rechnung nicht bezahlt wird, wurde noch nicht behauptet. Diese Fälle haben auch nichts mit je-





nen zu tun, wo tatsächlich ein gravierendes Fehlverhalten des Kunden vom Bankgeheimnis entbindet, weil der Kunde das Geheimnis sonst gegen die Bank wenden und unter dem Schutz der Geheimhaltung rechtswidrig gegen die Bank agieren könnte (vgl nur *Canaris*, Bankvertragsrecht I³ Rz 58).

Das Geschäft mit „non performing loans“ braucht daher eine solidere Basis, die ohne taugliche Zustimmungserklärung nicht in Sicht ist, wobei es im Zusammenhang mit Verbraucherkrediten ratsam wäre, der Schnittmenge von § 38 Abs 2 Z 5 und § 6 Abs 3 KSchG größere Bedeutung zuzumessen (vgl *Sommer/Hirsch* in *Dellinger* § 38 Rz 265 ff).

Eine Rechtfertigung für den Verkauf von Krediten – und seien sie auch non performing – findet sich auch insbesondere nicht im Gedanken, eine Abtretung wäre für die Bank wirtschaftlich günstig oder liege geradezu „im Interesse einer gesamtwirtschaftlich notwendigen Stabilität des Finanzmarktes“ (*Hofmann/Walter*, WM 2005, 1566 [1573]; ähnlich *Apathy*, ÖBA 2013, 794 [799 f]; *Sommer/Hirsch* in *Dellinger* § 38 Rz 359). Die

suggestive Kraft des Arguments – wer möchte sich schon gegen die Stabilität des treulich gehüteten Finanzmarktes versündigen? – hält mit seiner argumentativen Überzeugungskraft nicht Schritt.

All jenen Ansätzen – Versagung von Geheimhaltung als Strafe für Verzug oder als Stabilitätsprogramm für den Finanzmarkt – ist gemein, dass sie versuchen, das Bankgeheimnis dort zu durchbrechen, wo es gerade nötig erscheint. Der dogmatische Unterbau für die Annahme ungeschriebener Durchbrechungstatbestände liegt in der von der Lehre entwickelten Idee einer Interessenabwägung (*Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/145 mwN). Bei dieser Interessenabwägung ist indes Vorsicht geboten, weil sie keine beliebige Billigkeitskontrolle ist. Sie vermag nur in Ausnahmefällen ohne positivierten Durchbrechungstatbestand die Geheimhaltungspflicht zu verdrängen (dazu schon *Liebel/Spitzer*, ÖBA 2017, 376 [377]).

Martin Spitzer,
WU Wien