

Insolvenzantragspflicht begrenzt. Prozessual bietet sich für die exakte Bemessung eine (zumindest analoge) Anwendung von § 273 ZPO an (oben C.3.d).

Für die Durchsetzung der Ansprüche gem § 283 ABGB im Insolvenzverfahren ist die rechtskräftige Festsetzung der Entlohnung durch das Verlassenschaftsgericht notwendige Voraussetzung; häufig wird es dafür einer Fortsetzung des nach § 7 Abs 1 IO unterbrochenen Außerstreitverfahrens bedürfen, wobei dies bereits vor Abschluss der Prüfungstagsatzung möglich ist (D.2.a). Anschließend muss der Verlassenschaftskurator den als Masseforderung beanspruchten Teil nach § 124 Abs 3 IO geltend machen: Dringt der Kurator nicht bereits mit einem Ab-

hilfeantrag an das Insolvenzgericht durch (oben D.2.b), muss er eine Leistungsklage gegen die Insolvenzmasse, vertreten durch den Insolvenzverwalter, erheben; zuständig dafür ist analog § 110 Abs 3 HS 2 IO ausschließlich das Insolvenzgericht (D.2.c). Der verbleibende Teil der Entlohnung ist nach dem Regime der §§ 102 ff IO als Insolvenzforderung durchzusetzen (oben D.3).

Über den Autor:

Univ.-Prof. MMag. Dr. Martin Trenker ist Leiter des Instituts für Zivilgerichtliches Verfahren der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.

NZ 2022/33

Sparbücher und Pflegschaftsgericht

Bemerkungen zum Bankgeheimnis anlässlich 8 Ob 120/20k

Der OGH hat Klarheit über praktisch sehr relevante Fragen des Bankgeheimnisses bei Kleinbetragsparbüchern geschaffen. Der Beitrag beschäftigt sich im Anschluss daran mit Durchbrechungen des Bankgeheimnisses zugunsten des Pflegschaftsgerichts und des Gerichtskommissärs.

Von Martin Spitzer

Inhaltsübersicht:

- A. Bankrechtlicher Ausgangspunkt
 - 1. Ausgangspunkt
 - 2. Schutzzweck
 - 3. Öffentlich-rechtlicher Abbauprozess
 - 4. Privatrechtlicher Rest
- B. § 38 Abs 2 Z 4 BWG
 - 1. Geschäftsunfähige Kunden
 - 2. Rolle des Pflegschaftsgerichts
 - 3. Kleinbetragsparbücher
 - 4. Auskunftsbegehren
- C. § 38 Abs 2 Z 3 BWG – Gerichtskommissär
- D. Parallelverschiebung
- E. Folgefragen
 - 1. Sparbuchnummern
 - 2. Abhebungen
 - 3. Einlagenstand
 - 4. Schlussfolgerungen
- F. Bewertung

A. Bankrechtlicher Ausgangspunkt

1. Ausgangspunkt

Das in § 38 BWG verankerte Bankgeheimnis verbietet es Kreditinstituten, Geheimnisse, die ihnen ausschließlich aufgrund der Geschäftsverbindungen mit Kunden anvertraut oder zugänglich gemacht worden sind, zu offenbaren oder zu verwerten.

Der Begriff des Geheimnisses ist dabei nach hA sehr weit zu verstehen: Dem Geheimnisschutz unterliegen alle „Tatsachen, Vorgänge und Verhältnisse tatsächli-

cher und rechtlicher Natur“.¹ Davon erfasst sind daher der Name des Kunden, Kontodaten, Kontobewegungen, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, Tatsachen des Privatbereichs, ja sogar schon der bloße Umstand des Bestehens einer Bankverbindung.² Im Fall, der 8 Ob 120/20k (NZ 2022/43, in diesem Heft auf S 152) zugrunde lag, ging es um Auskünfte an das Pflegschaftsgericht, die mit Blick auf diesen weiten Schutzbereich jedenfalls bankgeheimnisrelevant waren.

Der Schutz des Bankgeheimnisses gilt allerdings nicht absolut. Vielmehr enthält § 38 Abs 2 BWG eine Reihe gesetzlicher Durchbrechungstatbestände: Prominente Ausnahmen gibt es etwa in Strafverfahren gegenüber den Staatsanwaltschaften und Gerichten sowie in Strafverfahren wegen vorsätzlicher Finanzvergehen gegenüber den Finanzstrafbehörden (Z 1). Ebenso bestehen Ausnahmen vom Bankgeheimnis für Abgabeverfahren (Z 12) und für die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegen Kunden (Z 7).

8 Ob 120/20k musste die Frage beantworten, wie weit der Durchbrechungstatbestand für Pflegschaftsgerichte reicht (Z 4),³ wobei in diesem Beitrag zur Einordnung

¹ Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG³ (2008) § 38 BWG Rz 3; Spitzer in Bollenberger/Oppitz, Bankvertragsrecht I³ (2019) Rz 2/66 ff.

² Sommer/Hirsch in Dellinger, BWG § 38 Rz 1; Spitzer in Bollenberger/Oppitz, Bankvertragsrecht I³ Rz 2/52 ff; für Deutschland: Beckhosen in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch Bankrecht² (2008) § 6 Rz 14 ff.

³ Vgl zur vorliegenden Entscheidung auch Liebel, Zur Durchbrechung des Bankgeheimnisses gegenüber dem Pflegschaftsge-

der Entscheidung auch auf Durchbrechungen im Fall des Todes eines Kunden gegenüber dem Gerichtskommissär zurückzukommen sein wird (Z 3).

2. Schutzzweck

Das Bankgeheimnis verfolgt eine doppelte Schutzrichtung:⁴

Einerseits darf die Bank Einblicke in die Verhältnisse ihrer Kunden nicht mit Dritten teilen, sie ist also zum Stillschweigen über die Belange ihrer Kunden verpflichtet. Das folgt so selbstverständlich aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen,⁵ dass es dazu keiner gesonderten Positivierung des Bankgeheimnisses bedürft hätte, wie die Rechtslage in Deutschland heute noch zeigt.

Andererseits – und deutlich weniger selbstverständlich – bietet das österreichische Bankgeheimnis aber auch Schutz vor Zugriffen staatlicher Institutionen auf die beim Kreditinstitut vorhandenen Kundendaten. So verleiht das Bankgeheimnis dem Kreditinstitut das Recht, Auskünfte über die Konten und Verhältnisse des Kunden zu verweigern. Diese Facette des Bankgeheimnisses wurde – was bei rechtsvergleichender Betrachtung keineswegs zwingend ist – die längste Zeit geradezu als identitätsstiftendes österreichisches Kulturgut „wie Mozartkugel und Lipizzaner“ empfunden.⁶ Die Geheimhaltung von Bankdaten nicht nur vor irgendwelchen Dritten, sondern insbesondere auch vor dem Staat, gilt nicht nur Boulevardmedien als „heilige Kuh“ der österreichischen Bankwirtschaft.⁷

Dabei ging es nie primär um privatrechtliche Fragen, als *telos* lässt sich historisch unschwer ein augenzwinkernes Angebot an Schwarzgeldhorte identifizieren. Bruno Kreisky war nicht umsonst stolz darauf, dass das österreichische Bankgeheimnis „das Zweitbeste der Welt, gleich nach den Bermudas war“,⁸ man wollte – notfalls auch zwielichtige – „Ausländer dazu veranlassen, ihr Vermögen in Österreich anzulegen“.⁹

richt. Ein Beitrag aus Anlass von OGH 25. 6. 2021, 8 Ob 120/20k, ZFR 2022, 62.

⁴ Spitzer in Bollenberger/Oppitz, Bankvertragsrecht I³ Rz 2/2; Liebel, Das zivilrechtliche Bankgeheimnis (2019) 71 ff; für Deutschland: Lang, Inhalt, Umfang und Reichweite des Bankgeheimnisses, ZBB 2006, 115 (116); Wech, Das Bankgeheimnis: Struktur, Inhalt und Grenzen einer zivilrechtlichen Schutzpflicht (2009) 41 mwN.

⁵ Vgl etwa Canaris, Bankvertragsrecht I³ (1988) Rz 42; Petersen, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionschutz (2005) 25.

⁶ Der Standard, 20. 2. 2009, „Bankgeheimnis: Vogel Strauß“.

⁷ Krone, 21. 3. 2015, „Der langsame Abschied vom Bankgeheimnis“.

⁸ Zitiert nach W. Doralt, Das Bankgeheimnis im Abgabenverfahren, ÖJZ 1981, 652.

⁹ W. Doralt, Das Bankgeheimnis im Abgabenverfahren (1982) 31.

3. Öffentlich-rechtlicher Abbauprozess

Das Bankgeheimnis ist also „in seinen strengen Ausprägungen immer im Kielwasser des öffentlichen Rechts gesegelt“.¹⁰ Dort ist es aber mittlerweile auf Grund gelaufen. Der Widerruf des österreichischen Vorbehalts zur großen Auskunftsklausel des OECD-Musterabkommens, die europäische Sparzinsen-RL und die Amtshilfe-RL, die ins österreichische Gemeinsamer Meldestandard-Gesetz (GMSG) gemündet ist, haben den Abbau begonnen, der amerikanische Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) hat ihn fortgesetzt, das österreichische Kontenregister war der letzte Nagel im Sarg des traditionellen Bankgeheimnisses.

4. Privatrechtlicher Rest

Von der eigentlichen Schutzrichtung von § 38 BWG ist daher nicht mehr viel übrig, weil der öffentlich-rechtliche Schutzbereich weitestgehend erodiert ist. Das Privatrecht hält indes unbeirrt Kurs: Schauplätze sind das Erbrecht¹¹ oder die Vergabe von Onlinekrediten,¹² Banken ringen damit auch beim Outsourcing,¹³ bei der Veräußerung von Bankbetrieben¹⁴ und wie in der vorliegenden Entscheidung auch beim Umgang mit PflEGschafTsgerichten.

Dass Banken zurückhaltend mit freimütigen Auskünften sind, kann man ihnen allerdings auch nicht verdenken, ermuntert doch die Bewehrung des Bankgeheimnisses im gerichtlichen Strafrecht (§ 101 BWG) und Verwaltungsstrafrecht (§ 70 Abs 4 BWG) zu besonderer Vorsicht.

Insgesamt leistet das Bankgeheimnis daher heute ohne Zweifel nicht mehr das, wofür es erfunden wurde, ist aber vom Pflichtteilsstreit bis zur Vermögenssorge für Geschäftsunfähige in allerlei Situationen hinderlich, in denen man damit nicht rechnen würde. Die Lehre hat längst eine Neubewertung der privatrechtlichen Seiten des Bankgeheimnisses angemahnt,¹⁵ an der sich der OGH mit dieser Entscheidung engagiert beteiligt.

B. § 38 Abs 2 Z 4 BWG

1. Geschäftsunfähige Kunden

Die vorliegende Entscheidung beschäftigt sich mit der Reichweite eines gesetzlich eigens positivierten Durch-

¹⁰ Liebel/Spitzer, Bankgeheimnis und Onlinegeschäft. Zugleich Überlegungen zu Schriftform und Digitalisierung, ÖBA 2017, 376 (382).

¹¹ Jüngst Liebel, Zum Auskunftsrecht des Gerichtskommissärs bei Kleinbetragssparbüchern. Anmerkung zu 6 Ob 13/21m und 2 Ob 101/20x, ÖBA 2021, 572; Riss, Die Auskunftspflicht des Kreditinstituts nach dem Tod des Kunden und ihre prozessuale Durchsetzung, ÖBA 2011, 166; Schweda, Auskunftspflicht der Bank gegenüber dem Gerichtskommissär hinsichtlich eines gemeinschaftlichen Namenssparbuchs, NZ 2015, 356; Spitzer in Bollenberger/Oppitz, Bankvertragsrecht I³ Rz 2/128 ff.

¹² Liebel/Spitzer, ÖBA 2017, 376.

¹³ Spitzer in Bollenberger/Oppitz, Bankvertragsrecht I³ Rz 2/66 ff.

¹⁴ Perner/Spitzer, Österreichisches Bankgeheimnis und (internationaler) Asset Deal, in FS N.N. (2022).

¹⁵ Liebel, Bankgeheimnis 45; Liebel/Spitzer, ÖBA 2017, 376 (381 f).

brechungstatbestands des Bankgeheimnisses. Nach § 38 Abs 2 Z 4 BWG besteht das Bankgeheimnis bei minderjährigen oder sonst pflegebefohlenen Kunden nämlich nicht gegenüber dem Pflugschaftsgericht.

Von den Vertretern solcher Geschäftsunfähiger ist in dieser Bestimmung keine Rede, was nicht verwundert, da sie ohnehin im fremden Namen (des Kunden) handeln und damit diesbezüglich wie der Geheimnisherr selbst zu behandeln sind.¹⁶ In dieser schlichten zivilrechtlichen Erkenntnis ist auch bereits der Kern der vorliegenden Entscheidung versteckt, die das Pflugschaftsgericht nicht als „erweiterten“ Erwachsenenvertreter ansieht, sondern ihm ein eigenständiges Auskunftsrecht gewährt.

2. Rolle des Pflugschaftsgerichts

Was könnte das Pflugschaftsgericht warum wissen wollen? Es hat nach § 133 AußStrG die Aufsicht über die Vermögensverwaltung zu führen und damit ein Interesse daran, festzustellen, ob alles mit rechten Dingen zugeht. Dazu gehört auch, dass, wenn „Anhaltspunkte dafür [bestehen], dass eine vertretene Person ein nennenswertes Vermögen hat“, das Gericht dem von Amts wegen nachgeht (§ 133 Abs 1 AußStrG), wozu es „Auskünfte von Kreditunternehmen“ einholen kann (§ 133 Abs 4 AußStrG). All das ist selbstverständlich. Die Vermögenssorge und deren Kontrolle setzen eben voraus, dass Klarheit darüber besteht, was eigentlich an Vermögen vorhanden ist.

Diesen Ball von § 133 AußStrG muss im österreichischen System erst § 38 BWG aufnehmen, weil das Bankgeheimnis ja gewohnt ist, auch staatliche Auskunftsbegehren abprallen zu lassen, wenn dafür nicht eigens mit den höheren Quoren des § 38 Abs 5 BWG¹⁷ Durchbrechungstatbestände geschaffen wurden.¹⁸ In Jurisdiktionen, in denen das Bankgeheimnis nicht zum „wesentlichen bürgerlichen Freiheitsrecht“ stilisiert wird,¹⁹ würde völlig selbstverständlich eine Rechtsgrundlage wie § 133 AußStrG ausreichen.

Mit anderen Worten: Das Gericht, das das Vermögen des Geschäftsunfähigen schützen muss, hat – jedenfalls *prima facie* – selbstverständlich und ohne Weiteres das Recht, in Erfahrung zu bringen, wie es um das Vermögen des Betroffenen steht, auch wenn es dazu eines Zusammenspiels zweier Bestimmungen bedarf (§ 133 AußStrG, § 38 Abs 2 Z 4 BWG).

3. Kleinbetragssparbücher

Im konkreten Fall war das aber trotzdem nicht so einfach: Der heiligen Kuh des Bankgeheimnisses entsprechend, gab es in Österreich die längste Zeit Inhabersparbücher („Überbringersparbücher“), bei denen die Identität des Kunden nicht festgestellt wurde.²⁰ Dass Geld auf die Bank gebracht wurde, war schon genug Anlass zur Freude, mit besonderen Formalitäten (know your customer?) wollte man diesen Vorgang damals nicht überfrachten.

In Zeiten der Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung war dieser Zustand nicht optimal. Das Inhabersparbuch wurde aber nicht einfach abgeschafft, sondern für Sparbücher bis € 15.000,- durch eine Mischlösung ersetzt: Der Kunde muss sich zwar bei Eröffnung des Sparbuchs identifizieren (§ 5 Z 1 iVm § 6 Abs 1 Z 1 FM-GwG), das Sparbuch muss aber nicht auf seinen Namen lauten,²¹ sondern kann als sogenanntes Kleinbetragssparbuch (Typ 1-Sparbücher)²² fortan wie früher ein Inhabersparbuch²³ weitergegeben werden. Wer über das Sparbuch und das Losungswort verfügt, kann dementsprechend abheben, wobei er sich dabei wiederum nach § 6 Abs 1 Z 1 FM-GwG identifizieren muss (§ 32 Abs 4 Z 1 BWG), was der Geldwäschrävention dient.

Wer ein Kleinbetragssparbuch eröffnen will, muss sich also identifizieren, dann kann er es ohne Beteiligung und Kenntnis der Bank weiterübertragen, bis irgendeine Person mit Losungswort und Vorlage des Sparbuchs abheben kann, die sich dafür aber dann ihrerseits identifizieren muss. In dieser Ausgangslage liegt die Wurzel der Probleme, mit denen sich der 8. Senat zu beschäftigen hatte.

4. Auskunftsbegehren

Das Pflugschaftsgericht forderte im Anlassfall – gestützt auf § 133 Abs 1 und 4 AußStrG und § 38 Abs 2 Z 4 BWG – mehrere Banken auf, Vermögenswerte des betroffenen Geschäftsunfähigen bekanntzugeben (Konten, Sparbücher, Wertpapiere, Bausparverträge usw.). Nach der Auskunft einer Bank war nur klar, dass der nunmehr geschäftsunfähige Betroffene dort Kleinbetragssparbücher eröffnet hatte, die aber nicht bei ihm aufgefunden wurden.

Über alles andere hüllte sich die Bank in Schweigen, was wiederum das Gericht zu weiteren Nachfragen veran-

¹⁶ Vgl auch *Liebel*, ZFR 2022, 62 (62).

¹⁷ *Spitzer* in *Bollenberger/Oppitz*, Bankvertragsrecht I³ Rz 2/5.

¹⁸ Hier dahinstehen kann die praktisch sehr bedeutende Frage der Durchbrechung qua Interessenabwägung, vgl ausf *Liebel*, Bankgeheimnis 88, 219; *Spitzer* in *Bollenberger/Oppitz*, Bankvertragsrecht I³ Rz 2/176 ff.

¹⁹ Die Presse, 10. 4. 2015, „Die Versozialdemokratisierung der ÖVP schreitet munter voran“.

²⁰ Zur Rechtslage in Deutschland vgl *Habersack* in *MüKoBGB*⁸ (2020) § 808 Rz 22 ff.

²¹ Darin liegt bei Beträgen unter € 15.000,- das Unterscheidungskriterium zwischen Typ 1- und Typ 2-Sparbüchern, *Trinkl* in *Dellinger*, BWG § 31 Rz 78.

²² Zur Terminologie und den Fallgruppen *Trinkl* in *Dellinger*, BWG § 31 Rz 78.

²³ Zur wertpapierrechtlichen Qualifikation vgl 4 Ob 170/11 w im Anschluss an *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² (2008) Rz 3/23 ff; *Riss*, ÖBA 2011, 166 (169).

lasste, deren Ziel offenkundig war, diesen Sparbüchern nachzuspüren. Gesichert ist, dass das Gericht äußere Kontodaten, nämlich die Nummern der Sparbücher, wissen wollte.

Dass die Nummern der Sparbücher von der Bank nicht preisgegeben wurden, ist an sich unverständlich, weil auch völlig klar wäre, dass dem einmal legitimierten Kunden beim Abhandenkommen der Sparurkunde „seine“ Sparbuchnummer bekanntzugeben ist. Warum sollte das beim Erwachsenenvertreter, der ja das Auskunftsrecht des Kunden ausübt, oder beim Pflugschaftsgericht anders sein? Eine nicht überzeugende Begründung für die Weigerung der Bank könnte man im Anschluss an das Vorbringen der Bank allenfalls darin vermuten, dass der Erwachsenenvertreter diese Daten ohnehin aus dem Kontenregister in Erfahrung hätte bringen können.²⁴

Außer nach den Nummern wurde nach dem Einlagenstand und danach gefragt, ob von den verschwundenen Sparbüchern Abhebungen erfolgt sind.²⁵

Die Bank verweigerte dazu sämtliche Auskünfte, weil sie mangels Vorlage der Sparbücher im Zweifel darüber war, ob der Betroffene überhaupt noch ihr Kunde war. Die Befürchtung ging wohl dahin, dass Auskünfte in Rechte Dritter, nämlich möglicher Rechtsnachfolger des Betroffenen und damit neuer Kunden, eingreifen könnten. Sie ist nicht von der Hand zu weisen; hätte der Betroffene die Sparbücher wirksam übertragen, wäre eine Auskunft über den Einlagenstand auch ohne Kenntnis des Berechtigten bankgeheimnisrelevant.

Die Bank und auch der OGH gehen (unausgesprochen) wohl davon aus, dass für solche Auskünfte die Vorlage der Sparurkunde erforderlich ist.²⁶ Auskünfte über die Geschäftsbeziehung gibt es demnach nur für denjenigen, „*der als Verfügungsberechtigter (und damit Kunde) das Sparbuch innehat*“.²⁷ Ohne Sparbuch kein Kunde, ohne Kundeneigenschaft keine Auskunftserteilung.

Damit wird aber nur der Regelfall abgebildet. Ob der dahinterstehende wertpapierrechtlich inspirierte Übergriff in die an sich vertragsrechtliche Kundenbeziehung des Einlagevertrags in allen Konstellationen überzeugend ist, muss hier dahinstehen: Zwar wird – wie das üblicherweise formuliert wird – mit dem Recht am Papier auch das Recht aus dem Papier übertragen. Die

Frage beim Geschäftsunfähigen ist aber doch schon, ob das Recht am Papier wirksam vom zumindest nunmehr Geschäftsunfähigen an Dritte übertragen worden ist.

Dass es sich bei der Inhaberschaft des Wertpapiers und der Kundenbeziehung aber um zwei verschiedene Fragen handelt, betont schon *Apathy*,²⁸ der allerdings auch darauf hinweist, dass bei der Inhabersparurkunde die Auskunftserteilung an die Vorlage der Sparurkunde samt Nennung des Lösungsworts gebunden ist.²⁹ Er kann dabei aber nur auf Judikatur rekurrieren, die zu alten „echten“ Inhabersparbüchern ergangen ist und die für identifikationspflichtige Sparbücher einer Vergeisserung bedürfte.

Der OGH hat für seine Entscheidung dann aber ohnehin nicht versucht, sich auf das Auskunftsrecht des identifizierten Kunden zu stützen, sondern ein eigenständiges, dessen Auskunftsrecht bei Bedarf explizit auch übersteigendes Recht des Pflugschaftsgerichts angenommen. Dazu bricht er mit (spärlicher) Vorjudikatur zu Pflugschaftssachen,³⁰ konnte aber auf rezente Vorjudikatur zum Verlassenschaftsverfahren zurückgreifen, mit der die Ausweitung gerichtlicher Auskunftsrechte begonnen wurde.³¹

C. § 38 Abs 2 Z 3 BWG – Gerichtskommissär

Im Verlassenschaftsverfahren hat der Gerichtskommissär die Verlassenschaft festzustellen (§ 145 Abs 1 Z 2 AußStrG).³² Da dazu auch Bankguthaben gehören, kann die Bank ihm Auskünfte nicht verweigern, wie der korrespondierende Durchbrechungstatbestand des Bankgeheimnisses anerkennt (§ 38 Abs 2 Z 3 BWG).

Der Umfang des Auskunftsrechts des Gerichtskommissärs ist dadurch Gegenstand der Diskussion geworden, dass der Gerichtskommissär unzweifelhaft nicht die Verlassenschaft oder die Erben vertritt und damit nach allgemeinen Regeln nicht am Auskunftsrecht des verstorbenen Bankkunden partizipieren kann. Das sieht mittlerweile auch der OGH in seiner Grundsatzentscheidung 2 Ob 183/15y so, in der er betont, dass sich das Problem dann stelle, wenn „*sich das Auskunftsverlangen des Gerichtskommissärs auf den Antrag eines Noterben gründet oder auch nur in dessen Interesse erfolgt*“, weil der Pflichtteilsberechtigte keinesfalls das Auskunftsrecht des Kunden habe.³³

²⁴ Nach § 4 Abs 4 KontRegG haben „*betroffene Personen und Unternehmer [...] das Recht auf Auskunft, welche sie betreffende Daten in das Kontenregister aufgenommen wurden*“.

²⁵ Zur Bedeutung dieser Umstände s noch unten. Nicht klar wird aus der Entscheidung, was das – vom OGH nicht gebilligte – Auskunftsersuchen hinsichtlich sonstiger Verfügungsberechtigter erreichen sollte, so auch *Liebel*, ZFR 2022, 62 (66).

²⁶ Vgl *Riss*, ÖBA 2011, 166 (169). Auch ein Gerichtsbeschluss iSd § 13 KraftloserklärungsG würde dafür hinreichen.

²⁷ 7 Ob 610/95; *Roth*, Die Rechtsnatur des Sparbuchs nach neuem Recht, ÖBA 2001, 295 (297); *Trinkl* in *Dellinger*, BWG § 31 Rz 78.

²⁸ *Apathy/Iro/Koziol*, In Bankvertragsrecht II² Rz 3/72.

²⁹ *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² Rz 3/87.

³⁰ 7 Ob 100/03m.

³¹ *Liebel*, ÖBA 2021, 572; *Spitzer* in *Bollenberger/Oppitz*, Bankvertragsrecht I³ Rz 2/131.

³² *Schatzl/Spruzina* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG² (2019) § 145 Rz 2ff.

³³ Die frühere Rsp wollte Auskünfte an den Gerichtskommissär nicht über jene an den Kunden hinausgehen lassen, RS0111076: OGH 7 Ob 610/95 ÖBA 1996, 879 (*Böhler*);

In Wirklichkeit ist die Lage noch einfacher: Das Auskunftsrecht des Gerichtskommissärs ist – anders als jenes der Erben und der ruhenden Verlassenschaft – schon aus konstruktiven Gründen nie ein vom Kunden abgeleitetes Recht, sondern notwendigerweise ein aus § 38 Abs 2 Z 3 BWG iVm § 145 AußStrG resultierendes eigenständiges Informationsrecht.³⁴ Außerdem wird der Gerichtskommissär – wie *Riss* hervorhebt – nicht bloß im Interesse der Gesamtrechtsnachfolger tätig; vielmehr handelt er auch im Interesse aller anderen Personen, die Ansprüche gegen die Verlassenschaft geltend machen können (insb Pflichtteilsberechtigte, Verlassenschaftsgläubiger, Vermächtnisnehmer).³⁵ Ein Verbot der erbantrittserklärten Erben (§ 810 ABGB), Auskünfte zu erteilen, wäre daher etwa unbeachtlich und könnte seine Auskunftsrechte nicht beschneiden.

Aus der Funktion des Gerichtskommissärs und seiner umfassenden Interessenwahrungspflicht ergibt sich nämlich, dass das Bankgeheimnis ihm gegenüber in dem Umfang durchbrochen ist, der zur Wahrung seiner gesetzlichen Aufgaben eben erforderlich ist.³⁶ Insoweit tritt das Interesse am Schutz von Bankinformationen hinter „das Interesse an der Wahrheitsermittlung im Abhandlungsverfahren“³⁷ zurück.

Deshalb geht der OGH davon aus, dass Auskünfte über Kleinbetragssparbücher auch dann zu erteilen sind, wenn sie nicht mehr auffindbar sind und damit die Kundeneigenschaft des Verstorbenen im Todeszeitpunkt nicht gewiss ist.³⁸ Sonst könnte der Gerichtskommissär seine gesetzlichen Aufgaben gar nicht erfüllen.

D. Parallelverschiebung

Vergleicht man die Judikaturlinie zum Gerichtskommissär mit der vorliegenden Entscheidung, kann es nicht überraschen, dass, was zur Feststellung der Verlassenschaft und damit zugunsten einer transitorischen juristischen Person sowie damit im Reflex zugunsten der Erben, Pflichtteilsberechtigten und Gläubiger für zulässig

10 Ob 322/98 w ÖBA 1999, 906 (*Tiefenthaler*); *Schatzl/Spruzina in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG² § 166 Rz 16; vgl auch *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Das Bankgeheimnis (1985) 127. Das hätte bei Kleinbetragssparbüchern zu ähnlichen Problemen führen können wie hier, sodass die Rsp dem mittlerweile eine klare Absage erteilt hat: § 38 Abs 2 Z 3 BWG schließt „die Berufung der Bank auf das Bankgeheimnis gegenüber dem Gerichtskommissär und dem Abhandlungsgericht grundsätzlich aus“, 2 Ob 183/15y.

³⁴ *Hofmann*, Die Kontoöffnung im Verlassenschaftsverfahren, NZ 2014, 1 (6ff) mwN; *Riss*, ÖBA 2011, 166, 176ff; OGH 2 Ob 183/15y iFamZ 2017, 56 (*Mondel*) = ÖBA 2017/2354 (*Riss*).

³⁵ *Riss*, ÖBA 2011, 166 (176); s auch *Hofmann*, NZ 2014, 1 (6f); *Spitzer in Bollenberger/Oppitz*, Bankvertragsrecht I³ Rz 3/131 f.

³⁶ OGH 2 Ob 183/15y iFamZ 2017, 56 (*Mondel*) = ÖBA 2017/2354 (*Riss*); *Hofmann*, NZ 2014, 1 (7); *Verweijen*, Handbuch Verlassenschaftsverfahren³ (2021) 150ff; *Riss*, ÖBA 2011, 166 (177).

³⁷ *Riss*, ÖBA 2011, 166 (177); ebenso *Hofmann*, NZ 2014, 1 (7); zust *Csoklich*, Anm zu 9 Ob 39/11 t, ÖJZ 2012, 514 (517f); *Schilchegger/Gruber*, Verschwiegenheitspflichten (2013) 115.

³⁸ 2 Ob 101/20x; dazu *Liebel*, ÖBA 2021, 572.

und geboten erachtet wird, vom OGH erst recht dann erlaubt wird, wenn es um den Schutz von Personen geht, die den strengsten Schutz genießen, den die Rechtsordnung leistet: Minderjährige und sonst vertretungsbedürftige Personen stehen nun einmal unter dem besonderen Schutz der Gesetze (§ 21 ABGB).³⁹

Wie das Auskunftsrecht des Gerichtskommissärs sich auf „alle Umstände [bezieht], die für die Verlassenschaftsabhandlung erforderlich sind“,⁴⁰ umfasst daher auch das Auskunftsrecht des Pflęgschaftsgerichts sämtliche für die Erfüllung der in § 133 AußStrG genannten Aufgaben erforderlichen Informationen.⁴¹ Der OGH teilt die Sorge von *Parapatits*, dass sonst „dem Sachwalter und dem Sachwalterschaftsgericht die Hände gebunden [sind], obwohl unstrittig feststeht, dass der Betroffene in der Vergangenheit Sparbücher bei dieser Bank eröffnet hat, und unklar ist, wo diese verblieben sind“.⁴²

Auch hier ist schon aus konstruktiven Gründen richtig, dass das Pflęgschaftsgericht nicht das Auskunftsrecht des Betroffenen geltend macht, weil es ihn bei der Vermögenssorge nicht vertritt, sondern nach § 133 AußStrG die Aufsicht führt. Dass das Gericht somit ein eigenständiges Auskunftsrecht geltend macht, trifft daher zu. Zur Einordnung der Bedeutung dieser Erkenntnis im konkreten Zusammenhang sind aber Folgefragen zu klären.

E. Folgefragen

Wie geht es nämlich weiter? Was folgt aus den eingeholten Informationen? Und welche Bedeutung hat es, dass das Auskunftsrecht des Pflęgschaftsgerichts über die Auskunftspflicht gegenüber dem Betroffenen und seinem Erwachsenenvertreter hinausgeht?⁴³

1. Sparbuchnummern

Der OGH verrät am Ende seiner Entscheidung,⁴⁴ dass nach erfolgter Auskunft durch die Bank zunächst abzuklären sei, „ob die Sparurkunden doch noch im Einflussbereich des Betroffenen aufgefunden werden können“. Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass dafür ja keine weitere Auskunft der Bank erforderlich gewesen wäre, Sparbücher suchen kann man ja auch so. Dazu ist aber daran zu erinnern, dass die Bank in ihrer ersten Auskunft wirklich nur die Eröffnung bestätigt, nicht aber auch die Nummern der Sparbücher bekanntgegeben hat, sodass allfällige Funde nicht ohne Weiteres zuordenbar gewesen wären.

³⁹ Vgl *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ (2022) 31.

⁴⁰ *Spitzer in Bollenberger/Oppitz*, Bankvertragsrecht I³ 2/132.

⁴¹ 8 Ob 120/20k Rz 32; zust auch *Liebel*, ZFR 2022, 62 (65).

⁴² *Parapatits*, Kleinbetragssparbücher – Auskunftspflicht der Bank gegenüber dem Sachwalterschaftsgericht, iFamZ 2014, 256 (257).

⁴³ Rz 31.

⁴⁴ Rz 36.

Dem muss man aber wiederum entgegenhalten, dass sich die Nummern der Sparbücher aus dem Kontenregister ergeben, sodass es dafür das ganze Verfahren nicht gebraucht hätte. Offenbar waren die anderen beherrschten Informationen interessanter, nämlich die Guthabensstände und allfällige Abhebungen.

2. Abhebungen

Am hilfreichsten wäre natürlich Kenntnis darüber, wer allfällige Abhebungen getätigt hat, was insofern feststellbar wäre, als solche Personen sich eben gem § 6 Abs 1 Z 1 FM-GwG gegenüber der Bank identifizieren müssen. Bei Kenntnis solcher Personen könnte den Sparbüchern dort nachgegangen und geklärt werden, ob und wann eine Übertragung stattgefunden hat und ob sie wirksam war. Dass Auskünfte dabei potentiell in Rechte Dritter eingreifen können, nimmt der OGH beim Gerichtskommissär etwa bei Überweisungen in Kauf.⁴⁵

Nichts in der Entscheidung deutet aber darauf hin, dass Auskunft über die Identität solcher potentieller Dritter begehrt wurde. Im Gegenteil, der OGH meint in anderem Zusammenhang, dass jegliche Begründung dafür fehle, warum die namentliche Kenntnis Dritter für die Erforschung des Vermögens notwendig sein sollte.⁴⁶ Für den OGH hätten Abhebungen vielmehr nur als Indiz Bedeutung, das gegen den starken ersten Anschein der Berechtigung des Betroffenen an Spareinlagen spreche, für die er identifiziert wurde. Warum dieser „Indizienbeweis“ durch Drittabhebungen entkräftet werden sollte, ist freilich nicht recht einsichtig. Gerade beim Geschäftsunfähigen ist – wenn die Abhebungen durch Dritte nicht schon aus der Zeit vor Einsetzen der Geschäftsunfähigkeit erfolgt sind – ein solches „Gegenindiz“ eigentlich nicht aussagekräftig.

Dass es nicht um die Identität möglicher Abheber gegangen sein dürfte, legt außerdem der Schluss der Entscheidung nahe, nach dem im Zweifel ein Kraftloserklärungsverfahren eingeleitet werden müsste.⁴⁷ Ein solches Verfahren wäre weder erforderlich noch zulässig, wenn die Sparkunde bei einem nun von der Bank aufgedeckten Dritten, dem sie (unwirksam) übertragen wurde, gefunden würde. Die Berechtigung wäre dann

unmittelbar durch Klage auf Herausgabe geltend zu machen, eine Kraftloserklärung wäre in solchen Fällen nicht statthaft.⁴⁸

Insgesamt wird aus der Entscheidung selbst daher nicht klar, warum die Frage von Abhebungen eine Rolle spielen soll, wenn das Gericht keine Auskünfte über die Personen verlangt hat, die solche Abhebungen getätigt haben. Im konkreten Fall hat eine Rolle gespielt, dass das Nachvollziehen von Zahlungsflüssen erforderlich war, um dem Verdacht von Malversationen nachzugehen.⁴⁹ Jedenfalls billigt der OGH eine Auskunftspflicht dafür.

3. Einlagenstand

Die Frage nach dem Einlagenstand ist demgegenüber leichter einsichtig, weil das Gericht einen Eindruck davon bekommt, um wie viel es geht, und – allenfalls in Kombination mit Abhebungen – die möglichen Auswirkungen auf das Vermögen des Betroffenen einschätzen kann.⁵⁰

Außerdem liegt nahe, dass diese Informationen eine Rolle für die Kraftloserklärung spielen sollten, in die die Sicherung des Vermögens ohne Innehabung der Sparkunde und ohne Kenntnisse des gegenwärtigen Inhabers notwendig mündet.

Dabei sind zwei Fragen zu unterscheiden: Einerseits die wirtschaftliche Frage, ob sich ein Kraftloserklärungsverfahren wirtschaftlich lohnt? Darüber gibt der Einlagenstand verlässlich Auskunft.⁵¹

Andererseits könnte diese Information auch Bedeutung für die Einleitung des Verfahrens haben. Für die Kraftloserklärung hat der Antragsteller nämlich „eine Abschrift der Urkunde vorzulegen oder deren wesentlichen Inhalt und alles anzugeben, was zur Erkennbarkeit der Urkunde erforderlich ist“ (§ 3 Abs 2 Z 1 Kraftloserklärungsg), wobei bei Sparkunden zu den erforderlichen Identifizierungsmerkmalen nach aktueller Literatur „jedenfalls die Kontonummer, die Buchbezeichnung, der ungefähre Kontostand und sofern vereinbart, das Lösungswort“ gehören soll.⁵²

4. Schlussfolgerungen

Das sind recht hohe Hürden, erst recht für einen Geschäftsunfähigen. Wenn das alles erforderlich ist, ist es nachvollziehbar, pflegschaftsgerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Aber stimmen die Prämissen? Braucht es also wirklich eine Auskunftspflicht gegenüber dem PflEGschaftsgericht, das – wie der OGH be-

⁴⁵ In 2 Ob 101/20x hat der OGH klargestellt, dass Auskünfte über Kleinbetragssparbücher auch dann zu erteilen sind, wenn sie nicht mehr auffindbar sind und damit die Kundeneigenschaft des Verstorbenen im Todeszeitpunkt nicht gewiss ist, vgl *Liebel*, ÖBA 2021, 572. Zu Banküberweisungen heißt es in 2 Ob 183/15y; „[...] dass dadurch die Identität eines allfälligen dritten Überweisungsempfängers offen gelegt werden könnte, schadet nicht, weil der Dritte aufgrund der Ausnahmebestimmung des § 38 Abs 2 Z 3 BWG insoweit keinen Geheimnisschutz genießt“. Dabei handelt es sich allerdings um Bankdaten, die natürlich auch dem Kunden gegenüber nicht geheim wären.

⁴⁶ Rz 34. Diese Aussage wird im Zusammenhang mit dem verworfenen Wunsch nach Bekanntgabe von Verfügungsberechtigten getroffen, s FN 25.

⁴⁷ Rz 36.

⁴⁸ Vgl 8 Ob 206/02f; RS0087826.

⁴⁹ Für diesen Hinweis dankt der Verfasser dem Erwachsenenvertreter im konkreten Fall.

⁵⁰ Ebenso *Liebel*, ZFR 2022, 62 (66).

⁵¹ Dass dieser pragmatische Gesichtspunkt für sich genommen eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses rechtfertigen würde, ist aber zu bezweifeln.

⁵² *Trinkl* in *Dellinger*, BWG § 31 Rz 66.

tont – nur aktiv wird, „wenn und soweit der Erwachsenenvertreter nicht dazu in der Lage ist“?⁵³

Diese Frage führt zu allgemeinen Fragen von § 38 BWG. Die Testfrage lautet, wie die Situation zu beurteilen wäre, wenn der geschäftsunfähige Kunde gesundet und mit wiedererlangter voller Geschäftsfähigkeit sich nun der Ordnung seiner Angelegenheiten zuwendet. Wie würde er dann ohne pflegschaftsgerichtliche Zuständigkeit seine Rechte wahren? Dass er in einer Situation wäre, wo er ohne pflegschaftsgerichtliche Unterstützung nur seinen Sparbüchern nachtrauern könnte, erschiene wenig befriedigend und auch durch nichts angezeigt.

Es gibt offenkundig zwei Stellschrauben: Einerseits die Höhe der Eintrittshürde in das Kraftloserklärungsverfahren, andererseits mit dieser Höhe notwendig korrespondierende Auskunftspflichten der Bank. Je höher die Eintrittshürde in das Kraftloserklärungsverfahren ist, desto eher muss die Bank dem identifizierten ursprünglichen Kunden Informationen zur Verfügung stellen, die ihm die Verfahrenseinleitung ermöglichen. Zumindest zu Großbetragssparbüchern⁵⁴ sagt der OGH, dass der Kunde sich „eine abhanden gekommene Sparurkunde durch Kraftloserklärung ‚wiederbeschaffen‘ kann“, und schlussfolgert zutreffend: „Diese Möglichkeit wäre ihm faktisch verwehrt, könnte ihm die Bank nach Abhandenkommen eines Sparbuchs unter Hinweis auf eine bloß mögliche Übertragung der Forderung die Bekanntgabe der Kontodaten verweigern.“⁵⁵

Zunächst empfiehlt sich Vergewisserung der Antragsfordernisse für das Kraftloserklärungsverfahren: Dazu führt Apathy aus, dass mit der Angabe des Kreditinstituts und der Nummer der Sparurkunde „eine eindeutige Abgrenzung von allen anderen Sparurkunden gewährleistet ist“.⁵⁶ Das trifft ohne Zweifel zu. Dann heißt es unter Berufung auf Avancini weiter: „Ferner sollte aber auch noch angegeben werden, welche von mehreren Niederlassungen die Ausgabestelle ist, auf welche Bezeichnung die Sparurkunde lautet, ob ein Losungswort vereinbart ist und welchen (ungefähren) Stand die Spareinlage hat“.⁵⁷

Tatsächlich würde der typische Bankkunde sein abhandengekommenes Sparbuch wohl intuitiv so beschreiben und auch typischerweise über derartige Informationen verfügen. Zwingend ist das nicht, weswegen für Apathy zur eindeutigen Bezeichnung eben schon die Nummer des Sparbuchs genügt und weitere Angaben nur als für die Prüfung der Legitimation hilfreich angesehen werden. Während Apathy diese Angaben daher

nur für ratsam hält und empfiehlt, dass dazu etwas vorgebracht werden „sollte“, geht Trinkl davon aus, dass als „Identifizierungsmerkmale daher jedenfalls die Kontonummer, die Buchbezeichnung, der ungefähre Kontostand und sofern vereinbart, das Losungswort erforderlich“ sind.⁵⁸ Das würde die Pflichtangaben aber überspannen, zumal es für ein so striktes Vorgehen keine gesetzliche Deckung gibt. Es geht immerhin zunächst einmal nur um die Einleitung des Verfahrens.

Damit hätte der Erwachsenenvertreter aber bereits aus eigenem Recht mit der Einsicht in das Kontenregister die notwendigen Informationen in der Hand gehabt, um ein Kraftloserklärungsverfahren einzuleiten. Darüber hinausgehende Angaben von Informationen, die nur durch Auskünfte der Bank erlangt worden sind, können die Position im Verfahren kaum verbessern. Es geht bei solchen Angaben ja um die Glaubwürdigkeit des Antragstellers im Verfahren zur Kraftloserklärung. Wurden die relevanten Daten erst durch Auskunftsbegehren in Erfahrung gebracht, rechtfertigt das aber keine höhere Glaubwürdigkeit.

Dass der Erwachsenenvertreter das PflEGschaftsgericht bemüht hat, war daher für ein Kraftloserklärungsverfahren nicht erforderlich, sondern eher den Besonderheiten des Sachverhalts geschuldet.⁵⁹

F. Bewertung

Im Ergebnis ist dem OGH beizupflichten, dass Auskunftsrechte des Gerichts von Auskunftsrechten des Kunden zu unterscheiden sind. Das ist schon aus konstruktiven Gründen notwendig, es gibt aber auch keinen Grund, den Umfang des gerichtlichen Auskunftsrechts an jenes des Kunden zu koppeln.

Nicht gesagt ist damit, dass der Kunde die Informationen, die das Gericht in Erfahrung bringen wollte, nicht auch selbst oder durch seinen Vertreter hätte in Erfahrung bringen können. Die Bedeutung der Kundenbeziehung zum letzten identifizierten Kunden bedürfte vertiefter Klärung.

Jedenfalls ist mit dieser Entscheidung klar, dass das PflEGschaftsgericht Auskunft über die Kontonummer, den Kontostand und Abhebungen einholen kann.

Für ein Kraftloserklärungsverfahren wären diese Daten aber nicht erforderlich.

Über den Autor:

Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer ist Universitätsprofessor am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

Kontakt: lehrstuhl.spitzer@wu.ac.at

⁵³ Rz 33.

⁵⁴ Vgl Schumacher, Anm zu 2 Ob 95/17 k, NZ 2017, 387 (388 f).

⁵⁵ 2 Ob 95/17 k. Aus der Entscheidung wird nicht abschließend klar, ob der OGH diesen Gedanken auch für Kleinbetragssparbücher für tragfähig hält.

⁵⁶ Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II² Rz 3/108.

⁵⁷ Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II² Rz 3/108.

⁵⁸ Trinkl in Dellinger, BWG § 31 Rz 66.

⁵⁹ Siehe oben FN 49.