

Wilma Dehn • Elke Heinrich-Pendl •
Helga Jesser-Huß • Matthias Pendl •
Thomas Schoditsch • Ulfried Terlitza (Hrsg)

Festschrift für Peter Bydlinski

Sonderdruck

Stefan Perner • Martin Spitzer

**Österreichisches Bankgeheimnis
und (internationaler) Asset Deal**

Österreichisches Bankgeheimnis und (internationaler) Asset Deal

Die Verfasser sind dem Geburtstagskind gemeinsam in vielfältiger Weise verbunden. Das Habilitandenkolloquium, das wir zu dritt ins Leben gerufen haben, gehört ebenso zu den Berührungspunkten wie die gemeinsame Herausgabe des KBB ab der 7. Auflage. Der 65. Geburtstag von Peter Bydlinski ist für uns auch deshalb ein besonders freudiges Ereignis, weil dieser Meilenstein zugleich seinen Dienstantritt an der WU markiert. Wir verbinden die Gratulation daher mit dem Wunsch, noch viele gemeinsame Projekte vor uns zu haben. Das Thema des vorliegenden Beitrags zeigt, dass es dafür ausreichend »Material« geben wird.

I. Ausgangspunkt und Problemstellung

A. Bankgeheimnis

Gemäß § 38 BWG ist es Kreditinstituten verboten, Geheimnisse, die ihnen ausschließlich aufgrund der Geschäftsverbindungen mit Kunden anvertraut oder zugänglich gemacht worden sind, zu offenbaren oder zu verwerthen. Der Begriff des Geheimnisses ist dabei nach hA sehr weit zu verstehen: Dem Geheimnisschutz unterliegen alle »Tatsachen, Vorgänge und Verhältnisse tatsächlicher und rechtlicher Natur«.¹ Davon erfasst sind daher nicht nur der Name des Kunden, Kontodaten, Kontobewegungen, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse oder Tatsachen des Privatbereichs, sondern schon der bloße Umstand des Bestehens einer Bankverbindung.²

DOI <https://doi.org/10.52018/INKB-00289-Bo41>.

1 Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG³ § 38 BWG Rz 3; Spitzer in Bollenberger/Oppitz, Österreichisches Bankvertragsrecht I³ (2019) Rz 2/53 mwN.

2 Sommer/Hirsch in Dellinger, BWG § 38 Rz 1; Beckhussen in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch Bankrecht² § 6 Rz 14 ff; Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge, Bankgeheimnis und Bankauskunft³ (1984) 137 f; Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG³ § 38 Rz 3; Spitzer in Bollenberger/Oppitz, BVR I³ Rz 2/53 ff.

Das Bankgeheimnis verfolgt dabei eine doppelte Schutzrichtung:³ Geradezu selbstverständlich ist, dass die Bank ihre Einblicke in die Verhältnisse ihrer Kunden nicht mit Dritten teilen darf. Das Bankgeheimnis verpflichtet die Bank also zu Stillschweigen über die Geheimnisse ihrer Kunden. Darüber hinaus bietet das Bankgeheimnis aber auch Schutz vor Zugriffen Dritter (insbesondere staatlicher Institutionen) auf die beim Kreditinstitut vorhandenen Kundendaten.⁴

B. Anlassfall

Vor diesem Hintergrund ist der folgende Fall zu sehen, der wie für *Peter Bydlin-ski* gemacht ist, weil er Bankrecht mit allgemeinem Zivilrecht verbindet und in einem spezifisch unternehmensrechtlichen wie auch internationalen Kontext stattfindet.⁵

Österreichische Banken waren Pioniere des Bankgeschäfts nach der Öffnung des Ostblocks. Teilweise wurden für das Ostgeschäft eigene Tochtergesellschaften gegründet, teilweise wurde mit Zweigniederlassungen der österreichischen Bank gearbeitet.

Um eine solche Zweigniederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat geht es auch, da diese samt den Kundenbeziehungen, die natürlich dem Ortsrecht unterliegen, im Wege des asset deals veräußert werden soll und die Frage lautet, ob das österreichische Bankgeheimnis dafür ein Hindernis sein könnte.

Dass im vorliegenden Fall des Verkaufs ausländischer Zweigniederlassungen samt Kundenbeziehungen nach ausländischem Recht das österreichische Bankgeheimnis überhaupt eine Rolle spielt, könnte auf den ersten Blick verwundern. Immerhin gilt § 38 BWG grundsätzlich nur für in Österreich konzessionierte Kreditinstitute iSd § 1 Abs 1 BWG.⁶ Der räumliche Anwendungsbereich des Bankgeheimnisses kann sich allerdings auch über die Grenzen Österreichs hinaus erstrecken:

Begründet wird dies mit dem im Völkerrecht allgemein anerkannten »aktiven Personalitätsprinzip«, das es Staaten ermöglicht, das Verhalten inländischer Per-

3 *Liebel*, Das zivilrechtliche Bankgeheimnis (2019) 24; *Wech*, Das Bankgeheimnis (2008) 41 mwN; *Lang*, Inhalt, Umfang und Reichweite des Bankgeheimnisses, ZBB 2006, 115 (116).

4 *Spitzer* in *Bollenberger/Oppitz*, BVR I³ Rz 2/2; *Sichtermann*, Bankgeheimnis und Bankauskunft³ (1984) 38; *Lang*, Inhalt, Umfang und Reichweite des Bankgeheimnisses, ZBB 2006, 115 (116).

5 Das hätte dafür gesprochen, *Peter Bydlin-ski* bei der Analyse dieses praktischen Falls dazu zu bitten, wenn das Thema nicht schon bei der Anfrage als perfekt für die Festschrift des Jubilars geeignet zu erkennen gewesen wäre.

6 Vgl nur *Spitzer* in *Bollenberger/Oppitz*, BVR I³ Rz 2/11 mwN.

sonen auch im Ausland seiner eigenen Rechtsordnung zu unterwerfen.⁷ Betreibt etwa eine in Österreich konzessionierte Bank ein Rechenzentrum im Ausland, unterliegt dieses ebenfalls den Bestimmungen des § 38 BWG, sodass ein »Leck« der ausländischen Datenbank genauso ein Verstoß gegen österreichisches Recht sein kann, wie ein Datenleck im Inland.⁸ Die Verletzung des Bankgeheimnisses könnte in einem derartigen Fall also von österreichischen Behörden im Inland (verwaltungs-)strafrechtlich verfolgt werden.

Nach demselben Prinzip gilt § 38 BWG nach hA auch für ausländische Zweigniederlassungen von in Österreich konzessionierten Banken.⁹ Das bedeutet für den vorliegenden Fall, dass auch jene Daten, die die Geschäftsbeziehung von Kunden der ausländischen Zweigniederlassungen betreffen, vom Anwendungsbereich des österreichischen Bankgeheimnisses erfasst sind. Somit stellt sich die Frage, ob die Weitergabe dieser Kundendaten an einen ausländischen Erwerber aus Sicht von § 38 BWG zulässig ist.

Dabei erscheint es prima facie intuitiv, nach einem entsprechenden Durchbrechungstatbestand in § 38 BWG zu suchen, der die notwendige Weitergabe von Informationen ermöglichen würde. Der Ausnahmekatalog des § 38 Abs 2 BWG trifft dazu allerdings – wie in vielen praktisch relevanten Fällen – keine ausdrückliche Aussage. In den dort nach einhelliger Ansicht nicht abschließend aufgezählten Durchbrechungsfällen ist davon jedenfalls nicht die Rede. Auch in der Lehre wurde diese Fallkonstellation, soweit ersichtlich, noch nicht untersucht, sodass es in der Folge unternommen werden muss, aus anerkannten Konstellationen Rückschlüsse zu ziehen, indem die tragenden Wertungen des Geheimnisschutzes und seiner Durchbrechungen freigelegt werden.

Dabei stellen sich mit Blick auf § 38 BWG im Wesentlichen zwei Fragen:

- ▷ Einerseits ist zu untersuchen, ob das Bankgeheimnis grundsätzlich einem Unternehmensübergang im Wege der Singularsukzession entgegensteht (dazu siehe II.).
- ▷ Andererseits stellt sich die Frage, ob das grenzüberschreitende Element dabei eine Rolle spielt (dazu siehe III.).

7 Vgl *Kempen/Hillgruber*, Völkerrecht² (2012) 114 ff; dazu iZm § 38 BWG ausf *Liebel*, Bankgeheimnis 156 ff mwN.

8 *Spitzer* in *Bollenberger/Oppitz*, BVR I³ Rz 2/11; *Liebel*, Bankgeheimnis 156.

9 Zu alldem *Spitzer* in *Bollenberger/Oppitz*, BVR I³ Rz 2/14; *Liebel*, Bankgeheimnis 159; *Arnold*, Parlamentarisches Gutachten 13576.0030/1-L.1.3/2006, 10; *Sommer/Hirsch* in *Dellinger*, BWG § 38 Rz 93.

II. Unternehmensverkauf und Bankgeheimnis im Allgemeinen

A. Parallele zu rechtsgeschäftlicher Forderungsabtretung?

Erste Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage, ob § 38 BWG einer Weitergabe geschützter Daten im Wege einer Einzelrechtsnachfolge entgegensteht, könnte die jüngere Rsp des OGH liefern: Tatsächlich hat sich der OGH nämlich, wie erwähnt, bereits mehrfach mit Fragen des Bankgeheimnisschutzes im Zusammenhang mit Gläubigerwechseln bei Forderungsabtretungen durch Kreditinstitute auseinandergesetzt.

So widmete sich der OGH in drei Entscheidungen der Frage, ob § 38 BWG einer (rechtsgeschäftlichen) Übertragung von Kreditforderungen entgegensteht.¹⁰ Kern des Problems ist, dass mit einer solchen Übertragung im Wege der Forderungsabtretung naturgemäß die Weitergabe jener Informationen an den Zessionar verbunden ist, die dieser zur Durchsetzung der zedierten Forderung benötigt. Die dabei relevanten Informationen – insbesondere die Identität des Kunden und die Höhe der Forderung – unterliegen gemäß § 38 BWG aber dem Bankgeheimnis und dürfen daher grundsätzlich nicht an Dritte weitergegeben werden.¹¹

Da § 38 Abs 2 BWG keinen Durchbrechungstatbestand für den Fall von Forderungsabtretungen vorsieht, stellt sich die Frage der Zulässigkeit der Informationsweitergabe. Zu prüfen ist, ob sich aus den zur Zession entwickelten Grundsätzen Rückschlüsse auf die vorliegende Konstellation ergeben.

1. Rechtsprechung des OGH

Der OGH vertrat zur Übertragung von Forderungen im Wege rechtsgeschäftlicher Abtretung (Zession)¹² bislang eine durchaus restriktive Haltung. Richtungsweisend war vor allem die Entscheidung 9 Ob 34/12h¹³, in der sich der OGH erstmalig mit der Frage der Zulässigkeit von Forderungsabtretungen aus Sicht des Bankgeheimnisses befasste.¹⁴ Der OGH hielt fest, dass Forderungsabtretungen durch Kreditinstitute nicht schon deshalb unzulässig seien, weil § 38 Abs 2 BWG keinen ausdrücklichen Durchbrechungstatbestand für Abtretungen enthält. Diese Aussage des OGH ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass allgemein

¹⁰ OGH 9 Ob 34/12h, ÖBA 2013/1897 (*Apathy*); OGH 9 Ob 62/16g, EvBl 2018/67, 458 (*Spitzer*) = ÖBA 2018/2457, 335 (*Liebel*); jüngst zur Einlösung gemäß § 1422 ABGB auch OGH 7 Ob 20/18v, ÖBA 2019, 923 (*Liebel*).

¹¹ *Spitzer* in Bollenberger/Oppitz, BVR I³ Rz 2/166 ff; *Liebel*, Bankgeheimnis 99.

¹² Anders ist die Lage bei gesetzlicher Zession etwa nach § 1358 ABGB.

¹³ OGH 9 Ob 34/12h, ÖBA 2013/1897 (*Apathy*).

¹⁴ Dazu ausf *Liebel*, Bankgeheimnis 73 ff.

anerkannt ist, dass eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses auch im Wege einer Interessenabwägung erfolgen kann.

Tatsächlich ist nach hA eine solche Durchbrechung des Bankgeheimnisses in etlichen Fällen anerkannt, in denen § 38 BWG keinen positivierten Durchbrechungstatbestand vorsieht: Soweit gesetzliche Aufklärungs- bzw. Auskunftspflichten für die Bank bestehen, denen gegenüber das Bankgeheimnis nicht schon kraft entsprechender gesetzlicher Anordnung zurücktritt, wird die Kollision über eine Interessenabwägung gelöst.¹⁵ Ebenso ist nach *Jabornegg*¹⁶ die Offenbarung von Kundengeheimnissen im unbedingt erforderlichen Ausmaß zulässig, wenn massive Eigeninteressen des Kreditinstituts oder der zur Bankverschwiegenheit verpflichteten Personen auf dem Spiel stehen und diese das Kundeninteresse an der Geheimhaltung klar überwiegen.

Eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses kommt darüber hinaus auch im Rahmen von Zivilprozessen in Betracht. So kann eine Interessenabwägung nach *Canaris*¹⁷ insbesondere bei Konflikten zwischen dem Kreditinstitut und geheimhaltungspflichtigen Personen von entscheidender Bedeutung sein.¹⁸ In diesem Sinne hat jüngst auch der OGH in einer E, in der es um Ansprüche der »Hypo Alpe Adria« gegen Aktionäre und Vorstände ging, eine solche Interessenabwägung vorgenommen und das Bankgeheimnis zurückgestellt.¹⁹ Hier war die Offenbarung von Geheimnissen nämlich vom Wortlaut der Prozessausnahme des § 38 Abs 2 Z 7 BWG nicht gedeckt, da darin lediglich die Durchbrechung des Bankgeheimnisses »zur Klärung von Rechtsangelegenheiten aus dem Verhältnis zwischen Kreditinstitut und Kunden« erlaubt wird. Der OGH gelangte daher aber 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«²⁰.

Auch im Fall der Forderungsabtretung ist die Möglichkeit einer Durchbrechung im Wege der Interessenabwägung laut OGH grundsätzlich denkbar. Maßgebend sei hier der »Zweck des § 38 BWG, die Vermögenssphäre eines Kunden vor ihrer Preisgabe an Dritte zu schützen«, der »dem Grundanliegen nach der [...] Verkehrs-

15 Eingehend zur Interessenabwägung in Bürgschaftsfällen *Avancini*, Der Auskunftsanspruch des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, JBl 1985, 193 (205 f).

16 *Jabornegg*, Aktuelle Fragen des Bankgeheimnisses, ÖBA 1997, 663 (673); so schon *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 142.

17 BVR³ Rz 61. Vgl ferner bei *Frotz*, Die Bankauskunft nach österreichischem Recht, in Hadding/Schneider, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland und in anderen Rechtsordnungen (1986) 227 (254 ff).

18 Dazu auch ausf *Liebel*, Bankgeheimnis 147 ff.

19 OGH 19. 11. 2014, 6 Ob 157/14b; ähnlich auch in OGH 7 Ob 707/88 in einem Verfahren zwischen einer Bank und ihren ehemaligen Angestellten.

20 OGH 19. 11. 2014, 6 Ob 157/14b.

fähigkeit von Forderungen gegenüberzustellen« sei.²¹ In bislang allen Entscheidungen befand der OGH die Abtretung von Forderungen im Ergebnis allerdings für unzulässig. Der OGH machte deutlich, dass dem Bankgeheimnis »aufgrund seiner Bedeutung für das nötige Vertrauen zwischen dem Kunden und dem Kreditinstitut [...] im Verhältnis zur Verwertbarkeit einer Forderung grundsätzlich höheres Gewicht« zukomme.²² Besonders problematisch sei vor allem, dass Details im Zusammenhang mit der abgetretenen Forderung strittig sein könnten. Tatsächlich könnte sich nämlich in einem späteren Verfahren zwischen Zessionar und Kunden herausstellen, »dass die Forderung doch keinen Bestand hatte oder noch nicht fällig war (Prozessverlust des Kreditgebers)«. ²³

Anderes könne laut OGH aber unter Umständen im Zusammenhang mit titulierten Forderungen gelten: Wurde die Kreditforderung gegen den säumigen Kreditnehmer bereits erfolgreich eingeklagt, sei die Möglichkeit eines Publikwerdens in einem solchen Fall auch ohnehin durch die gerichtliche Geltendmachung gegeben, die gemäß § 38 Abs 2 Z 7 BWG jedenfalls zulässig sei. Das Risiko, dass sich nachträglich herausstelle, dass die Forderung nicht zu Recht bestehe oder noch nicht fällig sei, bestünde bei der Abtretung titulierter Forderungen gerade nicht. Zur Zulässigkeit der Abtretung titulierter Forderungen hatte sich der OGH bislang aber noch abschließend zu äußern.

Die Verletzung des Bankgeheimnisses bei der Abtretung führt laut OGH gemäß § 879 Abs 1 ABGB zur Nichtigkeit des Geschäfts, wobei es der Schutzzweck des § 38 BWG gebiete, »bereits das Verpflichtungsgeschäft (Forderungsverkauf) als unwirksam anzusehen, weil bereits in diesem die kreditvertragsrelevanten Daten« offengelegt würden.²⁴

2. Meinungsstand in der Lehre

Diese strenge Haltung des OGH ist insofern bemerkenswert, als sie in markantem Kontrast zu weiten Teilen der L steht.²⁵ So sprechen sich *Jabornegg/Strasser/Floretta*²⁶ für die Zulässigkeit banküblicher Forderungsabtretungen – insbeson-

21 OGH 9 Ob 34/12h, ÖBA 2013/1897 (*Apathy*).

22 OGH 9 Ob 34/12h, ÖBA 2013/1897 (*Apathy*).

23 OGH 9 Ob 34/12h, ÖBA 2013/1897 (*Apathy*).

24 OGH 9 Ob 62/16g, EvBl 2018/67, 458 (*Spitzer*) = ÖBA 2018/2457, 335 (*Liebel*); OGH 9 Ob 34/12h, ÖBA 2013/1897 (*Apathy*).

25 Vgl etwa *Fellner/Jud*, Rechtliche Aspekte des Verkaufs notleidender Kredite, RdW 2009, 630; *Sommer/Hirsch* in Dellinger, BWG § 38 Rz 359; *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 152; *Apathy*, Abtretung von Bankforderungen und Bankgeheimnis, ÖBA 2006, 33; *ders*, Abtretung einer Kreditforderung und § 38 BWG, ÖBA 2013, 794; *Thöni* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1393 Rz 25; *Jurgutyte*, Zession einer Kreditforderung und Bankgeheimnis, ÖJZ 2013, 508.

26 Bankgeheimnis 152; so auch *Jabornegg*, ÖBA 1997, 674; zuletzt eingehend *Apathy*, ÖBA 2006, 33.

dere zur Refinanzierung – aus. Hier sei von vornherein eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses anzunehmen. Andernfalls unterlägen sämtliche Forderungen eines Kreditinstituts gegenüber seinem Kunden einem nicht vereinbarten Abtretungsverbot.²⁷ Der Sinn des Bankgeheimnisses könne auch nicht darin liegen, »eben jenen bankgeschäftlichen Verkehr in massiver Weise zu behindern, dem es eigentlich dienen soll.«²⁸ Ebenso sprach sich auch *Apathy* für die Zulässigkeit »banküblicher« Abtretungen aus.²⁹

Manche Stimmen in der Lehre halten eine Abtretung (zumindest) dann für zulässig, wenn der Kunde bereits mit der Rückzahlung von Kreditraten in Verzug geraten ist (sog »Non-Performing Loans«): In einem solchen Fall sprechen sich *Sommer/Hirsch* für die Zulässigkeit der Abtretung »auf Basis einer umfassenden Interessenabwägung«³⁰ aus. Befinde sich der Kunde in Zahlungsverzug, sei er »als weniger schutzwürdig anzusehen«³¹ und eine Abtretung deshalb zulässig. Mit diesem Argument sprechen sich auch *Fellner/Jud* für die Zulässigkeit aus: Wenn der Kreditnehmer mit seinen Zahlungen in Verzug gerate, trete »das Interesse an Geheimhaltung deutlich hinter das Interesse der Bank, weiteren Nachteilen aus dem vertragswidrigen Verhalten des Schuldners vorzubeugen, zurück.«³²

Dies entspricht auch der in Deutschland zu dieser Frage überwiegend vertretenen Auffassung³³: Die Zulässigkeit der Abtretung einer Forderung aus Sicht des Bankgeheimnisses sei davon abhängig, ob der Kreditnehmer seinen Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag nachkommt.³⁴ Eine Abtretung sei dann zulässig, wenn sich der Kreditnehmer »durch die Nichterfüllung seiner vertraglichen Pflicht zur Rückzahlung des Kredits vertrags(rechts)widrig verhalten hat«³⁵.

27 So auch für das deutsche Recht *Canaris*, BVR³ Rz 61a; *Bruchner* in BankR-HB § 39 Rz 29; vgl BGH in WM 1982, 839; OLG Köln in WM 2005, 2385; aM OLG Frankfurt in WM 2004, 1386 in einem Fall, in dem die Wirksamkeit des Kreditvertrags streitig war; dazu kritisch *Cahn*, WM 2004, 2041; differenzierend *Hammen*, Bankgeheimnis und Abtretungsausschluss, in Hadding/Hopt/Schimansky (Hrsg), Verbraucher Kredite, insbesondere für Immobilienanlagen. Forderungsübertragungen, insbesondere im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz. Bankrechtstag 2005 (2006) 113.

28 *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 151.

29 *Apathy*, ÖBA 2006, 33; *ders* in BVR³ Rz 2/135; *ders*, ÖBA 2013, 794.

30 *Sommer/Hirsch* in Dellinger, BWG § 38 Rz 361 ff.

31 *Sommer/Hirsch* in Dellinger, BWG § 38 Rz 365.

32 *Fellner/Jud*, RdW 2009, 630, 634.

33 Vgl *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1547); *Cahn*, WM 2004, 2041 (2046); *Hofmann/Walter*, WM 2005, 1566 (1573); *Krepold* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch⁵ § 39 Rz 58a ff; *Beckhusen/Martens* in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch I³ § 8 Rz 52; BGH NJW 2007, 2106 = ZIP 2007, 619; BGH NJW 2010, 361 = BKR 2009, 508.

34 Vgl *Krepold* in Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HB⁵ § 39 Rz 58a mwN; ausf auch *Nobbe*, ZIP 2009, 97; *Bütter/Tonner*, ZBB 2005, 165; *Einsele*, Bank- und Kapitalmarktrecht² § 1 Rz 26.

35 *Hofmann/Walter*, WM 2005, 1566 (1573); vgl auch *Krepold* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch⁵ § 39 Rz 58a mwN.

3. Fazit

Die Situation bei Forderungsabtretungen präsentiert sich damit insgesamt als durchaus komplex. Auf der einen Seite vertritt der OGH eine restriktive Haltung und verneinte in bislang allen Entscheidungen die Zulässigkeit von Forderungsabtretungen aufgrund eines Verstoßes gegen das Bankgeheimnis. Auf der anderen Seite befürwortet ein beachtlicher Teil der Lehre – zumindest für den Fall von Non-Performing Loans – die Zulässigkeit von Abtretungen.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass sich die Situationen bei der Forderungsabtretung und des im gegenständlichen Fall geplanten Unternehmensverkaufs durch Asset Deal nur oberflächlich, nämlich im Ergebnis des Wechsels der Rechtszuständigkeit, ähneln.

B. Zulässigkeit von Unternehmensübergängen

Zwar kommt es auch beim Unternehmensverkauf zu einem Übergang von Rechtsverhältnissen vom Veräußerer auf den Erwerber des Unternehmens(teils). Im Rahmen eines Unternehmenserwerbs werden verbundene Rechtsverhältnisse allerdings nicht »isoliert« erworben, sondern gehen gemeinsam als Teil eines selbständigen, überlebensfähigen Unternehmens(teils) auf den Erwerber über.³⁶ Eine derartige Konstellation wird von der hA in Österreich mit Blick auf das Bankgeheimnis als unproblematisch eingestuft und von der isolierten Forderungsabtretung deutlich unterschieden.

So ist einerseits anerkannt, dass eine Universalsukzession auf Seiten des Kreditinstituts mit Blick auf das Bankgeheimnis grundsätzlich zulässig ist: In einem solchen Fall wird das Bankgeheimnis nach hA nämlich nicht dadurch verletzt, dass der Rechtsnachfolger den Kenntnisstand seines Vorgängers erlangt.³⁷ Im Rahmen einer Gesamtrechtsnachfolge gehe auch die Geheimhaltungspflicht unmittelbar auf den Rechtsnachfolger über.

Dies soll nach hA aber auch iZm einem Unternehmenserwerb durch Singularzession gelten:³⁸ Auch hier gehe mit der Vertragsübernahme die Geheim-

36 Spitzer in Bollenberger/Oppitz, BVR I³ Rz 2/21; Dellinger in Zib/Dellinger, UGB-Großkomm I/2 § 38 Rz 82; vgl auch Fuchs/Schuhmacher in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 38 Rz 35.

37 Vgl ua Spitzer in Bollenberger/Oppitz, BVR I³ Rz 2/21; schon zuvor Apathy in BVR I² Rz 2/21; ebenso Avancini in BVR I 2/13; idS auch Sommer/Hirsch in Dellinger, BWG § 38 Rz 99; Wech, Bankgeheimnis 334 mwN; Cahn, WM 2004, 2045.

38 Vgl Spitzer in Bollenberger/Oppitz, BVR I³ Rz 2/21; schon zuvor Apathy in BVR I² Rz 2/21; ebenso Dellinger in Zib/Dellinger, UGB-Großkomm I/2 § 38 Rz 82; Sommer/Hirsch in Dellinger, BWG § 38 Rz 99.

haltungspflicht auf den Erwerber über. Wesentlich ist dabei außerdem, dass Kunden nach § 38 Abs 2 UGB die Möglichkeit haben, der Vertragsübernahme durch den Erwerber zu widersprechen. Wird das Widerspruchsrecht ausgeübt, dürften geheime Tatsachen dem Rechtsnachfolger nicht bekannt gegeben werden.³⁹ Aus Sicht des Kunden ist außerdem relevant, dass auf Seite der »übertragenden« Bank die Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses durch den Unternehmensverkauf nicht plötzlich erlischt; dies ist nicht zu befürchten, da das Bankgeheimnis nach allgemeinen Regeln zeitlich unbegrenzt gilt, weshalb Banken auch nach Beendigung der Geschäftsbeziehung zu Kunden weiterhin an die Verschwiegenheitspflicht gebunden sind.⁴⁰

Damit ist aber in beiden Varianten (Universal- und Singularsukzession) die maßgebliche Wertung klar: Eine Informationsweitergabe ist insbesondere deshalb unproblematisch, weil Vertragsverhältnisse zu Kunden samt der damit verbundenen Geheimhaltungspflicht auf den Erwerber übergehen und sich aus Sicht des Kunden daher nichts am Schutz seiner Geheimnisse ändert. Der Übernehmer darf geschützte Informationen ebenso (nur) unter denselben Bedingungen wie das »alte« Kreditinstitut weitergeben; dasselbe gilt für die Zugriffsmöglichkeiten staatlicher Institutionen, an denen sich durch den Unternehmensübergang nichts ändert.

C. Zwischenergebnis

Damit zeigt sich, dass § 38 BWG einem Unternehmensübergang im Wege eines »Asset Deals« grundsätzlich nicht entgegensteht. Die Frage einzelner Forderungsabtretungen ist von jenen Fällen zu unterscheiden, in denen selbstständige Unternehmensteile samt den dazugehörigen Kundenbeziehungen und den verbundenen Geheimhaltungspflichten auf den Erwerber übergehen.

Allerdings hat die Lehre dabei primär den Fall eines Unternehmensübergangs im Inland vor Augen. Immerhin gehen die Geheimhaltungsverpflichtungen auf »inländische« Erwerber hier stets in Gestalt von § 38 BWG über, wodurch automatisch ein unverändertes Schutzniveau für Kunden sichergestellt ist. Im derart »geschlossenen System« ist es daher ohne weiteres schlüssig, einen Unternehmensübergang nicht am Bankgeheimnis scheitern zu lassen, weil das Schutzniveau völlig unverändert bleibt und der Geheimnisherr auch beim neuen Geheimnisträger nicht um sein Geheimnis fürchten muss.

39 Spitzer in Bollenberger/Oppitz, BVR I³ Rz 2/21.

40 Spitzer in Bollenberger/Oppitz, BVR I³ Rz 2/21.

Dies würde auf einen grenzüberschreitenden Asset Deal allerdings nicht zwangsläufig zutreffen, da hierbei der für die Geltung von § 38 BWG notwendige Anknüpfungspunkt wegfiel: Verlieren die Zweigniederlassungen durch ihren Verkauf ihre Zugehörigkeit zum in Österreich konzessionierten Kreditinstitut (§ 1 BWG), »kippen« sie schließlich aus dem räumlichen Anwendungsbereich des österreichischen Bankgeheimnisses.⁴¹ In weiterer Folge ist daher die Frage zu klären, ob sich an der grundsätzlichen Zulässigkeit von Unternehmensverkäufen in grenzüberschreitenden Szenarien etwas ändern könnte.

III. Zulässigkeit grenzüberschreitender Unternehmensübertragungen

A. »Hinauskippen« aus § 38 BWG per se problematisch?

Dabei könnte auf einen ersten Blick die Frage gestellt werden, ob das beschriebene »Hinauskippen« aus dem Schutzbereich von § 38 BWG im Zuge des grenzüberschreitenden Unternehmensverkaufes schon ganz grundsätzlich gegen dessen Zulässigkeit sprechen könnte. Dies scheint auf den zweiten Blick aber schon deshalb nicht problematisch, da auch im Inland Szenarien denkbar sind,⁴² in denen Kunden aufgrund gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen den Schutz von § 38 BWG *pro futuro* verlieren.

So ermöglicht etwa § 21 Z 7 BWG die Verschmelzung einer Bank mit einer sogenannten »Nichtbank« – also einem Rechtsträger, der *per definitionem* nicht in den Anwendungsbereich von § 38 BWG fällt. Zwar enthält § 21 Z 7 BWG keine ausdrückliche Aussage zur Zulässigkeit aus Sicht von § 38 BWG. Im Sinne der allgemeinen Wertung zu Unternehmensübergängen würde etwa bei Versicherungen als aufnehmenden Rechtsträgern nichts gegen eine Verschmelzung sprechen, da diese gemäß § 321 VAG einer mit dem Bankgeheimnis vergleichbaren Verschwiegenheitspflicht unterliegen und damit auch hier Kundendaten »sicher« wären. Unabhängig davon gibt der Gesetzgeber mit § 21 Z 7 BWG aber jedenfalls zu erkennen, dass der bloße Umstand, dass eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung zu einem Verlust gerade des Schutzes von § 38 BWG für Kunden führt, grundsätzlich nicht verpönt ist. Die Verschmelzung einer Bank mit einer Nichtbank führt nämlich in jedem Fall dazu, dass Kunden *pro futuro* den Schutz von § 38 BWG verlieren.

⁴¹ Siehe schon S 757.

⁴² Dasselbe gilt freilich auch in grenzüberschreitenden »Alternativ-Szenarien«. Dazu aus europarechtlicher Sicht noch auf Punkt III.D.1.

Diese Wertungsentscheidung gibt gleichzeitig auch die Richtung für die Frage der Zulässigkeit grenzüberschreitender Unternehmensverkäufe vor: Ausschlaggebend kann dabei nur sein, ob sich für Kunden aus Sicht des Geheimnisschutzes – trotz eines »Hinauskippens« aus § 38 BWG – beim Vertragsübergang auf den Erwerber Nachteile ergeben. Ebenso erscheint es notwendig, dass Kunden eine mit § 38 Abs 2 UGB vergleichbare Möglichkeit haben, die Vertragsübernahme und damit die Weitergabe geschützter Informationen zu verhindern.

In einem ersten Schritt erscheint es daher notwendig, den derzeitigen Status quo des Geheimnisschutzes und die möglichen Auswirkungen des geplanten Unternehmensüberganges genauer zu untersuchen.

B. Status quo des Geheimnisschutzes

1. Derzeitiges Schutzniveau nach § 38 BWG

Dabei gilt es zu bedenken, dass § 38 BWG – wie bereits erwähnt – zwei Schutzrichtungen verfolgt: Einerseits darf die Bank Kundendaten nur dann (aktiv) an Dritte weitergeben, wenn dafür ein entsprechender Durchbrechungstatbestand vorliegt. Andererseits soll das Bankgeheimnis den Kunden – historisch betrachtet – aber vor allem vor der Einsichtnahme staatlicher Behörden schützen.⁴³ Letztere Schutzrichtung des Bankgeheimnisses wurde in jüngerer Vergangenheit aufgrund internationaler und europäischer Verpflichtungen, aber auch durch autonome Entschlüsse des nationalen Gesetzgebers allerdings massiv beschnitten. Der hoheitliche Zugriff auf bankgeheimnisrelevante Daten in Österreich ist mittlerweile so weitreichend möglich, dass der einschlägige Schutz im Laufe der vergangenen Jahre fast vollständig erodiert ist.⁴⁴

So hat Österreich im Jahr 2009 als Reaktion auf internationalen Druck seinen traditionellen Vorbehalt zur »großen Auskunftsklausel« des Art 26 Abs 5 OECD-MA widerrufen, der es bis dahin ermöglichte, einen Austausch von Steuerdaten im Rahmen von Doppelbesteuerungsabkommen aufgrund des Bankgeheimnisses zu verweigern.⁴⁵ In der Folge verabschiedete Österreich das Amtshilfe-Durchführungsgesetz⁴⁶, das die Umsetzung der OECD-Grundsätze für den bilateralen Informationsaustausch im Bereich der Besteuerung regelt und das Bankgeheimnis dafür aufhebt.⁴⁷

43 Dazu ausf *Liebel*, Bankgeheimnis 35 ff mwN.

44 Dazu schon ausf *Liebel/Spitzer*, Bankgeheimnis und Online-Geschäft, ÖBA 2017, 376 (381 ff).

45 *Ehrke-Rabl*, Das Bankenpaket, taxlex 2015, 220 (220).

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

47 *Ehrke-Rabl*, taxlex 2015, 220 (220).

Auf der Ebene der Europäischen Union verpflichtet seit 2003 die Sparzinsenrichtlinie⁴⁸ die Mitgliedstaaten der EU, sich grenzüberschreitend über Zinseinkünfte natürlicher Personen zu informieren.⁴⁹ Seit der Neufassung der Amtshilferichtlinie⁵⁰ im Jahr 2011 können Mitgliedstaaten einen Austausch von Steuerinformationen nicht mehr unter Berufung auf das Bankgeheimnis verweigern. In der aktuellen Fassung⁵¹ sieht die Amtshilferichtlinie sogar einen automatischen Informationsaustausch über innere und äußere Kontodaten vor. Diese Vorgaben wurden in Österreich im Rahmen des Gemeinsamer Meldestandard-Gesetzes⁵² (GMSG) umgesetzt.

Auf der Ebene des Strafrechts ist der Austausch bankgeheimnisrelevanter Daten über den Weg der Rechtshilfe bereits seit dem Jahr 2005 durch das »Protokoll zu dem Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen«⁵³ sichergestellt. Darin verpflichten sich alle unterzeichnenden Mitgliedstaaten dazu, auf Antrag eines anderen Mitgliedstaates festzustellen, ob eine Person, gegen die im anderen Mitgliedstaat strafrechtliche Ermittlungen geführt werden, Bankkonten im Inland unterhält oder kontrolliert und bejahendenfalls alle Angaben zu diesen Konten zu übermitteln. Weiters verpflichteten sich die Mitgliedstaaten zur Bekanntgabe der über ein Konto abgewickelten Transaktionen im Fall eines bestehenden Tatverdachts und der Erforderlichkeit der Auskunft zur Aufklärung einer Straftat. Seit dem Jahr 2014 wird die grenzüberschreitende Beweiserhebung überdies umfassend durch die »RL über die Europäische Ermittlungsanordnung«⁵⁴ (EEA-RL) geregelt.⁵⁵ Im Rahmen der RL wird das österreichische

48 Richtlinie 2003/48/EG vom 3. Juni 2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen, ABl 2003 L 157/38.

49 Siehe dazu *Aigner*, Die Sparzinsenrichtlinie (2009) 119 ff.

50 Richtlinie 2011/16/EU des Rates vom 15. Februar 2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG, ABl 2011 L 64/1.

51 Richtlinie 2014/107/EU des Rates vom 9. Dezember 2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich der Verpflichtung zum automatischen Austausch von Informationen im Bereich der Besteuerung, ABl 2014 L 359/1.

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

53 Protokoll – vom Rat gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union erstellt – zu dem Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union samt Erklärungen, BGBl III 2005/66; siehe dazu auch *Wirth/Hinterhofer* in *Höpfel/Ratz*, WK³ EU-JZG Vor §§ 45–51 Rz 9.

54 Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABl 2014 L 130/1.

55 Bei der EEA handelt es sich um eine gerichtliche Entscheidung einer Justizbehörde eines Mitgliedstaats (»Anordnungsstaat«) zur Durchführung spezifischer Ermittlungsmaßnahmen zur Erlangung von Beweisen in einem anderen Mitgliedstaat (»Vollstreckungsstaat«) (Art 1 Abs 1 EEA-RL).

Bankgeheimnis durch Maßnahmen zur Erlangung von »Informationen über Bank- und sonstige Finanzkonten« sowie »Informationen über Bank- und sonstige Finanzgeschäfte« iSd Art 26 und 27 EEA-RL durchbrochen. Eine EEA kann demnach einerseits erlassen werden, um festzustellen, ob eine Person, gegen die ein Ermittlungsverfahren geführt wird, Bankkonten in einem anderen Mitgliedstaat unterhält oder kontrolliert. Bejahendenfalls sind vom Vollstreckungsstaat alle mit dem Konto verbundenen Informationen an den Anordnungsstaat zu übermitteln (Art 26 EEA-RL). Andererseits können vom Anordnungsstaat auch Informationen über getätigte Bankgeschäfte angefordert werden (Art 27 EEA-RL).

Aus Anlass der internationalen Entwicklungen ist es in Österreich auch zu einem massiven Abbau des öffentlich-rechtlichen Schutzniveaus des Bankgeheimnisses in Binnenfällen gekommen. So wurde insbesondere im Rahmen des Steuerreformpakets 2015⁵⁶ der Ausnahmenkatalog des § 38 Abs 2 BWG wesentlich erweitert. Die umfassendste Änderung stellt dabei der Erlass des Kontenregister- und Konteneinschugesetzes⁵⁷ (KontRegG) dar, mit dem ein österreichweites Register eingeführt wurde, das »sämtliche in Österreich von wem auch immer geführten Bankkonten, Depots und Sparbücher erfasst«⁵⁸. Kreditinstitute haben zu diesem Zweck laufend Informationen über ihre Kunden in das Kontenregister einzuspeisen. Darunter fallen sowohl Informationen über den Kontoinhaber, wie Name, Geburtsdatum, Adresse und Ansässigkeitsstaat, als auch Informationen über die Geschäftsbeziehung, wie Kontonummer, der Tag der Eröffnung bzw Auflösung des Kontos, das kontoführende Kreditinstitut sowie etwaige vertretungsbefugte Personen.⁵⁹ 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.⁶⁰

56 BGBl I 2015/118.

57 Bundesgesetz über die Einrichtung eines Kontenregisters und die Konteneinschau (Kontenregister- und Konteneinschugesetz – KontRegG), BGBl I 2015/116.

58 *Ehrke-Rabl*, Kontenregister und Datenschutz, taxlex 2015, 368 (368).

59 *Ehrke-Rabl*, taxlex 2015, 220 (221); *Brandl*, Abgabenverfahrensrechtliche Mindeststandards für ein Kontenregister, SWK 2015, 761.

60 Vgl *Ehrke-Rabl*, taxlex 2015, 220 (222); *Günther/Jergitsch*, Aktuelle Rechtsfragen zum österreichischen Bankgeheimnis und dem internationalen Informationsaustausch in Steuersachen, ÖBA 2016, 106 (109 f); *Breuss/Plansky/Steiner/Wilhelm* in Marschner/Stefaner, Steuerreform 2015/2016, 132 (136); *Lang/Seilern-Aspang*, Ermittlungsmaßnahmen und Bankgeheimnis, taxlex 2015, 382.

Hält man sich all dies vor Augen, zeigt sich, dass es insgesamt materiell fast zu einer Abschaffung des Bankgeheimnisses gekommen ist, indem dessen öffentlich-rechtlicher Schutzbereich massiv beschnitten wurde.⁶¹ Das zeigt aber auch für den vorliegenden Fall, dass die Geheimnisse ausländischer Kunden im Schutzbereich des § 38 BWG weniger sicher sind, als dies vielleicht auf den ersten Blick vermutet werden könnte. Aufgrund der intensiven Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Austausches von Bankdaten haben ausländische Behörden im Ergebnis ungeachtet einer Auslagerung stets die Möglichkeit, die Herausgabe von Bankdaten direkt von den österreichischen Behörden zu verlangen. Daher ist es ausländischen Strafverfolgungs- oder Steuerbehörden schon jetzt möglich, Daten direkt von den österreichischen Behörden zu beziehen. Sollen etwa Daten im Rahmen eines Strafverfahrens beschafft werden, würden diese bereits im Wege der Rechtshilfe in Strafsachen bzw auf Basis einer Europäischen Ermittlungsanordnung ausgetauscht werden. Der Informationsaustausch im Bereich des Steuerrechts ist ebenfalls durch die bereits genannten europäischen Rechtsgrundlagen sichergestellt.

2. Anwendbarkeit des ausländischen Bankgeheimnis-Regimes

Tatsächlich erscheint es aber gar nicht zwingend, dass ausländische Behörden einen solchen »Umweg« über österreichische Behörden nehmen. Immerhin befinden sich die Zweigniederlassungen schon jetzt auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Staates, verfügen über die entsprechenden Kundendaten und schließen Bankverträge mit ausländischen Kunden nach dem Ortsrecht ab. Zwar sind die Kundendaten – wie bereits erwähnt – nach § 38 BWG geschützt. Davon zu unterscheiden ist allerdings die Frage, ob die Behörden im Zweigniederlassungsstaat den Schutz des österreichischen Bankgeheimnisses bei etwaigen hoheitlichen (Ermittlungs-)Handlungen gegen Kunden der Zweigniederlassung zu respektieren hätten.

Dass dies der Fall ist, erscheint schon aus allgemeinen völkerrechtlichen Überlegungen nicht naheliegend. Voraussetzung für die Anwendung fremden Rechts ist nämlich nach allgemeinen Grundsätzen das Bestehen eines Anwendungsbefehls innerhalb der Rechtsordnung des jeweiligen Aufnahme Staates.⁶² Wird darin auf ausländische Normen verwiesen, hat dies zur Folge, dass die zuständige inländische Behörde die ausländische Norm so anzuwenden hat, wie

61 Dazu bereits *Liebel/Spitzer*, ÖBA 2017, 376 (382).

62 Dazu ausf *Kment*, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln (2010) 216, 252 f; *Rudolf*, Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtsetzung (1973) 18.

dies auch im ausländischen Staat der Fall wäre.⁶³ Auf dem Gebiet des Privatrechts ist das ein vertrautes Denkmodell. Kollisionen werden seit jeher durch Verweisungsnormen des Internationalen Privatrechts (IPR) gelöst, die die Anwendung eigenen oder fremden Rechts gebieten.⁶⁴ Im Bereich des öffentlichen Rechts (hier speziell im Verwaltungsrecht, aber auch im Strafrecht) fehlt es bislang jedoch weitgehend an vergleichbarem Kollisionsrecht.⁶⁵ Die bisherige Zurückhaltung kann vor allem auf Bedenken hinsichtlich der Fungibilität öffentlich-rechtlicher Normen zurückgeführt werden, nämlich die Befürchtung, »dass öffentliche Rechtsnormen zu sehr in das Recht des rechtsetzenden Staats eingebettet sind und die notwendige Homogenität zum Rechtssystem des Forumstaats vermissen lassen«⁶⁶. Gerichte und Behörden berücksichtigen daher grundsätzlich kein ausländisches öffentliches Recht.⁶⁷ Aus diesen Gründen wird es kaum zur direkten Anwendungen von § 38 BWG durch ausländische Gerichte oder Behörden kommen.

Umgekehrt ist es nicht anders: So gilt (nur) das Österreichische Bankgeheimnis gemäß § 9 Abs 7 BWG auch für Zweigniederlassungen von Kreditinstituten mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU; österreichische Behörden haben daher nach Maßgabe von § 38 Abs 2 BWG und damit des österreichischen Bankgeheimnisses Zugriff auf die Daten »ausländischer« Zweigniederlassungen im Inland.

3. Rückschlüsse für den vorliegenden Fall

Aus dieser Erhebung des Status quo lassen sich wesentliche Schlussfolgerungen für die Frage der Zulässigkeit eines Unternehmensüberganges im vorliegenden Fall ziehen. Die abstrakte Befürchtung könnte ja nur dahin gehen, dass Kundendaten nach einem erfolgten Unternehmenserwerb beim Erwerber »unsicherer« sind, da sie in ein »unsichereres« Geheimnisschutzregime überführt werden. Diese Befürchtung geht aber ins Leere:

63 *Kment*, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln 265.

64 Dabei ist nicht die Diskussion der Rechtsnatur des Bankgeheimnisses zu führen (dazu *Apathy* in BVR I² Rz 2/2). Die hier interessierenden Fragen sind unzweifelhaft öffentlich-rechtlicher Natur. Ob es sich daher beim Bankgeheimnis um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung handelt oder um eine privatrechtliche Verpflichtung mit öffentlich-rechtlicher Flankierung, ist irrelevant.

65 *Kment*, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln 202 ff mwN; zur Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts mit Blick auf unterschiedliche Referenzgebiete siehe ausf *Möllers/Vosskuhle/Walter*, Internationales Verwaltungsrecht (2007); zum Strafrecht auch *Rudolf*, Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtsetzung (1973) 39; explizit dazu aus österr Sicht *Höpfel* in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 1 Rz 24.

66 *Kment*, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln 233 f; dazu auch *Siehr*, Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht, RabelsZ 1988, 41 (83).

67 *Siehr*, RabelsZ 1988, 41 (81).

Es hat sich nämlich gezeigt, dass die Kunden der ausländischen Zweigniederlassungen schon jetzt dem Bankgeheimnis des Zweigniederlassungsortes unterliegen. Das heißt, dass die Zweigniederlassungen bei der (aktiven) Datenweitergabe schon jetzt an die ausländischen Vorgaben gebunden und die Daten der Kunden dieser Zweigniederlassung schon jetzt den Zugriffen staatlicher Behörden ihres Heimatstaates nach Maßgabe der dortigen Rechtsvorschriften ausgesetzt sind. Dem ausländischen Regime würden die Kunden aber auch nach einem Vertragsübergang unterliegen, sodass aus diesem Blickwinkel keine Unterschiede für Kunden erkennbar sind.

Ebenso hätten österreichische Behörden durch den Unternehmensverkauf selbstverständlich nicht plötzlich mehr Zugriffsrechte auf alle bislang erlangten Kundendaten. Diese wären – wie bereits erwähnt – aufgrund der zeitlichen Unbegrenztheit von § 38 BWG weiterhin geheim zu halten und österreichische Behörden hätten auch weiterhin nur nach Maßgabe des § 38 Abs 2 BWG Zugriff auf diese Daten. Neue Informationen würde die übertragende Bank nach erfolgtem Unternehmensübergang aber naturgemäß nicht erhalten, weshalb es sich schon deshalb aus Sicht des Geheimnisschutzes auch hier um ein »Nullsummenspiel« handelt.

Der Unternehmensübergang würde daher (nur) dazu führen, dass Kunden *pro futuro* aus dem Schutzbereich von § 38 BWG fallen. Dass dieser bloße Umstand aber kein Hindernis für die Zulässigkeit von gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen ist, wurde bereits erörtert, da ein solches Szenario sogar in rein nationalen Konstellation denkbar und zulässig ist (§ 21 Z 7 BWG).

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass aus Geheimnisschutzperspektive nichts gegen den gegenständlichen Unternehmensverkauf spricht.

C. Möglichkeit eines Widerspruchs durch Kunden

Außerdem müsste – analog zu § 38 UGB – auch beim grenzüberschreitenden Asset Deal die Möglichkeit eines Widerspruchs durch betroffene Kunden bestehen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwiefern § 38 Abs 2 UGB auch bei grenzüberschreitenden Transaktionen zur Anwendung gelangen könnte.

Die Frage des internationalen Anwendungsbereiches von § 38 UGB ist in der Lehre allerdings umstritten.⁶⁸ Ein beachtlicher Teil der Lehre vertritt – in Analogie zu Art 14 Abs 2 Rom-I – dabei jedoch die Ansicht, dass jenes Recht zur An-

68 Vgl zur Diskussion ausf *Karollus* in Artmann, UGB³ § 38 Rz 78 ff mwN.

wendung gelangt, »dem der zu übertragende Vertrag selbst unterliegt« (Vertragsstatut).⁶⁹

Kommt danach ohnehin österreichisches Recht zur Anwendung, gibt es auch ein Widerspruchsrecht. Kommt fremdes Recht zur Anwendung, wäre auch das unproblematisch, wenn Kunden nach diesem Recht eine Möglichkeit hätten, den Übergang des Vertragsverhältnisses und damit die Weitergabe geschützter Informationen zu verhindern.

D. Europarechtliche Determinante

1. Kontrollüberlegung: Sitzverlegung

Da es sich im vorliegenden Fall um einen Unternehmensverkauf innerhalb der Europäischen Union handelt, bietet es sich an, das bisherige Ergebnis auch durch eine europarechtliche Betrachtung abzusichern.

Dabei drängt sich zunächst eine Kontrollüberlegung auf: Es erscheint nämlich naheliegend, dass Kreditinstitute – ähnlich wie bei Verschmelzungen im Inland nach § 21 Z 7 BWG – die Möglichkeit hätten, gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen vorzunehmen, die zu exakt demselben Ergebnis führen würden, wie der im vorliegenden Fall geplante Unternehmensverkauf, nämlich zur Emigration aus dem (räumlichen) Anwendungsbereich des § 38 BWG.

So wäre es etwa denkbar, dass ein österreichisches Kreditinstitut seine Hauptniederlassung von Österreich in einen anderen Mitgliedstaat der EU verlegt. Dass ein derartiger Vorgang zulässig wäre, kann vor dem Hintergrund der in Art 49 AEUV primärrechtlich verankerten Niederlassungsfreiheit, die Unternehmen das Recht auf freie Standortwahl innerhalb der EU gewährleistet,⁷⁰ nicht bezweifelt werden.

Zweck dieser Grundfreiheit ist es einerseits, dass Unternehmen ihre Produktionsfaktoren dort investieren können, wo sie den größtmöglichen Nutzen bringen; sie ist also auf die Generierung komparativer Kostenvorteile gerichtet.⁷¹ Andererseits ermöglicht Art 49 AEUV »die Entwicklung von Strategien, die die Grenzen eines Mitgliedstaats überschreiten und die Standortvor- bzw -nachteile

69 Fuchs/W. Schuhmacher in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 38 Rz 95; Czernich, GES 2014, 437 (445 ff); F. Schäfer, Die kollisionsrechtliche Einordnung des Unternehmensübergangs nach §§ 38 ff UGB, in FS Torggler (2013) 1071 (1073 ff); Czernich in Althuber/Schopper, Unternehmenskauf I² Rz 482 ff.

70 Vgl dazu nur Korte in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁵ Art 49 Rz 1 ff und 60 ff.

71 Vgl Korte in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁵ Art 49 Rz 1; Müller-Graff in Streinz, EUV/AEUV³ Art 49 AEUV Rz 5; jeweils mwN.

auf dem gesamten Binnenmarkt einbeziehen.«⁷² Der Begriff der Niederlassungsfreiheit wird dabei besonders weit verstanden und umfasst geradezu alle denkbaren gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungsmaßnahmen: Dies betrifft nach hA nämlich alle Tätigkeiten, die mit der Errichtung, der Unterhaltung und Leitung von Unternehmen und unselbständigen Niederlassungen sowie Tochtergesellschaften verbunden sind.⁷³ Dasselbe gilt für die Verlegung des Hauptsitzes von Gesellschaften, den Erwerb von Geschäftsanteilen, soweit sie einen hinreichenden (»gewissen«) Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft vermitteln, sowie – im vorliegenden Fall maßgeblich – »für den Erwerb von Betriebseinheiten (Unternehmenskauf)«.⁷⁴

Flankiert wird die Niederlassungsfreiheit durch ein umfassendes Beschränkungsverbot: Erfasst sind dabei sowohl Beschränkungen des »Aufnahmestaates«, als auch sogenannte »Wegzugsbeschränkungen« im Herkunftsmitgliedstaat.⁷⁵ Eingriffe in das Recht auf Niederlassungsfreiheit sind dabei nur in speziellen Ausnahmefällen gerechtfertigt. Dies ist nämlich nur dann der Fall, wenn die Beschränkung entweder durch »zwingende Allgemeininteressen«⁷⁶ oder aus »Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit« gerechtfertigt sind.⁷⁷

Vor diesem Hintergrund erscheint es daher naheliegend, dass ein protektionistisches Verbot grenzüberschreitender Umstrukturierungen und Unternehmensverkäufe auf Grund des Bankgeheimnisses Gefahr liefe, mit der Niederlassungsfreiheit in Konflikt zu geraten. Wohl genau aus diesem Grund – nämlich um mögliche Konflikte mit Art 49 AEUV zu vermeiden – wurde vom österreichischen Gesetzgeber mit § 10a BWG erst jüngst eine Bestimmung verabschiedet, die sich mit grenzüberschreitenden gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungsmaßnahmen von Kreditinstituten beschäftigt.

Konkret regelt § 10a BWG das Recht von Kreditinstituten auf grenzüberschreitende Spaltung in einen anderen (Aufnahme-)Mitgliedstaat. Demnach können Kreditinstitute »ihr Vermögen [...] grenzüberschreitend auf ein CRR-Kreditinstitut, das nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet worden ist und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Haupt-

72 Korte in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV³ Art 49 Rz 1.

73 Müller-Graff in Streinz, EUV/AEUV³ Art 49 AEUV Rz 19; Ludwigs in Dausers/Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht (54. ErgLfg 2021) E.I. Rz 66.

74 Ludwigs in Dausers/Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht E.I. Rz 66 mwN; Tiedje in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht⁷ Art 49 AEUV Rz 35; vgl auch Müller-Graff in Streinz, EUV/AEUV³ Art 49 AEUV Rz 19.

75 Müller-Graff in Streinz, EUV/AEUV³ Art 49 AEUV Rz 65 ff mwN.

76 Vgl nur Jürgen/Tiedje in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht⁷ Art 49 AEUV Rz 115 ff.

77 Dazu ausf Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU-Recht Art 49 AEUV Rz 122 mwN.

niederlassung in der Gemeinschaft hat, abspalten«. Den Materialien dazu lassen sich zudem folgende aufschlussreiche Aussagen des Gesetzgebers entnehmen:⁷⁸

»In Anbetracht der zunehmenden Konsolidierung in der Finanzwirtschaft soll Kreditinstituten die Möglichkeit gegeben werden, wie dies auch in den einschlägigen europäischen Regelungen zur Niederlassungsfreiheit vorgesehen ist, gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen und Umgründungsvorgänge in anderen Mitgliedstaaten ohne Einschränkungen vorzunehmen. [...]

Darüber hinaus wird die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Spaltung im österreichischen Schrifttum unter Hinweis auf den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit und der Entscheidung des EuGH in der Rechtsache C-411/03, SEVIC Systems AG, überwiegend bejaht (Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 1 SpaltG Rz 36).

Dementsprechend sollen nun auch grenzüberschreitende Spaltungen mit CRR-Kreditinstituten, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Gemeinschaft haben, ermöglicht werden.«

Der Gesetzgeber hat die Dringlichkeit der Lage also offenbar erkannt und (zumindest) für den Fall grenzüberschreitender Spaltung eine positivrechtliche Grundlage im BWG geschaffen. Da vom weiten Begriff der Niederlassungsfreiheit – wie bereits erwähnt – aber nicht nur grenzüberschreitende Sitzverlegungen und Verschmelzungen, sondern auch grenzüberschreitende Unternehmenskäufe erfasst sind, haben dieselben Überlegungen auch im vorliegenden Fall zu gelten.

Dabei bestätigt sich bei näherer Überprüfung der Verdacht, dass ein Verbot von grenzüberschreitenden Unternehmensverkäufen aufgrund von § 38 BWG gegen Art 49 AEUV verstoßen würde.

2. Verbot grenzüberschreitender Unternehmenskäufe als Verstoß gegen Art 49 AEUV

Eine Berufung auf den Rechtfertigungsgrund der »öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit« (worunter i.e.S. das »Schutzsystem zur Bekämpfung von Gewaltanwendung im Inneren oder von außen«⁷⁹ zu verstehen ist) kommt im Fall des Bankgeheimnisses offenkundig nicht in Betracht. Aber auch eine Anwendung

78 AB 60 BlgNR 26. GP 3.

79 Müller-Graff in Streinz, EUV/AEUV³ Art 52 AEUV Rz 10 ff.

des Rechtfertigungsgrundes der öffentlichen Ordnung wird im Fall des Bankgeheimnisses scheitern. Unter öffentlicher Ordnung iSd des Unionsrechts sind grundsätzlich »die elementaren unverzichtbaren Grundregeln« zu verstehen, »die im Grundinteresse der zivilen und politischen Struktur der Gesellschaft«⁸⁰ liegen. Dass Verstöße gegen das Bankgeheimnis vom EuGH als eine solche schwerwiegende Gefährdung eingestuft werden, ist nicht zu erwarten, zumal wirtschaftliche Interessen wie etwa der Schutz der Kreditwirtschaft vom EuGH an anderer Stelle bereits ausdrücklich nicht unter diesen Rechtfertigungsgrund subsumiert werden.⁸¹

Damit verbliebe die Berufung auf zwingende Allgemeininteressen. Ein Blick auf die bisher vom EuGH als zulässig erachteten Gründe zeigt allerdings, dass auch hier eine Übertragung auf das Bankgeheimnis misslingt: So hat der EuGH als derartige Gründe etwa die Wirksamkeit der nationalen Steueraufsicht,⁸² den Umweltschutz und die Raumordnung,⁸³ aber auch die Befriedigung des Wohnbedarfs einheimischer Bevölkerungsteile angesehen.⁸⁴ Die diesen Schutzinteressen zugrundeliegenden Wertungen lassen sich jedoch nicht auf das Bankgeheimnis übertragen. Kommt es bei einem Unternehmensübergang innerhalb der Union zu einem Kontakt mit Daten, die mittlerweile ohnehin in größtmöglichem Umfang Gegenstand eines internationalen Informationsaustausches sind und auf die der Aufnahmestaat ohnehin bereits aufgrund eigener nationaler Vorschriften Zugriff hat, sind damit ungleich weniger gravierende Allgemeininteressen betroffen, als dies bei den genannten Rechtfertigungsgründen der Fall ist.

Doch selbst dann, wenn beim Bankgeheimnis von einem schutzwürdigen Allgemeininteresse ausgegangen würde, wäre in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob die vom Mitgliedstaat gesetzte Maßnahme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.⁸⁵ Dies erscheint im vorliegenden Fall problematisch: Dabei ist nämlich insbesondere danach zu fragen, »ob eine Maßnahme über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die verfolgten Ziele zu erreichen«⁸⁶. Ruft man sich auch hier in Erinnerung, dass ein Informationsaustausch von Bankdaten innerhalb des Union bereits zum Standardprozedere gehört und die Behörden des Zweigniederlassungsstaates schon jetzt Zugriff auf die in Rede stehenden Daten haben, bleibt unterm Strich kein schutzwürdiges Interesse übrig.

80 Müller-Graff in Streinz, EUV/AEUV³ Art 52 AEUV Rz 8.

81 Tiedje in van der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht⁷ Art 52 AEUV Rz 22 ff.

82 EuGH C-250/95 (*Futura Participations*).

83 EuGH C-400/08 (*Kommission/Spanien*).

84 EuGH verb Rs C-197/11 u C-203/11 (*Libert u. a.*).

85 Tiedje in van der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht⁷ Art 49 AEUV Rz 118 ff; Korte in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV³ Art 49 Rz 65 ff mwN.

86 Tiedje in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht⁷ Art 49 AEUV Rz 120.

IV. Ergebnisse

Somit können folgende Ergebnisse zusammengefasst werden:

1. Das österreichische Bankgeheimnis steht einem Unternehmensverkauf im Wege eines Asset Deals im Allgemeinen nicht entgegen.
2. Anders als bei (rechtsgeschäftlichen) Forderungsabtretungen, die vom OGH aus Sicht des Bankgeheimnisses weitgehend für unzulässig befunden werden, ist eine Informationsweitergabe bei Unternehmensverkäufen unproblematisch. Dabei kommt es zum Übergang des kompletten Kundenverhältnisses und des damit verbundenen Geheimhaltungsanspruchs, wodurch sich für Kunden keine Nachteile mit Blick auf das Niveau des Geheimnisschutzes ergeben.
3. Zwar wäre bei einem grenzüberschreitenden Unternehmensübergang das Gleichbleiben des Schutzniveaus für Kunden nicht zwangsläufig gesichert, da ein im Ausland ansässiger Erwerber nicht dem (räumlichen) Anwendungsbereich des § 38 BWG unterliegen würde. Ein »Hinauskippen« aus dem Anwendungsbereich von § 38 BWG im Wege des Unternehmensverkaufes erscheint dabei aber schon deshalb nicht problematisch, da dies auch bei gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen im Inland möglich und zulässig ist (§ 21 Z 7 BWG). Nach allgemeinen Grundsätzen spricht daher dann nichts gegen die Zulässigkeit des Unternehmensverkaufs, wenn sich im konkreten Fall aus Sicht der Kunden ein vergleichbares Schutzniveau ergibt.
4. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt: Einerseits sind die derzeit nach § 38 BWG geschützten Kundendaten ausländischer Kunden schon jetzt Gegenstand eines weitgehenden internationalen Informationsaustausches. Zum anderen unterliegen die betroffenen Daten aufgrund der grenzüberschreitenden Tätigkeit auch schon jetzt ebenfalls dem Regime des Bankgeheimnisses des Zweigniederlassungsstaates. Dies führt zu dem Ergebnis, dass ein Unternehmensübergang im vorliegenden Fall keine Verschlechterung des Geheimnisschutzes für die betroffenen Kunden mit sich brächte: Die Weitergabe von Daten an Dritte und der Zugriff durch Behörden des Zweigniederlassungsstaates wäre – wie bisher – nach Maßgabe der dortigen Vorschriften zulässig. Darüber hinaus wären alle bisher von § 38 BWG geschützten Kundendaten aufgrund der zeitlichen Unbegrenztheit des Bankgeheimnisses bei der österreichischen übertragenden Bank auch weiterhin nach Maßgabe des § 38 Abs 2 BWG geschützt.
5. Die Zulässigkeit der Auslagerung ist überdies auch aus europarechtlicher Sicht geboten. Eine Auslegung von § 38 BWG, wonach ein grenzüberschreitender Unternehmensverkauf innerhalb der EU unzulässig wäre, würde in

unzulässiger Weise gegen die in Art 49 AEUV verankerte Niederlassungsfreiheit verstoßen. Im Einklang mit dem europäischen Primärrecht ist der vorliegende grenzüberschreitende Unternehmensübergang daher als zulässig anzusehen.

6. Das Fazit eines »herkömmlichen« Beitrags zum internationalen Bankrecht würde vielleicht mit der Hoffnung schließen, dass die Ausführungen auf Zustimmung der Judikatur – oder der Finanzmarktaufsicht – stoßen. An dieser Stelle sei uns verziehen, dass wir auf das »placet« einer anderen Instanz hoffen, deren Forschen und Wirken die im Beitrag angesprochenen Fächer noch viele Jahre prägen möge: Ad multos annos, lieber Peter!

□