

DIPLOMARBEIT

zur Erlangung

des akademischen Grades
einer Magistra der Rechtswissenschaften
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens-Universität Graz

über das Thema

Die Durchbrechung des Bankgeheimnisses in Österreich und der Schweiz aus strafrechtlicher Sicht

eingereicht bei

Univ.-Prof. Dr. Gabriele Schmölzer
Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie

von

Alice König
Schrötten 2
8411 Hengsberg

Hengsberg, im Jänner 2013

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere, dass ich die eingereichte Diplomarbeit selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfsmittel bedient habe. Ich versichere ferner, dass ich diese Diplomarbeit bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als wissenschaftliche Arbeit vorgelegt habe.

Hengsberg, im Jänner 2013

Unterschrift:

INHALTSVERZEICHNIS

1. EINLEITUNG.....	1
2. DIE RECHTSLAGE IN ÖSTERREICH.....	3
2.1 HISTORISCHES.....	3
2.2 DIE RECHTSGRUNDLAGEN IN ÖSTERREICH.....	5
2.2.1 Die Bestimmung des § 38 BWG.....	5
2.2.2 Die MRK.....	7
2.3 INHALT UND REICHWEITE DES BANKGEHEIMNISSES.....	8
2.3.1 Der Geheimnisbegriff.....	8
2.3.1.1 Illegale Handlungen und ihre Geheimhaltungspflicht.....	16
2.3.1.2 Die Bilder einer Überwachungskamera.....	17
2.3.1.3 Das anonyme Konto.....	19
2.3.2 Die zeitliche Geltung.....	20
2.4 DIE DURCHBRECHUNG DES BANKGEHEIMNISSES.....	22
2.4.1 Die gesetzlichen Ausnahmen.....	22
2.4.1.1 Die Ausnahmen gem § 38 Abs 2 BWG.....	22
2.4.1.2 Die Durchbrechung im Rahmen der StPO.....	33
2.4.1.2.1 Die Kontoöffnung und die Kontoüberwachung.....	34
2.4.1.2.2 Die gerichtliche Bewilligung gem § 116 StPO.....	36
2.4.1.2.2.1 Die Voraussetzungen.....	36
2.4.1.2.2.2 Die Beschwerde.....	39
2.4.1.2.2.3 Das Problem der „fishing expeditions“.....	46
2.4.1.3 Weitere Durchbrechungsgründe.....	46
2.4.1.3.1 Die Bestimmung des § 38 Abs 3 BWG.....	46
2.4.1.3.2 Die Konsolidierung.....	47
2.4.1.3.3 Das Kreditinstitut als Drittschuldner.....	48
2.4.1.3.4 Die Durchbrechungsmöglichkeiten des B-VG.....	49
2.4.1.3.5 Die Durchbrechungsmöglichkeiten im Privatrecht.....	49
2.4.2 Die Folgen der Verletzung des Bankgeheimnisses.....	50
2.4.2.1 Die Bestimmung des § 101 BWG.....	50
2.4.2.1.1 Die Abgrenzung zu §§ 121, 122 StGB.....	54

2.4.2.1.2 Die Abgrenzung zum Amtsmissbrauch.....	55
2.4.2.2 Die zivilrechtlichen Folgen.....	56
2.4.2.2.1 Der Schadenersatz.....	57
2.4.2.2.2 Ideelle Schäden.....	58
2.4.2.3 Die Folgen im Rahmen der StPO.....	59
2.4.2.3.1 Die gerichtliche Hinterlegung der Unterlagen.....	59
2.4.2.3.2 Die Durchsuchung des Kreditinstitutes.....	60
2.4.2.3.3 Die neue Rechtslage seit 01.09.2012.....	61
2.4.3 Die Meldepflicht des Kreditinstitutes.....	62
2.4.3.1 Das Auslösen der Meldepflicht für das Kreditinstitut.....	62
2.4.3.2 Der Begriff der Transaktion.....	64
2.4.3.3 Das „Einfrieren“ von Kundengeldern.....	64
2.4.3.4 Die Folgen der Meldung an das BKA.....	64
3. DIE RECHTSLAGE IN DER SCHWEIZ	68
3.1 EINLEITUNG UND HISTORISCHES.....	68
3.2 DIE RECHTSGRUNDLAGE.....	69
3.2.1 Die Bestimmung des Art 47 BankG.....	69
3.2.2 Die strafrechtlichen Grundlagen.....	71
3.3 DIE DURCHBRECHUNG DES BANKGEHEIMNISSES.....	75
3.3.1 Die Ausnahmen.....	75
3.3.1.1 Die gesetzlichen Ausnahmen	75
3.3.1.1.1 Die Überwachung von Bankbeziehungen.....	75
3.3.1.2 Die Beschwerdemöglichkeit der überwachten Person.....	79
3.3.1.3 Die Einwilligung des Kontoinhabers.....	80
3.3.1.3.1 Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	80
3.3.1.4 Die Bestimmungen über Zeugnis- und Auskunftspflichten.....	82
3.3.1.4.1 Die neue Rechtslage seit 01.01.2011.....	82
3.3.1.4.2 Die Verweigerung der Zeugenaussage.....	84
3.3.2 Die Sanktionen.....	84
3.3.2.1 Die Verletzung des Bankkundengeheimnisses.....	84
3.3.2.2 Die Strafnormierung des Art 47 BankG.....	91
4. DER FALL MUAMMAR AL-GADDAFI.....	92
4.1 DER FALL DES MUAMMAR AL-GADDAFI IN DER SCHWEIZ.....	92
4.2 DER FALL DES MUAMMAR AL-GADDAFI IN ÖSTERREICH.....	94

5. VERGLEICH.....	95
5.1 MATERIELLRECHTLICHER VERGLEICH.....	95
5.2 STRAFPROZESSRECHTLICHER VERGLEICH.....	99
6. ERGEBNIS.....	101
7. QUELLENVERZEICHNIS.....	104
7.1 LITERATURVERZEICHNIS.....	104
7.1.1 Österreichische Literatur.....	104
7.1.2 Schweizer Literatur.....	108
7.2 JUDIKATURVERZEICHNIS.....	110
7.2.1 Österreichische Entscheidungen.....	110
7.2.1.1 Entscheidungen des VfGH.....	110
7.2.1.2 Entscheidungen des VwGH.....	110
7.2.1.3 Entscheidungen des OGH.....	110
7.2.1.4 Entscheidungen des LG.....	111
7.2.2 Schweizer Entscheidungen.....	112
7.3 INTERNETQUELLEN abgerufen am 14.01.2013.....	113
7.3.1 Internetquellen zum Österreichischen Recht.....	113
7.3.2 Internetquellen zum Schweizer Recht.....	115

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AB	Ausschussbericht
ABB	Allgemeine Bankbedingungen
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 idgF
ABI	Amtsblatt der EU
Abs	Absatz
ADG	Amtshilfe-Durchführungsgesetz BGBl I Nr 2009/102 idgF
aF	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
allg	allgemein
Anm	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
Art	Artikel
AS	amtliche Sammlung des Bundesrechts
AußStrG	Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111 idgF
BankG	Schweizer Bundesgesetz über Banken und Sparkassen vom 08.11.1934, SR 952 idgF
BG	Bezirksgericht
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch RGrB 1896/195 idgF
BGE	Entscheidungen des Schweizer Bundesgerichtes (Leitentscheidungen)
BGBl	Bundesgesetzblatt
BlgNr	Beilagennummer
BKA	Bundeskriminalamt

BörseG	Börsegesetz 1989 BGBl 1089/555 idgF
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz wiederverlautbart BGBl 1930/1 idgF
BWA	Bundeswertpapieraufsicht
BWG	Bundesgesetz über das Bankwesen BGBl 1993/532 idgF
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
EG	Europäische Gemeinschaft
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGZPO	Gesetz vom 1. August 1895 betreffend die Einführung des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten RGBl 1895/112 idgF
EO	Exekutionsordnung RGBl 1896/79 idgF
ErIRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EvBl	Evidenzblatt
EVHGB	Handelsrechtliche Einführungsverordnung
f	und der folgende
ff	und die folgenden
FinStrG	Finanzstrafgesetz BGBl Nr 1958/129 idgF
FMA	Finanzmarktaufsicht
FN	Fußnote

G8-Gipfel	Gipfel der acht größten Industrienationen der Welt
gem	gemäß
ggf	gegebenenfalls
GOG-NR	Geschäftsordnungsgesetz 1975 BGBl 1975/410 idgF
GP	Gesetzgebungsperiode
GwG	Schweizer Geldwäschegesetz idgF
HaRÄG	Handelsrechts-Änderungsgesetz BGBl I 2005/120 idgF
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
JABI	Amtsblatt der österreichischen Justizverwaltung
JB	Juristische Blätter
JEV	Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge
JGS	Justizgesetzsammlung Österreichs, Gesetze und Verordnungen im Justizfach (1780 - 1848)
JSt	Journal für Strafrecht
KSchG	Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140 idgF
KWG	Kreditwesengesetz BGBl 1979/63 idgF

L	legis latio
LG	Landesgericht
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
lit	litera (Buchstabe)
Mat	Materialien
mE	meines Erachtens
MRK	Europäische Menschenrechtskonvention
mwN	mit weiteren Nachweisen
NBG	Nationalbankgesetz 1984 BGBl 1984/50 idgF
Nr	Nummer
nF	neue Fassung
NZZ	Neue Züricher Zeitung
ÖBA	Österreichisches Bank-Archiv
ÖBI	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OeNB	Österreichische Nationalbank
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz vom 30.03.1911 betreffend die Ergänzung zum Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) idgF
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖStZ	Österreichische Steuerzeitung
ÖZW	Österreichische Zeitung für Wirtschaftsrecht
PostSpG	Postsparkassengesetz BGBl 1969/458
Prot	Protokoll

RdW	Recht der Wirtschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
RH	Rechtshilfe
RL	Richtlinie
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
RZ	Österreichische Richterzeitung
SbgK-StGB	Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch
schwNBG	Schweizer Nationalbankgesetz vom 03.10.2003 idgF
schwStGB	Schweizer Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 idgF
schwStPO	Schweizer Strafprozessordnung vom 05.10.2007 idgF
schwZGB	Schweizer Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 idgF
schwZPO	Schweizer Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 idgF
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog	sogenannte
SSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten
StrÄG 2002	Strafrechtsänderungsgesetz 2002 BGBl I 134
StGB	Strafgesetzbuch BGBl 1974/60 idgF
StPO	Strafprozessordnung 1975 (wiederverlautbart) BGBl 1975/631 idgF
SZ	Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
Übk	Übereinkommen
UGB	Unternehmensgesetzbuch BGBl 2005/120

UNO	United Nations Organisation
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
VbVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz BGBl I 2005/151 idgF
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Amtliche Sammlung des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WAG 2007	Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 BGBl I 2007/60
WBI	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WK-StGB	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch
WK-StPO	Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZFR	Zeitung für Finanzmarktrecht
ZPO	Zivilprozessordnung RGGBl 1895/113 idgF

1. EINLEITUNG

Das Bankgeheimnis hat in Österreich eine sehr lange Tradition. Auch schon vor dessen endgültiger Normierung im BWG war das Bankgeheimnis als vertragliche Pflicht für den Berufsstand des Bankiers gültig. Der Bankkunde konnte sich auf die Verschwiegenheit und auf die Geheimhaltung seiner Daten verlassen. Die Tätigkeit eines Juristen in einem Kreditinstitut stellt ein mögliches Berufsfeld dar, für das ich mich besonders interessiere. Im Rahmen meiner Suche nach einem Arbeitsplatz nach dem Studium, bin ich auf diese Aufgabe in einer Bank gestoßen. Es fiel mir auf, dass sich Juristen im Bereich des Bankwesens nach dem Studium das notwendige strafrechtliche Wissen über das BWG und alles, was dazugehört, erst erarbeiten müssen. Ich beabsichtige, all den Fragen, die den Geheimnisschutz betreffen, juristisch auf den Grund zu gehen.

Da die Arbeitsplatzsuche parallel mit der Suche nach einem Thema für meine Diplomarbeit verlief, entschloss ich mich kurzer Hand, diese beiden Dinge miteinander zu verknüpfen. Auch der Rechtsvergleich mit der Schweiz war für mich von Anfang an sehr interessant, da ich schon immer von diesem Land fasziniert war. Wie schaut es in diesem Staat mit dem Bankgeheimnis aus? Der Schweizer Finanzsektor ist seit jeher fast „sagenumwoben“ und ich will in meiner Diplomarbeit herausarbeiten, ob und bejahendenfalls wie sich das Bankgeheimnis der Schweiz von dem in Österreich unterscheidet.

Die Aktualität meiner Diplomarbeit zeigt sich insbesondere darin, dass die durch das Bankgeheimnis geschützten Konten immer wieder in das Kreuzfeuer der Kritik gelangen, weil diese dazu verwendet werden, um illegal Gelder im Ausland am Fiskus vorbei, anzulegen. Schätzungen zu Folge liegen in der Schweiz an die 12 bis 20 Milliarden Euro an „Österreichischem Schwarzgeld“.¹

¹ Pechar, Schwarzgeld wird zu Weißgeld http://www.wienerzeitung.at/_em_cms/globals/print.php?em_ssc=LCwsLA=&em_cnt=450276&em_loc=67&em_ref=/nachrichten/oesterreich/politik/&em_ivw=RedCont/Politik/Inland&em_absatz_bold=0 (abgefragt am 14.01.2013).

Meine Diplomarbeit gliedert sich im Wesentlichen in drei große Teilbereiche, wobei der erste die Rechtslage in Österreich darstellt.

Anschließend lege ich das Schweizer Recht dar, um im dritten Teil einen Vergleich anzustellen und ein Resümee zu ziehen.

Wegen der einfacheren Lesbarkeit sind alle personenbezogenen Formulierungen nur in männlicher Form gefasst. Diese gelten für die weibliche Form sinngemäß.

2. DIE RECHTSLAGE IN ÖSTERREICH

2.1 HISTORISCHES

Schon vor der gesetzlichen Verankerung des Bankgeheimnisses in Österreich waren die Kreditinstitute zur Verschwiegenheit bankbezogener Informationen verpflichtet. Sie durften geschäftliche Angelegenheiten ausschließlich mit dem Kunden selbst besprechen und nur ausdrücklich berechtigten Personen eine Auskunft über die, dem Geheimnisschutz unterliegenden Tatsachen, erteilen. Diese Tatsachen waren zum damaligen Zeitpunkt etwa das Bestehen eines Kontos, Buchungen auf dem Konto oder andere einzelne Buchungen auf dem Konto. Die Auskunft über die Kreditwürdigkeit oder die Ablehnung eines Kreditantrages gehörten ebenfalls zu diesen Informationen. Die Verschwiegenheitspflicht des Bankiers wurde als vorvertragliche bzw vertragliche Schutz- und Nebenpflicht gesehen.² In Österreich und Deutschland gab es seit jeher anonyme Konten. Nur durch den Anschluss Österreichs an Deutschland³ wurden die anonymen Konten in diesen beiden Staaten durch die Übernahme der Deutschen Reichsabgabenordnung⁴ in Österreich verboten. Jedes Kreditinstitut hatte ab diesem Zeitpunkt Aufzeichnungen über die Identität seiner Kunden in Österreich und Deutschland zu führen. Nach dem Krieg war es für die Kreditinstitute schwer, neue Klienten zu gewinnen. Niemand hatte Geld, das er anlegen bzw überhaupt an eine Bank übergeben wollte. Im Rahmen der Maßnahmen des Währungsschutzgesetzes⁵ wurden auch Gelder von Kunden „eingefroren“ bzw ganze Bankguthaben vom Staat konfisziert und damit das Vertrauen in die Kreditinstitute verwirkt. Um Anleger zu gewinnen, wurde die Bestimmung der Aufzeichnungspflicht über die Identität der Bankkunden im Jahr 1948 aufgehoben.⁶ Seither hatten die Kreditinstitute nicht mehr die Pflicht,

² *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Das Bankgeheimnis (1985) 24; *Ortner*, Das Bankgeheimnis: Rechtsvergleich Österreich, Deutschland, Schweiz, Liechtenstein und Luxemburg (1995) 21 f; *Weber*, Das Bankgeheimnis bei eingeleiteten gerichtlichen Strafverfahren, RdW 1990, 437.

³ Anschluss Österreichs an Deutschland am 12.03.1938.

⁴ Gesetzblatt für das Land Österreich 1938/565.

⁵ BGBl 1947/250.

⁶ BGBl 1948/151

personenbezogene Daten ihrer Kunden abzuspeichern bzw überhaupt aufzunehmen.⁷ Ab diesem Zeitpunkt war auch weiterhin das Bankgeheimnis gewahrt, da durch den Wegfall der Aufzeichnungspflicht den Banken eine Auskunft gar nicht möglich war. Es lagen bei den Geldinstituten einfach keine Daten vor. Trotzdem war es schon seinerzeit gängige Praxis, dass sich die Strafverfolgungsbehörden mittels Erhebungsaufträgen an die Kreditinstitute wandten, um Auskünfte zu erlangen. Zum damaligen Zeitpunkt verweigerten die Banken regelmäßig die Auskunft mit dem Hinweis, dass es für sie unmöglich sei, Buchungen gewissen Personen zuzuordnen bzw meinten, dass sie die benötigten Daten überhaupt nicht hätten. Das hielt die Ermittlungsbehörden jedoch nicht davon ab, im Zuge von Hausdurchsuchungen selbst im Kreditinstitut Nachschau zu halten. Wurden Daten zu der verdächtigten Person gefunden, konnte das Kreditinstitut die Beschlagnahme durch die Ermittlungsbehörden nicht mehr verhindern.⁸ Wurden aber keine Daten gefunden, so handelte es sich bei der gesuchten Bankverbindung um ein anonym geführtes Konto und die Ermittlungsbehörden standen „mit leeren Händen da“. Außerdem waren eine Hausdurchsuchung und eine darauf folgende Beschlagnahme in einem Kreditinstitut dem Geschäft abträglich.⁹ Durch diese Maßnahmen der Ermittlungsbehörden wurde der Ruf des Kreditinstitutes massiv geschädigt und es gingen immer mehr Anleger verloren. Jeder Bankkunde wollte sein Geld lieber bei einem Kreditinstitut anlegen, das gewährleistete, dass keine solchen Eingriffe stattfinden. Deshalb forderten die damaligen Banken eine eindeutige Regelung, wann und unter welchen Umständen eine Ermittlungsbehörde die Unterlagen einsehen darf und wann nicht. Die Kreditwirtschaft glaubte, dadurch imageschädigende Hausdurchsuchungen verhindern zu können.¹⁰ Die RV zum PostSpG¹¹ wurde zusammen mit der RV zum KWG 1969¹² und der Nationalbankgesetz-Novelle 1969 im Parlament eingebracht. Die RV des KWG 1969 enthielt ebenfalls bereits eine Geheimhaltungspflicht. Diese war mit der Regelung im PostSpG ident. Der Entwurf tat aber nie in Kraft.

⁷ *Ortner*, Bankgeheimnis 4.

⁸ *Flora*, Das Bankgeheimnis im gerichtlichen Strafverfahren (2007) 2.

⁹ *Liebscher*, Das Bankgeheimnis im In- und Ausland, ÖJZ 1984, 235.

¹⁰ *Flora*, Bankgeheimnis 2.

¹¹ BGBl 1969/458.

¹² RV 1277 BlgNr 11. GP.

Die erste gesetzliche Normierung des Bankgeheimnisses erfolgte in § 22 Abs 3 PostSpG 1969.¹³ In diesem Gesetz wurde eine Geheimhaltungspflicht normiert, sofern nicht aufgrund eines Gesetzes eine Auskunfts-, Melde- oder Offenbarungspflicht bestand bzw der Kunde mit der Offenbarung einverstanden war. Mit der Einführung des KWG 1979¹⁴ wurde dann zehn Jahre später das Bankgeheimnis für alle Kreditunternehmen verbindlich geregelt. Die Formulierung lautete¹⁵: *„Die Kreditunternehmungen, deren Gesellschafter und Mitglieder von Organen, sowie die bei ihnen tätigen Personen dürfen Geheimnisse, die ihnen ausschließlich auf Grund der Geschäftsverbindungen mit dem Kunden anvertraut oder zugänglich gemacht worden sind; nicht offenbaren oder verwerten (Bankgeheimnis).“*

2.2 DIE RECHTSGRUNDLAGEN IN ÖSTERREICH

2.2.1 Die Bestimmung des § 38 BWG

Die Rechtsgrundlage für das Bankgeheimnis findet sich in Österreich in der Bestimmung des § 38 BWG.¹⁶ Das BWG ersetzte im Jahr 1993 das KWG.¹⁷ Damals wurde die Regelung des KWG fast wortgleich in das BWG übernommen. Lediglich der Begriff „Bank“ wurde durch das Wort „Kreditinstitut“ ersetzt.¹⁸ Die letzte Änderung

¹³ Die Österreichische Postsparkasse, die bei ihr tätigen Personen und die im Postsparkassendienst tätigen Postbediensteten dürfen Konten und Depots sowie sonstige einen Kunden der Postsparkasse betreffende, ihnen ausschließlich kraft der mit diesem Kunden bestehenden Geschäftsverbindung bekannt gewordene Tatsachen, deren Geheimhaltung im berechtigten Interesse des Kunden geboten ist, nicht offenbaren, sofern nicht auf Grund eines Gesetzes eine Auskunfts-, Melde- oder Offenbarungspflicht besteht oder der Kunde mit der Offenbarung einverstanden ist. Dies gilt auch für die Zeit nach Beendigung der Geschäftsverbindung. Die Bestimmungen des § 104 Abs 1 lit b des FinStrG, BGBl 1958/129, berechtigen nicht zur Verweigerung.

¹⁴ BGBl 1979/63.

¹⁵ § 23 Abs 1 KWG 1979.

¹⁶ BGBl 1993/532 zuletzt geändert mit BGBl I 2007/108.

¹⁷ BGBl 1979/63.

¹⁸ Kreditinstitute sind gem § 4 BWG jene Unternehmungen, denen von der FMA eine Konzession zum Betrieb von Bankgeschäften erteilt wurde. Jedoch ist keine Konzession notwendig, wenn die Bank bereits vor Inkrafttreten des BWG zum Betrieb von Bankgeschäften berechtigt war.

fand im Jahr 2012 statt, betraf den § 38 BWG und somit das Bankgeheimnis nicht.¹⁹

Die Bestimmung des § 38 BWG sichert das Vertrauensverhältnis zwischen Bankkunden und Kreditinstitut gesetzlich ab.²⁰

Es wird normiert welche Personen vom Bankgeheimnis geschützt sind und im Abs 2 leg cit wird festgelegt, wann die Durchbrechung des Bankgeheimnisses möglich bzw erlaubt ist. Die Bestimmung des § 38 Abs 4 BWG regelt, dass auch Finanzinstitute²¹ berechtigt sind, sich auf § 38 Abs 1 bis 3 BWG zu berufen. Demzufolge ist für Finanzinstitute die Durchbrechung des Bankgeheimnisses nur unter diesen Voraussetzungen möglich. Besonderes Augenmerk ist auf die Bestimmung des § 38 Abs 5 BWG zu legen. Diese steht im Verfassungsrang und normiert auch für die vorangehenden vier Absätze ein höheres Präsenz- und Konsensquorum zur Abänderung. So wird das Bankgeheimnis in doppelter Weise gesichert: Für die Abänderung des § 38 Abs 1 bis 4 BWG braucht es im Parlament die Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Abgeordneten und von diesen müssen mindestens zwei Drittel der Änderung zustimmen.²² Will man jedoch diese erhöhten Quoren des § 38 Abs 5 BWG ändern, so ist dies nur möglich, wenn die Hälfte der Abgeordneten anwesend ist und davon zwei Drittel der Änderung zustimmen.²³ Durch den Verfassungsrang des § 38 Abs 5 BWG wird allerdings kein verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Recht auf einen Geheimnisschutz begründet.²⁴

Es stellt sich die Frage, ob es sich bei dem Katalog des § 38 Abs 2 BWG um eine taxative oder demonstrative Aufzählung der Ausnahmetatbestände handelt. Der Gesetzestext und die ErlRV²⁵ lassen vermuten, dass der Katalog des Abs 2 leg cit ein taxativer ist. Die Durchbrechung wird nämlich „nur“ für die Fälle des Abs 2 leg cit

¹⁹ BGBl I 2012/119.

²⁰ OGH 6 Ob 27/97 g SZ 65/23 = EvBl 1992/58 = JBl 1992/599 = ÖBl 1992/21 = ÖBA 1992/829.

²¹ Definition Kredit- bzw Finanzinstitut gem § 1 BWG.

²² *Kerres/Pröll*, Aktuelle Entwicklungen zum Bankgeheimnis, *ecolex* 2009, 623; *Flora*, Bankgeheimnis 6.

²³ Art 44 Abs 1 B-VG, § 82 Abs 2 Z 1 GOG-NR.

²⁴ *Sommer/Hirsch in Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz Kommentar (1. Lieferung Dezember 2007) § 38 BWG Rz 28.

²⁵ ErlRV 1130 BlgNr 18. GP 141.

vorgesehen. *Chini/Frölichsthal*²⁶ führen weitere Durchbrechungsmöglichkeiten an, die in Abs 2 leg cit nicht genannt sind. Der VwGH²⁷ folgte der hL²⁸ und bestätigte in seiner Entscheidung vom 28.10.1994, dass die Aufzählung der Ausnahmen in § 38 Abs 2 BWG eine demonstrative ist.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Aufzählung der Durchbrechungsgründe im § 38 Abs 2 BWG lediglich demonstrativen Charakter besitzt und somit aus dem zuvor geschilderten „doppelten Schutz“ keinen Nutzen zieht, da auch schon auf einfach gesetzlicher Ebene in das Bankgeheimnis eingegriffen werden kann.²⁹

Als Beispiel wäre die Auskunftspflicht nach § 41 Abs 1 a BWG (einfach gesetzliche Regelung) anzuführen. Diese Auskunftspflicht findet sich lediglich im § 41 Abs 1 und 2 BWG und ist in § 38 Abs 2 Z 2 BWG nicht erwähnt.

Hierbei könnte es sich aber auch um ein redaktionelles Versehen handeln oder es wurde aufgrund der veränderten Mehrheitsverhältnisse im Parlament erst gar nicht versucht, die fehlende Regelung in § 38 Abs 2 BWG unterzubringen.³⁰

2.2.2 Die MRK

Aus der Bestimmung des Art 8 MRK³¹ kann ebenfalls ein Schutz des Bankgeheimnisses abgeleitet werden.³² Der Art 8 MRK garantiert den Schutz des Privat- und Familienlebens gegenüber dem Staat. Die Privatsphäre ist dadurch gekennzeichnet, dass der Staat oder Dritte ohne Zustimmung des Betroffenen nicht in das geschützte Gut (hier das Privat- und Familienleben) eindringen dürfen. Ob und in wie weit darunter auch der Schutz des Bankgeheimnisses fällt, ist fraglich. Da nur wenige Tatsachen, die dem Kreditinstitut zugehen, den höchstpersönlichen Bereich

²⁶ (Hrsg), Praxiskommentar zum Bankwesengesetz² (1997) § 38 BWG FN 23.

²⁷ 94/17/0297 JBI 1995/336.

²⁸ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Bankvertragsrecht Geschäftsbeziehung I² (2007) Rz 2/62; *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 93 ff; *Klein*, Das Bankgeheimnis im österreichischen Privatrecht (2009) 50.

²⁹ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/62; *Flora*, Bankgeheimnis 6; *Chini/Frölichsthal*, Bankwesengesetz² § 38 Anm 23.

³⁰ *Flora*, Bankgeheimnis 6.

³¹ BGBl 1958/210.

³² *Flora*, Bankgeheimnis 3 f.

betreffen, ist die Bedeutung des Art 8 MRK im Bereich des Bankgeheimnisses zu vernachlässigen.³³

2.3 INHALT UND REICHWEITE DES BANKGHEIMNISSES

2.3.1 Der Geheimnisbegriff

Durch das Bankgeheimnis werden gem § 38 Abs 1 BWG folgende Geheimnisse geschützt:

Kreditinstitute, ihre Gesellschafter, Organmitglieder, Beschäftigte sowie sonst für Kreditinstitute tätige Personen dürfen Geheimnisse, die ihnen ausschließlich auf Grund der Geschäftsverbindungen mit Kunden oder auf Grund des § 75 Abs 3 anvertraut oder zugänglich gemacht worden sind, nicht offenbaren oder verwerten (Bankgeheimnis). Werden Organen von Behörden sowie der Oesterreichischen Nationalbank bei ihrer dienstlichen Tätigkeit Tatsachen bekannt, die dem Bankgeheimnis unterliegen, so haben sie das Bankgeheimnis als Amtsgeheimnis zu wahren, von dem sie nur in den Fällen des Abs 2 entbunden werden dürfen. Die Geheimhaltungsverpflichtung gilt zeitlich unbegrenzt.

Über die Interpretation des Begriffes des Bankgeheimnisses besteht für den Bankkunden Unsicherheit, da keine Legaldefinition besteht.³⁴ Grundsätzlich wird eine Tatsache als „geheim“ angesehen, wenn es einer interessierten Person nicht oder nur schwer möglich ist, Einsicht zu nehmen.³⁵ Das bedeutet, dass zB Informationen aus dem Grundbuch, Firmenbuch oder auch der Insolvenzdatei nicht geheim sind, da diese Informationen von jeder Person einfach beschafft werden können.³⁶

³³ *Ortner*, Bankgeheimnis 28.

³⁴ *Sommer/Hirsch in Dellinger*, Bankwesengesetz (2007) § 38 Rz 42.

³⁵ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 37; *Apathy/Koch in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/44; *Sommer/Hirsch in Dellinger*, Bankwesengesetz (2007) § 38 Rz 42.

³⁶ Das Grundbuch als „offenes“ Buch; Insolvenzdatei

<http://edikte.justiz.gv.at/edikte/id/idedi8.nsf/suche!OpenForm&subf=e> (abgefragt am 14.01.2013).

Die ErlRV sprechen jedoch davon, dass das Bankgeheimnis alle einen Kunden betreffenden Tatsachen umfasst, die nur einer beschränkten Zahl von Personen bekannt sind und bei deren Offenbarung der Bankkunde einen Nachteil erleiden würde.³⁷

Ganz ähnlich legen *Leukauf/Steininger*³⁸ den Geheimnisbegriff an.

Der OGH³⁹ judizierte in diesem Zusammenhang mehrfach: *„Unter einem Geheimnis im Rechtssinn ist eine Tatsache zu verstehen, die entweder nur dem Geheimnisträger selbst oder doch jedenfalls nur einem verhältnismäßig beschränkten Personenkreis bekannt ist und nach dem Interesse und dem Willen des Geheimnisgeschützten nicht über diesen Kreis hinaus bekannt werden soll. Es muss sich um Tatsachen handeln, deren Offenbarung oder Verwertung geeignet ist, ein berechtigtes Interesse des Kunden zu verletzen.“*

Dem schließt sich *Fabrizy*⁴⁰ an. Er definiert ein Geheimnis als *„eine Tatsache, die nur dem Träger dieses Geheimnisses und allenfalls noch seinem vertrauten Kreis bekannt ist, und bei der ein natürliches Interesse besteht, sie Außenstehenden nicht bekannt zu machen.“*

Bei dem Begriff des Geheimnisses ist zu unterscheiden zwischen objektivem und subjektivem Geheimhaltungswillen: Der objektive Geheimhaltungswille⁴¹ liegt dann vor, wenn ein Dritter in derselben Situation ebenfalls die Geheimhaltung der betroffenen Tatsachen wollen würde. Stellt man diese Überlegung an, können moralische Bedenken, wie zB die Legalität der geheimen Tatsachen⁴²,

³⁷ ErlRV 1130 BlgNr 18. GP 141.

³⁸ Kommentar zum Strafgesetzbuch³ (1992) § 121 Rz 16, wonach *Geheimnisse Tatsachen sind, die nur einer Person oder einem bestimmten, nicht allzu großen Kreis von Personen bekannt und anderen nicht oder nur schwer zugänglich sind und die nach dem ausdrücklichen oder erschließbaren Willen des Berechtigten auch nicht über diesen Kreis hinaus bekannt werden sollen.*

³⁹ 4 Ob 394/86 ÖBI 1988/13; 4 Ob 114/91 ÖBA 1992/346 = EvBI 1992/58 = JBI 1992/599, 3 Ob 281/01 x ecolx 2002/194; 9 Ob 34/12 h Rechtsnews 2013/14394.

⁴⁰ StGB und ausgewählte Nebengesetze, Kurzkommentar¹⁰ (2010) § 121 Rz 1.

⁴¹ *Seiler*, Der strafrechtliche Schutz der Geheimnisphäre (1960) 27.

⁴² *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 44.

unberücksichtigt bleiben. Die Bestimmung des § 38 Abs 2 BWG ermöglicht nämlich in diesem Fall die Durchbrechung des Bankgeheimnisses zum Schutze der Rechtsordnung.

Beim subjektiven Geheimhaltungswillen steht der Wille des Geheimnisherrn⁴³ im Vordergrund, denn erst durch diesen wird eine Tatsache zum Geheimnis.⁴⁴ Für die Definition des Begriffes des Bankgeheimnisses hat der subjektive Geheimhaltungswille nur geringe Bedeutung, da das Fehlen des Geheimhaltungswillens nicht automatisch zu einem konkludenten Verzicht auf das Bankgeheimnis führt.⁴⁵ Für einen wirksamen Verzicht auf die Wahrung des Bankgeheimnisses sieht das Gesetz in § 38 Abs 2 Z 5 BWG genaue Formvorschriften vor, die eingehalten werden müssen, um von einem solchen konkludenten Verzicht ausgehen zu können.

Zusammenfassend lässt sich der Geheimnisbegriff durch drei Merkmale⁴⁶ näher bestimmen:

- Unter den Begriff des Geheimnisses fallen alle Tatsachen, die nicht offenkundig sind.
- Der Geheimhaltungswille des Bankkunden muss gesondert erklärt werden bzw muss zumindest in seinem erkennbaren Interesse liegen.
- Ein Geheimnis liegt nur dann vor, wenn die Tatsache einen Bezug zum Bankgeschäft aufweist.

Das Bankgeheimnis wird auch als „Berufsgeheimnis des Bankiers“⁴⁷ bezeichnet. Es handelt sich um ein sogenanntes Berufsgeheimnis.⁴⁸ Darunter werden Tatsachen verstanden, die mit oder ohne Willen eines Dritten (Geheimnisherr) einem Angehörigen eines geheimhaltungspflichtigen Berufsstandes anvertraut werden

⁴³ Der Geheimnisherr ist zumeist der Bankkunde, dessen Wille allein auch dafür entscheidend ist, was unter den Geheimnisbegriff fällt bzw was vom Geheimnisträger geheim zu halten ist.

⁴⁴ *Seiler*, Geheimnisphäre 21; *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 121 Rz 18.

⁴⁵ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 41.

⁴⁶ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 43.

⁴⁷ *Ortner*, Bankgeheimnis 16; *Flora*, Bankgeheimnis 8; *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 18.

(Geheimnisträger) und diese nicht öffentlich bekannt sind.⁴⁹ Das Bankgeheimnis ist also eine Geheimhaltungspflicht der Bank bezogen auf die Geheimnisse, die ihr von ihren Kunden anvertraut werden. Jedoch gehört auch die Geschäftsbeziehung der Kunden zur Bank zum Geschäft des Kreditinstitutes und ist somit auch vom Geschäftsgeheimnis des Kreditinstitutes geschützt. Dies kann dazu führen, dass ein und dasselbe Geheimnis einerseits vom Bankgeheimnis geschützt ist, andererseits aber auch vom Geschäftsgeheimnis der Bank selbst.⁵⁰

Das Bankgeheimnis schützt den Kunden und seine Geheimnisse; das Bankgeschäftsgeheimnis hingegen schützt die Bank und ihre Geheimnisse.

Natürlich fällt es in der Praxis schwer, hier eine genaue Grenze zwischen einem Berufsgeheimnis und einem Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis zu ziehen. Viele Informationen unterliegen dem Schutzbereich des Bankgeheimnisses, die zugleich auch ein Geschäftsgeheimnis des Kreditinstitutes darstellen.⁵¹ Als einfache Beispiele wären hier Informationen über den Kundenstamm oder über die Kundenbeziehungen zu nennen, die jeweils dem Bankgeheimnis und dem Geschäftsgeheimnis des Kreditinstitutes unterliegen.

Eine exakte Unterscheidung ist hier nur vorzunehmen, wenn es um die Verletzung der Geheimnisschutzdelikte im StGB geht. Wird ein Geschäftsgeheimnis eines Kreditinstitutes verletzt, so gelangt § 122 StGB⁵² zur Anwendung. Wird jedoch ungerechtfertigt in den Schutzbereich eines Geheimnisses eingegriffen, das unter das Bankgeheimnis fällt, so wird dieses Delikt nach § 101 BWG bestraft, da diese Bestimmung als *lex specialis* dem § 122 StGB vorgeht.⁵³

⁴⁸ Im Gegensatz zu Berufsgeheimnissen gibt es auch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Unter solchen Geheimnissen versteht man Tatsachen, die eben nicht von einem Dritten anvertraut wurden (Geheimnisträger), sondern eigene Geheimnisse der Geheimnisherren, die aus der Privat- oder Geschäftssphäre stammen.

⁴⁹ *Ortner*, Bankgeheimnis 15.

⁵⁰ *Ortner*, Bankgeheimnis 17; *Flora*, Bankgeheimnis 8.

⁵¹ *Flora*, Bankgeheimnis 8.

⁵² § 122 StGB „Verletzung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses“.

⁵³ *Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I¹⁰ (2008) § 122 Rz 6; *Thiele* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (2007) § 122 StGB Rz 77.

Weiters wird im Schrifttum zwischen dem internem und dem externem Bankgeheimnis unterschieden.⁵⁴ Das externe Bankgeheimnis betrifft die Geheimhaltungspflicht des Kreditinstitutes nach außen, während das interne Bankgeheimnis die Geheimhaltungspflicht innerhalb des Kreditinstitutes betrifft.⁵⁵ Die Weitergabe von Daten innerhalb eines Geldinstitutes kann mE nicht vom Bankgeheimnis geschützt sein, da ja sonst das Tagesgeschäft, wie zum Beispiel die Vergabe eines Kredites, bei dem mit einem Vorgesetzten oder dem Vorstand Rücksprache gehalten werden muss, nicht möglich wäre.

Fraglich ist, ob Informationen über Kunden bankintern überhaupt die Voraussetzungen eines Geheimnisses erfüllen.⁵⁶ Von der hM⁵⁷ wird vertreten, dass das Geheimnis nur dann eines darstellt, wenn die Tatsachen für Interessierte nicht oder nur schwer zugänglich sind. Die Mitarbeiter eines Kreditinstitutes haben Zugang zu solchen Daten und somit sind diese nicht schwer zugänglich für sie.

Der OGH⁵⁸ nahm zur Verletzung des Bankgeheimnisses bereits im Jahr 1992 ausführlich Stellung. Es ging um eine Werbeaktion der Volksbankengruppe, bei der ihre Mitarbeiter aufgefordert wurden zu eruiieren, welche der Girokunden „Nichtbausparer“ sind. Diese Girokunden, die noch keinen Bausparvertrag hatten, sollen von den Bankbeamten der Volksbank gezielt zum Abschluss eines Bausparvertrages im Volksbankensektor angehalten werden. Aus der Entscheidung ergibt sich, dass die Vorgangsweise der Volksbank das Bankgeheimnis verletzt, weil die Volksbank der Bausparkasse die Girokontodaten ihrer Kunden übermittelte. Die Bausparkasse ist eine dritte Person, die nicht einmal dem Bankgeheimnis unterliegt und hätte diese Daten nicht erhalten dürfen.⁵⁹

⁵⁴ *Flora*, Bankgeheimnis 26.

⁵⁵ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/54; *Flora*, Das Bankgeheimnis 26.

⁵⁶ *Flora*, Bankgeheimnis 27.

⁵⁷ *Fabrizy*, StGB¹⁰ (2010) § 121 Rz 1; *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 121 Rz 16; OGH 4 Ob 394/86 ÖBI 1988/13; 4 Ob 114/91 ÖBA 1992/346 = EvBI 1992/58 = JBI 1992/599; 3 Ob 281/01 x ecolex 2002/194.

⁵⁸ 4 Ob 114/91 SZ 65/23 = JBI 1992/599 = EvBI 1992/58 = ÖBI 1992/21.

Doch ab wann ist man Kunde eines Kreditinstitutes und somit geschützt? Diese Definition findet sich im § 1 Abs 1 Z 1 bis 18 BWG. Kunde eines Kreditinstitutes ist eine Person dann, wenn diese Person die Tätigkeit eines solchen Institutes in Anspruch nimmt.⁶⁰

In der Lehre wird diskutiert, ob beim Geheimnisbegriff des Bankgeheimnisses auch immer die Voraussetzungen der subjektiven und objektiven Geheimhaltung gegeben sein müssen.⁶¹ Vor allem *Jabornegg/Strasser/Floretta*⁶² kritisieren dies und begrenzen den Geheimnisschutz mit folgenden zwei Voraussetzungen: Die Tatsache, die dem Bankgeheimnis unterliegen soll, muss als zu wahrendes Geheimnis erkennbar sein und dieses Geheimnis muss einen sachlichen Bezug zum Bankgeheimnis aufweisen. Liegen diese beiden Voraussetzungen nicht vor, so müssen die Tatsachen auch nicht geheim gehalten werden, egal ob der Geheimnisherr einen Geheimhaltungswillen bekundet hat oder nicht.⁶³

*Jabornegg/Strasser/Floretta*⁶⁴ erkennen, dass diese These nicht immer zutrifft. Sie gehen davon aus, dass auch Informationen, die in keinem direkten Zusammenhang mit dem Bankgeschäft stehen in bestimmten Situationen Geschäftsgeheimnisse berühren und somit sehr wohl vom Geheimhaltungswillen des Bankkunden erfasst werden. Als Beispiel führen sie an, dass der Bankkunde dem Bankangestellten von seiner (unheilbaren) Krankheit erzählt. Diese Information weist jedenfalls keinen Bezug zum Bankgeschäft auf, dennoch ist sie geeignet die Geschäftsinteressen des Bankkunden zu beeinträchtigen, zB wenn ein Mitbewerber davon erfährt.⁶⁵ Dieses Beispiel zeigt, dass das Bankgeheimnis bzw die Geheimhaltungspflicht weder vom subjektiven Geheimhaltungswillen noch vom objektiven Bezug zum getätigten

⁵⁹ Vgl auch

http://www.konsumentenfragen.at/konsumentenfragen/Mein_Alltag/Themen/Geld_und_Kredit/Bankgeheimnis (abgefragt am 14.01.2013); *Jabornegg*, Aktuelle Fragen des Bankgeheimnisses, ÖBA 1997, 675.

⁶⁰ *Ortner*, Bankgeheimnis 84 f.

⁶¹ Ausdrücklich verlangt wird es zB von *Ortner*, Bankgeheimnis 12 ff.

⁶² Bankgeheimnis 41 f; *Ortner*, Bankgeheimnis 85.

⁶³ *Flora*, Bankgeheimnis 11.

⁶⁴ Bankgeheimnis 41.

⁶⁵ *Flora*, Bankgeheimnis 11.

Bankgeschäft abhängen kann. Je geringer der sachliche Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung ist, desto schwerer ist es eine Tatsache als Geheimnis zu qualifizieren. So ist zB ist ein Sachverhalt, die der Bankkunde in der Bankfiliale dem zuständigen Bankangestellten mitteilt, wohl eindeutig als Tatsache zu qualifizieren, die unter das Bankgeheimnis fällt. Wird derselbe Sachverhalt jedoch einem anderen, nicht mit diesem Kunden betrauten Bankangestellten außerhalb der Filialmauern erzählt, ist der sachliche Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung wohl eher gering und es ist fraglich, ob die Tatsache unter das Bankgeheimnis fällt.⁶⁶

Es sollte mE gewährleistet sein, dass jede Information zwischen Kunden und Bank bzw Bankangestellten vom Bankgeheimnis geschützt wird.

Ein Sachverhalt, der die bereits vor Begründung der Geschäftsbeziehung der Bank bekannt war, wird durch die Begründung einer solchen nicht geheimhaltungspflichtig. Ebenso verhält es sich, wenn eine Tatsache während der geschäftlichen Beziehung allgemein bekannt wird, so zB die Bankverbindung, die ein Kontoinhaber auf seinem Geschäftspapier abdruckt oder auf seiner Homepage ersichtlich macht.⁶⁷

Die Formulierung des § 38 Abs 1 BWG unterscheidet zwischen „anvertrauten“ und „zugänglich gemachten“ Tatsachen, wobei hier nach *Ortner*⁶⁸ von einer weiten Auslegung des Begriffes des „Anvertrauens“ auszugehen ist, welcher mit dem „Zugänglich machen“ begrenzt wird.⁶⁹ Nach *Jabornegg/Strasser/Floretta*⁷⁰ spielt die Art der Kenntnisnahme keine Rolle, solange dies im Zusammenhang mit einer Verpflichtung zur Verschwiegenheit geschieht. Insbesondere sind auch jene Tatsachen geschützt, die ein Kreditinstitut aus eigener Initiative erfährt, zB wenn das Kreditinstitut Erkundigungen über einen Bankkunden einholt.⁷¹ Nach *Frotz*⁷² fallen alle Sachverhalte, die ein Kreditinstitut selbst erhebt und die nicht direkt mit einem bestimmten Bankkunden in Zusammenhang stehen, nicht unter das Bankgeheimnis.

⁶⁶ *Ortner*, Bankgeheimnis 85; *Flora*, Bankgeheimnis 12.

⁶⁷ *Flora*, Bankgeheimnis 12.

⁶⁸ Bankgeheimnis 85.

⁶⁹ *Frotz* in *Hadding/Schneider*, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland und ausländischen Rechtsordnungen XLIX (1986) 240.

⁷⁰ Bankgeheimnis 51.

⁷¹ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 50 f.

⁷² in *Hadding/Schneider*, Bankgeheimnis und Bankauskunft 240.

Die Bestimmung des § 38 Abs 1 BWG spricht davon, dass die geheime Tatsache im Rahmen einer Geschäftsverbindung mit Kunden anvertraut oder zugänglich gemacht worden sein muss. Es kommt dabei nicht auf die Häufigkeit der Inanspruchnahme des Geldinstitutes an. Auch die sogenannte „Laufkundschaft“, die nur ein einziges Geschäft bei dem Kreditinstitut tätigt, ist vom Bankgeheimnis geschützt.⁷³ Dies trifft beispielsweise zu, wenn jemand eine Bareinzahlung auf ein bei der Bank bestehendes Konto tätigt, ohne dort selbst über ein Konto zu verfügen.

Das Bankgeheimnis dient nicht dazu, Interessen von dritten Personen zu schützen. Dritte haben kein subjektives Recht auf Schutz durch das Bankgeheimnis. *Apathy/Koch*⁷⁴ bejahen hingegen den Geheimnisschutz Dritter, wenn es dem Zweck des Bankgeheimnisses entspricht. ZB darf der Empfänger einer Überweisung eines anderen Kreditinstitutes nicht preisgegeben werden, nur weil dieser kein Kunde ist.

Das Geldinstitut ist verpflichtet, die Geheimnisse seiner Kunden niemandem zu offenbaren. Darunter versteht man, dass niemandem Tatsachen zugänglich gemacht werden dürfen, welche ihm bisher nicht, oder zumindest nicht sicher bekannt waren. Unter den Begriff des Offenbarens fallen nicht nur die konkrete Weitergabe in Wort und Schrift, sondern auch Auskünfte, die Schlussfolgerungen auf die geheimen Tatsachen ermöglichen. Den Kreditinstituten wird dabei ein zumutbares Maß an Sorgfalt auferlegt, dass Unbefugte keinen Zugang zu solchen Informationen erhalten können.⁷⁵

Der Schutz der Tatsachen durch das Bankgeheimnis beginnt mit dem ersten rechtsgeschäftlichen Kontakt und ist eine vorvertragliche Pflicht. Dabei spielt es keine Rolle, ob in weiterer Folge ein Vertrag mit dem Kreditinstitut zu Stande kommt.⁷⁶

⁷³ *Flora*, Bankgeheimnis 13; *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 48, *Ortner*, Bankgeheimnis 84.

⁷⁴ in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/32.

⁷⁵ *Sommer/Hirsch* in *Dellinger*, Bankwesengesetz (2007) § 38 Rz 55, *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/53; *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 85.

Dieser Schutz ist zeitlich unbegrenzt und gilt auch bei anfechtbaren oder nichtigen Rechtsgeschäften.⁷⁷

Das Bankgeheimnis wird nicht durch das Ende der Geschäftsbeziehung, Tod des Kunden oder Untergang einer juristischen Person aufgehoben.⁷⁸

Die Kreditinstitute haben nach § 75 Abs 3 BWG die Möglichkeit, bei der OeNB Informationen durch eine entsprechende Anfrage zu erhalten. Diese Informationen sind, obwohl sie nicht vom Kunden selbst stammen, auch vom Bankgeheimnis geschützt.⁷⁹

2.3.1.1 Illegale Handlungen und ihre Geheimhaltungspflicht

Auch Handlungen, die illegal sind, können Gegenstand des Bankgeheimnisses sein und dessen Schutz (vorerst) genießen.

Ein Geschäft, das einen illegalen Hintergrund hat, kann vom Kreditinstitut zunächst als legales Geschäft abgewickelt werden und unter die Bestimmung des § 38 BWG fallen.⁸⁰ Die grundsätzliche Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses bedeutet nicht, dass ein solches rechtswidriges Geschäft uneingeschränktem Schutz genießt. Die Grenzen der Geheimhaltungspflicht werden von § 38 Abs 1 und Abs 2 BWG festgelegt. Keine Geheimhaltungspflicht besteht jedenfalls, wenn ein eingeleitetes gerichtliches Strafverfahren oder ein verwaltungsbehördliches Finanzstrafverfahren den Erhebungen zu Grunde liegt. Ebenso verhält es sich bei begründetem Verdacht auf Geldwäscherei. Das Kreditinstitut ist sogar gem § 41 Abs 1 und Abs 2 BWG bei entsprechendem Verdacht zur Meldung verpflichtet.⁸¹ Vor der Einführung dieser Meldepflicht⁸² waren die Mitarbeiter des Kreditinstitutes einerseits zur Wahrung des Bankgeheimnisses verpflichtet, andererseits waren sie der Gefahr der Strafbarkeit

⁷⁶ Laurer in *Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Strobl* (Hrsg), Bankwesengesetz samt den wichtigsten Nebengesetzen² (1999) § 38 BWG Rz 9.

⁷⁷ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 88.

⁷⁸ *Apathy/Koch* in *Apathy/Irol/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/61.

⁷⁹ *Apathy/Koch* in *Apathy/Irol/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/51.

⁸⁰ *Flora*, Bankgeheimnis 20.

⁸¹ Siehe ausführlicher unter Punkt 2.4.3.

⁸² Mit BGBl 1993/532, zuletzt geändert durch BGBl I 2011/145.

nach § 165 StGB⁸³ ausgesetzt. Bis zur Einführung der Meldepflicht gab es für das Kreditinstitut bei Verdacht auf Geldwäscherei nur die Möglichkeit, den geschäftlichen Kontakt mit dem Kunden zu beenden.⁸⁴ Vor der Einleitung gerichtlicher Vorerhebungen hat das Kreditinstitut die Geheimhaltungspflicht immer zu wahren.

Das folgende Beispiel zeigt laut *Flora*⁸⁵ das richtige Vorgehen in so einem Fall:

Ein Kunde des Kreditinstitutes vergisst im Zuge einer Geldbehebung am Bankomaten sein Geld an sich zu nehmen. Er erkundigt sich beim Kreditinstitut, ob das Geld von einem redlichen Kunden abgegeben wurde. Das Kreditinstitut prüft daraufhin die Videobänder und kann den nächsten Kunden am Bankomaten als Täter erkennen. Das Kreditinstitut darf gem § 38 Abs 2 BWG keine Auskunft über den verdächtigten Kunden geben. Erst wenn der bestohlene Kunde eine Anzeige erstattet und dem Kreditinstitut ein richterlicher Beschluss vorliegt, darf die Identität des verdächtigten Kunden preisgegeben werden.

2.3.1.2 Die Bilder einer Überwachungskamera

Heute verfügt jede Bank schon aus Sicherheitsgründen über Überwachungskameras. Deren Aufzeichnungen spielen bei der Aufklärung von Straftaten immer wieder eine große Rolle. Zu denken wäre hier an den klassischen Bankraub (§ 142 StGB), aber auch an den Diebstahl am Bankomaten (§ 127 StGB), wenn jemand sein Geld vergisst oder mit einer entfremdeten Bankomatkarte (§ 241 e StGB) Bargeld behebt. Nun stellt sich die Frage, ob durch die Freigabe dieser Aufzeichnungen an die Ermittlungsbehörden nicht auch das Bankgeheimnis verletzt wird?

⁸³ Strafbarkeit der (fahrlässigen) Hehlerei: *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 144 f.

⁸⁴ *Flora*, Bankgeheimnis 21.

⁸⁵ Bankgeheimnis 21 f.

Das Bildnis einer Person, das auf den Bildern einer Überwachungskamera zu sehen ist, dient dazu, dass die Person identifiziert werden kann. Unstrittig ist, dass die Tatsache, dass jemand Kunde einer Bank ist, unter das Bankgeheimnis fällt. Nun würde die Preisgabe der Bilder der Überwachungskamera eine Verletzung des Bankgeheimnisses bedeuten, womit die Beschlagnahme dieser Bilder nur nach der Bestimmung des § 116 StPO möglich wäre.

Dabei muss unterschieden werden, ob das Bild, das die Überwachungskamera zeigt, einen Kunden des Kreditinstitutes zeigt oder nicht. Zeigt es einen Kunden, so ist dieses Bild von § 38 Abs 1 BWG geschützt, da die Kundeneigenschaft jedenfalls zu den Informationen gehört, die dem Bankgeheimnis unterliegt.⁸⁶

Fraglich ist, ob ein Kunde, der zB den Bankomaten eines Kreditinstitutes in Anspruch nimmt, nicht schon selbst die Kundeneigenschaft preisgibt. Es ist allgemein bekannt, dass ein Kreditinstitut über ein Überwachungssystem verfügt und dass der Kunde im Bereich des Kreditinstitutes gefilmt wird. Nach *Flora*⁸⁷ erklärt sich der Kunde mit dieser Überwachung konkludent einverstanden, wenn er sich dieser Örtlichkeit nähert. Die Aufnahme des Kunden und sein konkludentes Einverständnis dazu bedeutet aber noch nicht, dass er auch seine Kundeneigenschaft zur Bank öffentlich machen möchte. Das Bild aus einer Überwachungskamera fällt daher unter den Schutz des § 38 Abs 1 BWG.

Auch der OGH hat sich mit dieser Problematik beschäftigt. Eine Bankkundin hat im Schalterraum eines Kreditinstitutes ein fremdes Mobiltelefon mitgenommen. Der OGH⁸⁸ judizierte in diesem Fall, dass die Videoaufnahmen über diese Tat nicht unter das Bankgeheimnis fallen, da dieses nur solche Informationen schütze, die den zur Geheimhaltung Verpflichteten aufgrund seiner Geschäftsverbindung mit dem Kunden anvertraut oder zugänglich gemacht wurden. Der Tathandlung an sich, nämlich die Wegnahme des Mobiltelefons, fehlt jeder Bezug zum Bankgeschäft und fällt daher auch nicht unter § 38 BWG.

⁸⁶ *Flora*, Bankgeheimnis 18.

⁸⁷ Bankgeheimnis 18.

⁸⁸ 13 Os 89/07 y ZFR 2007/109 = ÖBA 2008/275.

Bei sogenannten „Bankanschlussdelikten“⁸⁹ (zB wenn jemand eine Person im Schalterraum ausspioniert oder den Code heimlich abliest, um später die Bankomatkarte zu stehlen), ist meist der Täter selbst nicht Kunde des Kreditinstitutes. Sein Bild ist deshalb nicht von § 38 Abs 1 BWG geschützt.⁹⁰

Ebenso verhält es sich, wenn sich jemand einer fremden Geschäftsverbindung bedient. Zum Beispiel wenn sich eine Person mittels einer gefälschten Urkunde eine Auszahlung von einem Konto erschleicht. Diese Aufnahmen der Überwachungskamera sind nicht von § 38 BWG geschützt. Das Bankgeheimnis soll gerade nicht demjenigen Schutz bieten, der sich einer fremden Geschäftsverbindung bedient, es sollen nur die Geheimnisse der eigenen Kunden gewahrt werden.⁹¹ Die Herausgabe einer solchen Aufnahme bzw eines Bildes kann im landesgerichtlichen Verfahren durch Beschluss erzwungen werden.

2.3.1.3 Das anonyme Konto

Früher war es in Österreich möglich, völlig anonym Geld anzulegen. Schon in den neunziger Jahren zählte *Jabornegg*⁹² deshalb das Österreichische Bankgeheimnis zu den besten und sichersten der Welt. Jedoch wurde diese Möglichkeit der anonymen Geldanlage mit der ersten „EG-Geldwäscherichtlinie“⁹³ abgeschafft. Seit der Einführung des BWG muss jedes Kreditinstitut die Identität des Kunden aufzeichnen und aufbewahren, sofern es sich dabei um den Beginn einer dauernden Geschäftsbeziehung handelt. Die Spareinlagen- und Depotgeschäfte waren von der Identifizierungspflicht ausgenommen.

Im Jahr 2000 wurde eine Identifizierungspflicht für die oben angeführten Ausnahmen

⁸⁹ zB *Lattacher*, Senioren als Verbrechensopfer, Bundesministerium für Inneres, http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_OeffentlicheSicherheit/2010/07_08/files/KRIMINALITAETSBEKAEMPFUNG.pdf (abgefragt am 14.01.2013).

⁹⁰ *Flora*, Bankgeheimnis 19.

⁹¹ *Flora*, Bankgeheimnis 19.

⁹² Neues zum Bankgeheimnis, WBI 1997, 57 ff.

⁹³ RL 91/308/EWG des Rates vom 10.6.1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABI L 166/77.

und für die bestehenden Altkonten eingeführt. Verweigert ein Kunde eines Kreditinstitutes die Identifizierung des Sparkontos, so dürfen gewisse Transaktionen (zB Ein- und Auszahlungen, die einen Betrag von € 15.000,-- übersteigen)⁹⁴ für ihn nicht mehr getätigt werden.⁹⁵ Es besteht bei den Altkonten keine Befristung, bis wann die Identifizierung durchgeführt werden muss. Es darf nur keine Transaktion von diesem Konto mehr vorgenommen werden. Will der Kunde selbst keine Transaktion vornehmen, so ist es für das Kreditinstitut nicht möglich, das Konto zu identifizieren.⁹⁶ Gab es seit Juni 2002 noch keine Bewegung auf dem Konto, liegt bis heute ein anonymes Konto vor und ist es bis dato noch immer möglich, dass die Ermittlungsbehörde weiterhin auf anonyme Konten stößt. Natürlich ist dies nicht der Regelfall. Selbst bei Auffinden eines solchen Sparkontos darf nicht davon ausgegangen werden, dass dafür das Bankgeheimnis nicht gilt.⁹⁷ Der Umstand, dass überhaupt ein solches Sparkonto existiert, ist Teil des Bankgeheimnisses. Wird durch die Ermittlungsorgane bei einem Verdächtigen der Hinweis auf ein anonymes Konto gefunden, kann trotzdem die Kontoöffnung beantragt werden, wenn die Voraussetzungen des § 116 StPO erfüllt sind. Die Bank kann die Auskunft über dieses anonyme Konto nicht verweigern, nur weil der Inhaber nicht identifizierbar ist. Jedoch kann auch nicht durch die Ermittlungsbehörde die Identität der Kontoinhaber festgestellt werden, da sie das Kreditinstitut selbst nicht kennt.

2.3.2 Die zeitliche Geltung

Das Bankgeheimnis gilt ab der Begründung einer Geschäftsbeziehung unbegrenzt.⁹⁸ Es erlischt nur, wenn die Tatsache allg bekannt wird oder kein Geheimhaltungswille mehr besteht.⁹⁹ Das Bankgeheimnis gilt auch nach Beendigung der

⁹⁴ Vgl § 40 Abs 1 Z 4 BWG.

⁹⁵ Seit 30.06.2002.

⁹⁶ *Flora*, Bankgeheimnis 25.

⁹⁷ Der VwGH vertrat im Jahr 1991 die gegenteilige Meinung, nämlich, dass ein anonymes Sparkonto nicht unter das Bankgeheimnis fallen würde, da es an einem Geheimnisherren fehle.

⁹⁸ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/61; *Flora*, Bankgeheimnis 28; OGH 4 Ob 36/01 z ÖBA 2001/828.

⁹⁹ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 88; *Flora*, Bankgeheimnis 29; *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/61.

Geschäftsbeziehung weiter.

Wechselt ein Bankangestellter eines Kreditinstitutes in eine andere Bank, so darf dieser Kundengeheimnisse, die er im Rahmen seiner Tätigkeit bei seinem früheren Arbeitgeber erfahren hat, nicht preisgeben. Er ist weiter an das Bankgeheimnis gebunden.¹⁰⁰ Sollte es aber trotzdem zu einer Verletzung des Bankgeheimnisses durch den „neuen Mitarbeiter“ kommen, so wäre der „neue Dienstgeber (das „neue“ Kreditinstitut)“ nicht an das Bankgeheimnis gebunden, weil dieser das Geheimnis nicht „ausschließlich auf Grund der Geschäftsverbindung mit Kunden“ erfahren hat.¹⁰¹

Stirbt ein Kunde, wird das Bankgeheimnis nicht aufgehoben. Nur gegenüber dem Verlassenschaftsgericht bzw dem Gerichtskommissär, der den Verlass abhandelt, ist eine Auskunft zulässig.¹⁰² Dieses Auskunftsrecht bezieht sich lediglich auf Informationen nach dem Tod des Bankkunden. Was vorher geschehen ist, unterliegt wiederum dem Bankgeheimnis.¹⁰³

Eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht kann zivilrechtliche, strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Folgen nach sich ziehen.

¹⁰⁰ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 89 ff; *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/61.

¹⁰¹ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/61.

¹⁰² Siehe § 38 Abs 2 Z 2 BWG; *Ortner*, Bankgeheimnis 112.

¹⁰³ *Eliskases*, Vermögenswerte in der Verlassenschaft Bank- und erbrechtliche Aspekte, http://www.bankrechtsinstitut.at/dokumenta/Folien_%20Eliskases.pdf (abgefragt am 14.01.2013).

2.4 DIE DURCHBRECHUNG DES BANKGEHEIMNISSES

Wie gut ein Bankgeheimnis in seiner Qualität eigentlich ist bzw die daraus resultierende Verschwiegenheitspflicht, zeigt sich anhand der Ausnahmeregelungen und Tatbestände.¹⁰⁴

Die Möglichkeiten zur Durchbrechung des Bankgeheimnisses bietet § 38 Abs 2 BWG. Wie bereits oben erwähnt, handelt es sich dabei um eine demonstrative Aufzählung.¹⁰⁵ Das bedeutet, dass auch außerhalb des § 38 Abs 2 BWG weitere Durchbrechungsgründe bestehen.

2.4.1 Die gesetzlichen Ausnahmen

2.4.1.1 Die Ausnahmen gem § 38 Abs 2 BWG

Es bestehen neun Durchbrechungsgründe, die im Folgenden chronologisch in Fettschrift hervorgehoben wiedergegeben werden.

Die Bestimmung des § 38 Abs 2 BWG lautet:

Die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses besteht nicht

- Z 1 im Zusammenhang mit einem Strafverfahren auf Grund einer gerichtlichen Bewilligung (§ 116 StPO) gegenüber den Staatsanwaltschaften und Strafgerichten und mit eingeleiteten Strafverfahren wegen vorsätzlicher Finanzvergehen, ausgenommen Finanzordnungswidrigkeiten, gegenüber den Finanzstrafbehörden;**

¹⁰⁴ Ortner, Bankgeheimnis 102.

¹⁰⁵ Siehe Punkt 2.2.1.

Das bedeutet, dass in allen anderen Fällen die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses besteht. Das Bankgeheimnis wird mit der Einleitung eines Finanzstrafverfahrens oder einer gerichtlichen Bewilligung gem § 116 StPO im Strafverfahren aufgehoben. Ab welchem Zeitpunkt gilt ein Strafverfahren als eingeleitet?

Ein gerichtliches Strafverfahren gilt als eingeleitet, wenn eine strafgerichtliche Maßnahme gegen einen bekannten oder unbekanntem Täter ergriffen wurde.¹⁰⁶

Nicht nur der Beschuldigte sondern auch das Kreditinstitut und ein aus der Geschäftsbeziehung Verfügungsbefugter können gegen die Anordnung des § 116 StPO an sich und deren Durchführung **EINSPRUCH** erheben, der bei der Staatsanwaltschaft einzubringen ist. Der Einspruch muss ein konkretes Rechtsmittelbegehren enthalten und ausdrücken, was bei dessen Stattgebung zu geschehen hat; etwa die Vernichtung von Protokollen bzw die Anordnung oder Sicherstellung überhaupt aufzuheben.¹⁰⁷ Eine aufschiebende Wirkung kommt dem Einspruch nicht zu, was im Ergebnis bedeutet, dass trotz der Einbringung des Einspruches die Anordnung – wenn notwendig auch mit Zwangsmitteln – durchgesetzt wird.¹⁰⁸

Der Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren ermöglicht dem Beschuldigten, dem Kreditinstitut und auch dem aus der Geschäftsverbindung Verfügungsberechtigten gegen die gerichtliche Bewilligung eine an das OLG gerichtete **BESCHWERDE** zu erheben.¹⁰⁹ Die Rechtsmittelfrist beträgt 14 Tage ab Kenntnis des Beschlusses.¹¹⁰ Das Gesetz erkennt dieser Beschwerde zwar keine aufschiebende Wirkung zu, sodass die Bank grundsätzlich nach Zustellung der genehmigten Anordnung die geforderte Auskunft geben muss. Wenn das Kreditinstitut allerdings erklärt, eine

¹⁰⁶ *Kerres/Pröll*, *ecolex* 2009, 624; 14 Os 170/88 EvBl 1989/99 = JBI 1989/454 = SSt 60/2 = ÖZW 1989/60; 15 Os 126/94 ÖBA 1995/712 = JBI 1994/532.

¹⁰⁷ *Wessely*, *Verfahrensrechtliche Probleme der Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte im Lichte des Strafprozessreformgesetzes*, ZFR 2008, 4.

¹⁰⁸ *Flora* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung* (177. Lieferung: Juni (2012) § 116 Rz 127.

¹⁰⁹ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, *WK-StPO* (2012) § 116 Rz 118.

¹¹⁰ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, *WK-StPO* (2012) § 116 Rz 122.

Beschwerde einbringen zu wollen, so müssen die Unterlagen – vor Eingriffen Dritter geschützt – dem OLG vorgelegt werden. Solange das OLG, das im übrigen in der Sache selbst entscheidet und gegen dessen Entscheidung es kein ordentliches Rechtsmittel mehr gibt, über die Beschwerde nicht erkannt hat, bleibt das sichergestellte Beweismaterial unantastbar und darf nicht gesichtet werden.¹¹¹

Z 2 im Falle der Verpflichtung zur Auskunftserteilung nach § 41 Abs 1 und 2, § 61 Abs 1, § 93 und § 93 a BWG;

In den §§ 40 und 41 BWG wurden die drei „Geldwäsche-Richtlinien“¹¹² umgesetzt.

Das Ziel dieser Richtlinien stellt die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung und der Geldwäsche dar. Seither kommt es zur Durchbrechung des Bankgeheimnisses, wenn die Meldepflicht der Kredit- und Finanzinstitute an das BKA¹¹³ ausgelöst wird. Eine Auskunftspflicht des Kreditinstitutes besteht auch, wenn der Kunde der Bank der Offenlegungspflicht von Treuhandbeziehungen nicht nachkommt oder begründeter Verdacht der Terrorismusfinanzierung besteht. Der mit der Transaktion beauftragte Bankmitarbeiter kann Verdacht auf Geldwäscherei schöpfen, wenn die Transaktion bereits abgeschlossen ist, noch läuft oder wenn sie erst bevorsteht.¹¹⁴ Es ist davon auszugehen, dass der Legalbegriff „Geldwäscherei“ im BWG einheitlich gebraucht wird, sodass nicht nur die Geldwäsche im Sinne des § 165 StGB, sondern auch die Vermögensverwahrung etc für kriminelle Vereinigungen¹¹⁵ oder Terrorismusfinanzierung¹¹⁶ darunter fällt. Ist der Verdacht auf Geldwäsche erfüllt, trifft das Kreditinstitut die Meldepflicht. Bis zur Klärung des Sachverhaltes ist jede weitere

¹¹¹ *Wessely*, ZFR 2008, 5.

¹¹² RL 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABI L 166/77; RL 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Dezember 2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABI L 344/76; RL 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, ABI L 309/15.

¹¹³ § 4 Abs 2 Z 1 BKA-Gesetz BGBl I 2002/22.

¹¹⁴ *Sommer/Hirsch* in *Dellinger*, Bankwesengesetz (2007) § 38 Rz 237.

¹¹⁵ § 278 b StGB.

¹¹⁶ § 278 d StGB.

Abwicklung der Transaktion zu unterlassen, es sei denn, es besteht die Gefahr, dass eine Verzögerung der Transaktion die Ermittlung des Sachverhaltes erschwert oder verhindert. Aufträge zur Entgegennahme von Geld dürfen im Zweifel durchgeführt werden. Aufträge, die Geldausgänge bewirken, müssen unterlassen werden.¹¹⁷ Sollte sich die zuständige Behörde nicht bis zum Ende des folgenden Bankarbeitstages zum begründeten Verdacht äußern, so darf die Transaktion abgewickelt werden, auch wenn der Verdacht weiter besteht.

Diese Meldepflichten werden meist im Routinegeschäft des Kreditinstitutes nicht schlagend, da solche Fälle im alltäglichen Bereich eher selten vorkommen. Jedoch kann es jedermann passieren, dass er, wenn auch unbewusst, eine Meldepflicht an das BKA auslöst. Man denke an die Bestimmung des § 40 Abs 1 Z 2 BWG. Dieser normiert eine Meldepflicht des Kreditinstitutes ab einer Geldbewegung von € 15.000,--. Als Beispiele wären hier wohl der Kauf eines Grundstückes, einer Wohnung oder eines neuen Autos anzuführen. Immer dann, wenn eine Geldbewegung vorgenommen wird, deren Betrag € 15.000,-- überschreitet, ist das Kreditinstitut verpflichtet, die Identität des Bankkunden durch Vorlage eines Lichtbildausweises festzuhalten. Dies stellt mE einen großen Eingriff in den Schutzbereich des Bankgeheimnisses dar, da diese zu Grunde liegenden Geschäfte (Autokauf, Hauskauf) häufig erfolgen und somit auch vom Bankgeheimnis umfasst werden sollten. Den Schutzbereich des Bankgeheimnisses an einem gewissen, im Gesetz normierten Betrag festzumachen, erscheint mE wenig sinnvoll, vor allem weil der Betrag doch relativ gering erscheint, wenn man an die möglicherweise zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte denkt. Natürlich ist auch die Vermeidung von Terrorismusfinanzierung und Geldwäsche sehr wichtig. Dennoch finde ich, dass der Betrag in diesem Zusammenhang viel zu niedrig ist.

*Berte*¹¹⁸ sagt, dass ein begründeter Verdacht auf Geldwäscherei oder „Strohmann-Transaktionen“ besteht, wenn diese so wahrscheinlich sind, dass eine andere, normale, legale, harmlose Erklärung kaum in Betracht kommt. Der OGH¹¹⁹ verlangt für das Vorliegen eines begründeten Verdachtes, dass tatsächliche Anhaltspunkte

¹¹⁷ *Laurer in Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Strobl*, Bankwesengesetz² § 41 Rz 1.

¹¹⁸ Die Anzeigepflicht der Banken bei Geldwäschereiverdacht, ÖBA 1994, 228.

¹¹⁹ 4 Ob 230/06 m ÖBA 2007, 572/1425 = ZVR 2007/50.

auf Geldwäscherei schließen lassen. *Jabornegg*¹²⁰ hält fest, dass der Verdacht der objektiven Eignung der Tatsachen zur Geldwäsche ausreichend ist; die subjektive Tatseite braucht nicht beachtet zu werden.

Mit der Umsetzung der „Einlagensicherungs-Richtlinie“¹²¹ und der „Anlegerentschädigungs-Richtlinie“¹²² sind weitere Ausnahmen vom Bankgeheimnis entstanden.

Durch die Auskunftserteilungspflichten, die in §§ 61 Abs 1, 93 und 93 a BWG normiert sind, kommt es auch in diesen Fällen zur Durchbrechung des Bankgeheimnisses.

Z 3 im Falle des Todes des Kunden gegenüber dem Abhandlungsgericht und Gerichtskommissär;

Der Gerichtskommissär hat die Aufgabe, die Todesfallaufnahme zu errichten, die das hinterlassene Vermögen samt Rechten und Verbindlichkeiten aufzeigt.¹²³ Unter dem hinterlassenen Vermögen wird jenes Vermögen verstanden, das zum Todeszeitpunkt vorliegt. Die Transaktionen vor dem Tod des Erblassers werden weder dem Gerichtskommissär noch dem Verlassenschaftsgericht zur Kenntnis gebracht. Der Gerichtskommissär hat dazu alle Umstände zu erheben, die für die Verlassenschaftsabhandlung erforderlich sind. Er kann dafür jedes geeignete Beweismittel verwenden.

Im Verlassenschaftsverfahren geht es hauptsächlich um die Feststellung der Vermögenswerte des Verstorbenen. Das Bankgeheimnis ist in diesem Fall gem § 38 Abs 2 Z 5 BWG aber nur insoweit durchbrochen, als es sich um die Geheimnisse des Erblassers und seines Nachlasses handelt. Hier wird die Auskunftspflicht gegenüber

¹²⁰ ÖBA 1997, 670.

¹²¹ RL 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über Einlagensicherungssysteme, ABL L 135/5.

¹²² RL 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. März 1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger, ABI L 84/22.

¹²³ Vgl § 145 Abs 2 Z 2 AußStrG; *Ortner*, Bankgeheimnis 112; *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 126.

dem Kunden durch die Auskunftspflicht gegenüber dem Gerichtskommissär substituiert.¹²⁴ Die Auskunftspflicht des Kreditinstitutes reicht daher nicht weiter, als sie gegenüber dem Kunden gereicht hätte. Die Geheimnisse gegenüber dritten Personen haben hingegen gewahrt zu bleiben. Der Gerichtskommissär kann also bei jedem Kreditinstitut anfragen, ob der Erblasser Forderungen gegen das Kreditinstitut oder Verbindlichkeiten gegenüber demselben hatte.¹²⁵ Für diese Anfrage bedarf es keinerlei Anhaltspunkte, da Geheimnisse dritter Personen dadurch nicht berührt werden.

Anders verhält es sich, wenn sich die Anfrage beim entsprechenden Kreditinstitut auf einen bestimmten Vermögenswert bezieht – zB auf ein bestimmtes Sparguthaben oder auf konkret bezeichnete Verbindlichkeiten.¹²⁶ Dafür muss ein konkreter Anhaltspunkt vorliegen – zB muss im Vermögen des Erblassers das dazu korrelierende Sparbuch vorhanden gewesen sein. Es wird grundsätzlich genügen, wenn das angefragte Kreditinstitut das Vorhandensein des Vermögenswertes verneint. Ist jedoch ein Dritter Eigentümer des die Anfrage betreffenden Vermögenswertes, so darf das Kreditinstitut die Identität des Dritten nicht preisgeben.¹²⁷ War der Erblasser bei dem betroffenen Institut Solidarschuldner oder Bürge, so hat dieses den Namen des Kreditnehmers und auch der anderen Mitkreditnehmer oder Bürgen zu nennen. Dadurch kann verbindlich der wahre Wert der Haftung herausgefunden werden.¹²⁸

Vom Auskunftsrecht des Gerichtskommissärs ist das Auskunftsrecht anderer Berechtigter zu unterscheiden. Andere Berechtigte sind der ruhende Nachlass, Erben, Legatäre sowie Gläubiger, denen nach § 154 AußStrG die Aktiva überlassen worden sind. Die Auskunftsrechte dieser Personen leiten sich vom ursprünglichen Auskunftsrecht des Erblassers ab, wobei der Umfang der Auskunft variiert.

¹²⁴ *Riss*, Die Auskunftspflicht des Kreditinstitutes nach dem Tod des Kunden und ihre prozessuale Durchsetzung, ÖBA 2011/166; *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/113; *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 127.

¹²⁵ OGH 7 Ob 358/98 t ÖBA 1999/742.

¹²⁶ Vgl OGH 4 Ob 36/01 z ÖBA 2001/828.

¹²⁷ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/114.

¹²⁸ Vgl OGH 4 Ob 36/01 z ÖBA 2001/828.

Dem Erben als Gesamtrechtsnachfolger (Universalsukzessor) steht dasselbe Auskunftsrecht wie dem Erblasser zu. Bei den Legataren und den Gläubigern nach § 154 AußStrG ist das Auskunftsrecht auf die Umstände beschränkt, die mit den vermachten bzw überlassenen Objekten verknüpft sind, damit beide (Legatar und Gläubiger) ihre Rechte an diesen Vermögensobjekten verfolgen können.¹²⁹

Dieses Auskunftsrecht kann gem Art XLII Abs 1, erster Fall EGZPO durchgesetzt werden. Besteht jedoch nach bürgerlichem Recht kein Auskunftsrecht, zB weil der Erbe nicht beweisen kann, dass der Erblasser zum Zeitpunkt des Todes noch Kunde des Kreditinstitutes war, so kann er das Auskunftsrecht nicht erzwingen.¹³⁰

Die Durchbrechung des Bankgeheimnisses nach § 38 Abs 3 BWG gilt ebenfalls, wenn es zu einer Todeserklärung¹³¹ kommt.

Z 4 wenn der Kunde minderjährig oder sonst pflegebefohlen ist, gegenüber dem Vormundschafts- oder Pflegschaftsgericht;

Diese Durchbrechungsmöglichkeit gab es in § 23 KWG noch nicht.

Nach § 133 AußStrG hat das Gericht das nennenswerte Vermögen eines Pflegebefohlenen von Amts wegen zu erforschen und dessen Verwaltung zu überwachen. In der Regel wird das Gericht die Auskünfte von der Person erhalten, die mit der Verwaltung des Vermögens der pflegebefohlenen Person betraut ist. Das Gericht ist aber auch zur Auskunftsermittlung gegenüber dem Kreditinstitut berechtigt.¹³²

Wiederum sind hier dritte Personen von der Auskunftspflicht ausgenommen. Soweit in das Bankgeheimnis einer dritten Person eingegriffen wird, ist die Auskunft nicht zulässig. Das Auskunftsrecht des Pflegebefohlenen wird durch das Auskunftsrecht

¹²⁹ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/118.

¹³⁰ Vgl OGH 7 Ob 610/95 SZ 69/119.

¹³¹ Gem Todeserklärungsgesetz 1950 BGBl 1951/23.

¹³² *Ortner*, Bankgeheimnis 114; *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/120.

des Vormundschafts- oder Pflegschaftsgerichtes substituiert.¹³³

Z 5 wenn der Kunde der Offenbarung des Geheimnisses ausdrücklich und schriftlich zustimmt;

Das Erfordernis der Ausdrücklichkeit soll vor Übereilung schützen.¹³⁴ Eine Person, die das zu unterzeichnende Papier nicht gründlich liest, muss sich trotzdem im Klaren sein, dass mit seiner Unterschrift eine Erklärung zur Entbindung vom Bankgeheimnis verbunden ist.¹³⁵ Der OGH¹³⁶ erkannte, dass die Bedeutung des Dokuments klar und deutlich verständlich sein muss, ohne dass es einer weiteren Erklärung bzw Aufklärung bedarf. Die Entbindungserklärung darf sich nicht aus einem anderen Schriftstück erschließen.¹³⁷ Eine Entbindungserklärung kann auch in den AGB enthalten sein. Damit diese wirksam zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden, wird hier ein höheres Formerfordernis als gewöhnlich gefordert. Das Schriftstück muss einen ausdrücklichen Hinweis auf die AGB enthalten und zwingend an das zu unterzeichnende Schriftstück angefügt werden.¹³⁸

Der Offenbarung seines Bankgeheimnisses muss jeder Kunde selbst ausdrücklich und schriftlich zustimmen, auch wenn zB zwei Ehegatten ein gemeinsames Konto haben.

Diese Formerfordernisse gelten nur im Vertragsverhältnis zwischen Kunden und Kreditinstitut.¹³⁹

¹³³ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/120.

¹³⁴ OGH 7 Ob 2299/96 f ZAK 2012/373 = ÖBA 1997/632.

¹³⁵ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/67.

¹³⁶ 4 Ob 179/02 f SZ 2002/153 = ÖBA 2003/129 = ÖBA 2003/141; 7 Ob 2299/96 f ZAK 2012/373 = ÖBA 1997/632.

¹³⁷ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 102.

¹³⁸ *Apathy*, Die neuen ABB auf dem Prüfstand, ÖBA 2003, 183.

¹³⁹ *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/Schütz/Schütz* (Hrsg), Bankwesengesetz³ (26. Lieferung 2008) Rz 1.

Hingegen ist der Widerruf einer getätigten Entbindungserklärung an keine Formerfordernisse gebunden¹⁴⁰ und wirkt nur ab getätigten Widerruf, nicht für die Vergangenheit.¹⁴¹

Z 6 für allgemein gehaltene bankübliche Auskünfte über die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens, wenn dieses der Auskunftserteilung nicht ausdrücklich widerspricht;

Im Jahr 1986 hat die KWG-Novelle den Begriff „Unternehmer“ durch jenen des „Unternehmens“ ersetzt. Dies bewirkte zwar keine Änderung der Rechtslage, jedoch ist diese eigentlich nicht zutreffend, da bei diesem Ausnahmetatbestand nur das Rechtssubjekt (Unternehmer) gemeint sein kann und nicht der Rechtsträger (Unternehmen).¹⁴² Es ist also die Kreditfähigkeit und die Kreditwürdigkeit eines Unternehmers betroffen. Es fließt auch die Beurteilung des privaten Vermögens des Unternehmers in die Beurteilung der Kreditwürdigkeit mit ein.¹⁴³ Denn nur die Betrachtung als Gesamtes vermittelt dem Kreditinstitut das richtige Bild. Das Kreditinstitut darf diese Auskunft bereits ab dem Gründungsdatum des Unternehmens erteilen. Die Daten, die das Kreditinstitut übermittelt, müssen klar und verständlich sein und dürfen keine Zweideutigkeiten beinhalten. Weiters ist eine schonende Ausdrucksweise zu verwenden, welche keinen umfassenden Einblick in bankgeheime Informationen ermöglicht. Es darf zB keine Auskunft über die Kontostände oder Kreditrahmen gegeben werden.¹⁴⁴

Die Ausnahme aus dem Bankgeheimnis nach Abs 2 Z 6 leg cit stellt jedoch nicht klar, auf welchen Unternehmerbegriff abzustellen ist. *Jabornegg/Strasser/Floretta*¹⁴⁵ sprechen von einem Unternehmerbegriff in § 38 Abs 2 Z 6, der jenem des KSchG¹⁴⁶

¹⁴⁰ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/71 Rz 2/79.

¹⁴¹ *Frotz* in *Hadding/Schneider*, Bankgeheimnis und Bankauskunft 245; *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 103.

¹⁴² *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/121.

¹⁴³ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/121; *Ortner*, Bankgeheimnis 165.

¹⁴⁴ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/123; *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 105 f.

¹⁴⁵ Bankgeheimnis 105.

¹⁴⁶ Unternehmer im Sinne des KSchG gem § 1 Abs 1 Z 1 KSchG ist jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört.

entspricht. Jemand gilt auch als Unternehmer, wenn er ein Gründungsgeschäft im Sinne des § 1 Abs 3 KSchG tätigt. Gerade in der Gründungsphase wird die Kreditwürdigkeit des Unternehmers besonders interessant sein und der Ausnahmetatbestand öfters zur Anwendung gelangen.¹⁴⁷ Diese Geschäfte werden aber nach § 343 Abs 3 UGB nicht als (bereits) unternehmensbezogene Geschäfte¹⁴⁸ angesehen. Somit ist auch für die Ausnahme aus dem Bankgeheimnis nach § 38 Abs 2 Z 6 BWG anzunehmen, dass solche Geschäfte, die vor der Aufnahme des eigentlichen Betriebes getätigt werden, nicht unter diesen Ausnahmetatbestand fallen und somit auch schützenswert sind.¹⁴⁹

Z 7 soweit die Offenbarung zur Klärung von Rechtsangelegenheiten aus dem Verhältnis zwischen Kreditinstitut und Kunden erforderlich ist;

Diese Ausnahme aus dem Bankgeheimnis behandelt den Rechtsstreit zwischen der Bank und ihrem eigenen Kunden. Diese Ausnahme nach Z 7 leg cit gilt jedoch nicht nur, wenn sich Kreditinstitut und Kunde als Prozessparteien gegenüberstehen, sondern auch wenn sie als Nebenintervenienten auftreten.¹⁵⁰ Völlig klar ist, dass diese Ausnahme nur zwischen diesen genannten Parteien besteht und nicht zwischen anderen Prozessparteien gelten kann. Doch bei der Offenbarung der Geheimnisse durch das Kreditinstitut ist Zurückhaltung geboten. Nicht alles kann „zum Zwecke der Rechtsdurchsetzung“ offenbart werden. Schon aus den Erläuterungen zur KWG-Novelle 1986¹⁵¹ ergibt sich, dass diese Ausnahme nur insoweit gilt, als es zur Rechtsdurchsetzung unbedingt erforderlich ist. Ob die Offenbarung von Geheimnissen durch das Kreditinstitut zur Rechtsdurchsetzung erforderlich ist, hat man nach objektiven Umständen der zum Zeitpunkt der Offenbarung bekannten Tatsachen zu beurteilen.¹⁵²

¹⁴⁷ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 105.

¹⁴⁸ Geschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätigt, gelten noch nicht als unternehmensbezogene Geschäfte.

¹⁴⁹ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/122.

¹⁵⁰ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/126.

¹⁵¹ ErlRV 934 BlgNr 16. GP 36.

¹⁵² *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/126.

Z 8 hinsichtlich der Meldepflicht des § 25 Abs 1 des Erbschafts- und . des Schenkungssteuergesetzes;

Diese Verpflichtung besteht bereits seit dem Jahr 2000 nicht mehr; bisher wurde eine Änderung des § 38 BWG noch nicht vorgenommen.

Mit Erkenntnis vom 07.03.2007 hat der VfGH¹⁵³ die Erbschaftssteuer als verfassungswidrig aufgehoben. Am 15.06.2007 erklärte der VfGH¹⁵⁴ auch die schenkungssteuerlichen Regelungen für verfassungswidrig.

Zu Beginn des Jahres 2012 wurde in der Presse diskutiert, ob die Schenkungssteuer wieder eingeführt werden soll. Durch die Wirtschaftskrise ist der Staat angehalten zu sparen und deshalb wurde die Wiedereinführung der Erbschafts- und Schenkungssteuer überlegt.

Der Gesetzgeber hat die ihm gewährte Frist, das Gesetz nachzubessern nicht genutzt, wodurch die Erbschafts- und Schenkungssteuer ausgelaufen ist.

Z 9 im Fall der Verpflichtung zur Auskunftserteilung an die FMA gem dem WAG und dem BörseG

Die Ausnahme des § 38 Abs 2 Z 9 BWG wurde zur Umsetzung der RL 93/22/EWG¹⁵⁵ in den Gesetzestext aufgenommen. Das Bankgeheimnis wurde ab diesem Zeitpunkt zur Erfüllung der Aufgaben dieser RL durchbrochen. Diese Aufgaben waren vorher auch schon im WAG und BörseG der BWA normiert. Die BWA bildete den Vorgänger zur heutigen Finanzmarktaufsicht (FMA), die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die FMA überging.

Ursprünglich unterlagen die Kreditinstitute dem Aufsichtsrecht des Bundesministers

¹⁵³ G 54/06 VfSlg 18093/2007; *Müller/Saurer*, Die Abschaffung der Erbschafts- und Schenkungssteuer und die Folgen für die Vermögensweitergabe, JEV 2008/58.

¹⁵⁴ G 23/07 RdW 2007/461.

¹⁵⁵ RL des Rates vom 10.05.1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABI L 141/27.

für Finanzen. Seit 01.04.2002 hat die FMA als unabhängige Behörde diese Aufgabe übernommen.¹⁵⁶ Ihr ist direkt durch das BWG ein Auskunftsrecht eingeräumt. Sie kann Auskünfte in allen Geschäftsangelegenheiten fordern, jegliche Akten, Bücher und Aufzeichnungen einsehen und (zB durch Sachverständige) überprüfen lassen.¹⁵⁷

Dieses Auskunftsrecht der Aufsichtsbehörde geht dem Bankgeheimnis vor. Dieser Durchbrechungsgrund bestand schon vor der Bestimmung des § 39 Abs 2 Z 9 BWG. Deshalb musste das Auskunftsrecht der Aufsichtsbehörde nicht gesondert formuliert werden.

Zu beachten ist, dass die im Rahmen der Ausübung des Auskunftsrechtes der FMA entdeckten Daten bzw aufgedeckten Bankgeheimnisse als Amtsgeheimnisse zu wahren sind und nicht zur Setzung von abgabenrechtlichen Schritten berechtigen.¹⁵⁸

2.4.1.2 Die Durchbrechung im Rahmen der StPO

Aufgrund des Strafprozessreformgesetzes¹⁵⁹ trat § 145 a StPO Ende 2007 außer Kraft und seit 01.01.2008 regelt § 116 StPO nF die „Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte“. Der § 116 StPO stellt seit diesem Zeitpunkt eine *lex specialis* gegenüber allen anderen Ermittlungs- und Zwangsbefugnissen dar.¹⁶⁰ Es ist also ausschließlich nach § 116 StPO vorzugehen, wenn Auskünfte einzuholen sind, die von § 38 BWG erfasst sind.

¹⁵⁶ Vgl § 69 BWG.

¹⁵⁷ Vgl § 70 Abs 1 Z 1 und 2 a BWG.

¹⁵⁸ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 130.

¹⁵⁹ BGBl I 2004/19.

¹⁶⁰ *Fabrizy*, StPO und ausgewählte Nebengesetze, Kurzkommentar¹¹ (2011) § 116 Rz 2; AB 406 BlgNr 22. GP 17.

2.4.1.2.1 Die Kontoöffnung und die Kontoüberwachung

Durch Art 2 und 3 des Prot EU RH Übk¹⁶¹ hat sich Österreich auf internationaler Ebene zur Einführung der Kontoöffnung¹⁶² und der Kontoüberwachung¹⁶³ verpflichtet. Da die Kontoöffnung in der Strafprozessnovelle 2000 in der StPO verankert wurde, hätte es im Jahre 2002 eigentlich keiner Gesetzesänderung mehr bedurft. Eine Anpassung des Gesetzestextes wurde aber durch die im Art 3 des Prot EU RH Übk geforderte Kontoüberwachung notwendig. Diese Ermittlungsmaßnahme wurde erst mit dem StrÄG 2002 in die StPO eingefügt.¹⁶⁴

Die Kontoöffnung und die Kontoüberwachung stellen eine sehr große Einschränkung des Bankgeheimnisses dar, da alle Unterlagen und Urkunden einer einzelnen Person herausgegeben werden müssen. Im Unterschied zu anderen Ermittlungen sind hier auch alle Details über die Kontobewegungen betroffen.¹⁶⁵

Sowohl die Kontoöffnung als auch die Kontoüberwachung dient dazu, inhaltliche Auskünfte über eine Geschäftsverbindung zu erhalten. Die Kontoöffnung betrifft Informationen die in der Vergangenheit liegen. Es werden die Informationen und Unterlagen über Vorgänge gefordert, die in einem bereits vergangenen Zeitraum liegen. Die Kontoüberwachung hingegen wird angeordnet für die Zukunft. Das Kreditinstitut hat also über einen längeren Zeitraum hinweg mit den Strafverfolgungsbehörden zu kooperieren und die in dem überwachten Zeitraum liegenden Transaktionen an diese Behörden weiterzuleiten.¹⁶⁶

Die Bestimmung des § 116 StPO trägt die Überschrift „Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte“. Dies wird in § 109 Z 3 StPO definiert. Er umfasst nicht nur

¹⁶¹ Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 16.10.2001.

¹⁶² „Auskunftsersuchen zu Bankkonten“.

¹⁶³ „Ersuchen um Überwachung von Bankkonten“.

¹⁶⁴ *Flora*, Bankgeheimnis 82.

¹⁶⁵ Einführungserlass zum StrÄG 2002 JABI 2002/38.

¹⁶⁶ *Flora*, Bankgeheimnis 82.

Daten einer dauernden Geschäftsbeziehung¹⁶⁷, sondern auch Daten eines einmaligen geschäftlichen Kontaktes.¹⁶⁸ Von der eigentlichen Kontoöffnung ist die Auskunft über die „äußeren Kontodaten“ gem § 109 Abs 3 lit a StPO zu unterscheiden. Die Auskunft über die sog äußeren Kontodaten ist ohne jede Voraussetzung bzw ohne Vorliegen einer gerichtlichen Bewilligung möglich.¹⁶⁹ Die äußeren Kontodaten sind in § 109 Abs 3 lit a StPO geregelt. Sie betreffen die Identität und das Bestehen einer Geschäftsverbindung.¹⁷⁰ Davon zu unterscheiden ist eine weitergehende Herausgabe und Auskunftspflicht, wie zum Beispiel Umfang und Inhalt der Geschäftsverbindung.¹⁷¹ Hier wird die inhaltliche Seite der Geschäftsverbindung geschützt.

Unabhängig davon, ob sich die Auskunft und Herausgabepflicht auf § 109 Abs 3 lit a oder lit b leg cit stützt, ist sie nur zulässig, wenn sie zur Aufklärung einer vorsätzlich begangenen Straftat dient.¹⁷²

Liegt jedoch ein Auskunftersuchen gem § 109 Abs 3 lit b StPO vor, so muss darüber hinaus noch eine weitere Bedingung des § 116 Abs 2 StPO vorliegen.

Nach § 116 Abs 2 Z 1 StPO muss die verlangte Einsicht zur Aufklärung der Straftat und somit auch zur Beweisführung erforderlich sein. Der nach der alten Rechtslage geforderte Zusammenhang zwischen einer Geschäftsverbindung und einer strafbaren Handlung ist nicht mehr maßgeblich.¹⁷³ Hier hat das Finanztransparenzpaket 2010¹⁷⁴ zu einer deutlichen Lockerung der Durchbrechungsmöglichkeiten des Bankgeheimnisses geführt.¹⁷⁵

Fallen jedoch bei einer laufenden Kontoüberwachung diese Voraussetzungen weg,

¹⁶⁷ Vgl § 40 Abs 1 Z 1 BWG.

¹⁶⁸ Vgl § 40 Abs 1 Z 2 BWG.

¹⁶⁹ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/95.

¹⁷⁰ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/95.

¹⁷¹ Vgl § 109 Abs 3 lit b StPO; *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/91.

¹⁷² *Fabrizy*, StPO¹¹ (2011) § 116 Rz 5.

¹⁷³ *Fabrizy*, StPO¹¹ (2011) § 116 Rz 6 a.

¹⁷⁴ BGBl I 2010/38.

¹⁷⁵ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 57.

so kann dies nicht mit einer Beschwerde geltend gemacht werden, weil deren Einbringungsfrist nur 14 Tage beträgt.¹⁷⁶ Wenn die Voraussetzungen für die Kontoüberwachung nicht mehr gegeben sind, dann ist die Maßnahme von Amts wegen zu beenden und sind die Betroffenen darüber zu informieren. Dieser Fall ist im Gesetz nicht ausdrücklich normiert. Da die Kontoüberwachung in diesem Fall ebenso wie die „Überwachung von Nachrichten“ gem § 134 Z 3 StPO zu behandeln ist, müssen die dortigen Bestimmungen analog angewendet werden.¹⁷⁷ Hebt die Staatsanwaltschaft die Maßnahme nicht von Amts wegen auf, so kann das Kreditinstitut bei der Staatsanwaltschaft nur anregen, sie zu widerrufen. Reagiert die Staatsanwaltschaft nicht auf die Anregung, kann das Kreditinstitut gem § 106 Abs 2 StPO Einspruch gegen die Kontoüberwachung erheben. Hat das Kreditinstitut es jedoch verabsäumt, die Gründe für den Einspruch gegen die Kontoüberwachung in der Beschwerde zu erwähnen, ist der Einspruch nicht zulässig. Ergeben sich die Gründe erst nach Ablauf der Beschwerdefrist, ist ein Einspruch auch ohne Nennung von Gründen zulässig.¹⁷⁸

2.4.1.2.2 Die gerichtliche Bewilligung gem § 116 StPO

2.4.1.2.2.1 Die Voraussetzungen

Die Voraussetzungen, damit man Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte erhält, sind in § 116 StPO geregelt. Es muss immer eine gerichtliche Bewilligung¹⁷⁹ vorliegen. Der Staatsanwalt hat dann aufgrund der gerichtlichen Bewilligung die Auskunft gegenüber der Kriminalpolizei anordnen. Die gerichtliche Bewilligung und die staatsanwaltliche Anordnung müssen sich inhaltlich decken.¹⁸⁰ Diese Anordnung hat gewisse Formvorschriften zu enthalten. Diese sind in § 116 Abs 4 StPO geregelt. Die genaue Bezeichnung der verlangten Unterlagen ist nicht erforderlich, es genügt lediglich die genaue Umschreibung der verlangten Informationen. Die Anordnung

¹⁷⁶ *Flora*, Bankgeheimnis 181.

¹⁷⁷ Siehe § 137 Abs 3 und § 138 Abs 5 StPO.

¹⁷⁸ *Flora*, Bankgeheimnis 181.

¹⁷⁹ Vgl § 116 Abs 3 StPO; *Kerres/Pröll*, *ecolex* 2009, 624.

¹⁸⁰ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 100.

und die Bewilligung sind am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen und entsprechend zu begründen (§ 116 Abs 4 Z 4 StPO).¹⁸¹ Die gerichtliche Bewilligung fällt in die Zuständigkeit des Einzelrichters an jenem LG, bei dem die Ermittlungen geführt werden.¹⁸²

In § 116 Abs 5 StPO ist geregelt, an wen die gerichtliche Bewilligung und die Anordnung zuzustellen sind. Um beim Kreditinstitut die Herausgabe der Informationen und Unterlagen zu erreichen, muss die Anordnung und die gerichtliche Bewilligung grundsätzlich an den Beschuldigten, das Kreditinstitut und an verfügungsberechtigte Dritte zugestellt werden.¹⁸³ Die Zustellung an das Kreditinstitut hat an eine natürliche, zur Vertretung nach außen hin befugte Person, zu erfolgen.¹⁸⁴ Kriminaltechnische Gründe¹⁸⁵ können es jedoch rechtfertigen, dass dem Beschuldigten oder anderen über die Geschäftsverbindung Verfügungsberechtigten¹⁸⁶ die Anordnung und die gerichtliche Bewilligung nicht zugestellt werden.¹⁸⁷ Die Zustellung darf aber nur so lange aufgeschoben werden, als das Wissen darüber den Zweck der Ermittlungen gefährdet.¹⁸⁸ Das Kreditinstitut ist dabei gegenüber ihrem Kunden verpflichtet die Anordnung und die gerichtliche Bewilligung gem § 116 Abs 5 StPO geheim zu halten.¹⁸⁹

Vor der Strafprozessrechtsnovelle 2008 musste eine gerichtliche Bewilligung nicht befristet ausgestellt werden. Der neuen Rechtslage entsprechend ist die gerichtliche Bewilligung immer befristet auszustellen.¹⁹⁰ Nach Ablauf dieser Frist darf die Bankerhebung vom Staatsanwalt nicht mehr angeordnet werden. Im Gesetzestext ist nur normiert, dass eine Frist zu setzen ist, nicht jedoch wie lange diese ist. In der

¹⁸¹ *Kerres/Pröll*, *ecolex* 2009, 624.

¹⁸² *Flora* in *Fuchs/Ratz*, *WK-StPO* (2012) § 116 Rz 100.

¹⁸³ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, *WK-StPO* (2012) § 116 Rz 111; vgl § 116 Abs 5 StPO.

¹⁸⁴ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, *WK-StPO* (2012) § 116 Rz 109.

¹⁸⁵ *Fabrizy*, *StPO*¹¹ (2011) § 116 Rz 8; *Flora*, *Bankgeheimnis* 180.

¹⁸⁶ Damit kann wohl nur der Inhaber der Geschäftsverbindung gemeint sein, wenn er nicht gleichzeitig der Beschuldigte ist.

¹⁸⁷ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, *WK-StPO* (2012) § 116 Rz 112.

¹⁸⁸ *Flora*, *Bankgeheimnis* 140.

¹⁸⁹ *Fabrizy*, *StPO*¹¹ (2011) § 116 Rz 8.

¹⁹⁰ Siehe § 105 Abs 1 StPO.

Lehre¹⁹¹ wird eine Frist von einer Woche für die Anordnung des Staatsanwaltes vorgeschlagen. Diese eigentlich lange Frist soll dem Kreditinstitut die Möglichkeit geben, sich auf die Bankerhebung einzustellen, wenn der Besuch durch die Ermittlungsorgane angekündigt wird.¹⁹²

Die mit der Durchführung der Maßnahmen betrauten Organe können mit der gerichtlichen Bewilligung ohne Vorankündigung in das betroffene Kreditinstitut kommen und die entsprechenden Unterlagen beschlagnahmen.¹⁹³ Diese Vorgehensweise ist insoweit problematisch, da nicht jedes Kreditinstitut (vor allem kleinere Filialen) über eine eigene Rechtsabteilung bzw einen Juristen verfügt, der die gerichtliche Bewilligung überprüfen kann. Deshalb kündigt die ermittelnde Behörde ihr Erscheinen in der Bank häufig vorher an.¹⁹⁴ Somit kann sich das Kreditinstitut darauf einstellen, die Rechtsabteilung kann informiert werden und vor Ort sein und womöglich auch ein Mitarbeiter bereitgestellt werden, der den Organen bei der Bearbeitung behilflich ist.¹⁹⁵

Durch § 116 Abs 6 StPO werden die Kreditinstitute zur Mitwirkung bei den Ermittlungen angehalten. Die Kreditinstitute und ihre Mitarbeiter sind demnach verpflichtet, die benötigten bzw von der gerichtlichen Bewilligung umfassten Informationen zu erteilen sowie Einsicht in die entsprechenden Unterlagen zu gewähren und diese herauszugeben. Die Herausgabe von Daten, die sich auf Datenträgern befinden, muss in einem gebräuchlichen Dateiformat erfolgen. Wehrt sich das Kreditinstitut mittels Beschwerde gegen die Sicherstellung, so können die Aufzeichnungen trotzdem sichergestellt werden, sind aber – abweichend von § 112 StPO – dem OLG vorzulegen.¹⁹⁶ Das Gericht hat nach Sichtung der Unterlagen über deren Sicherstellung zu entscheiden.

¹⁹¹ *Bertel/Venier*, Einführung StPO² Rz 226.

¹⁹² *Flora*, Bankgeheimnis 180.

¹⁹³ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 110.

¹⁹⁴ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 111; *Flora*, Bankgeheimnis 180.

¹⁹⁵ *Flora*, Bankgeheimnis 140.

¹⁹⁶ *Fabrizy*, StPO¹¹ (2011) § 116 Rz 9; *Flora*, Bankgeheimnis 183.

Die Durchsuchung des Kreditinstitutes kann nur nach einer Anordnung der Staatsanwaltschaft und einer gerichtlichen Bewilligung erfolgen.¹⁹⁷

Selbst bei Gefahr in Verzug darf ohne staatsanwaltliche Anordnung und gerichtliche Bewilligung das Kreditinstitut nicht durchsucht werden.¹⁹⁸

Gem § 116 Abs 6 letzter Satz StPO sind die Bestimmungen des § 110 Abs 4 StPO (Ersatz der Originalunterlagen durch Kopien) und des § 111 Abs 3 StPO (Ersatz der Kosten) anwendbar.¹⁹⁹

2.4.1.2.2 Die Beschwerde

Das Kreditinstitut und die anderen betroffenen Personen können entweder Beschwerde erheben oder die Unterlagen bei Gericht hinterlegen lassen.²⁰⁰

Die Beschwerde steht dem Kreditinstitut als Rechtsmittel dann zur Verfügung, wenn aufgrund fehlender formeller oder materieller Voraussetzungen ein Eingriff in das Bankgeheimnis unrechtmäßig war. Dem Kreditinstitut obliegt hier die Prüfpflicht, ob die gerichtliche Bewilligung die Voraussetzungen des § 116 StPO erfüllt. Dabei dürfen die Anforderungen an das Kreditinstitut nicht zu hoch angesetzt werden.²⁰¹

Jedoch trifft das Kreditinstitut eine Beschwerdepflicht, wenn die Erfordernisse des § 116 StPO offensichtlich nicht vorliegen oder wenn eine ausreichende Begründung der materiellen Voraussetzungen fehlt.²⁰²

Die Beschwerde selbst ist gem § 89 Abs 2 StPO bei der Staatsanwaltschaft einzubringen, die die Maßnahme angeordnet hat. Wird die Beschwerde irrtümlich beim Rechtsmittelgericht oder bei dem Gericht, das die Maßnahme erlassen hat,

¹⁹⁷ Siehe § 116 Abs 6 StPO.

¹⁹⁸ *Fabrizy*, StPO¹¹ (2011) § 116 Rz 9.

¹⁹⁹ *Fabrizy*, StPO¹¹ (2011) § 116 Rz 10.

²⁰⁰ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 118; vgl § 116 Abs 6 StPO.

²⁰¹ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 119.

²⁰² *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 119; *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/88.

eingebraucht, ist die Rechtsmittelfrist trotzdem gewahrt.²⁰³ Zuständiges Beschwerdegericht ist gem § 33 Abs 1 Z 1 StPO das OLG.

Die Bestimmung des § 112 StPO idgF trat am 01.06.2012 in Kraft und ist in drei Absätze gegliedert. In der Vergangenheit stellt sich heraus, dass die Ermittlungen um mehrere Monate verzögert wurden, weil sich die Beschuldigten auf das Vorliegen einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht oder eines entsprechenden Rechtes²⁰⁴ beriefen.²⁰⁵

Die Umsetzung des § 112 StPO sorgte im Vorfeld für große Kritik. Die RV hatte die Entlastung des Rechtsschutzrichters zum Ziel. In § 112 Abs 2 StPO in der Fassung der RV war die Sichtung der Unterlagen durch den Staatsanwalt vorgesehen.²⁰⁶ Gegen die Entscheidung des Staatsanwaltes wäre, wie auch sonst der Einspruch an das Gericht offen gestanden.

Die Bestimmung des § 112 StPO idgF sieht die Sichtung der Unterlagen durch das Gericht vor. Nur wenn der Betroffene es selbst beantragt, erfolgt die Durchsicht und die weitere Entscheidung durch die Staatsanwaltschaft. Ein Grund für die Beantragung der Sichtung durch die Staatsanwaltschaft könnte beispielsweise die Hoffnung auf ein rasches Returnieren der Unterlagen sein.

Die RV sah vor, dass der Beschuldigte keine Möglichkeit mehr hat, der Sicherstellung zu widersprechen.²⁰⁷ Es sollten nur mehr die betroffenen Personen im Sinne des § 48 Abs 1 Z 3 StPO Widerspruch erheben können.

Im Vorfeld der geplanten Reform der StPO wurde kritisiert, dass die Justizministerin Beatrix Karl versucht hat, nach Ablauf der Begutachtungsfrist und vor der Vorlage an den Ministerrat, gravierende Änderungen am Gesetzesentwurf vorzunehmen.

²⁰³ Flora in Fuchs/Ratz, WK-StPO (2012) § 116 Rz 120.

²⁰⁴ Vgl OGH 13 Os 130/10g EvBI 2011/134 = JBI 2011/667 = AnwBI 2012/8.

²⁰⁵ RV 1677 BlgNr 24. GP 11; BGBl I 2012/29.

²⁰⁶ Vgl RV 1677 BlgNr 24. GP 11.

²⁰⁷ RV 1677 BlgNr 24. GP 11; BGBl I 2012/29.

Der Präsident des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages, Rupert Wolff, betonte, dass bei einem ordnungsgemäßen Begutachtungsverfahren die nachträglich hinzugefügten Passagen von allen Experten in der Luft zerrissen worden wären.²⁰⁸ Das wusste wohl auch die Justizministerin und lies deshalb die betroffenen Stellen erst nach Ende der Begutachtung hinzufügen.

Das Ministerium wiederum wies alle Vorwürfe entschieden zurück. Alle Änderungen seien auf Basis der Begutachtung vorgenommen worden und außerdem auf der Website des Parlaments einsehbar gewesen.²⁰⁹ Es sei daher nicht versucht worden, so heimlich wie möglich das Begutachtungsverfahren zu umgehen.

Aufgrund des im Vorfeld ausgeübten Druckes und der Kritik an der Person der Justizministerin einigte man sich auf einen Kompromiss. Es kann auch weiterhin der Beschuldigte selbst der Sicherstellung widersprechen und die Unterlagen sind vom Gericht einzusehen und dieses hat zu beurteilen, wie und in welchem Umfang sie zum Ermittlungsakt genommen werden. Nur auf Antrag des Beschuldigten selbst werden die Unterlagen von der Staatsanwaltschaft eingesehen und darüber entschieden.

Von der Bestimmung des § 112 StPO wird jetzt klargestellt, dass der Beschuldigte, eine betroffene Person und auch eine anwesende Person der Sicherstellung widersprechen kann, wenn sie sich auf ein gesetzlich anerkanntes Recht auf Verschwiegenheit beruft.

Die Unterlagen sind auf geeignete Art und Weise zu sichern und bei Gericht zu hinterlegen, damit unbefugte Personen keine Einsicht nehmen können bzw keine Veränderungen an den Unterlagen vorgenommen werden können.²¹⁰

²⁰⁸ Wolff, Ministerium weist Vorwürfe zurück <http://news.orf.at/stories/2108936/> (abgefragt am 14.01.2013).

²⁰⁹ Pilnacek, im Ö1-Mittagsjournal, <http://news.orf.at/stories/2108936/> (abgefragt am 14.01.2013).

²¹⁰ Tipold/Zerbes in Fuchs/Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (146. Lieferung: Mai 2011) § 112 Rz 12.

Neu ist, dass die Unterlagen auf Antrag der widersprechenden Person bei der Staatsanwaltschaft zu hinterlegen sind, die diese getrennt vom eigentlichen Ermittlungsakt aufbewahren muss.

In beiden Fällen, also bei der Hinterlegung bei Gericht oder bei beantragter Hinterlegung bei der Staatsanwaltschaft, dürfen die Unterlagen ohne vorherige Entscheidung nach § 112 Abs 2 oder Abs 3 StPO nicht eingesehen werden.

In § 112 Abs 2 StPO wird die Vorgehensweise bei der Sichtung der beschlagnahmten Unterlagen geregelt. Der Betroffene hat binnen einer angemessenen, 14 Tage nicht unterschreitenden Frist, jene Teile der Aufzeichnungen bzw der Datenträger konkret zu bezeichnen, die bei einer etwaigen Sichtung zu einer Umgehung seiner gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht geeignet wären. Zu diesem Zwecke hat er das Recht, die bereits bei Gericht oder der Staatsanwaltschaft hinterlegten Unterlagen zu sichten. Kommt der Betroffene dieser Aufforderung nicht nach, so werden die beschlagnahmten Akten und Datenträger zum Ermittlungsakt genommen. Wird hingegen die Bezeichnung durch den Betroffenen vorgenommen, so muss das Gericht - oder im Fall eines nach § 112 Abs 1 letzter Satz StPO gestellten Antrages - die Staatsanwaltschaft unter Beiziehung des Betroffenen sowie weiterer Personen, wie zB Sachverständigen, die Unterlagen einsehen und entscheiden, welche und in welchem Umfang die Unterlagen bzw Datenträger zum Akt genommen werden.²¹¹

Wichtig ist, dass Erkenntnisse, die sich aus nicht zum Akt genommenen Unterlagen ergeben, bei sonstiger Nichtigkeit nicht für weitere Ermittlungen oder als Beweis verwendet werden dürfen.²¹² Sonst würde der Zweck der gesamten Vorschrift umgangen werden. Hier ist jedoch anzumerken, dass durch das Gericht oder auch durch die Staatsanwaltschaft im Zuge der Sichtung zusammen mit dem Betroffenen sicher immer wieder Unterlagen und Datenträger durchforstet werden, die im Endeffekt aufgrund der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht nicht zum Ermittlungsakt genommen werden dürfen.

²¹¹ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 124.

²¹² *Tipold/Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2011) § 112 Rz 12.

Jene Unterlagen, die nicht zum Akt genommen werden, sind dem Betroffenen auszufolgen.²¹³

Gem § 112 Abs 3 StPO kann der Betroffene gegen die Anordnung des Staatsanwaltes Einspruch erheben. Dann sind die betroffenen Unterlagen dem Gericht vorzulegen, das darüber entscheidet, welche und in welchem Umfang die Unterlagen zum Akt genommen werden.²¹⁴

Mit dem Rechtsbehelf des Widerspruches gegen die Sicherstellung kann aber nur der Eingriff gegen die geistliche Amtsverschwiegenheit oder ein Berufsgeheimnis abgewehrt werden, weil nur in diesem Fall der Schutz des Geheimnisbereiches den Strafverfolgungsinteressen vorgeht.²¹⁵

In den Anwendungsbereich des § 112 StPO fallen alle Geheimnisse, deren Schutz den Strafverfolgungsinteressen vorgeht.²¹⁶ Es werden somit alle Geheimnisse erfasst, die zu einem Sicherstellungs- und Beschlagnahmeverbot führen (vormals §§ 110 bis 115 StPO). Weiters werden auch alle Geheimnisse erfasst, die in einer gesetzlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht ihren Ursprung haben, wie zB das Bankgeheimnis. Auch die OeNB ist hier in einem Zug mit den Kreditinstituten genannt, deren Mitarbeiter, Aktionäre und auch sonst alle für die OeNB tätigen Personen der Verschwiegenheit unterliegen. Der Staatskommissär und sein Stellvertreter werden ebenfalls genannt (gem § 45 NationalbankG).²¹⁷

Gegen den Gerichtsbeschluss stehen dem Betroffenen und der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit der Beschwerde mit aufschiebender Wirkung nach § 87 Abs 1 und 3 StPO offen.

²¹³ *Tipold/Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2011) § 112 Rz 13; *Flora*, Bankgeheimnis 184.

²¹⁴ *Tipold/Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2011) § 112 Rz 12; *Flora*, Bankgeheimnis 183.

²¹⁵ *Fabrizy*, StPO und wichtige Nebengesetze, Kurzkomentar¹⁰ (2008) § 113 StPO Rz 1; vgl RV 25 BlgNr 22. GP 157.

²¹⁶ *Tipold/Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2011) § 112 Rz 7.

²¹⁷ *Tipold/Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2011) § 112 Rz 10.

Die Beschwerde muss gem § 88 Abs 1 StPO bezeichnen, worin die Rechtsverletzung besteht. Es besteht kein Anwaltszwang. Die Beschwerde muss keine Begründung enthalten, jedoch muss man aus der Beschwerde ableiten können, was bekämpft werden soll.²¹⁸

Nach der Bestimmung des § 89 Abs 2 b StPO ist das Rechtsmittelgericht nicht an die vom Kreditinstitut oder dem betroffenen Bankkunden vorgebrachten Beschwerdepunkte gebunden. Zusätzlich hat es stets in der Sache selbst zu entscheiden und kann dabei auch Umstände berücksichtigen, die **NACH** der Beschlussfassung eingetreten oder bekannt geworden sind.²¹⁹

Ein Einspruch muss gem § 106 Abs 5 StPO die Anordnung bezeichnen, auf die er sich bezieht und anführen, worin die Rechtsverletzung besteht. Weiters muss enthalten sein, was der Einspruchswerber erreichen will.

Der Staatsanwalt hat zB die bewilligte Kontoüberwachung nach Prüfung der Sachlage unverzüglich zu widerrufen, wenn die Voraussetzungen für die Durchführung weggefallen sind. Macht er das nicht, dann muss er den Einspruch gem § 106 Abs 5 StPO dem Gericht zur Entscheidung vorlegen.

Der Richter hat im Ermittlungsverfahren zu prüfen, ob die allg Voraussetzungen für die Sicherstellung überhaupt vorliegen und ob keine besonderen Sicherstellungsverbote entgegenstehen. Er hat weiters zu prüfen, ob die Sichtung der Unterlagen verhältnismäßig ist. Auch wenn kein Sicherstellungsverbot vorliegt, so kann es trotzdem unverhältnismäßig sein, dass in die Unterlagen Einsicht genommen wird, wenn der Geheimnisträger auch außerhalb des Strafprozessrechtes an die Geheimhaltung gebunden ist.

Liegen diese Voraussetzungen nach Meinung des Richters nicht vor, so veranlasst er die Rückgabe der Unterlagen.²²⁰

Wenn die Voraussetzungen vorliegen, hat der Richter die Sichtung der Unterlagen

²¹⁸ *Flora*, Bankgeheimnis 181.

²¹⁹ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 121; *Flora*, Bankgeheimnis 181.

²²⁰ *Tipold/Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2011) § 112 Rz 13.

selbst vorzunehmen, denn wenn die Kriminalpolizei oder die Staatsanwaltschaft dies erledigen, würden sie Kenntnis von Unterlagen und Tatsachen erlangen, die sie gar nicht kennen dürften. Dadurch würde der Schutzmantel des Bankgeheimnisses durchbrochen werden, da gerade die ermittelnde Behörde die Unterlagen nicht sichten soll, wenn die Voraussetzungen nicht vorliegen.²²¹

Der Richter muss jene Unterlagen, die seiner Meinung nach einer Beschlagnahme unterliegen, der Staatsanwaltschaft übergeben. Der Kriminalpolizei muss er die Unterlagen nur übergeben, wenn diese noch keinen Bericht gem § 114 Abs 1 StPO erstattet hat. Erst danach beantragt der Staatsanwalt gem § 113 Abs 3 StPO die Beschlagnahme jener Unterlagen, die Beweisrelevanz besitzen.²²²

Der Wortlaut des Gesetzestextes des § 112 StPO ist so zu verstehen, dass nicht das Gericht selbst die Unterlagen beschlagnahmt, sondern der Staatsanwalt die Unterlagen beschlagnahmt, soweit sie Beweisrelevanz haben.²²³

Die Unterlagen sind auf geeignete Art und Weise zu sichern, wenn der Betroffene der Sicherstellung widerspricht. Damit Unberechtigte keine Einsicht in diese Unterlagen erlangen können, wäre hier an versiegelte Umschläge oder verschließbare Kisten zu denken.²²⁴ Widerspricht der Betroffene der Sicherstellung nicht, so kann die ermittelnde Behörde sofort Einsicht nehmen.²²⁵

Der Betroffene hat kein Recht mehr darauf, bei der Entsiegelung dabei zu sein.²²⁶ Bei unberechtigter Weigerung, die entsprechenden Unterlagen herauszugeben, können vom Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft gegen die Person, die sich weigert, Beugestrafen und –haft verhängt werden.²²⁷

²²¹ *Flora*, Bankgeheimnis 183.

²²² *Tipold/Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2011) § 112 Rz 15.

²²³ *Tipold/Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2011) § 112 Rz 15.

²²⁴ *Tipold/Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2011) § 112 Rz 12.

²²⁵ OGH 10 Os 274 EvBl 1974/193 = SSt 45/1 = JBl 1974/383.

²²⁶ *Tipold/Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2011) § 112 Rz 16.

²²⁷ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/95.

2.4.1.2.2.3 Das Problem der „fishing expeditions“

Eine weitere Facette des Bankgeheimnisses - und in letzter Zeit immer wieder im gleichen Atemzug mit ihm genannt - sind die sogenannten „fishing expeditions“.

Bankerhebungen einer Ermittlungsbehörde, die nur deswegen angeordnet werden, weil die Ermittlungsbehörde keine anderen Ermittlungsansätze hat, werden als „fishing expeditions“ bezeichnet.²²⁸ Solche „fishing expeditions“ sind nach der Österreichischen Rechtsordnung verboten. Es sind damit sog „Anfragen ins Blaue“ gemeint, die nur den Zweck verfolgen, zufällig einen Treffer zu erhalten. Die Anfrage darf nicht allg gehalten sein, sonst handelt es sich um eine sog „fishing expedition“.²²⁹

Etwas anderes liegt im Bereich des internationalen Verkehrs vor. Dort müssen gewisse Voraussetzungen für die Durchbrechung des Bankgeheimnisses nicht mehr vorliegen, wenn es mit dem involvierten Staat ein Doppelbesteuerungs- oder ein Informationsaustauschabkommen mit dem anfragenden Staat gibt. Dies bedeutet für Österreich, dass zB steuererhebliche Bankinformationen auf konkrete Anfrage hin übermittelt werden müssen, ohne dass es - wie bisher - der förmlichen Einleitung eines Strafverfahrens in dem ersuchenden Staat bedarf. Unzulässig sind aber auch in diesem Fall „fishing expeditions“.

2.4.1.3 Weitere Durchbrechungsgründe

2.4.1.3.1 Die Bestimmung des § 38 Abs 3 BWG

Auch außerhalb des Ausnahmekataloges des § 38 Abs 2 BWG gibt es weitere Durchbrechungsmöglichkeiten. Das Bankgeheimnis kann gem § 38 Abs 3 BWG zur

²²⁸ Flora in Leitner (Hrsg), Finanzstrafrecht 2010, Bankgeheimnisdurchbrechung im Strafrecht, insbesondere Finanzstrafrecht, Wechselwirkungen zum ADG (2011) 87.

²²⁹ Wiedermann, Internationaler Informationsaustausch und Bankgeheimnis NEU: Werden die Kontodaten mit der Schweiz erst 2012 ausgetauscht?

<http://www.deloittetax.at/2010/08/24/internationaler-informationsaustausch-und-bankgeheimnis-neu-werden-die-kontodaten-mit-der-schweiz-erst-2012-ausgetauscht/> (abgefragt am 14.01.2013).

Feststellung der eigenen Abgabepflicht des Kreditinstitutes durchbrochen werden.²³⁰ Das durchführende Organ der Abgabenbehörde muss die bekannt gewordenen Informationen und Tatsachen im Rahmen des Amtsgeheimnisses wahren und darf die dadurch der Behörde bekannt gewordenen Daten nicht für abgabenrechtliche Feststellungen heranziehen.²³¹ Es besteht also ein Verwertungsverbot. Selbst das unmittelbare Organ der Abgabenbehörde, das die Überprüfung bei dem betroffenen Kreditinstitut durchgeführt hat, kann die durch die Offenbarung bekannt gewordenen Tatsachen in einem Verfahren nicht gegen den Kunden verwenden.²³² Das Geldinstitut kann sich also gegenüber der Abgabenbehörde nicht auf das Bankgeheimnis berufen. Die Abgabenbehörde kann gegenüber dem Kreditinstitut Geschäftsunterlagen einsehen und Auskünfte verlangen.²³³

2.4.1.3.2 Die Konsolidierung

Die Bestimmung des § 30 Abs 7 BWG legt für Kreditinstitutgruppen²³⁴ eine Konsolidierungspflicht fest. Gem § 30 Abs 7 leg cit haben die Institute der Kreditinstitutgruppe angemessene interne Kontrollverfahren einzurichten²³⁵ und dem übergeordneten Kreditinstitut alle für die Konsolidierung erforderlichen Unterlagen zu übermitteln und Auskünfte zu erteilen.²³⁶

Zudem müssen sich die Kreditinstitute innerhalb der Kreditinstitutgruppe alle erforderlichen Informationen geben, die notwendig sind, um einen ordnungsmäßigen Bankbetrieb aufrecht zu erhalten.²³⁷ Dasselbe gilt für inländischen Tochterunternehmen, die unter der Konsolidierungspflicht eines ausländischen

²³⁰ Sommer/Hirsch in Dellinger, Bankwesengesetz (2007) § 38 Rz 290.

²³¹ Sommer/Hirsch in Dellinger, Bankwesengesetz (2007) § 38 Rz 292; Jabornegg/Strasser/Floretta, Bankgeheimnis 125; Apathy/Koch in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I² Rz 2/24.

²³² Sommer/Hirsch in Dellinger, Bankwesengesetz (2007) § 38 Rz 292; Jabornegg/Strasser/Floretta, Bankgeheimnis 125; Apathy/Koch in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I² Rz 2/24.

²³³ Apathy/Koch in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I² Rz 2/144.

²³⁴ Vgl § 30 Abs 1, 2 und 2 a BWG.

²³⁵ RL 92/30/EWG des Rates vom 06.04.1992 über die Beaufsichtigung von Kreditinstituten auf konsolidierter Basis ABI L 110/52 Art 3 Abs 6.

²³⁶ Apathy/Koch in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I² Rz 2/132; Sommer/Hirsch in Dellinger, Bankwesengesetz (2007) § 38 Rz 293.

²³⁷ Sommer/Hirsch in Dellinger, Bankwesengesetz (2007) § 38 Rz 293.

Unternehmens stehen. Auch dann müssen die Unterlagen weitergeleitet bzw. Auskünfte erteilt werden.

Die Berufung auf das Bankgeheimnis ist unzulässig, wenn die untergeordnete Bank gegenüber der ihr übergeordneten Bank im Rahmen der Konsolidierung Auskunft geben muss. In der Praxis wird gem § 38 Abs 2 Z 5 BWG regelmäßig eine Zustimmungserklärung des Kunden eingeholt.²³⁸

2.4.1.3.3 Das Kreditinstitut als Drittschuldner

Obwohl diese Ausnahme aus dem Bankgeheimnis im Exekutionsverfahren nur einen kleinen Teil aller Durchbrechungsmöglichkeiten ausmacht, möchte ich aufgrund meiner derzeitigen beruflichen Tätigkeit (Beschäftigung in der Exekutionsabteilung einer Rechtsanwaltskanzlei) auch diese Durchbrechungsmöglichkeit aufzeigen.

Bei einer Forderungsexekution hat das Exekutionsgericht auf Antrag des betreibenden Gläubigers nach § 301 EO dem Drittschuldner aufzutragen, binnen vier Wochen Auskunft über die gepfändete Forderung zu geben (Drittschuldnererklärung). Im Bereich des Bankgeheimnisses ist dies nur insoweit relevant, als der Drittschuldner ein Kreditinstitut ist. Nach der hL²³⁹ hat die exekutionsrechtliche Auskunftspflicht Vorrang vor dem Bankgeheimnis.

Begründet wird diese Durchbrechung im Exekutionsrecht damit, dass der betreibende Gläubiger in die Rechtsstellung des Bankkunden eintritt und somit auch das Auskunftsrecht geltend machen kann.²⁴⁰ Außerdem wäre es für die Rechtsdurchsetzung eher unbefriedigend, wenn man auf ein Bankguthaben eines Schuldners aufgrund des Bankgeheimnisses nicht zugreifen könnte bzw. als betreibender Gläubiger nicht erfahren würde, wie der Schuldner finanziell situiert ist. Die Wahrscheinlichkeit, auf ein derartiges Guthaben eines Schuldners greifen zu

²³⁸ *Sommer/Hirsch in Dellinger*, Bankwesengesetz (2007) § 38 Rz 295.

²³⁹ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 153 ff; *Apathy/Koch in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/139.

²⁴⁰ *Apathy/Koch in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/139.

können, ist mE äußerst gering, weil dafür dem Gläubiger die exakten Daten der Kontoverbindung (Kontonummer, Bankleitzahl, Name des Kontoinhabers, Geburtsdatum des Schuldners) bekannt sein müssen.

2.4.1.3.4 Die Durchbrechungsmöglichkeiten des B-VG

Innerhalb seines Kompetenzbereiches hat der Rechnungshof die Möglichkeit Kreditinstitute zu prüfen. Ihm gegenüber tritt das Bankgeheimnis zurück.²⁴¹ Bei der Veröffentlichung des Prüfberichts ist jedoch darauf zu achten, dass es zu keiner Veröffentlichung der dem Rechnungshof bekannt gewordenen Tatsachen, die dem Bankgeheimnis unterliegen, kommt.²⁴² Deckt der Rechnungshof im Rahmen seiner Prüftätigkeit eine dem Bankgeheimnis unterliegende Straftat auf, so darf der Rechnungshof, entgegen § 84 StPO, keine Strafanzeige erstatten.²⁴³

2.4.1.3.5 Die Durchbrechungsmöglichkeiten im Privatrecht

Das Bankgeheimnis kollidiert nicht nur mit öffentlich rechtlichen Auskunftspflichten und Gestaltungsmöglichkeiten. Auch im zivilrechtlichen Bereich kommt es zur Durchbrechung des Bankgeheimnisses durch Auskunfts- und Mitteilungspflichten.

Eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses besteht bei der Bürgschaft für den Bürgen gegenüber dem Kreditinstitut, bei der Forderungsabtretung, aber auch im Zuge der Drittschuldnererklärung im Exekutionsrecht.²⁴⁴

²⁴¹ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/141.

²⁴² *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 132.

²⁴³ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/141.

²⁴⁴ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 153; *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/133 ff.

2.4.2 Die Folgen der Verletzung des Bankgeheimnisses

2.4.2.1 Die Bestimmung des § 101 BWG

Die Bestimmung des § 101 BWG²⁴⁵ lautet:

- (1) Wer Tatsachen des Bankgeheimnisses offenbart oder verwertet, um sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder um einem anderen einen Nachteil zuzufügen, ist vom Gericht mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.**
- (2) Der Täter ist im Falle des Abs 1 nur mit Ermächtigung des in seinem Interesse an der Geheimhaltung Verletzten zu verfolgen.**

Es sind nur vorsätzliche Verletzungen des Bankgeheimnisses strafbar.²⁴⁶ Wie sich bereits aus dem Gesetzestext ergibt, ist die Ahndung des Bankgeheimnisses nur mit Ermächtigung des in seinem Interesse an Geheimhaltung Verletzten zu verfolgen. Es handelt sich dabei um ein sog Ermächtigungsdelikt.

Nach *Jabornegg/Strasser/Floretta*²⁴⁷ ist nicht nur der Inhaber der Geschäftsverbindung antragsberechtigt, sondern auch ein Dritter, dessen Geheimnisse über den Bankkunden als mitgeschützt anzusehen sind. Eine gegenteilige Meinung vertritt *Flora*²⁴⁸, die meint, dass lediglich der Geheimnisherr antragsberechtigt ist, weil ja nur dieser ein subjektives Recht auf Geheimhaltung besitzt. Ich schließe mich der Meinung von *Jabornegg/Strasser/Floretta* an, da die Geheimhaltungspflicht nicht auf den Inhaber der Geschäftsverbindung beschränkt ist, sondern auch ein Dritter durch die Offenbarung eines Geheimnisses betroffen sein bzw einen Schaden erleiden kann. Gem § 38 Abs 1 BWG kann nur eine zur

²⁴⁵ BGBl I 2007/60.

²⁴⁶ Gem § 7 Abs 1 StGB ist dann, wenn im Gesetz nichts anderes bestimmt ist, nur vorsätzliches Handeln strafbar; *Steininger* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (1994) § 7 StGB Rz 4.

²⁴⁷ Bankgeheimnis 164.

²⁴⁸ Bankgeheimnis 35.

Geheimhaltung verpflichtete natürliche Person die Verletzung des Bankgeheimnisses begehen. Außenstehende können sich als Beteiligte nach § 12 StGB strafbar machen. Organe von Behörden, die Tatsachen, die dem Bankgeheimnis unterliegen, offenbaren oder verwerten, unterliegen dem strengeren Straftatbestand des § 310 StGB.²⁴⁹ Verletzt hingegen ein Entscheidungsträger²⁵⁰ des Kreditinstitutes vorsätzlich das Bankgeheimnis, so ist gem § 3 Abs 3 Z 1 VbVG neben dem unmittelbaren Straftäter auch das Kreditinstitut selbst für die Straftat verantwortlich. Die Handlungen des Entscheidungsträgers werden dem Kreditinstitut zugerechnet. Über das Kreditinstitut wird gem § 4 Abs 1 VbVG eine Verbandsbuße verhängt. Gleiches gilt im Fall des § 3 Abs 3 Z 2 VbVG, wenn ein Mitarbeiter das Bankgeheimnis vorsätzlich verletzt und die Begehung der Tat dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, dass Entscheidungsträger, die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen haben, insbesondere indem sie wesentliche technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten unterlassen haben.²⁵¹

Der Vorsatz des Täters muss darauf abzielen, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem anderen einen Nachteil zuzufügen.²⁵²

Die Verwertung oder die Offenbarung muss zumindest bedingt vorsätzlich erfolgen.²⁵³ Der Täter muss absichtlich²⁵⁴ handeln, er muss sich den Eintritt des Erfolges zur Zielvorstellung gemacht haben. Es muss dem Täter ja gerade darauf ankommen, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zuzuwenden oder einen Nachteil zuzufügen.²⁵⁵ Unter Vermögensvorteil versteht man jede Verbesserung

²⁴⁹ Vgl die Bestimmung des § 302 StGB sieht für die Verletzung des Amtsgeheimnisses eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren vor; *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/163.

²⁵⁰ Gem § 2 Abs 1 VbVG insbesondere ein Geschäftsführer, Vorstandsmitglied, Prokurist oder aufgrund organschaftlicher oder rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht in vergleichbarer Weise dazu Befugter, den Verband nach außen hin zu vertreten.

²⁵¹ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/163; ErlRV 994 BlgNr 22. GP 23.

²⁵² Qualifizierende Tatbestandselemente in § 121 Abs 2 StGB: Verletzung von Berufsgeheimnissen und in § 122 Abs 2 StGB: Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen.

²⁵³ *Flora*, Bankgeheimnis 33.

²⁵⁴ IS des § 5 Abs 2 StGB; vgl auch *Lewis* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum

Strafgesetzbuch² (30 Lieferung: Austauschheft 2008) § 121 Rz 16.

²⁵⁵ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 165.

seiner eigenen Lage. Es bedeutet entweder, dass die Passiva verringert oder die Aktiva vermehrt werden.²⁵⁶ Unter der Zufügung eines Nachteils ist nicht bloß ein vermögensrechtlicher Nachteil zu verstehen. Der Nachteil darf nicht bloß darin bestehen, das Geheimnis offenbart zu haben.²⁵⁷ Es muss vielmehr ein darüber hinausgehender Nachteil vorliegen.²⁵⁸ Denkbar wäre hier zB, dass nach der Offenbarung des betreffenden Geheimnisses es zur Minderung der Reputation eines Unternehmens kommt oder zB zum Verlust des Arbeitsplatzes. Zur Deliktvollendung ist es jedoch nicht notwendig, dass der gewollte Nachteil auch tatsächlich eingetreten ist.²⁵⁹

Im Gegensatz zum Schweizer Bankgeheimnis werden hier die Begriffe „*offenbaren*“ oder „*verwerten*“ verwendet. Ein Offenbaren liegt bereits vor, wenn die betroffene Information nicht nur direkt schriftlich oder mündlich mitgeteilt wird, sondern auch dann, wenn die zur Geheimhaltung verpflichtete Person die Information auf andere Art und Weise, zB durch Einsichtgewährung, weitergibt.²⁶⁰ *Jabornegg/Strasser/Floretta*²⁶¹ sprechen in diesem Zusammenhang von einem „*Zugänglichmachen*“. Ich bin der Meinung, dass der Begriff des „*Zugänglichmachens*“, wie ihn auch der Schweizer Gesetzestext verwendet, viel weiter gefasst ist, als lediglich „*offenbaren*“ und „*verwerten*“. Unter den Begriff des „*Zugänglichmachens*“ fällt schließlich jegliche Art des Bekanntwerdens der geheimhaltungspflichtigen Tatsache.²⁶² Für dieses Bekanntwerden wäre dann die zur Geheimhaltung verpflichtete Person verantwortlich.²⁶³

Die Bestimmung des § 2 StGB regelt die Tatbegehung durch Unterlassung. Es ist auch strafbar, wer den verpönten Erfolg durch Unterlassung seiner Abwendung

²⁵⁶ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/164.

²⁵⁷ *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 121 Rz 35.

²⁵⁸ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 165; *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/164; vgl auch *Lewisch* in *Höpfel/Ratz*, WK-StGB² (2008) § 121 Rz 16.

²⁵⁹ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/164.

²⁶⁰ *Flora*, Bankgeheimnis 28.

²⁶¹ Bankgeheimnis 85.

²⁶² Vgl *Puck* in *Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz Kommentar (3. Lieferung Juni 2009) § 101 BWG Rz 14 „Es reicht bereits *bloßes* Zugänglichmachen ...“.

²⁶³ *Flora*, Bankgeheimnis 28.

verwirklicht. Wenn die Herbeiführung eines Erfolges mit Strafe bedroht ist, so ist auch strafbar, wer es unterlässt den Erfolg abzuwenden.²⁶⁴

Das Delikt des § 101 BWG kann jedenfalls auch durch Unterlassung begangen werden, insoweit eine persönliche Erfolgsabwendungspflicht besteht. Der Täter muss jedoch auch objektiv in der Lage sein, den Erfolg abzuwenden.²⁶⁵

Die Tat gilt als im Inland begangen, wenn der Täter zumindest teilweise im Inland gehandelt hat bzw hätte handeln sollen.²⁶⁶ Es wird an das die Strafbarkeit auslösende Verhalten angeknüpft. Beim Bankgeheimnis wäre das die Offenbarung bzw Bekanntmachung von Tatsachen. Nach § 64 Abs 1 Z 7 StGB gilt die Tat auch dann als im Inland begangen, wenn Täter und Opfer der Verletzung des Bankgeheimnisses Österreichische Staatsbürger sind und ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben, auch wenn die Tat ausschließlich im Ausland stattgefunden hat.²⁶⁷

Die Tat kann nach § 65 StGB auch im Inland bestraft werden, wenn es sich um Auslandstaten handelt. Die Voraussetzung dafür ist, dass die eigentliche Tat, die Verletzung des Bankgeheimnisses, auch im Ausland gerichtlich strafbar ist. Dies ist, wie später zu Art 47 BankG ausführlich dargestellt in der Schweiz gerichtlich strafbar, weiters nach Art 41 Luxemburgisches Gesetz über den Finanzsektor auch in Luxemburg.

Seit 01.01.2008²⁶⁸ ist § 101 BWG als Ermächtigungsdelikt ausgestaltet. Das bedeutet, dass die Kriminalpolizei bzw die Staatsanwaltschaft bei Verdacht der Verletzung des Bankgeheimnisses von Amts wegen tätig werden müssen. Sie haben aber unmittelbar beim Verletzten nachzufragen, ob dieser die Ermächtigung zur Verfolgung erteilt. Die Ermächtigung muss innerhalb von 14 Tagen ab Anfrage der

²⁶⁴ *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 2 Rz 9; *Steininger* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK-StGB (2003) § 2 StGB Rz 1.

²⁶⁵ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/165.

²⁶⁶ Vgl § 67 Abs 2 StGB.

²⁶⁷ *Schwaighofer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (2002) § 64 StGB Rz 28.

²⁶⁸ ErlRV 1130 BlgNr 18. GP 140 f.

Behörde vorliegen.²⁶⁹ Ansonsten ist das Verfahren gem § 92 Abs 1 StPO einzustellen. Die Ermächtigung selbst hat immer auf eine bestimmte Person zu lauten. Werden mehrere Personen verdächtigt, so muss für alle Verdächtigten eine eigene Ermächtigung beim Verletzten eingeholt werden. Die Ermächtigung muss spätestens bei Einbringung der Anklage oder der Einleitung einer diversionellen Maßnahme vorliegen, ansonsten gilt eine Frist von 14 Tagen.²⁷⁰

Die Erteilung der Ermächtigung steht nach hL²⁷¹ nur dem Geheimnisherrn zu, nicht jedem, der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung der Tatsachen besitzt. Nur der Geheimnisherr hat ein subjektives Recht auf Geheimhaltung.

Die strafbare Handlung ist nach § 101 BWG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bedroht; die im § 57 Abs 3 vierter Fall StGB für ein ein solches Vergehen normierte Verjährungsfrist beträgt drei Jahre ab Abschluss des mit Strafe bedrohten Verhaltens, also mit Offenbarung oder Weitergabe der dem Bankgeheimnis unterliegenden Tatsachen. Auslöser für den Beginn der Verjährungsfrist ist das Bekanntwerden des geschützten Geheimnisses.²⁷²

2.4.2.1.1 Die Abgrenzung zu §§ 121, 122 StGB

Die Bestimmung des § 101 BWG stellt eine *lex specialis* dar. Er beinhaltet die Strafnormierung für die Verletzung des Bankgeheimnisses. In den §§ 121 und 122 StGB ist die Verletzung von Berufsgeheimnissen und die Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen, somit Tatbestände für eine „Geheimnisverletzung“, geregelt. Nun könnte man meinen, dass auch hier eine Strafdrohung vorgesehen ist für den Fall, dass das Bankgeheimnis verletzt wird. Die Verletzung des Bankgeheimnisses fällt jedoch nicht unter § 121 StGB „Verletzung von Berufsgeheimnissen“. Obwohl das Bankgeheimnis als Berufsgeheimnis anzusehen ist, so fallen unter § 121 StGB nur jene Berufsgeheimnisse, die einem Angehörigen

²⁶⁹ OGH 11 Os 172/10v RZ 2011/145.

²⁷⁰ Puck in Dellinger, Bankwesengesetz (2009) § 101 Rz 37.

²⁷¹ Flora, Bankgeheimnis 35; Puck in Dellinger, Bankwesengesetz (2009) § 101 Rz 38;

²⁷² Puck in Dellinger, Bankwesengesetz (2009) § 101 Rz 39.

eines Gesundheitsberufes in Ausübung seiner Tätigkeit oder einem Sachverständigen in Ausübung seiner Tätigkeit bekannt wurden. Der § 121 StGB ist also auf das Bankgeheimnis überhaupt nicht anwendbar. Die Bestimmungen über die Verletzung des Bankgeheimnisses gehen als *lex specialis* jenen der Verletzung von Berufsgeheimnissen vor.²⁷³

Die Bestimmung des § 122 StGB regelt die Verletzung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses. Hier wird das Offenbaren oder die Verwertung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses durch solche Personen, die von diesen Geheimnissen kraft einer gesetzlich oder behördlich vorgeschriebenen Aufsichts-, Überprüfungs- oder Erhebungstätigkeit Kenntnis haben und kraft Gesetzes zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, unter Strafe gestellt. Grundsätzlich wäre dieser Tatbestand auch auf das Bankgeheimnis anwendbar.

Die Tat der Verletzung des Bankgeheimnisses ist rechtsrichtig den Bestimmungen der § 101 BWG iVm § 38 BWG zu unterstellen, weil der spezielle Tatbestand der Verletzung des Bankgeheimnisses dem (allg) Tatbestand der Verletzung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses (§ 122 StGB) vorgeht.²⁷⁴

2.4.2.1.2 Die Abgrenzung zum Amtsmissbrauch

Verletzt der Täter das Bankgeheimnis in seiner Stellung als Beamter²⁷⁵ nach § 74 Abs 1 Z 4 StGB, ist dieser nach den strengeren Bestimmungen des § 302 StGB zu bestrafen.²⁷⁶ Das geschützte Rechtsgut beim Amtsmissbrauch ist das Vertrauen der Öffentlichkeit in das korrekte Vorgehen der Beamten und die ordnungsgemäße

²⁷³ Puck in Dellinger, Bankwesengesetz (2009) § 101 Rz 36.

²⁷⁴ Lewisch in Höpfel/Ratz, WK-StGB² (2008) § 122 Rz 19; Thiele in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK-StGB (2007) § 122 Rz 77.

²⁷⁵ Beamter: jeder, der bestellt ist, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes, ausgenommen einer Kirche oder Religionsgesellschaft, als deren Organ allein oder gemeinsam mit einem anderen Rechtshandlungen vorzunehmen, oder sonst mit Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung betraut ist; als Beamter gilt auch, wer nach einem anderen Bundesgesetz oder auf Grund einer zwischenstaatlichen Vereinbarung bei einem Einsatz im Inland einem österreichischen Beamten gleichgestellt ist.

²⁷⁶ Puck in Dellinger, Bankwesengesetz (2009) § 101 Rz 35.

Abwicklung der hoheitlichen Verwaltung.²⁷⁷ Dies gilt insbesondere für „Organe von Behörden“ die ausdrücklich in § 38 Abs 1 zweiter Satz BWG genannt sind. Der § 101 leg cit tritt also hinter die Bestimmungen über die Verletzungen des Amtsgeheimnisses des § 302 StGB („Missbrauch der Amtsgewalt“) zurück.²⁷⁸

2.4.2.2 Die zivilrechtlichen Folgen

Der Geheimnisherr hat gegenüber seinem Kreditinstitut und den in § 38 Abs 1 BWG genannten Personen einen Anspruch auf Wahrung des Bankgeheimnisses. Dieser Anspruch richtet sich auf die Unterlassung der Offenbarung oder Verwertung der unter das Bankgeheimnis fallenden Informationen und Tatsachen.²⁷⁹ Der Unterlassungsanspruch des Geschädigten ist unabhängig vom rechtswidrigen Verhalten und Verschulden der Person, gegen die er sich richtet. Es wird auch kein Schadenseintritt vorausgesetzt.²⁸⁰ Mit dem Instrument der vorbeugenden Unterlassungsklage kann der Betroffene gegen die Verletzung vorgehen. Für die Einbringung einer vorbeugenden Unterlassungsklage ist die unmittelbare und konkrete Gefahr der Verletzung des Bankgeheimnisses Voraussetzung.²⁸¹ Bei einer „normalen“ Unterlassungsklage ist die Wiederholungsgefahr eine zusätzliche Voraussetzung. Bei der vorbeugenden Unterlassungsklage wird das Vorliegen der Erstbegehungsgefahr gefordert. Diese ist strenger zu prüfen als die Wiederholungsgefahr. Sie wird jedenfalls vorliegen, wenn das betroffene Kreditinstitut die Verpflichtung zur Geheimhaltung der Informationen und Tatsachen bestreitet. Die Erstbegehungsgefahr ist vom Kläger zu behaupten und zu beweisen, was in diesem besonderen Fall der (drohenden) Verletzung des Bankgeheimnisses eher schwierig erscheint.

²⁷⁷ *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 302 Rz 2.

²⁷⁸ *Puck in Dellinger*, Bankwesengesetz (2009) § 101 Rz 35.

²⁷⁹ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 160 ff.

²⁸⁰ *Apathy/Koch in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/149.

²⁸¹ *Simotta in Rechberger/Simotta* (Hrsg), Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren⁷ (2009) Rz 546; *Ortner*, Bankgeheimnis 213; *Rechberger in Rechberger* (Hrsg), ZPO Zivilprozessordnung Kommentar³ (2006) § 406 ZPO Rz 15.

Der Unterlassungsanspruch des Betroffenen kann durch eine einstweilige Verfügung nach §§ 378, 381 EO gesichert werden. Das Sicherungsmittel stellt dabei ein Verbot nach § 382 Z 5 EO dar.

Genauso wie der Anspruch auf Unterlassung setzt auch der Anspruch auf Beseitigung kein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten voraus.²⁸² Es genügt der unbefugte Eingriff in das Bankgeheimnis, um die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes verlangen zu können.²⁸³

Ich schließe mich der Ansicht von *Jabornegg/Strasser/Floretta*²⁸⁴ an, wonach ein Anspruch auf Beseitigung in diesem Fall überhaupt nichts nützt, da das betroffene Geheimnis bereits preisgegeben wurde und somit der rechtmäßige Zustand nicht wieder hergestellt werden kann.

2.4.2.2.1 Der Schadenersatz

Natürlich kann die schuldhafte Verletzung des Bankgeheimnisses, so wie jede andere schuldhafte Verletzung einer vertraglichen Pflicht, auch schadenersatzpflichtig machen. Die grundsätzliche Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch ist der Eintritt eines Schadens gem § 1295 ABGB. Gerade bei der Verletzung des Bankgeheimnisses ist die Bemessung des Schadens schwierig.²⁸⁵ Der Eintritt des Schadens erfolgt in den meisten Fällen in indirekter Weise erst geraume Zeit nach der Geheimnisverletzung.²⁸⁶ Natürlich gibt es auch Konstellationen, bei denen der Eintritt des Schadens vergleichsweise einfach zu bemessen ist, wenn zB einem Unternehmen aufgrund der Geheimnisverletzung ein Kredit nicht oder nur zu schlechteren Konditionen gewährt, oder deshalb ein Konkurs

²⁸² *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/150.

²⁸³ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 161.

²⁸⁴ Bankgeheimnis 161; *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/150.

²⁸⁵ *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 162; *Ortner*, Bankgeheimnis 214.

²⁸⁶ *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/152; Hat die Verletzung des Bankgeheimnisses den Konkurs des Unternehmens zur Folge, so muss geprüft werden, ob der Konkurs sowieso, wenn auch zu einem späteren Zeitpunkt, eingetreten wäre oder ob erst die Geheimnisverletzung die Sanierung des Unternehmens notwendig machte.

eröffnet wird.²⁸⁷ Beweispflichtig für den Schaden bzw die Höhe des Schadens ist nach allg Regeln des Schadenersatzrechtes immer der Geschädigte. Nach der Bestimmung des § 273 ZPO kann das Gericht die Höhe des Schadenersatzes nach freier Überzeugung festsetzen, wenn der Beweis nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erbracht werden kann. Die Bestimmung des § 273 ZPO betrifft nur die Höhe des Schadens. Dafür, dass überhaupt ein Schaden aufgrund der Geheimnisverletzung eingetreten ist, ist weiterhin der Geschädigte beweispflichtig.²⁸⁸

Trat die Schädigung vor dem 01.01.2007²⁸⁹ ein, so hat das Kreditinstitut immer auch den entgangenen Gewinn zu ersetzen (volles Interesse, Art 8 Nr 2 EVHGB). Die anderen Personen, die in § 38 Abs 1 BWG genannt sind, haften bei leichter Fahrlässigkeit (vorausgesetzt es liegt keine handelsgeschäftliche Verbindung zum Kreditinstitut vor) nur für den positiven Schaden (nicht für den entgangenen Gewinn) aus der Deliktshaftung.

Seit dem Inkrafttreten des HaRÄG mit 01.01.2007 haftet das Kreditinstitut einem Nichtunternehmer bei leichter Fahrlässigkeit nur für den positiven Schaden (vgl § 1324 ABGB). Einem Unternehmer gegenüber haftet das Kreditinstitut jedoch auch für den entgangenen Gewinn.²⁹⁰

2.4.2.2.2 Ideelle Schäden

Gerade bei der Verletzung des Bankgeheimnisses kann es sehr schnell zum Eintritt eines ideellen Schadens kommen. Jedoch ist es so, dass Berufs- und Geschäftsgeheimnisse weder durch § 16 ABGB noch durch § 1328 a ABGB²⁹¹ geschützt werden. Das Bankgeheimnis bzw § 38 BWG ist in § 1328 a ABGB nicht erwähnt. Bei der Verletzung des Bankgeheimnisses gibt es daher keinen Ersatz für

²⁸⁷ *Apathy/Koch in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I² Rz 2/152.*

²⁸⁸ *Karner/Danzl in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ § 1295 Rz 1;*
OGH 14.11.2012, 7 Ob 162/12 t.

²⁸⁹ Art XXXI HaRÄG.

²⁹⁰ Vgl § 349 UGB.

²⁹¹ ErlRV 173 BlgNr 22 GP 18.

ideelle Schäden durch Geldleistung, allenfalls nur durch Naturalrestitution. Insbesondere bei Rufschädigung gebührt also kein Ersatz für den ideellen Schaden gem § 1330 ABGB.²⁹²

2.4.2.3 Die Folgen im Rahmen der StPO

2.4.2.3.1 Die gerichtliche Hinterlegung der Unterlagen

Das Kreditinstitut hat die Möglichkeit, wenn es der Meinung ist, dass nicht der gesamte Eingriff gegen das Bankgeheimnis verstößt, bestimmte Unterlagen und Auskünfte bei Gericht gem § 116 Abs 6 StPO zu hinterlegen. Das Kreditinstitut muss dann zwar alle geforderten Unterlagen herausgeben, es hat aber das Recht, die Unterlagen gem § 112 StPO bei Gericht (§ 31 Abs 1 Z 3 StPO) zu hinterlegen.²⁹³ Vor der gerichtlichen Hinterlegung dürfen die betroffenen Unterlagen nicht eingesehen werden.²⁹⁴

Die gerichtliche Hinterlegung ist grundsätzlich gem § 112 StPO nur dann zulässig, wenn Unterlagen betroffen sind, die ohne gerichtliche Bewilligung, nur auf staatsanwaltliche Anordnung oder auf Anordnung der Kriminalpolizei eingesehen werden sollen. Diese Vorgangsweise ist bei Kreditinstituten ausgeschlossen, denn sie genießen in diesem Fall einen Sonderstatus.²⁹⁵ Es wird gem § 116 Abs 6 StPO dem Kreditinstitut die Möglichkeit der gerichtlichen Hinterlegung auch gewährt, wenn schon eine gerichtliche Bewilligung für die Herausgabe der Unterlagen vorliegt.

Das Kreditinstitut muss die Unterlagen, die es nicht herausgeben will, binnen einer angemessenen Frist, die aber nicht kürzer als 14 Tage sein darf, genau bezeichnen.²⁹⁶ Zu diesem Zweck kann in die Unterlagen Einsicht genommen werden. Sind die Unterlagen durch das Kreditinstitut genau bezeichnet, so kommt es zu einer Prüfung der Unterlagen durch das Gericht unter Beiziehung eines Bankmitarbeiters

²⁹² *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/154.

²⁹³ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 123.

²⁹⁴ *Flora*, Bankgeheimnis 182.

²⁹⁵ *Flora*, Bankgeheimnis 182.

²⁹⁶ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 124.

gem § 112 Abs 2 StPO. Nimmt das Kreditinstitut aber keine genaue Bezeichnung der Unterlagen innerhalb der Frist vor, so werden die Unterlagen automatisch zum Akt genommen.²⁹⁷

Wenn gleichzeitig mit der gerichtlichen Hinterlegung eine Beschwerde gegen die gerichtliche Bewilligung eingebracht wird, so kommt es im Ergebnis zu einer aufschiebenden Wirkung der gerichtlichen Hinterlegung.²⁹⁸

Erhebt das Kreditinstitut zusammen mit der gerichtlichen Hinterlegung Beschwerde gem §§ 87 Abs 1 StPO; 112 Abs 3 letzter Satz StPO gegen die gerichtliche Bewilligung, so ist für beides der Einzelrichter am LG gem § 31 Abs 1 Z 3 StPO zuständig.²⁹⁹

Der Einzelrichter hat zu prüfen, in welchem Ausmaß Auskünfte zu erteilen sind bzw in welchem Umfang Unterlagen für weitere Ermittlungen zu verwenden sind.

Eine Beschlagnahme darf nur erfolgen, wenn die Herausgabe der Papiere für die Aufklärung der Straftat gem § 116 Abs 4 Z 4 StPO erforderlich erscheint. Unterlagen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, sind vom Richter auszuscheiden.³⁰⁰ Der Staatsanwalt und die Kriminalpolizei dürfen solche Unterlagen, die keinem Beweiszweck dienen, gem § 116 Abs 6 StPO nicht einsehen.³⁰¹

2.4.2.3.2 Die Durchsuchung des Kreditinstitutes

Auskünfte nach § 116 StPO können nur erteilt werden, wenn die Maßnahme gerichtlich bewilligt und staatsanwaltlich angeordnet wurde (§ 116 Abs 3 und Abs 6 StPO).³⁰²

Für den Fall, dass sich das Kreditinstitut weigert, der angeordneten Maßnahme

²⁹⁷ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 124.

²⁹⁸ *Flora*, Bankgeheimnis 182.

²⁹⁹ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 126.

³⁰⁰ *Flora*, Bankgeheimnis 184.

³⁰¹ *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 124.

³⁰² *Flora* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (2012) § 116 Rz 7.

Folge zu leisten, wird in der Praxis im Beschluss auch die Durchsuchung des Kreditinstitutes bewilligt bzw angeordnet. Solange das betroffene Kreditinstitut die Herausgabe der geforderten Unterlagen und Informationen nicht verweigert, ist eine Hausdurchsuchung jedenfalls nicht erforderlich und angemessen.³⁰³ Dabei ist zu beachten, dass eine drohende Hausdurchsuchung ein wirkungsvolles Druckmittel darstellt, um das Kreditinstitut zur Herausgabe zu bewegen. Eine Hausdurchsuchung bei einem Kreditinstitut ist mE jedenfalls geschäftsschädigend.

Weigert sich das betroffene Kreditinstitut weiter, die betreffenden Unterlagen und Informationen herauszugeben, so kann das Gericht über das Kreditinstitut Beugemittel verhängen. Es droht eine Beugestrafe in der Höhe von bis zu € 10.000,--. Bei weiterer Weigerung kann in wichtigen Fällen sogar eine Beugehaft bis zu sechs Wochen gem § 93 Abs 4 StPO verhängt werden. Die Staatsanwaltschaft muss bei Gericht einen Antrag auf Verhängung der Beugemittel stellen.³⁰⁴

2.4.2.3.3 Die neue Rechtslage seit 01.09.2012

Seit 01.09.2012 ist ein neu geregelter § 116 StPO³⁰⁵ in Kraft getreten. Die Staatsanwaltschaften waren wiederholt mit Verfolgungshindernissen konfrontiert, wenn gem § 116 StPO die Bekanntgabe von Geschäftsverbindungen zum Zwecke der Einleitung von Sicherungsmaßnahmen begehrt wurde.³⁰⁶ So kann etwa eine darauf gerichtete Anordnung nicht bewilligt werden, weil nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Auskunft nach § 109 Z 3 lit a zweiter Halbsatz StPO nur dann zulässig ist, wenn die Auskunft zur Aufklärung einer Straftat erforderlich ist.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass sich die Ziele der Aufklärung einer Straftat von jenen der Sicherung, der durch sie erzielten Erlöse, nicht scharf abgrenzen lassen.³⁰⁷ In den meisten Fällen ist das lückenlose Nachvollziehen von Geldflüssen und die

³⁰³ Flora in Fuchs/Ratz, WK-StPO (2012) § 116 Rz 113.

³⁰⁴ Flora in Fuchs/Ratz, WK-StPO (2012) § 116 Rz 114.

³⁰⁵ BGBl I Nr 2012/35.

³⁰⁶ RV 1685 BlgNr XXIV. GP.

³⁰⁷ RV 1685 BlgNr XXIV. GP.

Klärung der wirtschaftlichen Berechtigung einer Kontoverbindung notwendig, um schwerwiegende Straftatbestände nachweisen zu können.

Eine Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte kann auch erlangt werden, wenn sie der Aufklärung einer vorsätzlich begangenen Straftat oder eines Vergehens, das in die Zuständigkeit des LG fällt, dient, und wenn sie für die Aufklärung erforderlich ist, ob eine Anordnung auf Auskunft nach § 116 Abs 2 Z 2 StPO erlassen werden kann.

2.4.3 DIE MELDEPFLICHT DES KREDITINSTITUTES

Wie bereits oben erwähnt, wird das Bankgeheimnis auch durch die Meldepflichten des Kreditinstitutes an das BKA durchbrochen. ME ist genau abzugrenzen, wann konkret diese Meldepflicht ausgelöst wird. Wichtig ist auch die Beurteilung, ob die Meldepflicht ausgelöst wurde oder nicht. Es handelt sich dabei um eine Entscheidung im Einzelfall (Ermessensspielraum), die auch ein Bankangestellter am Schalter treffen muss. Es wird sicherlich in einigen Fällen klar sein und in anderen Fällen - wie oft im juristischen Bereich - diffizil erscheinen. Wenn die Meldung an das BKA vom Kreditinstitut unberechtigt war, stellt sich die Frage, was der Bankkunde ersetzt bekommt bzw ob er Anspruch auf Schadenersatz hat? Was passiert, wenn aufgrund einer solchen unberechtigten Meldung eine andere Straftat des Bankkunden aufgedeckt wird?

2.4.3.1 Das Auslösen der Meldepflicht für das Kreditinstitut

Die „Erste Geldwäsche Richtlinie“³⁰⁸ und auch die Überarbeitung der „Zweiten Geldwäsche Richtlinie“³⁰⁹ verwendeten die Begriffe „Pflicht zur Meldung verdächtiger Finanzoperationen bzw von allen Tatsachen, die ein Indiz für eine Geldwäsche sein

³⁰⁸ RL 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABI L 166/77.

³⁰⁹ RL 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Dezember 2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABI L 344/76.

könnten sowie Transaktionen, bei denen das Kreditinstitut weiß oder vermutet, dass die Transaktion mit Geldwäsche zusammenhängt“. Dies unterscheidet sich wesentlich vom nunmehrigen Wortlaut, der aus der „Dritte Geldwäsche-Richtlinie“³¹⁰ übernommen wurde. Jetzt lautet die Gesetzesstelle „Verdacht oder der berechtigte Grund zur Annahme“. Inhaltlich ergibt sich dadurch jedoch keine wesentliche Änderung der Voraussetzungen, wann eine Meldepflicht ausgelöst wird.

Die Meldepflicht wird ausgelöst, wenn Verdacht geschöpft wird bzw wenn ausreichende Gründe vorliegen, um Verdacht zu schöpfen.³¹¹

Bei dem Begriff „Verdacht oder der berechtigte Grund zur Annahme“ handelt es sich um einen sehr unbestimmten Begriff. Darunter versteht man, dass die Straftat der Geldwäsche durch objektive Umstände naheliegt.³¹² Das zuständige Kreditinstitut muss die Verwirklichung der Straftat für so wahrscheinlich halten, dass normalerweise keine andere, legale und harmlose Erklärung in Betracht kommt.³¹³

Nach dem OGH³¹⁴ liegt der begründete Verdacht, dass eine Transaktion der Geldwäsche dient, dann vor, wenn tatsächlich hinreichende Anhaltspunkte die Annahme der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens von Geldwäsche rechtfertigen.

Die Kreditinstitute selbst müssen aber keine selbstständigen Ermittlungen oder Ausforschungen betreiben.³¹⁵

³¹⁰ RL 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung ABI L 309/15.

³¹¹ *Krichbaumer in Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz Kommentar (2. Lieferung: Oktober 2008) § 41 BWG Rz 16.

³¹² *Raschauer/Wessely*, Unternehmenspflichten zur Prävention von Wirtschaftskriminalität am Beispiel des BWG, ZFR 2007, 70.

³¹³ *Krichbaumer in Dellinger*, Bankwesengesetz (2008) § 41 Rz 16.

³¹⁴ 4 Ob 230/06 m ÖBA 2007, 572/1425 = ZVR 2007/50.

³¹⁵ *Chini/Frölichsthal*, BWG² (1997) § 40 Anm 15.

2.4.3.2 Der Begriff der Transaktion

Unter Transaktion versteht man jede Handlung, die eine Geldbewegung oder eine sonstige Vermögensverschiebung bewirkt oder bezweckt. Unter diesen Begriff fallen die Bareinzahlungen, aber auch die Geschäfte am Schalter. Weiters fällt auch der unbare Zahlungsausgang (Überweisungen) in diesen Bereich. Für die Meldepflicht im Sinne des § 41 BWG gibt es kein Mindestmaß.³¹⁶ Jede Transaktion, die verdächtig ist, muss vom Kreditinstitut gemeldet werden. Jedoch ist zu beachten, dass die Bank keinem Kontrahierungszwang mit einem Kunden unterliegt. Das bedeutet, wenn sich im Vorfeld schon der Verdacht auf Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung ergibt, kann das Kreditinstitut die Transaktion noch immer ablehnen. In diesem Fall würde die Meldepflicht aber nicht ausgelöst werden, da die entsprechende Konkretisierung für die Transaktion fehlt. Die bloße Anfrage eines Kunden bei einem Kreditinstitut, ob dieses Institut eine gewisse Transaktion durchführen würde, stellt ebenfalls noch keine entsprechende Konkretisierung dar und löst somit auch keine Meldepflichten aus.³¹⁷ Diese beabsichtigten Transaktionen sind nur über Anfragen durch das BKA auskunftspflichtig. Das Kreditinstitut selbst hat in diesem Fall keine aktive Meldepflicht.

Die Meldeverpflichtung umfasst zwei Personengruppen. Einerseits werden die Transaktionen von Terroristen selbst erfasst, andererseits werden auch Geldbewegungen eines Dritten erfasst, die einem Terroristen zukommen sollen. Bei dem Tatbestand der Terrorismusfinanzierung kann der Geldbetrag – im Gegensatz zur Geldwäscherei – einen legalen Ursprung haben.³¹⁸ Der Geldbetrag muss also nicht aus einer illegalen Vortat stammen.

2.4.3.3 Das „Einfrieren“ von Kundengeldern

Im § 41 Abs 3 BWG ist das „Einfrieren“ von Kundengeldern geregelt. Unabhängig von einer Verdachtsmeldung durch das Kreditinstitut, aber auch zusätzlich zu einer solchen Meldung, kann das BKA durch Anordnung verfügen, dass eine Transaktion

³¹⁶ *Krichbaumer in Dellinger, Bankwesengesetz (2008) § 41 Rz 19.*

³¹⁷ *Krichbaumer in Dellinger, Bankwesengesetz § 41 Rz 20.*

³¹⁸ ErlRV 32 BlgNr 22. GP 5.

für einen bestimmten Zeitraum oder überhaupt gänzlich zu unterbleiben hat oder nur mit Zustimmung des BKA durchgeführt werden darf.³¹⁹

Voraussetzung für diese Sperranordnung ist der Verdacht der Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung.³²⁰ Sie stellt als Maßnahme für den Betroffenen einen Akt der unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt iS des Art 131 a B-VG dar.³²¹ Der Betroffene und auch die Staatsanwaltschaft sind durch das BKA von der Sperre unverzüglich zu unterrichten. Die Verständigung an den Kunden bzw an den Inhaber des gesperrten Kontos hat ausdrücklich die Möglichkeit der Beschwerde an den UVS zu enthalten.³²² Ein sonstiger Betroffener, wie zB der Empfänger des Geldbetrages, aber auch das durchführende Kreditinstitut, hat ebenfalls das Recht eine Beschwerde zu erheben.

Gem § 41 Abs 3 a BWG kann die vorläufige Sperre wieder aufgehoben werden. Ist angeordnet worden, dass die Transaktion zu unterbleiben hat, so darf sie so lange nicht durchgeführt werden, als es nicht zu einer gegenteiligen Anordnung kommt.³²³

Das BKA hat die vorläufige Sperre des Kontos aufzuheben, wenn³²⁴:

1. die Voraussetzungen für die Sperre nicht mehr vorliegen;
2. die vom BKA verständigte Staatsanwaltschaft keinen Grund für eine Beschlagnahme des Guthabens im Sinne des §§ 109 Z 2 und 115 Abs 2 Z 3 StPO sieht;
3. die Beschlagnahme nach §§ 109 Z 2 und 115 Abs 2 Z 3 StPO rechtskräftig gerichtlich entschieden wurde;
4. bereits seit der Anordnung der Sperre durch das BKA (ohne Entscheidung nach §§ 109 Z 2 und 115 Abs 2 Z 3 StPO) sechs Monate vergangen sind

³¹⁹ *Krichbaumer in Dellinger*, Bankwesengesetz (2008) § 41 Rz 118.

³²⁰ *Krichbaumer in Dellinger*, Bankwesengesetz (2008) § 41 Rz 119.

³²¹ *Krichbaumer in Dellinger*, Bankwesengesetz (2008) § 41 Rz 120.

³²² *Krichbaumer in Dellinger*, Bankwesengesetz (2008) § 41 Rz 121.

³²³ *Chini/Frölichsthal*, BWG² (1997) § 41 Anm 11.

³²⁴ Vgl § 41 Abs 3 a BWG.

Für das „Einfrieren“ des Kontos wurde eine absolute Frist von sechs Monaten eingeführt. Somit ist die Sperre des Kontos jedenfalls zeitlich begrenzt, was in der Vergangenheit nicht so war. Jedoch ist die Länge der Frist diskussionswürdig.³²⁵ Das „Einfrieren“ eines Kontos für ein halbes Jahr kann für den unmittelbar Betroffenen, aber auch für den konkreten Empfänger der Transaktion, eine lange Zeit sein, worin zB für ein Unternehmen eine Beschränkung der Erwerbsfreiheit erblickt werden kann.

2.4.3.4 Die Folgen der Meldung an das BKA

Die Meldung an sich an das BKA ist im Internet als Formular abrufbar.³²⁶ Diese Meldung ist an keine Formvorschriften gebunden. Jedoch wird die Meldung mit dem Formular empfohlen, da dann wirklich alle für die Bearbeitung notwendigen Daten für das BKA aufgenommen werden und so der administrative Weg erleichtert wird. Durch die Meldung des Verdachtes an das BKA wird die sogenannte Transaktionssperre ausgelöst. Das bedeutet, dass das Kreditinstitut in diesem speziellen Fall von seiner aus dem zivilrechtlichen Vertrag resultierende Pflicht, eine Transaktion durchzuführen, befreit wird.³²⁷ In der Praxis wird häufig gemeinsam mit der Meldung an das BKA auch die Entscheidung dieser Behörde verlangt, ob gegen die gegenständliche Transaktion Bedenken seitens der Behörde bestehen. Bestehen diese, wird die Transaktion unterbleiben. Bestehen jedoch keine Bedenken gegen die Transaktion, wird sie durchgeführt. Nun gibt es aber noch die Regelung, dass das Kreditinstitut bei keinerlei Rückmeldung durch das BKA bis zum Ablauf des nächstfolgenden Banktages die Transaktion durchführen darf, auch wenn Bedenken bestehen. Die Transaktion darf also in zwei Fällen durchgeführt werden:

1. wenn das BKA ausdrücklich bekannt gibt, dass keine Bedenken bestehen und

³²⁵ Krichbaumer in Dellinger, Bankwesengesetz (2008) § 41 Rz 126.

³²⁶ Homepage des Bundesministeriums für Inneres
<http://www.bmi.gv.at/cms/BK/meldestellen/geldwaesche/start.aspx> (abgefragt am 14.01.2013).

³²⁷ Krichbaumer in Dellinger, Bankwesengesetz (2008) § 41 Rz 51.

2. wenn das BKA sich nicht bis zum Ablauf des nächstfolgenden Banktages beim zuständigen Kreditinstitut meldet. In diesem Fall kann die Transaktion bereits zu Beginn des darauf folgenden Bankarbeitstages durchgeführt werden.

3. DIE RECHTSLAGE IN DER SCHWEIZ

3.1 EINLEITUNG UND HISTORISCHES

Hört man heute vom Bankgeheimnis, dann steht dies meist in unmittelbarem Zusammenhang mit der Schweiz. In diesem Land hat das Bankgeheimnis eine lange Tradition. Zunächst war das Bankgeheimnis nur im Privatrecht verankert. Es war so selbstverständlich für alle Bankkunden, dass es gar keiner Regelung in den AGB oder im Kundenvertrag einer Bank bedurfte.³²⁸ Als neutraler Staat verstand die Schweiz es schon immer, sich von politischen Unruhen und internationalen Bewegungen fernzuhalten. Vor allem während des zweiten Weltkrieges bildete die Schweiz mit ihrem Bankgeheimnis für viele Verfolgten einen Zufluchtsort für Person und Geld. Eine schwere Prüfung für das Schweizer Bankgeheimnis stellte die Gestapo-Politik zur Aufspürung deutschen Vermögens dar. Erst im Jahr 1934 wurde das Schweizer Bankgeheimnis, das bereits in der Form der privatrechtlichen Verschwiegenheitspflicht des Bankiers bestand, in ein Bundesgesetz gefasst. Das Bankgeheimnis wurde in Art 47 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen³²⁹ normiert. Ab diesem Zeitpunkt war die Verletzung des Bankgeheimnisses in der Schweiz unter Strafe gestellt worden.

Im Jahr 1971 erfuhr Art 47 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen eine Novellierung, wobei das Bankgeheimnis präzisiert und die Verletzung desselben verschärft wurde. Diese Fassung hat bis heute Gültigkeit.³³⁰

³²⁸ *Ortner*, Bankgeheimnis 7.

³²⁹ AS 51,117.

³³⁰ AS 2008, 5207.

3.2 DIE RECHTSGRUNDLAGE

3.2.1 Die Bestimmung des Art 47 BankG

In der Schweiz gibt es für das Bankgeheimnis keine Legaldefinition. Die Bestimmung des Art 47 BankG enthält keine allg Rechtsgrundlage, in der die Verschwiegenheitspflicht des Bankiers geregelt ist, sondern normiert eine Schutzbestimmung, die die Verletzung des Bankgeheimnisses unter strafrechtlichen Schutz stellt.³³¹

Das Bankgeheimnis ist in der Schweiz auch unter dem Begriff des Bankkundengeheimnisses bekannt.

Die Rechtsgrundlage für die Strafnormierung der Verletzung des Bankgeheimnisses findet sich in Art 47 BankG.

Art 47 BankG³³² lautet:

1 Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer vorsätzlich:

a ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Bank, als Organ oder Angestellter einer Prüfgesellschaft anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat;

b zu einer solchen Verletzung des Berufsgeheimnisses zu verleiten sucht.

2 Wer fahrlässig handelt, wird mit Busse bis zu 250 000 Franken bestraft.

3 Im Fall einer Wiederholung innert fünf Jahren nach der rechtskräftigen Verurteilung beträgt die Geldstrafe mindestens 45 Tagessätze.

³³¹ Ortner, Bankgeheimnis 39; Marengo-Sabó/Socchi, Das Wanken des Schweizer Bankgeheimnisses unter dem Druck der Finanzkrise <http://www.marengo-law.com/d/news.html> (abgefragt am 14.01.2013).

³³² AS 2008, 5207.

⁴ Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung strafbar.

⁵ Vorbehalten bleiben die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde.

⁶ Verfolgung und Beurteilung der Handlungen nach dieser Bestimmung obliegen den Kantonen. Die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches kommen zur Anwendung.

Der Art 47 BankG nimmt Bezug auf das Berufsgeheimnis ohne jede weitere Erläuterung. In der Schweiz wird das Bankgeheimnis dem Berufsgeheimnis, das sich aus dem Obligationen- und Persönlichkeitsrecht ergibt, zugeordnet.³³³ Das Schweizer Bankgeheimnis ist dem Wirtschaftsverwaltungsrecht zugewiesen. Die generelle Regelung über die Verletzung von Berufsgeheimnissen findet sich in Art 321 schwStGB. Art 321 schwStGB normiert Strafen für die Verletzung von Berufsgeheimnissen, die höchstpersönliche Belange betreffen.³³⁴ Art 47 BankG gilt auch in der Schweiz als *lex specialis* gegenüber den allg Regelungen des schwStGB.

Die Verletzung des Bankgeheimnisses stellt im Unterschied zu Österreich ein *Offizialdelikt* dar. Das bedeutet, dass die Entdeckung der Verwirklichung des Deliktes von Amts wegen verfolgt wird.³³⁵ Dies mE deshalb, damit der Geschädigte nicht auf die Erstattung einer Anzeige verzichtet, weil er sich Unannehmlichkeiten ersparen möchte und somit der Täter straffrei bleibt.

Ein weiterer Unterschied zum Bankgeheimnis in Österreich wird klar, wenn man den Art 47 Abs 2 BankG genauer betrachtet. **In der Schweiz ist auch die fahrlässige Verletzung des Bankgeheimnisses strafbar.**³³⁶ Somit wird der Strafrahmen des

³³³ Ortner, Bankgeheimnis 39.

³³⁴ Ortner, Bankgeheimnis 40.

³³⁵ Stratenwerth in Watter/Vogt/Bauer/Winzeler (Hrsg), Basler Kommentar Bankengesetz (2005) Art 47 BankG Rz 4; Ortner, Bankgeheimnis 40.

³³⁶ Stratenwerth in Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 18; Ortner, Bankgeheimnis 40.

Bankgeheimnisses wesentlich weiter gezogen als in Österreich, wo nur die vorsätzliche Verletzung des Bankgeheimnisses strafbar ist. Eine Fahrlässigkeit liegt zB bereits vor, wenn Akten in Reichweite eines Dritten unbeaufsichtigt liegen gelassen werden oder wenn die Identität des Informanten nicht ordnungsgemäß nachgeprüft wird.³³⁷

3.2.2 Die strafrechtlichen Grundlagen

Der strafrechtliche Schutz des Bankgeheimnisses geht über den Tatbestand der Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art 321 schwStGB) hinaus. Die Verletzung des Bankgeheimnisses setzt keinen Strafantrag des Verletzten voraus (im Gegensatz zur Verletzung eines Berufsgeheimnisses nach Art 321 StGB).³³⁸ Hier wird das öffentliche Interesse, das hinter dem Schutz des Bankgeheimnisses steht, besonders deutlich. Der Tatbestand des Art 47 BankG schützt mehrere Formen der Verletzung. Es ist jegliches pflichtwidrige Verhalten des Geheimnisträgers unter Strafe gestellt, sowie auch die Verletzung von einem unbefugten Dritten, der versucht, in den Schutzbereich des Bankgeheimnisses einzudringen.³³⁹

Als Täter im Sinne des Art 47 BankG kommen laut gesetzlicher (abschließender) Aufzählung nur Organe, Angestellte, Beauftragte oder Liquidatoren einer Bank, Untersuchungs- oder Sanierungsbeauftragte der Bankenkommission sowie Organe und Angestellte einer anerkannten Revisionsstelle in Betracht.

Der Begriff des Organs einer Bank erhellt sich in erster Linie aus Art 698 ff OR. Daraus geht hervor, dass der Täter nicht als „Organ“, sondern als „Mitglied eines Organs“ zum Geheimnisträger geworden sein kann und nur als solches handeln kann.³⁴⁰

Bei dieser Aufzählung sticht besonders der Begriff des Beauftragten ins Auge. Die Aufnahme des Beauftragten in den Personenkreis, die dem Bankgeheimnis

³³⁷ *Ortner*, Bankgeheimnis 41.

³³⁸ *Stratenwerth* in *Watter/Vogt/Bauer/Winzeler*, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 4.

³³⁹ *Stratenwerth* in *Watter/Vogt/Bauer/Winzeler*, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 11.

³⁴⁰ *Stratenwerth* in *Watter/Vogt/Bauer/Winzeler*, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 6.

untersteht, in den Gesetzestext erfolgte erst mit der Revision des BankG im Jahre 1971. In erster Linie verweist man bei der Erläuterung des Begriffes des Beauftragten auf das OR (hier insbesondere auf Art 394 ff). Als Beauftragte kommen nicht nur einzelne Personen in Betracht sondern auch Angestellte, Organmitglieder oder Gesellschafter von Personengesellschaften und juristischen Personen.³⁴¹

In der Literatur³⁴² wird immer wieder diskutiert, inwieweit jemand als Beauftragter gilt und somit zur Wahrung des Bankgeheimnisses verpflichtet ist. ME kann nicht jede Person, die in einem Auftragsverhältnis zu einer Bank steht, der Geheimhaltungspflicht unterworfen werden. Im Gesetz wurde dazu nichts normiert. Beispielsweise ist bei einem Beauftragten an einen Rechtsanwalt zu denken, der von einer Bank mit einer Prozessführung gegen einen Kunden beauftragt wird. Dabei ist der Rechtsanwalt als Beauftragter seines Mandanten anzusehen. Dieser darf Informationen nur insoweit preisgeben, als es sachlich notwendig ist. Die Bank muss in so einem Fall angemessene Vorkehrungen bei der Auswahl, der Instruktion und der Kontrolle des Beauftragten treffen, um jede unnötige Gefährdung des Bankgeheimnisses auszuschließen.³⁴³ Eine neuere Entscheidung aus dem Jahr 2008³⁴⁴ hat sich mit der Frage des sogenannten „Wistleblowings“ beschäftigt. Ein Mitarbeiter einer Bank stellte Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit einer bestimmten Transaktion fest. Mangels eines internen Kontrollsystems hatte er seinen Verdacht dem externen Anwalt der Bank mitgeteilt. Dieser Anwalt war im Vorfeld schon mit der Wahrung der Interessen der Bank im Hinblick auf diese Transaktion beauftragt worden. Der Anwalt meldete den Sachverhalt, den er durch den Bankmitarbeiter erfahren hatte, der Generaldirektion der Bank. Der Mitarbeiter wurde in weiterer Folge gekündigt, weil er an unberechtigte Dritte Informationen weitergegeben hatte, die nach Ansicht seines Dienstgebers dem Bankgeheimnis unterlagen. Das Gericht hatte zu entscheiden, ob diese Kündigung gerechtfertigt war oder nicht.

³⁴¹ *Stratenwerth in Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 7.*

³⁴² *Emenegger/Zbinden in Emmenegger (Hrsg), Cross-Border Banking, Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses (2009) 276; Stratenwerth in Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 7; vgl BGE 08.07.2008, 4A_2/2008.*

³⁴³ *Stratenwerth in Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 7.*

³⁴⁴ BGE 08.07.2008, 4A_2/2008.

Das Gericht entschied, dass die Kündigung ungerechtfertigt war, da der Anwalt nicht ein beliebiger, externer Dritter war, sondern bereits mit dieser bestimmten Transaktion betraut war, und in diesem Fall sowohl dem Berufsgeheimnis als auch dem Bankgeheimnis unterstand. Der Fall wurde eingangs als „*Whistleblowing*“ bezeichnet. Damit ist gemeint, dass die Bank einfach das Bankgeheimnis als Vorwand genommen hat, um einen unliebsamen Mitarbeiter (sog. Wistleblower) loszuwerden.

Natürlich hat auch das Kreditinstitut ein Recht auf einen unabhängigen, externen Rechtsanwalt. Ein Jurist, der zur Bank in einem Angestelltenverhältnis steht, ist jedoch nicht unabhängig. Der externe Anwalt kann nur dann rechtsberatend der Bank effektiv zur Seite stehen, wenn er auch Einsicht in alle Unterlagen hat, auch in jene, die dem Bankgeheimnis unterliegen. Sonst würde sich vor Gericht ein Ungleichgewicht zwischen den Prozessparteien in Bezug auf ihre Informationen ergeben.³⁴⁵

Gegen die generelle Zulässigkeit der Weitergabe von Bankdaten an einen Beauftragten spricht, dass der eigentliche Schutzzweck des Art 47 BankG, nämlich der verstärkte Schutz der Vertraulichkeit von Bankkundendaten, durch die einfache Bildung eines Auftragsverhältnisses unterlaufen werden könnte.³⁴⁶

ME ist die Einbeziehung eines Beauftragten in den Geheimhaltungsbereich und die Weitergabe von der Geheimhaltungspflicht unterliegenden Informationen an den Beauftragten nicht zulässig. Eine derartige Erlaubnis ergibt sich weder aus den Materialien oder dem Schutzzweck der zugrundeliegenden Norm und lässt sich auch nicht auf die bundesgerichtliche Rsp stützen.

Am 01.01.2011 sind in der Schweiz neue Prozessordnungen des Bundes (schwStPO und schwZPO) in Kraft getreten. Seither reicht das Zeugnisverweigerungsrecht des Bankiers weniger weit als jenes des Anwaltes oder des Arztes. Ärzte oder Anwälte,

³⁴⁵ *Emenegger/Zbinden in Emmenegger, Cross-Border Banking, 279.*

³⁴⁶ *Emenegger/Zbinden in Emmenegger, Cross-Border Banking, 279.*

aber auch Seelsorger mit ihrem Pflegepersonal können die Aussage vor Gericht verweigern. Der Bankier kann die Aussage nur verweigern, wenn „das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt“ und – im Strafprozess – die Verfahrensleitung dem zustimmt.³⁴⁷

Wie bereits oben erwähnt, ist es in der Schweiz so, dass bestimmte Personen in Art 47 BankG aufgezählt sind, die zur Verantwortung gezogen werden können, wenn sie das Bankgeheimnis verletzen. Verletzt jedoch eine nicht in Art 47 BankG genannte Person das Bankgeheimnis, so kann nach Art 321 schwStGB vorgegangen werden. Die Bestimmung des Art 47 BankG bildet eine *lex specialis* gegenüber dem schwStGB. Die Folgen der Preisgabe von vertraulichen Informationen können sich auch nach Art 273 schwStGB richten. Die Bestimmung des Art 273 schwStGB spricht von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen. Sie schützt nicht nur private Interessen sondern auch die Interessen des Staates. Selbst bei Einverständnis der betroffenen Person ist zu prüfen, ob nicht doch eine Verletzung nach Art 273 schwStGB vorliegt.³⁴⁸ Nach der allg Rsp³⁴⁹ ist es anerkannt, dass Bankinformationen unter den Art 273 schwStGB zu subsumieren sind.

Abschließend soll zu den Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses erwähnt werden, dass es keine verfassungsrechtliche Grundlage dieses Berufsgeheimnisses gibt.

Außerdem bräuchte die ausdrückliche Erhebung der Bestimmung in den Verfassungsrang wenig, weil auch ein so geschaffenes, besonderes Grundrecht durch den Gesetzgeber im öffentlichen Interesse wieder eingeschränkt werden könnte, soweit nicht die Verfassung selbst das ausschließt.³⁵⁰ Eine entsprechende Volksinitiative das Bankgeheimnis in die Bundesverfassung aufzunehmen scheiterte am 01.10.2010 durch den erfolglosen Ablauf der Frist zur Unterschriftensammlung.³⁵¹

³⁴⁷ *Winzeler*, Das Schweizer Bankkundengeheimnis im Wandel – Totgesagte leben länger, SJZ 2011, 5/97.

³⁴⁸ *Ortner*, Das Bankgeheimnis 42.

³⁴⁹ Vgl BGE 03.07.1959, 85 IV 139; BGE 20.11.1939, 65 I 330.

³⁵⁰ *Winzeler*, SJZ 2011, 98.

³⁵¹ Volksinitiative „Verteidigen wir die Schweiz! Das Bankgeheimnis muss in die Bundesverfassung“, in BBL 2009 2127-2128.

3.3 DIE DURCHBRECHUNG DES BANKGEHEIMNISSES

3.3.1 Die Ausnahmen

3.3.1.1 Die gesetzlichen Ausnahmen

Die gesetzlichen Ausnahmen in der Schweiz sind ausserordentlich zahlreich und finden sich in vielen verschiedenen Rechtsgebieten. Statuiert das Gesetz einen Aufhebungsgrund, so gilt er grundsätzlich sowohl für den zivilrechtlichen als auch für den strafrechtlichen Bereich. Verlangt eine Behörde rechtmässig zB Auskünfte über Kundendaten, so verhindert dies nicht nur die strafrechtliche Verfolgung der Bank gem Art 47 BankG, sondern auch deren zivilrechtliche Verantwortlichkeit, gestützt auf den Bankvertrag gem Art 28 schwZGB und das Datenschutzgesetz. Umgekehrt funktioniert dieses System ebenso. Wenn zB ein Zivilgericht das Kreditinstitut auffordert, gem Art 170 schwZGB die Bankunterlagen eines Ehegatten vorzulegen, so schließt die Entsprechung sowohl eine zivilrechtliche als auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bank aus.³⁵²

3.3.1.1.1 Die Überwachung von Bankbeziehungen

Bei der Überwachung von Bankbeziehungen geht es um die Aufklärung von Verbrechen und Vergehen. Das bedeutet, dass diese Maßnahme nicht im Bereich einer Übertretung angewendet werden darf. Sie dient auch der Beweisbeschaffung und muss im Zusammenhang mit dem fraglichen Delikt stehen.³⁵³

Die Bestimmung des Art 284 schwStPO lautet:

Zur Aufklärung von Verbrechen oder Vergehen kann das Zwangsmassnahmengericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Überwachung der

³⁵² *Emenegger/Zbinden* in *Emenegger*, Cross-Border Banking 275; vgl BGE 12.02.2007, 5P_423/2006.

³⁵³ *Hansjakob* in *Donatsch/Hansjakob/Lieber* (Hrsg), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (2010) Art 284 Rz 7.

Beziehungen zwischen einer beschuldigten Person und einer Bank oder einem bankähnlichen Institut anordnen.

Die Maßnahme darf nur in Bezug auf die beschuldigte Person angeordnet werden. Bei enger Auslegung dieses Wortlautes kommt man zu dem Schluss, dass bei Konten, die auf juristische Personen lauten, keine Überwachung der Bankbeziehungen möglich ist.³⁵⁴ ME ist dies auszuschließen, da bei der Bank die Überwachung einer Kontobeziehung immer möglich sein muss. Dies kann auch im Falle einer juristischen Person notwendig sein. Außerdem sollte es keine Unterschiede bei den Überwachungsmöglichkeiten geben, egal ob es sich beim Verfügungsberechtigten um eine natürliche oder juristische Person handelt.

Heikel wird es, wenn eine Überwachung einer Bankbeziehung mit mehreren Verfügungsberechtigten stattfinden soll. Es wird dabei auch in die Rechte Dritter eingegriffen. Der gleiche Fall liegt vor, wenn die beschuldigte Person verdächtige Transaktionen über das Konto eines Dritten abwickelt. Auch hier wird durch die mögliche Überwachung der Bankbeziehung in die Rechte eines Dritten eingegriffen. Lässt sich feststellen, dass bestimmte Beträge auf einem Konto, für das ein Dritter berechtigt ist, eindeutig der beschuldigten Person zuzuordnen sind bzw ist klar, dass der Beschuldigte der wirtschaftlich Berechtigte dieser Beträge ist, dann muss es auch hier zulässig sein, Drittkonten unter Bedachtnahme auf Art 197 Abs 2 schwStPO zu überwachen.³⁵⁵

Die Überwachung kann von Banken und bankähnlichen Instituten verlangt werden. Gemeint sind mit diesem Begriff Banken, Sparkassen und bankähnliche Institutionen, die Publikumseinlagen entgegennehmen und in einem Verzeichnis der Bankenkommission aufgeführt sind.³⁵⁶

Die Maßnahme der Überwachung von Bankbeziehungen ist so ausgestaltet, dass sie als einzige geheime Maßnahme nicht von der Staatsanwaltschaft angeordnet und vom Maßnahmengericht genehmigt wird, sondern das Zwangsmaßnahmengericht

³⁵⁴ *Hansjakob* in *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, schwStPO (2010) Art 284 Rz 8.

³⁵⁵ *Hansjakob* in *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, schwStPO (2010) Art 284 Rz 9.

³⁵⁶ *Hansjakob* in *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, schwStPO (2010) Art 284 Rz 11; vgl zB Art 1 BankG.

verfügt die Maßnahme selbst auf Antrag der Staatsanwaltschaft.³⁵⁷ Gerade in diesem sensiblen Bereich der Überwachung von Bankbeziehungen erscheint es mir nicht sinnvoll, dass hier anderes gilt, als bei allen anderen Maßnahmen. Hier könnte die ermittelnde Behörde Rückfragen bezüglich der Reichweite der Maßnahme haben, ist das Zwangsmaßnahmengengericht mit den auftretenden Fragen konfrontiert und muss daher öfters Rücksprache mit der Staatsanwaltschaft halten. Ich würde es als besser erachten, wenn auch diese Maßnahme von der Staatsanwaltschaft selbst angeordnet wird.

Bei der Überwachung von Bankbeziehungen im Sinne des Art 284 schwStPO geht es wie bei der Kontoüberwachung im Österreichischen Recht um einen Zeitraum, der in der Zukunft liegt, in dem die Transaktionen und Bewegungen eines Kontos aufgezeigt werden. Dabei handelt es sich meistens um geheime Überwachungen. Es soll somit der Staatsanwaltschaft ermöglicht werden, während der Untersuchung den Bankverkehr der verdächtigten Person zu überwachen. Es gibt auch praktische Grenzen, da die reine Überwachung des Kontenverkehrs einer betroffenen Person wenig bringt, wenn die „heikle“ Transaktion nicht verhindert bzw ein Konto nicht gesperrt werden kann.³⁵⁸ Die Bestimmung des Art 284 schwStPO regelt nämlich nur die geheime Überwachung, nicht aber die Sperre der Konten. Die Staatsanwaltschaft darf jedoch ihrerseits nicht untätig bleiben, wenn zu befürchten ist, dass Gelder unwiederbringlich verschoben werden bzw Straftaten diesen Geldtransfers zu Grunde liegen. Durch das Handeln der Staatsanwaltschaft wird die Maßnahme der geheimen Kontenüberwachung jedoch bekannt.³⁵⁹

Diese Maßnahme unterscheidet sich erheblich von einer sog Bankabfrage. Bei einer Bankabfrage handelt es sich um die Abfrage, ob und welche Geschäftsbeziehung ein Bankkunde zu einem Kreditinstitut aufweist. Für eine solche Abfrage müssen Hinweise auf eine Beziehung der beschuldigten Person zum Kreditinstitut bestehen. Bei der geheimen Überwachung der Bank müssen bereits konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass die betroffene Person eine Geschäftsbeziehung zur fraglichen Bank unterhält. Temporär liegt also die Bankabfrage normalerweise immer vor der

³⁵⁷ Hansjakob in *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, schwStPO (2010) Art 284 Rz 12.

³⁵⁸ Hansjakob in *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, schwStPO (2010) Art 284 Rz 1.

³⁵⁹ Hansjakob in *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, schwStPO (2010) Art 284 Rz 1.

Banküberwachung.³⁶⁰

Ebenfalls eine (vorerst) geheime Maßnahme stellt die Kontosperrung dar, die sich aber von der Überwachung unterscheidet. Die Kontosperrung ist eine Form der Beschlagnahme und gründet sich auf Art 263 schwStPO. In der Praxis werden die Überwachung von Bankbeziehungen und die geheime Beschlagnahme oftmals miteinander verbunden. Dabei würde eine Regelung über die gemeinsame Erlassung Sinn machen. Die Staatsanwaltschaft ist für die Anordnung der Beschlagnahme zuständig, während für die Anordnung der Überwachung der Bankbeziehungen auf Antrag des Staatsanwaltes das Maßnahmengengericht zuständig ist.³⁶¹

Für die Bank stellt sich natürlich auch die Frage, wie sie sich verhalten soll, wenn eine geheime Überwachung in Verbindung mit einer geheimen Kontosperrung erfolgt und der betroffene Kunde eine Transaktion tätigen will, die aufgrund dieser Sperrung von der Bank nicht durchgeführt werden kann. Die Bank kann Rücksprache mit dem zuständigen Richter des Maßnahmengengerichtes halten. Dieser hat dann zu entscheiden, ob die getätigte Transaktion durchgeführt werden soll oder nicht, damit die Überwachung geheim bleibt.³⁶²

Bei der Überwachung von Bankbeziehungen geht es in erster Linie um die Lieferung von Dokumenten über den künftigen Kontenverkehr der betroffenen Person. Es können jedoch auch weitere Informationen eingeholt werden, wie zB über den Stand oder die Veränderung von Depots oder auch darüber ob die betroffene Person weitere Konten eröffnet oder schließt. Dazu ist auszuführen, dass sich die Überwachung von Bankbeziehungen nicht als Fahndungsmaßnahme eignet, da die gewünschte Information des Staatsanwaltes nicht schnell genug bei ihm einlangt. Man denke hier an den Fall, dass die überwachte Person am Schalter des Kreditinstitutes erscheint und eine Transaktion tätigen will. Der Staatsanwalt wäre unverzüglich zu informieren, was sich hier aufgrund des zeitlichen Rahmens aber als schwierig darstellt.³⁶³ Auch wenn es sich nur um eine einzelne Information handelt,

³⁶⁰ Hansjakob in *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, schwStPO (2010) Art 284 Rz 2.

³⁶¹ Hansjakob in *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, schwStPO (2010) Art 284 Rz 3.

³⁶² Hansjakob in *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, schwStPO (2010) Art 284 Rz 4.

³⁶³ Hansjakob in *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, schwStPO (2010) Art 284 Rz 4.

die an die Staatsanwaltschaft weitergegeben werden soll, ist Art 284 schwStPO anwendbar. Im Gegensatz zur Observation wird bei der Überwachung von Bankbeziehungen nicht auf eine gewisse Erheblichkeit abgestellt.³⁶⁴

3.3.1.2 Die Beschwerdemöglichkeit der überwachten Person

Gem Art 285 Abs 4 schwStPO hat die überwachte Person die Möglichkeit gegen die Maßnahme Beschwerde nach den Bestimmungen der Art 393 bis 397 schwStPO zu erheben. Über die eigentliche Maßnahme wird der Kontoberechtigte nach Maßgabe des Art 279 Abs 1 und Abs 2 schwStPO erst nachträglich informiert. Deshalb beginnt die Beschwerdefrist für die überwachte Person gem Art 295 Abs 4 schwStPO auch erst mit dem Erhalt der Mitteilung über die Maßnahme zu laufen. Gem Art 293 Abs 1 lit c schwStPO ist die Beschwerde zulässig, wenn sie sich gegen Entscheide des Zwangsmaßnahmengerichtes richtet. In Art 285 Abs 2 schwStPO sind die Beschwerdegründe aufgezählt. Die Beschwerde kann sich gegen Rechtsverletzungen, einschließlich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhaltes oder Unangemessenheit richten.

Sie muss schriftlich und begründet innerhalb von 10 Tagen bei der Beschwerdeinstanz eingereicht werden. Beschwerden wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung sind an keinerlei Fristen gebunden.

Es handelt sich dabei um ein schriftliches Beschwerdeverfahren. Die Beschwerdeinstanz kann entweder, wenn sie die Beschwerde als begründet erachtet, einen neuerlichen Entscheid fällen oder den angefochtenen Entscheid aufheben und zur neuerlichen Entscheidung an die Vorinstanz zurückverweisen.

Stellt die Beschwerdeinstanz eine Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung fest, so kann sie der betreffenden Behörde Weisungen erteilen und für deren Einhaltung Fristen setzen.

³⁶⁴ Hansjakob in *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, schwStPO (2010) Art 284 Rz 6.

3.3.1.3 Die Einwilligung des Kontoinhabers

Volenti non fit iniuria – ein grundlegendes rechtsethisches Prinzip.³⁶⁵ Im Kontext mit dem Bankgeheimnis stellt es sich folgendermaßen dar: Die Erlaubnis, die das Unrecht eines tatsächlichen Verhaltens ausschließt.³⁶⁶ Die Einwilligung bewirkt, dass eine eigentlich rechtswidrige Verletzung des Bankgeheimnisses rechtmäßig wird.

Die Einwilligung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Maßgeblich ist nur, dass die Einwilligung nach außen in Erscheinung tritt. Bloßes Stillschweigen oder „Nichtstun“ ersetzt nicht die Einwilligung und kann somit auch nicht als solche gewertet werden. Die Handlungsfähigkeit im Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis ist eigentlich weniger oft Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten, weil die Natur des Geschäftes bereits zeigt, dass im Bereich der Verletzung des Bankgeheimnisses meist nur handlungsfähige Kunden betroffen sein können.³⁶⁷

Weiters ist für die rechtswirksame Einwilligung die Information über die Handlung bzw ihre Auswirkungen beim Kunden erforderlich. Nur wenn der Kunde alle notwendigen Informationen erhält, kann er die Tragweite des Eingriffes in sein Rechtsgut abschätzen und gilt als sog „*informed consent*“.³⁶⁸ Der Bank kommen im Rahmen ihres Vertrages mit dem Kunden, aber auch resultierend aus ihren Sorgfaltspflichten erhebliche Aufklärungspflichten gegenüber ihren Kunden zu. Sind die Informationen, die die Bank dem Kunden erteilt, mangelhaft, ist auch dessen Einwilligung ungültig. Dann wäre ein Eingriff in das Bankgeheimnis des Kunden unzulässig.

3.3.1.3.1 Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Jede Bank verfügt über AGB. Bekanntermaßen sind diese an jeden Vertrag angeschlossen. Sie stellen das sogenannte „Kleingedruckte“ des Vertrages dar. In Bezug auf das Bankgeheimnis ist allerdings zu beachten, dass regelmäßig in den

³⁶⁵ Ohly, „Volenti non fit iniuria“ – die Einwilligung im Privatrecht (2002) 1.

³⁶⁶ Ohly, „Volenti non fit iniuria“ 4.

³⁶⁷ Emenegger/Zbinden in Emenegger, Cross-Border Banking 226.

³⁶⁸ Emenegger/Zbinden in Emenegger, Cross-Border Banking 228.

AGB Klauseln enthalten sind, wonach der Kunde in gewissen Fällen (zB Outsourcing, Zahlungsverkehr) auf das Bankgeheimnis verzichtet. Es stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen diese Form der Einwilligung des Kunden gültig ist.

Grundsätzlich ist eine solche Klausel in den AGB gültig, wenn diese von den Parteien übernommen bzw unterzeichnet wurden und keine der Klauseln sittenwidrig oder gesetzeswidrig ist. Auch beim Bankgeheimnis können diese Schranken eine Rolle spielen, weil etwa ein genereller Verzicht auf den Geheimnisschutz gegen das Gebot der übermäßigen Selbstbindung³⁶⁹ verstößt, das seinerseits wiederum einen Unterfall der Sittenwidrigkeit bildet.

In der Schweiz gibt es zudem die sogenannte „Ungewöhnlichkeitsregel“. Sie ist ähnlich ausgestaltet wie die Bestimmung des § 864 a ABGB.³⁷⁰ Demnach ist eine Regelung in den AGB dann ungewöhnlich, wenn sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertrages führt.³⁷¹ Dies wird jedenfalls anzunehmen sein, wenn die Klausel einen gesamten Verzicht auf den Geheimnisschutz beinhaltet. Das Bankgeheimnis zählt eigentlich zum Kern des Geschäftes zwischen Bank und ihrem Kunden. Ungewöhnliche Klauseln gelten dann als mitübernommen, wenn der Vertragspartner gesondert auf sie aufmerksam macht. In der Praxis wird die graphische Kenntlichmachung der Klausel genügen. Die neuste Rsp³⁷² dazu stellt klar, dass nur der „ausdrückliche und deutliche“ bzw „spezielle“ Hinweis auf die ungewöhnliche Klausel im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verlangt wird.

³⁶⁹ Vgl Art 27 Abs 2 schwZGB.

³⁷⁰ § 864 a ABGB: Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in AGB oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen; OGH „Überrumpelungs- oder gar Übertölpelungseffekt“ siehe zB OGH 2 Ob 594/95 AnwBl 1996/544 = ecolex 1996/679 = RdW 1996/114 = Wbl 1996/211.

³⁷¹ BGE 05.08.1993, 119 II 443 E. 1 a, 446; BGE 31.07.2007, 4A_189/2007; BGE 28.10.2008, 135 III 1 E. 2.1, 7; BGE 28.01.2009, 4A_419/2008; .

³⁷² *Emenegger/Zbinden* in *Emenegger*, Cross-Border Banking 232; vgl BGE 28.01.2009, 4A_419/2008.

3.3.1.4 Die Bestimmungen über Zeugnis- und Auskunftspflichten

3.3.1.4.1 Die neue Rechtslage seit 01.01.2011

Das Bankkundengeheimnis fällt nicht unter die Bestimmung des Art 171 schwStPO, da dieser zu seiner Auslegung auf Art 321 schwStGB verweist, wobei das Bankgeheimnis in diesem nicht genannt ist. Der Katalog in Art 321 schwStGB ist außerdem abschließend. Das Bankgeheimnis gilt zwar als Berufsgeheimnis, dieses ist jedoch separat, als Sonderberufsgeheimnis, in Art 47 BankG geregelt.³⁷³ Seit den Änderungen der Prozessordnungen des Bundes (schwZPO und schwStPO), die am 01.01.2011 in Kraft getreten sind, ist das Zeugnisverweigerungsrecht für den Bankangestellten eingeschränkt.³⁷⁴ Beim Bankgeheimnis gilt, dass die Aussage nur verweigert werden kann, wenn „das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt“³⁷⁵ und – im Strafprozess – die Verfahrensleitung dem zustimmt.³⁷⁶ Diese Regelung führt dazu, dass es in jedem Einzelfall zu einer Güterabwägung kommt.

Der Schutz des Bankgeheimnisses richtet sich innerhalb der schwStPO also nach dem Art 173 Abs 2 schwStPO. Grundsätzlich sind in Art 173 schwStPO zweierlei Personen genannt. In Abs 1 leg cit findet man eine abschließende Gruppe von Berufsgeheimnisträgern, denen grundsätzlich ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. In Abs 2 leg cit sind all jene Berufsgeheimnisträger zusammengefasst, die grundsätzlich aussagepflichtig sind.

Da das Bankgeheimnis unter jene Berufsgeheimnisse fällt, die in Art 173 Abs 2 schwStPO genannt sind, werde ich nur auf diese eingehen.

Die Bestimmung des Art 173 Abs 2 schwStPO regelt die Aussagepflicht mit

³⁷³ Müller, Das Geheimnis um das Bankkundengeheimnis
<http://pd.zhaw.ch/publikation/upload/202847.pdf> (abgefragt am 14.01.2013).

³⁷⁴ Vgl Art 321 schwStGB.

³⁷⁵ Vgl Art 173 Abs 2 schwStPO.

³⁷⁶ Winzeler, SJZ 2011, 97.

Aussagevorbehalt derjenigen Personen, denen aufgrund kantonaler oder eidgenössischer Bestimmungen die Wahrung des Berufsgeheimnisses obliegt. Nicht erfasst werden hier Personen, die ausschließlich aufgrund einer vertraglichen Geheimhaltungspflicht der Zeugnisverweigerung unterliegen.³⁷⁷

Die in Art 173 Abs 2 schwStPO genannten Personen müssen grundsätzlich aussagen. Nur wenn sie glaubhaft darlegen, dass das Geheimhaltungsinteresse gegenüber dem Interesse der Wahrheitsfindung größer ist, kann die Verfahrensleitung den Geheimnisträger von der Aussagepflicht befreien.³⁷⁸ In diesem Fall kommt es abermals zu einer Interessensabwägung zwischen dem Interesse der Geheimhaltung der betroffenen Information und dem Interesse der Wahrheitsfindung. Bisher wurde bei vorwiegend wirtschaftlich orientierten Geheimhaltungspflichten ein Zeugnisverweigerungsrecht mehrheitlich abgelehnt.³⁷⁹

Laut Botschaft³⁸⁰ soll dies auch für das Bankgeheimnis in Art 47 BankG gelten.

Die Bestimmung des Art 173 Abs 2 schwStPO lässt – im Gegensatz zu Art 173 Abs 1 schwStPO – eo ipso ein Zeugnisverweigerungsrecht entstehen, wenn der Geheimhaltungspflichtige mit der Glaubhaftmachung seiner Interessen erfolgreich ist. Der Betroffene kann lediglich von der Verfahrensleitung von der Zeugnispflicht befreit werden.³⁸¹

³⁷⁷ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes vom 21.12.2005, 1205; ähnlich einer erläuternden Bemerkung in Österreich.

³⁷⁸ *Nobel*, Das komplexe Gewebe des Bankgeheimnisses, NZZ 05.03.2009 <http://www.nzz.ch/aktuell/wirtschaft/uebersicht/das-komplexe-gewebe-des-bankgeheimnisses-1.2144495> (abgefragt am 14.01.2013).

³⁷⁹ *Vest/Horber* in *Niggli/Heer/Wiprächtiger* (Hrsg), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung (2010) Art 173 Rz 5; *Donatsch* in *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, Kommentar zur Schweizer Strafprozessordnung (2010) Art 173 Rz 14; BGE 16.08.1993, 119 IV 175; BGE 20.10.1997, 123 IV 157.

³⁸⁰ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes vom 21.12.2005 (Botschaft 2005 c) Art 170, 1205.

³⁸¹ *Donatsch* in *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, schwStPO (2010) Art 173 Rz 13.

3.3.1.4.2 Die Verweigerung der Zeugenaussage

Verweigert der Geheimhaltungspflichtige aufgrund des Bankgeheimnisses gem Art 47 BankG die Zeugenaussage, so muss nach Art 176 schwStPO vorgegangen werden. Der Geheimhaltungspflichtige hat, wie bereits oben erwähnt, aufgrund des Bankgeheimnisses kein Recht die Zeugenaussage zu verweigern, wenn die Verfahrensleitung nicht ausnahmsweise davon abgegangen ist.

Schon der Wortlaut des Art 176 schwStPO sieht vor, dass derjenige, der die Zeugenaussage verweigert, ohne dazu berechtigt zu sein, mit einer Ordnungsbusse rechnen muss und zusätzlich noch die Kosten und Entschädigungen, die durch die Verweigerung entstanden sind, zu tragen hat. Beharrt derjenige trotzdem weiter auf die Verweigerung der Zeugenaussage, so wird er unter Hinweis auf Art 292 schwStPO nochmals zur Aussage aufgefordert. Bei erneuter Verweigerung wird ein Strafverfahren eingeleitet.

3.3.2 Die Sanktionen

3.3.2.1 Die Verletzung des Bankkundengeheimnisses

Mit Strafe bedroht werden zwei Formen der Verletzung des Bankgeheimnisses; einerseits der Verrat an einen Unbefugten und andererseits auch der Versuch eines Unbefugten in das Geheimnis einzugreifen.³⁸² Weiters sind die vorsätzliche Verletzung sowie auch die fahrlässige Verletzung des Bankkundengeheimnisses strafbar.

Wie im Österreichischen Recht muss es sich bei der geschützten Information um ein Geheimnis handeln. Das ist dann der Fall, wenn die Tatsache nicht allg bekannt ist und der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung der Information hat. Die Grundregel lautet auch im Schweizer Recht, dass das für alle Tatsachen und Informationen gilt, die zwischen einer Bank und seinem Kunden bestehen. Auch das Bestehen einer Vertragsbeziehung an sich zwischen

³⁸² *Stratenwerth in Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 11.*

Bankkunden und Bank unterliegt der Geheimhaltungspflicht. Weiters geht der Schutz des Art 47 BankG über die normalen vertraglichen Pflichten hinaus, weil hier auch Informationen Dritter geschützt werden, die im Rahmen der Bankbeziehung an den Geheimnisträger bekannt werden.³⁸³

Natürlich fallen nur solche Informationen unter den Schutz des Bankgeheimnisses, die dem Bankangestellten im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit bekannt geworden sind bzw anvertraut wurden. Alles, was im privaten Bereich an den Bankangestellten herangetragen wird, fällt nicht unter den Geheimnisschutz des Art 47 BankG. Ist der Bankangestellte jedoch im Zweifel darüber, ob ihm etwas im beruflichen oder privaten Bereich anvertraut wurde, so ist er - mE - immer an die Geheimhaltung gebunden. Somit kommt der Bankangestellte niemals in diese prekäre Situation, ob er durch sein Verhalten das Bankgeheimnis verletzt hat oder nicht. Das Bankgeheimnis besteht auch im Schweizer Recht über die Beendigung der beruflichen Beziehung zwischen Bankkunden und Bank hinaus.³⁸⁴

Anzumerken ist noch, dass bei einer bloßen Bestätigung über die Richtigkeit/Unrichtigkeit einer Information in der Lehre Uneinigkeit besteht, ob dies ebenfalls als Offenbaren gelten kann. Nach *Kleiner/Schwob/Winzeler*³⁸⁵ gilt jedenfalls bereits die Bestätigung einer Tatsache als Verletzung der Geheimhaltungspflicht. Nach *Stratenwerth*³⁸⁶ gilt jedoch die bloße Bestätigung einer Tatsache nicht als Verletzung der Geheimhaltungspflicht, da die eigentliche Tatsache zu diesem Zeitpunkt bereits bekannt war. Bereits bekannte Tatsachen fallen nicht mehr unter den Schutzbereich des Bankgeheimnisses.

Ich schliesse mich der Ansicht von *Kleiner/Schwob/Winzeler* an, da gerade durch die Bestätigung die Tatsache als wahr identifiziert ist und somit die Information noch interessanter wird. Das Argument, dass Bekanntes kein Geheimnis mehr darstellen kann, ist somit für mich nicht ausschlaggebend.

³⁸³ *Stratenwerth* in *Watter/Vogt/Bauer/Winzeler*, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 13.

³⁸⁴ *Stratenwerth* in *Watter/Vogt/Bauer/Winzeler*, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 14.

³⁸⁵ in *Bodmer/Kleiner/Lutz/Zobel/Geiger/Kaufmann/Weber/Kramer* (Hrsg), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen¹⁷ (2006) Art 47 N 9.

³⁸⁶ in *Watter/Vogt/Bauer/Winzeler*, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 15.

Außenstehende, die versuchen den Geheimnisträger zur Verletzung des Bankgeheimnisses zu verleiten, machen sich ebenfalls strafbar. Dies stellt eine Besonderheit des Art 47 BankG dar, da keinesfalls bei allen Tatbeständen der Geheimnisverletzung das sog Ausspähen unter Strafe gestellt ist.³⁸⁷ Andere Formen dieses Ausspähens, wie zB durch das Eindringen in die elektronische Kommunikation, werden schon vom allg Strafrecht erfasst.³⁸⁸

Die versuchte Verleitung zur Verletzung des Bankgeheimnisses wird zumeist als Versuch zur Anstiftung qualifiziert. Der Versuch zur Anstiftung ist sonst nur bei Verbrechen strafbar.³⁸⁹

Denkbar wäre auch die Konstellation, dass jemand durch Täuschung über die Identität des Nachforschenden den Bankangestellten dazu bringt, dass er geschützte Informationen an ihn weitergibt.

Ein weiteres Beispiel wäre, dass sich jemand gegenüber dem Geheimnisträger als Rechtsanwalt der Bank ausgibt, der gewisse Informationen über einen Bankkunden benötigt. Inwieweit dem Bankangestellten in so einer Konstellation die Sorgfaltspflicht trifft, die Person zu überprüfen, die die Informationen fordert, sei dahingestellt. Das wäre allerdings als mittelbare Täterschaft des Bankangestellten zu qualifizieren, die für einen Außenstehenden bei Sonderdelikten nicht möglich ist.³⁹⁰

Deshalb wäre es nach *Stratenwerth*³⁹¹ richtiger, wenn das Verleiten als jede Einwirkung auf den Geheimnisträger anzusehen wäre, durch die er veranlasst werden soll, den Tatbestand der Verletzung des Bankgeheimnisses *objektiv* zu erfüllen.

³⁸⁷ *Stratenwerth* in *Watter/Vogt/Bauer/Winzeler*, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 16

³⁸⁸ Vgl Art 143, Art 179 schwStGB.

³⁸⁹ Vgl Art 24 Abs 2 schwStGB.

³⁹⁰ *Stratenwerth* in *Watter/Vogt/Bauer/Winzeler*, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 17;

Kleiner/Schwob/Winzeler in *Bodmer/Kleiner/Lutz/Zobel/Geiger/Kaufmann/Weber/Kramer*, Kommentar Bankengesetz¹⁷ Art 47 N 2.

³⁹¹ in *Watter/Vogt/Bauer/Winzeler*, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 17.

Wie bereits ausgeführt, ist nicht nur die vorsätzliche Verletzung des Bankgeheimnisses strafbar, sondern auch die fahrlässige Verletzung. Zu denken wäre hier jedenfalls an den Bankangestellten, der sich ungeschickt äußert, sodass seine Aussage Rückschlüsse auf Tatbestände, die dem Schutzbereich des Bankgeheimnisses unterliegen, erlaubt,³⁹² oder aber auch wie das bereits oben zum Österreichischen Recht erwähnte Beispiel des offen Liegenlassens geheimnisgeschützter Unterlagen auf dem Schreibtisch, sodass jeder Dritte, der das Büro betritt, Einsicht hat.

Liegt ein Rechtfertigungsgrund vor, so führt die Preisgabe der geschützten Information nicht zur Verletzung des Bankgeheimnisses.

An erster Stelle wird in der Lehre immer die Einwilligung des Berechtigten genannt. Anders als in Art 321 Z 2 schwStPO wird die Einwilligung des Berechtigten in die Offenbarung des Geheimnisses nicht in Art 47 BankG genannt. Es ist unstrittig,³⁹³ dass die Einwilligung auch ohne ausdrückliche Nennung in Art 47 BankG einen Rechtfertigungsgrund darstellt. Eine wirksame Einwilligung muss mehrere Voraussetzungen erfüllen.³⁹⁴

In der Lehre wird diskutiert, ob auch eine stillschweigende Einwilligung eine rechtsgültige Einwilligung darstellt. Bei Auskünften über die Kreditwürdigkeit eines kommerziellen Unternehmens soll es die international anerkannte Usance geben, dass auch das Stillschweigen als Einwilligung gilt.³⁹⁵ Aus Usancen kann eine stillschweigend erteilte Einwilligung freilich nur insoweit abgeleitet werden, wie sie allg bekannt sind. Nur dann lässt sich vermuten, dass ein Kunde, der seine Bankverbindung im Geschäftsverkehr nennt, auch mit entsprechenden Auskünften einverstanden ist.³⁹⁶ Diese Usance kann nur auf die Bonität des jeweiligen Unternehmens bezogen werden, nicht auf Einzelheiten seiner finanziellen

³⁹² *Stratenwerth in Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 18.*

³⁹³ *Stratenwerth in Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 25.*

³⁹⁴ *Stratenwerth in Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 25.*

³⁹⁵ *Kleiner/Schwob/Winzeler in Bodmer/Kleiner/Lutz/Zobel/Geiger/Kaufmann/Weber/Kramer, Kommentar Bankengesetz¹⁷ Art 47 N 25.*

³⁹⁶ *Stratenwerth in Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 26.*

Verhältnisse oder Transaktionen.

Bei der Einwilligung ist auch zu beachten, dass die Einwilligung unter Zwang, Drohung, Täuschung oder Irrtum nicht wirksam zu Stande kommt. Unter diesem Gesichtspunkt kann vor allem das von US-amerikanischen Gerichten praktizierte Verfahren zur Preisgabe von geschützten Informationen eines Bankkunden oder einer Bank selbst unter Androhung von Sanktionen Fragen aufwerfen.³⁹⁷ In wie weit ist eine solche Einwilligung einer Bank als freiwillig bzw als rechtswirksam anzusehen?

ME liegt in so einem Fall keinesfalls eine wirksame Einwilligung in die Offenlegung von Informationen, die vom Schutzbereich des Bankgeheimnisses erfasst sind, vor.

Ein weiterer Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in das Bankgeheimnis wird in Art 47 Abs 4 BankG gesehen. Dabei regelt das Gesetz den praktisch wichtigsten Konflikt zwischen Geheimhaltungs- und Auskunftspflicht. Gem Art 47 Abs 4 BankG gehen *die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde* vor. Das bedeutet, dass solche Pflichten dem Bankgeheimnis vorgehen. Diese erschöpfend aufzuzählen, ist naturgemäß nicht möglich.

Die Auskunftspflichten bestehen gem Art 19 Abs 2 und Art 23 Abs 2 BankG auch gegenüber der Revisionsstelle und der Eidgenössischen Bankenkommission.³⁹⁸ Ebenso kann die Schweizer Nationalbank Auskünfte gem Art 23 Abs 1 schwNBB verlangen.

Die Auskunftspflichten des Art 47 BankG bilden jedenfalls die nicht ausdrücklich erwähnten Meldepflichten. Dies ergibt sich aus Art 3 Abs 3 und 5 bis 7 BankG und auch aus dem schwStGB. Diese Meldepflichten spielen naturgemäß eine wichtige Rolle nach dem Schweizer Geldwäschegesetz. Es werden dem Finanzintermediär³⁹⁹

³⁹⁷ Allen, Ist das Schweizer Bankgeheimnis gerettet?

http://www.swissinfo.ch/ger/Wirtschaft/Finanzsektor_im_Umbruch/Bankgeheimnis_im_Rampenlicht/Ist_das_Schweizer_Bankgeheimnis_gerettet.html?cid=28660632 (abgefragt am 14.01.2013); vgl zB BGE 15.07.2011, 2C_127/2010.

³⁹⁸ Die Eidgenössische Bankenkommission ist vergleichbar mit der Österreichischen FMA.

³⁹⁹ Vgl Art 2 Abs 3 GwG: „Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen“.

gewisse Meldepflichten auferlegt, wenn er weiß oder den begründeten Verdacht hat, dass eine Transaktion mit einer strafbaren Handlung nach Art 305^{bis} schwStGB in Zusammenhang steht, aus einem Verbrechen herrührt oder der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation⁴⁰⁰ unterliegt. Als Finanzintermediär kann jedenfalls auch eine Bank fungieren. Liegt eine „verdächtige“ Transaktion vor, so wird der Finanzintermediär von einer Haftung für die Verletzung beruflicher Geheimhaltungspflichten ausdrücklich freigestellt, „wenn er mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt vorgegangen ist“.⁴⁰¹ Diese Regelung ist eigentlich sehr ungenau gefasst, weil sie offen lässt, welcher Verdacht als hinreichend begründet anzusehen ist und welches Maß an Sorgfalt als nach den Umständen geboten anzusehen ist. Zusätzlich wird das gesamte Risiko einer Fehleinschätzung dem Meldepflichtigen, hier dem Finanzintermediär, auferlegt.⁴⁰²

Den Vorrang vor dem Bankgeheimnis haben auch alle Zeugnispflichten. Wie bereits eingangs erwähnt, fällt das Bankgeheimnis nicht unter Art 321 schwStGB und berechtigt nicht zur Zeugnisverweigerung. Besteht also eine Zeugnispflicht, so muss der Bankier auch aussagen. Er kann sich nicht unter dem Deckmantel des Bankgeheimnisses der Aussage entziehen.

Den Zeugnispflichten gleichgestellt sind die sog Editionspflichten. Sie begründen die Pflicht zur Herausgabe von Unterlagen oder Dokumenten. Die Editionspflichten sind nahe verwandt mit den Auskunftspflichten, die jedoch auf Informationen gerichtet sind. Obwohl diese Editionspflichten in Art 47 BankG nicht ausdrücklich erwähnt sind, gehen sie der Geheimhaltungspflicht ebenfalls vor, soweit dem nicht ausnahmsweise ein Zeugnisverweigerungsrecht entgegensteht.⁴⁰³

Keine Rechtfertigung für die Preisgabe von geheimhaltungspflichtigen Informationen bilden behördliche Verfügungen, die sich nicht auf entsprechende gesetzliche Grundlagen stützen lassen. ZB wäre ein Auskunftersuchen der Strafverfolgungsbehörde, das nur dazu dient, einen möglicherweise strafrechtlich

⁴⁰⁰ Vgl Art 260^{ter} schwStGB.

⁴⁰¹ Vgl Art 11 GwG.

⁴⁰² Stratenwerth in Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 31.

⁴⁰³ Stratenwerth in Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 35.

relevanten Sachverhalt zu erkunden („fishing expeditions“⁴⁰⁴) unzulässig.

Als Rechtfertigungsgrund kann natürlich auch der Notstand herangezogen werden.⁴⁰⁵ Dazu gibt es nahezu keine Literatur. Die einzige Äußerung liegt Jahrzehnte zurück, in der es heißt, dass das Bankgeheimnis vor höheren Interessen zurückzutreten hat. Die Bank ist zu dessen Preisgabe ermächtigt, wie wenn ihre eigene Existenz und die Ansprüche ihrer Gläubiger auf dem Spiele stehen.⁴⁰⁶ Auch in diesem Fall hat die Zwangslage, in die eine Bank oder ihre Angestellten geraten können, große praktische Bedeutung. Vor allem gegenüber ausländischen Behörden kommt es oft zu prekären Situationen. Es kann zu Sanktionen wie Freiheitsstrafen bis hin zum Boykott durch ausländische Organisationen oder Staaten kommen. Eigentlich liegt darin ein Eingriff in die Souveränität des Schweizer Staates. Dieser Eingriff sollte aber zunächst diplomatisch beseitigt werden. Kann dieser Konflikt aber nicht bereinigt werden, so kommt es immer zu Interessensabwägung. Diese Einschätzung ist, sehr schwierig zu treffen, weil hier das Bankgeheimnis auf der einen Seite steht und die drohenden Nachteile für die Bank auf der anderen Seite. Dieser Ermessensspielraum ist für jeden konkreten Einzelfall gesondert zu treffen.

Die Notstandssituation kann beispielsweise in der Form bestehen, dass ein Strafverfahren gegen die Bank selbst eingeleitet wird. Dem Kreditinstitut wird zB Geldwäscherei nach Art 205^{bis} schwStGB oder mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht nach Art 305^{quater} schwStGB vorgeworfen. Diesen Verdacht kann die Bank wiederum nur durch Informationen über einen Kunden abwehren, die dem Bankgeheimnis unterliegen.⁴⁰⁷ ME kann aber hier nicht von einer gerechtfertigten Notstandssituation der Bank ausgegangen werden. Vielmehr muss auch in dieser Konstellation auf den konkreten Einzelfall und auf das Werteverhältnis der entgegenstehenden Interessen Bedacht genommen werden.

⁴⁰⁴ Siehe Näheres dazu bereits im Österreichischen Recht.

⁴⁰⁵ *Den Otter*, Bankgeheimnis und EWR: unter besonderer Berücksichtigung der internationalen Zusammenarbeit der Bankenaufsichtsbehörden (1993) 12.

⁴⁰⁶ *Stratenwerth* in *Watter/Vogt/Bauer/Winzeler*, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 43.

⁴⁰⁷ *Stratenwerth* Günter in *Watter/Vogt/Bauer/Winzeler*, Bankengesetz (2005) Art 47 Rz 45.

3.3.2.2 Die Strafnormierung des Art 47 BankG

Das vorsätzliche Verleiten zur Verletzung des Bankgeheimnisses wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Handelt der Täter fahrlässig, so ist dies mit einer Geldbuße von bis zu 250.000,-- Franken (umgerechnet mehr als 208.000,-- Euro) unter Strafe gestellt.

4. DER FALL MUAMMAR AL-GADDAFI

Aus aktuellem Anlass möchte ich in meiner Diplomarbeit auch ein praxisrelevantes Beispiel darstellen. Muammar Al-Gaddafi regierte zusammen mit seiner Familie jahrzehntelang Libyen. Doch was hat dieser libysche Diktator mit der Schweiz zu tun? Eigentlich sehr viel. Das Vermögen von Muammar Al-Gaddafi wurde auf mehrere Milliarden Euro geschätzt, ganz zu schweigen von den Goldreserven, die er aus Libyen gebracht hatte und überall in der Welt lagerte – natürlich auch in der neutralen, sicheren Schweiz und in Österreich.

4.1 DER FALL DES MUAMMAR AL-GADDAFI IN DER SCHWEIZ

Das Vermögen, das er allein in der Schweiz hatte, wurde auf fünf bis sechs Milliarden Franken (das sind umgerechnet ungefähr 3,2 bis 4 Milliarden Euro) geschätzt. Natürlich wusste niemand genau, um welchen Wert es sich dabei handelte.

Doch die Beziehung zwischen Libyen bzw deren Machthaber Al-Gaddafi und der Schweiz wurde durch die Verhaftung von Gaddafis Sohn Hannibal und seiner Ehefrau Aline am 15.07.2008 in Genf jäh unterbrochen. Ab diesem Zeitpunkt war Al-Gaddafi auf die Schweiz „nicht mehr gut zu sprechen“. Er unterbrach jegliche wirtschaftliche Beziehung, stoppte den Transport von libyschem Erdöl in die Schweiz und untersagte sogar die Landung von Flugzeugen oder das Anlegen von Schiffen auf libyschem Staatsgebiet. Natürlich zog er auch einen großen Teil des Geldes, das in der Schweiz angelegt war, ab. Laut Farhat Bengdara, dem Chef der libyschen Zentralbank, wurden im Juni 2009 über fünf Milliarden Franken aus der Schweiz abgezogen. Zum Vergleich: Ende 2007 waren auf Schweizer Banken 5.784 Milliarden Franken geparkt. Hinzu kamen noch Treuhandanlagen in der Höhe von 812 Millionen Franken.

Auf dem Höhepunkt des Konflikts schlug Al-Gaddafi im Juli 2009 in Italien (am Rande des dortigen G-8 Gipfels) der UNO die Aufteilung der Schweiz an drei Nachbarländer vor, weil die Schweiz eine Helferin des Terrorismus sei und sie deshalb zerschlagen werden müsse.⁴⁰⁸ Die einzelnen Landesteile der Schweiz sollten auf die umliegenden Staaten aufgeteilt werden, da die Schweiz die „Mafia der Welt“ sei.⁴⁰⁹

Al-Gaddafi stellte zudem am 15.09.2009 bei der Generalversammlung der UNO einen Antrag auf Zerschlagung der Schweiz. Der Antrag gelangte jedoch nicht auf die Tagesordnung, da das zuständige Komitee ihn ablehnte.

Im Zuge des Bürgerkrieges in Libyen, bei dem Al-Gaddafi gestürzt wurde, normalisierte sich die Lage zwischen der Schweiz und Libyen. Am 09.01.2012 gab die neue Regierung Libyens bekannt, dass alle Sanktionen gegen die Schweiz aufgehoben werden.

Der Schweizer Bundesrat hat mit der Verordnung vom 21.02.2011⁴¹⁰ die Gelder von Muammar Al-Gaddafi und seiner Familie in der Schweiz „eingefroren“, und das geschah zu einem Zeitpunkt als der libysche Machthaber noch im Amt war. Das bedeutete, dass der gesamte Gaddafi-Clan nicht mehr an sein Geld in der Schweiz herankam, obwohl er offiziell in Libyen noch an der Macht war.⁴¹¹ Auch der Verkauf von Immobilien wurde ihnen untersagt. Der Schweizer Bundesrat hatte in diesem Fall, im Gegensatz zu Tunesien (Machthaber Ben Ali) und Ägypten (Machthaber Mubarak) sehr schnell gehandelt.

⁴⁰⁸ Gipfeltreffen der acht größten Industrienationen der Welt.

⁴⁰⁹ Homepage von www.news.ch, Gaddafi fordert die Auflösung der Schweiz
<http://www.news.ch/Gaddafi+fordert+Aufloesung+der+Schweiz/403468/detail.htm> (abgefragt am 14.01.2013).

⁴¹⁰ VO über Maßnahmen gegen gewisse Personen aus Libyen vom 21.02.2011.

⁴¹¹ Homepage der Schweizer Eidgenossenschaft
<http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/topics/finec/intcr/poexp/sperr.encoded-Show%3D1%26print%3D1.html> (abgefragt am 14.01.2013).

4.2 DER FALL DES MUAMMAR AL-GADDAFI IN ÖSTERREICH

Während in der Schweiz auf nationaler Ebene Maßnahmen gegen den Gaddafi-Clan ergriffen wurden, wurde dies für Österreich mit einem Rechtsakt der EU gelöst. Gem Art 288 Abs 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der EU sind die VO diejenigen Rechtsakte, welche allgemeine Geltung haben, in allen ihren Teilen verbindlich sind und unmittelbare in jedem Mitgliedstaat – so auch in Österreich – gelten. Sie müssen von den EU-Mitgliedsstaaten nicht in nationales Recht umgesetzt werden (Durchgriffswirkung). Der Rat der EU reagierte auf die entstandenen Unruhen in Libyen ebenfalls relativ rasch. Er erließ am 02.03.2011 eine Verordnung⁴¹² über restriktive Maßnahmen angesichts der Lage in Libyen, in deren Anhängen II und III natürliche und juristische Personen aufgezählt wurden, gegen die Maßnahmen ergriffen werden. In Art 5 der VO wurde bestimmt, dass sämtliche Gelder und wirtschaftliche Ressourcen der in Anhang II und III angeführten Personen mit sofortiger Wirkung eingefroren werden. Folglich verloren alle natürlichen und juristischen Personen, die im Anhang II und III aufgezählt waren ihre Verfügungsmacht über die Vermögenswerte.

Den Maßnahmen in Österreich und der Schweiz liegt eine unterschiedliche Rechtsgrundlage zu Grunde. Für Österreich galt eine europarechtliche VO, die für alle Mitgliedstaaten verbindlich und unmittelbare Wirkung entfaltete, andererseits wurde aber auch in der Schweiz auf nationaler Ebene eine ähnliche Regelung getroffen, die denselben Inhalt aufwies, wie der europäische Rechtsakt. Das Ziel der beiden Regelungen ist und war jedoch dasselbe, nämlich, dass Muammar Al-Gaddafi und seine Familienangehörigen keinerlei Vermögensverschiebungen bzw Transaktionen innerhalb des Wirkungsbereiches mehr vornehmen konnten.

⁴¹² VO des Rates über restriktive Maßnahmen angesichts der Lage in Libyen vom 02.03.2011, Nr 204/2011.

5. VERGLEICH

5.1 MATERIELLRECHTLICHER VERGLEICH

Was als Erstes auffällt ist, dass sich die Rechtsgrundlagen in Österreich und in der Schweiz erheblich unterscheiden. In Österreich findet sich die Rechtsgrundlage in § 38 BWG. Dieser bildet ein einfaches Bundesgesetz. Jedoch ist die Bestimmung des § 38 Abs 5 BWG in den Verfassungsrang erhoben worden. Diese Regelung bildet somit eine Ausnahme aus dem „normalen“ Katalog der Rechtsgrundlagen. Es handelt sich um eine einfache bundesgesetzliche Bestimmung, die eine Bestimmung im Verfassungsrang beinhaltet. Somit wird deutlich, wie wichtig es dem Österreichischen Gesetzgeber war, dass das Bankgeheimnis unter strengen Schutzvorschriften steht. Die Abänderung des Bankgeheimnisses ist nur mit einer Mehrheit von zwei Dritteln im Nationalrat bei Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Abgeordneten möglich. Damit ist die Änderung der Gesetzesbestimmung, die das Bankgeheimnis beinhaltet, nur mit erhöhten Quoren möglich und stärker als sonstige Bundesgesetze vor Änderungen geschützt.

In der Schweiz gibt es keine Legaldefinition für die Termini Bankgeheimnis bzw Bankkundengeheimnis. Viele meinen, das Bankgeheimnis sei in Art 47 BankG geregelt. Dabei findet sich in dieser Bestimmung lediglich im Wesentlichen die Sanktionierung. Natürlich ist es auch in der Schweiz so, dass das Bankgeheimnis nicht universell und immer gilt. Es besteht, so wie in Österreich, einen Ausnahmekatalog.

Die Rechtsgrundlage steht in der Schweiz auf einfach bundesgesetzlicher Ebene. Das Bankgeheimnis genießt also keinen verfassungsrechtlichen Schutz. Es gab im Jahr 2011 eine Volksinitiative, um das Bankgeheimnis unter verfassungsrechtlichen Schutz zu stellen. Diese scheiterte jedoch noch im selben Jahr.

Zudem fällt auf, dass in Österreich weitaus mehr gesetzliche Ausnahmen aus dem Bankgeheimnis direkt im BWG selbst normiert sind. In der Schweiz sind die gesetzlichen Ausnahmen nicht im BankG geregelt.

Ein großer Unterschied besteht schon alleine im Gesetzestext. Wenn man die Verletzung des Bankgeheimnisses in Österreich betrachtet, so werden die Begriffe „...*offenbaren oder verwerten*“ verwendet. In der Schweiz ist der Gesetzestext anders ausformuliert und er lautet: „...*anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahr genommen hat*“. Dadurch wird deutlich, dass der Geheimnisbegriff in den beiden Ländern unterschiedlich weit gefasst ist. Der Begriff „*Wahrnehmen*“ in der Schweiz ist wesentlich weiter gefasst als der Terminus „*Offenbarens*“ in Österreich. Obwohl *Jabornegg/Strasser/Floretta*⁴¹³ in diesem Zusammenhang für das Österreichische Recht von einem „*Zugänglich machen*“ sprechen, so ist der Begriff „*Offenbaren oder Verwerten*“ trotzdem weniger weit als der Begriff „*Wahrnehmen*“ in der Schweiz.

Das Bankgeheimnis ist in der Schweiz wesentlich strenger ausgestaltet als in Österreich. Dies spiegelt sich in der Bestrafung auch der fahrlässigen Tatbegehung, aber auch in den strengeren Strafen wieder.

In Österreich wird die Verletzung des Bankgeheimnisses mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft.

In der Schweiz sind die Strafen für die Verletzung des Bankgeheimnisses wesentlich strenger. Die vorsätzliche Tatbegehung wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wobei die Geldstrafe mindestens 45 Tagessätze zu betragen hat, wenn der Täter innerhalb von fünf Jahren zweimal wegen desselben Delikts bestraft wird. Das Fahrlässigkeitsdelikt wird mit Geldstrafe bis zu 250.000 Franken bestraft.

⁴¹³ Bankgeheimnis 85.

Was auf den ersten Blick beim Vergleich zwischen Österreich und der Schweiz auffällt, ist, dass in der Schweiz auch die fahrlässige Verletzung des Bankgeheimnisses unter Strafe steht. Wer fahrlässig das Schweizer Bankgeheimnis verletzt, ist mit Geldstrafe von bis zu 250.000 Franken zu bestrafen. In Österreich gibt es eine vergleichbare Regelung nicht. Es wird fahrlässiges Tun oder Unterlassen ganz allg nur bestraft, wenn dies ausdrücklich normiert ist. ME ist die Bestrafung auch des Fahrlässigkeitsdeliktes in der Schweiz ein weiterer Ausdruck dafür, wie streng dieses Gesetz dort ausgestaltet ist. Die Schweiz hat in letzter Zeit ob ihres strengen Bankgeheimnisses immer wieder negative Kritik erhalten, da gemeint wird, das Bankgeheimnis werde in der Schweiz dazu verwendet, um Steuersünder zu schützen und Vermögen ungesühnt am Fiskus, unter dem Deckmantel des Bankgeheimnisses, vorbeizuschleusen.

Einen weiteren erheblichen Unterschied zwischen den beiden Bankgeheimnissen stellt die Art der Verfolgung dar. Während die Verfolgung in Österreich von der Ermächtigung des Geheimnisherrn bzw eines Dritten abhängig ist, ist das Bankgeheimnis in der Schweiz so ausgestaltet, dass die Behörden von Amts wegen tätig werden müssen, wenn sie von der Verletzung des Bankgeheimnisses erfahren. Ich denke, dass dieser Unterschied entscheidend ist, denn gerade bei einem Ermächtigungsdelikt ist es so, dass sich der Betroffene die Unannehmlichkeiten, die mit einer strafrechtlichen Verfolgung einhergehen, ersparen möchte und daher die Strafverfolgung in Österreich mangels Ermächtigung gar nicht möglich ist. Weiters sieht sich ein „durchschnittlicher“ Bankkunde im Falle der Verfolgung der Verletzung des Bankgeheimnisses meist einem großen Kreditinstitut gegenüber. ME ist dies sicher auch oft der Grund dafür, dass in Österreich die Ermächtigung zur Verfolgung nicht erteilt wird. Ein übermäßig großer Bankenverband, zumeist mit eigener Rechtsabteilung, steht einem einfachen Anleger bzw Kontoinhaber gegenüber. Der Bankkunde, dessen Geheimnis verletzt wurde, möchte durch eine Strafanzeige nicht noch mehr Aufmerksamkeit auf seinen Fall und dessen Geheimnisverletzung lenken. Ein Kreditinstitut, das wegen der Verletzung des Bankgeheimnisses geklagt wird, kann mit erheblicher Medienpräsenz rechnen. Meist wird in diesen Fällen schon vor einem Gerichtsverfahren dem Geschädigten Geld angeboten, damit die Sache außergerichtlich „vom Tisch“ ist. Für ein Kreditinstitut ist es nicht gerade die beste

Werbung, wenn über ein Verfahren wegen Verletzung des Bankgeheimnisses, mit (wahrscheinlich) entsprechender Publicity in den Medien, berichtet wird.

Es bestehen in Österreich keinerlei Daten über die Verurteilungen aufgrund der Verletzung des Bankgeheimnisses in der Kriminalstatistik. Auch meine Recherchen im Internet und meine Anfragen beim Bundesministerium für Justiz verliefen negativ.⁴¹⁴

Für die Schweiz habe ich Statistiken für die letzten drei Jahre gefunden, die eine Auflistung der Verurteilungen im Bereich des BankG zeigen. Demnach gab es im Jahr 2009 drei, im Jahr 2010 vier und im Jahr 2011 wiederum drei Verurteilungen.⁴¹⁵

Wenn es zu einem Gerichtsverfahren kommt, so liegen die Strafen in der Praxis meist doch im unteren Bereich des Strafrahmens. Eine Freiheitsstrafe wird nur in den seltensten Fällen verhängt. Durch die Verhängung lediglich geringer Strafen wird der Sanktionscharakter des Bankgeheimnisses mE ausgehöhlt.

Kritisch möchte ich am Ende des von mir angestellten Vergleiches noch folgendes ausführen:

In Österreich besteht immerhin weiter die Möglichkeit, Geld anonym anzulegen. Es gibt das sogenannte „Sparbuch auf Überbringer“, das ohne Lösungswort und Identifizierung angelegt wird. Voraussetzung dafür ist eine Einlagensumme, die € 15.000,- nicht überschreitet. Diese Kleinsparbücher sind übertragbar und erfreuen sich in Österreich außerordentlich großer Beliebtheit. Denkbar wäre auch eine größere Menge Geld in mehreren Kleinsparbüchern anzulegen und sie ohne weiteres an Dritte zu übertragen. Früher wurde so auch oft die Schenkungssteuer umgangen.

⁴¹⁴ Bundesministerium für Justiz, Mitteilung vom 13.11.2012 an die Verfasserin.

⁴¹⁵ **Schweizer Eidgenossenschaft:** Statistik über Straftaten und die beschuldigten Personen <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/02/key/01.html> (abgefragt am 14.01.2013).

ME ist die Verflechtung der Bankenverbände bzw die Auskunftsbereitschaft eines Kreditinstitutes gegenüber einem anderen im selben Verband oder gegenüber den Behörden ebenfalls problematisch.

5.2 STRAFPROZESSRECHTLICHER VERGLEICH

In Österreich und in der Schweiz gibt es die Möglichkeit Konten zu überwachen und zu öffnen. Dies geschieht in jedem Land unter unterschiedlichen Voraussetzungen. In Österreich muss für die Kontoüberwachung und für die Kontoöffnung immer eine gerichtliche Bewilligung und eine staatsanwaltliche Anordnung vorliegen. In der Schweiz werden diese beiden Maßnahmen von unterschiedlichen Stellen „verfügt“. Die Maßnahme der Beschlagnahme, welche die eigentliche Kontosperrung in der Schweiz darstellt, wird von der Staatsanwaltschaft beantragt. Die Anordnung für die Überwachung von Bankbeziehungen jedoch wird auf Antrag der Staatsanwaltschaft als einzige Maßnahme vom Zwangsmaßnahmengericht erlassen.

Ich persönlich fände es besser, wenn beide Maßnahmen von einer einheitlichen Stelle erlassen werden, da man in der Praxis dann im Problemfall nur einen Ansprechpartner hat. Außerdem bin ich der Meinung, wenn schon die Kontosperrung von der Staatsanwaltschaft in der Schweiz erlassen werden kann, dann sollte wohl erst recht die Überwachung von Bankbeziehungen in der Schweiz ebenfalls von der Staatsanwaltschaft erlassen werden dürfen, da dies mE einen weniger großen Eingriff in den Privatbereich des Einzelnen darstellt. Die Überwachung von Bankbeziehungen ist weniger gravierend, als die Öffnung von Konten.

In beiden Ländern sind die Rechtsmittelmöglichkeiten verschieden. In Österreich ist durch den neu gefassten § 112 StPO eine umfassende und klare Regelung geschaffen worden. In der Schweiz ist die Regelung hingegen einfacher und nicht so detailliert ausgestaltet. Die Beschwerde muss gem Art 396 schwStPO schriftlich und begründet eingebracht werden. In Österreich ist man an eine Begründung nicht gebunden. Das Gericht bzw der Richter ist nicht einmal an die Beschwerdepunkte gebunden. Er kann sogar Umstände berücksichtigen, die sich NACH der Fassung des bekämpften Beschlusses ergeben. Dies ist in der Schweiz nicht vorgesehen.

Dadurch wird die Rechtsmittelmöglichkeit für den Einzelnen erheblich eingeschränkt. Auch die Fristen gestalten sich anders. In Österreich darf die Frist 14 Tage nicht unterschreiten, in der Schweiz darf sie nicht länger als 10 Tage betragen. Dies ist mE jedoch ein vernachlässigbarer Unterschied.

Ein erheblicher Unterschied besteht hingegen beim Entschlagungsrecht eines Zeugen. In der Schweiz muss der der Geheimhaltungspflicht unterliegende Zeuge grundsätzlich aussagen. Kann der Zeuge jedoch deutlich machen, dass das Interesse an der Wahrheitsfindung weniger wiegt, als das Interesse an der Geheimhaltung, so kann die Verfahrensleitung ihn von der Aussagepflicht befreien.

6. ERGEBNIS

Das Bankgeheimnis, sei es in Österreich oder in der Schweiz, wird in der heutigen Zeit mE immer wichtiger. In Zeiten der globalen Vernetzung ist es von größter Bedeutung seine Daten geschützt zu wissen. In den Medien – auch europaweit – wird zunehmend die Lockerung des Bankgeheimnisses gefordert, dies mit der Begründung, dass das Bankgeheimnis oft dazu missbraucht werde, kriminelle Organisationen und deren Machenschaften zu unterstützen.⁴¹⁶ Es wird ins Treffen geführt, dass derartige kriminelle Handlungen unter dem Deckmantel des Bankgeheimnisses ohne jede Bestrafung möglich sind. Der Ruf nach einer Aufweichung des Bankgeheimnisses wird in Europa ganz allg immer lauter.⁴¹⁷

Ich trete der Lockerung des Bankgeheimnisses entschieden entgegen, weil ich meine, dass eine Aufweichung des Bankgeheimnisses der Terrorismusfinanzierung und den kriminellen Verflechtungen nicht Einhalt gebieten kann. ME finden beispielsweise ein Terrorist oder eine Terrororganisation auch bei einem gelockerten Bankgeheimnis einen Weg, ihre finanziellen Pläne in die Tat umzusetzen. Daran ändert ein „Bankgeheimnis-Light“ nichts. Darüberhinaus würde jedenfalls immer die Möglichkeit bestehen, dass die Geldanlage in einem anderen Staat als Österreich erfolgt, der noch ein „strengeres Bankgeheimnis“ hat und das Kapital dort veranlagt wird. Ich wehre mich insbesondere dagegen, dass der Staat immer mehr dazu tendiert, in den Privatbereich des einzelnen Bürgers einzugreifen und diesen zu reglementieren. Mir wäre es beispielsweise zu viel, wenn ich bei der Anlage von € 15.000,- in einer Bank gefragt werden würde, woher dieses Geld stammt. Das ist

⁴¹⁶ Vgl zB Homepage von *Vimentis*, Das schweizerische Bankgeheimnis – Fluch oder Segen?

<http://www.vimentis.ch/d/publikation/137/Das+schweizerische+Bankgeheimnis+%96+Fluch+oder+Segen%3F.html> (abgefragt am 14.01.2013).

⁴¹⁷ Vgl Homepage des Eidgenössischen Finanzdepartments, Bankgeheimnis schützt Verbrecher und Betrüger nicht

http://www.efd.admin.ch/suchen/index.html?keywords=Bankgeheimnis+sch%C3%BCtzt+Verbrecher+und+%26+go_search=Suchen&lang=de&site_mode=intern&nsb_mode=yes&search_mode=AND#volltextsuche (abgefragt am 14.01.2013).

wohl „mit Kanonen auf Spatzen schießen“. Derartiges sehe ich als massiven Eingriff in meine Privatsphäre an. Natürlich ist mir auf der anderen Seite klar, dass es gewisse Regeln geben muss und ein großer Geldtransfer anzuzeigen ist. Eine Meldepflicht bei geringen Beträgen, hat für mich den fahlen Beigeschmack der ständigen Überwachung durch den Staat.

Wichtig wäre es bei wirtschaftlich komplexen Gebilden, wie internationalen Verschachtelungen von Unternehmen, eine Möglichkeit zu finden Geldflüsse nachvollziehbar zu machen. Hier sind weltweit Abkommen zu schließen, die ein echtes, globales und effektives Vorgehen ermöglichen. Wenn es – wie in den Medien kolportiert - zutrifft, dass Julius Meinl V., nachdem seine Kautionszahlung mit 100 Millionen Euro festgelegt worden war, diesen Betrag binnen 54 Minuten von der liechtensteinschen Centrum Bank auf das Konto des OLG Wien überweisen lassen konnte, frage ich mich als Österreichische Staatsbürgerin schon, wie konnte dies so rasch erfolgen und woher stammen diese Geldmittel? Rechtlich besteht freilich keine Möglichkeit die Herkunft der Kautionszahlung des Untersuchungshäftlings zu eruieren.

Ich bin gegen die Aufweichung des Bankgeheimnisses wie es heute im BWG normiert ist, weil ich die Daten der Bankkunden jedenfalls als schützenswert ansehe. Es wäre für mich undenkbar, wenn auch nur in einzelnen Fällen Kontostand, Verbindlichkeitenhöhe, Kundenstock etc, bekannt werden würden. Doch scheint mir, dass bei großen und schwerwiegenden Vermögensdelikten, wie etwa Anlagenbetrug, Untreue, Abgabehinterziehung, Gläubigerschädigung, jeweils im großen Stil, mehr Möglichkeiten für die Bestrafung der Täter bestehen müssten. Denkbar wäre in einem solchen Fall, das Bankgeheimnis bei diesen Beschuldigten vollständig aufzuheben und deren gesamten Konten und Sparguthaben, sowie Wertpapieranlagen und Unternehmenskonstruktionen zu überprüfen. Bei so weitreichenden und massiven Vermögensdelikten würde ich dafür eintreten, dass es eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses geben sollte. ME stellt dies zwar auch einen sehr schwerwiegenden Eingriff in den Privatbereich des Täters dar; die Täter sind in solchen Fällen nicht schützenswert. Diese Vorgehensweise ist sicher abschreckender als jegliche Geldbuße oder kurze bzw teilbedingte Freiheitsstrafe.

Zusätzlich ist auch daran zu denken, dass bei der Offenlegung gefundene Vermögenswerte für verfallen erklärt werden oder für die Schadensgutmachung verwendet werden könnten. Derartige Sanktionen würden sowohl der General- als auch der Spezialprävention dienen.

Begrüßenswert ist, wie ich dies anhand des Falles von Muammar Al-Gaddafi, gezeigt habe, dass die Schweiz und die EU rasch ihrer politischen Verantwortung nachkamen und ihm zuordenbare Gelder und Gold „einfroren“. Dies alles erfordert jedoch keine Lockerung des Bankgeheimnisses, wie es heute in Österreich und der Schweiz normiert ist. Nur weitere Durchbrechungsgründe für außergewöhnliche Vermögensdelikte bzw im großen globalen, politischen Bereich werden zu schaffen sein.

Zusammenfassend führe ich aus, dass ich für die Beibehaltung des derzeit im Österreichischen Recht normierten Bankgeheimnisses eintrete, wobei ich dafür plädiere Durchbrechungsmöglichkeiten für die Wirtschaftskriminalität, Steuerhinterziehung und Terrorismusfinanzierung im großen Stil zu schaffen, die schnell und international umsetzbar sind.

Abschließend spreche ich mich dafür aus, das Schweizer Modell auch die fahrlässige Verletzung des Bankgeheimnisses unter Strafe zu stellen, in Österreich umzusetzen. Wer mit so sensiblen Daten wie den Daten eines Bankkunden arbeitet, die oft seine gesamte Einkommens- und Vermögenssituation widerspiegeln, ist auch in der Lage einzuschätzen, wann er die Schwelle der Begehung eines Fahrlässigkeitsdeliktes überschreitet.

7. QUELLENVERZEICHNIS

7.1 LITERATURVERZEICHNIS

7.1.1 Österreichische Literatur

Apathy Peter, Die neuen ABB auf dem Prüfstand, ÖBA 2003, 183.

Apathy Peter/Koch Bernhard in Apathy Peter/Iro Gerd Michael/Koziol Helmut (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht, Geschäftsbeziehung, Band I, 2. Auflage, 2007.

Bertel Christian, Die Anzeigepflicht der Banken bei Geldwäschereiverdacht, ÖBA 1994, 228 f.

Bertel Christian/Schwaighofer Klaus, Österreichisches Strafrecht - Besonderer Teil I, 10. Auflage, 2008.

Bertel Christian/Venier Andreas, Einführung in die neue Strafprozessordnung, 2. Auflage, 2006.

Bundesministerium für Justiz, Mitteilung vom 13.11.2012 an die Verfasserin.

Chini Leo/Frölichsthal Georg (Hrsg), Praxiskommentar zum Bankwesengesetz, 2. Auflage, 1997.

Fabrizy Ernst Eugen, StGB und ausgewählte Nebengesetze, Kurzkommentar, 10. Auflage, 2010.

Fabrizy Ernst Eugen, StPO und wichtige Nebengesetze, Kurzkommentar, 10.

Auflage, 2008.

Fabrizy Ernst Eugen, StPO und wichtige Nebengesetze, Kurzkommentar, 11. Auflage, 2011.

Flora Margarethe, Das Bankgeheimnis im gerichtlichen Strafverfahren, 2007.

Flora Margarethe in Fuchs Helmut/Ratz Eckart (Hrsg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 177. Lieferung, Juni 2012.

Flora Margarethe in Leitner Roman (Hrsg), Finanzstrafrecht 2010, Bankgeheimnisdurchbrechung im Strafrecht, insbesondere Finanzstrafrecht, Wechselwirkungen zum ADG, 2011.

Frotz Gerhard in Hadding Walther/Schneider Uwe H. (Hrsg), Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland und ausländischen Rechtsordnungen, Band 49, 1986.

Jabornegg Peter, Aktuelle Fragen des Bankgeheimnisses, ÖBA 1997, 670 ff.

Jabornegg Peter, Neues zum Bankgeheimnis, WBI 1990, 57 ff.

Jabornegg Peter/Strasser Rudolf/Floretta Hans (Hrsg), Das Bankgeheimnis, 1985.

Karner Ernst/Danzl Karl-Heinz in Koziol Helmut/Bydlinski Peter/Bollenberger Raimund (Hrsg), Kommentar zum ABGB, 3. Auflage, Juli 2010.

Kerres Christoph/Pröll Florian, Aktuelle Entwicklungen zum Bankgeheimnis, eolex 2009, 623 f.

Klein Alexander, Das Bankgeheimnis im österreichischen Privatrecht, 2009.

Krichbaumer Peter in Dellinger Markus (Hrsg), Bankwesengesetz Kommentar, 2. Lieferung, 2008.

Laurer René in Fremuth Walter/Laurer René/Linc Sylvia/Pötzelberger Leo/Strobl Johann (Hrsg), Bankwesengesetz samt den wichtigsten Nebengesetzen, 2. Auflage, 1999.

Laurer René in Laurer René/Borns Rainer/Strobl Johann/Schütz Melitta/Schütz Oliver (Hrsg), Bankwesengesetz, 3. Auflage, 26. Lieferung, 2008.

Leukauf Otto/Steininger Herbert (Hrsg), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage, 1992.

Lewisch Peter in Höpfel Frank/Ratz Eckart (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, 30. Lieferung: Austauschheft 2008.

Liebscher Viktor, Das Bankgeheimnis im In- und Ausland, ÖJZ 1984, 253 ff.

Müller Katharina/René Saurer, Die Abschaffung der Erbschafts- und Schenkungssteuer und die Folgen für die Vermögensweitergabe, JEV 2008, 58 ff.

Ortner Johannes, Das Bankgeheimnis, Rechtsvergleich Österreich, Deutschland, Schweiz, Liechtenstein und Luxemburg, 1995.

Puck Birgit in Dellinger Markus (Hrsg), Bankwesengesetz Kommentar, 3. Lieferung, Juni 2009.

Raschauer Nicolas/Wessely Wolfgang, Unternehmenspflichten zur Prävention von Wirtschaftskriminalität am Beispiel des BWG (Teil I), ZFR 2007, 70 ff.

Rechberger Walter in Rechberger Walter (Hrsg), ZPO Zivilprozessordnung Kommentar, 3. Auflage, Oktober 2006.

Riss Olaf, Die Auskunftspflicht des Kreditinstitutes nach dem Tod des Kunden und ihre prozessuale Durchsetzung, ÖBA 2011, 166 ff.

Schwaighofer Klaus in Triffterer Otto/Rosbaud Christian/Hinterhofer Hubert (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Lieferung, Oktober 2002.

Seiler Robert, Der strafrechtliche Schutz der Geheimnissphäre, 1960.

Simotta Daphne-Ariane in Rechberger Walter/Simotta Daphne-Ariane (Hrsg), Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren, 7. Auflage, 2009.

Sommer Friedrich/Hirsch Christine in Dellinger Markus (Hrsg), Bankwesengesetz Kommentar, 1. Lieferung, 2007.

Steininger Einhard in Triffterer Otto/Rosbaud Christian/Hinterhofer Hubert (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Lieferung, August 1994.

Steininger Einhard in Triffterer Otto/Rosbaud Christian/Hinterhofer Hubert (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Lieferung, Mai 2003.

Thiele Clemens in Triffterer Otto/Rosbaud Christian/Hinterhofer Hubert (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 15. Lieferung, März 2007.

Tipold Alexander/Zerbes Ingeborg in Fuchs Helmut/Ratz Eckart (Hrsg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 146. Lieferung, Mai 2011.

Weber Arno, Das Bankgeheimnis bei eingeleiteten gerichtlichen Strafverfahren, RdW 1990, 437.

Wessely Wolfgang, Verfahrensrechtliche Probleme der Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte im Lichte des Strafprozessreformgesetzes, ZFR 2008, 4 f.

7.1.2 Schweizer Literatur

Den Otter Matthäus, Bankgeheimnis und EWR: unter besonderer Berücksichtigung der internationalen Zusammenarbeit der Bankenaufsichtsbehörden (1993).

Donatsch Andreas in Donatsch Andreas/HANSJAKOB Thomas/Lieber Viktor (Hrsg), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) Art 173, 2010.

Emmenegger Suzan/Zbinden Andrea in Emmenegger Suzan (Hrsg), Cross-Border Banking, Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses, 2009.

HANSJAKOB Thomas in Donatsch Andreas/HANSJAKOB Thomas/Lieber Viktor (Hrsg), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) Art 284, 2010.

Kleiner Beat/Schwob Renate/Winzeler Christoph in Bodmer Daniel/Kleiner Beat/Lutz Benno/Zobel Dieter/Geiger Hans/Kaufmann Christine/Weber Rolf/Kramer Stefan (Hrsg), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 17. Auflage, 2011.

Ohly Ansgar, „Volenti non fit iniuria“ - die Einwilligung im Privatrecht, 2002.

Ortner Johannes, Das Bankgeheimnis, Rechtsvergleich Österreich, Deutschland, Schweiz, Liechtenstein und Luxemburg, 1995.

Stratenwerth Günter in Watter Rolf/Vogt Nedim Peter/Bauer Thomas/Winzeler Christoph (Hrsg), Basler Kommentar Bankengesetz, 1. Auflage, 2005.

Vest Hans/Horber Salome in Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne /Wiprächtiger Hans (Hrsg), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2010.

Winzeler Christoph, Das Schweizer Bankkündengeheimnis im Wandel –
Totgesagte leben länger, SJZ 107, 2011/5, 97.

7.2 JUDIKATURVERZEICHNIS

7.2.1 Österreichische Entscheidungen

7.2.1.1 Entscheidungen des VfGH

VfGH 07.03.2007, G 54/06 VfSlg 18093/2007.

VfGH 15.06.2007, G 23/07 RdW 2007/461.

7.2.1.2 Entscheidungen des VwGH

VwGH 28.10.1994, 94/17/0297 JBI 1995/336.

7.2.1.3 Entscheidungen des OGH

OGH 15.01.1974, 10 Os 2/74 EvBl 1974/193 = SSt 45/1 = JBI 1974/383.

OGH 19.05.1987, 4 Ob 394/86 ÖBl 1988/13.

OGH 18.01.1989, 14 Ob 170/88 EvBl 1989/99 = JBI 1989/454 = SSt 60/2 = ÖZW 1989/60.

OGH 18.01.1989, Os 170/88 EvBl 1989/99 = SSt 60/2.

OGH 25.02.1992, 4 Ob 114/91 EvBl 1992/58 = JBI 1992/599 = ÖBA 1992/346.

OGH 21.12.1995, 2 Ob 594/95 AnwBl 1996/544 = RdW 1996/114 = WBl 1996/211 = ecolex 1996/679.

OGH 15.05.1996, 7 Ob 610/95 SZ 59/119.

OGH 29.01.1997, 7 Ob 2299/96 f ZAK 2012/373 = ÖBA 1997/632.

OGH 27.02.1997, 6 Ob 27/97 g EvBl 1992/58 = JBl 1992/599 = ÖBl 1992/21 = ÖBA 1992/829 = SZ 65/23.

OGH 19.01.1999, 7 Ob 358/98 t ÖBA 1999/742.

OGH 22.03.2001, 4 Ob 36/01 z ÖBA 2001/828.

OGH 27.02.2002, 3 Ob 281/01 x ecolex 2002/194.

OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02 f ÖBA 2003/129 = ÖBA 2003/141 = SZ 2002/153.

OGH 09.03.1995, 15 Os 126/94 ÖBA 1995/712 = JBl 1994/532.

OGH 19.12.2006, 4 Ob 230/06 m ÖBA 2007, 572/1425 = ZVR 2007/50.

OGH 29.08.2007, 13 Os 89/07 y ZFR 2007/109 = ÖBA 2008/275.

OGH 16.12.2010, 13 Os 130/10 g EvBl 2011/20 = JBl 2011/667 = AnwBl 2012/8.

OGH 20.01.2011, 11 Os 172/10 v RZ 2011/145.

OGH 14.11.2012, 7 Ob 162/12 t.

OGH 26.11.2012, 9 Ob 34/12 h Rechtsnews 2013/14394.

[7.2.1.4 Entscheidungen des LG](#)

LG Klagenfurt 23.01.2008, 7 Bl 5/08 s.

7.2.2 Schweizer Entscheidungen

BGE 20.11.1939, 65 I 330.

BGE 03.07.1959, 85 IV 139.

BGE 16.08.1993, 119 IV 175.

BGE 20.10.1997, 123 IV 157.

BGE 12.02.2007, 5P_423/2006.

BGE 31.07.2007, 4A_189/2007.

BGE 08.07. 2008, 4A_2/2008.

BGE 28.10.2008, 4A_299/2008.

BGE 28.01.2009, 4A_419/2008

BGE 15.07.2011, 2C_127/2010

7.3 INTERNETQUELLEN (ABGEFRAGT AM 14.01.2013)

7.3.1 Internetquellen zum Österreichischen Recht

Eliskases Martina,

Vermögenswerte in der Verlassenschaft Bank und erbrechtliche Aspekte

http://www.bankrechtsinstitut.at/dokumenta/Folien_%20Eliskases.pdf.

Homepage des Bundesministeriums für Inneres,

<http://www.bmi.gv.at/cms/BK/meldestellen/geldwaesche/start.asp>.

Homepage der Insolvenzdatei, Bundesministerium für Justiz,

<http://edikte.justiz.gv.at/edikte/id/idedi8.nsf/suche!OpenForm&subf=e>.

Homepage von www.konsumentenfragen.at,

Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz

http://www.konsumentenfragen.at/konsumentenfragen/Mein_Alltag/Themen/Geld_und_Kredit/Bankgeheimnis.

Lattacher Siegbert,

Senioren als Verbrechenopfer, Bundesministerium für Inneres

http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_OeffentlicheSicherheit/2010/07_08/files/KRIMINALITAETSBEKAEMPfung.pdf.

Pechar Brigitte,

Schwarzgeld wird zu Weißgeld

http://www.wienerzeitung.at/_em_globals/print.php?em_ssc=LCwsLA==&em_cnt=450276&em_loc=67&em_ref=/nachrichten/oesterreich/politik/&em_iw=RedCont/Politik/Inland&em_absatz_bold=0http://www.wienerzeitung.at/_em_globals/print.php?em_ssc=LCwsLA==&em_cnt=450276&em_loc=67&em_ref=/nachrichten/oesterreich/politik/&em_iw=RedCont/Politik/Inland&em_absatz_bold=0.

Pilnacek Christian,

Experten mit schweren Bedenken gegen die StPO-Reform, im Oe1 Mittagsjournal vom 08.03.2012 <http://news.orf.at/stories/2108936/>.

Wiedermann Klaus,

Internationaler Informationsaustausch und Bankgeheimnis NEU - Werden die Kontodaten mit der Schweiz erst 2012 ausgetauscht?

<http://www.deloittetax.at/2010/08/24/internationaler-informationsaustausch-und-bankgeheimnis-neu-werden-die-kontodaten-mit-der-schweiz-erst-2012-ausgetauscht/>.

Wolff Rupert,

Ministerium weist Vorwürfe zurück <http://news.orf.at/stories/2108936/>.

7.3.2 Internetquellen zum Schweizer Recht

ALLEN Matthew,

Ist das Schweizer Bankgeheimnis gerettet?

http://www.swissinfo.ch/ger/Wirtschaft/Finanzsektor_im_Umbruch/Bankgeheimnis_im_Rampenlicht/Ist_das_Schweizer_Bankgeheimnis_gerettet.html?cid=28660632.

Homepage des Eidgenössischen Finanzdepartments,

Bankgeheimnis schützt Verbrecher und Betrüger nicht

http://www.efd.admin.ch/suchen/index.html?keywords=Bankgeheimnis+sch%C3%BCtzt+Verbrecher+und+&go_search=Suchen&lang=de&site_mode=intern&nb_mode=yes&search_mode=AND#volltextsuche.

Homepage von www.news.ch,

Gaddafi fordert die Auflösung der Schweiz

<http://www.news.ch/Gaddafi+fordert+Aufloesung+der+Schweiz/403468/detail.htm>.

Marenco-Szabó Tiziana/Socchi Maria,

Das Wanken des Schweizer Bankgeheimnisses unter dem Druck der Finanzkrise

<http://www.marenco-law.com/d/news.html>.

Müller Thomas,

Das Geheimnis um das Bankkundengeheimnis

<http://pd.zhaw.ch/publikation/upload/202847.pdf>.

Nobel Peter,

Das komplexe Gewebe des Bankgeheimnisses, NZZ vom 05.03.2009

<http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/das-komplexe-gewebe-des-bankgeheimnisses-1.2144495>.

Homepage der Schweizer Eidgenossenschaft,

<http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/topics/finec/intcr/poexp/sperr.encoded-Show%3D1%26print%3D1.html>.

Homepage der Schweizer Eidgenossenschaft,

Statistik über Straftaten und die beschuldigten Personen

<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/02/key/01.html>.

Homepage von Vimentis,

Das Schweizer Bankgeheimnis – Fluch oder Segen?

www.vimentis.ch/d/content/docs/20080803_Bankgeheimnis.pdf.