

**RuSt 09**

13. Jahresforum für Recht und Steuern

■ RdW 2009/650, 630

## Rechtliche Aspekte des Verkaufs notleidender Kredite

Der Handel mit Portfolien notleidender Kredite („Non-Performing Loans“, NPL) durch Kreditinstitute ist ein in den USA seit den 1980er-Jahren anerkannter und etablierter Transaktionstypus. Die Entwicklung dieses Marktes wurde in einer Reihe von Ländern – ua in Italien, den USA und bestimmten asiatischen Staaten – aktiv gefördert, nicht zuletzt auch durch steuerliche Vergünstigungen. In Österreich und anderen europäischen Staaten entwickelt sich der Markt für den Handel mit notleidenden Krediten in Anbetracht nach wie vor bestehender rechtlicher Unsicherheiten – insb unter dem Gesichtspunkt des Bankgeheimnisses und des Konzessionserfordernisses, aber auch im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Zustimmungserfordernissen und der Übertragung von Sicherheiten – nur langsam. Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, einen Überblick über die wichtigsten im Rahmen einer NPL-Transaktion auftretenden Rechtsfragen zu leisten.

RA MMag. Dr. Markus Fellner  
Univ.-Prof. Dr. Brigitta Jud  
Wien

### 1. Allgemeines

Als Non-Performing Loans bezeichnet man aus rechtlicher Sicht Kredit- oder Darlehensforderungen,<sup>1)</sup> mit deren Erfüllung der Kreditnehmer bereits in Verzug geraten ist, die bereits abgemahnt wurden oder bei denen das zugrunde liegende Vertragsverhältnis bereits gekündigt wurde oder zumindest gekündigt werden könnte.<sup>2)</sup> Unklar ist, wie lange der Verzug andauern muss, um die betreffende Forderung als notleidend einzustufen. In Deutschland wird als Richtwert angegeben, dass der Schuldner an drei aufeinanderfolgenden Zahlungsterminen keinen Kapitaldienst mehr geleistet hat oder die Darlehensforderung auch nach 90 Tagen nicht bedient ist.<sup>3)</sup>

Als Marktteilnehmer kommen auf Verkäuferseite hauptsächlich Kreditinstitute mit einem entsprechend hohen Bestand an notleidenden Kreditengagements in Betracht. Aus Käuferseite ist zu bedenken, dass der Ankauf notleidender Kredite nach hA als Factoringgeschäft anzusehen ist, weshalb auf Käuferseite ausschließlich Kreditinstitute in Betracht kommen, sieht man von dem Sonderfall der Verbriefungsspezialgesellschaften<sup>4)</sup> ab, die keiner Bankkonzession bedürfen.<sup>5)</sup>

1) Die Begriffe „Kredit“ und „Darlehen“ werden im Folgenden mit gleicher Bedeutung verwendet.

2) *Bütter/Tonner*, Übertragung von Darlehensforderungen und Bankgeheimnis, ZIP 2005, 165 (166).

3) *Hofmann/Walter*, Die Veräußerung Not leidender Kredite – aktives Risikomanagement der Bank im Spannungsverhältnis zwischen Bankgeheimnis und Datenschutz, WM 2004, 1566 (1568).

4) § 2 Z 60 BWG definiert die Verbriefungsspezialgesellschaft als eine „Gesellschaft, deren ausschließlicher Geschäftszweck die Durchführung von Verbriefungstransaktionen ist und deren Struktur darauf angelegt ist, die eigenen Verpflichtungen von denen eines Originators zu trennen und deren rechtliche und wirtschaftliche Eigentümer die damit verbundenen Rechte uneingeschränkt verpfänden oder veräußern können“.

5) Bedingung für die Ausnahme vom Konzessionserfordernis ist allerdings, dass der ausschließliche Geschäftszweck der Verbriefungsspezialgesellschaft in der Ausgabe von Schuldverschreibungen, der Aufnahme von Krediten, im Abschluss von Sicherungsgeschäften sowie im Abschluss auf diese Geschäftstätigkeit bezogener Hilfsgeschäfte besteht, um Forderungen (iSd § 22 Abs 2 BWG) eines Originators sowie mit diesen Forderungen verbundene Risiken zu erwerben.

Kreditinstitute entschließen sich zum Verkauf notleidender Kreditportfolien aus verschiedenen Gründen. Notleidende Kreditforderungen sind zulasten ihres Ertrags wertzubereinigend und bedürfen daher eines aktiven Kreditmanagements. Durch die mit dem Verkauf einhergehende Auslagerung der Gestionierung auf externe Dienstleister erhält das Kreditinstitut die Möglichkeit, personelle Ressourcen freizusetzen, für profitablere, nicht problembehaftete Neuengagements heranzuziehen und sich solcherart strategisch neu auszurichten. Weiters ermöglicht es der Verkauf dem Kreditinstitut, durch Auslagerung des Kreditrisikos auf den Erwerber bislang gebundene Eigenmittel freizusetzen und für profitablere Neuengagements heranzuziehen.<sup>6)</sup> Nicht zuletzt besteht für das veräußernde Kreditinstitut auch die Möglichkeit, seine Finanzmarktrepputation zu verbessern,<sup>7)</sup> was sich in günstigeren Refinanzierungen für das Kreditinstitut auswirken kann.<sup>8)</sup>

Gegen einen Verkauf notleidender Kreditportfolien könnten aus der Sicht des Kreditinstituts – neben dem beträchtlichen Ressourcen- und Kostenaufwand – die mit der Öffentlichkeitswirksamkeit derartiger Transaktionen einhergehenden Reputationsrisiken sprechen. In Presseberichten wird immer wieder die rechtliche Zulässigkeit infrage gestellt und es werden Einzelfälle zum Nachweis dafür herangezogen, dass Bankkunden durch den Verkauf ihrer Kredite existenzbedrohenden Nachteilen ausgesetzt werden. Dem kann jedoch einerseits durch entsprechende Aufklärungsarbeit über die Medien und durch transparenten Umgang mit Kundenbeschwerden, andererseits durch entsprechende Gestaltung des Verkaufsvertrags, etwa in Form des Ausschlusses bestimmter Betreibungspraktiken, entgegengewirkt werden.

Zivilrechtlich ist der Verkauf notleidender Kredite jedenfalls als Zession iSd §§ 1392 ff ABGB einzuordnen. Er setzt also nicht die Zustimmung des Schuldners der verkauften Forderungen voraus. Darüber hinaus kommt – je nach Ausgestaltung des Forderungsverkaufs – eine Einordnung als Factoring, also als Zession der in einem Geschäftsbetrieb entstehenden Forderungen aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen,<sup>9)</sup> in Betracht. Dies würde einerseits zumindest voraussetzen, dass der Forderungserwerber für den Verkäufer bestimmte Dienstleistungsfunktionen, wie insb den Einzug der Forderungen oder die Debitorenbuchhaltung, übernimmt, und andererseits, dass Kredit- und Darlehensforderungen „aus Dienstleistungen“ sind. Letzteres wird unter Berufung auf einen weiten, an europa- und vergaberechtlichen Bestimmungen orientierten Dienstleistungsbegriff, der auch die Vergabe von Krediten und Darlehen („Finanzdienstleistungen“) umfasst, bejaht.<sup>10)</sup> Auch die FMA geht von einer Einordnung als Factoringgeschäft und damit von einer Konzessionspflicht gem §§ 4 ff BWG für den Erwerber der Forderungen aus.

## 2. Rechtsfragen

Aus rechtlicher Sicht wirft der Verkauf notleidender Kredite vor allem die Frage der Vereinbarkeit mit dem Bankgeheimnis (§ 38 BWG) auf. Dem Erwerber eines Forderungsportfolios ist regelmäßig daran gelegen – auch im Interesse der Preisfindung –, bereits im Vorfeld des Erwerbs möglichst umfassende Informationen

über die zugrunde liegenden Vertragsverhältnisse zu erhalten, um sich ein zuverlässiges Bild über das Risikoprofil der abzutretenden Forderungen machen zu können. Um die abgetretenen Forderungen geltend machen zu können, sind zumindest die Bekanntgabe der Höhe der Forderung und des Namens des Schuldners einschließlich sonstiger für die Betreuung erforderlicher Beweismittel, Beweisurkunden etc erforderlich.<sup>11)</sup> Eine derartige Informationsweitergabe steht jedoch in einem Spannungsverhältnis mit dem Bankgeheimnis gem § 38 Abs 1 BWG.

Aus aufsichtsrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob der Erwerber der Forderungen einer Bankkonzession bedarf, wobei hier § 1 Abs 1 Z 16 BWG (Factoringgeschäft) in Betracht kommt. Dies ist nicht nur in verwaltungs(-straf-)rechtlicher (vgl § 98 Abs 1 BWG), sondern auch in zivilrechtlicher Hinsicht von Bedeutung, denn gem § 100 Abs 1 BWG kann, wer Bankgeschäfte ohne die erforderliche Genehmigung betreibt, auf die mit diesen Geschäften verbundenen Vergütungen, wie insb Zinsen und Provisionen, keinen Anspruch erheben.

Schließlich bestehen Fragen im Zusammenhang mit der Übertragung der für die Rückführung der abzutretenden Forderungen bestellten Sicherheiten.

## 3. Einschränkungen aufgrund des Bankgeheimnisses

Ob § 38 BWG einer rechtsgeschäftlichen Abtretung von Forderungen eines Kreditinstituts entgegensteht und ob eine unter Verstoß gegen diese Bestimmung vorgenommene Abtretung wegen Verletzung eines gesetzlichen Verbots (§ 879 Abs 1 ABGB) unwirksam ist, wurde von der österreichischen Rsp, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden. In Deutschland hat sich bereits der BGH damit auseinandergesetzt, weshalb zunächst die deutsche Rechtslage dargestellt werden soll.

### 3.1. Deutschland

Anders als in Österreich ist in Deutschland eine gesetzliche Regelung des Bankgeheimnisses unterblieben. Nach überwiegender Ansicht ist das Bankgeheimnis Konsequenz des durch Aufnahme des rechtsgeschäftlichen Kontaktes zwischen dem Kreditinstitut und dem Kunden entstehenden Schuldverhältnisses.<sup>12)</sup> Manche Autoren erkennen ihm auch die Qualität von Wohnheitsrecht zu.<sup>13)</sup>

Die deutsche Lehre hat sich vorwiegend mit der Frage auseinandergesetzt, ob aus dem Bankgeheimnis die Vereinbarung eines iSd § 399 BGB dinglich wirkenden Abtretungsausschlusses zu folgern sei. Der Anlass dazu war eine – vereinzelt gebliebene – Entscheidung des OLG Frankfurt am Main,<sup>14)</sup> das diese Frage im Rahmen eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Zusammenhang mit der Abtretung von Forderungen aus einem Verbraucherdarlehen bejaht hatte. Zur Begründung berief sich das OLG Frankfurt am Main vorwiegend auf höchstgerichtliche Rsp in Deutschland, aufgrund derer die Abtretung von Honorarforderungen von Rechtsanwälten und Angehörigen

6) *Theewen*, Problemkredite und die „Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft der Kreditinstitute“ – Workout, Outsourcing oder Bad Bank? *WM* 2004, 105 (112) mwN.

7) *Theewen*, *WM* 2004, 105 (112).

8) *Reisch*, *Zak* 2008, 247.

9) *Koziol/Welser*, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts II*<sup>13</sup> (2007) 128.

10) Vgl *Köck*, *Erwerb von Kreditforderungen (nicht) konzessionspflichtig?* *ÖBA* 2009, 589 (592).

11) Vgl *Heidinger in Schwimann*<sup>3</sup> (2006) § 1393 Rz 36 (im Zusammenhang mit der Abtretung von Honorarforderungen eines Rechtsanwalts). Nach deutschem Recht ergibt sich dies aus der Vorschrift des § 402 BGB.

12) *Hofmann/Walter*, *WM* 2004, 1566 (1570 f); *Bruchner in Schimansky/Bunte/Lwowski* (Hrsg), *Bankrechts-Handbuch I* (2001) § 39 RN 7; Zusammenfassung des Meinungsstandes bei *Nobbe*, *Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen*, *WM* 2005, 1537 (1539 f).

13) Vgl *Nobbe*, *WM* 2005, 1537 (1540).

14) OLG Frankfurt am Main 25. 5. 2004, 8 U 84/04 *WM* 2004, 1386 ff.

bestimmter anderer freier Berufe wegen Verstoßes gegen § 203 dStGB nichtig ist. In dieser Entscheidung ging es um die Verwertung von Aktien, welche die Darlehensnehmer der Bank zur Sicherung der Rückzahlung der in weiterer Folge an einen Dritten abgetretenen Forderungen verpfändet hatten.

Anders als das OLG Frankfurt am Main gingen die Entscheidungen anderer deutscher Instanzgerichte durchwegs von einer Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Abtretung von Bankforderungen aus. Dabei bejahten manche Instanzgerichte die Wirksamkeit der Abtretung jedenfalls für notleidende Kreditforderungen,<sup>15)</sup> während andere sie ohne derartige Einschränkung auch für Forderungen aus „gesunden“ Kreditverhältnissen erwoßen.<sup>16)</sup> Auch in der Lehre blieb das Urteil des OLG Frankfurt am Main nicht unwidersprochen,<sup>17)</sup> hätte es doch bedeutet, dass deutsche Kreditinstitute von der Möglichkeit, sich zum Zweck der Risiko- und Eigenkapitalentlastung sowie zur Verbesserung ihres Ratings und damit ihrer Refinanzierungsbedingungen ihrer notleidenden Kreditforderungen zu entledigen, ausgeschlossen gewesen wären.<sup>18)</sup>

Der BGH hat mit Urteil vom 27. 2. 2007 entschieden, dass das Bankgeheimnis und das Datengeheimnis einer Abtretung von Kundenforderungen eines Kreditinstituts nicht entgegenstehen.<sup>19)</sup> Ein Abtretungsverbot müsse gem § 399 BGB wenigstens stillschweigend vereinbart worden sein. Ein Abtretungsverbot widerspreche den – auch für den durchschnittlichen Bankkunden erkennbaren – berechtigten Interessen des Kreditinstituts an einer freien Abtretbarkeit von Kreditforderungen zum Zweck der Refinanzierung oder der Risiko- und Eigenkapitalentlastung, weshalb ein auf die Vereinbarung eines Abtretungsverbots gerichteter Wille des Kreditinstituts diesem mangels sonstiger Anhaltspunkte nicht einfach unterstellt werden dürfe. Mit der aus § 402 BGB folgenden Auskunftspflicht des Zedenten könne das Bankgeheimnis zwar in Konflikt geraten; ein Verstoß gegen das Bankgeheimnis könne jedoch lediglich auf schuldrechtlicher Ebene Schadenersatzpflichten des Kreditinstituts auslösen und berühre die dingliche Wirksamkeit der Abtretung nicht. Weiters hat der BGH klargestellt, dass seine Judikatur zur Unwirksamkeit der Abtretung von Honorarforderungen von Rechtsanwälten und bestimmten anderen Angehörigen freier Berufe nicht auf die rechtsgeschäftliche Abtretung von Forderungen eines Kreditinstituts übertragen werden könne. Denn im ersten Fall sei eine Verletzung der beruflichen Verschwiegenheitspflicht strafbar (§ 203 dStGB), weshalb eine in Verletzung der Verschwiegenheitspflicht vorgenommene Abtretung gegen ein gesetzliches Verbot verstoße und nach § 134 BGB (der deutschen Parallelvorschrift zu § 879 Abs 1 ABGB) nichtig sei. Eine Verletzung des Bankgeheimnisses sei jedoch nach deutschem Recht gerade nicht strafbar, weshalb die Rsp zur Unwirksamkeit der Abtretung von Honorarforderungen auch aus diesem Grund nicht einschlägig sei.

Mit dem Urteil vom 27. 2. 2007<sup>20)</sup> bestätigte der BGH die bereits zuvor von unterinstanzlichen Gerichten mehrheitlich vertretene Auffassung, wonach aus dem Bankgeheimnis kein dinglich wirkendes Abtretungsverbot abzuleiten ist.

### 3.2. Österreich

Der OGH hat bisher lediglich im Zusammenhang mit einer Einlösung (§ 1422 ABGB) obiter erwähnt, dass es einem Kreditinstitut nicht verwehrt sein kann, über seine Forderungen zu verfügen;<sup>21)</sup> dies setze notgedrungen voraus, dass derjenige, dem eine Bankforderung abgetreten wird, Kenntnis über das Wesen der Forderung erlangt und dass ihm die Mittel zur Durchsetzung der Forderung in die Hand gegeben werden. Das Bankgeheimnis habe nicht den Zweck, das Kreditinstitut in seiner Verfügungsmöglichkeit zu beschränken.

Andererseits hat der OGH in einer Entscheidung vom 19. 9. 2000<sup>22)</sup> ausgesprochen, dass aus der Verschwiegenheitspflicht gem § 9 Abs 2 RAO eine Unabtretbarkeit von Honorarforderungen eines Rechtsanwalts abzuleiten sei, und zwar auch dann, wenn der Zessionar seinerseits Rechtsanwalt ist, da dieser mangels eines Mandatsverhältnisses zum Drittschuldner nicht der Verschwiegenheitspflicht gem § 9 Abs 2 RAO unterliege. Wenig später hat der OGH in einer Entscheidung vom 10. 10. 2002<sup>23)</sup> diesen Grundsatz auf Wirtschaftstreuhänder (vgl § 91 WTBG) und „Angehörige anderer freier Berufe, soweit sie einer beruflichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen“, ausgedehnt.

Es existiert keine gesetzliche Regelung, die für die Abtretung von Kredit- oder Darlehensforderungen eine Ausnahme vom Bankgeheimnis vorsähe. Aus der zuletzt durch BGBl I 2005/32 geänderten Definition der Verbriefungsspezialgesellschaft in § 2 Z 60 BWG ergibt sich jedoch, dass das Bankgeheimnis kein absolutes Hindernis für die Abtretung von Forderungen eines Kreditinstituts begründen kann.<sup>24)</sup> Der Bericht des Finanzausschusses<sup>25)</sup> hebt vor dem Hintergrund von Basel II die Möglichkeit einer Veräußerung zwecks Verbriefung von Forderungspools als geeignetes Mittel zur Verbesserung der Liquiditäts- und Finanzierungsstruktur von Unternehmen und die Bedeutung eines leistungsfähigen Rechts der Forderungsverbriefung (Asset-Backed Securities, ABS) als Wettbewerbsfaktor hervor.

### 3.3. Exkurs: Abtretungsverbot

Seit Inkrafttreten des Zessionsrechts-Änderungsgesetzes (BGBl I 2005/51) am 1. 6. 2005 wirken zumindest Abtretungsverbote, die zwischen Unternehmern in Bezug auf Forderungen aus (beiderseits) unternehmensbezogenen Geschäften im Einzelnen ausgehandelt sind, nur noch relativ, stehen also der Wirksamkeit einer Zession nicht entgegen (§ 1396a Abs 1 Satz 2 ABGB). Mit der Neuregelung rechtsgeschäftlicher Zessionsverbote wollte der Gesetzgeber die Verkehrsfähigkeit von Forderungen erhöhen, sodass diese keine „brachliegenden Wirtschaftsgüter“ mehr darstellen, sondern im Wirtschaftsverkehr – insb zu Refinanzierungszwecken – frei zirkulieren können.<sup>26)</sup> Nach der alten, vor Inkrafttreten des ZessRÄG bestehenden Rechtslage hatte der OGH in der Entscheidung eines verstärkten Senats klargestellt, dass Zessionsverbote im rechtsgeschäftlichen Verkehr auch gegen Dritte wirken.<sup>27)</sup> Diese Rechtslage ist weiterhin außerhalb des Anwendungsbereichs des ZessRÄG, also insb bei

15) LG Frankfurt am Main 17. 12. 2004, 2/21 O 96/02 WM 2005, 1120; OLG Celle 10. 9. 2003, 3 U 137/03 WM 2004, 1384; OLG Köln 15. 9. 2005, 8 U 21/05 WM 2005, 2385.

16) LG Koblenz 25. 11. 2004, 3 O 496/03 WM 2005, 30.

17) Vgl statt vieler *Nobbe*, WM 2005, 1537 ff.

18) *Nobbe*, WM 2005, 1537 (1538).

19) BGH 27. 2. 2007, XI ZR 195/05, abrufbar unter <http://www.bundesgerichtshof.de>.

20) BGH 27. 2. 2007, XI ZR 195/05.

21) OGH 19. 1. 1989, 7 Ob 506/89.

22) OGH 19. 9. 2000, 10 Ob 91/00f JBl 2001, 229 = RdW 2001, 11.

23) OGH 10. 10. 2002, 2 Ob 231/02p.

24) Zutreffend *Apathy*, Abtretung von Bankforderungen und Bankgeheimnis, ÖBA 2006, 33, 36 mwN.

25) 893 BlgNR 22. GP 2.

26) 861 BlgNR 22. GP 4.

27) OGH 16. 1. 1984, 5 Ob 609/81 SZ 57/8.

Forderungen gegenüber Verbrauchern und Arbeitnehmern,<sup>28)</sup> maßgeblich.

Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Abtretung von Kundenforderungen eines Kreditinstituts an der aus § 38 Abs 1 BWG folgenden Verschwiegenheitspflicht scheitert, sind zwei Aspekte zu unterscheiden: Einerseits ist zu fragen, ob aus § 38 Abs 1 BWG die (konkludente) Vereinbarung eines Abtretungsverbot zwischen Kreditinstitut und Kunden abzuleiten ist. Ein derartiges Abtretungsverbot, wenn man es denn als (konkludent) vereinbart ansieht, hätte im Anwendungsbereich des § 1396a ABGB, also im Verhältnis zu Bankkunden, die Unternehmer sind, bloß relative Wirkung.

Andererseits ist zu beachten, dass eine Forderungsabtretung – als schuldrechtliches Verfügungsgeschäft – trotz der Neuregelung des § 1396 a ABGB im Einzelfall wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 879 Abs 1 Fall 1 ABGB) unwirksam sein kann. So hat der OGH im Zusammenhang mit der Abtretung von Honorarforderungen eines Rechtsanwalts bzw Wirtschaftstreuhänders ausgesprochen, dass eine in Verletzung der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht (§ 9 Abs 2 RAO, § 91 WTBG) vorgenommene Abtretung unwirksam ist. Damit stellt sich die Frage, ob auch das Bankgeheimnis gem § 38 Abs 1 BWG ein zur Nichtigkeit der Abtretung führendes gesetzliches Verbot iSd § 879 Abs 1 Fall 1 ABGB darstelle.

### 3.3.1. Stillschweigende Vereinbarung eines Abtretungsverbot?

Da Forderungen grundsätzlich abtretbar sind, bedarf eine gegenteilige, die Abtretbarkeit ausschließende Regelung einer Parteienvereinbarung, sofern im Einzelfall nicht von Gesetzes wegen Unabtretbarkeit vorliegt. Im Regelfall wird es an der für die Vereinbarung eines Abtretungsverbot erforderlichen Willensübereinstimmung fehlen. Denn ein Abtretungsverbot widerspricht – für den Kunden erkennbar – eindeutig den Interessen der Bank an einer freien Abtretbarkeit seiner Forderungen zu Zwecken der Refinanzierung.

Mangels sonstiger Anhaltspunkte wird man dem Kreditinstitut daher nicht unterstellen können, es wolle sich verpflichten, seine Forderungen gegen den Kunden nicht abzutreten.<sup>29)</sup>

### 3.3.2. § 38 BWG als „gesetzliches Verbot“ gem § 879 Abs 1 ABGB

Im Zusammenhang mit Forderungsabtretungen außerhalb der in § 2 Z 60 BWG angesprochenen Verbriefungstransaktionen ist zweifelhaft, ob die vom OGH in seiner Rsp zur Abtretung von Honorarforderungen von Rechtsanwälten bzw Wirtschaftstreuhändern entwickelten Grundsätze auf die rechtsgeschäftliche Abtretung von dem Bankgeheimnis unterliegenden Forderungen übertragen werden können. Vordergründig sind zwar beide Fälle insofern vergleichbar, als es hier wie dort um die Durchbrechung besonderer gesetzlich normierter Verschwiegenheitspflichten geht.<sup>30)</sup> Es ist jedoch zu beachten, dass die anwaltliche Verschwiegenheit gem § 9 Abs 2 RAO wegen der potenziellen Betroffenheit des höchstpersönlichen Lebensbereichs in sehr viel weiterem Umfang zu beachten ist als das Bankgeheimnis, für das § 38 Abs 2 BWG zahlreiche Ausnahmen vorsieht.

Nach österreichischem Recht – gerade umgekehrt zu der Rechtslage in Deutschland – ist eine Verletzung der anwaltli-

chen Schweigepflicht oder der Verschwiegenheitspflicht eines Wirtschaftstreuhänders nicht strafbar, während § 101 Abs 1 BWG eine Verletzung des Bankgeheimnisses unter Strafe stellt.<sup>31)</sup> Aus dieser Strafdrohung kann jedoch nicht geschlossen werden, dass Bankforderungen erst recht unabtretbar seien.<sup>32)</sup> Denn § 101 Abs 1 BWG setzt voraus, dass die zu beurteilende Weitergabe kundenbezogener Informationen rechtswidrig war, weshalb eine Strafbarkeit dann ausscheidet, wenn im konkreten Fall das Bankgeheimnis – sei es aufgrund eines Ausnahmetatbestands gem § 38 Abs 2 BWG oder aufgrund einer Interessenabwägung – durchbrochen war. Fiele die Interessenabwägung hinsichtlich der Abtretung notleidender Kreditforderungen zugunsten des Kreditinstituts aus, wäre das Bankgeheimnis nicht durchbrochen und die Frage, ob die Abtretung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 879 Abs 1 Fall 1 ABGB) nichtig sei, stellte sich nicht.

### 3.4. Interessenabwägung bei der Abtretung notleidender Kredite

§ 38 Abs 2 BWG sieht eine Reihe von Durchbrechungen des Bankgeheimnisses vor, wobei unklar ist, ob Abs 2 leg cit diese Durchbrechungen taxativ anführt. Gegen einen taxativen Charakter des § 38 Abs 2 BWG spricht, dass das BWG und andere Gesetze<sup>33)</sup> auch außerhalb des § 38 Abs 2 BWG Durchbrechungen des Bankgeheimnisses vorsehen, die in § 38 Abs 2 BWG nicht explizit erwähnt werden. Nach hA ist die in § 38 Abs 2 BWG enthaltene Liste daher nicht taxativ<sup>34)</sup> und es können unter gewissen Umständen weitere Durchbrechungen des Bankgeheimnisses gerechtfertigt sein.

Ob bei einer Forderungsabtretung eine weitere Durchbrechung des Bankgeheimnisses gerechtfertigt ist, hängt auch von seiner Ratio ab. Diese besteht zum einen im Schutz der Interessen des individuellen Kunden an Geheimhaltung, zum anderen aber auch in der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Kreditapparates.<sup>35)</sup> Insb im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Kreditapparates ist zu berücksichtigen, dass das Bankgeheimnis dort zurücktreten muss, wo seine Einhaltung den banküblichen Geschäftsverkehr beeinträchtigen würde.<sup>36)</sup> So hat der OGH im Zusammenhang mit dem Auskunftsanspruch eines Bürgen, der die Forderung eines Kreditinstituts erfüllt und auf den die Forderung im Wege der Legalzession gem § 1358 ABGB übergegangen ist, ausgesprochen, dass Informations- und Ausfolgungsansprüche des Bürgen, wie sie sich aus § 1358 Satz 2 ABGB ergeben, dem Bankgeheimnis vorgehen.<sup>37)</sup> Später wurde dies auch für Drittpfandbesteller und den aus einem Sperrkonto begünstigten Dritten bestätigt.<sup>38)</sup>

31) Eine Strafverfolgung setzt gem § 101 Abs 2 BWG eine Ermächtigung des in seinem Interesse an der Geheimhaltung Verletzten voraus.

32) Zutreffend *Apathy*, ÖBA 2006, 33, 38 f; *Apathy* (aaO) geht im Rahmen seiner Argumentation allerdings nicht auf die an eine Verletzung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht geknüpften disziplinarrechtlichen Sanktionen ein.

33) ZB § 301 EO (Drittschuldneräußerung im Exekutionsverfahren), §§ 5 Abs 3 und 6 Abs 8 DevisenG (Auskunftsrechte der OeNB); vgl dazu *Apathy* in *Apathy/Irro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 2/138, 2/142; *ders*, ÖBA 2006, 33, 35 f.

34) *Apathy* in *Apathy/Irro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 2/62; *Sommer/Hirsch* in *Dellinger*, Kommentar zum BWG II (1. Lfg; Dez 2007) § 38 Rz 325; OGH 2. 2. 1984, 6 Ob 613/83 SZ 57/29: Es ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln, ob § 38 BWG anderen privatrechtlichen Regelungen, welche Informationspflichten vorsehen, derogiert habe.

35) Vgl *Apathy* in *Apathy/Irro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 2/1.

36) *Apathy*, ÖBA 2006, 33, 39.

37) OGH 2. 2. 1984, 6 Ob 613/83.

38) OGH 29. 4. 1986, 5 Ob 510/85 (Drittpfandbesteller); 7. 11. 1991, 6 Ob 590/91 (Kontosperrre).

28) Kritisch zu diesen Einschränkungen *Aydinonat*, Nichtabtretungsvereinbarungen und der neue § 1396a ABGB (2007) 41 ff.

29) So auch BGH 27. 2. 2007, XI ZR 195/05 unter II.1.a).

30) *Klein*, Das Bankgeheimnis im österreichischen Privatrecht (2009) 160.

Die Erwägungen des OGH treffen uE grundsätzlich auch auf die Abtretung von Bankforderungen zu. Denn auch hier wäre die „Funktionsfähigkeit des Kreditapparats“ infrage gestellt, könnten bankübliche Forderungsabtretungen unter Berufung auf das Bankgeheimnis vereitelt werden. Das Bankgeheimnis stellt maW auch in Österreich kein „absolutes Hindernis“ für die Abtretung von Forderungen dar.

Allerdings ist zwischen den Interessen des Kunden an Geheimhaltung einerseits und dem Interesse des Kreditinstituts an der Verwertung der Forderung eine Abwägung vorzunehmen, die eine nach dem rechtlichen Status der abzutretenden Forderung differenzierende Lösung richtig erscheinen lässt.

a) *Titulierte Kreditforderungen und Kredite, die bereits fällig gestellt wurden*

Der Schuldner eines Kredit- oder Darlehensvertrags, der seine Verbindlichkeit bei Eintritt der Fälligkeit nicht begleicht, muss damit rechnen, dass der Gläubiger in seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse versucht, seinen Anspruch mit allen rechtlich zulässigen Mitteln einbringlich zu machen. In dieser Situation, in welcher der Kunde die Nichtzahlung herbeigeführt hat, tritt das Interesse an Geheimhaltung deutlich hinter das Interesse der Bank, weiteren Nachteilen aus dem vertragswidrigen Verhalten des Schuldners vorzubeugen, zurück.<sup>39)</sup> Die Kreditforderung ist daher grundsätzlich abtretbar, ohne dass das Bankgeheimnis verletzt wird. Dafür spricht auch § 38 Abs 2 Z 7 BWG, der eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses insoweit vorsieht, als eine Offenbarung zur Klärung von Rechtsangelegenheiten zwischen Kreditinstitut und Kunden erforderlich ist.

b) *Kreditforderungen, die fällig gestellt werden könnten*

In Fällen, in denen das Kreditinstitut den Kredit – insb wegen Zahlungsverzugs – zwar fällig stellen könnte, dies aber noch nicht getan hat, spricht – wie im Fall der titulierten oder bereits fällig gestellten Forderungen – für eine Interessenabwägung zugunsten des Kreditinstituts, dass der Kunde auch hier seine Vertragspflichten verletzt hat. So liegt nach der in Deutschland überwiegenden Ansicht bereits bei bloßer Möglichkeit der Fälligkeit ein Durchbrechungsgrund vor.<sup>40)</sup> Gegen eine Durchbrechung könnte allerdings eingewendet werden, dass hier dem Kunden die Möglichkeit vorenthalten würde, in Reaktion auf die Fälligkeit die aushaftende Forderung zurückzuführen oder auch substantiierte Argumente gegen ein Fälligstellungsrecht des Kreditinstituts vorzubringen.

c) *Kredite, die nicht fällig gestellt werden können (lebende Kredite)*

UE fällt eine Interessenabwägung in jenen Fällen zugunsten des Kreditnehmers aus, in welchen dieser seinen Zahlungsverpflichtungen bislang vollinhaltlich nachgekommen ist. Der Meinung *Apathys*,<sup>41)</sup> wonach die Zulässigkeit der Veräußerung lebender Kreditforderungen allein mit dem Interesse des Kreditinstituts an der Durchführung banküblicher Geschäfte begründet werden könne, kann unserer Auffassung nach nicht gefolgt werden. Folgte man dieser Argumentation, könnte das Bankgeheimnis nämlich letztlich durch den bloßen Verweis auf „aktuelle Entwicklungen im

Bankgeschäft“ völlig entwertet werden. So lässt *Apathy* auch offen, unter welchen Voraussetzungen von der Banküblichkeit eines Geschäfts ausgegangen werden kann (zB, ob dabei nur auf den nationalen oder aber auf den internationalen Bankenmarkt abzustellen ist). Die Weitergabe von nicht anonymisierten Daten im Zuge der Veräußerung von Krediten, die mangels Vertragsverletzung des Kreditnehmers noch nicht fällig gestellt werden können, verstößt also unserer Auffassung nach grundsätzlich gegen § 38 BWG.

Es ist allerdings zu fragen, ob die Interessen des Kunden nicht dennoch ausreichend geschützt werden, wenn der Zessionar seinerseits zur Geheimhaltung verpflichtet ist. Dafür spricht die Regelung des § 2 Z 60 BWG, aus welcher der allgemeinere Gedanke abgeleitet werden kann, dass der Gesetzgeber die Geheimhaltungsinteressen des Bankkunden dann als gewahrt ansieht, wenn der Zessionar gegenüber dem Bankkunden selbst an das Bankgeheimnis gebunden ist.<sup>42)</sup> Dies ist bei einer Zession außerhalb des Anwendungsbereichs von § 2 Z 60 BWG mangels gesetzlicher Sonderregelung grundsätzlich nicht der Fall, weil der Zessionar, der Kreditinstitut ist, zum Kunden des Zedenten keine Geschäftsbeziehung unterhält und daher die auf ihn bezogenen Informationen auch nicht „aufgrund der Geschäftsbeziehung“ mit ihm erhält.<sup>43)</sup> Eine Geheimhaltungspflicht des Zessionars gegenüber dem Kunden kann allerdings auch durch ausdrückliche Vereinbarung zwischen Zedenten und Zessionar in Form eines Vertrags zugunsten Dritter begründet werden.

#### 4. Konzessionserfordernis

Die Frage, ob der Erwerber des Forderungsportfolios über eine Bankkonzession gem §§ 4 iVm 9 ff BWG verfügen muss, ist nicht in nur in verwaltungs(-straf-)rechtlicher (vgl § 98 Abs 1 BWG), sondern auch in zivilrechtlicher Hinsicht von Bedeutung. Gem § 100 Abs 1 BWG kann, wer Bankgeschäfte ohne die erforderliche Genehmigung betreibt, auf die mit diesen Geschäften verbundenen Vergütungen, wie insb Zinsen und Provisionen, keinen Anspruch erheben. In Betracht kommt § 1 Abs 1 Z 16 BWG (Factoringgeschäft). Eine Ausnahme vom Konzessionserfordernis besteht jedoch gem § 2 Z 60 BWG für Verbriefungsspezialgesellschaften.<sup>44)</sup>

##### 4.1. Factoringgeschäft

§ 1 Abs 1 Z 16 BWG definiert das Factoringgeschäft als den „Ankauf von Forderungen aus Warenlieferungen und Dienstleistungen, die Übernahme des Risikos der Einbringlichkeit solcher Forderungen – ausgenommen die Kreditversicherung – und im Zusammenhang damit den Einzug solcher Forderungen“. Nach der in Österreich üblichen Ausgestaltung werden aufgrund einer Globalzession alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen des Factoringkunden erworben.<sup>45)</sup> Dem Factoring kommt jedenfalls Dienstleistungsfunktion (Übernahme der Forderungsverwaltung und des Debitorenmanagements für den Factoringkunden) und Finanzierungsfunktion zu.<sup>46)</sup>

39) *Sommer/Hirsch* in *Dellinger*, Kommentar zum BWG (1. Lfg; Dez 2007) § 38 Rz 365.

40) Stellvertretend *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566 (1568) mwN.

41) *Apathy*, ÖBA 2006, 33 (43).

42) Zutreffend *Sommer/Hirsch* in *Dellinger*, Kommentar zum BWG (1. Lfg; Dez 2007) § 38 Rz 364.

43) Allerdings hat der Zessionar die Informationen als Kundengeheimnis des zedierenden Kreditinstituts geheimzuhalten: *Sommer/Hirsch* in *Dellinger*, Kommentar zum BWG (1. Lfg; Dez 2007) § 38 Rz 364.

44) Vgl die Definition in FN 4.

45) *Zehetner*, Zessionsrecht (2007) 136.

46) *Chini/Fröhlichsthal*, Kommentar zum Bankwesengesetz (1997) § 1 Rz 29.

Die FMA geht in der Praxis von einer Konzessionspflicht gem § 1 Abs 1 Z 16 BWG aus. Deshalb bedarf der Erwerber notleidender Kredite entweder einer Bankkonzession gem §§ 4 ff BWG, oder er muss – als Kreditinstitut aus dem EU-Ausland – gem §§ 9 ff BWG zum Betrieb von Bankgeschäften in Österreich im Wege der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit berechtigt sein.

§ 1 Abs 1 Z 16 BWG spricht vom „Ankauf“ von Forderungen aus Warenlieferungen und Dienstleistungen. Daraus schließt die hA, dass der Factor die Forderungen auch sachenrechtlich erwerben muss.<sup>47)</sup> Dies würde bedeuten, dass Treuhandkonstruktionen, bei denen die Rechtszuständigkeit an den Forderungen beim Zedenten verbleibt und dieser im Innenverhältnis zur Weiterleitung der auf die Forderungen geleisteten Zahlungen an den Forderungserwerber verpflichtet ist, nicht unter den Begriff des Factoringgeschäfts gem § 1 Abs 1 Z 16 BWG fallen.<sup>48)</sup> Der primäre Zweck derartiger Konstruktionen liegt in der Vermeidung von Verstößen gegen das Bankgeheimnis infolge der Informationsweitergabe im Rahmen der Forderungsabtretung.<sup>49)</sup>

Unklar ist, ob der Forderungserwerber auch in solchen Fällen einer Bankkonzession bedarf. Mit Ausnahme von Köck,<sup>50)</sup> der diese Frage unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Gesetzesumgehung bejaht, hat man sich im Schrifttum noch nicht näher mit dieser Frage auseinandergesetzt. Gegen eine analoge Anwendung des § 1 Abs 1 Z 16 BWG auf Treuhandkonstruktionen spricht jedoch, dass bei einer Treuhandkonstruktion die zivilrechtliche Rechtszuständigkeit hinsichtlich der Forderung weiterhin bei dem Kreditinstitut verbleibt und dieses bloß auf Rechnung des Forderungserwerbers handelt. Dann ist jedoch ein von der hA vorausgesetztes Grundmerkmal, nämlich der Erwerb der zivilrechtlichen Rechtszuständigkeit an den Forderungen durch den Factor, nicht mehr erfüllt.

## 5. Übertragung von Sicherheiten

### 5.1. Allgemeines

Kreditforderungen sind regelmäßig durch verschiedene Personal- oder Realsicherheiten gesichert. Der Fortbestand solcher Kreditsicherheiten ist bei NPL-Transaktionen für die Beteiligten von zentralem Interesse: Sie vermindern (je nach Art und Werthaltigkeit der Sicherheit) das Kreditausfallrisiko, erhöhen somit den Wert der Forderung und damit auch den bei NPL-Transaktionen erzielbaren Preis. Zu prüfen ist daher, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Sicherheiten bei NPL-Transaktionen auf den Erwerber der notleidenden Kredite übergehen.

Die Frage nach dem Übergang der Kreditsicherheiten hängt zum einen von der Art der Sicherheit, zum anderen von der gewählten Transaktionsstruktur ab. Verhältnismäßig einfach verhält es sich, wenn die (notleidenden) Kredite im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übertragen werden (zB durch Abspaltung), weil hier auch die Sicherheiten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehen. Schwieriger verhält es sich hingegen dann, wenn die Kreditforderungen rechtsgeschäftlich übertragen werden, insb durch Zession. Hier muss zwischen

den verschiedenen Arten der Kreditsicherheiten unterschieden werden.

### 5.2. Persönliche Sicherheiten (Bürgschaft, Garantie)

Gem § 1394 ABGB sind bei einer Zession die Rechte des Übernehmers mit den Rechten des Überträgers in Rücksicht auf die zedierte Forderung dieselben. Diese Bestimmung stellt nicht nur im Interesse des Schuldners sicher, dass seine Rechtsposition durch die Zession keine Verschlechterung erfährt, sondern ist auch die Grundlage für den Übergang von Nebenrechten auf den Zessionar. Nach völlig hA gehen demnach Bürgschaften als akzessorische Nebenrechte auf den Zessionar über, ohne dass es einer besonderen Vereinbarung oder eines besonderen Übertragungsaktes bedürfte.<sup>51)</sup>

Etwas anders verhält es sich mit Ansprüchen aus Garantieverträgen. Wegen der Abstraktheit der Garantie<sup>52)</sup> handelt es sich im Gegensatz zur Bürgschaft um kein Nebenrecht der zedierten Forderung, weshalb sie auch nicht automatisch auf den Zessionar übergehen. Allerdings ist jedenfalls der mit der Inanspruchnahme der Garantie entstehende Zahlungsanspruch des Begünstigten,<sup>53)</sup> nach der Rsp auch das Recht selbst, die Garantie in Anspruch zu nehmen,<sup>54)</sup> selbstständig abtretbar, sodass die Ansprüche (Rechte) aus der Garantie gemeinsam mit der Forderung übertragen werden können.

### 5.3. Pfandrechte an beweglichen Sachen

Pfandrechte an beweglichen Sachen gehören als akzessorische Sicherheiten unstrittig zu den Nebenrechten, die bei Zession der Forderung auf den Zessionar übergehen.<sup>55)</sup> Strittig ist allerdings, ob der Übergang ex lege eintritt oder ob es eines eigenen Übertragungsaktes des Zedenten bedarf.

Die Judikatur differenziert – ohne ersichtlichen Grund<sup>56)</sup> – zwischen der rechtsgeschäftlichen Zession einerseits und der Legalzession nach § 1358 ABGB und der notwendigen Zession nach § 1422 ABGB andererseits. Während bei der Legalzession und der notwendigen Zession der Pfandrechtsübergang ex lege eintrete, bedürfte es bei der rechtsgeschäftlichen Zession eines besonderen Übertragungsaktes.<sup>57)</sup> Anders als bei Begründung des Pfandrechts ist für die Übertragung das Besitzkonstitut ausreichend,<sup>58)</sup> weil nicht mehr die Gefahr besteht, dass das Vertrauen des Verkehrs auf den Haftungsfonds des Pfandschuldners enttäuscht werden kann.<sup>59)</sup>

### 5.4. Hypotheken

#### 5.4.1. Allgemeines

Dieselbe Differenzierung nimmt die Rsp auch bei Hypotheken vor: Bei Legalzession und notwendiger Zession geht die Hypo-

47) ZB *Diwok* in *Diwok/Göth*, Bankwesengesetz (2005) § 1 Rz 96.

48) Köck, Erwerb von Kreditforderungen (nicht) konzessionspflichtig? ÖBA 2009, 589 (590).

49) Vgl Köck, ÖBA 2009, 589 (590).

50) Köck, ÖBA 2009, 589 ff.

51) *Ertl* in *Rummeß* § 1394 Rz 3; *Heidinger* in *Schwimann* § 1394 Rz 6; *Neumayr* in *KBB* § 1394 Rz 3.

52) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup>, 154.

53) *Koziol*, Die Bankgarantie, in *Apathy/Irol/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht V<sup>2</sup> (2009) Rz 3/112.

54) Vgl OGH in ÖBA 1997, 826; ÖBA 2001, 74 (*Lukas*); *P. Bydlinski*, Die Übertragung der Rechte aus einer Bankgarantie, ZBB 1989, 153.

55) *Ertl* in *Rummeß* § 1394 Rz 4.

56) Dagegen zu Recht die hL, vgl nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup>, 388 mwN.

57) StRsp, Nachweise bei *Ertl* in *Rummeß* § 1394 Rz 4; *Reischauer* in *Rummeß* § 1422 Rz 12; *Koziol* in *KBB* § 1422 Rz 7; *Heidinger* in *Schwimann* § 1394 Rz 6; *Mader/Faber* in *Schwimann* § 1422 Rz 18.

58) *Hinteregger* in *Schwimann* § 449 Rz 10.

59) *Iro*, Sachenrecht<sup>3</sup> (2008) Rz 10/32.

thek automatisch über,<sup>60</sup> der Erwerber kann die Berichtigung des Grundbuchs nach § 136 GBG beantragen.<sup>61</sup> Hingegen ist nach der Rsp bei der rechtsgeschäftlichen Zession sowohl für den Übergang der Forderung als auch für den Übergang der Hypothek die bürgerliche Eintragung (konstitutiv) erforderlich.<sup>62</sup> Dies gilt allerdings nur für Festbetragshypotheken (Verkehrshypotheken) iSd § 14 Abs 1 GBG.

#### 5.4.2. Höchstbetragshypothek

Bei Höchstbetragshypotheken ist zu berücksichtigen, dass die Hypothek nicht für eine bestimmte, ziffernmäßig feststehende Forderung, sondern für ein bestimmtes Grundverhältnis (Schuldverhältnis) einverleibt ist. Forderungen, die aus dem Grundverhältnis entstehen, sind bis zu einem bestimmten Höchstbetrag pfandrechtlich gesichert. Aus dem Grundbuch lässt sich aber nicht ersehen, ob die Höchstbetragshypothek derzeit „ausgenützt“ ist, das Spezialitäts- und das Akzessoritätsprinzip sind gelockert.<sup>63</sup> Da das Pfandrecht nicht an den einzelnen Forderungen, sondern am Grundverhältnis haftet,<sup>64</sup> ist bei der Zession eine weitere Differenzierung vorzunehmen.

Denkbar ist zunächst, dass das gesamte Grundverhältnis samt Höchstbetragshypothek übertragen werden soll. Dies wäre auf der schuldrechtlichen Ebene als Vertragsübernahme zu qualifizieren, die der Zustimmung des Schuldners bedarf („Drei-Parteien-Einigung“).<sup>65</sup>

Soll hingegen „nur“ eine aus dem Grundverhältnis entstandene Forderung samt Hypothek übertragen werden, muss nach der jüngeren Judikatur und überwiegenden Literatur das Grundverhältnis zunächst auf die abzutretende Forderung eingeschränkt werden. Das Kreditverhältnis muss also vom Kreditinstitut gekündigt und auf einen Saldo reduziert werden. Damit haftet das Pfandrecht nicht mehr an den Rahmen der eingetragenen Höchstbetragshypothek, sondern an der einzelnen Saldoforderung und die Höchstbetragshypothek ist als Festbetragshypothek zu behandeln.<sup>66</sup> In weiterer Folge ist nach der Rsp wiederum zu differenzieren: Die als Festbetragshypothek zu behandelnde Höchstbetragshypothek geht bei Legalzession und notwendiger Zession automatisch (außerbüchlich) auf den Zessionar über, bei rechtsgeschäftlicher Zession ist die Eintragung im Grundbuch Voraussetzung des Forderungs- und Hypothekenübergangs.

60) OGH in NZ 1995, 283 (Hoyer); NZ 2006, 314 (Hoyer).

61) Hinteregger in Schwimann<sup>3</sup> § 449 Rz 15.

62) Ausführlich Kundi, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen (2003) 57 ff.

63) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup>, 395.

64) OGH in ÖBA 1999, 59 uva.

65) OGH in ÖBA 2005, 58.

66) OGH in NZ 1993/261 (Hofmeister); ÖBA 1999, 59; NZ 2004/584 (Hoyer); ÖBA 2004, 640; JBl 2006, 517; aA noch OGH in JBl 1976, 155; JBl 1978, 316; Wilhelm, Erwerb der Höchstbetragshypothek durch den Zessionar? Wbl 1987, 295; Kundi, Zession 164 ff, nach denen die Höchstbetragshypothek auf den Zessionar anteilig übergeht.

Für die bürgerliche Eintragung des Hypothekenübergangs muss die Reduktion des Grundverhältnisses auf eine einzelne Forderung und damit die Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine Festbetragshypothek in grundbuchstauglicher Form nachgewiesen werden.<sup>67</sup> Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn für die Saldoforderung ein rechtskräftiges Urteil oder ein Anerkenntnis des Schuldners in Form eines vollstreckbaren Notariatsaktes vorliegt,<sup>68</sup> wird aber auch bei Vorlage anderer Urkunden zu bejahen sein, aus denen sich die „Umwandlung“ unzweifelhaft ergibt.

## 6. Zusammenfassung

Die Veräußerung notleidender Kredit- und Darlehensforderungen ist vor dem Hintergrund strenger Eigenmittelunterlegungspflichten ein geeignetes Mittel zur gezielten Auslagerung von Kreditrisiken und zur Bilanzentlastung. Aus dem Bankgeheimnis gem § 38 Abs 1 BWG ist grundsätzlich kein die Wirksamkeit der Abtretung beeinträchtigendes gesetzliches Verbot iSd § 879 Abs 1 ABGB abzuleiten. Ob eine Abtretung unter dem Gesichtspunkt des Bankgeheimnisses zulässig ist, ist anhand einer Abwägung der Geheimhaltungsinteressen des Kunden mit dem Interesse des Kreditinstituts an freier Abtretbarkeit seiner Forderungen zu beurteilen. Diese Interessenabwägung fällt jedenfalls im Zusammenhang mit titulierten und bereits fällig gestellten Forderungen zugunsten des Kreditinstituts aus. Generell ist – unabhängig vom rechtlichen Status der abzutretenden Forderungen – zu erwägen, die Geheimhaltungsinteressen des Kunden als ausreichend gewahrt anzusehen, wenn der Zessionar seinerseits zur Wahrung des Bankgeheimnisses gegenüber dem Kunden verpflichtet ist.

Aus aufsichtsrechtlicher Sicht ist der Erwerb notleidender Kreditforderungen – jedenfalls nach Auffassung der FMA – als Factoringgeschäft zu qualifizieren. Der Erwerber bedarf daher entweder einer Bankkonzession gem §§ 4 ff BWG, sofern er nicht – als Kreditinstitut aus einem EU-Mitgliedstaat – gem §§ 9 ff BWG im Wege der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit in Österreich tätig ist.

Bürgschaften gehen als akzessorische Nebenrechte automatisch mit der Forderung auf den Zessionar über. Ansprüche aus Garantien müssen mit der Forderung gemeinsam abgetreten werden. Pfandrechte an beweglichen Sachen und Festbetragshypotheken gehen als akzessorische Nebenrechte zwar ebenfalls mit der Forderung über, doch bedarf es nach der Judikatur eines zusätzlichen Übertragungsaktes, der bei Hypotheken in der grundbüchlichen Eintragung besteht. Bei Höchstbetragshypotheken bedarf es überdies der Beendigung des Grundverhältnisses, damit die Höchstbetragshypothek als Festbetragshypothek behandelt und mit der Forderung übertragen werden kann.

67) Hinteregger in Schwimann<sup>3</sup> § 449 Rz 24.

68) OGH in NZ 1993/261 (Hofmeister); ÖBA 2004, 640.



#### Der Autor:

MMag. Dr. Markus Fellner ist Partner der Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH (fwp). Er ist schwerpunktmäßig im Gesellschaftsrecht tätig (M&A, Umgründungen, Unternehmensrestrukturierungen) und ist einer der führenden Wirtschaftsanwälte Österreichs im Bereich Banking & Finance. Markus Fellner ist Autor zahlreicher Fachpublikationen im Bereich des Gesellschafts- und Bankrechts.

Foto: A. Tischler

#### Die Autorin:

Dr. Brigitta Jud ist Universitätsprofessor für Zivilrecht an der Universität Wien. Sie publiziert laufend zu verschiedenen Themen des Bürgerlichen Rechts.

