

Zur Reichweite der Verschwiegenheitspflicht im Kreditgewerbe

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Kersten Pabst

aus: Köln

Referent: Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb

Korreferent: Prof. Dr. Hanns Prütting

Tag der mündlichen Prüfung: 18.08.2010

Zur Reichweite der Verschwiegenheitspflicht im Kreditgewerbe

Einleitung	7
Kapitel 1 Das Bankgeheimnis in der bürgerlich-rechtlichen Informationsordnung	15
I. Begriff des Geheimnisses	15
II. Die Quellen der Berufsgeheimnisse	16
III. Geheimnisschutz des Kreditgewerbes und freiheitliche Informationsordnung	17
1. Freiheit der Information als Grundprinzip	17
2. Die Entwicklung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	18
3. Die Entwicklung des Datenschutzrechts	19
4. Zusammenfassung	20
IV. Informationsrestriktionen und Bankgeheimnis	20
Kapitel 2 Reichweite, Gegenstand, Struktur und rechtliche Grundlagen des Bankgeheimnisses	22
I. Die Struktur des Bankgeheimnisses	22
1. Ausgangspunkt AGB	22
2. Gegenstand der Verschwiegenheitspflicht	23
3. Geheimhaltungspflichtiger Personenkreis	24
4. Das "innere" Bankgeheimnis	24
5. Grundsätzliches zur Reichweite des Bankgeheimnisses	24
a. Einwilligung des Kunden	25
b. Die Bedeutung des Instituts der Bankauskunft	25
6. Unbenannte Durchbrechungen	28
a. Geschäftsbedingte Durchbrechungen	28
aa. Zahlungsverkehr	28
bb. Sicherheitenrecht	30
cc. Refinanzierung durch Forderungsabtretung	31
dd. Zwischenüberlegung	31
b. Die allgemeinen Rechtfertigungsgründe, insbesondere Notwehr	32
c. Unbenannte Durchbrechungen durch Güter- und Interessenabwägung	32
7. Rechtsfolgenbetrachtung	33
II. Die Rechtsgrundlage	34
1. Der Stand der Diskussion	35
2. Das Problem verfassungsrechtlicher Überlagerung	36
3. Die Ermittlung der Rechtsgrundlage als Mischform - historischer Prozess und rechtliche Argumentation	38

a. Historischer Abriss	39
b. Eigenverantwortliche Entwicklung der beteiligten Rechtskreise und strukturelle Vorgaben des Geheimnisschutzrechtes	41
c. Die Lösungen aus dem Schuldverhältnis selbst	42
d. Zwischenergebnis	45
e. Gewohnheitsrechtliche Verfestigung	45
III. Fazit	47
Kapitel 3 Grenzen tatsächlicher Gestaltung bei der Begrenzung von Informationsflüssen am Beispiel typischer Geschäftsmodelle	49
I. Problembeschreibung	49
II. Tatsächliche Bedeutung der Frage	51
1. Zur Motivation vorab: Allgemeines zur Risikosteuerung im Finanzwesen	52
2. Asset - Backed - Securities	53
a. Struktur	54
b. Ursprung	55
c. Die Geheimhaltungspflicht im US-amerikanischen Recht	56
d. Rechtliche Rahmenbedingungen im deutschen Markt	56
d. Die True-Sale-Initiative	59
e. Fazit	60
3. Der Handel mit notleidenden Krediten	60
a. Bedeutung für die Beteiligten	61
b. Rechtliche Struktur	62
c. Entwicklung des NPL-Marktes	62
4. Wirtschaftliche Risiken und Folgeprobleme	63
5. Zeitpunkt der möglichen Verletzung des Bankgeheimnisses	65
a. Tatsächliche Weitergabe als Spezifikum des Geheimnisverrats	65
b. Die Zweistufigkeit der Informationspreisgabe bei der Forderungsabtretung, §§ 398 ff. BGB	66
aa. Informationsweitergabe durch Abtretungsvertrag	66
bb. Die Informationsweitergabe nach § 402 BGB	68
cc. Fazit	71
c. Geschäftsspezifische Besonderheiten	71
aa. Problemstellung	71
bb. Die Auffassung des BaFin	73
cc. Fazit	76
6. Ergebnis	78
III. Ausblick	78

Kapitel 4 Die Auseinandersetzung um Reichweite und Wirkweise des Bankgeheimnisses in der jüngeren Diskussion	79
I. Der Ausgangspunkt: Das Urteil des OLG Frankfurt a.M. vom 25. Mai 2004	79
II. Würdigung	80
III. Die Entwicklung bis zur Rechtsprechung des BGH im Jahre 2007	81
1. Überblick	81
2. Die Entscheidung des Bundesgerichtshof vom 27.02.2007 BGH XI ZR 195/05.	84
3. Die Auffassungen in der Literatur	86
4. Konsequenzen für die Instanzenrechtsprechung	87
IV. Fazit	88
Kapitel 5 Rechtsgeschäftslehre und Abtretungsvertrag	89
I. (Konkludentes) vertragliches Abtretungsverbot, § 399 Var. 2 BGB	89
1. Ermittlung der Kernaussage	89
2. Vorab: Die maßgebliche Willenserklärung	90
3. Die Argumentation des OLG Frankfurt a.M.	91
4. Entgegnungen in Literatur und Rechtsprechung	92
a. Das Urteil des BGH, Urt. v. 13. 5. 1982 III ZR 164/80	92
b. Der fehlende Parteiwillen	93
c. Stellungnahme	93
d. Fazit	96
e. Ausblick	97
6. Konsequenz: Die Gesetzgeberentscheidung im KWG Änderungsgesetz	97
7. Die Entscheidung des BGH vom 27. Januar 1998	98
8. Zum Problem des § 354 a HGB	98
9. Zwischenergebnis	99
II. Abtretungsausschluss wegen Inhaltsänderung, § 399 Var. 1 BGB	100
1. Problemstellung	100
2. Gedankengang	101
3. Ergebnis	103
III. Annex: Sonderlösungen zur Durchbrechung der Geheimhaltungspflicht	104
1. Die Lösung des Problems auf tatsächlicher Ebene	104
2. § 402 BGB als gesetzliche Vorschrift im Sinne der AGB	105
3. Die Konkretisierung allgemeiner Rechtsfiguren	106
IV. Problematik der Vorgehensweise in der neueren Diskussion	106
Kapitel 6 - Zur Systematik der Begrenzung von Geheimhaltungspflichten	108
I. Vorüberlegung	108

II. Die Interessenberücksichtigung im Bankvertragsrecht durch "Wahrnehmung berechtigter Interessen", § 193 StGB analog.	111
1. Grundsätzliches zur "Wahrnehmung berechtigter Interessen"	111
a. § 193 StGB im Strafrecht	112
b. Der Rechtsgedanke des § 193 StGB im Zivilrecht	113
2. Anwendungsproblem: Hermeneutischer Gehalt der Norm	113
3. Die "Wahrnehmung berechtigter Interessen" in der bankrechtlichen Literatur und Rechtsprechung	114
4. Allgemeine Überlegungen zur Interessenabwägung - Die Kollision von Regeln und Prinzipien	116
5. Die Verschwiegenheitspflicht in den Berufsordnungen	118
a. Historische Entwicklung	118
b. Motive der Regelung	119
c. Umfang der Verschwiegenheitspflicht	120
d. Fazit	122
6. Sonderberufsgeheimnisse im Tatbestand des § 203 Abs. 1 StGB	122
a. Tatbestand "fremdes Geheimnis"	122
b. Geschütztes Rechtsgut	123
c. Ausweitung des Tatbestandes	124
d. Ausschluss der Rechtswidrigkeit durch befugtes Offenbaren	124
7. Zwischenfazit	125
8. Die Abwägungsentscheidung	126
a. Differenzierende Beantwortung der Zulässigkeitsfrage	126
aa. Interessenabwägung im Strafrecht	126
bb. Keine Interessenabwägung im Berufsrecht	127
b. Stand der Diskussion bei den Sonderberufsgeheimnissen	129
c. Gründe für die fehlende dogmatische Durchdringung des Problems	130
aa. Strafrechtsdogmatik als Blockade	130
bb. Der Kundenwille als Blockade: Zwischen Interessen- und Willenstheorie	131
cc. Die beteiligten Interessen als Blockade	132
c. Ergebnis	133
III. Geheimnisdurchbrechung gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG analog	133
1. Übertrag der Einwände	134
2. Einwände das Verhältnis von Datenschutzrecht und Bankgeheimnis betreffend	134
3. Fazit: Stufenverhältnis	135
IV. Ergebnisse	136
Kapitel 7 - Übertrag der ermittelten Ergebnisse auf die Konstellation der Forderungsabtretung	137
I. Grundsatz: Die einfache Forderungsabtretung	137
II. Die vertragliche Schlechterfüllung auf Seiten des Kunden als Ausnahme?	138

1. Einordnung der Auffassung	139
2. Ursprung und Entwicklung der Auffassung	139
3. Die Problematik der Kategorie Rechtsmissbrauch, § 242 BGB	140
a. Erwidern anhand anerkannter Maßstäbe des Rechtsmissbrauchs und Analyse der objektiven Interessenlage	140
b. Erwidern aus der Struktur der Geheimhaltungspflicht selbst	144
4. Die Konstellation nach der Sicherheitenverwertung	145
5. Zwischenüberlegung	145
6. Ergebnis	146
III. Die Bedeutung der ermittelten Ergebnisse für die Wirksamkeit der Abtretung	146
1. Zu § 134 Abs. 1 BGB	147
a. Wesen der Norm	147
b. Zu kurz greifende Rechtsfolgernermittlung aus dem Gewohnheitsrechtssatz	149
c. Zwischenergebnis	150
2. Datenschutzrechtliche Wertungen in Verbindung mit § 134 BGB.	151
3. Übertrag der Unwirksamkeitsrechtsprechung des BGH auf das Kreditgewerbe?	151
a. Überblick	151
b. § 203 Abs. 1 StGB als Verbotsgesetz	152
c. 402 BGB als entscheidende Kollisionsnorm	152
d. Übertrag auf das Bankgeheimnis	153
e. Abweichende Bewertung durch besondere Gestaltung?	154
aa. Bedeutung einer etwaigen Geheimhaltungspflicht des Zessionars	154
bb. Hinreichende Sanktion Schadensersatz	155
f. Erfordernis der Verbriefungen	156
4. Ergebnis	157
Kapitel 8 Offene Fragen und Notwendigkeit einer gedanklichen Neuausrichtung	158
I. Die Einordnung des Bankgeheimnisses als berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht	159
1. Die Auffassung <i>Cahns</i> als Ausnahme	159
a. Gedankengang	160
aa. Ausgangspunkt: Strukturelle Erwägungen	160
bb. Ausgangspunkt: Sonstige "anerkannte" Grenzen	161
b. Kritik	161
aa. Einheitliche Behandlung als "Forderungsverwertung"	161
bb. Das Angewiesensein auf die Bankverbindung	162
cc. Die Ungleichbehandlung mit anderen Kreditgebern	162
dd. Sonstige anerkannte Konstellationen	162
3. Fazit	163
II. Überlegungen zur Rechtfertigung einer absoluten Geheimhaltungspflicht	163
III. Folgen dieses Verständnisses	165

1. Verallgemeinerung des Gedankens?	166
2. Beeinträchtigung der tatbestandlichen Reichweite?	166
3. Beeinträchtigung des Auslegungsergebnisses zu § 134 BGB?	166
4. Erfordernis AGB-Änderung	167
5. Sonstige Konsequenzen	171
III. Lehren aus der Diskussion	171
1. Die Regelungen des Risikobegrenzungsgesetzes	172
2. Bewertung im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht	174
3. Schlussfolgerungen	176
Thesen	178

Einleitung

Die nachstehende Untersuchung hat ihren Ausgangspunkt in der Frage, inwieweit es einem Kreditinstitut mit Blick auf die Verschwiegenheitspflicht Bankgeheimnis möglich ist, Darlehensforderungen unter Weitergabe von Kreditnehmerdaten abzutreten. Das Thema Bankgeheimnis, wie es den nachstehenden Ausführungen zu Grunde liegt, betrifft lediglich den rein privatrechtlichen Ausschnitt der Geheimhaltungspflicht. Nicht Gegenstand der Darstellung wird der Geheimnisschutz im Staat - Bürgerverhältnis sein, mit dem der Terminus "Bankgeheimnis" für gewöhnlich zuallererst assoziiert wird¹.

Das Bankgeheimnis im Dreiecksverhältnis von Bank, Kunde und dritten Privaten hat feste Strukturen und wird traditionell weit verstanden, was seinen Gegenstand und seine Reichweite betrifft. Ohne gesetzlich geregelt zu sein, ähnelt es auf den ersten Blick durchaus den Berufsgeheimnissen der Freiberufler, die im Gegensatz zum Bankgeheimnis gegebenenfalls neben dem berufsrechtlichen zusätzlich auch dem strafrechtlichen Schutz des § 203 Abs. 1 StGB unterstehen.

Die Bankenpraxis hat punktuell zwar Durchbrechungen des Bankgeheimnisses erarbeitet, aber so eigentümlich es auch klingen mag: Mit der Weitergabe von Informationen nach § 402 BGB im Rahmen einer einfachen Forderungsabtretung sieht sich die Diskussion um Begrenzungen des Bankgeheimnisses mit einer vergleichsweise neuen Herausforderung konfrontiert.

Die Weitergabe von Informationen im Rahmen einer Forderungsabtretung stellt auf den ersten Blick ganz selbstverständlich eine Verletzung der Vertragspflicht Geheimhaltung mit der Rechtsfolge Schadensersatz dar. Der klassische Weg der Durchbrechung des Bankgeheimnisses durch Einwilligung des Kunden in die Informationsweitergabe ist in den betroffenen Konstellationen naturgemäß versperrt. Der Kunde hat regelmäßig keinen Grund, in die Abtretung seiner Kreditverbindlichkeit einzuwilligen. Die Frage betrifft also die Auflösung einer echten Interessenkollision.

In der Bankenpraxis spielten entsprechende Überlegungen bisher eine untergeordnete Rolle. Dies hat zwei Gründe: Zum einen wurde die Abtretung von Forderungen traditionell nur bei der Weitergabe gescheiterter Kreditbeziehungen an Inkassobüros relevant. Hier vertraten die Banken die Auffassung, dass das Bankgeheimnis bei Verzug der Kunden nach § 242 BGB dispensiert sei, eine Abtretung also nicht hindere. Sonstige Forderungen, auch wenn sie gegebenenfalls nicht Gegenstand eines in Verzug geratenen Kreditvertrages waren, wurden einfach still zediert, beispielsweise um das Risiko aus der Bilanz zu verlagern. Die

¹ Vgl. dazu aus jüngerer Zeit vor allem *Magg, Bernhard*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Bankgeheimnisses, Dissertation Hamburg 2008 und grundlegend *Lerche, Peter*, Bankgeheimnis - verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen, in ZHR 149 (1985), S. 165-176.

Vertragsbeziehung zum Kunden wurde weiter über das Kreditinstitut abgewickelt. Der Kunde erfuhr nichts vom möglichen Geheimnisbruch. Rechtsstreitigkeiten zu diesem Thema wurden demzufolge nicht geführt, zumal sich der Nachweis eines Vermögensschadens in diesen Fällen regelmäßig äußerst schwierig gestaltet. Es galt das Prinzip: Wo kein Kläger da kein Richter.

Als dann eine Überarbeitung der AGB-Banken im Jahre 1993 zu einer Aufnahme der bis dahin ungeschriebenen Nebenpflicht Geheimhaltung führte², bestand daher bezüglich dieser Fragen weder Problembewusstsein noch Handlungsbedarf. Wurden andere Durchbrechungskonstellationen - wie beispielsweise das überkommene Institut der Bankauskunft³ - ausdrücklich in den AGB berücksichtigt, bestand für die Regelung der Forderungsübertragung kein Anlass.

Im Schatten dieses rechtlichen Schwebezustandes entwickelte sich die Forderungsabtretung im modernen Bankgeschäft dann aber zu einem der zentralen Grundlagenrechtsgeschäfte für verschiedene, bedeutende Geschäftsmodelle, nämlich Anfang der 90er Jahre in den USA für die Ausweitung des systematischen Handels mit notleidenden Krediten - in der Bankpraxis mit dem englischen Begriff Non-Performing-Loan Trading oder auch Distressed-Debts Trading bezeichnet (zugrunde liegen hier Darlehen, die mindestens in Verzug befindlich sind, eine Diskussion um das Bankgeheimnis stellte sich entsprechend obiger Ausführungen weiterhin nicht ein) und zudem als Voraussetzung der sogenannten Asset Backed Securities, kurz gesagt Verbriefungen von Kundenforderungen am Wertpapiermarkt nach ihrer Abtretung an eine Zweckgesellschaft (hier stellte sich eine Diskussion nicht ein, weil die Zessionen still erfolgten. Es wurden lediglich Risiken diversifiziert. Die Bank blieb mit der Abwicklung der laufenden Darlehensverträge weiter betraut).

So rückte das Thema erst durch einen Zufall auf die Tagesordnung. Das OLG Frankfurt a.M. überraschte die als ausgetreten empfundenen dogmatischen Pfade des Bankgeheimnisses⁴ in einem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit einer Sicht der Dinge, die geeignet war, weite Teile des modernen Bankengeschäftes mit einem Schlag für unwirksam zu erklären. Die bisher rein obligatorische Sicht wurde um eine verfügungsrechtliche erweitert: Das Gericht stellte fest, das Bankgeheimnis beinhalte ein konkludentes Abtretungsverbot, § 399 Var. 2 BGB. Im Bereich anderer berufsrechtlicher Geheimhaltungspflichten, insbesondere bei Ärzten und Rechtsanwälten hatte bereits in den frühen 90iger Jahren eine ausgiebige Diskussion ähnlich gelagerter Rechtsfragen stattgefunden. Argumente und Wertungen der sogenannten Unwirksamkeitsrechtsprechung des BGH, bei der die Wirksamkeit der Abtretungsverfügung bei bestehender Geheimhaltungspflicht gemäß § 203 Abs. 1 StGB i.V.m. den §§ 134, 402 BGB verworfen wird, wurden

2 Vgl. dazu exemplarisch *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 39 Rdn. 2; *Petersen*, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionsschutz, 2005, S. 23.

3 Nr. 2 Abs. II - IV AGB-Banken.

4 *Nobbe*, WM 2005, 1537 weist darauf hin, dass das Bankgeheimnis zu der seltenen Spezies juristischer Themengebiete gehört, zu denen die Publikationen im Laufe der Zeit abgenommen statt zugenommen haben.

vom Gericht auf das Kreditgewerbe übertragen, die Unwirksamkeit der Abtretung aber letztlich rechtsgeschäftlich begründet. Die führte zur Unwirksamkeit einer typischen Non-Performing-Loan Struktur.

Die so angenommene verfassungsrechtliche Unwirksamkeit hätte das Scheitern von Bankentransaktionen in Milliardenhöhe bedeutet. Die Entscheidung löste daher unweigerlich eine wahre Flut ablehnender Stellungnahmen aus⁵. Obwohl diese ablehnenden Stellungnahmen durchaus einhellig gegen das konkludente Abtretungsverbot argumentierten und das LG Frankfurt a.M. bereits im Hauptsacheverfahren den Kurs des OLG korrigierte⁶, saß der Schock so tief, dass das Thema u. a. zum Gegenstand des Bankrechtstages 2005 in Hamburg gemacht wurde. In diesem Zusammenhang zog die einmal eröffnete Diskussion um die verfassungsrechtliche Problematik die schuldrechtliche nach sich. Dabei zeigten sich erhebliche Schwierigkeiten, die beiden Teilaspekte einer überzeugenden Lösung zuzuführen.

Aus Bankensicht sind die rein rechtlichen Risiken beider Problemkreise dabei sehr unterschiedlich. Mit einer angenommenen Unwirksamkeit der schuldrechtlichen Verfügung Abtretung stehen und fallen milliardenschwere Transaktionen. Diese Frage hat also für den wirtschaftlich denkenden Banker absolute Priorität. Aber auch die rein vertragsrechtliche Seite ist in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzen. Stellt sich die Weitergabe von Kreditnehmerinformationen wirklich als Vertragspflichtverletzung dar, kommt eine außerordentliche Kündigung der zugrunde liegenden Darlehensbeziehungen durch den Kunden in Betracht. Zugleich entfällt dabei die Verpflichtung zur Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung. Des weiteren können etwaige Schäden liquidiert werden, die sich aus einer unberechtigten Abtretung ergeben. Weiß der Kunde um eine geplante Abtretung kann er Unterlassung verlangen.

Die diesbezügliche rechtliche Auseinandersetzung wurde stark vom Interesse der beteiligten Rechtskreise bestimmt, die betroffenen Geschäftsfelder als zulässig zu bewerten, weil sie nach überwiegender Einschätzung als bedeutend für ein funktionierendes Kreditgewerbe erkannt wurden. So setzte sich in der Literatur zügig eine überwiegende Auffassung durch, nach der die Informationsweitergabe für zulässig erachtet wurde⁷. Die rechtstechnische Bewältigung des Problems bestand im Kern aus einer Interessenabwägung, die zugunsten der Kreditinstitute entschieden wurde. Der Wunsch, die verbleibenden, rechtlichen Unsicherheiten zu überwinden, führte zu unterschiedlichen Reaktionen:

5 *Böhm*, BB 2004, 1641; *Bomhard/Kessler*, BB 2004, 2085; *Bütter/Aigner*, BB 2005, 119; *Bütter/Tonner*, ZBB 2004, 165; *Cahn*, WM 2004, 2041; *Freitag*, EWiR 2004, 741; *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566; *Jobe*, ZIP 2004, 2415; *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157; *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123; *Langenbacher*, BKR 2004, 333; *Nobbe*, WM 2005, 1537; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557; *Rögner*, NJW 2004, 3230; *von Sivers*, ZInsO 2005, 290; *Stiller*, ZIP 2004, 2027; *Theewen*, WM 2004, 105; *Toth-Feher/Schick*, ZIP 2004, 491, 493.

6 LG Frankfurt a.M., ZIP 2005, 1120 ff.

7 Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 399 Rdn. 8 und Palandt/*Ellenberger* § 134 Rdn. 22 a BGB.

Befeuert von der positiven Stimmung des Kreditgewerbes versuchte der Gesetzgeber eiligst im Jahre 2005, das verfügungsrechtliche Problem in einem neuen § 22 j KWG zu lösen. Dabei korrigierte er allerdings ein Rechtsproblem, dass als solches gar nicht existierte, weshalb die Problematik ungelöst blieb⁸.

Vor dem Hintergrund dieser positiven Grundstimmung und der Herausbildung einer herrschenden Auffassung, nach der die Weitergabe von Kreditnehmerdaten im Zusammenhang mit notleidenden Krediten als zulässig - oder zumindest als sanktionslos - bewertet wurde, sah das Kreditgewerbe als AGB-Verwender keine Erfordernis, die intransparente Veräußerungspraxis über eine AGB-Änderung unnötig publik zu machen⁹.

Der Bundesgerichtshof hatte dann über die Frage Anfang 2007 zu entscheiden¹⁰. Zurück blieb das - die zweifelhafte, herrschende Literaturauffassung verwerfende aber im Übrigen befremdliche - Ergebnis, die Abtretung einer nicht rückständigen Forderung und die damit verbundene Informationsweitergabe bedeuteten zwar eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht, die Abtretungsverfügung sei aber dennoch wirksam. Das rechtliche Fundament, auf dem Banken derzeit Forderungen abtreten ist also grundsätzlich erst einmal eine nur zur Hälfte ermutigende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und ließ bereits im Erlasszeitpunkt vermuten, dass das Thema damit nicht zur Ruhe kommen konnte¹¹.

Verschärft wurde die rechtliche Problematik dann von den tatsächlichen Auswirkungen der Weiterveräußerung von Darlehensforderungen, insbesondere aus dem Bereich Baufinanzierung. Die in den letzten Jahren immer exzessiver betriebene Weiterveräußerung auch intakter Kredite, zeitigte ihre ersten öffentlichkeitswirksamen Konsequenzen. Unter großer Anteilnahme der Medien und beteiligter Verbraucherverbände vollstreckten amerikanische Investoren als Neugläubiger ohne nennenswerte Rücksichtnahme in Eigenheime deutscher Baufinanzierer, die bis kurz vor dem Räumungszeitpunkt überhaupt keine Kenntnis von ihren neuen Vertragspartnern hatten¹².

8 Dazu im Einzelnen unten Kapitel 5, I. 6.

9 Diese Auffassung erhielt zunächst Rückendeckung auch von Regierungsseite. Eine kleine Anfrage der FDP-Fraktion (BT-Drucks. 16/2729 v. 21.09.2006) zu Handlungserfordernissen bezüglich Kreditveräußerungen an ausländische Investoren, die sich auch mit der Frage der Verletzung des Bankgeheimnisses befasste (Frage Nr. 16) wurde noch im Oktober des Jahres 2006 abschlägig beschieden. Eine Kollision mit dem Bankgeheimnis wurde im Hinblick auf die herrschende Literatur nicht gesehen (Eine Zusammenfassung der Stellungnahme der Bundesregierung ist abrufbar unter http://www.bundestag.de/aktuell/hib/2006/2006_310/02).

10 BGH, Urteil vom 27.02.2007 XI ZR 195/05 = BGH NJW 2007, 1196 = BGH ZIP, 2007, 619 = BGH WM 2007, 643 = BGH VuR 2007, 148 = BGH EWiR 2007, 267 = BGH BKR, 194 im Folgenden zitiert nach der Veröffentlichung NJW 2007, 1196 ff.

11 Dementsprechend findet sich - nach einer vorübergehenden Beruhigung - eine zweite Veröffentlichungswelle zum Thema und seinen Begleitfragen. Vgl. exemplarisch nur *Clemente*, ZfIR 2007, 737 ff.; *Schalast/Safran/Sassenberg*, NJW 2008, 1486 ff.; *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472 ff.; *Zimmermann*, BKR, 2008, 95 ff.

12 Von der Vielzahl kritischer Medienberichte seinen hier wegen ihrer Initial- und Breitenwirkung hervorgehoben die ARD-Sendung PlusMinus vom 05.12.2006 ("Verkaufte

Die viel zitierte "Heuschrecke" vergriff sich rücksichtslos am deutschen Eigenheim, was das Thema vollends zum Politikum werden ließ, weil nun der Gesetzgeber gefordert war, sich schützend vor die betroffenen Eigenheimbesitzer zu stellen¹³. Auch in dieser Phase der Diskussion ließen sich die Banken als AGB-Verwender die Möglichkeit entgehen, selbst über eine konzertierte AGB-Änderung zu einem angemessenen Ausgleich von Kundenvertrauen und Eigeninteressen zu kommen. Apelle an die Kreditwirtschaft¹⁴, sich zu Mindeststandards hinsichtlich angemessener Transparenzvorschriften (die auch die geheimhaltungsrechtliche Problematik gelöst hätten) selbst zu verpflichten, verhalten ungehört¹⁵.

In der Folge erging im Sommer 2008 das sogenannte Risikobegrenzungs-gesetz¹⁶, das mit einer Vielzahl von Regelungen alle Aspekte einer Baufinanzierung vom Verbraucherschutzrecht über das AGB-Recht bis hin zum Grundschuld- und Zwangsvollstreckungsrecht punktuell veränderte und folglich in seinen vollständigen Auswirkungen noch nicht absehbar sein kann. Zu diesem Zeitpunkt war erstaunlicherweise - trotz der immer noch im Raum stehenden Geheimhaltungsverletzung - das Bankgeheimnis bereits zu einem Nebenschauplatz geworden.

Parallel zu diesen Ereignissen entwickelte sich aus mit Hypotheken besicherten Forderungen in ABS-Strukturen die gegebenenfalls größte Finanzkrise aller Zeiten, die sogenannte Subprime-Krise 2007/08. Der Gedanke, man brauche die in Rede stehenden Geschäftsmodelle für ein funktionierendes Bankwesen¹⁷, der bis dato stiller Leitgedanke der gesamten Diskussion um Grund und Grenze des kreditgewerblichen Geheimnisschutzes gewesen war, wurde auf verblüffende Art und Weise ad absurdum geführt.

Auf dem Weg von der Problematik Bankgeheimnis über die korrelierenden Risikostrukturfragen bis hin zum Verbraucherschutz haben sich die in Rede stehenden rechtlichen Fragen vollkommen verselbständigt und verändert. Es existiert mittlerweile eine unübersehbare Flut von Stellungnahmen und

Kredite - Wie Häuslebauer unter den Hammer kommen") und Der Spiegel Nr. 31/2006 v. 31.07.2006, S. 58 ff. ("Vollstrecker aus Texas").

13 Das anfängliche Zögern von Regierungsseite wurde erst Ende des Jahres 2007 überwunden, vgl. Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums vom 11. Dezember 2007 ("Zypries will den Schutz von Kreditnehmern verbessern").

14 So zum Beispiel die Initiative des Bundebankvorstandes *Zeitler*, vgl. dazu FAZ v. 26.10.2007 ("Transparentere Kreditverkäufe - Bundesbank regt Selbstverpflichtung der Banken an").

15 Lediglich vereinzelte Kredininstitute sehen heute Abtretungsklauseln unterschiedlicher Qualität in ihren Darlehensverträgen vor. Die Schwierigkeit der Entwicklung einer Musterdarlehensklausel zur Abtretbarkeit zeigt sich exemplarisch bei *Wunderlich/Lwowski*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 76 Rdn. 179. Dazu im einzelnen noch unten Kapitel 8, I. 4. a. E.

16 Gesetz v. 12.08.2008, BGBl. I Nr. 1666.

17 Vgl. statt aller beispielsweise *Früh*, WM 2000, 497, 503; *Jobe*, ZIP 2004, 2415, 2418; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1560; *Toth-Feher/Schick*, ZIP 2004, 491, 494.

Veröffentlichungen¹⁸. Je nach Schwerpunktsetzung der Autoren rücken dabei ganz unterschiedliche rechtliche Fragestellungen in den Vordergrund. Das Thema war in letzter Zeit Verbraucherschutzthema¹⁹, AGB-Thema²⁰, Datenschutzthema²¹, Kreditsicherheiten-thema²², strafrechtliches Thema²³, etc. Nicht zuletzt ist über eine jüngst erhobene Verfassungsbeschwerde²⁴ dem Fragenkreis noch eine grundrechtliche Dimension zugewachsen. Die Bezüge sowohl zum materiellen als auch zum Vollstreckungsrecht sind also vielfältig. Ein Grund dafür liegt darin begründet, dass die rechtlichen Fragen ganz konkret an den betroffenen Geschäftsmodellen - also einzelfallbezogen - behandelt wurden. Die Geschäftsmodelle wurden dann auf sämtliche rechtliche Problemstellungen hin systematisch abgeklopft²⁵. Das Thema Forderungsabtretung ist beispielsweise per se kein Verbraucherschutzthema. Aber die Vollstreckung eines Investors in das Grundstück eines Bauherrn macht es dazu. Und nicht zuletzt wird der Frage in Zukunft ganz maßgeblich eine aufsichtsrechtliche Dimension zuwachsen müssen²⁶.

Angesichts dieser rechtlichen Vielfalt, versucht sich die nachstehende Arbeit zunächst ganz auf die Fragen zu konzentrieren, die das Geheimnisrecht betreffen. Dabei muss vom Grundfall "Forderungsabtretung bei vollständiger Informationsweitergabe" ausgegangen werden, auch wenn die Bezüge zu den einzelnen Geschäftsmodellen nicht völlig außer Acht gelassen werden dürfen, weil die in der Diskussion befindlichen Auffassungen isoliert betrachtet zuweilen anders nicht verständlich sind. Bewusst soll die Forderungsabtretung hier aber nur als Stellvertreter für die grundsätzliche Frage nach der verschwiegenheitsrechtlichen Systematik eingesetzt werden.

Drei Fragen bilden den Kern der Untersuchung:

1. In welchem Verhältnis stehen die Geltung des Bankgeheimnisses und die Rechtsgeschäftslehre? Oder anders formuliert: Sind dem Bankgeheimnis und den

18 Einen guten Überblick bis zum Erlasszeitpunkt bietet BGH NJW 2007, 1196, 1197; für die Folgezeit vergleiche Fn. 11 und die Urteilsanmerkung von *Lieth*, BKR 2007, 198 ff.

19 Vgl. dazu bereits die obigen Ausführungen zum Risikobegrenzungsrecht.

20 LG Hamburg NJW 2008, 2784 ff.

21 OLG Schleswig WM 2007, 2103; *Weicher*, VuR 2007, 373 ff.

22 *Clemente*, ZfIR 2007, 737 ff.

23 *Schalast/Safran/Sassenberg*, NJW 2008, 1486 ff.

24 BVerfG Entscheidung v. 11.07.2007, 1 BvR 1025/07.

25 Diese Vorgehensweise spiegelt sich zwanglos in den Titeln der Veröffentlichungen, vgl. beispielsweise "Asset Backed Securities und die Wahrung des Bankgeheimnisses"; "Wahrung des Bankgeheimnisses bei Asset-Backed-Securities-Transaktionen"; "NPL-Transaktionen aus Sicht des Verkäufers - Risiken und Lösungsansätze", u.a.

26 Zu ersten Planungen auf europäischer Ebene vgl. FAZ v. 16.10.2008 S. 11 ("Europa will das Finanzsystem reformieren"); zu entsprechenden internationalen Schritten auf dem G 20-Gipfel im November 2008 vgl. FAZ vom 14. November S. 11 ("Ein Gipfeltreffen der überzogenen Erwartungen") und mit Nachweis des Abschlusskommuniqués: http://de.wikipedia.org/wiki/G-20-Gipfel_in_Washington_2008; zu den Grenzen bisheriger aufsichtsrechtlicher Möglichkeiten auf nationaler Ebene vgl. Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 02.11.2008, S. 48 ("Der Banken-Aufseher").

unter seiner Geltung geschlossenen Verträgen zusätzliche, rechtsgeschäftlich relevante Willensäußerungen immanent?

2. Stellt die Weitergabe von Informationen im Rahmen einer Forderungsabtretung nach bisherigem Verständnis wirklich eine Kollision mit der Geheimhaltungspflicht im Kreditgewerbe dar?

Diese zweite Frage trägt in sich die Möglichkeit der Abstraktion: Denn die Informationsweitergabe im Rahmen der Forderungsabtretung ist Folge einer privatautonomen Entscheidung der Bank zur Verfolgung ihrer wirtschaftlichen Eigeninteressen im Rahmen der ihr vertraglich eingeräumten Rechte. Es stellt sich als Konsequenz unweigerlich die allgemeinere Frage, inwieweit es der Bank möglich sein muss, eigene Interessen trotz des Bestehens einer Geheimhaltungspflicht wahrzunehmen. Nur über die Beantwortung dieser Frage lassen sich unvollständige Einzelentscheidungen des Gesetzgebers bzw. der AGB-Verwender vermeiden. Denn welche belastbare dogmatische Qualität kommt einer Gesetzgebungsinitiative oder eine Anpassung der AGB für Baufinanzierungsdarlehen zur Abmilderung der Risiken aus Zwangsvollstreckungen durch Investoren bei Immobiliarkrediten zu, wenn in wenigen Jahren große Portfolios von Kreditkartenforderungen veräußert werden?

3. Kann die - offenkundig unbefriedigende - inzwischen auch vom BGH gebilligte Trennung nach unzulässigem Verpflichtungsgeschäft und zulässiger Verfügung wirklich Bestand haben?

Ausgangspunkt der Untersuchung soll es dabei sein, das Bankgeheimnis bei der Analyse dieser Fragen möglichst eng in den Zusammenhang mit anderen berufsbezogenen Verschwiegenheitspflichten zu setzen und hier Parallelen und Unterschiede aufzuzeigen und herauszuarbeiten.

Bei dem Versuch einer Antwort auf diese Fragen wird der Leser um ein Mindestmaß an Ausführungen zu Grundlage und Struktur des Bankgeheimnisses nicht herumkommen (Kapitel 2), nachdem er allgemein für die Lösung des Spannungsverhältnisses von Informationsfluss und Geheimhaltungsinteresse in unserer Rechtsordnung sensibilisiert wurde (Kapitel 1). Es sei hier versichert, dass die Ausführung ihre Daseinsberechtigung haben und später wieder aufgegriffen werden müssen. Nach einem Überblick über die Art und die praktische Bedeutung der Abtretungsfrage und die mit ihr verbundenen Informationsflüsse anhand einschlägiger Geschäftsmodelle (Kapitel 3) wird die Rechtsprechung und die Entwicklung der Diskussion in der Literatur zu diesem Problemkreis aufgezeigt und bewertet (Kapitel 4).

Die weitere Darstellung folgt dann der Übersichtlichkeit halber den Argumentationsmustern der jüngeren Diskussion. Zunächst wird sich einer Reihe von Überlegungen und Auffassungen zuzuwenden sein, die geeignet sind, den Bestand der Abtretungsverfügung selbst zu bedrohen (Kapitel 5). Anschließend werden - als Kern der Untersuchung - zur Vorbereitung auf die eigentliche Problemlösung die Grundstrukturen der Zulässigkeit von Durchbrechungen einer Verschwiegenheitspflicht herausgearbeitet (Kapitel 6). Die so ermittelten Ergebnisse werden dann in der Folge exemplarisch auf das Problem der Forderungsabtretung im Kreditgewerbe übertragen (Kapitel 7), wobei die Darstellung der in Literatur und

Rechtsprechung vorgenommenen Differenzierung nach gestörten und ungestörten Darlehensbeziehungen, die sich exemplarisch in den Geschäftsmodellen Asset Backed Securities (intakte Kundenbeziehung) und Non-Performing-Loans (Darlehensrückzahlung mindestens in Verzug) widerspiegeln, Rechnung trägt. Das Spektrum der vertretenen Auffassungen reicht hier von völliger Selbstverständlichkeit der Zulässigkeit²⁷ bis hin zu regelmäßiger Unzulässigkeit²⁸ der Weitergabe von Kreditnehmerinformationen. Nach Überlegungen zur Konsequenz der auf schuldrechtlicher Ebene gefundenen Ergebnisse für die verfügungsrechtliche Seite, wird die Darstellung dann den Versuch unternehmen, das Bankgeheimnis über eine gedankliche und strukturelle Neuausrichtung aus den überkommenen Denkstrukturen der Geheimhaltungspflichten herauszulösen und für eine interessengerechte Lösung von Weitergabeerfordernissen zu rüsten. Hierbei werden konkrete Handlungsvorschläge für das Kreditgewerbe als AGB-Verwender erarbeitet (Kapitel 8).

27 Staub/ *Canaris*, HGB, 4. Auflage, Bankvertragsrecht, Erster Teil, Rdn. 61 a.

28 *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1547.

Kapitel 1 Das Bankgeheimnis in der bürgerlich-rechtlichen Informationsordnung

Zunächst soll die Geheimhaltungspflicht des Kreditgewerbes kurz in ihren Grundzügen charakterisiert und in das übergeordnete System der Handhabung von Informationsflüssen eingeordnet werden.

I. Begriff des Geheimnisses

Orientiert man sich an üblichen Nachschlagewerken findet man für den Begriff des Geheimnisses folgende Definition:

„das (noch) nicht Erkannte, Erforschte wie auch das, was rationaler Erfassung grundsätzlich entzogen ist bzw. nach dem jeweiligen Stand der Wissenschaft der verstandesmäßigen Erkenntnis entzogen scheint...“²⁹

Dieser Geheimnisbegriff bezieht sich eher auf die dieser Arbeit zugrunde liegenden Rechtsfragen als auf deren Gegenstand, das Bankgeheimnis. So musste auf dem Bankrechtstag 2005³⁰ festgestellt werden, dass das Problem der Geheimnispreisgabe im Zusammenhang mit Forderungsübergängen auch nach umfangreicher Diskussion noch keiner brauchbaren Lösung zugeführt werden konnte; und dies entgegen der weit verbreiteten Auffassung in der Literatur auch nicht für den Bereich sogenannter notleidender Kredite³¹.

Um den Stand der Wissenschaft doch noch in die Lage zu versetzen, das Geheimnis um Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Informationspreisgabe nach § 402 BGB zu lüften, bedarf es eines anders verstandenen Geheimnisbegriffes: Entscheidendes Merkmal des hier maßgeblichen Geheimnisses ist vielmehr, dass ein bestimmter Kreis von erkennbaren oder erkannten Informationen von Dritten ferngehalten werden soll³². Das Geheimnis und seine Geheimhaltung sind dadurch gekennzeichnet, dass eine gewisse Person oder ein Personenkreis angehalten ist,

29 Meyers Großes Universallexikon in 15 Bänden, 1992.

30 Bankrechtstag am 01. Juli 2005 in Hamburg, Thema der 2. Abteilung: Forderungsübertragungen, insbesondere im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz, berichtet von Artz/Balzer WM 2005, 1451 ff.

31 Prof. Dr. Horst Hammen von der Justus-Liebig-Universität Gießen im Rahmen seines Vortrags zum hier behandelten Thema zitiert nach Artz/Balzer WM 2005, 1451, 1457. Der Festvortrag ist auch veröffentlicht unter: Bankgeheimnis und Abtretungsausschluss, in: W. Hadding/ K. J. Hopt/H. Schimansky (Hrsg.), Verbrauchercredite, insbesondere für Immobilienanlagen; Forderungübertragungen, insbesondere im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz, Bankrechtstag 2005, Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung Band 25, 2006, S. 113 ff.

32 Grundlegend zum Geheimnisbegriff Maas, Information und Geheimnis im Zivilrecht, passim.

eine Preisgabe bestimmter Informationen an Dritte zu unterlassen. Dabei ist zunächst unerheblich, worauf das Phänomen der Geheimhaltung beruht, sei es ein Gesetz, eine sittliche Pflicht oder eine dienstliche Anordnung³³.

II. Die Quellen der Berufsgeheimnisse

Für die Zivilrechtswissenschaft erheblich ist dabei die Unterscheidung danach, in wessen Sphäre das Geheimnis entsteht. Die diesbezügliche Literatur unterscheidet mehr oder weniger einmütig die folgenden Kategorien: Ist das Geheimnis originär beim Geheimnisträger entstanden und wird lediglich durch die zwingende Erscheinungsform Arbeitsteilung gefährdet, dann ist es je nach Lebensbereich Privat- oder Geschäfts- bzw. Betriebsgeheimnis. Oder es ist derivativ, d. h. intersubjektiv mitgeteilt worden. Dann erst ist es mitgeteilt, um eine Funktion des neuen Geheimnisträgers nutzbar zu machen.

Letzteres Kriterium zeichnet auch die Unterkategorie der sogenannten Sonderberufsgeheimnisse³⁴ aus. Diese interessieren hier vornehmlich. Anknüpfungspunkt dieser Geheimhaltungskategorie ist regelmäßig ein abgesonderter Lebensbereich eines Berufsträgers, der durch das Erfordernis besonderer Vertrauensinanspruchnahme gekennzeichnet ist, beziehungsweise den Austausch besonders sensibler Informationen erforderlich macht. Die Geheimhaltungspflicht legt für diesen Bereich eine Informationsblockade pauschal fest. Dabei ist wichtig, sich zu vergegenwärtigen, dass das Recht der Sonderberufsgeheimnisse aus zwei verschiedenen Quellen gespeist wird. Als sogenannte *Verschwiegenheitspflichten* finden sich die Informationsblockaden in den jeweiligen Berufsgesetzen bzw. Berufsordnungen (Es handelt sich hauptsächlich um verkammerte Freiberufler³⁵). Die Normen formulieren wie folgt: "Der Berufsträger ist verpflichtet, über alle Tatsachen und Wertungen Verschwiegenheit zu bewahren, die in Ausübung des Berufes bekannt geworden sind, es sei den gesetzliche Vorschriften lassen Ausnahmen zu oder der Kunde willigt ein"³⁶. Hier findet sich der *Geheimnis*begriff mit keinem Wort, ist vielmehr durch den bereichsbezogenen Tatsachenbegriff ersetzt. Das zweite Standbein des Rechts der

33 *Ehmann*, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, AcP Bd. 188 (1988), S.237 f.

34 Diesen anschaulichen Begriff verwendet *Kloepfer*, Informationsrecht, S. 393 ff. Er soll auch hier im Folgenden verwendet werden. Der Begriff macht deutlich, dass es sich um berufsbezogene Geheimhaltungspflichten *besonderer Berufsgruppen* handelt. Denn auch Arbeitnehmer- oder Organwaltergeheimnisse - die hier nicht Gegenstand der Darstellung sind - sind Berufsgeheimnisse.

35 Beispielsweise: Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberater, Psychologen, Schwangerenberater (nach dem Schwangerenkonfliktgesetz), Jugend- und Sozialarbeiter, Ehe- und Jugendberater sowie Angehörige von Kranken-, Unfall- und Lebensversicherungen.

36 Vgl. statt aller exemplarisch § 2 Abs. I - III Berufsordnung Rechtsanwälte.

Berufsgeheimnisse ist das Strafrecht mit der Norm des § 203 StGB. Hier wird den Berufsträgern aufgegeben "Geheimnisse nicht unbefugt zu offenbaren".

Der Geheimnisbegriff ist damit originär strafrechtlicher Natur. Da wegen der größeren Bedeutung der strafrechtlichen Kategorie die Strukturen der Sonderberufsgeheimnisse eher an dieser ausgerichtet wurden, wird zu untersuchen sein, inwieweit Differenzierungen zum *nicht* strafbewehrten Bankgeheimnis gerechtfertigt sind. Bis dahin soll der Begriff der Sonderberufsgeheimnisse einheitlich als Oberbegriff sowohl für Geheimhaltungspflichten als auch für Verschwiegenheitspflichten verwendet werden, wie es in der Literatur üblich ist³⁷.

III. Geheimnisschutz des Kreditgewerbes und freiheitliche Informationsordnung

Eine solch besondere Verschwiegenheitssphäre schafft nach überkommenem Verständnis das Bankgeheimnis für den Bereich des Kreditgewerbes³⁸. Es verpflichtet die Banken, grundsätzlich über die ihre Kunden betreffende Informationen Stillschweigen zu bewahren³⁹.

1. Freiheit der Information als Grundprinzip

Die Informationsblockade Bankgeheimnis ist Teil einer übergeordneten Informationsordnung. Die Informationsordnung einer jeden Gesellschaft dient dazu, ein Spannungsverhältnis aufzulösen, welches in der Natur des Menschen begründet ist: Das Individuum ist zugleich Intim- und Sozialperson. Es bewegt sich mit Informationen und dem Interesse an Information über andere in der Gesellschaft. Zugleich besteht ein unabweisbares Bedürfnis nach Intimität – sprich Informationsbarrieren. Die Abgrenzung dieser widerstreitenden Interessen kann ganz unterschiedlich vorgenommen werden: Überkommen findet sich die Sanktion des fehlerhaften Umgangs mit Informationen jenseits des Rechts in den Kategorien von Anstand, Sitte und Moral wieder. Der Indiskretion – vor allem in agrarisch - dörflichen Sozialstrukturen - folgt gesellschaftliche Sanktion. In einem solchen System ist das Recht lediglich Grenzkorrektur. Diesem korrektiven Charakter - *Ehmann* spricht von „Schutzinseln im freien Meer des Informationsverkehrs“⁴⁰ - trägt die zivilrechtliche Informationsordnung, wie sie mit Erlass des Bürgerlichen

³⁷ *Kloepfer*, Informationsrecht, passim.

³⁸ vgl. statt aller das grundlegende Werk von *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, S. 29 ff.

³⁹ Die AGB - Banken formulieren dies heute als Verschwiegenheitspflicht in obigem Sinne, dazu ausführlich, unten Kapitel 2, I. 1.

⁴⁰ *Ehmann*, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, AcP Bd. 188 (1988), S.237.

Gesetzbuches zur Regelung einer spätagrarischen Gesellschaftsordnung festgeschrieben wurde, wie folgt Rechnung:

Das Recht greift nur dort in Informationsströme ein, wo entweder die Grenze der Strafwürdigkeit überschritten ist oder in erheblicher Weise vermögenswerte Interessen beeinträchtigt werden. Exemplarisch seien hier genannt die strafrechtlichen Schutzgesetze, die über § 823 Abs. 2 BGB zu zivilrechtlichen Schutztatbeständen werden, wobei insbesondere zu denken ist an den Ehrenschutz (§§ 185 ff StGB) sowie die geschützten Geheimnisbereiche des Hausfriedens (§ 123 StGB) des Brief- und Datengeheimnisses (§§ 202, 202a StGB) sowie der bereits erwähnten Berufsgeheimnisse der Freiberufler (Arztgeheimnis, Anwaltsgeheimnis etc.). Hier übersteigt die Verletzung der oben beschriebenen Geheimbereiche das Maß des Strafwürdigen, § 203 Abs. 1 StGB. Die Schwere der Sanktion ist hier auch Ausdruck der Irreparabilität der Verletzung⁴¹.

Unter dem Grad strafrechtlicher Sanktionswürdigkeit errichten zivilrechtliche Informationsbarrieren nur die Kreditgefährdung des § 824 Abs. 1 BGB, die die Weitergabe *unwahr*er Informationen sanktioniert, und die Grenzkorrektur des § 826 BGB bei absichtlicher, sittenwidriger Schadensherbeiführung. Selbst die originär gewerbliche Geheimnisphäre⁴², bewältigt den Konflikt teilweise zugunsten der Zugänglichkeit von Information, wie die Beispiele Patent- und Gebrauchsmusterschutz deutlich machen⁴³.

Dieses Schutzsystem geht also vom Prinzip der Freiheit des Informationsflusses aus. Vor allem die *wahre* Information soll grundsätzlich frei zirkulieren können⁴⁴. Ein schutzwürdiges Interesse für ihre Unterdrückung ist grundsätzlich nicht gegeben. Soweit nicht in den geschützten Bereich spezieller, rechtlich anerkannter Geheimnisse eingegriffen wurde, fehlt also ursprünglich der Rechtsordnung ein Schutz gegen die Verbreitung wahrer Information.

2. Die Entwicklung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Eine teilweise Verrechtlichung dieser Sphäre der Freiheit bringt dann die Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes in Ergänzung zu den besonderen Persönlichkeitsrechten des § 823 Abs. 1 BGB mit sich. Unter diesem Begriff ist ein umfassend gedachter deliktischer Schutz der Persönlichkeit in die Privatrechtsordnung aufgenommen werden. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist aber kein absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sondern eine Summe von persönlichkeitsrelevanten Einzelkomponenten. Für die jeweiligen Teilbereiche existiert keine absolute Festlegung, keine klare Grenzlinie dessen, was als

41 *Kloepfer*, Informationsrecht, S. 375.

42 Zu ihr ausführlich: *Maas*, Information und Geheimnis im Zivilrecht, S. 333 ff.

43 Anders dagegen die Bewältigung der diesbezüglichen Risiken, die aus der Notwendigkeit der Arbeitsteiligkeit resultieren, vgl. § 17 UWG.

44 *Erman/Ehmann*, BGB, Anh. § 12 Rdn. 39.

schützenswerte Privatsphäre anzuerkennen und zu respektieren ist. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein relativer Maßstab, der die Reichweite des Schutzes der Persönlichkeit durch eine Interessenabwägung im Einzelfall zu lösen versucht. Aus der Summe dieser Einzelfallentscheidungen wiederum lassen sich typische Fallgruppen abstrahieren, in denen der Schutz des § 823 Abs. 1 BGB regelmäßig greift. Diesen regelmäßig wiederkehrenden Schutzsegmenten kommt sozusagen "normativer Leitcharakter" zu.

Ein solch typisches Segment anerkannten Persönlichkeitsschutzes ist die Steuerung des Umganges mit personenbezogenen Informationen. Das verfassungsrechtliche Zugeständnis der Pressefreiheit hat als Begleiterscheinung ihrer übermäßigen Ausnutzung gezeigt, dass auch der Umgang mit *wahrer* Information unerwünschte Folgen für den Betroffenen zeitigen kann. Die unentwegt ansteigende Möglichkeit, den Einzelnen auf immer neuen Kommunikationswegen in seiner Persönlichkeit darzustellen, ohne dass wirksame Korrektivinstrumentarien an die Hand gegeben sind, haben eine Verrechtlichung hier unabdingbar gemacht. Die Problematik wird dadurch verschärft, dass die Beleuchtung von Teilaspekten einer Persönlichkeit auch bei grundsätzlicher Wahrheit der verbreitenden Informationen einen extrem verzerrenden Charakter haben kann. Im korrelierenden Schutzbereichssegment, das als "Schutz vor Verbreitung von personenbezogenen Informationen" bezeichnet werden kann, bezieht sich die tatbestandskonkretisierende Güter- und Interessenabwägung auf die Auflösung des beschriebenen Spannungsverhältnisses von Informationsinteresse und Informationsschutz bei grundsätzlich bestehender Informationsfreiheit. Damit wird dem Prinzip der Informationsfreiheit ein wichtiges Korrektiv an die Seite gestellt.

3. Die Entwicklung des Datenschutzrechts

Mit der Datenschutzgesetzgebung vollzieht sich dann ein grundsätzlicher Systemwechsel in weiten Teilen der Informationsordnung. Während die Begrenzung von Informationsflüssen durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht das Ergebnis eines Abwägungsprozesses ist, der seinen Ausgangspunkt im Grundsatz der Informationsfreiheit nimmt, wird mit § 4 BDSG⁴⁵ ein bedeutender Teil des Informationsaustausches (nach der Struktur des Datenschutzgesetzes ist der informatorische Prozess gegliedert in die Vorgänge Erhebung, Speicherung, Übermittlung, Auswertung und Löschung von Informationen, die hier als Daten bezeichnet werden) einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterstellt. Die Weitergabe einer Information im Anwendungsbereich des Datenschutzrechtes (sprich: Automatische Datenverarbeitung) ist zunächst einmal verboten und dies *ohne* Blick auf die Sensibilität der Daten. Nur *ausnahmsweise* ist eine Rechtfertigung der

45 § 4 BDSG lautet: "(1) Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ist nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat. (2) ...".

Weitergabe von Informationen (nach noch zu konkretisierenden Maßgaben) möglich, vgl. für das *Bundesdatenschutzgesetz* § 28 Abs. I BDSG⁴⁶. Erst hier, auf Rechtfertigungsebene, ist ausnahmsweise eine Abwägungsentscheidung zugunsten der datenübermittelnden Stelle denkbar.

Die Schwierigkeit, im Abwägungsprozess des Einzelfalls das Maß der schützenswerten Privatsphäre zu ermitteln (so beim APR, wo den einzelnen Schutzsegmenten immerhin eine gedankliche Stütze zukommt), ist der typisierten Grenzziehung zu Lasten der Informationsfreiheit gewichen⁴⁷.

4. Zusammenfassung

Die Rechtsordnung kennt folglich ein Stufenverhältnis im Umgang mit Information. Ausgehend vom Grundsatz der Freiheit ergeben sich punktuelle Informationsrestriktionen im Ehr- und Persönlichkeitsschutz, die auf Abwägungsentscheidungen im Einzelfall beruhen. Daneben typisieren das von der technisch bedingten Informationshandhabung abhängige Datenschutzrecht genauso wie die seltenen Bereiche des Geheimnisschutzes bzw. der Verschwiegenheitspflichten ausdrückliche Informationsverbote, wobei ersterer Bereich wenigstens ausdrücklich die Möglichkeit einer Durchbrechung im Wege der Abwägung widerstreitender Informationsinteressen vorsieht.

IV. Informationsrestriktionen und Bankgeheimnis

Dabei besteht zwischen den Sonderberufsgeheimnissen - seien sie nun in den jeweiligen Berufsordnungen verortet oder gar in § 203 StGB strafbewehrt - und dem Bankgeheimnis auf den ersten Blick strukturelle Verwandtschaft. Zwischen Datenschutzrecht und Bankgeheimnis existieren zudem erhebliche

46 § 28 BDSG lautet: "(1) Das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke ist zulässig,

1. wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen dient,

2. soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem ausschließ der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt, oder

3. wenn die Daten allgemein zugänglich sind oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen dürfte, es sei denn, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluß der Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem berechtigten Interesse der verantwortlichen Stelle offensichtlich überwiegt.

47 *Ehmann*, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, AcP Bd. 188 (1988), S. 262.

Bereichsschnittmengen. Geheimnisschutz wird darüber hinaus als besondere Kategorie des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes verstanden⁴⁸.

Den benachbarten Materien kommt durch die Reduktion von Informationsflüssen damit ein richtungsmäßiger Gleichlauf zu. Dieser richtungsmäßige Gleichlauf prägt die jüngere Diskussion um die Grenzen des Bankgeheimnisses in ganz erheblichem Maße. Dabei wird nicht immer beachtet, dass ein solch richtungsmäßiger Gleichlauf noch keinerlei abschließende Aussage über Motive und qualitativen Umfang der jeweiligen Informationsrestriktionen bietet. Gerade in der Diskussion der Übertragung von Strukturen des einen Gebietes in das andere muss neben der Vergleichbarkeit der Schutzrichtungen der jeweiligen Bereiche auch ihre *qualitative* Vergleichbarkeit untersucht werden. Sonst droht die Gefahr, sachlich ungerechtfertigte Ergebnisse zu erzielen.

Da das Bankgeheimnis in Deutschland keine gesetzliche Grundlage gefunden hat, und die Regelung seiner Begrenzungsmöglichkeiten in den AGB rudimentär bleibt, bieten die Modifikationen anderer "Schutzinseln des Informationsverbotes" in diesem Zusammenhang Chance und Gefahr zugleich: Zum einen lassen sich existierenden gesetzlichen Wertungen gegebenenfalls Maßstäbe auch für den Bereich des Kreditgewerbes entnehmen. Zum anderen droht aber die vorschnelle Übernahme *nur vermeintlich* vergleichbarer Gesetzgeberwertungen. Dies sollte bei der nachstehenden Erörterung stets mitbedacht werden.

48 Canaris, Bankvertragsrecht, 1988, Rdn. 41.

Kapitel 2 Reichweite, Gegenstand, Struktur und rechtliche Grundlagen des Bankgeheimnisses

Wie bereits angedeutet, hat die Informationsrestriktion im Kreditgewerbe eine gesetzliche Ausgestaltung nicht erfahren. Dennoch existiert ein breiter Konsens über ihre strukturelle, dogmatische Beschaffenheit. Dieser rechtliche status quo wird nachstehend referiert, soweit das für die Lösung der aufgeworfenen Fragen erforderlich ist. Hierzu wird zwischen Rechtsgrundlage und Struktur zu unterscheiden sein. Die Struktur umfasst nach hiesigem Verständnis Gegenstand und Adressatenkreis, zudem Reichweite und Wirkungen.

Die vorliegende Darstellung wird sich im Kern mit der Frage nach der Reichweite und den Wirkungen des Bankgeheimnisses beschäftigen. Die Wirkweise in dem Sinne verstanden, inwieweit die Verschwiegenheitspflicht besondere Rechtsfolgen zeitigen kann. In unserem exemplarisch mitzubehandelndem Ausgangsfall, der Zulässigkeit von Forderungsabtretungen, stellt sich ja beispielsweise die Frage, ob das Bankgeheimnis geeignet ist, die Unwirksamkeit einer schuldrechtlichen Verfügung zu verursachen. Eine ganz andere Frage ist die nach der Reichweite der Geheimhaltungspflicht. Hier geht es um die Frage, wie absolut der Charakter der Geheimhaltung ist; wovon das Aufrechterhalten der Informationsblockade im einzelnen abhängt; ob es Konstellationen gibt, die eine Lockerung aus übergeordneten Gründen erforderlich machen; ob es gegebenenfalls in der Rechtsmacht nur eines der Beteiligten steht, eine Durchbrechung und Begrenzung herbeizuführen.

I. Die Struktur des Bankgeheimnisses

1. Ausgangspunkt AGB

Trotz des Fehlens einer gesetzlichen Bestimmung des Bankgeheimnisses besteht wenigstens im Grundsatz Einigkeit was Reichweite und Gegenstand der Geheimhaltungspflicht angeht. Nach allgemein üblicher Definition, die seit 1993 in Nr. 2 Abs. 1 der AGB-Banken auch das Selbstverständnis der Kreditwirtschaft widerspiegelt, versteht man unter dem Begriff des Bankgeheimnisses folgendes:

„Die Bank ist zur Verschwiegenheit über alle Tatsachen und Wertungen verpflichtet, von denen sie Kenntnis erlangt. Informationen über den Kunden darf die Bank nur weitergeben, wenn gesetzliche Bestimmungen dies gebieten oder der Kunde eingewilligt hat oder die Bank zur Erteilung einer Bankauskunft befugt ist.“

Damit ist das Grundprinzip einer weit reichenden berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht festgelegt, die terminologisch an sonstige durch den Gesetzgeber geschaffene berufsrechtliche Verschwiegenheitspflichten angelehnt ist. Auf den *Geheimnis*begriff selbst, der Eckpfeiler der strafrechtlichen Dogmatik ist, wird nicht zurückgegriffen. Die Begrenzungskonstellationen sind auf drei Fälle, nämlich die Kundeneinwilligung, etwaige gesetzliche Beschränkungen der Verschwiegenheitspflicht und das überkommene Institut der Bankauskunft beschränkt.

2. Gegenstand der Verschwiegenheitspflicht

Der Verschwiegenheitspflicht unterliegen *alle* kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen, von denen die Bank Kenntnis erlangt hat. Dabei ist es unerheblich, ob die Kenntnis auf einer Mitteilung des betroffenen Kunden selbst, eines Dritten oder auf eigenen Wahrnehmungen des Kreditinstituts, d. h. seiner Organe oder Mitarbeiter, beruht⁴⁹. Allerdings ist es - und dies gilt für alle Verschwiegenheits- oder Geheimhaltungspflichten gleichermaßen - von Bedeutung, dass die Erlangung der Information in einem inneren Zusammenhang mit der ausgeübten beruflichen Tätigkeit steht und nicht lediglich "anlässlich" der Berufsausübung bekannt geworden ist⁵⁰.

Zu den durch das Bankgeheimnis geschützten Tatsachen gehören nicht nur die aus Bankgeschäften bekannt gewordenen Fakten wie Kontostände, Kreditansprachen, Vermögensaufstellungen und dergleichen, sondern auch Einsichten, Eindrücke und Werturteile, die sich das Kreditinstitut selbst gebildet hat. Die Verschwiegenheitspflicht ist nicht auf die reinen Vermögensangelegenheiten beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die Privatverhältnisse des Kunden wie Erbfälle, Scheidungen, Unterhaltsverpflichtungen und dergleichen mehr. Der Geheimhaltungspflicht unterliegen auch Negativtatsachen – wie etwa die, dass an einem bestimmten Tag eine Kontoverfügung *nicht* vorgenommen oder ein eingeräumter Kreditrahmen *nicht* ausgeschöpft worden ist⁵¹. Selbst das Bestehen der Bankverbindung für sich genommen fällt unter das Bankgeheimnis; allerdings wird der Kunde vielfach durch die Angabe der Kontonummer auf seinem Briefbogen oder durch Verwendung von Schecks und Überweisungsformularen dem Empfänger

49 Grundlegend zum Gegenstand des Bankgeheimnisses: Baumbach/*Hopt*, HGB, (7) BankGesch, Rdn. A/9; *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1988, Rdn. 36 ff; *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, 39 Rdn. 8 ff.; *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1984, passim.

50 Vgl. statt aller *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1984, S. 126 f.

51 Dies ist heute einhellige Auffassung, vgl. zum früheren Streitstand aber *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1984, S. 130.

dieser Schriftstücke gegenüber selbst seine Geschäftsbeziehung zu einem bestimmten Kreditinstitut offengelegt haben. Unzulässig wäre es beispielsweise, wenn die Bank dem Geschäftspartner eines Kunden dessen Adresse mitteilen würde, um ihm die Durchsetzung seiner Ansprüche zu erleichtern.

Jede nicht gesondert gerechtfertigte Weitergabe dieser Informationen stellt eine rechtswidrige Handlung dar⁵².

3. Geheimhaltungspflichtiger Personenkreis

Die Geheimhaltungspflicht trifft das Kreditinstitut selbst, dann den Bankier als persönlich haftenden Gesellschafter oder die Organe der Bank. Angestellte sowie sonstige Hilfspersonen sind arbeitsrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet⁵³.

4. Das "innere" Bankgeheimnis

Das Prinzip weitest möglicher Verschwiegenheit manifestiert sich anschaulich in einer Ausprägung des Schutzes des Bankgeheimnisses, die Grund und Grenze in der zwangsläufigen Arbeitsteilung der Kreditinstitute hat, das sogenannte "innere" Bankgeheimnis⁵⁴. Demnach ist bankintern die Weitergabe von Informationen an Angestellte, aber auch an Organe wie Vorstand und Aufsichtsrat, nur insoweit zulässig, als dass die jeweiligen Personen auch tatsächlich im ordentlichen Geschäftsgang mit der Erledigung der Aufgaben betraut sind. Hieraus ergibt sich die rechtliche Verpflichtung der Banken, Zugangshürden zu den bankinternen Informationen durch Berechtigungssysteme zu schaffen. In gleicher Richtung geht das Verbot, filialbezogene oder sogar gesamtbankweite Informationspools anzulegen, auf die alle Mitarbeiter zugreifen können⁵⁵.

5. Grundsätzliches zur Reichweite des Bankgeheimnisses

Die in diesem Zusammenhang wichtigste Frage ist die nach den möglichen Durchbrechungen der Verschwiegenheitspflicht. Wichtige benannte Durchbrechungserfordernisse finden sich in den AGB-Banken: Neben der gesetzlichen Anordnung der Durchbrechung (eine Kategorie, deren Schwerpunkt klar im Staat-Bürger-Verhältnis begründet liegt, die im hier in Rede stehenden

52 *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 39 Rdn. 7.

53 *Bruchner*, a.a.O. Rdn. 13; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, § 3 Rdn. 12.

54 Zu ihm ausführlich *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 39 Rdn. 13 ff.

55 *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht, § 3 Rdn. 12.

Kontext aber im Rahmen des § 402 BGB⁵⁶ zu thematisieren sein wird) noch die Einwilligung des Kunden und das überkommene Institut der Bankauskunft.

a. Einwilligung des Kunden

Die Hauptdurchbrechungsmöglichkeit ist natürlich die Entbindung von der Geheimhaltungspflicht durch den Kunden, die mit dem Begriff des "Geheimnisherrn" anschaulich gemacht wird. Der Kunde kann das Kreditinstitut von der Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses in einzelnen Fällen oder dauerhaft in einem bestimmten Umfang befreien. Die Erklärung bedarf keiner Schriftform. Aus Beweisgründen wird aber regelmäßig eine schriftliche Erklärung angeraten sein⁵⁷.

Auch wenn dieser Durchbrechungsgrundsatz eigentlich eine Selbstverständlichkeit ist, ergibt die Aufnahme des Kundenwillens in die AGB-Banken doch ihren guten Sinn. Sie führt dem Kunden anschaulich die Reichweite der Geheimhaltungsverpflichtung und seine eigene Dispositionsmacht vor Augen.

Prominentestes Beispiel für die Maßgeblichkeit des Kundenwillens kommt der vorformulierten Einwilligung in die Weitergabe von Informationen an die SCHUFA - Schutzgemeinschaft für Allgemeine Kreditsicherung - im Kontoeröffnungs- bzw. Kreditantrag zu⁵⁸.

b. Die Bedeutung des Instituts der Bankauskunft

Als mögliche Durchbrechung ausdrücklich in den AGB-Banken erwähnt ist auch das Institut der Bankauskunft, die eindeutiger wohl mit Kreditauskunft bezeichnet werden könnte⁵⁹, und die in ihrer heutigen Ausprägung nur für gewerbliche Kunden gilt. Die Bankauskunft enthält allgemein gehaltene Feststellungen und Bemerkungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Kunden, seine Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit. Betragsmäßige Angaben über Kontostände, Sparguthaben,

56 Vgl. dazu unten Kapitel 5 III. 2. b.

57 *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 39 Rdn. 16.

58 Zur sogenannten SCHUFA - Klausel, insbesondere auch im Hinblick auf die korrelierenden datenschutzrechtlichen Fragen: *Weber*, Die Bank 1986, S. 370 ff.; *ders.* WM 1986, S. 845 ff.; WM 1983, Sonderbeilage Nr. 7, Datenschutz und Kreditgewerbe - 5 Jahre BDSG - Teil A, 5.2.2 m.w.N.

59 Die korrespondierende Literatur füllt - vor allem wegen der haftungsrechtlichen Probleme - Bibliotheken. Vgl. statt aller wegen der abschließenden Literaturnachweise: *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 40 passim; *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht, 2002, § 3 Rdn. 49; *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1988, Rdn. 75 ff.

Depot- oder sonstige der Bank anvertraute Vermögenswerte sowie Angaben über die genaue Höhe von Kreditinanspruchnahmen werden nicht gemacht⁶⁰.

Dabei muss folgende Problemstellung gelöst werden: Die Bankauskunft ist ein Sinnbild für das informatorische Spannungsverhältnis, in dem sich das Kreditgewerbe seit jeher bewegt. Notwendiger Informationsschutz und ein für die Funktionalität geschäftlicher Beziehungen dringend erforderliches Informationsbedürfnis stehen sich diametral gegenüber. Die Kreditwirtschaft hat in Bezug auf die Bankauskunft in enger Kooperation mit den Datenschutzbehörden die AGB-Banken letztmalig im Jahre 1986 neu formuliert⁶¹. Dabei ist das gefundene Ergebnis, nämlich die pauschale Aufnahme der Einwilligung in die Informationsweitergabe nur ein Teilaspekt bzw. das Endergebnis der seinerzeit geführten Begrenzungsdiskussion. Die Bankauskunft nimmt darüber hinaus für die Frage der Grenzen des Bankgeheimnisses eine besondere Rolle ein, weil an diesem Institut die ausführlichste Auseinandersetzung mit möglichen Grenzen der Geheimhaltungspflicht im Kreditgewerbe geführt wurde und die dort ermittelten Grundsätze erheblichen Einfluss auch auf das sonstige Verständnis des Bankgeheimnisses haben.

Am Anfang steht der Satz des Reichsgerichts, eine Bank sei keine Auskunft⁶². Das Kreditinstitut soll nach Maßgabe dieser Rechtsprechung bei Auskünften über einen Kunden nur so weit gehen, als die Bank das Einverständnis des Kunden eingeholt hat oder - und dies ist für die nachfolgende Konturierung entscheidend - dieses Einverständnis voraussetzen kann⁶³. Diesen Ansatz vertiefend hat die Lehre - namentlich durch Canaris⁶⁴ und Sichtermann⁶⁵ - für das Bankgeheimnis folgende, einmütig anerkannte Struktur erarbeitet: Ausgangspunkt ist wie selbstverständlich der Vorrang des Geheimnisschutzes. Drei Prüfungsstufen sind dann für die Zulässigkeit der Informationsweitergabe zu durchlaufen.

60 Beispiele zu möglichen Formulierungen finden sich bei *Ehmann*, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, AcP Bd. 188 (1988), S. 352.

61 Die Regelung Nr. 2 Abs. III AGB - Banken lautet in der derzeitigen Fassung: Die Bank ist befugt, über juristische Personen und im Handelsregister eingetragene Kaufleute Bankauskünfte zu erteilen, sofern sich die Anfrage auf ihre geschäftliche Tätigkeit bezieht. Die Bank erteilt jedoch keine Auskünfte, wenn ihr eine anders lautende Weisung des Kunden vorliegt. Bankauskünfte über andere Personen, insbesondere über Privatkunden und Vereinigungen, erteilt die Bank nur dann, wenn diese generell oder im Einzelfall ausdrücklich zugestimmt haben. Eine Bankauskunft wird nur erteilt, wenn der Anfragende ein berechtigtes Interesse an der gewünschten Auskunft glaubhaft dargelegt hat und kein Grund zu der Annahme besteht, dass schutzwürdige Belange des Kunden der Auskunftserteilung entgegenstehen.

62 RGZ 139, 105.

63 RGZ a.a.O. Fn. 41; zudem ein exemplarischer Fall aus der Zeit vor der Aufnahme der Bankauskunft in die AGB: OLG Karlsruhe NJW 1971, 1042.

64 *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1988, Rdn. 49.

65 *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1984, S. 157 f.

- Auf einer ersten Stufe ist der *wirkliche, geäußerte Wille* des Kunden zu ermitteln.
- Erst auf einer zweiten - subsidiären - Stufe ist auf den *mutmaßlichen Willen* des Kunden zu schließen. Der Schluss auf den mutmaßlichen Willen, d.h. darauf, ob das Kreditinstitut den wirklichen Willen als gegeben voraussetzen darf, darf dabei nicht vorschnell angestellt werden. Es muss zunächst der Versuch gemacht werden, den wirklichen Willen des Kunden im Hinblick auf die Informationsweitergabe zu erforschen.
- Erst dann wenn dieser mutmaßliche Wille nicht erkennbar ist, soll auf einer dritten Stufe das *objektive Interesse* der Beteiligten maßgeblich werden. Erst subsidiär soll dann ein Raum eröffnet sein, in dem die Bank aufgrund einer eigenen Willensbildung berechtigt sein soll, zur *objektivierten Interessenwahrnehmung* des Kunden Informationen weiterzugeben.

Die so erarbeitete Struktur - Kundenwille, mutmaßlicher Kundenwille, objektives Interesse - wurde von der Rechtsprechung übernommen⁶⁶ und hat so ihren Weg zuerst in die modernen Bankrechtshandbücher⁶⁷ bzw. Kommentierungen⁶⁸ und von dort in die jüngere Diskussion gefunden⁶⁹. Der zunächst angenommene Vorrang des Kundenwillens soll demnach einer Durchbrechung zugänglich sein, beispielsweise wenn ein Interesse des Kunden besteht, dass einer seiner künftigen Warenlieferanten eine Einschätzung seiner Bonität erhält, ohne dass dieser Wille der Bank ausdrücklich mitgeteilt wurde. So weit ist das Prinzip noch verständlich. Doch schon eine Lektüre des zitierten Rechtsprechungsbeispiels zeigt: Der mutmaßliche Wille des Kunden konnte im dortigen Fall eindeutig ermittelt werden, die dritte Stufe der Abwägung objektiver Interessen war überhaupt nicht entscheidungsrelevant⁷⁰. Der Bundesgerichtshof hat in der Folge seine Rechtsprechung dann dahingehend konturiert, dass die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung nur dann legitim sein kann, wenn der Kunde zweifelsfrei und erkennbar kein Interesse an der Geheimhaltung hat und zudem nicht rechtzeitig befragt werden konnte⁷¹. Und so wird die Folgefrage aufgeworfen, in welchen Fällen diese auf dem Reißbrett entwickelte Struktur einmal voll zum Tragen kommen sollte. Wann scheidet in einer laufenden Bank-Kunde-Beziehung (und eine Vermutung streitet hier für die Geheimhaltung⁷²) die Ermittlung des mutmaßlichen Willens? Diesbezügliche

66 Vgl. dazu BGHZ 95, 362, 365.

67 Bruchner, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 39 Rdn. 8; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, § 3 Rdn. 18; Weber, in: BuB Rdn. 2/840 ff.

68 Ebenroth/Grundmann, HGB, BankRI, Rdn. I 158; Baumbach/Hopt, HGB, (7) BankGesch, Rdn. A 9.

69 Vgl. beispielsweise Jobe, ZIP 2004, 2415, 2418 f.; Klüwer/Meister, WM 2004, 1157, 1162.

70 BGHZ a.a.O., Fn 66.

71 BGHZ 122, 115 = WM 1993, 1009 = NJW 1993, 1638.

72 Sichertmann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1984, S. 137 unter Bezug auf Canaris, Bankvertragsrecht, 1988, Rdn. 49 und Wolff, DB1968, 695,

Zweifel sind eng mit der hier im Anschluss zu beantwortenden Frage verwoben, wie belastbar die aufgezeigte Struktur im Hinblick auf die Verfolgung von Eigeninteressen der Bank ist.

Ein wichtiger Punkt zu den beteiligten Interessen sei in diesem Zusammenhang noch festgehalten: Das Institut der Bankauskunft, das als Katalysator der rechtlichen Struktur des Bankgeheimnisses fungierte, trägt einem wechselseitigen Interesse der Akteure im Geschäftsleben Rechnung. Die Aufgabe ist dem Kreditgewerbe also zwangsläufig funktionell zugewachsen⁷³. Ein unmittelbares Interesse der Bank selbst an der Weitergabe von Informationen existiert hier dagegen zunächst einmal nicht.

6. Unbenannte Durchbrechungen

Neben der aufgezeigten Struktur und den genannten AGB-rechtlichen Regelungen wird die Reichweite des Bankgeheimnisses noch in einer Reihe weiterer Fälle begrenzt.

a. Geschäftsbedingte Durchbrechungen

Ein auch hier interessierender Bereich bilden dabei die Begrenzungen, die sich für den Kunden offenkundig und zwangsläufig aus der Natur der mit der Bank abgewickelten Geschäfte ergeben. Hier ist dogmatisch eine Rückkopplung an den Kundenwillen möglich. In die Vornahme der Geschäftstypen kann die partielle Befreiung von der Geheimhaltungspflicht als konkludente Willenserklärung hineininterpretiert werden. Die Begrenzungen sind daher unstreitig akzeptiert.

aa. Zahlungsverkehr

Anerkannte Durchbrechungen des Bankgeheimnisses existieren demzufolge beispielsweise im Zahlungsverkehr. Bankenüblich ist hier folgende Konstellation: Der Scheckinhaber oder die mit dem Scheckinkasso beauftragte Bank, bei der der Scheck zur vorläufigen Gutschrift eingereicht wurde, fragt bei der Bank des Scheckausstellers an, ob der angefragte Scheck "in Ordnung gehe" (regelmäßig sind für das "ob" einer solchen Anfrage interne Richtlinien zur Betragshöhe maßgeblich). Gegenstand der daraufhin gegebenenfalls erteilten "Scheckbestätigung" ist die

S. 696. Für die Rezeption dieser Struktur in jüngerer Zeit ebenfalls exemplarisch *Petersen*, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionsschutz, 2005, S. 24.

73 Dies ist mit Blick auf die doch erheblichen Haftungsrisiken nicht unproblematisch. Einen guten Überblick über die (nach wie vor) dringendsten haftungsrechtlichen Probleme bieten bereits *Dirichs* WM 1976, 1078 ff; *Kircherr/Stütze*, ZIP 1984, 515 ff.; *Lammel*, Auskunftshaftung, AcP 179 (1979), 337 ff.

Information, dass der angefragte Scheck - jedenfalls im Zeitpunkt der Anfrage - von einem entsprechenden Guthaben auf dem bezogenen Konto gedeckt wäre und damit - unter der Bedingung formaler Ordnungsmäßigkeit - jedenfalls im Anfragezeitpunkt auch eingelöst würde. Damit wird also nur eine Risikominimierung erreicht, weil die bestätigende Bank nicht garantiert, dass auch bei Vorlage des Schecks entsprechende Deckung vorhanden ist. Die bezogene Bank ist zur Abgabe der Scheckbestätigung grundsätzlich berechtigt. Der Aussteller hat mit der Begebung des Schecks nicht nur seine Kontoverbindung offenbart, sondern auch konkludent die Deckung erklärt⁷⁴.

Im Falle der Nichteinlösung dagegen ist das Kreditinstitut des Scheckausstellers befugt die personenbezogenen Daten, die zur Durchsetzung der scheckrechtlichen Ansprüche erforderlich sind gegenüber dem vorlegenden Institut bzw. seinem Kunden offenzulegen. Auch hier ist die Geheimhaltungspflicht durchbrochen. Auch für diese Auskunft kann eine Rückkopplung an den Willen des Kunden ermittelt werden. Mit Unterzeichnung des Scheckvertrages hat er sich verpflichtet, alles zu tun, was zur Gewährleistung eines reibungslosen Scheckverkehrs erforderlich ist. Hierzu gehört auch die Ermöglichung der Weiterverfolgung scheckrechtlicher Ansprüche durch den Schecknehmer.

Die angestellten Erwägungen gelten entsprechend für den Wechselverkehr.

Anders aber liegen die Dinge beim Lastschriftverfahren. Der zum Lastschrifteinzug Ermächtigte ist nicht berechtigt, vor Einreichung der Lastschrift bei der kontoführenden Stelle abzufragen, ob die betreffende Lastschrift gedeckt ist. Während nämlich der Aussteller eines Schecks, der diesen in Verkehr gebracht hat, jederzeit mit dessen Vorlage rechnen muss, darf der Einziehungsermächtigte die Lastschrift regelmäßig erst nach vorheriger Rechnungsstellung gegenüber seinem Kunden zum Einzug bei seiner kontoführenden Stelle einreichen. Der Zahlungspflichtige soll gerade in Anbetracht der Rechnungsstellung über sein Kontoguthaben disponieren können. Eine Kontodeckung wird bei Abgabe einer generellen Ermächtigung nicht miterklärt. Jenseits der Frage der Deckung gilt, dass das Wesen des Lastschriftverfahrens von "nachgelagerten" Korrekturen geprägt ist. Das Konto wird zunächst einmal belastet. Der Betrag wird dem Vorlegenden "Eingang vorbehalten" gutgeschrieben. Der Inhaber kann erst *nach* der Kontobelastung deren Rechtmäßigkeit in Frage stellen und dann durch Widerspruch stornieren lassen. Beide Erwägungen zeigen, dass ein geschäftstypischer Wille des Kunden zur Abgabe irgendwelcher kontobezogener Auskünfte nicht gegeben ist. Die Beispiele zeigen: Es bedarf jeweils einer genauen Analyse des Geschäftsmodells, um einen Rückschluss auf einen entsprechenden Kundenwillen sicher ziehen zu können, ohne in Konstruktionen abzugleiten. Einfach liegt der Fall bei der Überweisung. Selbstverständlich geht auch mit der Aufgabe einer Überweisung ein gewisses Maß an Preisgabe von Informationen einher, dass nicht mit der Geheimhaltungspflicht kollidiert. Der Betragsempfänger und seine Bank

74 Horn WM 1984, 449, 456; Baumbach/Hefermehl, Wechsel- und ScheckG, Art. 4 ScheckG Rdn. 3.

erfahren mit der Existenz der Bank-Kunde-Beziehung, auch dies eine Information, die grundsätzlich erst einmal von der Geheimhaltungspflicht umfasst ist⁷⁵.

bb. Sicherheitenrecht

Durchbrechungen der Geheimhaltungspflicht ergeben sich auch im Recht der Sicherheiten.

(1) Bestellung mit Publizitätsakt

Auch die Stellung von (Dritt-)Sicherheiten ist vom Schutze des Bankgeheimnisses umfasst. Geht aber mit der Bestellung einer Sicherheit ein Publizitätsakt einher, sind hier notwendigerweise der Geheimhaltungsmöglichkeit Grenzen gesetzt. So lassen sich (ungefähre) Ursprungshöhe einer Kreditaufnahme und kreditgewährende Bank einfach aus Abteilung III des Grundbuches ablesen. Begrenzungen finden hier nur auf Seiten der Einsichtnahmemöglichkeiten durch den Nachweis des berechtigten Interesses statt, § 12 Abs. I S. 1 GBO.

(2) Sicherheitenverwertung

Ebenso muss es selbstverständlich möglich sein, bestellte Sicherheiten im Sicherungsfall zu verwerten⁷⁶. Auch hierbei sind Offenlegungen von Kundeninformationen unvermeidlich.

(3) Sonderfall: Das Verhältnis zum Sicherheitengeber am Beispiel der Bürgschaft

Bei der Bürgschaft findet ein Informationsfluss zunächst einmal vom Hauptschuldner zum Bürgen statt. Letzterer hat einen direkten Anspruch auf Auskunft über Art und Umfang der verbürgten Forderung⁷⁷. Auch das Kreditinstitut muss jedoch befugt sein, Auskunft über die aktuelle Höhe der verbürgten Hauptschuld zu geben, damit der Bürge sein Haftungsrisiko einschätzen kann. Die Befugnis hierzu ist insbesondere anzunehmen, wenn die Übernahme der Bürgschaft auf Veranlassung des Hauptschuldners erfolgt ist. Davon strikt zu trennen ist die Befugnis, Auskunft über Einzelheiten der Geschäftsbeziehung zu geben. Daher enthalten die in der Kreditpraxis üblichen Bürgschaftsbedingungen meist eine

⁷⁵ Vgl. dazu Kapitel 2 I. 2.

⁷⁶ Zur Sicherheitenverwertung vgl. Nr. 17 AGB-Banken.

⁷⁷ BGH WM 1986, 11 ff.; WM 1987, 1481 ff.; WM 1989, 667; dazu *Merz* WM 1988, 24 ff.

Regelung, wonach der Bürge wegen erwünschter Auskünfte an den Hauptschuldner verwiesen wird.

Nach der Inanspruchnahme der Bürgschaft und erfolgter Tilgung der Bürgenschuld gehen die Ansprüche des Kreditinstitutes gegen den Hauptschuldner kraft Gesetzes auf den Bürgen über, § 774 BGB. Auch dies löst die wohlbekannte Rechtsfolge des § 402 BGB gemäß § 412 BGB aus. Der Bürge kann vom Kreditinstitut alle Informationen und Auskünfte verlangen, die zur Durchsetzung der auf ihn übergegangenen Ansprüche erforderlich sind. Der Auskunftsanspruch erstreckt sich hier auch auf die nicht akzessorischen Sicherungsrechte, deren Übertragung auf sich er im Verhältnis zum Hauptschuldner nach § 242 BGB verlangen kann⁷⁸. Hier ist die Zulässigkeit der Weitergabe anerkannt⁷⁹.

cc. Refinanzierung durch Forderungsabtretung

Dementsprechend gibt es Fälle, für die sich die hier zu beleuchtende Frage der Kollision des Bankgeheimnisse mit der Informationsweitergabe nach § 402 BGB nicht stellt. Es ist möglich, Kundendaten zur Einziehung einer Forderung weiterzugeben, wenn dem Kunden bei Kreditaufnahme bekannt ist, dass seine Forderung zur Refinanzierung weiter abgetreten wird⁸⁰. Von dieser Konstellation wird jedoch nur ein verschwindend geringer Teil von Darlehen betroffen sein. Denn nur wenn die Kreditgewährung der Banken an den Kunden durch die Inanspruchnahme von Sonderkrediten in Form von Durchleitungs- oder Refinanzierungskrediten refinanziert wird, sind Forderungsabtretungen dem Geschäftsmodell immanent und dem Kunden bekannt. Die Förderinstitute lassen sich üblicherweise zur Sicherung ihres Anspruches gegen die Bank, deren Rechte aus dem Kreditvertrag mit der Rechtsfolge des § 402 BGB abtreten⁸¹.

dd. Zwischenüberlegung

Allen obigen Fallgestaltungen ist gemein, dass sie ein Mindestmaß an erforderlicher Informationsoffenlegung bzw. -weitergabe legitimieren, wenn sich dieses Erfordernis zwangsläufig aus der administrativen Abwicklung des jeweiligen Bankgeschäftes ergibt. Die Zwangsläufigkeit der Geschäftsmodelle ermöglicht ohne besonderen Begründungsaufwand die rechtfertigende Rückkopplung der Informationsweitergabe an den Willen des Kunden. Die Fälle stellen sich somit nicht als strukturelle Besonderheiten sondern als Unterfälle der Kundeneinwilligung dar.

78 MünchKomm/Pecher, BGB, § 774, Rdn. 7; Staudinger/Horn, BGB, § 771, Rdn. 115.

79 Bruchner, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 39 Rdn. 25.

80 Früh/Müller-Ahrends, in: BuB Rdn. 3/138b.

81 dazu Früh/Müller-Ahrends, a.a.O Fn. 80.

b. Die allgemeinen Rechtfertigungsgründe, insbesondere Notwehr

Von der Tatbestandsbegrenzung oder -durchbrechung strukturell verschieden aber im Ergebnis identisch ist die Kompensation der Verletzung durch Rechtfertigungsgründe.

Die Rechtsordnung gewährt kein subjektives Recht grenzenlos. Dementsprechend kommen an den Rändern der Verschwiegenheitspflicht verschiedene Grenzkorrekturen in Betracht. So ist eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses im Falle der Notwehr (bzw. Nothilfe) gerechtfertigt, wenn die Offenbarung notwendig ist, um eine rechtswidrige Schädigung des Kreditinstituts, eines anderen Kunden oder eines sonstigen Dritten zu verhindern, §§ 227 BGB, § 32 StGB⁸². Hier fordert der Tatbestand, dass der rechtswidrige Angriff auf ein geschütztes Rechtsgut gegenwärtig ist. Erfasst sind damit vor allem Konstellationen, in denen ein der Bank erkennbares Gebaren des Kunden strafrechtliche Relevanz besitzt, so zum Beispiel ein Kreditbetrug. In diesen Bereich fallen auch die sogenannten Warn- und Suchmeldungen⁸³.

c. Unbenannte Durchbrechungen durch Güter- und Interessenabwägung

Die obigen Grundsätze bilden die Grundlage, auf der die Frage nach unbenannten Durchbrechungen der Geheimhaltungspflicht zu lösen sind. Diese Grundsätze werden auch in der jüngeren Diskussion um der Absicherung der Geheimhaltung willen vehement verteidigt. So führt beispielsweise *Nobbe* aus, dass die Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht im Verhältnis Bank - Kunde nicht von dem Ergebnis jeweiliger Interessenabwägungen abhängen dürfe, weil die Geheimhaltungspflicht sonst in ihrem Kern in Frage gestellt werde⁸⁴.

Es ist aber dennoch für die unbenannten Durchbrechungen zu differenzieren: Im Verhältnis Bank - Kunde sind Interessenabwägungen unterhalb der Ebene oben aufgeführter Grenzkorrekturen bis zur jüngeren Diskussion *nicht* anerkannt worden⁸⁵. Konsequenterweise wird nach verbreiteter Auffassung für die Verwertung in Verzug geratener Forderungen die Geheimhaltungspflicht nur über die Krücke der

82 Baumbach/*Hopt*, HGB, (7) BankGesch, Rdn. A/10; *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 39 Rdn. 39; *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht, 2002, § 3 Rdn. 39; *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1988, Rdn. 58, 62.

83 Dazu ausführlich *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 39 Rdn. 43.

84 *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1546.

85 Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1988, Rdn. 51, der wegen des hohen Gutes der Geheimhaltungspflicht selbst bei Vorliegen der hohen Anforderungen eines Rechtfertigungsgrundes noch keinen Automatismus zur Weitergabeberechtigung erkennen, sondern auch in diesen Fällen den Banken eine umfangreiche Prüfpflicht unter besonderer Berücksichtigung der Kundeninteressen im Einzelfall auferlegen will.

Kategorie *Rechtsmissbrauch des Kunden durch Nichtzahlung*, § 242 BGB, überwunden⁸⁶, ein äußerst fragwürdiger juristischer Klimmzug⁸⁷. Im Verhältnis Bankkunde zu Dritten mit berechtigten Informationsinteressen ist die Rechtsprechung vereinzelt in Interessenabwägungen eingetreten⁸⁸. Die Berechtigung solcher Annahmen bilden einen wesentlichen Kern dieser Untersuchung und werden im Zusammenhang zu erörtern sein⁸⁹.

7. Rechtsfolgenbetrachtung

Nach überkommener Vorstellung löst die zu vertretende Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht die Rechtsfolge Schadensersatz aus, §§ 280 Abs. I, 249 ff. BGB. Davon strikt zu trennen ist die erst mit der jüngeren Diskussion um die Forderungsabtretung aufgeworfene Frage, inwieweit dem Bankgeheimnis verfassungsrechtliche Relevanz zugeschrieben werden kann. Mit dieser im Anschluss zu erörternden Frage stehen und fallen ganze Geschäftstypen, sie ist also ungleich heikler und praxisrelevanter.

Aber auch die schuldrechtliche Seite der Darlehensverträge birgt Tücken. Denn nach einhelliger Auffassung⁹⁰ - jedenfalls für die ungestörte Kreditbeziehung - stellt die Verletzung des Bankgeheimnisses einen Grund zur fristlosen Kündigung des Darlehensvertrages aus wichtigem Grund dar, gemäß Nr. 18 Abs. 2 AGB-Banken bzw. Nr. 26 Nr. 2 AGB-Sparkassen.

Damit droht der Bank bei der Weitergabe von Informationen im Rahmen von Kreditverhältnissen zweierlei: Zum einen entfällt die Verpflichtung des Kunden zur Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung und die Refinanzierung gerät in Schieflage. Zum anderen kann der Kreditnehmer einen aus der vorzeitigen Vertragsbeendigung resultierenden Schaden liquidieren. Dies werden die Transaktionskosten einer Kreditneuaufnahme sein. Je nach Marktumfeld muss die Bank auch erhöhte Kreditkosten auffangen; ein schwacher Trost, dass sich der Kunde im Hinblick auf das Besserstellungsverbot der §§249 ff. BGB günstigere Kreditkosten anrechnen lassen müsste. Ebenfalls denkbar ist die Alternative, dass die Zinsen am Kapitalmarkt fallen und der Kunde einen günstigeren Neuabschluss herbeiführen will. Auch hier kann die Verletzung der Geheimhaltungsverpflichtung verhängnisvoll sein.

86 *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1547; *Früh/Müller-Ahrends*, in: BuB Bd. 3, 2005, Rdn. 3/138h und 3/138l.

87 Dazu ausführlich unten Kapitel 7 II. 3.

88 BGH WM 1991, 85; BGH WM 1992, 1310, 1311; BGH NJW 1992, 2146; BGH NJW 1995, 2218; BGH NJW 1997, 1361; BGH WM 1999, 678 zitiert nach *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht, 2002, § 3 Rdn. 41 f.

89 Vgl. dazu unten Kapitel 6.

90 Vgl. statt aller *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1545; Beispiele aus der Rechtsprechung liefern LG Koblenz ZIP 2005, 21; LG Frankfurt a.M. und der in jüngerer Zeit populär gewordene Fall Kirch ./ Deutsche Bank, OLG München ZIP 2005, 2423 ff.

Nur für den seltenen Fall, dass mit der Weitergabe der Informationen eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes einhergeht⁹¹, ist auch der Ersatz eines Immaterialgüterschadens denkbar⁹².

Und eine weitere, nicht zu unterschätzenden Problematik sei hier bereits im Vorgriff angedeutet. Die vom Themenkomplex *Grenzen des Bankgeheimnisses* ebenfalls unmittelbar betroffenen Risikostrukturinstrumente sind durch ihre hohe Komplexität gekennzeichnet⁹³. Wegen der regelmäßig vielen Beteiligten erfordert die Rückabwicklung erheblichen administrativen (und damit Kosten-) Aufwand. Dieser Aufwand tritt neben das Risiko der rechtlichen Instabilität, dass die Bewertung der Transaktionen am Kapitalmarkt verschlechtert und folglich die Gewinnmargen drückt.

Alles entscheidend ist aber in jedem Fall: Die Verletzung der Geheimhaltungspflicht zerstört das gewährte Vertrauen. Der über die AGB dem Kunden vermittelte Anspruch auf eine absolute Geheimhaltungspflicht wird nicht eingehalten. Dabei ist die Stärke der Kundenposition nicht zu unterschätzen. Gerade im Kreditbereich beispielsweise ist es der Kunde, der über den Darlehensbetrag und damit über etwaige Aufrechnungsmöglichkeiten verfügt. Und viel schwerer als mögliche unmittelbare materielle Verluste wiegt das Potential an mittelbaren wirtschaftlichen Einbußen, den ein kollektiver Vertrauensverlust nach sich ziehen kann.

II. Die Rechtsgrundlage

Dass eine rechtliche Grundlage für die Annahme einer Geheimhaltungssphäre erforderlich ist, ist nach obigen Ausführungen zur Informationsfreiheit wenig verwunderlich. Nur die rechtliche Anerkennung ermöglicht Geheimnisschutz. Sie ist zwingendes Teilelement aller Geheimhaltungspflichten.

Eine Einigkeit bezüglich der rechtlichen Grundlage des Bankgeheimnisses besteht - was nach den zitierten AGB auf den ersten Blick verblüffen mag - allerdings keineswegs. Zwei Phänomene lassen sich durch die vertragliche Regelung nämlich nicht erklären:

Zum einen das Fehlen einer entsprechenden Regelung in den AGB-Sparkassen⁹⁴ (So sehen die großen Sparkassen beispielsweise keine Regelungen zur Geheimhaltung sondern lediglich einen Hinweis auf das besondere

91 Dazu im Einzelnen *Steindorff*, Zivilrechtliche Grundlagen des Bankgeheimnisses, ZHR 149 (1985), S. 154 ff.

92 Erman/*Ehmann*, Anh. § 12, Rdn. 378.

93 Zur Problematik der Komplexität entsprechender Kapitalmarkinstrumente vgl. auch *Wiegand*, Asset Backed Securities, S. 856.

94 Darauf weisen zu Recht auch *Petersen*, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionsschutz, 2005, S. 23, dort Fn. 90, und *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 3 Rdn. 2 hin.

Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunde in ihren eigenen AGB vor⁹⁵). Entscheidender ist aber, dass die vom Vertragsschluss abhängige Regelung nicht bewirken kann, dass die Bank auch bei Abbruch von Vertragsverhandlungen, in deren Rahmen der Kunde vertrauliche Informationen angegeben hat, zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, wie es allgemein angenommen wird⁹⁶.

Zudem sind die AGB erst 1993 geändert worden, um rechtlichen Bedenken ausländischer Investoren bezüglich der Existenz eines Bankgeheimnisses in Deutschland Rechnung zu tragen. Wegen der Identität zum vorherigen Rechtszustand wird dieser Aufnahme des Bankgeheimnisses in die AGB demzufolge einhellig eine lediglich "deklaratorische Wirkung" zugesprochen⁹⁷. Der rechtliche status quo soll nach allgemeiner Auffassung durch diese Maßnahme unverändert geblieben sein.

1. Der Stand der Diskussion

Mit der Feststellung des begrenzten Erkenntniswertes der AGB fangen die dogmatischen Schwierigkeiten, in denen sich der Geheimnisschutz des Kreditgewerbes befindet, allerdings erst an. Exemplarisch manifestieren sie sich in der einleitend genannten Entscheidung des OLG Frankfurt a.M.. Dort heißt es zur privaten Rechtsgrundlage des Bankgeheimnisses⁹⁸:

„Alle Banken sind ihren Kunden aufgrund des Bankvertrages auch ohne ausdrückliche individuelle Vereinbarung zur umfassenden Geheimhaltung des Geschäftsverkehrs, besonders von Stand und Bewegung der Konten des Kunden, verpflichtet. Das Bankgeheimnis beruht im Übrigen auf dem gegenseitigen Vertrauensverhältnis zwischen Kunden und Bank und der sich daraus ergebenden Treuepflicht. Es gilt auch als Berufs- und Geschäftsgeheimnis im Kreditgewerbe. Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass das Bankgeheimnis eine Ausprägung von Art. 2 Abs. 1 GG und des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung ist. Aufgrund dessen bedarf die Verpflichtung der Bank zur Verschwiegenheit keiner besonderen Vereinbarung, um Gegenstand des Vertragsverhältnisses mit ihren Kunden zu werden. Die Pflicht gilt vielmehr als Nebenpflicht stets als vereinbart. Hier kommt hinzu, dass ... die AGB-Banken als Bestandteil vereinbart sind. In diesen Bedingungen ist unter Nr. 2 Abs. 1 hinsichtlich des Bankgeheimnisses folgendes bestimmt: ...“

95 Vgl. statt vieler exemplarisch die AGB der Sparkasse Köln/Bonn, Stand August 2005, Nr. 1 Abs. I.

96 Vgl. statt aller nur die grundlegenden Darstellungen bei *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 39 Rdn. 8 bzw. in *Bruchner/Stützle*, Leitfaden, S. 5; *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1988, Rdn. 53.

97 Der Ursprung dieser Auffassung findet sich bei *Horn*, AGB-Banken, 1994, S. 88; ihm folgend z. Bsp. *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1539; *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rdn. 2.149; *Bunte*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 7 Rdn. 1; *Beckhusen*, in: Derleder/Knops/Bamberger, Hdb BkR, § 5 Abs. II Rdn. 3; *Cahn*, WM 2004, 2041, 2042; *Jobe*, ZIP 2004, 2415; *Kristen/Kreppel* BKR 2005, 123, 130.

98 OLG Frankfurt a.M. a. M. ZIP 2004, 1449 (Wiedergabe ohne Literaturangaben des Gerichts).

Entsprechende Ausführungen haben ihre Ursache und Entsprechung in den zusammenfassenden Darstellungen der großen Bankrechtshandbücher. Dort findet man unter der Überschrift „Privatrechtliche Grundlagen“ beispielsweise⁹⁹:

„... Das bedeutet, dass das Bankgeheimnis im Verhältnis zwischen Kunde und Bank ... rechtsgeschäftlich vereinbart werden muss, weil ohne eine solche Vereinbarung keine Bank verpflichtet wäre, Informationen, die ihr zugänglich sind zurückzuhalten. Richtig ist allerdings, dass die Banken verpflichtet sind, für das Bankgeheimnis einen privatrechtlichen Schutz zu Verfügung zu stellen, da andernfalls ein verfassungsrechtlich garantiertes Recht ausgehebelt werden könnte. So gab es früher keinen Zweifel, dass das Bankgeheimnis der zwischen Kunde und Bank bestehenden Geschäftsverbindung auch heute noch immanent ist; heute sind die Dinge im Grundsatz wie im Detail durch Nr. 2 AGB-Banken klargestellt. Auf diese Weise teilt die Bank kraft allgemeinen Bankvertrages die Geheimnisssphäre des Kunden...“

und an anderer Stelle im selben Abschnitt¹⁰⁰

„Für das Bankgeheimnis gibt es in Deutschland keine gesetzliche Grundlage. Es ist aber gewohnheitsrechtlich anerkannt.“

Diese Ausführungen wollen ein wenig geordnet werden, denn sie beinhalten die unterschiedlichsten Ansätze, die nur bedingt gleichzeitige Geltung beanspruchen können. Das Bankgeheimnis soll zugleich ganz allgemein auf dem Vertrag beruhen, im Übrigen vertraglich vereinbart sein - sei es mit und ohne AGB -, und dies auch für die vorvertragliche Anbahnungsphase. Es soll gewohnheitsrechtlicher Natur sein und im Vertrauen der Vertragspartner wurzeln, Teil eines allgemeineren Bankvertrages sein und vertragsrechtlich einem verfassungsrechtlich geschützten Gut Geltung verleihen. Um sich dieser ungeordneten Vielfalt nebeneinander existierender Rechtsgrundlagen zu nähern, bedarf es einiger Entwirrarbeit.

2. Das Problem verfassungsrechtlicher Überlagerung

Für die hier anzustellende Prüfung sind folgende Gedanken wichtig: Die Verfassung verleiht keine privaten subjektiven Rechte. Es bedarf daher einer Anerkennung solcher Rechtspositionen im einfachen Recht. Erst wenn man eine einfachgesetzliche Rechtsgrundlage ermittelt hat lässt sich daneben die Frage beantworten, welchen verfassungsrechtlichen Werten durch das Anerkennen einer Geheimhaltungspflicht auf welche Weise vom Normgeber bewertet wurden, wie ihnen also situationspezifisch Geltung verliehen wird.

Diese Überlegungen nach den bewerteten Rechtsgütern und Interessen wird vor allem in Konstellationen relevant, in denen die Bewertung durch den Normgeber korrigiert werden soll, weil sie eine (gegebenenfalls neu auftretende) Interessenkollision nicht angemessen lösen kann. In der Abwägungsentscheidung, die dann die Entscheidung des einfachen Rechts korrigiert, muss den Rechtsgütern

99 Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, § 3 Rdn. 3.

100 Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, § 3 Rdn. 7.

und -interessen, wie ihnen im höherrangige Recht Ausdruck verliehen wird, Rechnung getragen werden.

Die Frage nach verfassungsrechtlichen Auswirkungen an den Grenzen des einfachen Rechts ist aber entgegen obiger Ausführungen strikt zu trennen von der Frage nach der Rechtsgrundlage des Bankgeheimnisses.

Zur Erleichterung des Verständnisses muss hier zudem die Frage nach der Zulässigkeit der Informationsgewinnung durch den Staat ausgeblendet werden. Nur im Bereich der Eingriffsverwaltung stellt sich die Frage, welche grundrechtlich geschützten Positionen die Kunden - gegebenenfalls vermittelt ihrer Bank - dem Zugriff des Staates entgegensetzen können, wenn dieser - gerade im Bankenbereich - Informationen erheben will. Wir begegnen hier also den Grundrechten in ihrer klassischen Abwehrfunktion.

Entsprechend verwirrend sind Aussagen zur Rechtsgrundlage wie diese von *Kümpel*¹⁰¹:

„Kein Einvernehmen besteht, ob das Bankgeheimnis auch im Verfassungsrecht verankert ist.“

Das Problem wird auf diese Weise unzutreffend bezeichnet. Im Staat-Bürger-Verhältnis ist grundsätzlich eine Informationsbarriere in der Verfassung verankert: Will der Staat wissen, was sein Bürger auf dem Sonntagsmarkt gekauft hat, braucht er eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für diese Informationsgewinnung. Das hat mit den Besonderheiten des Bankgeschäfts genauso wenig zu tun wie mit der Anerkennung eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Selbstverständlich bewegt sich der Bürger mit den ihn betreffenden Informationen in einem staatsfreien Raum, ganz unabhängig davon, wie freiheitlich die bürgerlich-rechtliche Informationsordnung einfachgesetzlich ausgestaltet ist. Über das jeweils einschlägige Grundrecht wird lediglich in Wechselwirkung die Anforderung ermittelt, die eine Ermächtigungsgrundlage, die die Informationsbarriere überwinden will, zu erfüllen hat. Nur hier stellt sich die Frage, ob der Eingriff den allgemeinen Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Art. 2 Abs. 1 GG (Allgemeine Handlungsfreiheit) oder den erhöhten Anforderungen an einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG zu genügen hat¹⁰².

Wohl die traditionell fehlende rechtliche Anerkennung durch den Normgeber und die durchaus auch modisch motivierte und zur Datenschutzgesetzgebung der frühen achtziger Jahre führende Diskussion um das Recht auf informationelle Selbstbestimmung haben mit dazu beigetragen, gerade bei der Geheimhaltungspflicht im Kreditgewerbe den verfassungsrechtlichen Hintergrund

101 *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rdn. 2.154.

102 Zutreffend im Hinblick auf eine saubere Differenzierung nach zivilrechtlicher und öffentlichrechtlicher Dimension in jüngerer Zeit dagegen *Krawietz/Engelhard*, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Der aktuelle Begriff - Bankgeheimnis, Nr. 51/05 v. 18.07.2005.

besonders in den Vordergrund zu rücken¹⁰³. Dies ist nur unter der Voraussetzung sinnvoll, dass sich der begrenzte Erkenntniswert einer solchen Handhabung laufend bewusst gemacht wird: Es gibt kein Bankgeheimnis als einheitlichen, verfassungsrechtlichen Block, sondern eine Vielzahl unterschiedlichster Interessenkollisionen, in denen Grundrechtspositionen von Kunde und Bank immer wieder neu und unterschiedlich bewertet und zum Ausgleich gebracht werden müssen, seien sie nun aus Art. 2 GG, Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG, Art. 14 GG oder Art. 12 GG des Kunden oder auch der Bank hergeleitet¹⁰⁴.

Zurück zum Eingangsbeispiel: Den Zivilrechtlicher muss zunächst einmal die Frage interessieren, ob es zulässig ist, dass der Marktverkäufer seinem Standnachbarn mitteilt, ob und was sein Kunde bei ihm gekauft hat. Nochmals: Weil unsere Informationsordnung hier grundsätzlich die Freiheit der Information vorsieht, muss die besondere Verrechtlichung einer Informationsblockade im Bürger-Bürger-Verhältnis ermittelt werden.

3. Die Ermittlung der Rechtsgrundlage als Mischform - historischer Prozess und rechtliche Argumentation

Die bisherige Darstellung deutet bereits an, dass der Weg zur Ermittlung der Rechtsgrundlage nur zweigleisig beschritten werden kann. Das Institut Bankgeheimnis ist älter als die kodifizierten Eckpfeiler unserer heutigen Zivilrechtsordnung und die in Ermangelung einer Kodifizierung erforderliche Rückführung auf eine Rechtsgrundlage muss daher in erheblichem Maße als historischer Prozess verstanden werden. Nur über eine historische Betrachtungsweise lässt sich nachvollziehen, auf welchem Weg sich das Rechtsinstitut seinen Weg in die moderne Dogmatik gebahnt hat.

103 Gerade im Kreditgewerbe hat die sprunghaft erhöhte Sensibilisierung für die Behandlung persönlicher Daten Anfang der achtziger Jahre zu einer besonders engen Kooperation von Gesetzgeber und Beteiligten Rechtskreisen geführt. Vgl. dazu exemplarisch "Datenschutz und Kreditgewerbe - 5 Jahre BDSG", WM 1983, Sonderbeilage Nr. 7 zu Heft 33.

104 Zur Vertiefung der Frage des Erfordernisses einer deutlichen Grenzziehung zwischen den beiden Teilaspekten seien die (seinerzeit gemeinsam auf dem 4. Bankrechtssymposium der ZHR in Riederau, Ammersee gehaltenen) Vorträge von *Steindorff* und *Lerche*, "Zivilrechtliche Grundfragen von Bankgeheimnis, Bankauskunft und Persönlichkeitsschutz" und "Bankgeheimnis - verfassungsrechtliche Grundlagen", veröffentlicht in der ZHR 149 (1985), S. 139 ff., zur Lektüre empfohlen.

a. Historischer Abriss

Der Begriff "Bankgeheimnis" begegnet uns im deutschsprachigen Rechtskreis zum ersten Mal in der Bankordnung der Preußischen Bank von 1846, der Vorläuferin der späteren Reichsbank¹⁰⁵.

Die Erkenntnis des Wertes der Vertraulichkeit im Geschäftsverkehr der Banken ist allerdings so alt wie das europäische Bankengeschäft selbst. *Weber* mutmaßt, das tiefverwurzelte menschliche Bedürfnis, Vermögensangelegenheiten mit der Aura des Geheimnisses zu umgeben, gründe auf der Furcht vor Neid, Missgunst und Nachteilen für die eigene Sicherheit¹⁰⁶. Dies sei hier um die Selbstverständlichkeit ergänzt, dass Information in allen Lebensbereichen schlicht Vorteil bedeutet und damit im vermögensrechtlichen Bereich geschäftlichen Vorteil. Die Geheimhaltung ist bei einer Vielzahl von Geschäften Voraussetzung ihres Gelingens. Dies gilt vom Flohmarkterwerb bis zur Unternehmensübernahme.

Noch entscheidender aber ist, dass Diskretion sinnfälliger Gradmesser wechselseitigen Vertrauens ist. Die Betroffenheit von erheblichen Vermögenswerten macht eine Vertrauensinvestition erforderlich, die als Fehlinvestition nie ganz von der Rechtsordnung kompensiert und aufgefangen werden kann. Der Ruf der Befähigung zur Verschwiegenheit lässt Schlüsse auf die Verlässlichkeit im sonstigen geschäftlichen Gebaren zu.

Erste Nachweise des Bankgeheimnisses finden sich daher bereits in der frühen Bankgeschichte am Ausgang des Mittelalters in Italien. *Jäger*¹⁰⁷ übersetzt die Satzung der 1593 in Mailand gegründeten Bank des heiligen Ambrosius wie folgt:

„Man gebe niemand Anschluss über andere außer dem Anfragenden über sich selbst, desgleichen dessen Bevollmächtigten, Erben, usw. bei Strafe des Amtsverlustes und noch größerer Strafe, je nach dem Gutachten des Vikars und der Zwölfe.“

Hier ist also der Punkt, an dem die *sittliche* Pflicht den beschriebenen Wandel zur *rechtlichen* Pflicht vollzieht¹⁰⁸.

Interessant ist dabei die Erkenntnis, dass solche Regelungen nicht erst aus der Geschäftsbeziehung der Bank mit ihren Kunden erwachsen, sondern diesen vorgelagert waren. Sie fanden sich in den Satzungen der Bankhäuser oder in ihren Dienstanweisungen an die Angestellten¹⁰⁹. Sinngemäß widergegeben sei hier noch die Gründungsurkunde "Ordnung und Articuli" der Hamburger Bank als erstem deutschen Bankhaus aus dem Jahre 1619. Dort heißt es, dass der Buchhalter, wenn jemand nach einem anderen Kunden frage, keinesfalls Auskunft erteilen solle, vielmehr sei es bei höchster Strafe verboten, jemandem das, was in der Bank passiert und geschrieben wird zu offenbaren¹¹⁰.

105 *Wolff*, DB 1968, 695.

106 *Weber*, in: BuB, Rdn. 2/841.

107 *Jäger*, Banken, S. 32.

108 Vgl. dazu oben Kapitel 1 III. 1.

109 *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1984, S. 71.

110 Zitiert nach *Wolff*, DB 1968, 695.

Diese satzungsmäßige Verfassung als Reaktion auf die bisherigen Erkenntnisse zum Funktionieren geschäftlicher Beziehungen, eröffnen einen vertrauenswürdigen Rahmen für die Offenbarung vermögensrechtlicher Informationen durch den Kunden. Dem Kreditgewerbe ist seit jeher bewusst, dass es entsprechende Strukturen bereitstellen muss, um überhaupt den geschäftlichen Kontakt aufnehmen zu können. Je größer dabei die Garantie der Diskretion, desto höher auch die Möglichkeit, sich von anderen, gegebenenfalls indiskreteren Häusern abzugrenzen. Das Bankgeheimnis ist also sowohl Wettbewerbsvorteil als auch prägendes Element einer idealisierten Bank-Kunde-Beziehung.

Ursprünglich musste sich das damit einhergehende Vertrauen erst einmal verdient werden, was Aufgabe der Eigenorganisation war, und damit verlässliches Personal und verlässliche Regeln erforderlich machte. Die Aufnahme solcher Regeln spiegelt also das ganz erhebliche Eigeninteresse der Banken an der Geheimhaltungspflicht wider. Das Kundeninteresse ist damit zwar Auslöser und Grenze der Geheimhaltung. Für die Banken aber ist sie sogar Voraussetzung des geschäftlichen Tätigwerdens.

Eine Zäsur stellt dann die Entwicklung dar, dass nicht mehr die Bankhäuser selbst sondern der Staat das Ausforschen der Geschäftstätigkeit der Banken verbietet und zwar nicht nur den hier bedeutsamen privaten Dritten sondern auch sich selbst. So weisen *Sichtermann u.a.* bereits Rechtsetzung bei Friedrich dem Großen nach, die ganz allgemein die Ausforschung von Bankdaten verbietet¹¹¹. Dieser Wandel in den Kinderschuhen liberalstaatlichen Denkens kann schließlich in unserem Wohlfahrtsstaat jedenfalls für das Staat-Bürger-Verhältnis, mit dem der Begriff des Bankgeheimnisses landläufig zuerst assoziiert wird, keinen Bestand mehr haben. Das Interesse des hoch verschuldeten, modernen Wohlfahrtsstaates an den Konten seiner Bürger drängt die Grenze mehr und mehr zurück, wie es beispielsweise Gesetzesvorhaben wie das "Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit" aus dem Jahre 2005 unterstreichen¹¹².

Dennoch wurden entsprechende Ansätze staatlicher Reglementierung - jedenfalls für die Geheimhaltungspflicht des Kreditgewerbes - nicht durch eine entsprechende Strafbewehr in den Strafgesetzbüchern der Einzelstaaten vor Reichsgründung fortgeschrieben¹¹³. Dieser fehlenden strafrechtlichen Relevanz des bankvertraglichen Geheimnisbruches ist der moderne Strafgesetzgeber grundsätzlich gefolgt¹¹⁴. Wie

111 *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1984, S. 75.

112 BGBl. I S. 2928.

113 Ein Nachweis der - hier im Zusammenhang nicht weiter relevanten - Originaltexte der Vorschriften findet sich ebenfalls bei der vollumfänglichen historischen Darstellung bei *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1984, S. 74.

114 Zweifel bestanden lange Zeit an der Schnittstelle von Amtsträgereigenschaft und Kreditgewerbe, bei den öffentlich-rechtlichen Sparkassen. Diese rühren aber nicht aus einer originären Kodifikation des Bankgeheimnisses sondern aus der geheimnisrechtlichen Strafbewehr von Amtspersonen her. Vgl. dazu *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 203 Rdn. 44 und insbesondere aus jüngerer Zeit den Aufsatz von

die genannte Vorgängerregelung sanktioniert § 203 Abs. I StGB nur noch den Geheimnisverrat bestimmter Gruppen von Freiberuflern und Amtspersonen.

Im Jahre 1961 wurde der Versuch unternommen, anlässlich der Neufassung des KWG, das Bankgeheimnis mit in das Gesetz aufzunehmen. Damit sollte der unklaren rechtlichen Grundlage und der fehlenden rechtlichen Konturierung des Bankgeheimnisses Rechnung getragen werden. Die Gesetzesinitiative scheiterte. Als Gründe wurden im Wesentlichen zwei genannt¹¹⁵:

- die - seinerzeit unterstellte - lange gewohnheitsrechtliche Anerkennung
- der unauflösbare Widerspruch zum etablierten Institut der Kreditauskunft

Schon damit wurden alle wesentlichen Schwierigkeiten vorgezeichnet, die die dogmatische Ausgestaltung in der Folgezeit zu bewältigen haben sollte.

Mit diesem Scheitern eines Kodifikationsversuches endet der Gesetzgeberbeitrag zur dogmatischen Ausgestaltung des Bankgeheimnisses für den hier relevanten Bereich. Die weitere Entwicklung diente lediglich dazu, je nach politischer Akzentuierung, das Staat-Bürger-Verhältnis unterschiedlich auszugestalten vom liberalen Staat hin bis zum modernen Steuer- und Wohlfahrtsstaat.

b. Eigenverantwortliche Entwicklung der beteiligten Rechtskreise und strukturelle Vorgaben des Geheimnisschutzrechtes

Diese Mischung aus überkommener Selbstverständlichkeit und daraus resultierender gesetzgeberischer Zurückhaltung haben also Rechtsprechung, Lehre und vor allem das Kreditgewerbe selbst dazu verpflichtet, Schutzzumfang und Grenzkorrekturen des Bankgeheimnisses zu ermitteln und herauszuarbeiten.

Was die Freiheit eines entsprechenden Vorgehens angeht, gilt es zu bedenken, dass mit den sonstigen kodifizierten Sonderberufsgeheimnissen ein strukturell einheitlicher Bestand an Geheimhaltungspflichten existiert¹¹⁶. Aus diesem lassen sich - gegebenenfalls analogiefähige - gefestigte Strukturelemente abstrahieren. Die drei Kernmerkmale des gesetzlichen Geheimnisschutzes sind¹¹⁷:

- Das Geheimnis als Anknüpfungspunkt (oder ein vergleichbarer die Exklusivität der Informationen implizierender Terminus)
- Vertraulichkeit, bzw. Anvertrautsein der Information in einer Sonderverbindung
- Unbefugtes Offenbaren als Verletzungshandlung

Schalast/Safran/Sassenberg, "Strafbarkeit von Sparkassenvorständen beim Verkauf notleidender Kredite", in: NJW 2008, 1486 ff.

115 *Schorck*, WM 1959, Sonderbeilage Nr. 2, S. 14.

116 Und dabei kommt es nicht darauf an, ob diese nur in die jeweiligen Berufsordnungen aufgenommen wurden oder ob sie zudem im Strafgesetzbuch strafbewehrt sind.

117 *Erman/Ehmann*, BGB, Anh § 12 Rdn. 445.

Diese mögliche Rückführung auf einen vergleichbaren, gesetzlichen Bestand hat - trotz mancher Eigentümlichkeit des Kreditgewerbes - eine Aufnahme in die Bankverträge oder gar eine gesetzliche Regelung zunächst entbehrlich gemacht. So bestand auch keine Notwendigkeit, die Geheimnispflicht nach historischem Vorbild als Selbstverpflichtung in die unternehmenskonstituierenden Satzungen aufzunehmen.

Jede Dringlichkeit, hier zu einer belastbaren verrechtlichenden Lösung zu gelangen, wurde noch davon abgemildert, dass für die bedeutende Gruppe der Sparkassen in Deutschland lange Zeit die Auffassung vertreten wurde, § 203 II StGB¹¹⁸ bewehre sämtliche Angestellten der Sparkassen als Amtspersonen mit einem strafrechtlich sanktionierten Bankgeheimnis¹¹⁹ (Diese Auffassung wird heute für die Sparkassen nicht mehr zu halten sein¹²⁰. Mit dem Abbau der letzten Privilegien wie Gewährträgerhaftung und Anstaltslast müssen sich die Kreditinstitute unabhängig von einem öffentlich-rechtlichen Begründungsakt und ihren Eigentümerstrukturen mit gleichen Bedingungen im Markt begegnen. Eine Strafbewehr des Sparkassenangestellten als Amtsträger in Gegensatz zu seinem Kollegen in der gegenüber liegenden Filiale eines privatrechtlichen Instituts, ist mit Art. 3 Abs. I GG nicht zu vereinbaren)¹²¹.

Erst die Unsicherheiten ausländischer Investoren über das gesetzlich nicht kodifizierte Institut bahnten dann wie gezeigt im Jahre 1993 dem Bankgeheimnis den Weg in die AGB-Banken¹²². Hierbei stand die oben aufgezeigte Struktur Pate, was in der Konsequenz zu der regelmäßig anzutreffenden Aussage führte, diese Aufnahme in die AGB sei rein "deklaratorischer" Natur gewesen¹²³.

c. Die Lösungen aus dem Schuldverhältnis selbst

Die überkommene, gefestigte Struktur und die fehlende Kodifizierung haben den Blick der modernen Dogmatik zwangsläufig auf die bestehende

118 Die Norm lautet: "...wird bestraft, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis...offenbart, daß ihm als ...Amtsträger anvertraut oder sonst bekannt geworden ist".

119 So noch *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1984, S. 109.

120 So schon *Kristen/Kreppel* BKR, 2005, 123, 131.

121 *Schalast/Safran/Sassenberg*, NJW 2008, 1486, 1489, haben in jüngerer Zeit versucht, die Diskussion neu zu beleben, können die Ergebnisse der Vergangenheit aber nur mit gleicher Begründung (Strukturwandel im Sparkassensektor und Hinweis auf den Gleichbehandlungsgrundsatz) bestätigen. Der BGH hat die Frage der Amtsträgereigenschaft in seiner neueren Rechtsprechung (hier insbesondere BGH NJW 2010, 361, 362) dahin stehen lassen, kommt aber zum gleichen Ergebnis, dazu noch unten Kapitel 4 I. 2.

122 Nr. 2 Abs. I AGB-Banken.

123 Vgl. statt Vieler *Cahn*, WM 2004, 2041, 2042;

Sonderrechtsverbindung gelenkt. Zwei Auffassungen zur Rechtsgrundlage müssen sich dabei gegenüber stehen:

Rechtsprechung und herrschende Lehre denken das Bankgeheimnis traditionell als *vertragliche* Kategorie in der rechtsgeschäftlichen Sonderverbindung des Kunden zur Bank begründet¹²⁴. Dagegen nimmt vor allem *Canaris* an, dass die Geheimhaltungspflicht Ausprägung und Unterfall der auf der Geschäftsverbindung beruhenden Vertrauenshaftung sei und damit nur auf eine *gesetzliche* Kategorie zurückgeführt werden könne¹²⁵.

Der Streit um die Grundlage wurde heftig am Bankgeheimnis selbst geführt. Dabei handelt es sich doch eigentlich um die Wiederkehr der abstrahierbaren, immer gleichen Streitfrage im Zusammenhang mit Schutzpflichten: Kann die Schutzpflicht über den hypothetischen Willen an die Willensbildung des Individuums rückgekoppelt werden oder muss alles, was nicht Eingang in die vertragliche Vereinbarung gefunden hat als gesetzliche Kategorie des Vertrauensschutzes gedacht werden¹²⁶. Dabei ist auf Grundlage der Arbeiten von *Canaris* die Lehre vom gesetzlichen Schutzpflichtverhältnis mit Anknüpfung in § 242 BGB heute Gemeingut geworden, weil nur so Scheinbegründungen über den hypothetischen Parteiwillen vermieden werden können. Um so erstaunlicher ist es, dass sich gerade im Bankvertragsrecht noch ganz überwiegend eine Interpretation gehalten hat, die eine heute weniger populäre Interpretation der Nebenpflichten des § 242 BGB liefert: Weiterhin wird die Pflichtenbegründung als ausschließlich vertragliche Kategorie gedacht.

Über die Frage, warum sich im deutschen Rechtskreis - entgegen der allgemeinen Entwicklung hin zur gesetzlichen Entstehung von Schutzpflichten - die vertragliche Lösung so lange behaupten konnte, lässt sich nur spekulieren. Die Beharrlichkeit einer Denktradition alleine kann dieses Phänomen nicht erklären, weil sich in anderen Rechtsgebieten keine Entsprechung findet. Auch der stark am angelsächsischen Modell ausgerichtete Charakter des Bankgewerbes, der die Erklärung der Verschwiegenheitspflicht aus der Natur des Vertrages (*naturalia negotii*) begünstigen würde, ist zu modern, als dass er hierfür ausschlaggebend hätte sein können¹²⁷.

124 BGHZ 27, 241, 246; BGH DB 1953, 1031; Dresden OLGE 1940, 377; OLG Karlsruhe WM 1971, 686, 687; *Müller-Erbach*, Handelsrecht, S. 651; *Baumbach/Hopt*, HGB, BankGesch (7) Rdn. A/9; *Kreutzer*, Bankgeheimnis, S. 29; *Schönle*, Bank- und Börsenrecht, § 5 I 1; *Müller* NJW 1963, 835; *Wolff* DB 1968, 695 f.; *Schaepler* NJW 1972, 1838; *Liesecke* WM 1975, 247; *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1984, S. 111 ff.

125 Grundlegend: *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 42 und in jüngerer Zeit *Canaris* ZIP 2004, 1781 f.

126 Eine besonders lesenswerte Rückführung auf die dahinter stehenden historischen Denksätze findet sich bei *Oechsler*, Schuldrecht, Rn. 6 ff.

127 Für eine Stärkung der Lehre von den *naturalia negotii* - und damit einer Begründung des Bankgeheimnisses nach angelsächsischem Muster in der vertraglichen Kategorie - in neuerer Zeit vor allem *Oechsler*, Schuldrecht, Rn. 8.

Nicht zu unterschätzen ist meines Erachtens aber die eher entwicklungsbedingte als rechtsdogmatische Tatsache, dass mit *Hopt* ein entschiedener Gegner der Lehre vom gesetzlichen Schutzpflichtverhältnis maßgeblich an der Fortentwicklung der bankvertraglichen Grundlagen beteiligt gewesen ist¹²⁸.

Hier hat die wiederholte Übernahme in Folgepublikationen der Auffassung von der vertraglichen Grundlage geholfen, sich gegen ihren traditionellsten Einwand zu behaupten, nämlich die Annahme, dass eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit einhellig auch dann entstehen soll, wenn es entweder überhaupt nicht zu einem Vertragsschluss kommt, der Kunde aber in der (im Endeffekt vergeblichen) Anbahnungsphase dennoch Informationen offenbart hat, oder sich der Vertrag als nachträglich nichtig herausstellt¹²⁹.

Dieser grundlegenden Kritik hat sich die Lehre speziell für das Bankvertragsrecht durch die Entwicklung des sog. *allgemeinen Bankvertrages* zu erwehren versucht¹³⁰. Danach seien die Einzelgeschäfte mit der Bank in eine umfangreichere Rahmenbeziehung einzugliedern, die mit Kontoeröffnung entstehe und rechtsgeschäftlich den Rahmen für eine Vielzahl von Einzelgeschäften des Kunden mit der Bank abstecke und so u.a. auch die Verpflichtung auf das Bankgeheimnis enthalte¹³¹. Hier muss nicht auf die gesamten Implikationen dieser Lehre eingegangen werden. Denn sie kann für die rechtliche Grundlage des Bankgeheimnisses keinen gesonderten Erkenntniswert beanspruchen. Fragt beispielsweise ein künftiger Bauherr unter Offenlegung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verschiedenen Kreditinstituten Konditionen für eine etwaige Finanzierung ab, um den günstigsten Anbieter zu ermitteln, fehlt gerade die über ein Konto vermittelte Geschäftsbeziehung. Dennoch wären alle Kreditinstitute nach einhelliger Auffassung gleichermaßen auf das Bankgeheimnis verpflichtet. Damit erschöpft sich der dogmatische Wert der Lehre vom allgemeinen Bankvertrag darin, dass an die Stelle der Begründung aus einem hypothetischen Parteiwillen die Fiktion von Willenserklärungen hinsichtlich eines Rahmenvertrages tritt. Sie ist daher zu Recht in jüngerer Zeit nicht aufrecht erhalten worden; ein Ergebnis, dass von der neueren gesetzlichen Konturierung der vertraglichen Beziehung zwischen Kunde und Bank in den §§ 676 a ff. BGB noch gestützt wird.

Während die Erwägungen zum allgemeinen Bankvertrag vor allem konstruktiver Natur sind, bringt *Steindorff* als Gegenansatz einen ausschließlich normativen Aspekt in die Diskussion ein¹³²: Das Angewiesensein der Kunden auf den Bankverkehr und damit auf Diskretion in erzwungener Arbeitsteiligkeit "lasse es angemessen erscheinen", den Geheimnisschutz aus wertenden Erwägungen heraus einheitlich *gerade in einer gesetzlichen* Kategorie zu verorten. Auf die

128 Grundlegend: *Hopt*, AcP 1983, S. 608, 609 ff.; *ders.*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankReHdB, § 1 Rn. 49; *ders.*, in: *Hopt*, HGB, BankGesch (7), A 10.

129 *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 42.

130 Vgl. dazu grundlegend *Müller-Graff*, Geschäftsverbindung, 247 ff.; *ders.* JZ 1976, 153 ff.

131 *Baumbach/Hopt*, HGB, (7) BankGesch A/7.

132 *Steindorff*, Zivilrechtliche Grundlagen des Bankgeheimnisses, ZHR 149 (1985), S. 154.

Auswirkungen dieses Angewiesenseins wird noch zurückzukommen sein¹³³, weil versucht wurde, diesen Ansatz auch für die jüngere Begrenzungsdiskussion fruchtbar zu machen.

d. Zwischenergebnis

Es könnte sich folglich hier getrost der modernen Vorstellung von der Verankerung von Schutzpflichten in einem gesetzlichen Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten angeschlossen werden.

Doch bleibt bei einer entsprechenden Verortung eine Frage ungelöst: Es ist ja bereits auf die sehr konkrete, gefestigte Struktur der Geheimhaltungspflicht hingewiesen worden. Diese steht in einem Spannungsverhältnis zur flexiblen, auch situativen Entwicklung und Reichweite von Schutzpflichten aus § 242 BGB.

e. Gewohnheitsrechtliche Verfestigung

Insofern ist meiner Auffassung nach das Augenmerk ganz entscheidend auf die gewohnheitsrechtliche Kategorie zu lenken. Die Einordnung als Gewohnheitsrecht wird regelmäßig beiläufig oder ergänzend für möglich gehalten¹³⁴. Diese Beiläufigkeit wird der eigentlichen Rolle des Gewohnheitsrechtes in dieser Frage nach hier vertretener Auffassung nicht gerecht¹³⁵.

Gewohnheitsrecht ist eine über längere Zeit hindurch tatsächlich überwiegend befolgte Regel zwischenmenschlichen Verhaltens, die in dem Bewusstsein befolgt wird, damit einem Gebot des Rechts nachzukommen. Die Feststellung eines tatsächlichen Verhaltens ist also nicht ausreichend. Hinzutreten muss die begleitende Rechtsüberzeugung¹³⁶.

Der Weg zum Gewohnheitsrechtssatz ist ein zweistufiger Erkenntnisakt. Denn das aus einer Übung entstandene Gewohnheitsrecht bedarf zu seiner Anwendung zunächst einmal der sprachlichen Formulierung als Rechtsregel. Dieses

133 Dazu unten Kapitel 8 I. 1. b. bb.

134 Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, 2002, § 3 Rdn. 3; Sichter/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1984, S. 65; Bruchner/Stütze, Leitfaden, S. 3.; Beckhosen, in: Derleder/Knops/Bamberger, Hdb BkR, § 5 Abs. II Rdn. 9; Kloepfer, Informationsrecht, § 3 Rdn. 57; Böhm, BB 2004, 1641, 1642; Klüwer/Meister, WM 2004, 1157; Koberstein-Windpassinger, WM 1997, 473, 474; Rinze/Heda, WM 2004, 1557, 1561; Kristen/Kreppel, BKR 2005, 123, 131; Toth-Feher/Schick, ZIP 2004, 491, 493; Hofmann/Walter, WM 2004, 1566, 1570.

135 Insofern ist es zu begrüßen, dass sich mit Nobbe, WM 2005, 1537, 1540 inzwischen ein prominenter Autor ausdrücklich *ausschließlich* auf die gewohnheitsrechtliche Kategorie festgelegt hat. Seit der 68. Auflage für die gewohnheitsrechtliche Kategorie auch Palandt/Grüneberg, BGB, § 134 Rdn. 22a.

136 Vgl. zum Ganzen Larenz, Methodenlehre, 1991, S. 356; Röhl, Rechtslehre, S. 525.

Ausformulieren ist bereits eine erste Stufe der Deutung. Und diese steht auf unsicherem Fundament. Ihr Bezugspunkt ist nicht ein bereits vorgegebener Wortsinn oder anderweitig erkennbarer Gesetzgeberwille, sondern es sind die mehr oder weniger klaren Vorstellungen aller derer, die sich (gegebenenfalls unreflektiert) der Regel gemäß verhalten haben. Dies hat notwendig eine relativ allgemeine Formulierung zur Folge. Damit besteht das Folgeproblem der Lehre vom Gewohnheitsrecht darin, dass sich in dem Herauslösen der formulierbaren Regel aus der Faktizität meist der Erkenntniswert erschöpft. Für das Bankgeheimnis bedeutet dies, dass ein erkennbarer Rechtssatz lauten könnte:

„Jede Information über ihre Kunden ist von der Bank grundsätzlich(!) geheimzuhalten“

(Dabei ergibt sich das "grundsätzlich" aus der Tatsache, dass unsere Rechtsordnung kein subjektives Recht grenzenlos gewährt).

Daran schließt sich die eigentliche Auslegungsarbeit aber erst an¹³⁷. Welche Durchbrechungen sind zulässig? Wie ist der Rechtssatz in Grenzkonstellationen zu konturieren? Wie ist der Einzelfall, wie der typisierte Fall zu entscheiden?

Für einen konkreten Beispielfall wie den Forderungübergang fehlen in Ermangelung von Präjudizien dabei feste Anhaltspunkte. Die Annahme des (lediglich grundsätzlichen) Verbotes eines Informationsabflusses muss jetzt für diese Konstellation konkretisiert werden. Es gilt die zweite Auslegungsstufe nach den Grundsätzen allgemein anerkannter Methodik zu entwickeln und so die aufgeworfene Begrenzungskonstellation auszugestalten.

Dabei sind die oben dargestellten Besonderheiten zu berücksichtigen: Zum einen ist das Bankgeheimnis - wie gezeigt - ein historisch überkommenes Institut und hat daher bereits in früheren Rechtsordnungen rechtliche Ausgestaltungen gefunden. Unvermeidlich hat somit zum Beispiel die Weite der Formulierung Eingang in unsere Rechtsordnung gefunden. Zum anderen kann bei der Diskussion nicht am Grundkanon von strukturellen Merkmalen vorüber gegangen werden, den die Rechtswissenschaft dem Bankgeheimnis inzwischen wie selbstverständlich zuschreibt.

Die zweite Stufe der Auslegung hat also - und dies gilt dann auch für unseren Beispielfall der Forderungsabtretung - bereits ein hohes Maß an Konkretisierung erfahren. Es darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass sämtliche Vorüberlegungen zu aktuellen Diskussionsbeiträgen, die Grundlagen und Reichweite des Bankheimnisses referieren bzw. erarbeiten, im Kernverständnis der Verschwiegenheitspflicht völlig deckungsgleich sind. Und aus der Überzeugung der beteiligten Rechtskreise rührt auch die besondere Bedeutung der Ausformulierung in den AGB. Die Tatsache, dass überkommene Strukturen für die Formulierung der AGB im Jahre 1993 Pate standen und auch in der neueren Diskussion kaum auf den Prüfstand gestellt werden, macht eine Auseinandersetzung mit ihnen zwangsläufig. Zu diesen gehört die Priorität des Kundenwillens als maßgebliches Kriterium des Gegenstandes und Umfangs der Geheimhaltungspflicht, genauso wie die

137 Röhl, Rechtslehre, S. 528.

Anerkenntnis der Durchbrechungsmöglichkeit durch das überkommene Institut der Bankauskunft und ganz allgemein die besondere Rechtfertigungsbedürftigkeit von Durchbrechungen. Vor allem gehört hierhin aber auch die Berücksichtigung der Existenz von und Bezugnahme auf gesetzlich ausgestaltete Geheimhaltungspflichten. Das Bankgeheimnis steht als rechtliche Errungenschaft nicht isoliert in seinem Lebensbereich. Es ist eingebettet in eine übergreifende geheimhaltungsrechtliche Dogmatik, an der es - zumindest in einem ersten Schritt - gemessen und beurteilt werden kann.

Meines Erachtens ist demnach das Gewohnheitsrecht die einzig angemessene Kategorie, das sehr eindeutig konturierte Bankgeheimnis zu erklären. Und sei es nur, dass diese Vorstellung als gedankliche Unterstützung dazu dient, den in jüngerer Zeit populär gewordenen, voreiligen Griff zur Korrektur der Verschwiegenheitspflicht "wegen Treu und Glauben (§ 242 BGB)" zu erschweren. Denn die angenommene Genese in § 242 BGB wäre geeignet, ein solches Vorgehen unbedacht zu erleichtern.

Es sollten also aus der Feststellung *Musielaks* "Dass es ein Bankgeheimnis gibt wird nicht bezweifelt, über seine Rechtsgrundlage ist kein Einvernehmen zu erzielen¹³⁸" die Konsequenzen gezogen werden: Für die heutige Zeit ist das Gewohnheitsrecht die Kategorie, die dem Widerspruch dogmatisch Rechnung trägt.

III. Fazit

Das Bankgeheimnis ist nach allgemeiner Auffassung Nebenpflicht zu jedweder geschäftlichen Verbindung mit der Bank, sei sie auch nur auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet. Das Bankgeheimnis im hier verstandenen Sinne ist subjektiv-privates Recht. Die Frage nach seiner rechtlichen Grundlage tritt zunächst in ihrer Bedeutung hinter die Frage nach seiner rechtlichen Struktur zurück. Bruchlos lässt sich der Spagat zwischen flexiblen Nebenpflichten und der starren Geheimhaltungspflicht dann aber nur über die Kategorie Gewohnheitsrecht erklären, was sich angesichts der mehrhundertjährigen, im Kern unbestrittenen Strukturbildung der Geheimhaltungspflicht ohnehin aufdrängt. Bei der Ermittlung der Grenzen der Geheimhaltungspflicht wird dieser einheitlich anerkannten rechtlichen Struktur Rechnung zu tragen sein. Dabei werden die letztbegründenden Motive für diese Struktur erst im Zusammenhang mit der Kernfrage nach der Reichweite des Bankgeheimnisses zu untersuchen sein. Die Rückführung auf die Sonderverbindung zwischen Geheimnisträger und Geheimnisherrn und damit auf ein gesetzliches Schuldverhältnis kann lediglich gedankliches Vehikel sein, weil so die Pflichtenbegründung auch in der Anbahnung des geschäftlichen Kontaktes gedanklich greifbar gemacht werden kann. Diese Betrachtungsweise sollte hinter der Annahme einer gewohnheitsrechtlichen Pflicht zurücktreten, die erstens nicht mehr

138 *Musielak*, Die Bankauskunft, S. 13.

ernsthaft bestritten werden kann und zweitens die strukturelle Verfestigung weitaus treffender anschaulich macht.

Kapitel 3 Grenzen tatsächlicher Gestaltung bei der Begrenzung von Informationsflüssen am Beispiel typischer Geschäftsmodelle

I. Problembeschreibung

Die oben ermittelte Struktur einer weit reichenden Geheimhaltungsverpflichtung trifft nun auf eine Vielzahl von Interessen an Informationsweitergabe, seien sie bankseitig, seien sie durch das Interesse Dritter motiviert.

Hier soll im Folgenden zunächst am Beispiel der Forderungsabtretung eine Auseinandersetzung mit den Grenzen der Geheimhaltungspflicht versucht werden, um darauf aufbauend gegebenenfalls abstrahierbare Erkenntnisse zu erlangen.

Die Forderungsabtretung ist ein besonders taugliches Beispiel zur Erarbeitung von Begrenzungsgrundsätzen. Denn mit der Übertragung von Forderungen sieht sich das Bankgeheimnis einer besonders praxisrelevanten und repräsentativen Kollision ausgesetzt. Die Fungibilität von Forderungen nach den §§ 398 ff. BGB durch schuldrechtliche Verfügung ist einer der Kernbestandteile unseres Wirtschaftskreislaufes. Die freie Verfügbarkeit über das subjektive Recht ist Ausdruck der Privatautonomie. Die Ansprüche fallen regelmäßig als Vermögenswerte unter den verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff, was ihre wirtschaftliche Nutzbarkeit eröffnet und zwingend macht¹³⁹.

Die Übertragungsmöglichkeit ist Motor einer ganzen Abtretungsindustrie, vom Factoring bis zur Sicherungszession. Wird eine Forderung übertragen, ist es regelmäßig erforderlich, dem neuen Gläubiger die für ihre Realisierung wesentlichen Daten zu übermitteln. Dieser Selbstverständlichkeit trägt § 402 BGB Rechnung, wenn er dem Forderungserwerber einen Hilfsanspruch auf Auskunftserteilung bezüglich aller erforderlichen Informationen (sprich: Name, Adresse, etc.) zuerkennt. Soweit zur Rechtsdurchsetzung erforderlich, kann der Zessionar dabei auch Auskunft über persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse des Kunden verlangen¹⁴⁰. Der Vorgang betrifft also den Kern geheimnisrechtlich relevanter Information.

Ursprünglich traten Banken in den Abtretungskonstellationen vornehmlich als Erwerber (Zessionare) von Forderungen auf, sei es dass sie im Wege des Factoring Forderungen unter Einbehaltung eines risikoadäquaten Disagios ankauften, sei es dass sie sich im Wege der Einzel- oder Globalzession Forderungen sicherungshalber übertragen ließen. Die Rolle des Zedenten kam den Banken bisher allenfalls dann

¹³⁹ BverfGE 37, 132, 142.

¹⁴⁰ Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 402, Rdn. 2.

zu, wenn sie die von ihnen nicht eintreibbaren Forderungen an Inkassobüros übertrugen. Diese Kategorie war von untergeordneter Relevanz. Im klassischen Hausbankmodell wurde entweder gemeinsam ein Weg aus der Krise gesucht oder die regelmäßig vorhandenen Sicherheiten verwertet. Faule Kredite wurden oft lange in den Bilanzen mit herumgeschleppt und nicht selten bei nachhaltiger Aussichtslosigkeit ausgebucht¹⁴¹.

Damit war die Kreditabwicklung grundsätzlich ein zweiseitiges Problem. Relevante Ausnahme zu dieser Zweiseitigkeit war allenfalls die Risikostreuung durch Syndizierung und Ausplatzierung von Krediten. Bei großen Neukrediten wird seit jeher das Risiko schon bei Kreditgewährung oder unmittelbar danach auf mehrere Banken verteilt. Das Marktsegment, in dem sich solche Interbanken-Transaktionen abspielen ist der sogenannte Primärmarkt. Hier ist die Ausweitung des Kreises der Geheimhaltungspflichtigen bereits Kern der gewährten Kreditkonditionen selbst (entsprechender Zins nur bei anschließender Diversifizierung des Risikos) und daher die Informationsstreuung von der Einwilligung des Kunden gedeckt.

Die regelmäßige Zweiseitigkeit der Kreditgewährung führte zu einer entsprechend stiefmütterlichen Abhandlung des Forderungsüberganges und der an ihn gebundenen Informationspflichten in der Literatur:

In der bereits hervorgehobenen, grundlegenden Darstellung von *Canaris* findet sich der Hinweis, dass der Auskunftsanspruch des Zessionars *in aller Regel* (?) Vorrang vor dem Bankgeheimnis habe¹⁴². Es handele sich schließlich um die Konkretisierung allgemeiner Rechtsfiguren¹⁴³. Eventuelle Korrekturen soll § 242 BGB ermöglichen. *Canaris* beruft sich dabei auf eine Fundstelle aus dem Standardwerk von *Sichtermann/u.a.*, dort S. 183 f. Dort findet sich dann jedoch das Folgende:

„Allerdings wird oftmals eine Abtretung der Forderung gegen den Kunden – jedenfalls solange dieser seiner Verpflichtung gegenüber dem Kreditinstitut nachkommt – ohne seine Zustimmung nicht möglich sein und zwar aus Rücksicht auf das bestehende Vertrauensverhältnis.“

und nach Ausführungen zum konkludenten Gehalt des Abschlusses eines Kreditvertrages weiter:

„...so dürfte es jedenfalls Treu und Glauben widersprechen, wenn das Kreditinstitut Kreditforderungen gegen seine Kunden ohne Vorliegen besonderer Umstände an einen Privatmann abtritt.“

In der Kommentarliteratur fand die konkrete Problematik keine Erwähnung. Lediglich bei *Palandt/Heinrichs* fand sich bis zur 65. Auflage die hier noch

141 *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1567 sprechen treffend für die Vergangenheit von der Akzeptanz eines dem Bankgeschäft immanenten Risikos.

142 *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdn. 61 a.

143 *Canaris*, a.a.O, Fn. 139.

Bedeutung erlangende Wendung, dass "eine vertragliche Verschwiegenheitspflicht ein stillschweigendes Abtretungsverbot" bedeute¹⁴⁴.

Die kurzen Ausführungen zeigen: Im Grunde war eine Diskussion um die Frage nie wirklich geführt worden. Dies lag auch an der fehlenden praktischen Relevanz. In den Fällen notleidender Kredite wurde mit dem Hinweis auf § 242 BGB recht einmütig das Bankgeheimnis als suspendiert angesehen, weil sich der Kunde *rechtsmissbräuchlich* verhalte, wenn er trotz eigenen Vertragsbruches auf der Geheimhaltungspflicht bestehe¹⁴⁵. Weitere praxisrelevante Probleme stellten sich nicht.

Die Bedeutung der Auseinandersetzung um das Bankgeheimnis änderte sich mit der Entscheidung des OLG Frankfurt a.M., in dem dem Bankgeheimnis die Wirkung eines konkludenten Abtretungsverbotes im Sinne des § 399 Var. 2 BGB – also eine *verfügungrechtliche* Relevanz - beigemessen wurde. Wie es einer gefestigten Rechtsprechung im Bereich anderer berufsbezogener Geheimhaltungspflichten entspricht¹⁴⁶, wurde nun auch die Abtretung einer Bank an einen privaten Dritten für unwirksam erklärt.

II. Tatsächliche Bedeutung der Frage

Die ablehnenden Reaktionen auf entsprechende Ansätze der Rechtsprechung waren enorm¹⁴⁷. Die Gründe hierfür liegen in der ungeheuren praktischen Relevanz, die der Frage inzwischen zukommt. Die Zedentenrolle der Bank hat sich in neuerer Zeit immens ausgeweitet. Dies liegt daran, dass die Abtretung als Grundlagengeschäft für eine Vielzahl sogenannter Risikostrukturmaßnahmen enorme wirtschaftliche

144 Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 399, Rdn. 8. Die verhängnisvolle Stelle (dazu unten Kapitel 5 I.) wurde ab der 66. Auflage gelöscht.

145 Vgl. dazu nur *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 39 Rdn. 29; *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1988, Rdn. 61a; *Cahn*, WM 2004, 2041, 2046; *Früh*, WM 2000, 497, 503; *Früh/Müller-Ahrends*, in: BuB Bd. 3, 2005, Rdn. 3/1381; *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157, 1161; *Theewen*, WM 2004, 105, 113; *Toth-Feher/Schick*, ZIP 2004, 491, 494; *Geurts/Koch/Schebesta/Weber*; Bankgeheimnis, Rdn. 67. Diese Autoren werden typischerweise für die Zulässigkeit einer Abtretung wegen Rechtsmissbrauchs in Bezug genommen. Es ist aber zu berücksichtigen, dass sich hinter den einzelnen Literaturstimmen eine Vielzahl von Abstufungen und Differenzierungen verbirgt. Insbesondere wird unterschieden nach bereits gekündigtem Kredit, nach lediglich in Verzug geratenen Forderungen oder nach Verwertungsart. Dazu im Einzelnen unten Kapitel 7 II. Zwar einschränkend aber grundsätzlich zustimmend auch *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1547.

146 Grundlegend zur sogenannten Unwirksamkeitsrechtsprechung des BGH vgl. BGH WM 1991, 1724; BGH WM 1993, 1009 ff.; BGH NJW-RR 1994, 437 f.

147 *Böhm*, BB 2004, 1641; *Bomhard/Kessler*, BB 2004, 2085; *Bütter/Aigner*, BB 2005, 119; *Bütter/Tonner*, ZBB 2004, 165; *Cahn*, WM 2004, 2041; *Freitag*, EWiR 2004, 741; *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566; *Jobe*, ZIP 2004, 2415; *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157; *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123; *Langenbacher*, BKR 2004, 333; *Nobbe*, WM 2005, 1537; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557; *Rögner*, NJW 2004, 3230; *von Sivers*, ZInsO 2005, 290; *Stiller*, ZIP 2004, 2027; *Theewen*, WM 2004, 105; *Toth-Feher/Schick*, ZIP 2004, 491, 493.

Bedeutung erlangt hat. Diese Geschäfte würden mit der Annahme eines konkludenten Abtretungsverbotessamt und sonders zu Fall gebracht¹⁴⁸.

Motivation, Grundzüge und vor allem die korrelierenden Informationsflüsse der betroffenen Geschäftsfelder seien nachstehend kurz wiedergegeben. Nur so lässt sich erarbeiten, ob der Beispielsfall der Forderungsabtretung tatsächlich in der praktischen Ausprägung der Geschäftsmodelle zu unvermeidbaren Kollisionen mit der Verschwiegenheitspflicht führt.

1. Zur Motivation vorab: Allgemeines zur Risikosteuerung im Finanzwesen

Das Maß des von einem Kreditinstitut tragbaren Risikos hängt von seiner Eigenkapitalausstattung ab. Die so genannten gewichteten Risikoaktiva eines Kreditinstituts - dazu zählen eben auch Kreditforderungen - müssen mit haftendem Eigenkapital unterlegt sein. Die ohnehin begrenzte Ressource Eigenkapital wird weiter verknappt (und damit verteuert), wenn in Zeiten des shareholder values eine hohe Eigenkapitalrendite für den Aktionär erwirtschaftet werden soll. Zwei Entwicklungen schließen sich dem zwangsläufig an: Zum einen versuchen die Banken, ihre Erträge vermehrt aus Geschäften zu generieren, die das Eigenkapital nicht quotal belasten, provisionsträchtige Geschäftsfelder verdrängen also das Zinsgeschäft. Zum anderen - und dies ist hier entscheidend - entsteht ein höheres Bedürfnis bereits eingegangene Risiken aktiv umzusteuern, um so das Eigenkapital für neue geschäftliche Aktivität zu entlasten. Die aus veränderten Eigenkapitalrichtlinien (Basel II) resultierende Vertuierung des Eigenkapitals ist geeignet, diese Entwicklung noch zu verschärfen¹⁴⁹.

Zwei Wege zur Risikosteuerung bieten sich in diesem Zusammenhang an: Entweder die Risiken werden mit neuen Sicherheiten unterlegt, um die Bindung des Eigenkapitals zu reduzieren, oder die Risiken müssen veräußert werden. Um letztere Strukturmaßnahmen geht es hier.

Zwei Geschäftsfelder sind dafür im Kern zu nennen: Die sogenannte "Asset Backed Securitization" und der Handel mit sogenannten "Non-Performing-Loans", also mit notleidenden Krediten (ebenso verbreitet ist der Terminus "Distressed Debts Trading").

Die betroffenen Geschäftsfelder sollen hier nur kurz – soweit es für das Verständnis der Problematik erforderlich ist – erläutert werden. Dem bankrechtlich vorgebildeten Leser werden die - hier lediglich erforderlichen - Grundstrukturen gegebenenfalls bekannt sein. Deshalb sei zu gegebenem Zeitpunkt auf die umfangreiche Literatur zu diesen Spezialverträgen verwiesen.

148 Anschaulich macht dies eine Schlagzeile der F.A.Z. vom 01.07.2004, Seite 20: "Gericht legt dem Verbriefungsmarkt Fußfessel an", zitiert nach *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123, dort Fn. 8.

149 Vertiefend *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1567.

Die Besonderheit der Geschäftsfelder *aus geheimnisrechtlicher Sicht* besteht darin, dass sie repräsentativ für die Kerndifferenzierung der überwiegenden Literaturlauffassung nach funktionierender und gestörter Darlehensbeziehungen sind. Sie können daher als dogmatische Platzhalter verstanden werden. Dem NPL-Geschäft liegen regelmäßig Kredite mit Zahlungsproblemen zu Grunde, dem ABS-Geschäft dagegen regelmäßig ordnungsgemäß bediente. Wie bereits angedeutet soll dies nach der ganz überwiegenden Auffassung zu einer unterschiedlichen Behandlung der Abtretungen führen.

2. Asset - Backed - Securities

Asset-Backed-Securities (im Folgenden: ABS) sind ein Instrument zur Unternehmensfinanzierung¹⁵⁰. Entscheidend aus geheimnisrechtlicher Sicht ist die Tatsache, dass sie nicht der traditionellen Vorstellung des Finanz- und Darlehensgeschäfts entsprechen (Eine Vorstellung, die die Strukturen des Bankgeheimnisses wie selbstverständlich prägt). Während herkömmlicherweise die Abwicklung einer Finanztransaktion von *einer einzigen* Institution übernommen wird und damit beispielsweise im Fall der Kreditgewährung auch die Risiken in einer Hand liegen, erlauben es die ABS-Strukturen nun, diese Risiken zu diversifizieren. Charakteristikum der Finanzierung ist die Beteiligung mehrerer Institutionen in verschiedenen Rollen.

150 Der Literaturnachweis sei hier auf die grundlegenden Veröffentlichungen beschränkt. Für den anglo-amerikanischen Rechtskreis jeweils mit Erscheinungszeitpunkt der Erstauflage: *Rosenthal, James/Ocampo, Juan*, *Securitization of Credit*, Wiley and Sons, 1988; *Zweig, Philipp* (Hrsg.), *The Asset Securitization Handbook*, Dow Jones - Irvin, 1989; *Lederman, Jess* (Hrsg.), *The Handbook of Asset-Backed Securities*, New York Institute of Finance, 1990; *Norton, Joseph/Spellman, Paul*, *Asset Securitization, International and Legal Perspectives*, Blackwell, 1991; für den deutschen Rechtskreis u.a.: *Gögler*, *Asset-Backed Securities - Darstellung der der US-amerikanischen Praxis, rechtliche Rahmenbedingungen für die Übertragung des Konzeptes auf die Bundesrepublik Deutschland sowie Beurteilung aus der Sicht der Beteiligten*, Diss. 1995; *Ohl*, *Asset-Backed-Securities - ein innovatives Instrument zur Finanzierung deutscher Unternehmer*, Diss. 1993; *Paul*, *Bankenintermediation und Verbriefung - Neue Chancen für Kreditinstitute durch Asset-Backed-Securities?*, Diss. 1994; *Willburger*, *Asset Backed Securities im Zivil- und Steuerrecht*, Diss. 1996; *Bär*, *Asset Securitization - Die Verbriefung von Finanzaktiven als innovative Finanzierungstechnik und neue Herausforderung für die Banken*, Diss. 1997; *Wiegand, Wolfgang*, *Bankrechtliche Aspekte der Asset Backed Securities*, in: *Bankrecht-Schwerpunkte und Perspektiven*, Festschrift für Herbert Schimansky, Norbert Horn (Hrsg.), Köln 1999, S. 837-857. Veröffentlichungen neueren Datums, insbesondere unter Berücksichtigung der sich laufend verbessernden rechtlichen Rahmenbedingungen: *Tollmann, Claus*, *Die Sicherstellung der Insolvenzfestigkeit bei der Asset Backed Securitization nach dem neuen Refinanzierungsregister gemäß §§ 22a ff. KWG*, WM 2005, 2017; aus umsatzsteuerlicher Sicht: *Dammer/Kronat*, *IstR* 2002, 574 ff.; *Weber/Reiß*, *BB* 2004, 1367 ff. ; zur Gewerbesteuer: *Schmidt/Dammer*, *BB* 2003, 819 ff.; und allgemein aus steuerlicher Sicht: *Geurts*, *DB* 1999, 451 ff.

a. Struktur

Hinsichtlich der Struktur unterscheidet man bei den ABS sogenannte True-Sale-Transaktionen und rein synthetische Verbriefungen. Bei einer True-Sale-ABS-Transaktion verkauft eine Bank oder ein Unternehmen (Verkäufer / Originator) einen Pool von Forderungen an eine Einzweckgesellschaft (Special-Purpose-Vehicle, im Folgenden: SPV). Dieser Forderungspool besteht bei Banken zumeist aus hypothekarisch oder durch Grundschulden gesicherte Forderungen, Leasing-Forderungen oder Forderungen aus Konsumentenkrediten. Er wird von Ratingagenturen bewertet und entweder unmittelbar durch das SPV oder mittelbar über eine weitere Emissionsgesellschaft verbrieft. Die Wertpapiere werden entweder am Kapitalmarkt begeben oder privat platziert. Die Forderungen werden regresslos, d.h. unter Überleitung des Bonitätsrisikos, im Wege der Zession an das SPV übertragen. Damit sind die Verbriefungen (=securities) von Aktiva gedeckt (=asset backed). Der Kaufpreis wird sofort entrichtet, d. h. dass risikobelastete Vermögenswerte mit an sich künftiger Liquidierungsfähigkeit umgehend liquidiert werden können. Der Zahlungsfluss wird durch die Veräußerung vorverlagert. Die Forderungen scheiden bilanziell aus dem Umlaufvermögen des Veräußerers aus. Der Kaufpreis gelangt zum Umlaufvermögen des Verkäufers hinzu. Die Rückzahlungen der Darlehen werden für die Zinsleistungen aus den Wertpapieren eingesetzt. Neben den die Risikostruktur verbessernden Effekt tritt regelmäßig ein die Finanzierungskosten verbessernder Effekt. Dies liegt daran, dass die Bonität der verbrieften Assets einfacher zu bewerten und meist besser ist, als die Bonität des Originators, was eine günstigere Bewertung durch die Ratingagenturen zur Folge hat. Das dadurch dem Kapitalmarkt signalisierte geringere Investitionsrisiko führt dazu, dass die Zinsen des emittierten Wertpapiers niedriger ausfallen können.

Die Einsatzmöglichkeiten solcher Verbriefungen sind unbegrenzt. Es können nicht nur die anschaulich als "Klumpenrisiken" bezeichneten Strukturschwierigkeiten aus Großkrediten durch Diversifizierung beseitigt werden. Geschäftstauglich sind beispielsweise auch eine Vielzahl von Kleinkrediten. Denn auch hier können sich gefährliche "Klumpen" bilden: Kommt einem Kreditinstitut eine starke Kreditgeberrolle in einer bestimmten Branche zu und durchläuft die Gesamtbranche eine Krise, sind die Auswirkungen ähnlich dramatisch wie beim Ausfall eines Großkredites.

Neben einer branchenspezifischen kommt aber beispielsweise auch eine regionsspezifische Risikobündelung in Betracht. Diesem Phänomen kommt in Deutschland wegen des räumlich stark zersplitterten Bankenwesens eine ganz besondere Bedeutung zu. Schließt etwa ein Autohersteller eine Produktionsstätte, kann es im Umkreis zum vermehrten Ausfall von Immobiliarkrediten kommen, welche die örtlichen Kreditinstitute den Beschäftigten des Autoherstellers gewährt haben¹⁵¹. Solche lokalen Klumpenrisiken können vermindert werden, indem die

151 Dieses Musterbeispiel des Portfoliomanagements liefert *Fleckner*, WM 2004, 2051, 2052.

Kreditinstitute Teile ihrer Portfolios mit Kreditinstituten anderer Landesteile tauschen.

Das Verlagern von Risiken durch geänderte Vermögenszuordnung (sprich: Abtretung) bezeichnet man als "True-Sale-Verbriefung". Daneben besteht die Möglichkeit, lediglich das Ausfallrisiko der Forderungen schuldrechtlich zu übertragen. Man spricht dann von synthetischen Verbriefungen. Dabei handelt es sich der Sache nach um Kreditderivate. Auf den Informationsübergang nach § 402 BGB kommt es daher bei dieser Form der Risikosteuerung nicht an.

Die soeben am Beispiel der Kreditinstitute erfolgte Darstellung der ABS-Strukturen ist dem Thema Bankgeheimnis geschuldet. Eine äquivalent große Bedeutung hat der Verbriefungsmarkt auch für alle sonstigen Unternehmen. Auch die Risikostruktur und Liquidationsfähigkeit ihrer Außenstände lässt sich über Verbriefungen steuern. Es wird sicher ein Schwerpunkt der künftigen Geschäftstätigkeit der Banken sein, diese provisionsträchtigen Transaktionen für ihre Firmenkundschaft abzuwickeln. Verschwiegenheitsrechtliche Konflikte ergeben sich dann nicht.

b. Ursprung

Die Entwicklung dieser Verbriefungstechnik hat ihren Ursprung in den US-Hypothekenfonds, die seit Anfang der siebziger Jahre auf Veranlassung der amerikanischen Government National Mortgage Association (GNMA) aufgelegt wurden¹⁵². Um weitere Finanzierungsquellen für Wohnungsbaukredite zu erschließen und diese Kredite zu verbilligen, wurden die hypothekarisch gesicherten Kreditforderungen in einem Pool zusammengefasst. Dieser Pool wurde von einer Bank treuhänderisch für die Anleger gehalten. Den Investoren wurden handelbare Anteilsscheine ausgestellt, die ihre Beteiligung an dem Fondsvermögen verbrieften. Zinszahlungen und Kapitalrückzahlungen wurden an die Anleger durchgeleitet. Da die GNMA keine Ausfallgarantie übernahm (sprich: die Risiken unter allen Anlegern diversifiziert wurden), konnten die Risikoprämien und damit die Kreditzinsen wesentlich gesenkt werden. Die Verbriefungstechnik ist seitdem immer mehr verbessert und ausgebaut worden¹⁵³.

Seit Anfang der achtziger Jahre verstärkten sich dann rein private Hypothekenfondsprogramme. Die Technik der Liquidierung von Aktiva wurde in den USA begünstigt durch die hohen Eigenkapitalanforderungen, denen die amerikanischen Kreditinstitute bis 1992 nachzukommen hatten (ein Resultat der Umsetzung der Empfehlungen des sogenannten Cooke - Komitees)¹⁵⁴. Daher betrug

152 vgl. dazu ausführlich: *Baums*, WM 1993, passim.

153 *Baums*, a.a.O., S. 2.

154 *Baums*, a.a.O., S. 3.

bereits im Jahre 1991 das Gesamtvolumen der neu emittierten "asset-backed" - Papiere im amerikanischen Markt beachtliche 300 Mrd. Dollar¹⁵⁵.

c. Die Geheimhaltungspflicht im US-amerikanischen Recht

Aus der hier zu analysierenden, geheimnisrechtlichen Sicht ist dabei die sogenannte Regulation P (Privacy of Consumer Financial Information) die entscheidende rechtliche Rahmenbedingung¹⁵⁶. Diese differenziert nach drei unterschiedlichen Vertraulichkeitsstufen die Informationsflüsse von Banken an Dritte.

Es handelt sich um eine originär verbraucherschützende Regelung. Im Kern ist die Weitergabe der Finanzdaten von Verbrauchern an erstmalige und laufende Berichts- bzw. Informationspflichten gegenüber den Verbrauchern geknüpft, Section 216.1-9 der Regelung. Für Kapitalmarkttransaktionen sehen die Vorschriften allerdings Erleichterungen vor, wenn die Vertragspartner ebenfalls auf die Diskretionsmaßstäbe der Regulation P verpflichtet werden, vgl. Section 216.13¹⁵⁷.

Die Berücksichtigung der Bankeninteressen bei der Steuerung von Informationsflüssen ist ein Teilaspekt des günstigen, rechtlichen Umfeldes im US-amerikanischen Recht, dass den ABS volumenmäßig einen durchschlagenden Erfolg (leider mit der Subprime-Krise 2007/2008 aber auch der Weltwirtschaft den durchschlagendsten Misserfolg aller Zeiten) bescherte.

d. Rechtliche Rahmenbedingungen im deutschen Markt

Dagegen waren die rechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland zunächst äußerst ungünstig. Schwierigkeiten ergaben sich aus den unterschiedlichsten rechtlichen Gründen. Noch im Jahre 2004 musste die Bundesbank jedenfalls konstataieren, dass in Deutschland True-Sale-Transaktionen (im obigen Sinne einer tatsächlich neuen Vermögenszuordnung) noch nahezu unbedeutend waren¹⁵⁸.

Eine dieser Schwierigkeiten wurde im Jahre 2002 beseitigt, als im Rahmen des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes durch Einfügung des Art. 1 § 5 Nr. 4 Rechtsberatungsgesetz klargestellt wurde, dass die Einziehung abgetretener und auf diese Weise fremd gewordener Forderungen nicht erlaubnispflichtig ist. Dies ist eine wichtige Klarstellung für True-Sale-ABS-Transaktionen, weil häufig die zedierenden Unternehmen die Forderungen als sogenannte Service Agents selbst einziehen.

155 SEC Staff Report "Protecting Investors: A Half-Century of Investment Company Regulation", Report 1504, Extra Edition, May 29, 1992, zitiert nach *Baums*, WM 1993, 3.

156 Einsehbar unter www.federalreserve.gov/regulations/cg/regpcg.htm.

157 Sec. 216.13: Exception to opt out requirements for service providers and joint marketing.

158 Deutsche Bundesbank, Monatsbericht April 2004, S. 36.

Als Hauptproblem für den Verbriefungsmarkt wurden im Jahre 2003 gewerbesteuerrechtliche Hürden zumindest insofern beseitigt, als dass es sich um Forderungen aus Bankgeschäften handelte¹⁵⁹.

Durch zwei Rundschreiben des Bundesministeriums der Finanzen im Jahre 2004¹⁶⁰ sollte zudem umsatzsteuerrechtlichen Hindernissen abgeholfen werden.

Darüber hinaus ist es nach dem Prospektrichtlinien-Umsetzungsgesetz vom 22.06.2005¹⁶¹ nunmehr möglich, den für die Emission der Finanzinstrumente im Rahmen einer ABS-Transaktion zu erstellenden Verkaufsprospekt ausschließlich in englischer Sprache zu verfassen., wenn es sich bei den Erwerbern - wie bei ABS-Transaktionen üblich - ausschließlich um institutionelle Investoren handelt.

Trotz all dieser Bemühungen verblieben noch insolvenz-, vollstreckungs- und bankaufsichtsrechtliche Hindernisse. Diese wollte der Gesetzgeber dann mit einem Rundumschlag beseitigen: Dem Gesetzesentwurf zur Änderung der Insolvenzordnung, des Kreditwesengesetzes und anderer Gesetze¹⁶², dessen hier relevante Normen dann als "Gesetz zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters"¹⁶³ umgesetzt wurden. Das Gesetzesvorhaben muss hier kurz beschrieben werden, um es auf seine informationsrechtlichen Auswirkungen untersuchen zu können. Das zu bewältigende Kernproblem war das Folgende:

Wie oben beschrieben verringert die Aktiva-Besicherung das Ausfallrisiko der verbrieften Wertpapiere und damit die Preise der Verbriefungen. Diese Rechnung geht aber nur dann zur Gänze auf, wenn die Investoren im Falle der Insolvenz des Zweckgesellschaft die Vermögensgegenstände verwerten können. Dadurch werden zweierlei Problemkreise berührt: Zum einen muss sichergestellt werden, dass eingehende Zahlungen als Zinszahlungen an die Investoren weitergeleitet werden können. Zum anderen muss das SPV in die Lage versetzt werden, die für die Aktiva bestellten Sicherheiten zu verwerten¹⁶⁴. Das Vehikel muss also die Insolvenzfestigkeit der Transaktion - sprich eine Rechtsposition im Sinne des § 47 Satz 1 InsO - gewährleisten. Fallen die Vermögensgegenstände in die Insolvenzmasse, ist die alleinige Verwertung zugunsten der Investoren vereitelt. Die beabsichtigte Verbesserung der Risikostruktur würde durch ein erhebliches Restrisiko zu Teilen wieder zunichte gemacht. Dieses Restrisiko müsste eingepreist werden¹⁶⁵.

159 Durch Art. 3, 4 Kleinunternehmerförderungsgesetz vom 31.07.2003, BGBl. I, S 1550, 1551; alle gewerbesteuerlichen Hindernisse konnten damit aber nicht beseitigt werden, vgl. *Fleckner*, WM 2004, 2051, 2052, Fn.8.

160 BMF-Schreiben vom 24.05.2004 (IV B 7 - S 7279a - 17/04) und BMF-Schreiben vom 01.06.2004 (IV B 7 - S 7104 - 18/04); vgl. dazu *Weber/Reiß*, BB 2004, 1367 ff.

161 BGBl. I, 2005, S. 1698.

162 Referentenentwurf vom September 2004 (einsehbar unter www.brak.de/seiten/pdf/Gesetzesentwuerfe/RefE_Inso_KreditwesenG.pdf).

163 BGBl. I 2005, S. 2809 ff.; Eine Einführung geben *Schmalenbach/Sester*, WM 2005, 2025 ff.

164 Begründung des Referentenentwurfs, a.a.O., S. 10.

165 Begründung des Referentenentwurfs, a.a.O., S. 11.

Eine entsprechende insolvenzfeste Rechtsposition ist das Eigentum bzw. die Inhaberschaft des Rechts. Die geheimnisrechtliche Problematik einmal außen vor gelassen, kann es bei Forderungen und Rechten, die ohne Einhaltung einer besonderen Form übertragen werden, unproblematisch vom Refinanzierungsunternehmen verschafft werden. Ähnlich unproblematisch gehen in vielen Fällen die (akzessorischen) Sicherheiten mit auf den neuen Eigentümer über oder können zumindest mit überschaubarem Aufwand übertragen werden (Zession einer Sicherungszession, Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruches bei der Sicherungsübereignung). Einen maßgeblichen Anteil des ABS-Geschäftes bilden aber Forderungen, die mit solchen (vor allem abstrakten) Sicherheiten unterlegt sind, die nur mit erheblichem Zeit- und vor allem Kostenaufwand übertragen werden können. Im Zentrum stehen hier die zur Sicherheit bestellten Buchgrundschulden. Die Verwaltung ihrer Übertragung, die mit der Umschreibung im Grundbuch verbunden ist, § 1154 Abs. 3 i.V.m. § 1192 Abs. 1 BGB, ist wegen der Bündelung oft hunderter von Forderungen in einem Pool praktisch nicht sinnvoll¹⁶⁶.

Die Praxis hat sich deshalb bisher mit einem Treuhandmodell beholfen¹⁶⁷: Zunächst verpflichtet sich das Refinanzierungsunternehmen nur aufschiebend bedingt zur Übertragung der entsprechenden Sicherheiten. Die Bedingung kann beispielsweise in einer festgelegten Verschlechterung des Ratings des Portfolios durch eine bestimmte Ratingagentur liegen. Ergänzend wird vereinbart, dass das Refinanzierungsunternehmen die Buchgrundschulden treuhänderisch für das SPV verwalten soll. Es handelt sich damit um eine fremdnützige Verwaltungstreuhand. Auf diese Weise kann der Kosten- und Verwaltungsaufwand bei reibungslosem Ablauf der Transaktion zwar vermieden werden. Es bestand aber eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit bezüglich der Insolvenzfestigkeit einer derartigen Treuhandabrede. Das Prinzip der Treuhand wird aus insolvenzrechtlicher Sicht traditionell vom Prinzip der Unmittelbarkeit beherrscht¹⁶⁸. Sicherungsrechte können nur dann in der Insolvenz zugunsten des Gläubigers ausgesondert werden, wenn der Treugeber dem Treuhänder das Treugut vor der Insolvenz aus seinem Vermögen unmittelbar übertragen hat. Dies ist bei den in Rede stehenden Transaktionen aber gerade nicht der Fall, weil sich das Treugut von Anfang an beim Treuhänder befindet. Entsprechenden Unsicherheiten konnte in der Praxis nur mit Maßnahmen begegnet werden, die von ihrem Aufwand her, denen der Grundschuldenübertragung nahezu gleich stehen, so beispielsweise die Verdinglichung der Treuhandabrede durch Eintragung einer Vormerkung, § 883 BGB. Daher sei hier mit den Verfassern des Gesetzesentwurfes vermutet, dass es sich bei dieser Rechtslage um das Haupthindernis für True-Sale-Transaktionen handelt¹⁶⁹.

166 *Fleckner*, WM 2004, 2050; *Tollmann*, WM 2005, 2017, 2018.

167 Dazu *Fleckner*, WM 2004, 2050, 2057. Ein anschauliches praktisches Beispiel findet sich bei *Fleckner*, ZIP 2004, 585, 588.

168 Vgl. dazu grundlegend *MünchKomm/Ganter*, InsO, § 47, Rdn. 357 m. w. N. und erstmalig für die Übernahme der reichsgerichtlichen Rechtsprechung durch den BGH: BGH NJW 1959, 1223, 1224 f.

169 Begründung des Referentenentwurfs, a.a.O., S. 10 f.

Um dem entgegenzuwirken¹⁷⁰ etablieren die neuen §§ 22a ff. KWG ein sogenanntes Refinanzierungsregister. Hier werden alle treuhänderisch gehaltenen Sicherungsgegenstände eingetragen. An diese Eintragung ist für den Fall der Insolvenz die Fiktion der Aussonderungsfähigkeit gekoppelt, § 22j Abs. 1, Satz 1 KWG. Für den Bereich des Liegenschaftsrechtes bedeutet das, dass die Eintragung in das Register in ihren Wirkungen denen der ordnungsgemäßen Eintragung einer Vormerkung gleichgestellt wird. Verwaltungsintensivere Maßnahmen werden damit entbehrlich gemacht. Konsequenterweise setzt sich das Aussonderungsrecht zudem an Ersatzgegenständen fort, die für den eingetragenen Gegenstand in die Masse gelangt sind, § 22j Abs. 1 S. 2 KWG.

Für unsere Fragestellung der beteiligten Informationsflüsse ist bedeutend, dass das die Forderungen veräußernde Unternehmen, so es sich um ein Kreditinstitut handelt¹⁷¹, *eigenständig* das *nicht zu veröffentlichende* Refinanzierungsregister errichten und verwalten kann. Wollen dritte Nichtkreditinstitute Forderungen verbriefen, müssen diese sich an ein Kreditinstitut im Sinne des KWG oder an die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) wenden. Ein Informationsfluss vom Kreditinstitut weg oder gar eine Offenlegung von Informationen ist mangels Öffentlichkeit des Registers also mit Einführung des Registers nicht verbunden. Die Registerführung wird dort monopolisiert, wo die Transaktionen auch tatsächlich originiert werden. Einschränkungen des Bankgeheimnisses drohen also von dieser Gesetzgeberentscheidung nicht.

Damit ist ohne Änderung der sachenrechtlichen Zuordnung und ohne Infragestellung des Treuhandprinzips eines der letzten Hindernisse des Verbriefungsmarktes beseitigt worden.

Das gesetzgeberische Tätigwerden im Rahmen des KWG-Änderungsgesetzes wurde hier nicht nur wegen seiner möglichen, informationsrechtlichen Relevanz behandelt. Das Änderungsgesetz umfasste auch eine Huckepackgesetzgebung¹⁷² als Reaktion des Gesetzgebers auf das oben erwähnte Urteil des OLG Frankfurt a.M. Hierauf wird allerdings zur Erleichterung des Verständnisses erst im Zusammenhang mit dessen Darstellung zurückzukommen sein (unten Kapitel 5 I. 6).

d. Die True-Sale-Initiative

Die letzten Schritte des aufgezeigten politischen und gesetzgeberischen Weges wurde von der sogenannten "True-Sale-Initiative" als treibender Kraft begleitet. Diese wurde im Frühjahr 2003 unter Beteiligung der Kreditanstalt für Wiederaufbau mit der Zielsetzung "Förderung des Verbriefungsmarktes" gegründet. Inzwischen

170 *Tollmann*, WM 2005, 2017 ff.; *Fleckner*, ZIP 2004, 2052 ff.; *ders.*, ZIP 2004, 585 ff.

171 Maßgeblich hierfür (und damit für die Wirkungen des Bankgeheimnisses) ist die aus der Geschäftstätigkeit folgende Klassifizierung anhand des § 1 KWG.

172 § 22 d, Abs. 4 KWG; zu dieser modernen Gesetzgebungstechnik kritisch *Schneider*, Gesetzgebung.

sind dieser Initiative die bedeutendsten Geldhäuser aller drei großen Sparten der deutschen Bankenlandschaft beigetreten¹⁷³.

e. Fazit

Wichtig an all diesen Bemühungen, ist zu erkennen, dass der unbedingte Wille aller Beteiligten am Restrukturierungsmarkt (nicht zu verwechseln mit dem der Bankkunden) und des Gesetzgebers gegeben war, jedwede rechtliche Hürde für den als essentiell erkannten Verbriefungsmarkt zu beseitigen.

Im Lichte dieser Gesamtanstrengung und der darin enthaltenen Unterstützung durch den Gesetzgeber muss auch zwangsläufig das hier behandelte Thema gesehen werden. Es wurde von einer nicht unerheblichen normativen Kraft des Faktischen bestimmt¹⁷⁴. Der Wunsch nach einer Ausweitung des Verbriefungsmarktes lenkte auch die juristische Diskussion, die sich in diesem Punkte besonders anfällig zeigte. Verbriefung und Forderungsverkauf als Funktionsvoraussetzung des ganzen Kreditwesens ist die unterschwellige argumentative Triebkraft, die allen dogmatischen Bemühungen der jüngeren Zeit zugrunde liegt¹⁷⁵.

3. Der Handel mit notleidenden Krediten

Ein weiteres wichtige Marktsegment stellt der Handel mit sogenannten notleidenden Krediten dar¹⁷⁶. Als Bezeichnung dieses Geschäftsfeldes haben sich die Begriffe Non-Performing-Loan-Trading oder Distressed-Debts-Trading etabliert.

173 Vgl. dazu ausführlich *Fleckner*, WM 2004, 2050, 2053.

174 Besonders explizit die Begründung zum Referentenentwurf des Gesetzes zur Einführung des Refinanzierungsregisters; aus der (vermeintlichen) wirtschaftlichen Notwendigkeit heraus argumentierend auch *Cahn* WM 2004, 2041 und *Hoffmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1567.

175 So beispielsweise *Hoffmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1573 ("das Allgemeininteresse an einem stabilen Finanzmarkt"), *Stiller*, ZIP 2004, 2027 ("Besorgnis aus Bankensicht, weil wichtige Refinanzierungsquellen in Gefahr geraten") und *Jobe*, ZIP 2004, 2415, 2418 gestützt auf die vom BGH im Zusammenhang mit der Diskussion um die Errichtung der SCHUFA verwendete Formulierung in BGH WM 1978, 999 "das berechnete Interesse der Kreditwirtschaft an der Aufrechterhaltung und Funktionsfähigkeit eines übergeordneten Kreditsicherungssystems als schutzwürdiges Ziel", dazu ausführlich unten Kapitel 6 II. 3.

176 Veröffentlichungen zum Distressed-Debts-Trading mit Bezug auf das hier zu erörternde Problem: *Rinze, Jens/Heda, Klaudius*, Non-Performing Loan und Verbriefungstransaktionen: Bankgeheimnis, Datenschutz, § 203 StGB und Abtretung, in: WM 2004, 1557 ff.; *Hoffmann, Stefan/Walter, Bernhard*, Die Veräußerung Not leidender Kredite - aktives Risikomanagement der Bank im Spannungsverhältnis zwischen Bankgeheimnis und Datenschutz, in: WM 2004, 1566 ff.; *Toth-Feher, Geza M./Schick, Olaf*, Distressed Opportunities - Rechtliche Probleme beim Erwerb notleidender Forderungen von Banken, in: ZIP 2004, 491 ff.; *Bomhard, Roland/Kessler, Oliver/Dettmeier, Michael*, Wirtschafts- und steuerrechtliche Gestaltungsfragen bei der Ausplazierung Not leidender Immobilienkredite,

a. Bedeutung für die Beteiligten

Ziel der Transaktionen ist auch hier die Bilanzentlastung und damit Risikostrukturverbesserung von Unternehmen. Es handelt sich ebenfalls um True-Sale-Transaktionen, nur sind die angelsächsischen Bezeichnungen geeignet, über ihre ungleich unkompliziertere Ausgestaltung hinwegzutäuschen. Die Forderungen aus Problemkrediten werden - eigenkapitalentlastend - einfach an Dritte Investoren veräußert und abgetreten. Einer Zwischenschaltung von Zweckgesellschaften bedarf es dabei nicht. Den Banken ermöglicht die Weitergabe der Problemkredite neben der Eigenkapitalentlastung vor allem aus administrativer Sicht die Schaffung von Freiräumen zur Konzentration auf das Kerngeschäft "funktionierende Darlehensbeziehungen".

Das Bedürfnis nach der Trennung von Kreditengagements wird hierbei gegebenenfalls vom drohenden Wertverfall der Sicherheiten gesteigert. Hier besteht die Möglichkeit, zeitnah wenigstens einen Teil des Wertes der Sicherheiten zu realisieren. Eine Triebkraft des Geschäftsmodells ist also ein (drohender) Wertverfall im Sicherheitenbereich. Die Veräußerung der von den Ratingagenturen dann schlecht bewerteten Krisenportfolien verbessert in der Folge das bankeneigene Rating und damit natürlich auch die sonstigen Refinanzierungskosten.

Dem stehen zwar die Nachteile gegenüber, dass mit dem Verkauf der Forderungen unter Buchwert unmittelbar erhebliche handelsbilanzielle Verluste auszuweisen sind. Diese negative Beeinflussung der Bilanzkennzahlen kann nicht auf mehrere Bilanzierungszeiträume verteilt werden. Ein weiterer Grund, warum der entsprechende Markt erst in wirklichen Krisenzeiten - die in Deutschland bisher nicht zu beklagen waren - zu voller Blüte gelangt ist die Tatsache, dass die Kaufpreisabschläge, die der Veräußerer in Kauf nehmen muss, von erheblichem Umfang sind. Dies hat zur Folge, dass regelmäßig noch nicht einmal die bereits erfolgte Wertberichtigung der Banken gedeckt werden kann. Bilanztechnisch sind daher zwei erhebliche Verluste auf eine Forderung in Folge auszuweisen.

Diese Negativerscheinungen werden für den deutschen Immobilienkreditbereich allerdings stark abgemildert. Die deutschen Kreditforderungen sind deshalb für Investoren so attraktiv, weil sich der Kreditnehmer regelmäßig notariell der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Diese erleichterte Vollstreckungsmöglichkeit ist der eigentliche Grund für das stetige Anwachsen des

in: BB 2004, 2085 ff.; *Kristen, Sebastian/Kreppel, Ulf*, NPL-Transaktionen aus Sicht des Verkäufers - Risiken und Lösungsansätze, in: BKR 2005, 123 ff.; *von Sivers, Katharina*, Der Handel mit Not leidenden Forderungen, in: ZInsO 2005, 290 ff.; *Theewen, Eckhard M.*, Problemkredite und die "Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft der Kreditinstitute" - Workout, Outsourcing oder Bad Bank?, in: WM 2004, 105 ff.; *Bütter, Michael/Aigner, Kathrin*, Sieg der Vernunft: Notleidende Darlehensforderungen sind abtretbar, in: BB 2005, 119 ff. Eine allgemeine, umfassende Darstellung der rechtlichen Fragestellungen betreffend den Handel mit Krediten liefert: *Lützenrath, Christian*, Distressed debt und non-performing Loans - Handel und Workout von Not leidenden Firmenkundenkrediten in der Bankpraxis, Gabler Verlag, 2006.

Geschäftsmodells in den letzten Jahren. Damit ergeben sich aus Erwerbersicht - auch bei drohendem Wertverfall der Sicherheiten - gute Ertragschancen, wenn die Zwangsvollstreckung entsprechend forsch betrieben wird. Ziel der Erwerber ist also regelmäßig überhaupt nicht die Übernahme und Sanierung eines problematischen Kreditengagements sondern kann als günstiger Sicherheitenkauf verstanden werden. Dabei können mit einem Engagement spekulative Elemente - beispielsweise auf einen Aufschwung am Immobilienmarkt und eine damit einhergehende Wertsteigerung der Sicherheiten - verbunden sein.

b. Rechtliche Struktur

Zwei Erwerbsgegenstände kommen in Betracht: Zum einen kann die gesamte Kundenbeziehung auf den Erwerber übergehen. Dies bedeutete einen dreiseitigen Vertrag, der nach § 414 Abs. II BGB von der Beteiligung des Schuldners abhängig ist. Damit ist diese Variante für die hier zu erörternden Fragen irrelevant, weil mit der Zustimmung des Schuldners die Einwilligung in die Informationspreisgabe verbunden sein muss. Regelfall ist allerdings der bloße Übergang der Forderung. Mit der Abtretung ist in gleicher Weise die Verpflichtung der Weitergabe umfassender Kreditnehmerinformationen und damit die Kollision mit dem Bankgeheimnis verbunden, § 402 BGB.

c. Entwicklung des NPL-Marktes

Ein fester Markt für den Handel mit Non Performing Loans, der auch die nachhaltige Entstehung von handelbaren Strukturen und Vertragsstandards mit sich bringt, bildet sich - wie gezeigt - jeweils in der Krise.

Feste Grundstrukturen zur Verlagerung von Kreditrisiken wurden daher ebenfalls erstmalig Anfang der achtziger Jahre in den USA zur Bewältigung der Immobilien- und Bankenkrise etabliert. Staatliche Gesellschaften transferierten die Risiken durch paketweisen Verkauf der Kredite an Investmentgesellschaften in den Nichtbankensektor. Gleiche Phänomene ließen sich während der letzten Wirtschaftskrise in Asien beobachten¹⁷⁷.

Gerade die für den Risikohandel geeignete Immobilienbranche ist in Deutschland mangels Überhitzung der Preisbildung weniger krisengeneigt. Hier erhöhen sich Kreditausfälle weniger aus der Überbewertung der Sicherheiten als aus der angespannten gesamtwirtschaftlichen Situation. Dennoch sind natürlich regionale Preisverfallstendenzen zu beobachten, so beispielsweise im Gewerbe- und Büroimmobilienmarkt in Teilen Ostdeutschlands.

¹⁷⁷ Rinze/Heda, WM 2004, 1557.

Dementsprechend befindet sich die Herausbildung eines Marktes für Non-Performing-Loans insgesamt betrachtet noch in einer frühen Phase. Erwähnenswerte Geschäfte der letzten Jahre in diesem Bereich waren beispielsweise die Veräußerung eines Paketes notleidender Kredite der Hypo Real Estate im Werte von € 480 Millionen an die Investmenthäuser Lone Star und JP Morgan. Eine Tochter ersteren Investmenthauses war auch Erwerberin eines 200 Millionen € schweren NPL-Portfolios der Gontard & Metallbank¹⁷⁸. Dieses war Gegenstand des Ausgangsfalles OLG Frankfurt a.M.¹⁷⁹.

Und auch im öffentliche Sektor haben entsprechende Strukturen seit einigen Jahren Fuß gefasst. Nach einigen Testprojekten hat beispielsweise der Ostdeutsche Sparkassen- und Giroverband - vergleichbar mit der True-Sale-Initiative für ABS-bereits im Jahre 2003 ein eigenes Projekt zur Förderung des Verkaufs von NPL-Portfolios seiner Mitglieder gegründet¹⁸⁰.

Laut einem Positionspapier des Bundesamtes für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) aus dem Jahre 2007 wird seit dem Jahre 2003 ein deutlich zweistelliges Milliardenvolumen durch deutsche Banken veräußert. Zudem liegen Informationen des Zentralen Kreditausschusses vor, wonach im Jahre 2005 in Deutschland notleidende Kredite in Höhe von 12 Milliarden Euro gehandelt wurden. Bei einem derzeitigen Gesamtkreditvolumen von ca. 960 Milliarden Euro ausschließlich im Wohnungsbausektor besteht hier erhebliches Entwicklungspotential.

4. Wirtschaftliche Risiken und Folgeprobleme

Die so aufgezeigten Gestaltungsmöglichkeiten zeigen nur einen typisierenden Rahmen auf. Letztlich sind die Möglichkeiten der Weitergabe von Risiken entsprechend der Wirtschaftlichkeit und dem Erfindungsreichtum der Produktentwickler unbegrenzt. Diese Unbegrenztheit und die Komplexität der denkbaren Strukturierungen stellen aber zugleich dann auch das Grundproblem entsprechender Geschäftsmodelle dar.

An den hier dargestellten Maßnahmen lässt sich exemplarisch erläutern, wie unterschiedlich die Negativkonsequenzen entsprechender Produkte ausfallen können. Gemeinsamer Nenner ist dabei der *Kontrollverlust*, allerdings in zwei ganz unterschiedlichen Stoßrichtungen:

Gibt das Kreditinstitut - wie bei den NPL - die Forderungsabwicklung aus der Hand, bezieht sich der Kontrollverlust auf den Umgang mit dem Kunden. Dieser ist dem neuen Gläubiger ausgeliefert. Es droht eine Schieflage sowohl bei der Handhabung etwaiger, künftiger Zinsanpassungen als auch bei der Verwertung der Sicherheiten. Letzteres ist im Hinblick auf die im deutschen Rechtskreis bei Bankenkrediten übliche sofortige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung

178 Rinze/Heda, a.a.O., 1557.

179 OLG Frankfurt ZIP 2004, 19.

180 Rinze/Heda, a.a.O., 1557.

besonders dramatisch. Im schlimmsten Fall entfalten die beiden Elemente ihre Wirkung kumulativ. Dies hat in jüngerer Zeit für die Regelfälle veräußerter Baufinanzierungsdarlehen zu einer Reihe von als äußerst ungerecht empfundenen Maßnahmen von Finanzinvestoren gegen Verbraucher geführt, die auf ein starkes Medienecho gestoßen sind¹⁸¹. Damit hat die Diskussion stark verbraucherschutzrechtliche Züge angenommen.

Ganz anders liegt der Fall beim Belassen der Handhabung bei der Bank und der Verlagerung des Risikos im Wege der Verbriefung durch Zweckgesellschaften. Hier tritt die Verbraucherschutzfragen aufwerfende Komponente zunächst völlig zurück. Aber die Verlagerung des Risikos aus der Bankenbilanz führt zur Aushebelung überkommener Aufsichtsmechanismen. Denn das gebundene Eigenkapital wird frei zur Neuverwendung. Damit wird wegen des stetigen "Durchreichens" eine Spirale, in Gang gesetzt, kaufmännisch an sich nicht mehr vertretbare Risiken einzugehen. Die Vergabemechanismen werden insoweit auf den Kopf gestellt, als dass der kaufmännisch vollkommen unseriöse Neukredit im Hinblick auf die Renditeversprechen des Vehikels besonders attraktiv wird, und sich der Bankkaufmann das Risiko selber nicht dauerhaft "in die Bücher nimmt". Gleichzeitig ist es den sonstigen Marktteilnehmern, also den Letzterwerbenden der Risiken - wie bei den meisten komplexeren Finanzprodukten - nie möglich, annähernd zuverlässige Aussagen über die wahre Beschaffenheit des Erworbenen zu treffen. Auf Erwerberseite greifen also ebenfalls keine risikobegrenzenden Mechanismen.

Das führt zu einer unvorstellbaren Akkumulation von Risiken im Finanzsystem, dessen weltweites Implodieren im Laufe der Jahre 2007/2008 eindrucksvoll zu besichtigen war. Dabei zieht die erste Spirale die zweite - ungleich verhängnisvollere - nach sich: Denn da kein Finanzinstitut weiß, wie viel unsichere Verbriefungen andere Institute als Ankäufer in Ihren Büchern haben, verstopfen - trotz des restlichen Vorhandenseins von Kapital - die Liquiditätskanäle im Interbankengeschäft als Funktionsvoraussetzungen unseres Wirtschaftssystems¹⁸².

Unter diesen Besonderheiten ist auch die ursprüngliche Frage nach der Verletzung Geheimhaltungspflicht zu betrachten. Es entstehen verbraucherschutz- und aufsichtsrechtliche Fragen, deren eigenständiger Charakter nicht unberücksichtigt bleiben darf. Die Geschäftsmodelle sind also nicht nur Platzhalter für die geheimnisrechtliche Besonderheit, eine Aufhebung des Geheimnisschutzes für den Fall einer Schlechterfüllung der Kundenpflichten anzunehmen. Sie lassen auch erahnen, dass gegebenenfalls hinter der pauschalen Problematik Geheimhaltung weitere, differenzierend zu betrachtende rechtsdogmatische und -politische Elemente verborgen sind.

181 Siehe bereits oben Fn. 12.

182 Zur Mechanik der Finanzkrise vgl. die ausführliche Analyse von *Brunnermeier*, "Deciphering the Liquidity and Credit Crunch 2007/2008", aktualisierte Version Stand 24.12.2008 abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=1317454>.

5. Zeitpunkt der möglichen Verletzung des Bankgeheimnisses

Nun muss zunächst vorab geklärt werden, ob und wann es bei den jeweiligen Geschäftsmodellen überhaupt zur Geheimnisverletzung kommt.

Dabei wird die hohe praktische Bedeutung, die der hier zu erörternden Frage als Teilaspekt der oben beschriebenen Geschäftsfelder zukommt, noch aus einem Gesichtspunkt heraus relativiert:

Selbstverständlich betrifft die Frage nur Fälle, bei denen die Bank als Zedent von *Eigenforderungen* beteiligt ist. Ein wichtiges Geschäftsfeld der Banken besteht aber - wie bereits angedeutet - darin, die Transaktionen für (Firmen-)Kunden zu originieren, d.h. auf Provisionsbasis das Know How der Strukturierung und um die möglichen Absatzmärkte und Investoren für die Transaktion bereitzustellen. Die dabei zedierten Forderungen sind Außenstände der Kunden gegen Dritte und damit nicht vom kreditgewerblichen Geheimnisschutz umfasst. Unser Thema berührt also immer nur die originär mit dem Kreditinstitut eingegangene Forderungsbeziehungen. Dies trifft aber vor allem für den NPL-Markt zu, der sich tatsächlich mit der Veräußerung von Eigenforderungen befasst. In tatsächlicher Hinsicht entscheidend ist nun, wann und auf welche Weise bei den jeweiligen Geschäftsfeldern überhaupt die Kollision von Geheimhaltungspflicht und Informationsweitergabe von statten geht.

a. Tatsächliche Weitergabe als Spezifikum des Geheimnisverrats

Wie bereits erläutert¹⁸³, beruht nach einhelliger Auffassung die Vertragspflichtverletzung auf der *tatsächlichen Weitergabe* der geheimzuhaltenden Information. Nach diesem Verständnis ist es nicht die übernommene oder - wie in der hier behandelten Konstellation - die als Folge der Abtretungsverpflichtung von § 402 BGB angeordnete Pflicht zur Informationsweitergabe, sondern die *tatsächlich vollzogene* Preisgabe.

Aber schon hier sei darauf hingewiesen, dass im Bereich anderer Verschwiegenheitsverpflichtungen gegebenenfalls eine "vorverlagerte" Betrachtungsweise angestellt wird. Für den Bereich der Forderungsabtretung bedeutet das beispielsweise aus verfügungsrechtlicher Sicht, dass bereits aus der bloßen Verpflichtung des § 402 BGB die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Abtretung hergeleitet wird, ohne dass es zu einem tatsächlichen Informationsaustausch gekommen ist¹⁸⁴. Entsprechend wird im Kontext zu überlegen sein, ob erst in der tatsächlichen Informationsweitergabe oder bereits im Eingehen der Übertragungsverpflichtung die Vertragspflichtverletzung zu sehen ist.

183 Vgl. oben Kapitel 2 I. 2.

184 Vgl. zur Rolle des § 402 BGB in der Abtretungskonstellation bei bestehender Verschwiegenheitspflicht ausführlich unten Kapitel 7 IV. 3. c.

b. Die Zweistufigkeit der Informationspreisgabe bei der Forderungsabtretung,
§§ 398 ff. BGB

Hinzu kommt, dass die rechtliche Diskussion auch nicht alleine unter dem Stichwort "§ 402 BGB und das Bankgeheimnis" geführt werden darf. Die Verletzung der Geheimhaltungspflicht beruht gegebenenfalls nicht alleine auf der Weitergabe der relevanten Kreditnehmerdaten als Konsequenz des § 402 BGB. Es muss vor dem Hintergrund einer absolut verstandenen Verschwiegenheitspflicht berücksichtigt werden, dass der Prozess der Informationsweitergabe im Rahmen einer Abtretung grundsätzlich zweistufig ist. Bereits das Verfügungsgeschäft selbst unterliegt Anforderungen an die Spezifikation seines Gegenstandes und kann deshalb bei der hier anzustellenden Beurteilung nicht außen vor bleiben.

aa. Informationsweitergabe durch Abtretungsvertrag

Dementsprechend soll nun eine Bestandsaufnahme der erforderlichen Informationsflüsse im Rahmen des Abtretungsvertrages selbst vorgenommen werden.

(1) Grundsatz

Zum notwendigen Inhalt eines Abtretungsvertrages gehört neben der Erklärung des Abtretungswillens (Angebot) und der Annahme durch den Zessionar die genaue Bezeichnung der Forderung, die abgetreten werden soll¹⁸⁵. Dem Spezialitätsgrundsatz folgend muss die abzutretende Forderung als Verfügungsgegenstand grundsätzlich zum Zeitpunkt des Abtretungsvertrages individuell hinreichend bestimmt sein¹⁸⁶. Dieses Erfordernis bringt zunächst einmal mit sich, dass die wesentlichen Elemente der Forderung zu benennen sind, d.h. die Person des Schuldners, Gegenstand und Umfang der Leistung, bei Verwechslungsgefahr auch darüber hinaus der Rechtsgrund der Forderung, etc.¹⁸⁷. Das Erfordernis der Bestimmtheit betrifft also aus Geheimhaltungssicht die Kerninformationen. Bereits der Abtretungsvertrag selbst legt offen, dass eine Kundenbeziehung existiert, dass zudem auch eine Forderungsbeziehung existiert und in welcher Höhe (noch) Verbindlichkeiten bestehen (Man spricht auch von den sog. "Bestimmungsdaten"¹⁸⁸).

185 Staudinger/*Busche*, § 398, Rdn. 7.

186 Grundlegend zum Bestimmtheitsgrundsatz: RGZ 134, 225, 227; BGHZ 7, 365, 367 und Larenz/*Canaris* Schuldrecht § 34 III.

187 MünchKomm/*Roth*, § 398 Rdn. 67.

188 Vgl. *Mankowski*, JZ 1994, S. 48, 50, *Otto*, Die Abtretung des Anwaltshonorars an einen Anwalt, 2002, S. 224.

Allerdings betrifft diese bestimmte Benennung nur die Idealform eines Abtretungsvertrages. Abmilderungen der strikten Handhabung sind der Erkenntnis geschuldet, dass auch nicht exakt bestimmte Forderungen sinnvoller Bestandteil des Vermögensverkehrs sein können. Insbesondere das Erfordernis der Übertragung künftiger Forderungen hat daher das Prinzip der Bestimmtheit auf eine bloße Bestimmbarkeit hin beschränkt¹⁸⁹. Demnach reicht es aus, dass die Forderungskriterien nicht ausdrücklich genannt werden, sondern nur insoweit zu beschreiben sind, als es zur Identifikation der Forderung erforderlich ist. Die Kernfunktion des Bestimmtheitsgrundsatzes ist also nicht die exakte Benennung sondern die Ermöglichung der Individualisierung¹⁹⁰.

Ein vergleichbares Absenken der Anforderung an die Bestimmtheit kann sich auch aus bloßen Praktikabilitätsabwägungen ergeben. Da der Abtretungsvertrag wie jede Vereinbarung der Auslegung zugänglich ist, §§ 133, 157 BGB, kann es sich - auch wenn die Forderungen bereits entstanden sind und an und für sich bereits konkret benennbar wären - bei einer umfangreichen Mehrheit von Forderungen anbieten, sie über beschreibende, gemeinsame Merkmale zu individualisieren. Die Abtretung unter einer Gesamtbezeichnung ist an und für sich unbedenklich, wenn die Zugehörigkeit der Einzelforderungen zur übergeordneten Kategorie hinreichend deutlich wird¹⁹¹.

(2) Bedeutung für die Forderungsabtretung einer Bank

Für das hier zu erörternde Problem ist allerdings bedeutend, dass die zu individualisierende Forderungsmehrheit regelmäßig eine Teilmenge einer größeren Forderungsgesamtheit (dem Gesamtforderungsbestand des Kreditinstitutes, dem Gesamtbestand an Verbraucher- oder Baudarlehen, etc.) ist. Dies erhöht die Anforderungen an die eindeutige Abgrenzbarkeit¹⁹². Die einzelnen Forderungen müssen über den betroffenen Geschäftszweig, bestimmte Kundengruppen oder beispielsweise interne Kreditbewertungen individualisiert werden¹⁹³. Dabei soll es auch unschädlich sein, wenn aus einer beschriebenen Gesamtheit bestimmte, ihrerseits individualisierbare Forderungen wieder ausgenommen werden¹⁹⁴.

Für das oben bereits herangezogene Beispiel des Baudarlehengagements in einer von der Insolvenz des Hauptarbeitgebers betroffenen Region böte sich exemplarisch an, die Forderungen wie folgt bestimmbar zu machen:

189 Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 398, Rdn. 14.

190 Grundlegende Beispiele aus der Rechtsprechung, die die Untergrenze zulässiger Individualisierung als unterschritten bewerten, finden sich beispielsweise bei RGZ 67, 166, 168; BGHZ 7, 365; BGHZ 26, 178; BGH NJW 1981, 816 f.

191 Dazu mit Beispielen Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 398, Rdn. 15.

192 MünchKomm/*Roth*, § 398 Rdn. 71.

193 MünchKomm/*Roth*, § 398 Rdn. 70.

194 BGH WM 1966, 13.

"Alle Baudarlehen mit einem internen Kreditrating besser als 4 der Kunden mit Nachname L-Z der Postleitzahlenregion 60559, die nicht eine Resthöhe von € 300.000 inkl. Gesamtzinsbelastung überschreiten mit einer Gesamthöhe zum Abtretungszeitpunkt von € 43.725.513,23".

(Hierbei ist die Gesamtsummenbildung für die Individualisierung entbehrlich, als Ausgangspunkt für die Preisbildung in der Transaktion aber ein entscheidendes Element).

Zugleich soll es in Fällen, in denen die Bestimmbarkeit über hinreichend differenzierende Gruppenmerkmale nicht gelingen kann (so zum Beispiel bei der Veräußerung einzelner Großengagements), den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes genügen, wenn Kreditnehmerdaten anonymisiert oder verschlüsselt weitergegeben werden¹⁹⁵. Dem ist zuzustimmen, denn auch hier bleibt die Bestimmbarkeit gewahrt, wird sie doch lediglich durch einen weiteren Zwischenschritt verkompliziert, aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen¹⁹⁶.

Die angestellten Erwägungen zeigen also, dass zwar grundsätzlich bereits der Abtretungsvertrag auch ohne die Konsequenz der umfassenden Informationspflicht des § 402 BGB nach herkömmlichen Verständnis eine Kollision mit dem Bankgeheimnis bedeuten würde. Über den Grundsatz der Bestimmbarkeit können aber Gestaltungsmöglichkeiten nutzbar gemacht werden, nach denen (zumindest im Abtretungszeitpunkt) eine Weitergabe geheimnisrechtlich relevanter Informationen ausgeschlossen werden können. Dies muss von der Bank berücksichtigt werden, wenn im Abtretungsvertrag selbst eine Kollision mit der Geheimhaltungsverpflichtung vermieden werden soll.

bb. Die Informationsweitergabe nach § 402 BGB

Erst auf der zweiten Stufe steht dann die Verpflichtung der Bank, dem Zessionar durch die in den §§ 402, 403 BGB statuierten Nebenpflichten die Voraussetzungen zur Durchsetzung der erworbenen Forderungen zu verschaffen. Hierdurch soll der Erfolg des Rechtsüberganges abgesichert werden. Nach § 402 BGB ist der alte Gläubiger verpflichtet, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweis der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern.

195 Rundsreiben BaKred 4/1997 vom 19. März 1997, WM 1997, 1821 f.; *Früh*, WM 2000, 497, 502; *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157, 1158; *Kuder*, ZInsO 2004, 903, 904; *Kusserow/Dittrich* WM 1997, 1786, 1795; *Rögner*, NJW 2004, 3230, 3232; *Theewen*, WM 2004, 105, 113; *Freitag*, EWIR 2004, 741.

196 Zur begrenzten Tragfähigkeit einer entsprechenden Lösung siehe aber sogleich.

(1) Rechtsnatur

Die Rechtsnormen der §§ 402, 403 BGB sind Hilfsansprüche, die - trotz ihrer systematischen Stellung im Recht der Abtretung - im Kausalgeschäft wurzeln¹⁹⁷. Nach wohl überwiegender Auffassung vollzieht das Gesetz nach, was sich ohnehin aus dem Rechtsgrund, beispielsweise einem Forderungskauf, § 453 BGB, ergibt. Diese Anknüpfung in der causa ist allerdings nicht unbestritten¹⁹⁸.

(2) Umfang der Informationspflicht

Die Auskunftspflicht bezieht sich auf alle für die Forderung und ihre Durchsetzung relevanten Umstände. Die Pflicht ist demzufolge einzelfallabhängig. Regelmäßig wird nach einem zur Geltendmachung erforderlichen Grundprogramm wie beispielsweise dem Forderungsinhalt, der Person des Schuldners, etc.¹⁹⁹ und zusätzlichen Informationen, die sich zum Beispiel aus dem Schuldnerschutz der § 404 ff. BGB und der jeweiligen Struktur denkbarer Einwendungen ergeben²⁰⁰, zu differenzieren sein. Die Auskunftspflicht soll sich auch auf Tatsachen und Umstände erstrecken, die erst nach der Abtretungsvereinbarung eingetreten sind oder die dem Zedenten erst nach der Abtretung bekannt geworden sind²⁰¹. Hieraus muss auch die Verpflichtung des Zedenten resultieren, Auskunft über Zahlungen zu geben, die nach der Abtretung an ihn geleistet werden, weil sie Auswirkungen auf die Höhe der Restforderung haben können²⁰².

Relevant für den Geheimnisbereich ist die Erkenntnis, dass zu den für die Durchsetzung erforderlichen Informationen auch Auskünfte über die persönlichen

197 Staudinger/*Busche*, BGB, § 402, Rdn. 1; MünchKomm/*Roth*, BGB, § 402, Rdn. 1.

198 A. A. und damit für die Anknüpfung in der Verfügung selbst: Soergel/*Zeiss*, BGB, § 402 Rdn. 1; RGRK/*Weber*, BGB, § 402, Rdn. 1; Medicus bezeichnet dies zu Recht als "ungewöhnlich" in: Medicus SR AT § 62 II. 3. = Rdn. 722; für den Kompromiss einer Verankerung *jedenfalls auch* in der Verfügung: *Scheyhing*, in: Hdb. des Schuldrechts, Band 2 - Sukzessionen, § 5 Abs. III. Wenn überhaupt, wird diese unterschiedliche Einordnung im Rahmen der Fehlerfolgenlehre relevant. Erst hier wirken sich für gewöhnlich Differenzierungen nach Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft aus. Wäre eine etwaige Fehlerhaftigkeit auf das Verpflichtungsgeschäft beschränkt, würden die originär mit dem Verfügungsgeschäft verknüpften Pflichten bestehen bleiben. Ihre Durchsetzbarkeit wäre allerdings mit dem Manko der Treuwidrigkeit behaftet, weil ja das gesamte Verfügungsgeschäft einer bereicherungsrechtlichen Rückforderungslage ausgesetzt ist. *Medicus* und *Scheyhing* weisen daher in der Folge von *Weber* zu Recht auf die praktische Irrelevanz dieser Auseinandersetzung hin.

199 Staudinger/*Busche*, BGB, § 402, Rdn. 9 f.

200 dazu OLG Dresden NJW 2004, 1464.

201 Staudinger/*Busche*, a.a.O., Rdn. 10; Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 402 Rdn. 2.

202 Staudinger/*Busche*, a.a.O., Rdn. 10 a.E.; a. A. noch OLG Hamm JW 1927, 724 Nr. 8.

und wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners von der Weitergabeverpflichtung umfasst sein können²⁰³.

Des Weiteren ist der Zedent verpflichtet die zum Beweis der Forderung erheblichen Urkunden zu übergeben. Die Literatur begrenzt diese Pflicht auf solche Urkunden, zu denen der Zedent in einem herausgaberelevanten Besitzverhältnis steht²⁰⁴. "Dem Beweis der Forderung dienend" wird in diesem Zusammenhang in einem weiten Sinne verstanden: Die Urkunden müssen nicht originär zum Beweise der Forderung bestimmt sein. Ausreichend ist, dass sie in irgendeiner Weise - wenn auch nur mittelbar - zum Beweis der Forderung geeignet sind²⁰⁵.

Keine Bedeutung hat die Norm dagegen für solche Wertpapiere oder sonstige Urkunden, die das Recht selbst verbriefen. Hier ist ja die Übergabe der Urkunde bereits Teil des Rechtserwerbs selbst.

(3) Die Begrenzung auf das "Nötige"

Die Norm selbst enthält bereits das den Pflichtenkanon begrenzende Korrektiv. Danach ist lediglich die "nötige" Auskunft zu erteilen. Damit ist der Schuldner beispielsweise nicht per se zur Offenbarung von Einzelheiten des der Abtretung zugrunde liegenden Kausalgeschäfts verpflichtet.

(4) Abdingbarkeit

Die Pflicht ist keineswegs zwingend. Die Informationsstufe des § 402 BGB kann abbedungen, begrenzt oder modifiziert werden²⁰⁶ und damit der Informationsfluss komplett unterbunden werden.

Dies macht Sinn bei den ABS-Strukturen, bei denen üblicherweise in der Außenwirkung zum Kreditkunden keinerlei Veränderungen eintreten, weil die Bank als Service Agent nach wie vor für die Abwicklung des Kreditverhältnisses allein zuständig ist. Allerdings ist auch diese Informationsblockade eventuell nur eine vorläufige, was in der Literatur oftmals vernachlässigt wird²⁰⁷. Eine durchgängig dogmatisch saubere Lösung müsste auch die pathologischen Fälle berücksichtigen. Im entscheidenden Fall der Insolvenz der zedierenden Bank - und

203 Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 398, Rdn. 2.

204 Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 398, Rdn. 3.

205 Staudinger/*Busche*, BGB, § 402, Rdn. 13 f.

206 Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 402 BGB, Rdn. 1; MünchKomm/*Roth*, § 402 Rdn. 2; *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1541; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1559; LG Frankfurt a.M. ZIP 2005, 115, 116.

207 So schließen beispielsweise schon alleine durch das Abbedingen des § 402 BGB eine Kollision von Forderungsabtretung und Bankgeheimnis aus *Früh*, WM 2000, 497, 501; *Langenbacher*, BKR 2004, 333, 334; *Bütter/Tonner*, ZBB 2005, 165, 169; *Stiller*, ZIP 2004, 2027, 2029.

eine solche Konstellation lag der die Diskussion auslösenden Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. zugrunde - muss es doch noch zur Übertragung der Kreditnehmerinformationen durch den Insolvenzverwalter kommen, um den aussonderungsberechtigten Zessionaren die selbständige Durchsetzung ihrer Forderungen zu ermöglichen. Gleiches gilt für das Geschäftsmodell ABS im Falle der Verletzung des Forderungsverwaltungsvertrages²⁰⁸.

cc. Fazit

Bei der Verletzung der Geheimhaltungspflicht im Rahmen einer Abtretung ist eine nach zwei Stufen differenzierte Betrachtungsweise anzustellen. Grundsätzlich postuliert zunächst der Bestimmtheitsgrundsatz ein hohes Maß an Spezifikation der Forderung durch Weitergabe der Bestimmungsdaten. Hier sind Begrenzungen gerade bei umfangreicheren Forderungspools zwar denkbar, indem Forderungen lediglich "individualisierbar" abgebildet werden.

Eine Intensivierung der Geheimnispreisgabe bringen dann aber die Verpflichtungen des § 402 BGB, die auf dem Kausalgeschäft der Forderungsveräußerung beruhen. Das individualvertragliche Abbedingen dieser Verpflichtungen ist gegebenenfalls nur geeignet, die tatsächlichen Weitergabe der Informationen zeitlich nach hinten zu verlagern, nicht jedoch konsequent auszuschließen²⁰⁹.

c. Geschäftsspezifische Besonderheiten

aa. Problemstellung

Im Hinblick auf den grundsätzlich weit reichenden Anspruch des Bankgeheimnisses ist der Großteil der neueren Diskussion der Frage gewidmet, wie man in der Abtretungskonstellation Informationen unterdrücken kann. Es wird also eine Lösung oder zumindest eine Umschiffung der Problematik auf der tatsächlichen Seite gesucht²¹⁰.

208 Dieses Beispiel liefert BaKred WM 1997, 1821, 1822.

209 Deshalb auch kritisch im Hinblick auf Lösungsmöglichkeiten auf tatsächlicher Ebene *Wiegand, Asset Backed Securities*, S. 849.

210 Siehe schon die Beispiele Fn. 197.

(1) Steuerbarkeit des Informationsflusses auf den beiden Abtretungsebenen

Für den Abtretungsvertrag selbst sind die einschlägigen Möglichkeiten schon gezeigt worden. Für § 402 BGB muss Ausgangsgedanke sein, dass die oben skizzierten unterschiedlichen Geschäftsfelder hier ganz unterschiedliche Möglichkeiten bieten (bzw. nicht bieten). Die NPL-Strukturen sind gerade darauf angelegt, nicht nur das Risiko der scheiternden oder gescheiterten Kreditbeziehungen aus der Bilanz zu beseitigen, sondern auch darauf, im Rahmen einer Konzentration auf das Kerngeschäft die kostspielige und schwerfällige Einziehung und Abwicklung auf Dritte zu verlagern. Hier ist eine Konstruktion über ein Abbedingen des § 402 BGB dem Geschäftsmodell zuwider laufend und daher ausgeschlossen.

Anders stellt sich dies gegebenenfalls bei den ABS-Transaktionen dar. Hier wird der Kunde nicht mit der Abwicklung seines Vertrages durch einen neuen Gläubiger konfrontiert. Die Bank bleibt als sog. Service Agent mit der Einziehung der Forderungen betraut²¹¹. Die Transaktion erschöpft sich in der Verlagerung des Risikos. Die Bedeutung der Informationsebene des § 402 BGB tritt stark zurück. Ein Abbedingen der Norm kann geeignet sein, die Geheimhaltung zu gewährleisten, falls auch auf der Ebene der Abtretung selbst konkrete Individualisierungen vermieden werden konnten. Dies ist der Fall, wenn eine Vielzahl von typisierbaren Risiken zusammengefasst werden, wie es das obige Beispiel des insolventen Großarbeitgebers deutlich macht. In solchen Transaktionen können konkrete Informationsflüsse, die mit der Geheimhaltungspflicht gegenüber dem einzelnen kollidieren, wenigstens vorläufig vermieden werden²¹².

(2) Grenze des Ansatzes auf der Ebene der Schaffung einer Investitionsgrundlage

Diese mit der Geheimhaltung wenigstens bedingt konform gehende Handhabung findet ihre Grenzen aber auf einer hier noch zu ergänzenden dritten Ebene des Informationsflusses. Diese besteht unterschiedslos für alle in Rede stehenden Geschäftsmodelle. Denn sie wird immer dann relevant, wenn mit dem Forderungserwerb eine Investitionsentscheidung verbunden ist. Einer Investitionsentscheidung liegt immer ein größtmögliches Interesse an Hintergrundinformationen zu Grunde. Dieses geht weit darüber hinaus, was von § 402 BGB für die Geltendmachung des Anspruches gefordert wird.

Dieses Interesse besteht zum einen bei (auch nur potentiellen!) Investoren. Vorab kennzeichnet es zudem die Interessenlage der Ratingagenturen, vermittels derer an die zu veräußernden Portfolios ein Bewertungsmaßstab angelegt wird. Selbstverständlich gilt auch hier das eben zu den ABS-Strukturen Gesagte: Bei einer

211 Vgl. statt aller *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1566.

212 Auf die Problematik der drohenden Weitergabe bei Unregelmäßigkeiten in der Abwicklung wurde bereits hingewiesen.

Vielzahl von Kleinrisiken kann eine rein statistische Bewertung über anonymisierte oder aggregierte Informationen erfolgen. Durch Erhöhung der Einzelrisiken bei Reduzierung ihrer Zahl fällt diese Möglichkeit aber fort. Also ist der Informationsfluss bei Investmentgeschäften im Gegensatz zum Grundfall der Abtretung regelmäßig 3-stufig, weil noch eine Evaluierungsstufe hinzutritt. Das identische Problem stellt sich übrigens, wenn Banken eine Fusion oder die Veräußerung eines Geschäftszweiges anstreben²¹³. Diese dritte Stufe, die jedenfalls bei größeren Einzelpositionen eine Anonymisierung ausschließt wird regelmäßig in der Diskussion vernachlässigt²¹⁴.

(3) Die Wahrung des Bankgeheimnisses durch tatsächliche Gestaltung: Ansätze in der Literatur

Damit ist eine vollständige Blockade für alle bankentypischen Abtretungskonstellationen nicht zu erreichen. Man kommt um eine rechtliche Auseinandersetzung nicht herum. Entgegen dieser Erkenntnis hat sich die Auseinandersetzung in der Literatur ganz maßgeblich mit Modifikationen der Geschäftsmodelle auf tatsächlicher Ebene auseinandergesetzt.

In der Literatur werden vorgeschlagen: Die Schwärzung von Daten, die Weitergabe anonymisierter bzw. aggregierter Daten, das Abbedingen der Norm, das Einsetzen von Datentreuhändern als Ersatz-Service-Agents, falls die Bank mit dieser Rolle ausfällt, etc., alles zudem unter der Maßgabe das die Dritten Datenempfänger ebenfalls auf das Bankgeheimnis verpflichtet werden.

Entsprechende Überlegungen gründen wohl letztlich auf der Rechtsauffassung des (seinerzeit noch als Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, BaKred, firmierenden) BaFin.

bb. Die Auffassung des BaFin

Diese sei im Folgenden kurz dargestellt.

213 Dazu *Cahn*, WM 2004, 2041, 2045; für ein striktes Einwilligungserfordernis aus datenschutzrechtlicher Sicht: *Wengert/Widmann/Wengert*, NJW 2000, 1289, 1293 ff.

214 Vgl. exemplarisch *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1541.

(1) Überblick

Im Rundschreiben BaKred 4/1997 vom 19. März 1997²¹⁵ nimmt das Amt - übrigens nur für den Bereich der ABS-Strukturen! - auch Stellung zum hier relevanten Fragenkreis:

Zunächst einmal nimmt die Behörde nicht für sich in Anspruch, alle Rechtsfragen umfassend zu behandeln²¹⁶. Unter Abschnitt II. wird dann festgestellt, dass die ABS-Transaktionen nicht die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte beeinträchtigen dürften. Insbesondere sei zu vermeiden, dass das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunde, das im Bankgeheimnis seinen besonderen Ausdruck findet, gewahrt bleiben müsse²¹⁷. Diese Voraussetzungen sieht die Behörde beim Vorliegen folgender Voraussetzungen als gegeben an²¹⁸:

- Grundsätzlich muss der Kunde in die Weitergabe seiner Daten einwilligen, nachdem ihm der Geschäftstyp, die Art der weiterzugebenden Daten und ihre Zweckbestimmung sowie der potentielle Empfängerkreis der Daten transparent gemacht wurden.
- Diese Einwilligung soll entbehrlich sein, wenn das zedierende Kreditinstitut die Kreditabwicklung einschließlich des Inkassos aufgrund einer Einziehungsermächtigung als sogenannter Service Agent selbst wahrnimmt.
- Bei Ersetzung des originierenden Kreditinstitutes durch ein anderes beispielsweise wegen Insolvenz oder Verletzung der Pflichten aus dem Forderungsverwaltungsvertrag, muss das neue Kreditinstitut ein inländisches oder nach Maßgabe der EG-Bankenrichtlinien beaufsichtigtes Kreditinstitut mit Sitz in einem Mitgliedstaat sein.
- Für die Weitergabe auf der ersten und der dritten Informationsstufe, also dem Abtretungsvertrag selbst und der Weitergabe an sonstige Dritte (Ratingagenturen, Wirtschaftsprüfer, Treuhänder, etc.), soll die Weitergabe auch ohne Einwilligung des Forderungsschuldners zulässig sein. Zum einen soll es zulässig sein, die zur Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes und für eine eventuell erforderlich werdende sachgerechte Rechtsverfolgung erforderlichen Daten lediglich verschlüsselt anzugeben. Deren Entschlüsselung soll bei einer neutralen Stelle (Notar, inländisches oder nach Maßgabe der EG-Bankenrichtlinie beaufsichtigtes Kreditinstitut mit Sitz in einem EG-Mitgliedstaat oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum) hinterlegt werden. Zum anderen sollen bei der Weitergabe der Daten, die für die Abwicklung unbedingt erforderlich sind (was bedeuten soll, dass die Identität des Kunden weiter geheimgehalten wird), die Dritten ihrerseits auf die Geheimhaltung verpflichtet werden.

215 BaKred, WM 1997, S. 1821 ff.

216 A.a.O., S. 1820.

217 A.a.O., S. 1822.

218 A.a.O., S. 1822.

(2) Kritische Würdigung

Die angedachten Kategorien passen wie gezeigt zur Gänze nur bei ABS - Strukturen, haben also für eine normale Forderungsabtretung keinen Erkenntniswert. Es handelt sich zudem bei der Einschätzung des Amtes um eine Rechtsauffassung. Die praktische Bedeutung dieser Rechtsauffassung ist zwar enorm, weil die Banken sich sicher sein können, dass sie bei Handhabung der Transaktionen nach Maßgabe der Behörde von aufsichtsrechtlichen Maßnahmen verschont bleiben. Denkbar ist zudem, dass die dargestellten Annahmen Auswirkungen auf eine etwaige gerichtliche Entscheidungspraxis haben können. Dennoch ist der dargelegten Auffassung natürlich keine Letztverbindlichkeit beizumessen.

Das Problem liegt darin begründet, dass eine unbenannte Durchbrechung der grundsätzlich gegebenen Geheimhaltungspflicht zugelassen wird, ohne dass dies in irgendeiner Form rechtlich begründet worden wäre. Die Vorgehensweise stellte jedenfalls einen Verstoß gegen eine nach überkommenem Verständnis weit verstandene Geheimhaltungspflicht dar. Denn das BaKred bewältigt nur die halbe Strecke zur Anpassung der Geschäftsmodelle an das Bankgeheimnis. Damit werden verschiedene zu kritisierende Konsequenzen in Kauf genommen:

- Obwohl die vollständige Vereinbarkeit mit dem Bankgeheimnis misslingt, sind die Ausführungen, weil sie sich eben mit der tatsächlichen Seite befassen, geeignet, eine inhaltlichen Auseinandersetzung mit den Grenzen der Geheimhaltungspflicht zu verhindern.
- Die dringend gebotene strukturelle Auseinandersetzung mit dem Bankgeheimnis wird damit auch für die Bankenseite entbehrlich gemacht. Das Gutheißen der Informationspreisgabe schafft hier ausreichende Rechtssicherheit von prominenter Stelle.
- Zwar ist natürlich in Rechnung zu stellen, dass das Amt mit den ABS-Strukturen ein ganz bestimmtes Geschäftsmodell nach verschiedenen Gesichtspunkten rechtlich bewerten wollte. Probleme resultieren aber daraus, dass dieses Geschäftsmodell, was den Informationsfluss angeht, noch am ehesten geeignet ist, eine vollständige Informationsblockade zu gewährleisten (Verschlüsselung der Daten zur Bestimmbarkeit, aggregiertes Rating, Service-Agent-Funktion der originierenden Bank), gleichzeitig aber auf dem Rechtsgeschäft Forderungsabtretung basiert. Mit einer punktuellen Stellungnahme zu allgemeinen Fragen geht aber ein Risiko einher, dass diese Stellungnahme auf andere Konstellationen übertragen wird, wo sie nicht mehr vollständig passt. Der neueren Diskussion fiel es daher leicht, sich ganz allgemein auf die vom BaKred gebilligte Forderungsabtretung von Banken zu berufen²¹⁹. In Wirklichkeit aber sind die vom BaKred angebotenen Lösungen, wie oben gezeigt, bereits für den NPL-Markt nicht mehr ausreichend.

219 Vgl. exemplarisch von *Sivers*, ZInsO 2005, 290, 292 für Not leidende Forderungen und nicht zuletzt der BGH NJW 2007, 2106, 2108 unter Bezugnahme auf *Bütter/Tonner*, ZBB 2004,

cc. Fazit

Natürlich ist es wünschenswert, die vom Kreditinstitut wegführenden Informationsströme zu begrenzen. Nach überkommenem Verständnis des Bankgeheimnisses ist es dagegen erforderlich, sie zu unterbinden. Dieser Anforderung wird letztlich keins der Geschäftsmodelle durchgängig gerecht. Auch wenn es Transaktionen geben wird, in denen die Anonymisierung oder Aggregation von Daten gelingt, wird es regelmäßig sowohl für die Bewertung eines Portfolios als auch für die Investitionsentscheidung erforderlich sein, konkrete Kreditnehmerinformationen zu erhalten. Dies ist insbesondere erforderlich, wenn wenige Kredite mit großen Volumina veräußert oder verbrieft werden. Immer bleibt das Risiko des Scheiterns der Transaktion, sei es durch Insolvenz der Bank oder durch Verletzungen des Forderungsverwaltungsvertrages, wodurch es doch noch zum vollständigen Informationsfluss kommt.

Die Herangehensweise des seinerzeitigen BaKred stellte eine weitest mögliche Begrenzung von Informationsflüssen für ABS-Transaktionen dar, nicht aber eine für alle betroffenen Geschäftsmodelle wirksame Informationsblockade. Die Auffassung wäre entsprechend dogmatisch rechtfertigungsbedürftig gewesen. Sie verändert die absolute Geheimhaltungspflicht hin zu einem "geringst möglichen Eingriff", ist also nicht ausgewogene Entwicklung sondern Konsequenz eines anders verstandenen Bankgeheimnisses.

Dies soll erträglich gemacht werden, indem über einen Ansatz auf der tatsächlichen Ebene die Auseinandersetzung mit der Geheimhaltungspflicht selbst so weit wie möglich zu umschiffen versucht wird. Diese Vorgehensweise hat die jüngere Diskussion ganz maßgeblich geprägt. Entsprechende Ansätze sind nicht nur fehlerhaft sondern auch gefährlich, weil sie zwangsläufig zu Schlussfolgerungen in der Kommentarliteratur wie der folgenden führen²²⁰:

"Allerdings ist hier (bei der Annahme einer Unwirksamkeit der Forderungsübertragung wegen der Verletzung der Geheimhaltungspflicht, Anm. des Verf.) Zurückhaltung geboten, da die Abtretung nicht notwendig mit dem Bruch einer Verschwiegenheitspflicht verbunden sein muss (es folgt die Zitierung der zum hier behandelten Themenkomplex veröffentlichten Literatur aus der jüngeren Zeit)."

Entsprechende isoliert stehenden Ausführungen verschleiern, dass es dem Wesen der mit der Abtretung verbundenen Transaktion häufig überhaupt nicht entspricht, wenn Informationsflüsse begrenzt werden. Bei der Komplexität der zu behandelnden Transaktionen sind entsprechende Anmerkungen dann geeignet, die rechtliche Auseinandersetzung zu vermeiden bzw. zu umgehen.

Die zuerst zu beantwortende Frage muss nach alledem vielmehr sein: Sind solche Geschäftsmodelle in ihrer von den beteiligten Verkehrskreisen ursprünglich herausgebildeten Form grundsätzlich rechtlich möglich oder nicht? Ist diese Frage

165, 170; *Langenbacher*, BKR 2004, 333, 334; *Stiller*, ZIP 2004, 2027, 2029 und das BaKred-Rundschreiben.

220 *Staudinger/Busche*, BGB, § 399 Rdn. 54.

zu verneinen, wird realistischerweise eine Lösung gesucht werden müssen, diese Geschäftsmodelle - die ja längst Bankenalltag sind - von der rechtlichen Seite her zulässig zu machen. Immerhin liegen hier zu weiten Teilen die Gestaltungsmöglichkeiten in den Händen des Kreditgewerbes als AGB-Verwender selbst. Es ist gezeigt worden, dass die Schaffung eines Vertrauensverhältnisses Geschäftsvoraussetzung ist. Transparenz und eine rechtmäßige Transaktionspraxis liegen im ureigensten Interesse der Banken²²¹.

Erst wenn die Bewältigung von der rechtlichen Seite her an Grenzen stößt, müsste sich der Frage, die das BaFin zu beantworten sucht, zugewendet werden: Können die Geschäftsmodelle von ihrer Ausgestaltung her sinnvollerweise so verändert werden (was regelmäßig zu geringerer Praktikabilität und damit Rentabilität führen wird), dass sie den Rahmen des Zulässigen einhalten? Schon obige Ausführungen zeigen, dass auf der ersten Stufe eine plausible Lösung gefunden werden sollte, weil die letzte Variante wenig tragfähig bzw. aus Bankensicht vollkommen unpraktikabel ist.

Gedanklich und aus rechtlicher Sicht am hilfreichsten ist es daher, immer den Grundfall Abtretung unter vollständiger Erfüllung der Pflichten des § 402 BGB mitzudenken. An diesem Grundfall muss sich eine rechtliche Lösung der Problematik bewähren. Die Komplexität der mit der Grundkonstellation Abtretung verknüpften Geschäftsmodelle ist sonst nur allzu geeignet, die rechtlichen Kernfragen zu verdecken. Ganz anders sind die diesbezügliche Literatur und - was weitaus schlimmer ist - der Gesetzgeber vorgegangen. Die Problemanalyse erfolgte stets am konkreten Geschäftsmodell. Dementsprechend wenig belastbar mussten erörterte Lösungen sein. Denn auch die hier aufgezeigten Geschäftsmodelle sind in der Darstellung bereits idealisiert und typisiert. Die tatsächlichen Ausgestaltungen können beliebig differieren. Was hilft die Erkenntnis, eine Forderung im Verzug sei abtretbar, wenn ein Kreditinstitut zur Verbesserung des Ratings einer Transaktion, unproblematische Kreditbeziehungen mit in die Poolbildung einbezieht? Welche belastbare Qualität kommt einer Gesetzgebungsinitiative zur Abmilderung der Risiken aus Zwangsvollstreckungen durch Investoren bei Immobiliarkrediten zu, wenn in wenigen Jahren große Portfolios sonstiger Verbraucherkredite veräußert werden?

Die Erkenntnis, dass Lösungen auf tatsächlicher Ebene nicht tragfähig sein können, ist im Übrigen abstrahierbar. Jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Schaffung einer Investitionsgrundlage werden tatsächliche Gestaltungen auch künftig noch zu entwickelnder Transaktionen - jedenfalls unter Einbindung kundenbezogener Aktiva - den Postulaten des Bankgeheimnisses nicht genügen. Die rechtliche Auseinandersetzung ist unvermeidlich.

221 Vgl. dazu oben Kapitel 2 II. 3. a.

6. Ergebnis

- Der Abtretungsprozess ist, was den Informationsfluss anbetrifft, zweistufig: Zunächst der Vertrag mit den beschriebenen Begrenzungsmöglichkeiten aus dem Bestimmtheitsgrundsatz, dann die Nebenpflicht des § 402 BGB. Spezifisch mit Blick auf die Geschäftsmodelle mit Investmentcharakter ergibt sich zwangsläufig eine dritte, vorgelagerte Informationsstufe, die sich aus dem Bedürfnis nach Risikoevaluierung durch die Investoren und Ratingagenturen ergibt.
- Lösungen auf der tatsächliche Seite sind nicht tragfähig, weil die zu bewältigenden Transaktionen regelmäßig einen Informationsfluss mit sich bringen. In der NPL-Transaktion ist es zwar - wenn auch nur bei umfangreichen homogenen Forderungspools - denkbar, die Bewertung durch Ratingagenturen anonymisiert vorzunehmen zu lassen. Dann muss aber der erwerbende Investor umfassend zur Ermöglichung der Forderungseinziehung informiert werden. Genau umgekehrt ist es auf der Abwicklungsseite in der ABS-Transaktion: Hier bleibt zwar die originierende Bank als Service Agent regelmäßig mit der Einziehung der Forderungen betraut. Gerade bei der Diversifizierung von Großrisiken ist es aber erforderlich, dass die Ratingagenturen und gegebenenfalls auch die Investoren Details zum Kreditengagement erfahren.
- Bei der Lösung des Problems sollte dem praktischen Bedürfnis nach Rechtssicherheit bei der Bewältigung von Massengeschäften Rechnung getragen werden. Zu unterschiedlich sind die im einzelnen zu lenkenden Informationsflüsse, als dass hier eine verlässliche Handhabbarkeit für jeden Einzelfall der Forderungsabtretung zu erreichen wäre.
- Das erläuterte Prinzip, wonach tatsächliche Gestaltungen nicht belastbar sind, gilt über die aufgezeigten Geschäftsmodelle für sämtliche Fälle, in denen Banken mit Dritten in wirtschaftlichen Kontakt unter Beteiligung von Kundenaktiva treten. Denn die Frage nach der Schaffung einer belastbaren Investitionsgrundlage wird immer aufgeworfen sein.

III. Ausblick

Nach dieser grundsätzlichen Darstellung der zu bewertenden Informationsflüsse, die stellvertretend für jede bankseitige wirtschaftliche Betätigung unter Beteiligung von Kundeninformationen verstanden werden kann, soll nachfolgend unter Darstellung der bisherigen Erkenntnisse in Rechtsprechung und Literatur, die Frage nach möglichen Begrenzungen des Bankgeheimnisses am Beispiel der Forderungsabtretung eingeleitet werden.

Kapitel 4 Die Auseinandersetzung um Reichweite und Wirkweise des Bankgeheimnisses in der jüngeren Diskussion

I. Der Ausgangspunkt: Das Urteil des OLG Frankfurt a.M. vom 25. Mai 2004

Der Auslöser der Diskussion ist das viel besprochene²²² Urteil des OLG Frankfurt a.M. (Urt. v. 25.05.2004 - 8 U 84/04)²²³. Die Kläger in einem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung begehrten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Verwertung eines verpfändeten Aktienpaketes zu verhindern. Hintergrund war eine typische NPL - Konstellation: Die Gontard & Metallbank AG, eine zum Urteilszeitpunkt bereits in Insolvenz befindliche Privatbank, hatte - aus ihrer Sicht notleidende - Forderungen gegen die Verfügungskläger an einen amerikanischen Investor (Verfügungsbeklagte) abgetreten. Mit diesen Forderungen sollten auch die hierfür als Sicherheiten (im Wege der Verpfändung) bestellten Aktienpakete an die Investoren übergehen. Im Kern stellte sich also die Rechtsfrage, ob die Abtretung der Darlehensrückzahlungsansprüche gegen die Verfügungskläger an die Verfügungsbeklagte wirksam war. Bei Unwirksamkeit wären wegen der Akzessorietät des § 401 Abs. 1 BGB auch die verpfändeten Wertpapiere bei der insolventen Bank verblieben. Aus § 1004 Abs. 1 BGB hätte dann die Verwertung der Aktien gestoppt werden müssen.

Eben diese Unwirksamkeit nahm das OLG Frankfurt a.M. mit folgender Begründung an:

"Die Abtretung der Darlehensrückzahlungsforderungen durch den Insolvenzverwalter der Bank an die Verfügungsbeklagte ist wegen Verstoßes gegen das Bankgeheimnis unwirksam, so dass auch die Pfandrechte wegen ihrer Akzessorietät (§ 401 Abs. 1 BGB) nicht auf die Verfügungsbeklagte übergegangen sind."

Und nach umfangreichen Ausführungen zur Rechtsgrundlage folgert das Gericht:

"Demnach ist die Vereinbarung einer solchen Vertragspflicht (Bankgeheimnis) der G. + M. AG mit den Verfügungsklägern im Streitfall nicht zweifelhaft."

222 *Böhm*, BB 2004, 1641; *Bomhard/Kessler*, BB 2004, 2085; *Bütter/Aigner*, BB 2005, 119, *Bütter/Tonner*, ZBB 2004, 165; *Cahn*, WM 2004, 2041; *Freitag*, EWIR 2004, 741; *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566; *Jobe*, ZIP 2004, 2415; *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157; *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123; *Langenbacher*, BKR 2004, 333; *Nobbe*, WM 2005, 1537; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557; *Rögner*, NJW 2004, 3230; *von Sivers*, ZInsO 2005, 290; *Stiller*, ZIP 2004, 2027; *Theewen*, WM 2004, 105; *Toth-Feher/Schick*, ZIP 2004, 491, 493.

223 OLG Frankfurt a.M. ZIP 2004, 1449 ff.

In der Vereinbarung einer solchen Vertragspflicht ist in der Regel ein stillschweigender Ausschluss der Abtretung gem. § 399 BGB enthalten (OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 438; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 399 Rdn. 8)."

Dann folgen umfangreiche rechtliche Ausführungen, deren hier relevanter Kern das folgende bildet:

"Bei Ärzten, Steuerberatern, Rechtsanwälten und Vertretern ähnlicher Berufe, die wegen des Umgangs mit persönlichen und privaten Geheimnissen ihrer Vertragspartner alle der Verschwiegenheitspflicht unterliegen, wird die Abtretung von Forderungen gegen den Mandanten ohne Einwilligung desselben daher für unzulässig gehalten (BGH NJW 1996, 2087 für Steuerberater, dazu EWiR 1996, 696 (Henssler); BGH ZIP 1993, 923 = NJW 1993, 1638 für Rechtsanwalt, dazu EWiR 1993, 649 (Ackmann); neuerdings BGH NJW 2004, 1464 für Verfahrenspfleger).

Diese Regelung hat aus gleichen Gründen auch für Banken zu gelten. Die BGH-Rechtsprechung steht dem nicht entgegen. Der BGH hat zu der Frage soweit ersichtlich noch nicht ausdrücklich Stellung genommen. In der Entscheidung BGH ZIP 1982, 1051 = NJW 1982, 2768 = WM 1982, 839 wird zwar die dort vorliegende Abtretung einer Bank für wirksam gehalten, der BGH geht auf die Problematik des Bankgeheimnisses jedoch in keiner Weise ein. Aus dem Sachverhalt geht auch nicht hervor, ob die Abtretung in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall aus besonderen Gründen - etwa durch Einwilligung des Forderungsschuldners oder gem. § 354 a HGB - gerechtfertigt war. Dieses Urteil kann daher nicht zur Begründung einer ohne Einschränkung zulässigen Abtretung von Forderungen aus Privatkrediten einer Bank angeführt werden (...)."

II. Würdigung

Zusammenfassen kann man diesen Ansatz also als die Annahme einer konkludenten Willenserklärung, begründet auf der Vergleichbarkeit des Sachverhalts mit bereits bestehender Rechtsprechung im Bereich der Geheimhaltungsverpflichtung von Freiberuflern. Dabei sei schon hier angedeutet, dass die Begründung des Gerichts zwei unterschiedliche Lösungen zu vermengen droht. Was das Gericht vermutlich ausdrücken will ist, dass die Vergleichbarkeit der Situation bei den Freiberuflern die Konstruktion einer konkludenten Willenserklärung zu rechtfertigen vermag. Die in Bezug genommene höchstrichterliche Rechtsprechung kennt aber - entgegen des erweckten Eindruckes - eine solche konkludente Erklärung nicht. Alle angesprochenen Geheimnisbereiche sind strafrechtlich sanktioniert (§ 203 Abs. I StGB). Die Nichtigkeit der Abtretung in diesen Bereichen ergibt sich also aus § 134 BGB in Verbindung mit § 402 BGB und der strafrechtlichen Verbotsnorm²²⁴. Es sind demnach zwei Ansätze zu trennen: Einerseits die Unwirksamkeit wegen der vertraglichen Vereinbarung eines Abtretungsverbotes, andererseits die gesetzliche Unwirksamkeit gemäß § 134 BGB in Verbindung mit dem Bankgeheimnis.

224 Vgl. nur für Ärzte BGHZ 115, 123, 124 ff. und für Rechtsanwälte BGHZ 122, 115, 117.

III. Die Entwicklung bis zur Rechtsprechung des BGH im Jahre 2007

1. Überblick

Eine Reihe weiterer instanzgerichtlicher Entscheidungen aus der jüngeren Zeit - davon zwei aus dem tatsächlichen Umfeld des Ausgangsfalles - haben sich ebenfalls mit der Frage nach der Wirksamkeit der Abtretungen auseinandergesetzt. An ihnen können kurz die weiteren typischen Argumentationsmuster aufgezeigt werden. Was die Verwertbarkeit dieser Entscheidungen angeht, muss aber zugleich einschränkend vorab klargestellt werden: In keiner der Entscheidungen begegnet uns das hier zu lösende Rechtsproblem in seiner reinen Form. Alle Entscheidungen betrafen wie die Konstellation des OLG Frankfurt a.M. (zumindest vermeintlich) gestörte Kreditbeziehungen, d. h. die Darlehensnehmer waren bereits in Verzug geraten, was nach verbreiteter Auffassung unmittelbar begrenzenden Einfluss auf die Geheimhaltungspflicht haben soll²²⁵. Damit waren die Anforderungen an den für die Begrenzung des Bankgeheimnisses zu leistenden argumentativen Aufwand stark eingeschränkt.

Noch vor der Aufsehen erregenden Entscheidung des OLG Frankfurt a.M., hatte das OLG Celle (mit Urteil vom 10 September 2003, Az. 3 U 137/03) die Wirksamkeit einer Abtretung bejaht²²⁶. Das Urteil argumentiert allerdings größtenteils zur datenschutzrechtlichen Seite. Auch hier ergeben sich ja Grenzen zulässiger Informationsflüsse, §§ 3, 4 BDSG. Entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung des LG Lüneburgs stellt das Gericht fest, dass datenschutzrechtliche Vorschriften, der Forderungsabtretung durch eine Bank nicht im Wege stünden. Begründet wird dies mit der Erwägung, das Datenschutzgesetz regele die Sanktionen seiner Verletzung selbst (§§ 43, 44 BDSG) und könne daher nicht Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB sein²²⁷. Auf eine exakte materielle Würdigung käme es folglich bei der Frage der Wirksamkeit der Abtretung nicht an. Aus geheimnisrechtlicher Sicht gibt die Kammer dann die weit verbreitete Auffassung wieder, dass eine Abtretung jedenfalls dann unproblematisch zulässig sein soll, wenn der Kunde mit der Rückzahlung in Verzug geraten ist oder sich auf sonstige Weise rechtswidrig verhält²²⁸. Eine eigene Begründung für diese Annahme

225 Dazu sogleich und ausführlich unten Kapitel 7 II.

226 OLG Celle, WM 2004, 1384 ff.

227 OLG Celle, a.a.O., S. 1385, eine Auffassung, die sich auf eine entsprechende Ausarbeitung bei MünchKomm/Armbriüster, BGB, § 134, Rdn. 3 stützt.

228 Rögner, NJW 2004, 3230, 3232; Jobe, ZIP 2004, 2415, 2419; Früh, WM 2000, 497, 503; Theewen, WM 2004, 105, 113; Toth-Feher/Schick, ZIP 2004, 491, 494; Klüwer/Meister, WM 2004, 1157, 1161; Bruchner, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 39 Rdn. 29.

wird nicht geliefert. Das Gericht begnügt sich mit einer Zitierung aus dem Bankrechtshandbuch von *Schimansky/Bunte/Lwowski*, in der es heißt:

"Kommt es infolge Verzuges oder rechtswidrigen Verhaltens des Kunden zur Kreditkündigung, so darf die Bank den fälligen Rückzahlungsanspruch im Wege des Forderungsverkaufs und der damit verbundenen Abtretung verwerten. Aufgrund der Abtretung unterliegt die Bank dem Auskunftsanspruch des Zessionars nach § 402 BGB. Dieser gesetzliche Anspruch hat in der Regel Vorrang vor dem Bankgeheimnis. Die Bank ist auch berechtigt, die rückständige, gekündigte Kreditforderung an ein sorgfältig ausgesuchtes Inkassobüro zu übertragen. Angesichts des vertragswidrigen Verhaltens des säumigen Kunden wäre dessen Einwand, dies verstoße gegen das Bankgeheimnis, offensichtlich rechtsmissbräuchlich."

Thematisch dann bereits weitaus sensibilisierter vertritt das LG Frankfurt a.M. im Hauptsacheverfahren zu obigem Fall (Urteil vom 17. Dezember 2004, Az. 2/21 O 96/02)²²⁹ die Auffassung, dass von einer Vergleichbarkeit des Bankgeheimnisses mit den Geheimhaltungspflichten der Freiberufler nicht ausgegangen werden könne. Dies wird mit der unterschiedlichen Sensibilität der betroffenen Lebensbereiche begründet²³⁰.

Was die Begründung des gefundenen Ergebnisses aus der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre bzw. über § 134 BGB anbetrifft, wird die in der Berufungsinstanz des Verfügungsverfahrens noch vermisste Differenzierung hier nachgeholt. Die Argumentation bezieht sich jetzt auf die Herleitung eines *gesetzlichen* Abtretungsverbotes aus der Übertragung von Wertungen.

Aber auch einer *konkludenten* (*sprich: vertraglichen*) Verfügungsbeschränkung wird mit folgender Argumentation eine Absage erteilt. Die Bank könne durch Abbedingung der Vorschrift des § 402 BGB gegenüber dem Zessionar auch im Falle einer Abtretung ihrer Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses gerecht werden. Dies spreche gegen die Konsequenz eines vertraglichen Abtretungsverbotes. Die Sanktionen der Geheimnispflichtverletzung seien rein schuldrechtlicher Natur. Es müssten die erheblichen Interessen der Kreditwirtschaft, die an den Forderungsverkäufen bestehen, berücksichtigt werden. Eine Schadensersatzpflicht stelle eine den wirtschaftlichen Bedürfnissen angemessene Sanktion dar²³¹.

Bezüglich eines *gesetzlichen* Abtretungsverbotes ähnlich äußert sich auch das LG Koblenz in einem Parallelverfahren mit Urteil vom 25. November 2004 (3 O 496/03)²³². Auch dieses Gericht sieht keine Vergleichbarkeit von Bankgeheimnis und Geheimhaltungspflichten der Freiberufler im Hinblick auf die Abtretungsmöglichkeit. Als Kernunterschied führt es den qualitativen Sprung zwischen den unterschiedlichen Pflichtenkreisen an, dem der Gesetzgeber durch Aufnahme oder Nichtaufnahme in den Katalog des § 203 Abs. 1 StGB hinreichend Ausdruck verliehen habe²³³.

229 LG Frankfurt a.M. WM 2005, S. 1120.

230 LG Frankfurt a.M., a.a.O., S. 1122.

231 LG Frankfurt a.M., a.a.O., S. 1123.

232 LG Koblenz WM 2005, S. 30 ff.

233 LG Koblenz, a.a.O., S. 33.

Das Gericht geht dann aber in seinen sonstigen Ausführungen weit über die bis dahin in der Rechtsprechung gelieferten Begründungsansätze hinaus.

Anders als das OLG Frankfurt a.M. sieht die Kammer in der oben zitierten Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1982 die implizite, unausgesprochene Gutheißung der Forderungsabtretung an Dritte²³⁴.

Zudem sei § 402 BGB eine gesetzliche Vorschrift im Sinne der AGB-Banken, die die Weitergabe der Informationen gebiete und damit das Bankgeheimnis in zulässiger Weise beschränke. Die Banken hätten sich durch die Aufnahme des Bankgeheimnisses in die AGB nicht in Widerspruch zu solch ausdrücklich formulierten Regelungen des Geschäftsverkehrs setzen wollen²³⁵. Eine den Interessen der Bankenseite widersprechende Auslegung führe allenfalls zu einer unverzüglichen Änderung der AGB²³⁶.

Auch erfordere die Schutzbedürftigkeit der Bankkunden nicht die Annahme einer konkludenten Vereinbarung eines Abtretungsverbotes oder eines gesetzlichen Abtretungsverbotes. Die damit verbundene Annahme eines absoluten Geheimnisschutzes verträge sich nicht mit anderen gesetzlichen Wertungen zur Durchbrechung der Geheimhaltungspflicht²³⁷.

Eine Vergleichbarkeit zur Rechtsprechung des BGH zu den sensiblen Informationsbereichen der Berufsgeheimnisse der Freiberufler wird unter Bezugnahme von § 203 StGB auch hier verneint²³⁸. Allerdings räumt das Gericht ein, dass seine Erwägungen durchaus von dem widersprüchlichen Prozessverhalten des Beklagten beeinflusst seien. Zudem wird erstmals von einem Gericht festgestellt, dass die bloße Tatsache, dass das Darlehen in Verzug sei, eine Abtretung nicht rechtfertigen könne. Auch lässt der Satz: "Selbst wenn sich der Beklagte auf § 399 BGB berufen könnte..." aufhorchen. Auch das Gericht selbst scheint von seiner Argumentation nicht hinreichend überzeugt zu sein und greift letztlich nach einer sachverhaltsbedingten Konstruktion, die in ihrem konstruktiven Aufwand den des OLG Frankfurt a.M. noch weit übertrifft: Die *konkludente*, einvernehmliche Aufhebung eines *etwaigen* konkludenten vertraglichen Abtretungsverbotes²³⁹.

Eine weitere Entscheidung aus jüngerer Zeit zu diesem Themenkreis findet sich dann beim OLG Köln²⁴⁰. Hier wird die in der Rechtsprechung bis dato herausgearbeitete Auffassung noch einmal griffig zusammengefasst. Allerdings lag auch hier dem Sachverhalt eine gescheiterte Kreditbeziehung zugrunde²⁴¹. Das Gericht argumentiert mit Blick auf die Rechtsgeschäftslehre wie folgt: Die konkludente Vereinbarung eines Abtretungsverbotes sei ausgeschlossen, weil hierfür

234 a.a.O., S. 32.

235 a.a.O., S. 32.

236 a.a.O., S. 32.

237 a.a.O., S. 32.

238 a.a.O., S. 33.

239 a.a.O., S. 33.

240 OLG Köln BKR 2005, 450 ff. = NJW-RR 2006, 263 = WM 2005, 2385.

241 OLG Köln, a.a.O. S. 451.

ein wechselseitiger Parteiwille erforderlich sei. Ein entsprechender Wille sei allgemein auf Seiten der Kreditinstitute und im besonderen im Fall der betroffenen Bank nicht ersichtlich. Angesichts der wirtschaftsbedingt wachsenden Zahl zahlungsunfähiger Kreditnehmer und der sich ausdehnenden Aufgabenbereiche der Kreditinstitute lasse sich ein entsprechender Wille der Banken, die zügige und aus Sicht der Banken effektive Verwertung von Forderungen durch deren Abtretungen auszuschließen, nicht erschließen²⁴². Auch hier findet sich zudem wieder die Auffassung, § 402 BGB sei bereits eine das Bankgeheimnis beschränkende Norm im Sinne der AGB, die die Auskunftsberechtigung bedinge²⁴³. Zudem stelle das Bankgeheimnis gar kein absolutes Verbot jeglicher Weitergabe kundenbezogener Informationen ohne jede Differenzierung dar. Dem Schutzbedürfnis des Kunden werde doch dadurch Rechnung getragen, dass bei unberechtigter Offenbarung eines Bankgeheimnisses die Bank dem Kunden gegebenenfalls zum Schadensersatz verpflichtet sein könne²⁴⁴.

Im Anschluss wird auch hier eine Unzulässigkeit aus datenschutzrechtlichen Erwägungen verneint. Allerdings sei Ursache hierfür nicht der abschließende Charakter der § 43, 44 BDSG sondern die Rechtfertigungsnormen des § 28 Abs. 1 Nr. 2 und § 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, in denen "berechtigte Interessen" sowohl der Daten weitergebenden als auch der die Daten empfangenden Stelle Berücksichtigung finden. Auch hier wird dann im Anschluss auf die fehlende Vergleichbarkeit der Geheimhaltungspflichten der Freiberufler wegen der unterschiedlichen Sensibilität der Lebensbereiche hingewiesen. Ergänzt wird diese Argumentation um den Begriff der "fehlenden Schutzwürdigkeit" der Bankkunden²⁴⁵.

Auch das KG Berlin hat in der Folge den Abtretungsausschluss verneint²⁴⁶, wobei im Wesentlichen, die hier aufgezeigten Argumente angeführt wurden.

2. Die Entscheidung des Bundesgerichtshof vom 27.02.2007 BGH XI ZR 195/05²⁴⁷.

2007 hatte dann der Bundesgerichtshof Gelegenheit, zu den aufgeworfenen Rechtsfragen Stellung zu nehmen. Gegenstand der Entscheidung war die Frage nach dem Übergang einer bereits gekündigten Kreditbeziehung eines privaten Kreditinstitutes. Der Gang der Argumentation lehnte sich eng an die Vorabveröffentlichung des Senatsvorsitzenden aus dem Jahre 2005²⁴⁸ an. Sie ist von

242 OLG Köln, a.a.O., S. 451; diese Auffassung kann sich nahezu ungeteilter Unterstützung in der Literatur erfreuen.

243 OLG Köln, a.a.O., S. 451.

244 OLG Köln, a.a.O., S. 451.

245 OLG Köln, a.a.O., S. 452.

246 KG Berlin, NZG 2006, 706 ff.

247 Im Folgenden zitiert nach der Veröffentlichung in NJW 2007, S. 2106 ff.

248 *Nobbe*, WM 2005, S. 1537 ff.

den beteiligten Rechtskreisen folglich nicht mit Überraschung aufgenommen worden²⁴⁹.

Verblüffend bleibt das Ergebnis dennoch allemal: Die Abtretung einer Forderung stelle - jedenfalls wenn die Pflicht des § 402 BGB nicht abbedungen werde - eine schadensersatzpflichtige Verletzung des Bankgeheimnisses dar²⁵⁰. Nur wenn die Verpflichtung des § 402 BGB abbedungen werde und es tatsächlich nicht zu einem Informationsaustausch komme, lasse sich eine Vertragsverletzung vermeiden (im zu entscheidenden Fall war ein solches Abbedingen nicht möglich gewesen und - wie bereits gezeigt²⁵¹ - hätte dies auch regelmäßig nicht das Unterbinden des Informationsflusses zur Folge). Eine etwaige Geheimnisverletzung lasse die Wirksamkeit der Verfügung aber dann unberührt. Die Kernüberlegungen, die dieses Ergebnis stützen sind im Wesentlichen die Folgenden:

Für die Annahme eines stillschweigenden Abtretungsausschlusses fehle es an Anhaltspunkten für einen übereinstimmenden Parteiwillen. Das Bestehen des Bankgeheimnisses könne diese Vereinbarung nicht ersetzen.

Die Abtretung verstoße auch nicht gegen ein gesetzliches Verbot, § 134 BGB²⁵². Die Unwirksamkeit lasse sich nicht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Unwirksamkeit der Abtretung von Honorarforderungen von Ärzten, Steuerberatern und Vertretern ähnlicher Berufe begründen. Denn nach diesen Entscheidungen folge das Abtretungsverbot aus dem Verstoß gegen § 203 Abs. 1 StGB. Hier sei die unbefugte Offenbarung eines anvertrauten oder sonst bekannt gewordenen Geheimnisses unter Strafe gestellt. Jedenfalls für private Kreditinstitute sehe das StGB keine entsprechende Sanktion vor. Eine analoge Anwendung verbiete sich im Hinblick auf Art. 103 Abs. II GG.

Und auch wenn man das Bankgeheimnis als Gewohnheitsrecht einordne, würde es nur dann ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB darstellen, wenn es ein Rechtsgeschäft unmissverständlich verwerfe, indem es sich - was allerdings atypisch wäre - gegen ein bestimmtes Rechtsgeschäft richte. Dies sei beim Bankgeheimnis nicht der Fall. Es fehle an der für eine gewohnheitsrechtliche Ausprägung erforderlichen lang andauernden Übung, die durch die Rechtsüberzeugung der beteiligten Verkehrskreise getragen werden muss, dass ein Verstoß gegen das Bankgeheimnis auch die Unwirksamkeit der Abtretung nach sich ziehe.

Im Hinblick auf eine Anwendung des § 134 BGB in Verbindung mit etwaigen datenschutzrechtlichen Verbotsnormen vertritt der Senat die Auffassung, das § 134 BGB bei einer gegen die Vorgaben des Bundesdatenschutzgesetzes verstoßenden Abtretung nicht zur Anwendung komme²⁵³. Nach der Konzeption des Bundesdatenschutzgesetzes komme diesem kein Vorrang vor dem Bankgeheimnis zu. Die Vorschriften des Bankgeheimnisses sollen nur dann Bedeutung erlangen,

249 Vgl. zum Beispiel die Urteilsanmerkung von *Lieth*, BKR 2007, S. 198 ff.

250 BGH NJW 2007, 2106, 2107.

251 Kapitel II. 5. b.

252 BGH NJW 2007, 2106, 2107.

253 BGH NJW 2007, 2106, 2108.

wenn eine Frage aufgrund des Bankgeheimnisses nicht abschließend geklärt werden kann. Das Verhältnis zwischen Datenschutz und Bankgeheimnis werde maßgeblich von § 1 Abs. III S. 2 BDSG bestimmt. Danach bleibe die Verpflichtung zur Wahrung von Berufsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, von den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes unberührt. Dies bedeute nicht nur, dass Datenschutz und Bankgeheimnis nebeneinander gelten, sondern auch, dass das Datenschutzrecht im Verhältnis zum Bankgeheimnis als Berufsgeheimnis eine Auffangfunktion habe. Zudem würde die Herleitung eines Abtretungsverbotes aus dem Bundesdatenschutzrecht einen untragbaren Wertungswiderspruch bedeuten. Da nach § 3 Abs. I BDSG in dessen Anwendungsbereich lediglich die Daten natürlicher Personen, nicht aber diejenigen juristischer Personen fielen, bedeutete die Annahme eines Abtretungsverbotes einen nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigte Ungleichbehandlung.

Mit Urteil vom 27.10.2009 - XI ZR 225/08²⁵⁴ hatte der BGH dann Gelegenheit diese Überlegungen einheitlich auch auf den öffentlich-rechtlichen Sparkassensektor auszuweiten, indem er im Wesentlichen die Aspekte der Ungleichbehandlung mit privaten Instituten als Begründung heranzog. Im Hinblick auf eine mögliche "Amtsträgereigenschaft" öffentlich-rechtlicher Institute im Sinne des Abs. II der Norm führt der BGH aus, dass mangels erkennbarer Sachgründe, wie etwa einer besonderen Schutzbedürftigkeit des Kunden einer öffentlich-rechtlich organisierten Sparkasse oder Landesbank, die gesetzgeberische Entscheidung gegen einen strafrechtlichen Schutz des Bankgeheimnisses in § 203 Abs. I StGB auch für dessen Abs. II zu gelten habe²⁵⁵.

3. Die Auffassungen in der Literatur

Aus der Vielzahl von Stellungnahmen in der Literatur lassen sich im Kern drei Argumentationslinien abstrahieren:

- Einhellig wird die Herangehensweise des LG Frankfurt a.M., also ein vertraglicher Abtretungsausschluss, abgelehnt²⁵⁶.
- Im Hinblick auf die Reichweite der Verschwiegenheitspflicht wird ein Vorrang des Weitergabepflichtigen gesehen, sei es, dass dieser als strukturellen

254 BGH NJW 2010, 361 ff.

255 BGH NJW 2010, 361, 362.

256 Palandt/*Grüneberg*, § 399, Rn. 8; *Böhm*, BB 2004, 1641, 1642; *Bruchner*, BKR 2004, 394; *Bütter/Aigner*, BB 2005, 119, 121; *Bütter/Tonner*, ZBB 2004, 165, 169 ff.; *Cahn*, WM 2004, 2041, 2048 ff.; *Freitag*, EWiR 2004, 741; *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1571 f.; *Jobe*, ZIP 2004, 2415, 2416; *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157; *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123; *Langenbacher*, BKR 2004, 333; *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1540 ff.; *Petersen*, Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionsschutz, 2005, S. 38 f.; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1559; *Rögner*, NJW 2004, 3230, 3232; *von Sivers*, ZInsO 2005, 290 f.; *Stiller*, ZIP 2004, 2027, 2029; *Toth-Feher/Schick*, ZIP 2004, 491, 493.

vorgegeben angenommen wird²⁵⁷ oder dass die Abwägung der widerstreitenden Interessen als möglich angesehen wird (ggfls. in entsprechender Anwendung des Grundsatzes der Wahrnehmung berechtigter Interessen, 193 StGB, oder gemäß § 28 Abs. I Nr. 2 BDSG - was letztlich in der Sache keinen entscheidenden Unterschied machen kann)²⁵⁸. Diese Abwägung geht dann - bei einigen nur wenn der Kunde mit der Rückführung des Darlehens in Verzug ist²⁵⁹ - wegen der auf dem Spiel stehenden Funktionsfähigkeit des Kreditwesens zugunsten der Banken aus.

- Im Übrigen wird vertreten, dass - selbst wenn die Abwägung unzulässig sein sollte und die Weitergabe in eine Geheimnisverletzung resultiere - das Verwerfen der Verfügung nicht die Folge sein könne²⁶⁰. Zur Begründung wird angeführt, dass zum einen die Verletzungen des Bankgeheimnisses nicht strafbewehrt und zum anderen die Datenströme weniger sensibel seien. Dieser qualitative Unterschied soll eine unterschiedliche Handhabung rechtfertigen.

4. Konsequenzen für die Instanzenrechtsprechung

Insbesondere im Hinblick auf *verbraucherschutzrechtliche Aspekte* - die problematischen Vollstreckungsmethoden angelsächsischer Investorengruppe sind bereits erwähnt worden - bieten die Auffassungen in höchstrichterlicher Rechtsprechung und Literatur keinerlei handhabbare Hilfe für die Entscheidung im konkreten Fall. Die Instanzenrechtsprechung ist daher in jüngerer Zeit selbst kreativ geworden und hat anerkannte, überkommene rechtliche Bewertungen in Frage gestellt, um im Einzelfall Forderungsabtretungen die Wirksamkeit abzusprechen. So verwarf das LG Hamburg²⁶¹ die traditionell verwendete Klausel zur sofortigen Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in ein Kreditnehmergrundstück gerade im Hinblick auf die Kapitalmarktpraxis der Weiterveräußerung als AGB-rechtlich unzulässig und entzog einer entsprechenden Transaktion zum Schutze des Kreditnehmers auf diese Weise die Grundlage.

257 *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1988, Rdn. 61a; *Petersen*, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionsschutz, 2005, S. 39; *Baums*, WM 1993, 1, 6 f.; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1565.

258 *Früh*, WM 2000, 497, 503; *Theewen*, WM 2004, 105, 113; *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht, § 3 Rdn. 46; *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2004, S. 778; *MünchKomm/Hadding/Häuser*, HGB, Rdn. A 157; *Bomhard/Kessler*, BB 2004, 2085, 2086; *Kusserow/Dittrich* WM 1997, 1786, 1792; *Toth-Feher/Schick*, ZIP 2004, 491, 494; *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1574; *Jobe*, ZIP 2004, 2415, 2416.

259 *Bruchner*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 39 Rdn. 2; *Rögner*, NJW 2004, 3230, 3232.

260 Alle zitierten Literaturauffassungen (Fn. 256 bis 258) sind sich in diesem Punkte einig.

261 LG Hamburg, Beschl. vom 09.07.2008 - 318 T 183/07. Der BGH hat allerdings diese Entscheidung mit Beschluss vom 16.04.2009 - VII ZR 62/08 wieder aufgehoben, weil im Klauselerinnerungsverfahren keine Kontrolle von AGB stattfinden könne.

IV. Fazit

Dieser Kurzüberblick über die Ausarbeitungen in Rechtsprechung und Literatur bietet Anlass zur Untersuchung mehrerer Fragen:

- Zunächst bleibt im Hinblick auf den rechtsgeschäftlichen Teil zweifelhaft, wieso durchgehend zur Frage des Erklärungsgehaltes auf die subjektive Seite der Beteiligten abgestellt wird und der an sich maßgebliche Empfängerhorizont vernachlässigt wird.
- Dann ist sich natürlich dem unbefriedigenden - wenn auch sicherlich von praktischen Erfordernissen geleiteten - Ergebnis des Bundesgerichtshofes zuzuwenden. Ist es vertretbar, dass Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft unterschiedlich behandelt werden, bzw. die bejahte Verletzung des Bankgeheimnisses keine Auswirkung auf das Verfügungsgeschäft haben soll?
- Damit eng verbunden ist die eigentliche Kernfrage nach der Möglichkeit der Begrenzung der Geheimhaltungspflicht. Es spricht viel dafür, dass eine Abwägung zwischen Kreditnehmer und Bankeninteressen, die in der Folge zur Zulässigkeit der Informationsweitergabe führt, *im Ergebnis* anzweifelbar ist. Viel wichtiger für künftige Konstellationen ist aber die Frage: Ist eine solche Abwägung überhaupt zulässig: Und wenn ja, welchen Prinzipien unterliegt sie?
- Die Frage des Scheiterns der Abtretung wegen § 134 BGB enthält dabei zwei Teilaspekte, die in der Diskussion aufgeworfen wurden: Zum einen die Frage, welche Anforderungen Gewohnheitsrecht erfüllen muss, um Norm im Sinne des § 134 BGB zu sein. Zum anderen stellt sich die Frage, inwieweit eine Differenzierung zwischen berufsbezogenen Verschwiegenheitspflichten, die der Strafbewehr des § 203 Abs. 1 StGB unterliegen und dem nicht strafbewehrten Bankgeheimnis, gerechtfertigt werden kann.

Diese Fragen sollen in den folgenden 3 Kapiteln einer eingehenden Untersuchung unterzogen werden.

Dabei müsste die Untersuchung eigentlich in einem Zwischenschritt vonstatten gehen. Erstens: Stößt die Weitergabe von Informationen an die Grenzen des Bankgeheimnisses? Zweitens: Ist deshalb in der Folge auch die Verfügung zu verwerfen? Es sollen hier aber vorab zwei Fragen abgeschichtet werden, die rechtsgeschäftlicher Natur sind bzw. ihre Grundlage im Abtretungsvertrag selber haben. Dies fördert die Übersichtlichkeit und entspricht der Vorgehensweise sowohl des Bundesgerichtshofes als auch der gesamten diesbezüglichen Literatur. Zudem lässt sich über die Abschichtung dieser Vorfragen die anschließende Verallgemeinerung der gefundenen Ergebnisse erleichtern. Das bedeutet, dass die (gedankliche) Grundstruktur, die der nachstehenden Untersuchung zugrunde liegt, wie folgt aussieht:

- A. Vorfragen aus der Rechtsgeschäftslehre
- B. Tatbestandliche Reichweite des Geheimnisschutzes
- C. Verfügungsrechtliche Auswirkungen.

Kapitel 5 Rechtsgeschäftslehre und Abtretungsvertrag

Die beiden vorab aufgeworfenen Fragen sind zum einen, inwieweit das Bankgeheimnis zu einem vertraglichen Abtretungsverbot im Sinne des § 399 Var. 2 BGB führt und zum anderen, inwieweit die Abtretung einer Forderung, die in den Rechtsrahmen des Bankgeheimnisses eingebettet ist, durch die Abtretung an einen neuen Gläubiger eine Inhaltsänderung im Sinne des § 399 Var. 1 BGB erfährt.

I. (Konkludentes) vertragliches Abtretungsverbot, § 399 Var. 2 BGB

Dies ist die Auffassung, die der Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. zugrunde liegt. Die entscheidenden Passagen wurden bereits wiedergegeben²⁶². Das Gericht nimmt an, dass in der Vereinbarung einer Vertragspflicht Bankgeheimnis in der Regel ein stillschweigender Ausschluss der Abtretbarkeit gem. § 399 Var. 2 BGB enthalten ist. Die Annahme der Unwirksamkeit der Abtretung, wie sie die Rechtsprechung für die Übertragung von Honorarforderungen von Ärzten, Rechtsanwälten und Steuerberatern annehme, habe auch bei Darlehensforderungen von Banken zu gelten²⁶³.

1. Ermittlung der Kernaussage

Kritik an dieser Annahme des Gerichts ist - wie bereits angedeutet - zunächst einmal insoweit angebracht, als dass hier zwei grundverschiedene rechtliche Würdigungen in einer Aussage vermengt werden. Die Rechtsprechung zu den Berufsgeheimnissen der Freiberufler stützt sich nicht auf die allgemeine Rechtsgeschäftslehre. Dort werden *gesetzliche* Abtretungsverbote angenommen, die sich aus dem Inhalt der Verbotsnorm i.V.m. § 134 BGB ergeben²⁶⁴. Davon zu unterscheiden ist die Frage nach einem konkludenten, sprich *vertraglichen* Abtretungsverbot. Das OLG Frankfurt a.M. nimmt also ein *vertragliches* Abtretungsverbot an und begründet dies mit den Wertungen der *gesetzlichen*.

Zu seinen Gunsten und im Namen eines nachvollziehbaren Gedankenganges seien die Themenkomplexe im folgenden getrennt behandelt. Sie werden jeweils

262 Vgl. oben Kapitel 4 I.

263 OLG Frankfurt a.M. ZIP 2004, 1449, 1450.

264 Vgl. statt aller BGHZ 115, 123, 124 ff.

einzelnen auf ihre Stimmigkeit hin untersucht; zunächst folglich der konkludente Abtretungsausschluss, § 399 Var. 1 BGB.

2. Vorab: Die maßgebliche Willenserklärung

In diesem Zusammenhang steht noch ein Gesichtspunkt einer exakten rechtlichen Würdigung im Wege: Das Gericht nimmt an, "in der Vereinbarung *des Bankgeheimnisses*" sei der konkludente Abtretungsausschluss enthalten. Es konnte bereits oben die ganz überwiegende Auffassung bestätigt werden, nach der es die Abgabe einer solchen Erklärung nicht gibt, sie vielmehr auf einer Fiktion beruht²⁶⁵.

Aber selbst wenn man sich einer Lösung über das Vertragsrecht anschliesse, kann das Gericht nicht meinen, dass bereits dem Abschluss eines allgemeinen Bankvertrages ein Abtretungsausschluss für etwaige, im Rahmen der Bankbeziehung zu begründende Forderungen immanent sei. Dennoch verleitet die Formulierung des Gerichts *Jobe* irrtümlicherweise zu der Erwiderung, dass vielfach bei der Begründung des Bankgeheimnisses - so zum Beispiel bei Abschluss des Kontoeröffnungsvertrages - doch noch gar nicht feststünde, ob der Kunde zu einem späteren Zeitpunkt überhaupt Kredit in Anspruch nehmen oder erhalten werde. Deshalb könne hier keine Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses angenommen werden²⁶⁶.

Was das Gericht wohl zum Ausdruck bringen will ist, dass für den Fall, dass der Kunde eine Willenserklärung auf Abschluss *eines Darlehensvertrages* abgibt, in diesen Vertrag vermittelt der AGB auch das Bankgeheimnis mit einbezogen wird. *Dieser* Vereinbarung soll damit der Abtretungsausschluss immanent sein.

Nach Beseitigung dieser Unklarheiten muss also die gerichtliche Feststellung in einer Auslegung überprüft werden, die besagt:

"Der Abschluss *des Darlehensvertrages* unter Einbeziehung der AGB, in denen das Bankgeheimnis enthalten ist, beinhaltet einen *konkludenten* Abtretungsausschluss der zugrunde liegenden Forderung, § 399 Var. 2 BGB."

Hierfür spricht auch, dass sich das Gericht auf eine Stelle bei Palandt/*Heinrichs* stützt, in der es heißt²⁶⁷:

"Die Vereinbarung (des Abtretungsausschlusses, Anm. des Verf.) kann bei Begründung der Forderung, aber auch später getroffen werden."

265 Vgl. oben Kapitel 2 II. 3.

266 *Jobe*, ZIP 2004, 2415, 2417.

267 Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 398, Rdn. 8.

3. Die Argumentation des OLG Frankfurt a.M.

Neben den Wertungen des Berufsrechts der Freiberufler, die hier zunächst außen vor gelassen werden, stützt sich das Gericht zur Untermauerung seiner Auffassung maßgeblich auf zwei Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur: Zum einen ein Urteil des *OLG Düsseldorf* aus dem Jahre 1994²⁶⁸, zum anderen die bereits zitierte kurze Anmerkung im *Palandt*²⁶⁹.

Der Palandt stellte fest:

"Der stillschweigende Abtretungsausschluss ist in der Regel auch in der Vereinbarung einer vertraglichen Verschwiegenheitspflicht enthalten."

Diese Feststellung bleibt ohne Begründung. Zur Absicherung zitiert ist ebenfalls das oben genannte Urteil des OLG Düsseldorf.

Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatte das beklagte Unternehmen einem Dritten Generalvollmacht erteilt. In deren Rahmen sollte er die Konkursabwendung der Beklagten bewerkstelligen. Den daraus resultierenden Vergütungsanspruch hatte der Sanierer an die Klägerin abgetreten. Das Gericht nahm die Unwirksamkeit der Abtretung an, weil mit dieser zwangsläufig die Weitergabe von Informationen nach § 402 BGB verbunden gewesen wäre. Dies widersprach nach Auffassung des Gerichts einer Vertragsklausel, nach der der Sanierer ausdrücklich "strengstes Stillschweigen" über seine Mandatierung zugesichert hatte.

Dem OLG Frankfurt a.M. ist vorgeworfen worden, die Übertragbarkeit des Urteils auf die Konstellation im Kreditgewerbe sei fraglich²⁷⁰, oder das Urteil betreffe eben schlicht nicht die vom Bankgeheimnis betroffenen Fälle²⁷¹. Dahinter verbirgt sich die Frage, ob die Tatsache, dass "strengstes Stillschweigen" mit dem Sanierer vereinbart worden war, die Entscheidung des OLG Düsseldorf zwar rechtfertigen könne, aber gleichzeitig zur Stützung der Auffassung des OLG Frankfurt a.M. nicht geeignet ist.

Im Hinblick auf die Übertragbarkeit *gerade dieses Aspektes* der Entscheidungsgründe des OLG Düsseldorf ist das sicherlich der falsche Ansatz. Auch das Bankgeheimnis fordert nach überkommenem Verständnis strengstes Stillschweigen. Im Punkte der Verschwiegenheitspflicht sind die Konstellationen vollkommen vergleichbar. *Insoweit* konnte sich das OLG Frankfurt a.M. durchaus auf diese Vorgängerentscheidung stützen. Nicht die Übertragbarkeit der Entscheidung auf die hier zu behandelnde Konstellation, sondern ihre inhaltliche Richtigkeit an sich wird später für beide Urteile gleichermaßen zu untersuchen sein.

268 OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 438 f.

269 Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 399, Rdn. 8.

270 *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157, 1158.

271 *Stiller*, ZIP 2004, 2027, 2031.

4. Entgegnungen in Literatur und Rechtsprechung

Der vom OLG Frankfurt a.M recht knapp begründeten Annahme eines konkludenten Abtretungsverbot selbst wurde im Übrigen wie folgt begegnet:

a. Das Urteil des BGH, Urt. v. 13. 5. 1982 III ZR 164/80

Es findet sich der Hinweis, der BGH habe in einer Entscheidung aus dem Jahre 1982²⁷² die Abtretung einer Forderung durch ein Kreditinstitut gut geheißen. Die diesbezügliche Präjudizwirkung habe das OLG Frankfurt a.M. verkannt²⁷³. Richtig daran ist, dass in der genannten Entscheidung im Ergebnis ein Forderungsübergang vom Kreditinstitut auf Dritte für zulässig erachtet wurde. Richtig ist aber auch, dass sich rechtliche Ausführungen zur Geheimhaltungspflicht dort mit keinem Wort finden²⁷⁴. Denn erstens betraf die für die Entscheidung maßgebliche Frage eine Auslegung der AGB-Banken im Bereich des Sicherheitenverwertungsrechts²⁷⁵. Und zweitens konnten sich zum Entscheidungszeitpunkt auch gar keine Ausführungen zur Geheimhaltungspflicht finden, weil ein entsprechendes Problembewusstsein zur Kollision der Abtretung mit Verschwiegenheitspflichten überhaupt nicht bestand. Zum damaligen Zeitpunkt hätte der BGH auch die Abtretung einer Anwalts- oder Arztforderung unbeanstandet durchgewunken, der er heute die Wirksamkeit in ständiger Rechtsprechung versagt²⁷⁶. Das rechtliche Bewusstsein für die Kollisionsfrage entstand erst in der Instanzenrechtsprechung der späten 80iger, frühen 90iger Jahre²⁷⁷, der der BGH dann lediglich noch eine einheitliche dogmatische Handhabung der Problematik überstülpen musste²⁷⁸.

Dieser Entscheidung des BGH fehlt damit jeglicher Erkenntniswert für die hier zu untersuchenden Fragen.

272 BGH ZIP 1982, 1051 ff. = NJW 1982, 2768 = WM 1982, 839.

273 LG Koblenz WM 2005, 30, 32; vgl. auch *Bütter/Aigner*, BB 2005, 119, 121.

274 In dieser Differenziertheit erstmals *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1541.

275 Nämlich die Frage, inwieweit Nr. 21 Abs. III S. 2 AGB-Banken ein konkludentes Abtretungsverbot beinhaltet. Diese Frage wurde verneint, weil die Klausel hierzu keinerlei Anhaltspunkt bietet.

276 Dazu ausführlich noch unten Kapitel 7 III.

277 genannt seien hier beispielsweise OLG Köln NJW 1991, 753; LG Berlin NJW 1991, 757; LG Hamburg NJW 1992, 842; einen frühen Überblick über die Entwicklung in der Instanzenrechtsprechung bietet *Schneider* MDR 1992, 640 f.

278 Zur Bestätigung der Entscheidung des OLG Köln (Fn. 277) vgl. BGH MDR 1991, 1035 und die Urteilsanmerkungen *Körner/Dammann* NJW 1992, 729 und *Taupitz* MDR 1992, 421.

b. Der fehlende Parteiwillen

Soweit überhaupt eine Argumentation anhand der Rechtsgeschäftslehre aufgenommen wird, findet sich das Argument, dass eine Vereinbarung eines konkludenten Abtretungsausschlusses schon alleine deswegen nicht in Betracht komme, weil es an dem für eine Vereinbarung erforderlichen übereinstimmenden Willen der Beteiligten fehle²⁷⁹. Denn ein Abtretungsausschluss würde den Interessen der Bank zuwiderlaufen, deshalb wolle sie ihn nicht erklären²⁸⁰. Sie habe ja gerade ein Interesse daran, Forderungen zu Eigenkapitalentlastung weiterzugeben²⁸¹.

c. Stellungnahme

Auch wenn dieser Argumentation im Ergebnis zuzustimmen ist, ist sie doch äußerst missverständlich, weil sie auf Bankenseite an subjektiven Kategorien ausgerichtet ist.

Konkludentes Verhalten bedeutet, dass dem Verhalten alleine kein Erklärungswert zukommt, sich aber aus den Umständen, in denen das Verhalten gezeigt wird, ein bestimmter Sinn erschließen lässt. Das an sich rechtsgeschäftlich bedeutungslose Verhalten wird durch die Umstände schlüssig²⁸². Rechtsgeschäftlich erhebliches konkludentes Verhalten bedeutet, dass Mehrdeutiges eindeutig wird, ein bestimmter Geschäftswille des konkludent Erklärenden ermittelbar ist²⁸³.

Dies ändert aber nichts daran, dass die Grundregeln der Rechtsgeschäftslehre auch bei konkludenten Erklärungen erhalten bleiben. Auch das Abstellen auf sonstige Umstände bedeutet, dass sich die zu ermittelnde Vereinbarung nach dem *objektiven Empfängerhorizont* richtet. Es wird nicht der subjektive, nicht geäußerte Parteiwille zur Maßgabe der Erklärung gemacht, nur weil rechtstheoretisch ein Schluss aus dem objektiven Geschehen auf einen Geschäftswillen gesucht wird²⁸⁴.

Bei der Unterzeichnung eines Darlehensvertrages, in dessen Anlagen das Bankgeheimnis in Bezug genommen wird, kann nicht über einen hypothetischen, geheimen Willen der Bank argumentiert werden, nur weil dieser ihrem Interesse entspricht. Entscheidend ist, was die Bank *objektiv* konkludent nach außen erklärt. Dies ist zunächst einmal eine im Einvernehmen mit dem Kunden gewollte Geheimhaltung.

Die entscheidende Frage ist dann, ob diese Vereinbarung einen Ausschluss der Abtretungsmöglichkeit *eindeutig* miterklärt. Der Geschäftswille der Bank ist *Ziel* der

279 BGH NJW 2007, 2106, 2107; LG Koblenz ZIP 2005, 31, 33; *Jobe*, ZIP 2004, 2415, 2417; *Bütter/Aigner*, BB 2005, 119, 122.

280 *Cahn*, WM 2004, 2041, 2048; *Klüwer*, Asset-Backed-Securitisation, S. 216.

281 *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1541.

282 Palandt/*Heinrichs*, BGB, Einf. vor § 116 Rn.6; Soergel/*Hefermehl*, BGB, vor § 116 Rdn. 31.

283 Larenz AT § 24, Rdn. 19.

284 Zum Verhältnis von Wille und Erklärung Larenz AT, § 24, Rdn. 25 ff.

Auslegung dieser Vereinbarung und ihrer Umstände, nicht aber das die Auslegung maßgeblich bestimmende Kriterium. Die subjektive Seite spielt zunächst einmal bei der Erklärung, das Bankgeheimnis in jedem Falle wahren zu wollen, keine Rolle.

Die Antwort auf die Frage des Erklärungswertes ist vielmehr, dass der Geheimhaltungspflicht - auch im Zusammenhang mit einer Darlehensgewährung - *überhaupt kein* zwingender Erklärungswert zukommt. Dies liegt nicht am Parteiwillen der Bank sondern am Empfängerhorizont des Kunden. Jede Annahme, die über die Vereinbarung des bloßen Bewahrens von Informationen hinausgeht, wäre Fiktion. Die Parteien der Vereinbarung einer Geheimhaltungspflicht fallen in Betreff einer Abtretung keine Entscheidung. Eine Geheimhaltungspflicht kann auch logisch ohne Abtretungsverbot gedacht werden, nämlich als reine Verpflichtung, gegen die nicht verstoßen werden soll. Diese Möglichkeit widerlegt bereits hinreichend das Erfordernis des "Eindeutig-Miterklärt-Seins". Es ist eben anders denkbar und damit mehrdeutig.

Damit entpuppt sich die Annahme eines Abtretungsverbotes als Verwirklichung des Kernrisikos, das die Rechtsgeschäftslehre im Bereich der konkludenten Willenserklärungen kennt: Bestimmte Verhaltensmuster werden über die Grenzen ihres eigentlichen Erklärungsgehaltes überdehnt, um Rechtsfolgen anknüpfen zu können bzw. das vermeintlich gerechte Ergebnis zu erzielen²⁸⁵. Die Verlockung zur Überinterpretation folgte in diesem Fall einem verständlichem Motiv: Das Gericht argumentierte mit dem Wunsch, die Verwertung von Sicherheiten für den ganz konkreten Fall zu verhindern. Denn die Entscheidung war ganz maßgeblich von der Unsicherheit über die rechtliche Bewertung der Darlehensbeziehung selbst geprägt²⁸⁶. Es war zwischen den Parteien streitig, ob die zugrunde liegende Darlehensbeziehung überhaupt rückständig war. In diesem Zeitpunkt wollte das Gericht im Eilverfahren nicht die endgültige Verwertung der Sicherheiten verantworten. Es hat dabei auf den erstbesten Rettungsanker für das gewünschte Ergebnis zurückgegriffen, der sich letztlich dogmatisch als nicht tragfähig erweist.

Dabei konnte es auf eine Kommentarliteratur zurückgreifen, die diesbezüglich die Überreste der bereits erwähnten, wegbereitenden Instanzenrechtsprechung zur Unwirksamkeitsrechtsprechung noch nicht beseitigt hatte. In der Tat finden sich vereinzelt Urteile, die das Ergebnis "Unwirksame Verfügung" über § 399 Alt. 2 BGB begründen²⁸⁷. Der BGH hatte dieser Auffassung aber im Zusammenhang mit anderen berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten - und nach obigem Gedankengang zu Recht - implizit eine Absage erteilt. Nur so erklärt sich der Weg der Unwirksamkeitsrechtsprechung über § 134 BGB.

Obige Ausführungen bedeuten nicht, dass die Vereinbarung einer Geheimhaltungspflicht per se ungeeignet ist, weitere Erklärungsgehalt zu transportieren. Nur müssen sich diese eben eindeutig aus dem im Zusammenhang

285 *Scheyhing*, Hdb. des Schuldrechts, S. 32.

286 Dies betonen zu Recht bereits *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123 f.

287 OLG Köln, a.a. Ort Fn. 277; es finden sich hier auch Begründungsansätze über die Alternative der Inhaltsänderung, § 399 Var. 1 BGB, vgl. dazu aber erst unten Kapitel 5 II 1.

stehenden Grundgeschäft und den gesamten Begleitumständen ergeben²⁸⁸, nicht aus der isoliert betrachteten Geheimhaltungspflicht selbst. Für den Sanierungsvertrag im Falle des *OLG Düsseldorf* war dies ebenso auszuschließen wie für die Darlehensabrede. Dies ist der Grund, warum bereits das seinerzeitige Urteil fehlerhaft war und nicht erst seine Übertragung auf das sonstige Bankvertragsrecht.

Begünstigt wurde die Übernahme noch von einem weiteren Umstand: Die in Bezug genommene Literatur und Rechtsprechung lässt sich auf *Stürners* Kommentierung der §§ 398 ff. BGB²⁸⁹ zurückführen und damit auf den Fall BGHZ 70, 92 = NJW 1982, 1151. Auch hier wurde ein konkludentes Abtretungsverbot einer Bankenforderung angenommen. Es handelte sich aber gerade um *kontokorrentgebundene* Forderungen. Weil die Forderungsabtretung von Einzelsalden dem Prinzip der laufenden Verrechnung nicht entspricht, konnte hier das Abtretungsverbot unzweideutig der vertraglichen Vereinbarung des Grundgeschäftes (und nicht der Geheimhaltungsabrede) entnommen werden. Diese ausschließlich auf das Kontokorrent passende Entscheidung hat dann allgemein die Übernahme in das Bankvertragsrecht begünstigt. Die Schlussfolgerung "Bankvertrag und Forderung bedeutet Abtretungsverbot" ist aber fehlerhaft. In Wirklichkeit ergab sich dies nur aus den Komponenten "Bankvertrag und *Kontokorrentforderung*".

Es liegt letzterer Konstellation also die Erkenntnis zugrunde, dass es bestimmte Geschäftsmodelle eben *eindeutig* mit sich bringen können, dass keine Abtretung gewollt ist. Damit geht es hier um eine Fallgruppe, die spiegelbildlich zu den geschäftsimmanenten Einwilligungen in die Geheimnispreisgabe spezifisch geschäftsbezogene Abtretungsausschlüsse beinhaltet. Es bedarf jeweils einer den zwingenden Schluss rechtfertigenden Krücke jenseits der Geheimhaltungspflicht im betroffenen Geschäftsmodell.

Diese Erwägungen zeigen auch, dass der Fall hier sogar geeignet ist, diametral entgegengesetzte Überlegungen auf den Plan zu rufen: Beinhaltet der Darlehensvertrag nicht eine konkludente Einwilligung in die Abtretung, wenn diese für banktypische Risikostrukturmaßnahmen vorgenommen wird? Es war ja bereits am Beispiel der Refinanzierungskredite gezeigt worden, dass es notwendiger Teil eines Geschäftes sein kann, die Forderung weiter zu übertragen.

Dieser Gedanke kann jedoch nicht schlüssig zu Ende verfolgt werden. Die vor allem zur *Refinanzierung* angestellten Erwägungen sind auf Fragen der *Risikostruktur* keinesfalls zu übertragen. Es ist gerade nicht immanenter Bestandteil eines Darlehensvertrages, dass er nachträglich an einen Investor abgetreten oder am Kapitalmarkt platziert wird²⁹⁰. Diese Tatsache ist dem Kunden nicht als zwangsläufig bekannt, wie ihm andererseits bekannt sein muss, dass die Abwicklung einer Überweisung oder eines Schecks zur Bekanntgabe seiner Kontoverbindung an die an der Abwicklung beteiligten Kreditinstitute führt oder ein Durchleitungskredit

288 Palandt/*Heinrichs*, BGB Einf vor § 116 Rdn. 6.

289 Jauernig/*Stürner*, BGB, §§ 399, 400, Anm. 2, 1.

290 So auch bereits *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1984, S. 183.

eben weiter abgetreten wird, wie er es für diesen Fall den Unterlagen zur Darlehensgewährung entnehmen kann. Deshalb ist der Weg zu einer konkludent miterklärten Einwilligung - wie er die oben dargestellten Geschäftsvorfälle zu legitimieren vermag - hier versperrt. Eine solche Lösung wäre genauso Fiktion wie umgekehrt die Annahme eines Abtretungsausschlusses.

Eine Auffassung nähert sich dieser Problematik, indem sie im Hinblick auf die günstigeren Konditionen bei Einpreisung der Weitergabemöglichkeit des Risikos durch die Bank ein "objektiviertes Interesse" des Kunden unterstellt, aus dem sich der Wille des Einzelkunden zur Erlaubnis der Informationsweitergabe ableiten lassen soll²⁹¹. Diese Lösung beruht nicht nur auf einer Fiktion, sondern ist darüber hinaus noch wertungsmäßig verfehlt. Denn entscheidend kann alleine das Interesse des einzelnen Darlehensnehmers sein. Die Risikostrukturierung ist seiner Darlehensaufnahme nachgelagert. Die Korrektur einer fehlerhaften Eigenkapitalauslastung kann - wenn überhaupt - künftigen Darlehensnehmern über verbesserte Preiskonditionen zugute kommen. Das künftige Interesse Dritter ist nicht geeignet, das aktuelle mutmaßliche Interesse des Kunden an der Geheimhaltung zu überwiegen. Eine entsprechende Annahme durchbräche die Relativität der Geheimhaltungspflicht von einem subjektiven Recht in Betreff seiner personenbezogenen Daten hin zu einem Kollektivinteresse.

d. Fazit

Ein konkludentes Abtretungsverbot, § 399 Var. 2 BGB kann damit nicht angenommen werden. Jedenfalls aus diesem Grunde ist die Abtretungsverfügung einer Bank nicht unwirksam. Die insoweit fehlerhafte Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. hat aber dennoch ihr Gutes. Zum einen hat sie die Bankenpraxis für die Fragwürdigkeit ihrer Vorgehensweise sensibilisiert, unerheblich, ob dies dogmatisch völlig zutreffend war oder nicht, und damit die legitime und dringend erforderliche Diskussion ins Rollen gebracht. In dogmatischer Hinsicht lässt sich aus der Diskussion um die Entscheidung immerhin für das Bankgeheimnis die Erkenntnis ziehen, dass geschäftsspezifische Besonderheiten durchaus eine Wechselwirkung mit der Geheimhaltungspflicht eingehen können; und dies über die traditionell bekannte, konkludente Einwilligung in die Informationspreisgabe hinaus, wie es das Beispiel der kontokorrentgebundenen Forderungen zeigt. Zur Bestimmung der Wirkweise des Bankgeheimnisses sollte daher auch in Zukunft immer vorab eine kritische Prüfung des spezifischen Aussagegehaltes des Grundgeschäftes vorgenommen werden. Ergibt sich hier aus dem Empfängerhorizont ein eindeutiges Auslegungsergebnis, darf dieses nicht über Mutmaßungen zur fehlenden Übereinstimmung der beteiligten Parteiwillen übergangen werden. Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Bindung bei Auseinanderfallen

291 *Früh*, WM 2000, 497, 503.

von objektiv Erklärtem und subjektiv Gewolltem liegen vielmehr im Anfechtungsrecht.

e. Ausblick

Dabei bedeuten die gerade getroffenen Feststellungen aber nicht, dass *das Ergebnis* des OLG Frankfurt a.M. - die Unwirksamkeit der Verfügung - damit zwingend fehlerhaft ist. Die Untersuchung wird sich lediglich auf die Annahme einer *gesetzlichen* Unwirksamkeit zu konzentrieren haben. Es erscheint auch nicht abwegig zu sein, dass dies die eigentliche Aussage des OLG sein sollte. Die sonstigen dort angeführten Begründungen entstammen allesamt der gesetzlichen Kategorie.

6. Konsequenz: Die Gesetzgeberentscheidung im KWG Änderungsgesetz

Die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. muss also in ihrer Bewertung - jedenfalls der rechtsgeschäftlichen Fragen - als Ausreißerentscheidung qualifiziert werden. Dennoch hat sich der Gesetzgeber zu einer überstürzten Reaktion auf diese Entscheidung hinreißen lassen: Im bereits überblicksartig dargestellten KWG-Änderungsgesetz wurde ein neuer § 22 d Abs. IV KWG folgenden Wortlautes eingeführt:

"Forderungen sind auch dann eintragungsfähig und nach Eintragung an den Übertragungsberechtigten veräußerbar, wenn die Abtretung durch mündliche oder konkludente Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen worden ist."

Nach den oben angestellten Erwägungen ist die zu kurz greifende Reaktion des Gesetzgebers zu bedauern. Es handelt sich um einen typischen Schnellschuss, der zwar zeigt, dass der Gesetzgeber um eine dingliche Wirksamkeit entsprechender Transaktionen bemüht ist, der sich dabei aber völlig untauglicher Methoden bedient. Denn eine derart punktuelle Reaktion für den Bereich der Rechtsgeschäftslehre wäre theoretisch nicht geeignet, die Gerichte die Frage nach der Nichtigkeit der Abtretung weiterhin positiv beantworten zu lassen. Denn wie festgestellt ist die Fiktion einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung überhaupt nicht das Problem der Abtretungskonstellation unter einer Geheimhaltungsvereinbarung. Das Kernproblem ist die Parallele zur Unwirksamkeitsrechtsprechung des BGH bei anderen Verschwiegenheitsverpflichtungen. Hierfür hat die Gesetzgeberentscheidung keinerlei Erkenntniswert.

Wenn *Schmalenbach/Sester* in ihrer Analyse des Gesetzesentwurfes also betonen, dass trotz typenbezogener Regulierung eine Abstraktionshöhe erreicht wurde, die eine besondere Flexibilität bei der Bewältigung vom Gesetzgeber noch nicht

vorhersagbarer Geschäftstypen garantiert²⁹², mag das für die im Treuhandrecht geschlagene Brücke zutreffen²⁹³. Für das Bankgeheimnis dagegen kann dem in keiner Weise zugestimmt werden. Die unnütze Regelung wäre besser unterblieben.

7. Die Entscheidung des BGH vom 27. Januar 1998

In der Diskussion lange Zeit unberücksichtigt blieb der Beschluss des BGH vom 27.01.1998, Az. XI ZR 208/97. Die Entscheidung ist nicht veröffentlicht worden. In ihr wird in zwei Sätzen die Annahme eines konkludenten Abtretungsverbotes verworfen. Dies stellt sich im Nachhinein als Versäumnis heraus. Der BGH hätte angesichts der nicht ganz eindeutigen Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahre 1994 und der jahrelangen Diskussion um die Unwirksamkeit von Abtretungen im Zusammenhang mit Geheimhaltungsverpflichtungen hier Gelegenheit gehabt, zu Wirkweise und Reichweite des Bankgeheimnisses moderne Vorstellungen zu entwickeln. Die einzeilige Stellungnahme blieb hier - vielleicht in Ermangelung eines Problembewusstseins - hinter den seinerzeitigen Erfordernissen zurück.

8. Zum Problem des § 354 a HGB

Ein weiteres Problem würde durch die oben geschilderte Fiktion des Abtretungsverbotes künstlich herbeigeführt:

Bei der Prüfung des konkludenten Abtretungsverbotes musste sich das OLG Frankfurt a.M. konsequenterweise mit § 354a HGB auseinandersetzen, der Abtretungsverbotsvereinbarungen zwischen Kaufleuten die Wirksamkeit versagt²⁹⁴. Diese Norm betrifft die ausdrückliche ebenso wie die konkludente Vereinbarung. Im Fall handelte es sich *nicht* um Forderungen aus Handelsgeschäft, weshalb die Verfügung nicht aus diesem Grunde wirksam war. Die Annahme eines Abtretungsausschlusses einmal unterstellt, hätte also in der Konsequenz eine Spaltung des Bankgeheimnisses zur Folge.

Diese Zweiteilung ist geheimnisrechtlich und vor der historischen Entwicklung nicht zu rechtfertigen. Sie unterstreicht die Zufälligkeit der Auslegung der Willenserklärung durch das OLG Frankfurt a.M. In der Abgrenzung zum Kaufmannsrecht wäre es nur ein kleiner Schritt dahin, ein spezifisch Verbraucherschutzrechtliches Element in das Bankgeheimnis hineinzulesen, wie es zwischen den Zeilen in der Diskussion anklingt. Das Bankgeheimnis würde somit - nur weil seine rechtliche Ausgestaltung nicht vom Gesetzgeber vorgenommen

292 Schmalenbach / Sester WM 2004, 2025, 2029.

293 Ausführlich Fleckner WM 2004, S. 2050 ff., passim.

294 OLG Frankfurt a.M. ZIP 2004, 1449, 1450.

wurde - zum Vehikel bzw. zur Einbruchstelle verbraucherschutzrechtlicher Wertungen. Verbraucherschutz ist letztlich nichts anderes als Materialisierung der Privatautonomie, sprich Neukonkretisierung grundrechtlicher Wertungen²⁹⁵. Diese muss dem Gesetzgeber überantwortet werden.

Wenn es eine Einbruchstelle für Schutzwertungen gibt, dann nicht von geheimnisrechtlicher sondern allein von zessionsrechtlicher Seite. Die Existenz des § 354a HGB (der nicht Verbraucher schützt, sondern dafür Sorge trägt, dass sich kleinere und mittlere Unternehmen wegen der aufrechterhaltenen Abtretbarkeit leichter refinanzieren können, weil die Forderungen weiter als Sicherheit eingesetzt werden können) darf nicht dazu führen, dass Verbraucherschutzwertungen generalisierend in das Bankgeheimnis hineingetragen werden²⁹⁶.

9. Zwischenergebnis

- Die allgemeine Rechtsgeschäftslehre ist grundsätzlich nicht die rechtliche Kategorie, die aufgeworfenen Fragen zu diskutieren. Der gewohnheitsrechtlichen Regelung Bankgeheimnis eine begleitende Willenserklärung an die Seite zu stellen, liefe *jedenfalls beim typischen Darlehensvertrag* auf eine bloße Fiktion hinaus. Dieses Ergebnis ist nicht für alle Bankgeschäfte verabsolutierbar. Anders muss entschieden werden, wenn das betroffenen Grundgeschäft eindeutig einen Erklärungsgehalt transportiert.
- Das Bankgeheimnis enthält keine spezifische verbraucherschutzrechtliche Komponente. Wertungen aus dem Kaufmannsrecht sind nicht geeignet, Rückschlüsse auf die Strukturen des Schutzes des Geheimhaltungsrechts oder gar des Verbraucherschutzrechtes zu ziehen. Kaufmann und Nichtkaufmann ist das opponierende Begriffspaar, nicht Kaufmann und Verbraucher.
- Die Gesetzgeberentscheidung zu § 22 a Abs. IV KWG, die versucht, die Rechtsfolge des Urteils des OLG Frankfurt a.M. unmöglich zu machen, erschöpft sich in einer Signalwirkung. Wie die Vielzahl von bereits referierten Gesetzgebermaßnahmen bringt zwar auch sie zum Ausdruck, dass die Wirksamkeit entsprechender Risikostrukturmaßnahmen von Gesetzgeberseite höchst erwünscht ist. Darüber hinaus hat sich der Gesetzgeber aber von einer fehlerhaften²⁹⁷ Gerichtsentscheidung im Verfahren einer einstweiligen Verfügung hinreißen lassen, eine überflüssige Einzelfrage aus einem komplexen

295 Vgl. zum Ganzen die Abhandlung von *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechtes - Tendenzen zu seiner "Materialisierung", AcP 2000, S. 273 ff., passim.

296 Vgl. zur Problematik des § 354a HGB auch *Cahn*, WM 2004, 2041, 2051.

297 Dabei bezieht sich die Fehlerhaftigkeit wie gesagt zunächst einmal nur auf den Begründungsansatz in der Rechtsgeschäftslehre, auf den die Gesetzgeberentscheidung *ausschließlich* reagiert hat, nicht dagegen auf das letztlich gefundene Ergebnis, das es noch zu überprüfen gilt.

Gesamtzusammenhang herauszugreifen. Die eigentliche Problematik ist damit dogmatisch nicht nachhaltig entschärft worden.

II. Abtretungsausschluss wegen Inhaltsänderung, § 399 Var. 1 BGB

Neben der rechtsgeschäftlichen Variante des § 399 BGB macht auch die Frage nach der Unwirksamkeit der Verfügung wegen einer *Inhaltsänderung der Forderung* eine eingehendere Betrachtung erforderlich. Der BGH hat diese Frage nicht aufgegriffen. Er ist entsprechenden Überlegungen implizit ohne ausführliche Auseinandersetzung nicht gefolgt, weil er stets den Argumentationsweg über § 134 BGB genommen hat.

1. Problemstellung

In der ersten Phase der neueren Diskussion bis zur Entscheidung durch den BGH - der sich dieser Frage erstaunlicherweise gar nicht angenommen hat - ist lediglich einmal kurz die Frage angerissen worden, ob die Bankenforderung schon aufgrund der damit verbundenen Inhaltsänderung nicht an Dritte abgetreten werden darf, § 399 Var. 1 BGB²⁹⁸. Sie wurde an zitiert Stelle kurz zurückgewiesen mit dem Argument, dass ein Gläubigerwechsel den Inhalt "Geldforderung" nicht verändere²⁹⁹.

Auch wenn dieser Begründungsansatz in die richtige Richtung weisen mag, kann ihm in seiner Kürze nicht gefolgt werden. Zwar ist die Person des Forderungsgläubigers - mit Ausnahme der höchstpersönlichen Ansprüche³⁰⁰ - grundsätzlich zunächst erst einmal kein prägender Forderungsbestandteil, weil die Abtretung den Inhalt der Leistungspflicht nicht ändert. Die Fallgruppe des Gläubigerwechsels als Inhaltsänderung ist aber dennoch für *gesonderte* Konstellationen anerkannt³⁰¹.

Zudem verhält es sich in tatsächlicher Hinsicht so, dass eine Argumentation anhand der Kategorie des § 399 Var. 1 BGB die einzig mögliche ist, dem allgemeinen Rechtsempfinden Rechnung zu tragen. Eine Umfrage mit inzwischen wohl statistischer Relevanz³⁰² hat ergeben, dass es nach allgemeinem Rechtsempfinden "doch nicht sein kann", dass eine Bank die Forderungen ihrer Kunden einfach abtrete. Hier spiegelt sich ein Rechtsempfinden wider, das mit Assoziationen des Begriffs "Hausbank" wohl treffend bildhaft gemacht werden kann. Ein Kreditkunde setzt ein hohes Maß an Vertrauen in seine Bank.

298 Jobe, ZIP 2004, 2415, 2416.

299 Jobe a.a.O., Fn 298.

300 MünchKomm/Roth, BGB, § 399 Rdn. 2; Palandt/Grüneberg, BGB, § 399 Rdn. 4.

301 MünchKomm/Roth, BGB, § 399 Rdn. 2, 23 ff., insbesondere Rdn. 26.

302 Der Verfasser hat während der Bearbeitung nahezu jeden ihm bekannten Nichtjuristen mit dieser Frage behelligt und *immer* die sogleich wiedergegebene Antwort erhalten.

Umfangreiche Finanzierungsmodelle binden den Kunden sein halbes Leben lang an ein Institut. Er erwartet - gerade in schwierigen Situationen - eine seiner persönlichen Situation angemessene Handhabung der Vertragsabwicklung, die vorübergehende Aussetzung der Tilgung, das Aufschieben der Vollstreckung, etc., wenn tatsächliche Umstände ein späteres "Funktionieren" der Darlehensbeziehung überwiegend wahrscheinlich machen. Dieses Rechtsempfinden wird wohl *Sichtermann* zu der Aussage bewogen haben, dass die Bank - außer beim Vorliegen besonderer Umstände - grundsätzlich nicht abtreten könne³⁰³. Und eben dieses Rechtsempfinden trifft nun auf den Grundsatz der Fungibilität von Forderungen.

In gleichem Sinne treten daher der Zulässigkeit einer Abtretung - auch noch nach der Entscheidung durch den Bundesgerichtshof im Jahre 2007 - *Schwintowski/Schantz* entgegen³⁰⁴: Nach ihrer Auffassung ist maßgeblich darauf abzustellen, dass es sich bei einer Gläubigerbank um ein Kreditinstitut im Sinne des Kreditwesengesetzes handle. Damit sei die Aufsicht durch das BaFin - gerade auch hinsichtlich der ordnungsgemäßen Behandlung der Themen Bankgeheimnis und Datenschutz - verbunden. Der Übergang der Forderung auf Dritte Nichtbanken löse diese aus dem aufsichtsrechtlichen Regime heraus und stelle demnach eine Inhaltsänderung im Sinne des § 399 Var. 1 BGB dar. Die Abtretung sei unwirksam³⁰⁵. Sie stützen sich dabei unter anderem auf eine Entscheidung des Reichsgerichtes, wonach die Abtretung durch einen Pfandleiher als unzulässig wegen Inhaltsänderung angesehen wurde, weil der neue Gläubiger nicht dieselben moralischen Garantien erfüllte und denselben gesetzlichen Bindungen unterlag wie ein Pfandleiher³⁰⁶.

Roth vertritt die Auffassung, dass es zumindest in Betracht komme, dass Forderungen dann wegen einer Inhaltsänderung für unabtretbar erachtet werden, wenn ihre Abtretung mit dem Bruch eines Vertraulichkeitsverhältnisses einhergeht³⁰⁷.

2. Gedankengang

Ausgangspunkt der Lösung dieser Frage muss meines Erachtens die Gesetzgeberentscheidung zur freien Übertragbarkeit der Forderung sein. Der Schutz des Schuldners wird nicht durch eine Vinkulierung der Forderung sondern durch den regelmäßigen Erhalt seiner Gegenrechte, §§ 404, 406 - 410 BGB, erreicht. Diese

303 *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1984, S. 183.

304 *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472, 473.

305 A.a.O, Fn. 305, S. 473.

306 RGZ 58, 71, 74 f.

307 *MünchKomm/Roth*, BGB, § 399 Rdn. 26.

Typisierung drängt das Erfordernis von Abtretungsverboten weitest gehend zurück. Werden sie doch einmal erforderlich, finden sich gesetzliche Regelungen³⁰⁸.

Entsprechend kommt der Norm des § 399 Var. 1 BGB ein Ausnahmecharakter zu. Man kann die Norm als Auffangtatbestand für Konstellationen beurteilen, in denen *ausnahmsweise* die Grundentscheidung der §§ 404, 406-410 BGB den situationsadäquaten Schuldnerschutz nicht gewährleistet. Die Vorschrift ist dementsprechend eng auszulegen³⁰⁹.

Eine Inhaltsänderung im Sinne des § 399 Var. 1 BGB wird nicht nur bei höchstpersönlichen oder unselbständigen akzessorischen Ansprüchen, sondern auch dann angenommen, wenn ein Gläubigerwechsel zwar rechtlich vorstellbar, das Interesse des Schuldners an der Beibehaltung einer bestimmten Gläubigerperson aber besonders schutzwürdig ist³¹⁰. Dabei musste die hier gegebene Konstellation der Herauslösung aus der Geheimhaltungspflicht bisher nicht an den Kategorien des § 399 Var. 1 BGB gemessen werden, weil die ausdrückliche Normierung anderer Geheimhaltungspflichten den Weg über § 134 BGB eröffneten³¹¹. Das gilt auch für das von *Schwintowski/Schantz* angeführte reichsgerichtliche Urteil, wie die Autoren selber einräumen³¹². Dort war der Forderungsübergang bereits nach der Gewerbeordnung ausgeschlossen und die Unwirksamkeit ergab sich aus § 134 BGB. Einer Entscheidung anhand der Maßstäbe des § 399 Var. 1 BGB bedurfte es seinerzeit nicht³¹³. Auch *Roth* muss wegen eines Hinweises auf Strafbewehr und § 134 BGB seine Auffassung nicht vertiefen.

Festzuhalten bleibt aber, dass eine Inhaltsänderung der Leistung gerade auch eintreten kann, wenn Eigenschaften der Beteiligten der Sonderrechtsverbindung maßgeblich werden³¹⁴ und dies unterhalb der Schwelle der Höchstpersönlichkeit eines Anspruches geschieht. Die darin verwirklichte Ratio liegt zahlreichen speziellen Abtretbarkeitsregelungen zugrunde³¹⁵. Der BGH abstrahiert zwei Fallgruppen und formuliert das dahinter stehende Prinzip wie folgt: Eine Inhaltsänderung im Sinne des § 399 Var. 1 BGB sei stets dann anzunehmen, wenn - anders als bei höchstpersönlichen und unselbständigen akzessorischen Ansprüchen - ein Gläubigerwechsel zwar rechtlich vorstellbar, das Interesse des Schuldners an der Beibehaltung einer bestimmten Gläubigerperson aber besonders schutzwürdig ist. Das bedeutet, dass eine Inhaltsänderung gegeben ist, wenn

- entweder die Leistungshandlung des Schuldners verändert wird, der Schuldner also aufgrund der Abtretung eine andere Leistung zu erbringen hat,

308 Vgl. z. Bsp. die §§ 613 S. 2, 664 Abs. 2, 1092 und 717 BGB.

309 MünchKomm/*Roth*, BGB, § 399 Rdn. 2; BGH NJW 2003, 2987, 2988.

310 BGH NJW 2003, 2987; BGH NJW 1986, 713; MünchKomm/*Roth*, § 399 Rdn. 1, 8 ff.; Staudinger/*Busche*, § 399 Rdn. 11 ff.

311 Exemplarisch MünchKomm/*Roth*, BGB, § 399 Rdn. 26.

312 *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472, 473.

313 RGZ 58, 71, 75.

314 Soergel/*Zeiss*, § 399 Rdn. 1.

315 Siehe soeben Fn. 309.

- oder die geforderte Leistungshandlung des Schuldners sich nicht verändert, aber die Hauptleistung als solche im Hinblick auf den Empfänger einen besonderen Charakter annimmt.

Die erste Variante kommt hier nicht in Betracht, da die Leistungshandlungen Zinszahlung und Tilgung in ihrem Kern nicht verändert werden.

Für den zweiten Fall gilt: Bei der Darlehensvergabe ist die Bank im Abtretungszeitpunkt ihrer synallagmatischen Hauptleistungspflicht durch die Valutierung bereits nachgekommen. Wie die Normen zeigen, die den Rechtsgedanken des § 399 Var. 1 BGB konkretisieren, soll das Vertrauen in die Erbringung der synallagmatischen *Hauptpflicht* geschützt werden. Dieser entscheidende Leistungsteil der Bank ist mit Auszahlung des Darlehens erbracht. Eine Anwendung des § 399 Var. 1 BGB ohne Begrenzung auf das Wesen der Hauptleistungspflicht vermag nicht zu gelingen. Nicht die Nebenforderung Geheimhaltungspflicht charakterisiert den Inhalt der Forderung im Sinne des § 399 Var. 1 BGB, sondern die spezifische Fähigkeiten der Vertragsparteien zur Erbringung ihrer jeweiligen *Hauptleistungspflicht*³¹⁶. Für die Unbequemlichkeit eines neuen Gläubigers und damit auch für den daran gekoppelten Informationsstrom wird die Fungibilität der Forderung von § 399 Var. 1 BGB nicht in Frage gestellt³¹⁷.

3. Ergebnis

Geheimnisschutz und Inhaltsänderung im Sinne des § 399 Var. 1 BGB stehen aufgrund der Zielsetzung der Norm in keiner Wechselwirkung. Dabei ist es zwar entgegen der Auffassung *Stillers* durchaus denkbar, dass ein Gläubigerwechsel eine Inhaltsänderung im Sinne des § 399 Var. 2 BGB bedeuten kann. Entscheidend in unseren Fällen ist aber, dass die Bank ihre Hauptleistung durch Bereitstellen der Darlehenssumme bereits erbracht hat. Der Kunde soll bei dieser Leistungserbringung nicht auf die Bonität eines Dritten angewiesen sein. Nach Erfüllung der synallagmatischen Hauptpflicht ist der Kunde dann aber *jedenfalls nicht mehr nach dieser Norm* vor einem Gläubigerwechsel geschützt.

316 MünchKomm/Roth, BGB, § 399 Rdn. 26 kommentiert die Frage der Unwirksamkeit dennoch - m. E. unzutreffend - bei § 399 BGB. Schon die enge Anlehnung an die Unwirksamkeitsrechtsprechung zeigt, dass hier § 134 BGB der geeignetere Ort gewesen wäre.

317 Vgl. auch LG Bonn, Urteil v. 17.03.2005, Az. 3 O 657/03, a. A. *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472, 473.

III. Annex: Sonderlösungen zur Durchbrechung der Geheimhaltungspflicht

Der Vollständigkeit halber sollen an dieser Stelle noch weitere Ansätze dargestellt werden, nach denen eine Weitergabe von Daten anlässlich der Forderungsabtretung ausdrücklich zulässig sein soll. Nach diesen Auffassungen stellt sich die Frage der verfügungsrechtlichen Unwirksamkeit nicht, weil im Gegensatz zu obigen Ausführungen gerade Spezifika des Abtretungsvorganges bzw. des Abtretungsrechtes zu einer Zulässigkeit der Transaktionen führen sollen. Entsprechende - hier als "abtretungsspezifische Lösungen" - bezeichnete Auffassungen haben die jüngere Diskussion um die Forderungsabtretung mitgeprägt. Folgende Wege zur Durchbrechung der Geheimhaltungspflicht bei Forderungsabtretungen werden vorgeschlagen.

1. Die Lösung des Problems auf tatsächlicher Ebene

Nur der Vollständigkeit und der besonderen Bedeutung in der Diskussion halber seien noch einmal die Versuche zur Begrenzung des Informationsflusses auf tatsächlicher Seite erwähnt. Die Hauptarbeit wurde in der neueren Diskussion wie gezeigt darauf verwendet, die mit der Forderungsabtretung verbundenen Geschäftsmodelle dem Bankgeheimnis anzupassen³¹⁸ und nicht umgekehrt auf die dogmatische Erarbeitung von Gründen für dessen sinnvolle Begrenzung.

Gelingt die vollständige Unterdrückung der Informationsflüsse auf allen drei skizzierten Informationsebenen (der Investmententscheidung, der Abtretungsvereinbarung selbst und der Verpflichtung des § 402 BGB), ist selbstverständlich eine Geheimnisverletzung ausgeschlossen. Der begrenzte Spielraum, zu diesem Ansatz allerdings nur zukommt, wurde bereits gezeigt. Für die noch zu erörternde Unwirksamkeitsrechtsprechung nach § 134 BGB ist er ohnehin nicht fruchtbar zu machen, weil sie nicht auf eine tatsächliche sondern eine hypothetische Informationsweitergabe abstellt³¹⁹. Diesbezüglich wird einhellig dem Grenzfall einer möglichen Insolvenz der Bank Rechnung zu tragen sein, wie er auch der Gestaltung des Ausgangsfalles zugrunde lag.

Die einfache Frage "Kann eine Bank eine Forderung abtreten, ohne den Abtretungsprozess gesondert rechtlich und tatsächlich zu gestalten?", bleibt mit der Lösung auf tatsächlicher Seite weiterhin unbeantwortet. Und auch für künftige, in ihrer jeweiligen Ausgestaltung heute noch unbekanntere Weitergabeerfordernisse, die maßgeblich im Bankeninteresse wurzeln, ist eine Antwort weiter offen.

Eins ist den im Tatsächlichen gestaltenden Ansätzen aus rein praktischer Sicht allerdings zuzugeben: Von aufsichtsrechtlicher Seite her agieren sie mit dem teilweisen Plazet der BaFin aus dem Rundschreiben BaKred 1997. Aus Kundensicht

318 Vgl. exemplarisch *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1572; *Stiller*, ZIP 2004, 2027, 2029; *Theewen*, WM 2004, 105, 113; *Toth-Feher/Schick*, ZIP 2004, 491, 494.

319 Dazu ausführlich unten Kapitel 7 III.

wird aber mit der Geltendmachung von Schadensersatzforderungen oder Loslösung von der Kundenbeziehung im Gegensatz zur Vergangenheit immer mehr zu rechnen sein. Die *vorübergehende* Praxistauglichkeit der Vergangenheit wurde durch die Offenlegung des völlig unbefriedigenden rechtlichen Schwebezustandes abgelöst.

2. § 402 BGB als gesetzliche Vorschrift im Sinne der AGB

Eine Argumentation anhand des § 402 BGB versuchen *Rinze/Heda*³²⁰. Die Autoren sehen in § 402 BGB selbst die Rechtfertigung für die Durchbrechung des Bankgeheimnisses. Entscheidend sei allein das Verhältnis der Norm zur Geheimhaltungspflicht. Man müsse die Formulierung des Bankgeheimnisses in den AGB-Banken "ernst nehmen", wonach die Informationsweitergabe seitens der Bank das Bankgeheimnis nicht verletze, wenn eine gesetzliche Bestimmung dies gebiete. § 402 BGB sei ein Gesetz im Sinne der AGB-Banken und begrenze damit die Reichweite des Bankgeheimnisses. Die Norm habe im Zeitpunkt der Einführung der AGB-Banken existiert und gehöre zum "allgemeinen zivilrechtlichen Rahmen" in den Bankgeschäfte eingebettet sind.

Dem kann nicht gefolgt werden. § 402 BGB ist kein gesetzliches Offenbarungsgebot im Sinne des Nr. 2 Abs. I AGB-Banken. Die Norm regelt nicht eine von Gesetzes wegen gebotene Informationsweitergabe, sondern eine Informationsweitergabe, die auf den Willen des Zedenten zurückzuführen ist. Unabhängig von der rechtlichen Einordnung in das Verpflichtungs- oder das Verfügungsgeschäft ist die Anwendbarkeit der Vorschrift Folge einer autonomen Willensentscheidung³²¹. Das Gesetz zeichnet nur die zwingende Konsequenz der Weitergabe der für die Durchsetzung erforderlichen Informationen nach (Die Norm ist im Grunde genommen völlig entbehrlich)³²². Die Forderung von *Rinze/Heda*, den Wortlaut der AGB ernst zu nehmen, führt vielmehr zu folgender Erkenntnis: Gesetzliche Begrenzungen der Geheimhaltungspflicht ergeben sich, wo Ermächtigungsgrundlagen den Zugriff des Staates auf die zwischen Kunde und Bank bestehende Geheimhaltungssphäre ausdrücklich ermöglichen, sei es im Steuerverfahren, im Sozialrecht oder in den zahllosen Meldepflichten, denen die Kreditinstitute vor allem auch aus aufsichtsrechtlichen Gründen unterliegen³²³. Hier wurde die öffentlich-rechtliche Dimension des Bankgeheimnisses mit in die AGB aufgenommen³²⁴. § 402 BGB ist keine öffentlich-rechtliche Zugriffserlaubnis, sondern notwendige Konsequenz eines Rechtsgeschäftes. Es bleibt dem

320 *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1564.

321 So auch Cahn WM 2004, 2041, 2046.

322 So implizit auch die Kommentierungen, vgl. statt aller Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 402 Rdn. 2.

323 Hierzu ausführlich: *Weber*, in: BuB Bd. 1, 2005, Rdn. 2/862 ff.

324 Horn, AGB-Banken.

Rechtsanwender nicht erspart, dieses Rechtsgeschäft auf seine Zulässigkeit hin zu untersuchen.

3. Die Konkretisierung allgemeiner Rechtsfiguren

Nur geringfügig anders gelagert ist der Ansatz von *Canaris*³²⁵, der allerdings seit der Bestätigung des Konfliktes von § 402 BGB mit den sogenannten Sonderberufsgeheimnissen durch den BGH³²⁶ von diesem nicht mehr ausdrücklich aufrecht erhalten wurde: Die Weitergabe der Informationen sei *selbstverständlich* zulässig, weil es sich bei § 402 BGB und dem Bankgeheimnis lediglich um die "Konkretisierung allgemeiner Rechtsfiguren handle". Die Abtretung gehe natürlich vor.

Vor dem Hintergrund des gewandelten Verständnisses zu anderen Geheimhaltungspflichten, kann diese pauschale Aussage zu § 402 BGB getrost verworfen werden. Sie stammt - wie die Entscheidung BGH ZIP 1982, 1051 ff. - aus einer Zeit, in der keinerlei Problembewusstsein zu dieser Kollisionsproblematik bestand. Die kurze Feststellung, die sich in einem Satz zum Vorrang der Informationsweitergabe erschöpft, bleibt an angegebener Stelle ohne jede Begründung³²⁷. Zudem wäre aus damaliger Sicht - und erst Recht aus der sonstigen dogmatischen Ausgestaltung des Bankgeheimnisses durch *Canaris* selbst - der Geheimhaltungspflicht in der Kollision der Vorrang einzuräumen gewesen.

IV. Problematik der Vorgehensweise in der neueren Diskussion

Kann eine Lösung also auf diesem Wege nicht gefunden werden, bleibt dennoch das unmittelbare Hinwenden zur verfügungsrechtlichen Seite, wie es für die jüngere Diskussion spezifisch ist, nicht frei von Schwierigkeiten. Bei der vorschnellen Fokussierung auf Wirkweise und Rechtsfolge wird verkannt, dass es zunächst einmal eine reine Frage des geheimnisschutzrechtlichen Tatbestandes ist, inwieweit gegebenenfalls unbenannte Durchbrechungen der weit verstandenen Geheimhaltungspflicht in Betracht kommen.

Zunächst muss deshalb untersucht werden, inwieweit das Bankgeheimnis in seiner Reichweite begrenzt werden kann, und ob sich die dabei zugrunde liegenden strukturellen Erwägungen auch für die Weitergabe von Informationen im Rahmen einer Forderungsabtretung fruchtbar machen lassen. Ein Übertrag der Unwirksamkeitsrechtsprechung wäre dann wegen dieser bereichsspezifischen Besonderheiten ausgeschlossen. Diese Fragen sind auf der *tatbestandlichen* Seite zu

325 *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1988, Rdn. 61a.

326 Vgl. dazu ausführlich unten Kapitel 7 III.

327 *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1988, Rdn. 61a.

klären. Die neuere Diskussion stellt sich in diesem Punkt ganz anders dar, als zur *verfügungsrechtlichen* Seite. Zwar finden sich durchaus Ansätze zur Begründung von Begrenzungen³²⁸. Den Argumentationen kommt aber mehr die Funktion eines notwendigen Anhängsels zu. Denn mit der vermeintlichen Erledigung des Wirksamkeitsproblems, beispielsweise über eine Argumentation anhand der angenommenen fehlenden Vergleichbarkeit der Informationssensibilität zwischen § 203 StGB und dem Bankgeheimnis, kann sich der wirtschaftlich denkende Banker - und damit auch sein Rechtsberater³²⁹ - vorerst zurücklehnen. Die Geschäftsmodelle bleiben wirksam. Materielle Sanktionen sind wie gezeigt - jedenfalls in der Vergangenheit - kaum zu befürchten gewesen. Die Ratings der betroffenen Transaktionen, die nach der Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. in den Keller schnellten, konnten bei wieder hergestellter Rechtssicherheit um das verfügungsrechtliche Risiko rückangepasst werden.

Dieser Auffassung der schuldrechtlichen Sanktion bei verfügungsrechtlicher Wirksamkeit hat sich - entsprechend der Vorarbeiten des verantwortlichen Senatsvorsitzenden aus dem Jahre 2005 - auch der BGH in seinem Urteil aus dem Jahre 2007 ausdrücklich angeschlossen. Entsprechende Argumentationen setzen allerdings unglücklicherweise auf der Tatsache auf, dass es zu Nachweisen materieller Schäden bei Geheimnisverletzungen in den seltensten Fällen kommen wird³³⁰.

Eine wichtige Ausnahme in der Befassung mit der Frage bildet *Cahn*³³¹, der bereits in einer frühen Phase der Diskussion erkennt, dass sich hinter dem verfügungsrechtlichen das eigentliche Problem der Reichweite verbirgt. *Cahn* stellt deshalb allgemeine Überlegungen zu Grund und Grenzen des Bankgeheimnisses an, um auf diesem Wege zu einer Lösung zu gelangen³³².

Wenn sich dagegen die aus verständlichen Dringlichkeitsaspekten eiligst veröffentlichten Urteilsanmerkungen unmittelbar auf die Unwirksamkeitsrechtsprechung des BGH nach § 203 Abs. I StGB i.V.m. § 134 BGB "stürzen", folgt dies also vor allem bankpraktischen Erwägungen. Es bedeutet aber die Vornahme des zweiten vor dem ersten Schritt. Zunächst ist sich der Frage möglicher unbenannter Durchbrechungen des Bankgeheimnisses zuzuwenden.

³²⁸ Vgl. statt aller exemplarisch von *Sivers*, ZInsO 2005, 290, 293; *Stiller*, ZIP 2004, 2027, 2029; *Streit/Schiermeyer*, EWiR § 399 BGB 02/05, 295 f.

³²⁹ So zutreffend *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1545. Nahezu alle Kommentatoren der Entscheidung waren Rechtsvertreter der Bankenseite.

³³⁰ Dies erkennen auch *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1572; *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157, 1159.

³³¹ *Cahn*, WM 2004, 2041, passim.

³³² Wegen Bedeutung und Eigenständigkeit des Ansatzes dazu ausführlich unten Kapitel 8 I.

Kapitel 6 - Zur Systematik der Begrenzung von Geheimhaltungspflichten

Dementsprechend nun zur tatbestandliche Reichweite der Geheimhaltungspflicht im Kreditgewerbe: Letztlich gibt es in der diesbezüglichen Begrenzungsfrage lediglich einen belastbaren Ansatz, den viele Teile der Literatur versucht haben zugunsten der Zulässigkeit der Forderungsabtretung fruchtbar zu machen: Eine Durchbrechung der Geheimhaltungspflicht wegen eines überwiegenden Interesses des Kreditinstitutes an der Informationsweitergabe. Es wurde also der Versuch unternommen, den bestehenden Interessenkonflikt im Wege der Abwägung aufzulösen, sei diese nun an § 193 StGB oder an § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG angelehnt. Diese Vorgehensweise im Wege der Abwägung soll nachstehend einer kritischen Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung sonstiger Verschwiegenheitspflichten unterzogen werden.

Davon muss, der Übersichtlichkeit halber, zunächst eine andere Form der Abwägung getrennt bleiben, nämlich die, die gegebenenfalls in Grenzfällen eine Korrektur in der Rechtsausübung gemäß den Grundsätzen von Treu und Glauben bewirken kann³³³. Auf diese wird als Sonderfall später zurückzukommen sein.

I. Vorüberlegung

Betrachtet man unbefangen die oben referierte Struktur des Bankgeheimnisses, legt diese die Tatbestandsverletzung der Weitergabe von Kundeninformationen in allen hier relevanten Geschäftsmodellen nahe. Diese Auffassung wird in der neuen Diskussion an prominenter Stelle, nämlich vom Vorsitzenden des Bankensenate beim BGH konsequent vertreten³³⁴. Seiner Auffassung nach ist die kreditgebende Bank - jedenfalls in der funktionierenden Darlehensbeziehung - "ohne wenn und aber" umfänglich zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die Weitergabe von Informationen im Rahmen einer Forderungsabtretung mache die Bank schadensersatzpflichtig und berechtige gegebenenfalls zur außerordentlichen Kündigung³³⁵. Anders bewertet *Nobbe* lediglich den Fall des Verzugs mit der Darlehensforderung. Hier soll eine Weitergabe von Informationen an ein "sorgfältig ausgewähltes Inkassobüro" zulässig sein³³⁶; sicherlich ein nicht ganz leicht zu fassender Maßstab. Diese Auffassung hat letztlich in der Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 2007 ihren Niederschlag gefunden. Die Tatsache, dass schuldrechtliche

333 Eine gute Darstellung der Systematik von Interessenabwägungen bietet MünchKomm/Roth, § 242 BGB, Rdn. 46 f.

334 *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1547.

335 *Nobbe*, a.a.O.

336 *Nobbe*, a.a.O.

und verfügungsrechtliche Seite hierbei getrennter Wege gehen - geheimnisrechtlich gesehen ein alleine stehendes Ergebnis - ist dabei die große Schwäche dieses Ansatzes.

Hintergrund einer solchen Überlegung kann nur der Standpunkt sein, dass die Kollision von Banken- und Kundeninteresse - jedenfalls bei intakter Darlehensbeziehung - *nicht* im Sinne des Bankeninteresses aufgelöst werden kann.

Demgegenüber versucht ein Großteil der Literatur - auch noch nach dem Urteil des BGH - eine interessengerechte Lösung der Kollision von Informationsschutz und Informationsinteresse im Wege der Abwägung herbeizuführen. Damit ist die Kernfrage dieser Untersuchung aufgeworfen: Inwieweit ist das Bankgeheimnis unbenannten Durchbrechungen im Wege einer begrenzenden Güter- und Interessenabwägung zugänglich? Die Bewertung *Nobbes*, das Bankgeheimnis sei "ohne wenn und aber" aufrecht zu erhalten, ist zweifelhaft. Die Frage ist nicht die des "Ob" der Begrenzung des Bankgeheimnisses, sondern die des "Wie", weil die Geheimhaltungspflicht - wie jedes subjektiv-private Recht - nicht unbegrenzte Geltung beanspruchen kann.

Wie bereits unter der Darstellung der Strukturen des Bankgeheimnisses gezeigt, wurde bisher keine allgemeine Abwägung der beteiligten Interessen zugelassen. Akzeptiert wurde im Verhältnis von Kunde zu Bank nur Grenzkorrekturen aus Notstandserwägungen heraus, §§ 227, 228 BGB bzw. § 34 StGB.

Für die jüngere Diskussion hat dann sicherlich auch der beschriebene richtungsmäßige Gleichlauf benachbarter Informationsrestriktionen zum Übertrag von Wertungen aus anderen Rechtsgebieten geführt. Es findet sich verbreitet die Auffassung, die eine entsprechende Anwendung der Grundsätze des § 28 Abs. 1 BDSG befürwortet³³⁷. Die Norm erkennt die Datenweitergabe trotz bestehenden Weitergabeverbotes an, wenn dies *berechtigten Interessen* der Datenverarbeitenden Stelle dient und kein Grund zu der Annahme besteht, dass *schutzwürdige Interessen* des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem *berechtigten Interesse* der verantwortlichen Stelle nicht entgegenstehen.

Schon vor der Diskussion um die Forderungsabtretung wurde zudem die Frage diskutiert, inwiefern der Grundsatz der "Wahrnehmung berechtigter Interessen", wie er in § 193 StGB und § 824 Abs. 2 BGB kodifiziert ist, auf das Bankgeheimnis entsprechend zu übertragen sei³³⁸. Dies wurde dann für die neuere Diskussion fruchtbar gemacht³³⁹.

337 MünchKomm/Hadding/Häuser, HGB, Rdn. A 157; Bomhard/Kessler/Dettmeier, BB 2004, 2085, 2086; Kuserow/Dittrich WM 1997, 1786, 1792; Toth-Feher/Schick, ZIP 2004, 491, 494; Hofmann/Walter, WM 2004, 1566, 1574; Jobe, ZIP 2004, 2415, 2416.

338 Bruchner, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 39 Rdn. 41, so auch bereits in den Voraufgaben.

339 Früh, WM 2000, 497, 503; Theewen, WM 2004, 105, 113; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, § 3 Rdn. 46; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2004, S. 778; Nobbe, WM 2005, 1537, 1547.

In den Normen ist der Rechtsgedanke einer allgemeinen Güter- und Interessenabwägung verortet³⁴⁰. Er ist aus zwei Gründen in besonderem Maße geeignet, auf die hier maßgeblichen Rechtsfragen hinzuweisen. Zum einen wird sein Rechtsgedanke auch für die Konkretisierung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, als dessen besondere Ausprägung die Geheimhaltungspflichten angesehen werden³⁴¹, herangezogen. Zum anderen wird seine analoge Anwendung als besonderer strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund auf die Sonderberufsgeheimnisse des § 203 Abs. I StGB diskutiert. Die Norm nähert sich unserer Fallfrage folglich von der strafrechtlichen und der privatrechtlichen Seite, den beiden relevanten Rechtsquellen für Geheimhaltungspflichten. Zudem ist sie die einfachste denkbare Abwägungsstruktur, verglichen mit den "Sonderabwägungen" wie beispielsweise dem Notstand, die durch besondere Anforderungen wie "*weit überwiegendes Interesse*" von vornherein "schief" sind. Die nachfolgende Erörterung unbenannter Durchbrechungsmöglichkeiten soll deshalb an den Kategorien des § 193 StGB analog ausgerichtet werden.

Eines muss dabei aber vorab klargestellt werden: Bei den hier zu untersuchenden Fallgestaltungen treffen regelmäßig Vermögensinteressen der Bank auf immaterielle Interessen des Kunden. Selbst wenn die Struktur der Geheimhaltungspflicht im Kreditgewerbe eine Abwägung der beteiligten Interessen zuließe, würde dies lediglich eine Diskussionsbasis eröffnen, auf der typischerweise persönlichkeitsrechtlich relevante Positionen des Kunden mit reinen *Vermögensinteressen* der Bank konkurrieren. Selbst die echte Güter- und Interessenabwägung wäre einseitig zugunsten des Kunden vorbelastet, weil ein abstraktes Überwiegen der immateriellen Interessen regelmäßig angenommen werden kann³⁴². Für diese Problematik soll schon hier sensibilisiert werden, weil - auch bei Zulassen einer Abwägung - die Zulässigkeit einer Informationsweitergabe einen hohen argumentativen Aufwand mit sich bringt. Dem tragen die Autoren, die eine Interessenabwägung vornehmen, nicht selten durch stilistische Mittel Rechnung, was vor allem bei der Lektüre der bezogenen Literatur nie außer Acht gelassen werden darf. Das (vermeintlich) gute Geschäft für die Bank wird ergebnisfördernd zum "Berechtigten Interesse der Bank, ihre Riskopositionen zu reduzieren" oder zum "Allgemeininteresse an einem stabilen Finanzmarkt, dass im Ergebnis Vorrang haben muss"³⁴³. Die Rechtswahrung bei einfachem Verzug mit der Darlehensforderung wird zum "rechtsmissbräuchlichen Verhalten"³⁴⁴. Solche

340 Fischer, StGB, § 193 Rdn. 9 und weiterführend zum § 193 StGB: *Geppert*, Jura 1985, 25 ff., passim. Zu § 824 Abs. II BGB vgl. Palandt/*Sprau*, BGB, § 824 Rdn. 9.

341 *Ehmann*, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, AcP Bd. 188 (1988), S. 238; zur diesbezüglichen Interessenabwägung auch Erman/*Ehmann*, BGB, Anh. § 12 Rdn. 441 ff. und 352 ff.

342 Vgl. dazu MünchKomm/*Roth*, § 242 BGB, Rdn. 53.

343 *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1573; inzwischen ist bekannt, was die auf den ersten Blick der Bank günstige Risikoentlastung für die Stabilität des Finanzmarktes bedeutet.

344 Zurück gehend auf die entsprechende Formulierung bei *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 39 Rdn. 41.

Schlagworte dürfen das eigentliche Gewicht der beteiligten Interessen nicht zu verdecken suchen.

II. Die Interessenberücksichtigung im Bankvertragsrecht durch "Wahrnehmung berechtigter Interessen", § 193 StGB analog.

In der Literatur wird also die Auffassung vertreten, die Weitergabe von Schuldnerinformationen könne entsprechend dem Prinzip der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein³⁴⁵. Für die sonstigen Verschwiegenheitspflichten der Freiberufler findet sich der Begriff der "Wahrnehmung berechtigter Interessen" als Legitimation der Informationsweitergabe nahezu in jeder zusammenfassenden Darstellung des Berufsrechts³⁴⁶. Um die Auffassung zu verstehen, die den Rechtsgedanken des § 193 StGB bzw. des § 824 Abs. 2 BGB fruchtbar macht, ist sich zunächst seiner Tatbestandsfassung, seiner Bedeutung in der Rechtsordnung und insbesondere seinem Eingang in die bankvertragsrechtliche Literatur und Rechtsprechung zuzuwenden.

1. Grundsätzliches zur "Wahrnehmung berechtigter Interessen"

Ursprünglich wurde der Begriff der "Wahrnehmung berechtigter Interessen" verstanden als Rechtfertigungsgrund im Rahmen des Deliktsrechtes, der, auf der Grundlage von § 193 StGB und § 824 Abs. 2 BGB entwickelt, besonders bei Eingriffen in Persönlichkeitsrechte zugunsten des Eingreifenden wirkte³⁴⁷.

Das geht von folgendem Ursprung aus: Die in § 193 StGB zu findende, unübersichtliche Aufzählung spezieller und allgemeiner Fallgruppen stellt sich als Konkretisierung ein und desselben Rechtfertigungsgrundes³⁴⁸ dar: Im Rahmen der Beleidigungsdelikte, §§ 185 ff. StGB, indiziert die Behauptung oder Verbreitung einer nicht erweislich wahren Tatsache grundsätzlich die Rechtswidrigkeit. Sie entfällt aber aus besonderem Grunde ausnahmsweise dann, wenn der Täter Interessen wahrnimmt, die das Interesse des in seinem Achtungsanspruch Betroffenen am Schutz seiner Ehre überwiegen³⁴⁹.

Anders im Zivilrecht: Mit der dortigen Auflösung des klassischen Deliktaufbaus, nach der die Berührung generalklauselartig gefasster Rechtsgüter die Rechtswidrigkeit nicht mehr indiziert, hat die "Wahrnehmung berechtigter

345 Vgl. oben Fn. 338.

346 Henssler/Prütting/*Eylmann*, BRAO, § 43 a Rdn.

347 Adomeit JZ 1970, 495.

348 So die ganz herrschende Meinung, vgl. nur Fischer, StGB, § 193 Rdn. 1, mit Nachweis des Streitstandes.

349 *Geppert*, Jura 1985, 25, 27.

Interessen" einen funktionalen Wandel durchlaufen. Konnte die tatbestandsmäßige Abgrenzung, losgelöst von Art und Zweck des jeweiligen Eingriffes, nicht mehr gelingen, war die Frage, ob solche Rechte überhaupt verletzt sind, nur im Rahmen einer einzelfallbezogenen Güter- und Interessenabwägung zu beantworten. Die rechtlich geschützten Positionen desjenigen, der in den unbestimmt geschützten Bereich eingreift, sind *bei der Tatbestandskonkretisierung* mitzubersichtigen. Demnach hat das Institut der "Wahrnehmung berechtigter Interessen" früh eine tiefgreifende Funktionsänderung erfahren, indem es, im Bereich der Persönlichkeitsrechte und unternehmensbezogenen Rechte, die Funktion als Rechtfertigungsgrund eingebüßt hat hin zur Funktion der "positiven Rechtswidrigkeitsfeststellung". Entscheidend ist dabei, dass auf (potentieller) Verletzterseite in Ausübung eigener Rechte und Interessen gehandelt wird. Die Rechtsgüterkollision ist anders als bei den scharf umrissenen, absoluten Rechten nicht vorab determiniert im Sinne einer ausnahmsweisen Rechtfertigung sondern wertungsfrei im Sinne einer Tatbestandskonkretisierung³⁵⁰.

Damit wird § 193 StGB für das Zivilrecht als ein Beispiel des Prinzips der Auflösung einer *echten* Interessenkollision nach den Grundsätzen der Güter- und Interessenabwägung interpretiert. Es ist aber deutlich zu trennen zwischen zivilrechtlicher und strafrechtlicher Funktion.

a. § 193 StGB im Strafrecht

Inwieweit bereits tatbestandliche Äußerungen im Strafrecht gerechtfertigt werden können, wird erst festgestellt, wenn das Interesse des Äußernden das des Betroffenen *ausnahmsweise* überwiegt. Der Straftatbestand schützt zunächst einmal ein präsumtives Interesse, die Achtung der Ehre, und nimmt hier auch konkrete Interessenbewertungen vor, wenn beispielsweise nach der Verbreitung wahrer und unwahrer Tatsachen differenziert wird, §§ 186, 187 StGB.

Mit der "Wahrnehmung berechtigter Interessen" werden dann sozusagen *unbenannten, präsumtiven* Interessen zur Geltung verholfen. Die Präsumtionen egalieren sich, sprich: werden zu einem verhältnismäßigen Ausgleich gebracht (sog. Güterabwägungstheorie).

Nachdem insbesondere das Reichsgericht zunächst noch die Parallele zum damaligen übergesetzlichen Notstand (dem entspricht inzwischen § 34 StGB) gezogen hatte, ist heute die strukturelle Verselbständigung der Wahrnehmung berechtigter Interessen als eigener Fall der Güterabwägung anerkannt. Im Unterschied zur Güterabwägung nach Notstandserwägungen (für das Strafrecht vgl. § 34 StGB), die ein *wesentliches* Überwiegen der Interessen einer Seite postuliert, ist im Falle des § 193 StGB zum einen ein solch wesentliches Überwiegen nicht erforderlich, ein einfaches Überwiegen genügt³⁵¹. Zum anderen ist die

350 Vgl. dazu Palandt/*Sprau*, § 823, Rdn. 31 mit weiteren Nachweisen.

351 Fischer, StGB, § 193 Rdn. 9.

Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht auf echte Zwangslagen beschränkt, also nicht auf Fälle drohender Rechtsgüterbeeinträchtigung. Die Bedeutung der Norm für das Strafrecht liegt also darin, das grundsätzlich aus Notstandserwägungen zur Rechtskorrektur geforderte Verhältnis der kollidierenden Rechtsgüter und Interessen zu verschieben: Sowohl das situative Postulat der Interessenwahrnehmung zur Abwehr drohender Beeinträchtigung von Rechtspositionen, als auch der geforderte erhebliche Disproportz der beteiligten Interessen wird über § 193 StGB entbehrlich gemacht. Dieser Kernunterschied kann nicht genug unterstrichen werden: Geringere Anforderungen an die Abwägung auf der einen Seite und zudem das Eröffnen von Handlungsmöglichkeiten, die nicht darauf zielen, eigenen Schaden von sich abzuwenden, auf der anderen Seite. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen ist also geeignet, den Handlungskreis um die Wahrnehmung *irgendeines* schutzwürdigen Interesses zu erweitern. In Betracht kommt hier jedes rechtlich und tatsächlich schutzwürdige Interesse, sei es materieller oder ideeller Natur.

b. Der Rechtsgedanke des § 193 StGB im Zivilrecht

Von dieser korrektiven Funktion im Strafrecht ist die Verallgemeinerung des Rechtsgedankens für das Zivilrecht graduell zu unterscheiden. Einem konturenlosen Tatbestand, beispielsweise den sonstigen Rechten im Sinne des § 823 Abs. I BGB, kommt die Rolle einer normativen Leitfigur zu. Der Tatbestand identifiziert eine Sphäre, deren Beeinträchtigungen typischerweise verletzenden Charakter haben können. Diese Erkenntnis ist nicht der Bewertung durch den Gesetzgeber geschuldet, sondern durch immer wieder von der Rechtsprechung zu lösende Kollisionen typisiert worden. Eine gesonderte Interessenbewertung durch den Gesetzgeber hat - anders als im Strafrecht - nicht stattgefunden. Die entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens des § 193 StGB ist also nicht Korrektur einer *erfolgten* Interessenbewertung sondern originäre Interessenbewertung, heruntergebrochen von der Ebene des Normgebers auf die des Rechtsanwenders.

2. Anwendungsproblem: Hermeneutischer Gehalt der Norm

Diese Struktur einer allgemeinen Güter- und Interessenabwägung war der sprachlichen Fassung der Norm nicht leicht zu entlocken. Denn dem Begriff der "berechtigten Interessen" wohnt ein großes Risiko inne. Beide Teile des Begriffes - und erst recht ihre Kombination - sind in höchstem Maße ungenau. Das Interesse ist zunächst einmal eine soziologische, nicht eine juristische Kategorie. Es ist subjektiv beliebig einfärbbar und dabei Vorstufe des juristisch relevanten Handelns, welches eigentlich Gegenstand der rechtlichen Bewertung sein sollte. Ein Handeln zur Wahrnehmung von Interessen bedeutet demnach nicht viel mehr, als dass dem Handeln überhaupt ein finales Element innewohnt. Dieser Vagheit wird nun der Begriff "berechtigt" zugeordnet. Damit ergibt sich eine inhaltsleere Floskel. Denn

steht die Berechtigung einer Handlung in Frage, hilft es nicht weiter, ihr tatbestandlich das Prädikat "berechtigt" an die Seite zu stellen. Anschaulich wird das, wenn man bedenkt, dass es bei dieser Verfahrensweise rechtmäßige und rechtswidrige berechtigte Handlungen geben kann. Die erwünschte Rechtsfolge Rechtfertigung ist also ungünstigerweise bereits Teil des Tatbestandes³⁵².

Antiproportional zu dieser Inhaltsleere verhält sich die Karriere, die die Norm gemacht hat. Denn das Vorziehen der gewünschten Rechtsfolge in den Tatbestand, hat der Norm zu großer Popularität verholfen. Alleine ihrer Anwendung wohnt schon ein gutes Stück des erwünschten Ergebnisses "Rechtfertigung" inne. Eine ganze Reihe von Entscheidungen, in denen Kollisionslagen aufzulösen waren, berufen sich auf das Institut und verleihen den gefundenen Ergebnissen über den Begriff "berechtigt" eine gewisse Legitimation³⁵³.

3. Die "Wahrnehmung berechtigter Interessen" in der bankrechtlichen Literatur und Rechtsprechung

Zu den geschilderten Auswirkungen hat die Attraktivität der Norm auch in ihrer Berücksichtigung im Bereich der Geheimhaltung im Kreditgewerbe geführt. Den ursprünglichen Weg in das Bankvertragsrecht hat die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch den BGH gefunden³⁵⁴. In der neueren Literatur wird *Bruchner*³⁵⁵ als Befürworter einer Durchbruchungsmöglichkeit für das Bankgeheimnis genannt und eine entsprechende Anwendung auch für die Forderungsabtretung versucht.

Hier muss aber wohl eine Verkettung von Missverständnissen stattgefunden haben: Erst einmal lehnt *Bruchner* selbst die Auffassung, die eine entsprechende Anwendung befürwortet, ausdrücklich ab³⁵⁶. Er referiert allerdings verkürzt - und dies dürfte Ursache der fehlerhaften Übernahme sein - die Rechtsprechung des BGH zu dieser Fragestellung wie folgt:

"...hat der BGH (WM 1978, 999) jedoch unter Hinweis auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz des § 193 StGB ausdrücklich das berechnete Interesse der Kreditinstitute an der Funktionsfähigkeit eines übergeordneten Kreditsicherungssystems (SCHUFA) als schutzwürdiges Ziel anerkannt, das die Durchbrechung des Bankgeheimnisses im Form von

352 Diese Schiefelage setzt sich dann in der weiteren Argumentation fort. Vgl. zum Beispiel *Jobe*, ZIP 2004, 2415, 2418, der aus dem berechtigten Interesse dann folgert, dass die Informationsweitergabe zulässig sein muss zur Erledigung der *ordnungsgemäßen* Bankgeschäfte. Eine solche Vorgehensweise vernachlässigt die Relation zum Kunden und trägt die Ordnungsgemäßheit ungeprüft in die Argumentationskette hinein.

353 Dazu sogleich.

354 BGH WM 1978, 999.

355 *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2004, § 39 Rdn. 41.

356 a.a.O., Fn. 356: "Es erscheint jedoch fraglich, ob der Rechtfertigungsgrund der "Wahrnehmung berechtigter Interessen" im Zusammenhang mit der Durchbrechung des Bankgeheimnisses verallgemeinert werden kann."; es folgt eine begründende Stellungnahme.

Übermittlung sogenannter Negativmerkmale eines Kunden, wie zum Beispiel Zwangsvollstreckung oder eidesstattliche Versicherungen, rechtfertigt³⁵⁷."

Derartige Rückschlüsse sind aber aus dem genannten Urteil nicht zu ziehen. In der Fallgestaltung war das Bankgeheimnis überhaupt nicht berührt. Beklagte war vielmehr die (nicht dem Bankkunden gegenüber geheimhaltungspflichtige) SCHUFA. Diese hatte *wahre*, diskreditierende Tatsachen über einen registrierten Bankkunden an vier angeschlossene Kreditinstitute weitergegeben. Die Namensidentität mit einem anderen Kunden führte dann bei diesen Kreditinstituten zu Verwechslungen. Die daraus resultierenden erheblichen Schwierigkeiten konnte der Leidtragende nur unter großem Aufwand einer Sachverhaltsklärung zuführen. Es waren unter anderem Informationen zu Haftbefehlen des Namensvetters wegen Vermögensdelikten weitergegeben worden, die beim Kläger zu ungerechtfertigten Vertragskündigungen und Schecksperrern geführt hatten. Dementsprechend hatte sich der BGH nicht mit dem Bankgeheimnis auseinander zu setzen, sondern mit der Auslegung der Tatbestände des § 824 BGB (die Kreditgefährdung war wegen der Wahrheit der Information letztlich nicht einschlägig) und des § 823 Abs. I BGB mit Blick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Zu letzterem führt der BGH entsprechend der allgemeinen, oben dargestellten Grundsätze aus³⁵⁸:

"Bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann eine Haftung nicht schon damit begründet werden, dass das Handeln des Täters zu dem missbilligten Erfolg geführt hat. Hier kann die Rechtswidrigkeit seines Handelns erst aus der zu missbilligenden Art der Schädigung abgeleitet werden, wobei es für dieses Urteil entscheidend auf die Abwägung der widerstreitenden Belange ankommt (es folgen Rechtsprechungsnachweise). Dabei muss die soziale oder persönliche Nützlichkeit der gefährdenden Handlung zur Wahrscheinlichkeit und Größe der erwarteten Nachteile in Beziehung gesetzt werden (vgl. *Deutsch*, Haftungsrecht, Bd. 1 S. 187). Diese Abwägung fällt im Streitfall zu Lasten des Klägers aus. Die berechtigten Interessen der Kreditinstitute usw. (vgl. § 193 StGB; ähnlich die Abwägung in § 824 BGB) und damit die Interessen der Beklagten, der ihre Anschlussfirmen aus Gründen der Rationalisierung und größeren Sicherheit zentral die Wahrnehmung ihrer Interessen übertragen hatten, erlauben es nicht, das Verfahren der Beklagten als rechtswidrig zu bezeichnen."

Das als sinnvoll und erwünscht bewertete Gesamtsystem SCHUFA (ein allgemeines Interesse der Banken) wird also herangezogen, um dem Ausnahmefehler "Datenverwechslung" - der im übrigen ja nicht einmal bei der Schufa entstanden war, sondern auf der ungeprüften Übernahme der Daten durch die Kreditinstitute beruhte - den von der Rechtsordnung missbilligten Charakter zu nehmen.

Die Ausführungen zeigen noch einmal deutlich die Rolle, die dem Rechtsgedanken des § 193 StGB im Zivilrecht inzwischen zukommt. Er wird herangezogen, um die allgemeine Güter- und Interessenabwägung zu leiten, die zur Tatbestandskonkretisierung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes führt. § 193 StGB ist lediglich die gedankliche Stütze für eine nicht vorab bewertete Kollision widerstreitender Interessen. Die beteiligten Güter und Interessen treten

357 A.a.O. Fn. 356. Die Konstellation war zu einer Zeit vor der Aufnahme einer antizipierten Einwilligung der Informationsweitergabe an die Schufa (Schufaklausel) erfolgt.

358 BGH WM 1978, 999, 1001.

sich wertungsfrei gegenüber und werden in einen verhältnismäßigen Ausgleich gebracht. So wird die Ermittlung der Grenzen zulässiger Informationsweitergabe ermöglicht.

Zweifelhaft ist aber, ob hieraus unmittelbare Rückschlüsse auf die Reichweite des Bankgeheimnisses mit der Wirkung einer sachlich gerechtfertigten Durchbrechung der Schutzpflicht gezogen werden können. Die allgemeine Güterabwägung unter Berücksichtigung jedweden Interesses im Bereich freien Informationsflusses, wie sie durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht umgesetzt wird, stellt eine *Verrechtlichung eines Minimums* der Informationsbegrenzung dar. Die Frage, inwieweit die dort geltenden Grundsätze auf einen Bereich *prinzipiellen Informationsverbotes* übertragen werden können, bleibt damit unbeantwortet. Um die "echte" Güter- und Interessenabwägung nicht vorschnell an das Bankgeheimnis heranzutragen, müssen einige Betrachtungen zur Rechtsfindung durch Güter- und Interessenabwägung angestellt werden.

4. Allgemeine Überlegungen zur Interessenabwägung - Die Kollision von Regeln und Prinzipien

In den bisher angestellten Überlegungen tritt der Widerstreit zweier Grundprinzipien deutlich hervor: Das Prinzip Informationsschutz, letztlich wurzelnd im Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen, trifft auf die Freiheit der Informationsweitergabe als Ausdruck der allgemeinen Handlungs- und der Berufsfreiheit. Solchen Grundprinzipien - nach einem Wort *Röhls*³⁵⁹ den "Tiefenstrukturen des Rechts" - kommt lediglich Modellcharakter zu. Aus ihnen lässt sich nicht ohne weiteres eine Rechtsfolge herleiten. *Larenz* spricht von "offenen Prinzipien"³⁶⁰. Problematisch wird es, wenn aus ihnen eine normative Entscheidung abgeleitet werden soll. Treffen zwei derartige Grundsätze in einer Kollisionslage zusammen muss diese Kollision nach den Prinzipien der Güter- und Interessenabwägung, wie soeben dargestellt, zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden.

Während die Freiheit der Information als Grundentscheidung und Ausdruck der Privatautonomie notwendig abstrakt bleibt, ist das im Widerspruch zum Leitgedanken der Informationsordnung stehende Prinzip des Informationsverbotes nur aus der konkretisierenden Ausformulierung unterschiedlichster Regeln zu abstrahieren. Es finden sich zum einen die hier zu problematisierenden Geheimhaltungspflichten bestimmter Berufsgruppen, aber beispielsweise auch das Datenschutzrecht. Auch dieses geht vom Grundsatz des Informationsverbotes aus, seine Durchbrechungen folgen dem Prinzip Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, wie es in den §§ 4, 28 BDSG niedergelegt ist.

359 *Röhl*, Rechtslehre, S. 528.

360 Siehe dazu *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 1 I. c).

Der Unterschied von Regel und Prinzip steht dabei für den Unterschied von Subsumtion und Abwägung. Eine Regel formuliert Tatbestand und Rechtsfolge, so dass man mit ihrer Hilfe ein Fall durch Subsumtion entschieden werden kann. Ein Rechtsprinzip dagegen ist nicht so konkret formuliert, dass es einer Subsumtion zugänglich wäre.

Konkurriert nun ein allgemeines Prinzip mit konkreten Normen (sprich: Regeln), verliert das Prinzip partiell seinen Geltungsanspruch. Die Regel geht vor. Legt man dieses "Schwarz-Weiß-Verständnis" zugrunde, könnte der Satz *Nobbes*, das Bankgeheimnis habe "ohne wenn und aber zu gelten", seine Gültigkeit behalten. Die konkrete Regel Geheimhaltung im Kreditgewerbe ginge dem Prinzip der Informationsfreiheit im Sinne eines Geltungsvorranges vor.

Der Gegensatz von Regel und Prinzip in oben dargelegter Schärfe ist aber überzeichnet. Er würde nur gelten, wenn die Regel Geheimhaltungspflicht mit all ihren Ausnahmen formuliert werden könnte. Aber auch die Regel bleibt Abstraktion und muss in jedem Einzelfall stets neu konkretisiert werden. Ungeachtet der Kollision ist dabei zu beachten, dass auch das Rangverhältnis zwischen Regel und dem Prinzip, dem sie dient, nicht so eindeutig ist. Zum Einen bildet die Regel die Konkretisierung eines Prinzips mit der Konsequenz, dass es bei Vorliegen einer einschlägigen Regel nicht notwendig und auch nicht zulässig ist, auf das Prinzip zurückzugreifen. Andererseits kann jede Vorschrift dadurch ausgehebelt werden, dass man sie auf ein Prinzip zurückführt. Dann wird die Ratio der Vorschrift wichtiger als deren konkrete Gestalt, die nur das Mittel zum Zweck bildet. Es kann stets darauf abgestellt werden, dass eine Regel ein Prinzip im konkreten Fall nicht richtig zur Geltung bringe, wenn die Regel suspendiert werden soll.

Trägt man also die allgemeine Interessenabwägung in eine Konkretisierung eines Prinzips hinein, werden gegebenenfalls interessenbewertende Entscheidungen durch Regeln (also durch einen Normgeber) missachtet. Zur Anwendung des Rechtsgedankens des § 193 StGB bzw. des § 824 Abs. 2 muss daher vorab ermittelt werden, inwieweit die Anerkennung einer Geheimhaltungspflicht noch Raum für die Berücksichtigung beliebiger Bankeninteressen *unterhalb der Grenzkorrektur* der Geheimhaltungspflicht durch allgemeinen Rechtfertigungsgründe lässt.

Das Geheimhaltungsrecht erscheint dabei auf den ersten Blick äußerst pauschal, wenn es ganze Lebensbereiche einer Informationsblockade unterwirft. Eine detailliertere Auseinandersetzung mit den Motiven und Bewertungen des Geheimnisschutzrechtes wird so erforderlich. Hier können als Ausgangspunkt die gesetzlich normierten sogenannten Sonderberufsgeheimnisse herangezogen werden. Sie finden sich einmal in den jeweiligen Berufsordnungen³⁶¹ und zudem im Strafrecht, § 203 Abs. I StGB. Um Missverständnissen vorzubeugen, sei noch einmal auf die nicht mehr regelmäßig vorgenommene terminologische Differenzierung hingewiesen: Der Begriff des *Geheimnisschutzes* findet sich lediglich noch im überkommenen Begriff *Bankgeheimnis* und im Strafrecht. Die

361 Vgl. exemplarisch für Patentanwälte § 39 a PatAnwO, für Steuerberater § 57 StBerG, für Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer § 43 WPO.

Berufsordnungen sprechen von sogenannten Verschwiegenheitspflichten. *Deren* typische gesetzliche Formulierung hat Eingang in die AGB-Banken gefunden³⁶², ihre dogmatische Struktur hat also traditionell Pate gestanden. Der Rückgriff auf diese Struktur im Rahmen der angestrebten Interessenabwägung kann - so sie nicht unreflektiert erfolgt - eine zentrale Richtschnur liefern. Denn eine Interessenabwägung ohne Bewertungsmaßstäbe ist fehleranfällig, bzw. droht in ergebnisorientierter Beliebigkeit zu verlaufen. Die sicherste Grundlage für eine Bewertung von Interessen bieten daher Maßstäbe, die in der Rechtsordnung bereits autorativ anerkannt sind, also in Normen des geltenden Rechts ihren Niederschlag gefunden haben³⁶³.

5. Die Verschwiegenheitspflicht in den Berufsordnungen

Wegen der vergleichsweise intensiven dogmatischen Durchdringung und der großen praktischen Bedeutung seien die Verschwiegenheitspflichten hier am Beispiel der Berufsordnungen der Rechtsanwälte dargestellt. Die ermittelten Ergebnisse lassen sich prinzipiell auf andere Verschwiegenheitspflichten übertragen.

a. Historische Entwicklung³⁶⁴

Das Gebot strikter Verschwiegenheit ist seit jeher unerlässliche Basis des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant³⁶⁵.

Erste Verschwiegenheitspflichten für Advokaten finden sich bereits in den Kammergerichtsordnungen von 1495 und 1555³⁶⁶. Die Rechtsanwaltsordnung von 1878 und die Reichsrechtsanwaltsordnung von 1936 sehen eine entsprechende Regelung zwar nicht vor. Dies kann aber durchaus der Tatsache geschuldet sein, dass zu diesem Zeitpunkt die Verschwiegenheitspflicht mit § 300 StGB a.F. bereits strafbewehrt war³⁶⁷ (vgl. dazu noch unten 4). Auch die Bundesrechtsanwaltsordnung beschränkt sich bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechtes der Rechtsanwälte und der Patentanwälte aus dem Jahre 1994³⁶⁸ darauf, dem Rechtsanwalt über eine Generalklausel aufzuerlegen in "gewissenhafter" Weise seinen Beruf auszuüben. Eine ausdrückliche Verschwiegenheitspflicht findet sich nur mittelbar angedeutet in den §§ 56 und 76

³⁶² Vgl. dazu schon oben Kapitel 2 II. 3.

³⁶³ MünchKomm/Roth, BGB, § 242 Rdn. 48.

³⁶⁴ Zur historischen Entwicklung ausführlich *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 127 ff.; *Henssler/Prütting/Eylmann* § 43 a, Rdn. 21.

³⁶⁵ *Henssler*, NJW 1994, S. 1817.

³⁶⁶ *Hartung/Holl*, § 43 a BRAO, Rdn. 23.

³⁶⁷ Dies mutmaßt auch *Henssler/Prütting/Eylmann*, BRAO, § 43 a Rdn. 28.

³⁶⁸ BGBl. I 2278.

Abs. I Bundesrechtsanwaltsordnung (im Folgenden: BRAO). Obige Neuregelung legt dann in § 43 a Abs. II BRAO die Pflicht zur Verschwiegenheit als eine von sechs statusbildenden Grundpflichten fest. Zudem wird mit § 59 b Abs. 2 Nr. 1 c BRAO der satzunggebenden Versammlung das Recht eingeräumt, die Verschwiegenheitspflicht einfachgesetzlich zu regeln. Dies hat zu einer näheren Ausgestaltung in § 2 der Berufsordnung der Rechtsanwälte (im folgenden BerufsO) geführt.

b. Motive der Regelung

Grund der Regelung - und ihrer Entsprechung in anderen Berufsordnungen ist also die Erkenntnis, dass der Rechtsanwalt seine auch im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit als berufener, unabhängiger Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten nur wirkungsvoll wahrnehmen kann, wenn der jeweilige Mandant ihm Vertrauen schenkt³⁶⁹. Auch hier ist also das Vertrauensmoment Auslöser der Regelung und die Verschwiegenheitspflicht eine Funktionsvoraussetzung für die betroffene Berufsausübung.

Erster und wichtigster Schutzzweck ist demnach das Kollektivinteresse an der Absicherung der Funktionsfähigkeit der betroffenen Lebensbereiche. Über die Gewährleistung der Verschwiegenheit tragen die Normen zur Funktionsfähigkeit der beteiligten Berufe bei, sind also zu erheblichen Teilen im Allgemeininteresse begründet.

Daneben ist die Verrechtlichung von Verschwiegenheitspflichten der Tatsache geschuldet, dass es möglich ist, Lebensbereiche zu identifizieren, in denen dem Betroffenen ein abschließender Selbstschutz seiner Privatheit nicht möglich ist. Für die hier relevanten Vertrauensverhältnisse muss der Betroffene Rat und Hilfe in Anspruch nehmen, die er nur bei rückhaltloser Offenheit zu erlangen vermag. Das für die eigene Interessenwahrnehmung erforderliche Anvertrauen macht eine weitreichende Informationsweitergabe unausweichlich³⁷⁰.

Diese Säule der Verschwiegenheitspflichten setzt sich aus zwei bestimmenden Elementen zusammen:

- Es geht typischerweise um sensible Informationen aus der Privatheit.
- Ihre Weitergabe durch den Betroffenen lässt sich in einem bestimmten Lebensbereich zur sinnvollen Wahrnehmung eigener Interessen nicht abschließend vermeiden, denn ein begrenztes oder geteiltes Anvertrauen ist typischerweise nicht möglich.

Die Normierung einer Verschwiegenheitspflicht stellt diesem "Ausgeliefertsein" mit sensiblen Informationen (*Schünemann*³⁷¹ spricht sehr anschaulich von der "offenen Flanke der Privatheit") eine Absicherung an die Seite. Dem Geheimnisherrn wird

369 Feuerich/Weyland, BRAO, § 43 a Rdn. 12.

370 Rogall, NSStZ 1983, 1, 3.

371 LK StGB- *Schünemann*, § 203, Rdn. 14.

sozusagen ein Stück seines Selbstbestimmungsrechts über die ihn betreffenden Informationen wieder zurückgegeben.

Demzufolge entspricht es einhelliger Auffassung, dass die Verschwiegenheitspflichten zwei gleichwertige Funktionen erfüllen:

- Zuvörderst dienen sie dem Schutz des *Gemeinschaftsinteresses* an funktionierenden Vertrauensbeziehungen im jeweiligen Lebensbereich und damit einem *Kollektivrechtsgut*³⁷².
- Daneben dienen sie dem Schutz des Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung³⁷³, schützen also ein *Individualrechtsgut*. Der einzelne soll (auch in erzwungener Arbeitsteiligkeit) selbst über die Offenlegung persönlicher Sachverhalte entscheiden können³⁷⁴.

Es geht bei letzterem Schutzgut um *zwei unterschiedliche* Ausprägungen des informationellen Selbstbestimmungsrechtes. Auf der einen Seite steht das sensible Datum an sich, das nicht verbreitet werden soll. Auf der anderen Seite soll das "Anvertrauenmüssen" geschützt werden, d.h. die Sphäre in der sich der Betroffene mit den sensiblen Daten bewegen muss, weil die Expertise der Verschwiegenheitsverpflichteten die Arbeitsteiligkeit zwangsläufig machen. Rogall³⁷⁵ verdeutlicht diese Zusammenhänge im Hinblick auf das individualrechtliche Element für den Bereich der strafbewehrten Sonderberufsgeheimnisse sehr anschaulich mit dem Begriff des "janusköpfigen" Schutzgutes. Dieser Differenzierung wird die oft zu findende pauschalierende Behauptung, die Verschwiegenheitspflichten schützen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, nicht hinreichend gerecht. Es geht um eine besondere Form der Privatheit, die neben der Sensibilität der Informationen auch das "Anvertrauenmüssen" berücksichtigt.

c. Umfang der Verschwiegenheitspflicht

Diese Schutzzwecke werden wie folgt erreicht: Die Verschwiegenheitspflicht bezieht sich gemäß § 43 a Abs. 2 S. 2 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) auf *alles*, was dem Anwalt in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist, ist also weit gefasst und insofern wortgleich mit der Formulierung des Bankgeheimnisses in den AGB-Banken. Es kommt dabei nicht darauf an, von wem und in welcher Weise der Rechtsanwalt das Wissen erworben hat. Es sind demnach auch Erkenntnisse erfasst, die der Rechtsanwalt aufgrund eigener Recherchen erlangt oder Zufallswissen, das er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit erfährt³⁷⁶.

372 Feuerich/Weyland, BRAO, § 43 a Rdn. 12.

373 Feuerich/Weyland, BRAO, § 43 a Rdn. 12.

374 BverfGE 65, 1.

375 Rogall, NStZ 1983, 1, 4.

376 So bereits KG JW 1920, 1040 und in der jüngeren Kommentarliteratur Henssler/Prütting/Eylmann, BRAO, § 43 a Rdn.40; Feuerich/Weyland, BRAO, § 43 a Rdn.17.

Entscheidend ist auch hier allein der innere Zusammenhang mit der Tätigkeit. Dabei zählt auch die Anbahnung des Mandates zur Berufsausübung. Der Anwalt ist erst Recht in Fällen zur Verschwiegenheit verpflichtet, in denen er das Mandat nach Sachverhaltskenntnis ablehnt³⁷⁷.

Absolutheit und Weite des Verschwiegenheitstatbestandes der Freiberufler werden bereits vom Gesetz an den Grenzen korrigiert. *Offenkundige* Informationen und solche, die *ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung* bedürfen, sind von der Verschwiegenheitsverpflichtung tatbestandlich ausgeklammert, § 43 a Abs. 2 S. 2 BRAO.

Über den Begriff des Bedeutungslosen will der Gesetzgeber Geheimniskrämerei mit Bagatellen ausschließen³⁷⁸. Völlig willkürliche Informationszurückhaltung soll so der alleinigen Disposition durch das Selbstbestimmungsrecht des Mandanten entzogen sein. Eine für die praktische Arbeit tatsächlich relevante Tatbestandsbegrenzung ist mit der Aufnahme dieser Korrektur aber nicht verbunden. Es geht ausschließlich um eine Korrekturmöglichkeit für absolute Grenzfälle, die sich alleine aus der Irrelevanz der betroffenen Informationen und damit nur bedingt aus den sonstigen Umständen legitimieren. Für die hier zu diskutierenden Fälle mit Bezug zu personenbezogenen Daten, deren Geheimhaltung ohne Zweifel im legitimen Interesse des Kunden liegt, ist diese Begrenzungskonstellation irrelevant.

Daneben findet sich noch ausdrücklich die Begrenzung auf *offenkundige* Tatsachen, § 43 a Abs. II S. 2 Alt. 1 BRAO. Zwei Gründe können zur Verwirklichung dieses Tatbestandsmerkmals führen: Entweder verständige und erfahrene Menschen müssen die in Rede stehenden Tatsachen in der Regel kennen oder sich aus allgemein zugänglichen, zuverlässigen Quellen unschwer darüber unterrichten können³⁷⁹.

Diese Tatbestandsalternative ist ein erstes gutes Beispiel für die noch im Detail zu erörternde wechselseitige Beeinflussung der strafrechtlichen und der berufsrechtlichen Geheimhaltungs- bzw. Verschwiegenheitspflichten. Der Terminus der "Offenkundigkeit" ist Gegenbegriff zum "Geheimnisbegriff", also den Tatsachen, die lediglich einem beschränkten Personenkreis bekannt sind³⁸⁰. Er ist ursprünglich im Berufsrecht nicht anzutreffen, sondern liegt gedanklich der Strafnorm des § 203 Abs. I StGB und den Geheimnistatbeständen des Lauterkeitsrechts zugrunde. Für das Verschwiegenheitsrecht war eine Begrenzung der Pflicht um offenkundige Tatsachen ursprünglich ungeklärt. Mit der ausdrücklichen Gesetzgeberentscheidung in § 43 a Abs. 2 BRAO hat sich die Begrenzung um offenkundige Tatsachen auch für das Verschwiegenheitsrecht durchgesetzt³⁸¹.

377 BGHSt 33, 151.

378 Henssler/Prütting/Eylmann, BRAO, § 43 a Rdn.46.

379 Henssler/Prütting/Eylmann, BRAO, § 43 a Rdn.45.

380 S/S - Lenckner, StGB, § 203 Rdn. 5.

381 Henssler/Prütting/Eylmann, BRAO, § 43 a Rdn. 44

d. Fazit

Die Auseinandersetzung mit den Verschwiegenheitspflichten lässt die folgenden Schlüsse zu: Im Schutzzweck von Individual- und Kollektivinteresse nimmt die Weite des Geheimnisschutzes ihren Ausgangspunkt. Die Bereichsbezogenheit der Informationsblockade führt dazu, dass auch Daten, deren Weitergabe an und für sich nicht geeignet wären, eine Persönlichkeitsrechtsverletzung zu bewirken, in den Schutz der Norm mit einbezogen sind. Und auch die lediglich geringfügige Tatbestandskorrektur über das Kriterium der "Bedeutungslosigkeit" hinterlässt hier wegen ihres Grenzcharakters noch eine beachtliche Lücke. Die Überbrückung dieser Differenz wird durch die Rolle der Verschwiegenheitspflicht als Funktionsbedingung des Lebensbereiches bewirkt; und dies nicht einzelfallbezogen durch Abwägung sondern typisiert durch rechtliche Anerkennung.

6. Sonderberufsgeheimnisse im Tatbestand des § 203 Abs. 1 StGB

Das Strafrecht knüpft - anders als die Verschwiegenheitspflichten der Berufsordnungen - an den Begriff des *unbefugten Offenbarens fremder Geheimnisse* an, nicht an die *Verschwiegenheitspflicht über alle Tatsachen*. Die Vorschrift stellt in Absatz 1 den Geheimnisbruch durch die Angehörigen bestimmter Berufe, Beratungsdienste und Unternehmen unter Strafe. Ergänzt wird das berufsspezifische Schweigegebot in Absatz 2 durch den Geheimnisbruch bestimmter Amtsträger und amtsnaher Personen. Tatbestand und Rechtsgut der Norm stellen sich wie folgt dar.

a. Tatbestand "fremdes Geheimnis"

Wie bereits angedeutet definiert sich nach einhelliger Auffassung der Begriff des fremden Geheimnisses wie folgt: Geheimnisse sind Tatsachen, die sich auf die Person des Betroffenen sowie seine vergangenen und bestehenden Lebensverhältnisse beziehen³⁸². Diese Tatsachen dürfen nur einem Einzelnen oder einem beschränkten Personenkreis bekannt sein.

Über die so vorgenommene Rückführung des Geheimnisbegriffes auf den Tatsachenbegriff besteht heute Einigkeit. Jedenfalls *insoweit* ist vollkommene Vergleichbarkeit mit den Verschwiegenheitspflichten der Berufsordnungen gegeben. Gleiches gilt für die Grenze der Offenkundigkeit. Zudem grenzt die Strafrechtswissenschaft über das Erfordernis des *schutzwürdigen Interesses an der Geheimhaltung*, den Tatbestand nach objektiven Kriterien ein. Diese Begrenzung zielt auf die Sensibilität der betroffenen Informationen und schließt - wie das Merkmal der "Bedeutungslosigkeit" in der anwaltlichen Berufsordnung - nach

382 *Fischer*, StGB, § 203 Rdn. 2.

objektiven Kriterien, eine Geheimhaltungspflicht von Informationen aus, die nach Würdigung von Lage und Standpunkt des Betroffenen nicht schutzwürdig sind.

b. Geschütztes Rechtsgut

Anders verhält es sich allerdings mit der Vergleichbarkeit *der Schutzrichtungen* der berufsrechtlichen und der strafrechtlichen Verschwiegenheitspflichten.

Nach überwiegender Auffassung findet sich hier im Strafrecht der doppelte Schutzzweck (Kollektiv- und Individualrechtsgut) der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten nicht abgebildet. Unbestreitbar wird über die Strafbewehr auch die Funktionsfähigkeit und das Vertrauen in die betroffenen Berufe reflexartig und damit mittelbar gefördert. Geschütztes Rechtsgut und damit Auslegungsmaßstab der Strafnorm ist das Kollektivrechtsgut der Funktionsfähigkeit des Lebensbereiches dagegen nicht. Diese Zusammenhänge sind inzwischen überzeugend nachgewiesen³⁸³: Denn die Geheimnisverletzung im Strafrecht ist zwar lange ohne eigene systematische Kategorie geblieben. Ihre heutige systematische Einordnung in den Kontext des Schutzes der Persönlichkeitsrechte (15. Abschnitt des StGB) ist aber folgerichtig. Denn der Ursprung der Sanktion liegt dogmengeschichtlich der Entwicklung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes voraus. Die Verletzung bestimmter Privatgeheimnisse wird traditionell als Verletzung der Person verstanden. Von dort aus ist es ein systematisch nachvollziehbarer Schritt zur Einordnung in die Beleidigungstatbestände durch Qualifizierung der Geheimnispreisgabe als "eine der Beleidigung nahestehende Verletzung der Privatrechtssphäre". Dass dagegen das Ziel, die Preisgabe von intimsten Geheimnissen einer Person zu unterbinden, über die Anknüpfung an bestimmte Berufsgruppen versucht wird, ist ein Phänomen der jüngeren Strafrechtsgeschichte³⁸⁴. Die Anknüpfung ist Mittel zum Zweck. Es sollen Lebensbereiche identifiziert werden, in denen typischerweise Informationen aus der Privatheit weitergegeben werden müssen. Dies soll aber nicht bedeuten, dass damit einem gesonderten, öffentlichen Interesse an der Funktionsfähigkeit der in Bezug genommenen Berufsgruppen Rechnung getragen werden soll³⁸⁵. Sowohl die Normgenese aus dem Individualschutz als auch die heutige systematische Stellung im Gesetz sprechen eindeutig dagegen. Der Fehler der Gegenauffassung, die auch hier den Schutz eines Kollektivrechtsgutes erkennen kann, liegt in der unzulässigen Gleichsetzung von Tatbestandsmerkmal (rechtlicher Anknüpfung in bestimmten Berufsgruppen) und Schutzzweck der Norm begründet. Grund der tatbestandlichen Fassung und damit der Anknüpfung in den Berufsgruppen waren aber auch und vor allem die Schwierigkeiten, eine scharf umrissene Generalklausel zu formulieren.

383 Vgl. zum Ganzen *Rogall*, NStZ 1983, 1, 3 f.

384 A.a. O. Fn. 381.

385 So aber die sogenannte Gemeinschaftsschutzlehre.

Der Schritt von der berufsrechtlichen Missbilligung der Informationspreisgabe hin zur strafrechtlichen Sanktion ist damit keine schlichte, bruchlose Übernahme der berufsrechtlichen Kategorien. Ein Kollektivrechtsgut wird in § 203 Abs. 1 StGB nicht unmittelbar geschützt³⁸⁶.

c. Ausweitung des Tatbestandes

Die Geschichte der Tatbestandsinterpretation des § 203 Abs. 1 StGB ist eine Geschichte stetiger Ausweitung. Diese Ausweitung hat sich am Tatbestandsmerkmal des "Geheimnisses" selbst vollzogen. Wurde ursprünglich der Tatsachenbegriff in dem Sinne begrenzt verstanden, dass der betroffenen Information zumindest eine Eignung zur Beeinträchtigung oder Schädigung der Ehre oder des Ansehens zukommen müsse, findet sich heute die bereits dargestellte Struktur, dass als Geheimnis verstanden wird, was nicht auf bloßer Willkür oder Launenhaftigkeit des Geheimnisherrn beruht (sprich "bedeutungslos" ist). Der Geheimnisbegriff ist damit erst in heutiger Zeit eine rein formale Einheit geworden. Ursprünglich kam ihm erhebliche materielle Bedeutung zu³⁸⁷.

Dieser Funktionswechsel führt direkt in ein Spannungsverhältnis, hat doch die Strafbarkeit für die Normadressaten eine immense Bedeutung. Rechtspolitisch ist die Frage aufgeworfen, inwieweit eine Strafbarkeit angemessen ist, wenn Informationen weitergegeben werden, die den modernen (weiten) Geheimnisbegriff erfüllen, deren Weitergabe aber gegebenenfalls nicht einmal eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes nach sich zu ziehen geeignet ist. Der Geheimnisbegriff hat sich allerdings in einer Weise verfestigt und verselbständigt, dass an ihm ein Rückabwickeln der tatbestandlichen Ausweitung nicht zu bewältigen ist. Die rechtspolitisch motivierte Begrenzungsdiskussion hat sich daher auf die Ebene der Rechtswidrigkeit verlagert.

d. Ausschluss der Rechtswidrigkeit durch befugtes Offenbaren

Das Offenbaren des Geheimnisses ist grundsätzlich dann nicht rechtswidrig, wenn es von einer Befugnis gedeckt ist. Das Merkmal "befugt" steht nach allgemeiner Auffassung für das allgemeine Rechtswidrigkeitsmerkmal. Die wichtigen Durchbrechungskategorien ergeben sich demnach auch hier gemäß den allgemeinen Grundsätzen der §§ 32, 34 StGB. Hinzu kommt die rechtfertigende und natürlich auch die *mutmaßliche* rechtfertigende Einwilligung, wenn eine - auch konkludente - Erklärung des Berechtigten fehlt oder unmöglich ist und wenn das Interesse des Berechtigten an der Offenbarung offensichtlich ist.

386 Ebenfalls für einen rein mittelbaren Schutz jetzt BGH NJW 2010, 361, 363.

387 Rogall, NSStZ 1983, 1, 2.

Ausdruck der angedeuteten Begrenzungsbemühungen und seit langem umstritten ist - und dies ist neben der fehlerhaften Inanspruchnahme der Rechtsprechung des BGH die zweite Quelle für die bankrechtliche Nutzbarmachung des § 193 StGB - eine analoge Anwendung des besonderen Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen auf die strafbewehrten Geheimhaltungspflichten. Zur Erinnerung: Der § 193 StGB ist in seinem originären Anwendungsbereich auf die Ehrdelikte, §§ 188, 189 StGB, beschränkt. Die maßgeblichen Kriterien waren die Erweiterung des Handlungskreises über die Wahrnehmung bloßer Abwehrinteressen (§§ 32, 34 StGB) hinaus und zudem ein erleichterter Abwägungsmaßstab (einfaches Überwiegen im Gegensatz zu weitem Überwiegen). Die Folge seiner Anwendung würde also eine erhebliche Reduzierung des strafbaren Bereiches bedeuten. Der mit Blick auf das Bankgeheimnis implizit vorgenommene Schluss könnte dann wie folgt formuliert werden: Wenn schon die Durchbrechung der strafbewehrten Geheimhaltungspflichten nach dem Grundsatz der "Wahrnehmung berechtigter Interessen" gerechtfertigt werden können, dann doch erst recht die Durchbrechung der nicht strafbewehrten Verschwiegenheitspflichten, also auch die des Bankgeheimnisses.

Der strafrechtliche Teil der Diskussion lässt sich auf einen Ansatz von *Eser* zurückführen³⁸⁸. Die Anknüpfung an den rechtfertigenden Tatbestand der Wahrnehmung berechtigter Interessen ist bei diesem Ansatz allerdings alleine dem Wunsch nach Strafbegrenzung geschuldet und damit lediglich ein Vehikel, um eine Diskussionsanknüpfung im strafrechtlichen Normenbestand zu gewährleisten. Sie bleibt aber mit dieser Intention letztlich rechtspolitische Diskussion, die der ausufernden Tatbestandsinterpretation des § 203 Abs. 1 StGB entgegengestellt wird. Damit hat sie für die hier aufgeworfene Frage keinen unmittelbaren Erkenntniswert.

7. Zwischenfazit

Die Gegenüberstellung der strafbewehrten Sonderberufsgeheimnisse und der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten lässt eine Reihe von Schlüssen zu:

Zunächst einmal ist bei der Verrechtlichung der Geheimhaltungspflichten zwischen Geheimnisbegriff und dem Tatsachenbegriff der Verschwiegenheitspflichten in der heutigen Interpretation nicht mehr zu trennen. Beide Begriffe schneiden Tatsachen aus einem Lebensbereich heraus und begrenzen lediglich durch das Merkmal der Offenkundigkeit und der Bedeutungslosigkeit. *Insoweit* ist eine einheitliche Auslegung der Geheimhaltungspflichten möglich. Anderes gilt für die Schutzrichtungen der beiden Regelungsbereiche. Die strafrechtliche Sanktion ist nach überwiegender und zutreffender Auffassung alleine der Verletzung einer besonderen Erscheinungsform des Persönlichkeitsrechtes des Opfers geschuldet. Die Auslegung des § 203 Abs. 1 StGB ist dementsprechend

388 Eser, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, 1969, passim.

alleine an dieser Schutzkategorie auszurichten. Anders dagegen die zweigleisigen Verschwiegenheitspflichten. Diese wollen zusätzlich originär das Vertrauensmoment als Funktionsvoraussetzung eines bestimmten Lebensbereiches schützen.

Salopp formuliert ist bei der Entwicklung vom berufsordnungsrechtlichen Verschwiegenheitsrecht zum strafrechtlichen Geheimhaltungsrecht die Grundlage des "Funktionierens eines Vertrauensverhältnisses" als Schutzgut auf der Strecke geblieben. Sie ist nicht mehr Normzweck, sondern die Lebensbereiche dienen als tatbestandliche Anknüpfungspunkte. Sie erfahren damit lediglich einen reflexartigen, mittelbaren Schutz.

8. Die Abwägungsentscheidung

Auf der erarbeiteten Grundlage kann sich jetzt der Frage nach der Begrenzung des Bankgeheimnisses im Wege der echten Interessenabwägung zugewendet werden. Kann die Bank zu einer eigenen Interessenabwägung und in der Folge gegebenenfalls zu einer Offenbarung von Geheimnissen, wenn ihr oder ein Drittinteresse, das des Bankkunden im Einzelfalle überwiegt³⁸⁹? Oder abstrakter formuliert: Lassen rechtlich anerkannte Geheimhaltungspflichten Raum für eine Entfaltung des Geheimnisträgers anhand eigener Interessen oder Interessen Dritter unter Preisgabe von Kundeninformationen?

a. Differenzierende Beantwortung der Zulässigkeitsfrage

Noch einmal: Die jüngere Diskussion ist hier einheitlich vom Bankgeheimnis als berufsspezifischer Geheimhaltungspflicht ausgegangen. Dieses Vorverständnis berücksichtigend³⁹⁰ lassen die bankvertraglichen Geheimhaltungspflichten und die obige Analyse der Schutzrichtungen im Verschwiegenheitsrecht hier nur einen Schluss zu. Es drängt sich eine Differenzierung zwischen Strafrecht und Zivilrecht auf.

aa. Interessenabwägung im Strafrecht

Die entsprechende Anwendung des § 193 StGB ist durchaus geeignet, die Ausweitung des *strafrechtlichen* Tatbestandes auf den eigentlichen Sinn des § 203 Abs. 1 StGB zurückzubegrenzen. Der § 193 StGB kann hier die tatbestandskonkretisierende Rolle übernehmen, die ihm bei der Ermittlung

389 So formuliert für das Anwaltsrecht Henssler NJW 1994, 1817, 1823.

390 Zu einer möglichen anders gearteten Betrachtungsweise, vgl. noch unten Kapitel 8 I.

persönlichkeitsverletzender Sachverhalte auch im Zivilrecht zukommt. Drohende Wertungswidersprüche, die dazu führen dass Geheimnisverletzungen, die keine Persönlichkeitsverletzung darstellen, dennoch strafrechtlich geahndet werden, können auf diesem Wege aufgelöst werden. Auf diese Weise kann der in der Strafrechtswissenschaft rein rechtspolitisch geführten Diskussion ein dogmatisches Argument an die Seite gestellt werden. Die strafrechtliche Debatte mag diesen Gedanken als Anregung verstehen, ohne dass die analoge Anwendung hier in letzter kriminalpolitischer und strafrechtsdogmatischer Konsequenz durchdacht werden kann und muss.

bb. Keine Interessenabwägung im Berufsrecht

Für die berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten und damit auch für das Bankgeheimnis folgt dagegen aus den soeben gewonnenen Erkenntnissen, dass der Schutzzweck der Geheimhaltungspflicht nicht durch vorschnelle Anlehnung an das Strafrecht eingeengt werden darf. Nur *terminologisch* steht das Bankgeheimnis den strafrechtlich normierten Geheimhaltungspflichten nahe. Strukturell muss es dagegen - wie jede andere berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht - im Lichte seiner zwei sich gegenseitig beeinflussenden Schutzzwecke behandelt werden. Die einengende Rechtsgüterschutzdebatte des Strafrechts darf nicht in die zivilrechtliche Argumentation übernommen werden. Die Frage nach dem "Warum" *gerade der strafrechtlichen Sanktion* muss von der Frage nach dem "Warum" *der Verschwiegenheitspflicht überhaupt* abgegrenzt werden.

Nach hier vertretener Auffassung ist daher eine Abwägung beliebiger Interessen unterhalb der Anforderungen der allgemeinen Grenzen subjektiver Rechte (sprich: Notstand und Notwehr, §§ 228, 904 BGB) ausgeschlossen. Der Normgeber (im Falle des gewohnheitsrechtlichen Bankgeheimnisses bedeutet das: Die beteiligten Rechtskreise) hat hier mit der Annahme einer Verschwiegenheitspflicht eine abschließende Interessenbewertung vorgenommen. Zur Gewährleistung des Funktionierens der jeweiligen Berufsbilder kommt es auf die fallweise Eignung der Informationen zur Ehr- oder Ansehensverletzung nicht mehr an. Ein Herunterreduzieren auf einen Maßstab, der der Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts entspräche, ist hier nicht möglich. Durch Einzelfallbewertungen darf diese Bewertung nicht partiell abgeschafft bzw. ausgehöhlt werden.

Diese Systematik kann anhand des Gedankens verdeutlicht werden, dass das Anvertrauen der Informationen unteilbar ist. Zur Darlegung der relevanten Sachverhalte muss der Kunde/Patient/Mandant in jeder Hinsicht abgesichert sein. Die Verschwiegenheitspflicht soll ihn auch vor einer Differenzierung innerhalb der von ihm zur Verfügung gestellten Informationen schützen.

Eine abschließende Interessenbewertung durch die Verschwiegenheitspflicht ergibt sich auch aus dem Prinzip notwendiger Arbeitsteiligkeit, also aus funktionalen Erwägungen. Die Inanspruchnahme (sprich: Einweihung des

Geheimnisträgers) folgt ja gerade dem Prinzip, dass der Geheimnisherr auf eine besondere Fähigkeit des Geheimnisträgers zugreifen möchte. Nur zu diesem Zweck werden Informationen ausgetauscht. Es soll dem Geheimnisherrn damit aber nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, jenseits der Vertragsbeziehungen eigene (gegebenenfalls auch wirtschaftliche Interessen) zu verfolgen. Der Geheimnisträger kann bildlich als "informatrische Sackgasse" imaginiert werden. In dieser Sackgasse kann eine Wertungskorrektur im Wege einer Güter- und Interessenabwägung nicht zulässig sein. Sie würde die Sackgasse zu einem "informatrischen Nadelöhr" verändern, dessen Weite sich nach der Art der Interessen des Geheimnisträgers bestimmt. Geheimhaltung kann nur über den Ausschluss der Wahrnehmung eigener Interessen des Geheimnisträgers erreicht werden. Die typisierte Übergewichtung von persönlichkeitsrechtlichem Element und der Wunsch nach bereichsbezogener, rückhaltloser Offenbarungsmöglichkeit können nur gewahrt bleiben, wenn es dem Geheimnisträger versagt ist, ein *beliebiges* Interesse, sei es auch im Einzelfall noch so nachvollziehbar oder gewichtig, zu verfolgen. Hier kann erneut der Gedanke fruchtbar gemacht werden, dass der Geheimnisträger durch die Arbeitsteiligkeit keine Vorteile auf Kosten des Geheimnisträgers erlangen darf.

Die damit noch verbleibenden Durchbrechungsmöglichkeiten können leicht bildhaft gemacht werden, wenn man sich die Handlungsoptionen des Geheimhaltungsverpflichteten als geschlossenen Kreis von Handlungsmöglichkeiten vorstellt: Innerhalb des Kreises befinden sich all jene Handlungsmöglichkeiten, die einer Abwehr von Gefahren für die eigenen Rechtsgüter des Geheimnisträgers umfassen. Denn möglich muss es dem Geheimhaltungsverpflichteten jederzeit bleiben, Begrenzungen oder Verkürzungen seiner eigenen Rechtspositionen zu vermeiden. Dem Geheimnisherrn soll über die geschützte Sphäre die Möglichkeit sachkundiger Arbeitsteiligkeit eröffnet werden. Dies darf in keinem Fall zu Lasten des Geheimnisträgers geschehen. Umgekehrt ist die Inanspruchnahme des Geheimnisträgers auf die Nutzbarmachung seiner besonderen Fähigkeiten beschränkt. Eine Wahrnehmung eigener Handlungsmöglichkeiten, die jenseits des bezeichneten Handlungskreises liegen bzw. diesen erweitern könnten, muss dem Geheimnisträger versagt sein.

Grund für die begrenzte Möglichkeit einer Korrektur des subjektiven Rechts Bankgeheimnis ist damit nicht die vielzitierte Aussage *Nobbes*, mit einer Interessenabwägung stünde die Geheimhaltungspflicht letztlich zur Disposition der Parteien³⁹¹. Denn ein Abwägungsprozess ist nicht abschließend von den beteiligten Parteien steuerbar. Grund ist vielmehr, dass der typisierte Interessenverzicht des Geheimnisträgers, der funktional im Verschwiegenheitsrecht angelegt ist, durch die Möglichkeit einer offenen Interessenbewertung partiell außer Acht gelassen würde.

Ist also umgekehrt die einfache Interessenabwägung durchaus geeignet, eine *ausnahmsweise Informationsblockade* im Rahmen des Prinzips *Informationsfreiheit* zu ermitteln, treten bei den Verschwiegenheitspflichten die beiden Schutzzwecke in

391 vgl. Nobbe, WM 2005, 1537, 1547.

eine Wechselwirkung, die eine einfache Interessenabwägung ausschließen. Neben dem persönlichkeitsrechtlichen Element (Individualschutz) steht hier die sektorielle Funktionsfähigkeit eines Lebensbereiches einer einfachen Abwägung entgegen.

b. Stand der Diskussion bei den Sonderberufsgeheimnissen

Nur auf den ersten Blick anders stellt sich die vergleichbare Diskussion im Bereich des anwaltlichen Berufsrechtes betrachtet. Dort wird eine entsprechende Vorgehensweise durch Abwägung im Bereich der Sonderberufsgeheimnisse durchaus befürwortet und praktiziert³⁹². Sie führt in diesem Bereich zu einer eher punktuellen, fallweisen Auseinandersetzung mit der Begrenzungsfrage mit oft entsprechend zweifelhaften Begründungswegen. Diskutiert wurden in der Vergangenheit Fragen der Informationsweitergabe oder -nutzung in Fällen, in denen beispielsweise dem Anwalt der Plan einer Straftat mitgeteilt wurde, gegen diesen ein ehrengerichtliches Verfahren initiiert wurde oder sich dieser der Geltendmachung von Regressforderungen ausgesetzt sah³⁹³. Einen praktisch bedeutsamen Komplex bildet die Frage nach der Zulässigkeit der Abtretung von Anwaltshonorarforderungen an Dritte sowie an andere Rechtsanwälte. Gelöst wurden die Fälle grundsätzlich im Wege der Abwägung, sei es, dass allgemein auf den Gedanken der Güter- und Interessenabwägung zurückgegriffen wurde, sei es dass auch hier die entsprechende Anwendung des § 193 StGB favorisiert wurde.

Dabei müssen sich Literatur und Rechtsprechung allerdings den Vorwurf *Henssler's* gefallen lassen, wonach es den korrelierenden Fragen an der dogmatischen Durchdringung fehle³⁹⁴. Betrachtet man dann die Fälle einmal genauer, verbergen sich hier - wie es uns schon in der zivilrechtlichen Literatur begegnet ist - hinter den im Wege der Abwägung als zulässig bewerteten Fallgestaltungen Rechtfertigungskonstellationen, d. h. es wurde als zulässig erachtet, drohende Rechtsgutbeeinträchtigungen beim Geheimhaltungsverpflichteten zu vermeiden. Das bedeutet, dass Fallbeispiele, denen eigentlich ultima-ratio-Charakter zukam, unter der Kategorie einer einfachen Interessenabwägung firmierten. Die konkret erkannten Problemkonstellationen wurden dann in Gesetzesform gebracht, ohne dass eine hinreichende Abstraktionshöhe erreicht wurde. Anschaulichstes Beispiel ist der in seiner Anwendung hoch umstrittene § 49 b BRAO, dessen Absatz 4 die aufgeworfenen Probleme bei der Weitergabe im Rahmen einer Forderungsabtretung lösen sollte. Die gefundene Regelung war aber - auch wegen ihrer mangelnden Abstraktionshöhe nicht praxistauglich. Mittlerweile ist der Gesetzgeber zum geheimnisrechtlichen Ausgangspunkt zurückgekehrt³⁹⁵, so dass zunächst einmal nur die ausdrücklich vorab erklärte Einwilligung des Kunden die

392 Henssler/Prütting/*Eylmann*, BRAO, § 43 a Rdn. 79 ff.

393 Vgl. die Nachweise a.a.O., Fn 389.

394 Henssler, NJW 1994, 1817 und 1822.

395 Änderung des § 49 b Abs. 4 BRAO durch Gesetz vom 12.12.2007 (BGBl. S. 2840).

nachträgliche Informationsweitergabe rechtfertigen kann. Anerkannt wird nunmehr aber auch die Inkassozeession nach gerichtlicher Feststellung der Forderung, so dass auch hier deutlich wird, dass der Gesetzgeber der Feststellung der Forderung durch die Beteiligten im staatlichen Verfahren eine andere Wertigkeit beimisst als der bloßen Inkassozeession vor der eigenständigen Geltendmachung.

Ein gutes Beispiel für die Berechtigung der Kritik *Henssler's* bietet auch die fehlende abstrakte Herangehensweise des § 2 Abs. 3 BerufsO: Nach dieser Vorschrift gilt die Pflicht zur Verschwiegenheit nicht, "soweit...die Durchsetzung oder Abwehr von Ansprüchen aus dem Mandatsverhältnis oder die Verteidigung des Rechtsanwaltes in eigener Sache die Offenbarung erfordern". Hier wurden nachträglich ausschnittsweise Durchbrechungskategorien in die Berufsordnung eingefügt, die in der Vergangenheit praktische Relevanz erlangt hatten. Eine allgemeine Lösung der Begrenzungsfrage ist damit nicht erreicht worden.

c. Gründe für die fehlende dogmatische Durchdringung des Problems

Die Gründe, warum letztlich keine dogmatische Durchdringung erfolgen konnte, sind vielschichtig. Die bedeutendsten sollen kurz aufgezeigt werden. Sie alle führen dazu, dass die Durchbrechungsfrage bisher im Bereich der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten nicht abstrakt-generell sondern allenfalls fallweise bewältigt wurde.

aa. Strafrechtsdogmatik als Blockade

Ein Grund ist bereits angedeutet worden: Die praktisch bedeutendste gesetzliche Ausgestaltung von Informationsverboten findet sich im Strafrecht, weshalb sich die Dogmatik anhand der dort vorgegebenen Kategorien entwickelte. Damit ist das Korsett der tatbestandlichen Durchbrechungen der Geheimhaltungspflichten von den §§ 32 ff. StGB geschnürt worden. Eine Diskussion zur allgemeinen Güter- und Interessenabwägung konnte nicht geführt werden. Die oben aufgezeigte Diskussion um die Anwendung von § 193 StGB analog auf die § 201 ff. StGB konnte wie gezeigt die Versäumnisse nicht nachholen, weil sie vor allem kriminalpolitisch, nicht aber dogmatisch motiviert war³⁹⁶. Die Diskussion im Bereich der Berufspflichten hat sich hiervon nie wirklich lösen können.

396 *Rogall*, NStZ 1983, 1, 6.

bb. Der Kundenwille als Blockade: Zwischen Interessen- und Willenstheorie

Und ein zweiter Punkt ist äußerst bedeutsam: Die Ausweitung des Tatbestandsmerkmals "Geheimnis" hat sich historisch anhand der Auseinandersetzung zwischen der sogenannten Willens- und der Interessentheorie vollzogen³⁹⁷. Nach der ursprünglich herrschenden Interessentheorie konnten nur solche Tatsachen dem Geheimnisbegriff unterfallen, deren Bekanntwerden nicht im Interesse der betreffenden Person lag, sondern objektiv geeignet waren, den zu Schützenden in seiner Ehre und seinem Ansehen zu beeinträchtigen³⁹⁸. Eigentümlicherweise hat sich dann die ausdehnende Formalisierung des Geheimnisbegriffes an der Kategorie Kundenwille vollzogen, denn die modernere Willenstheorie, die letztlich auch ihren Niederschlag in den Berufsordnungen gefunden hat³⁹⁹, erkennt als Geheimnis alles das an, was dem (lediglich durch Willkür begrenzten) Wunsch des Kunden nach Geheimhaltung entspricht⁴⁰⁰. In der Folge ist das heutige Recht der Berufsverschwiegenheit bestimmt vom anschaulichen Begriff des "Geheimnisherrn". Dieser Begriff ist die zweite Ursache, warum eine sachliche Begrenzungsdiskussion auch im Bankvertragsrecht nicht geführt werden konnte. Begleitet vom Katalysator der Rechtfertigungskategorien Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung versperrt der Begriff auf den ersten Blick jedwede Weitergabemöglichkeit von Daten. Beispielsweise entsprach es eben nicht dem geäußerten oder dem mutmaßlichen Willen des Kunden, wenn seine Daten an die SCHUFA weitergegeben wurden. Beantwortet werden musste diese Frage dementsprechend Anfang der achtziger Jahre zwangsläufig mit einer Änderung der Kontoeröffnungsanträge, in denen der entsprechende Kundenwille seitdem antizipiert wird. Und es entspricht eben auch nicht dem geäußerten oder mutmaßlichen Willen des Kunden, wenn seine Kreditdaten an Dritte Neugläubiger weitergegeben werden. Er als Geheimnisherr allein muss nach der Willenstheorie über die Weitergabemöglichkeit gebieten können. Insofern hatten in der jüngeren Diskussion die Gegner einer Abtretungsmöglichkeit auf den ersten Blick mit der heute herrschenden Willenstheorie eine verlässliche Argumentationsgrundlage⁴⁰¹.

Bei einer solchen Herangehensweise wird allerdings vollkommen übersehen, dass die Ergebnisse einer Diskussion darum, welche Tatsachen denn nun vom Geheimnisbegriff umfasst sein sollen und welche nicht, vollkommen ungeeignet sind, die Frage zu beantworten, in welchen Konstellationen Durchbrechungen erforderlich sind. Hinter der subjektiv anmutenden Kategorie des Kundenwillens

397 Diese Entwicklung ausführlich beschreibt *Rogall*, NStZ 1983, 1, 6; vgl. dazu auch Fischer, StGB, § 203 Rdn. xy und für den Übertrag der Auseinandersetzung auf das Bankgeheimnis *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1984, S. 134 ff. Gleichfalls die historischen Wurzeln der Reichweite der Geheimhaltungspflichten in Willens- und Interessentheorie darstellend *Musielak*, Bankauskunft, S.

398 *Rogall*, NStZ 1983, 1, 3.

399 Vgl. statt aller Henssler/Prütting/*Eylmann*, BRAO, § 43 a Rdn. 79.

400 Grundlegend BGHZ 27, 241 ff.

401 Exemplarisch *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1547 gestützt auf BGHZ 27, 241, 246.

verbirgt sich nichts anderes als das vollkommen objektive "Alle Informationen mit Ausnahme der Belanglosigkeiten". Es ist aber eine strukturelle Selbstverständlichkeit des Informationsrechts, dass Umgang mit Informationen nicht in das alleinige, willkürliche Belieben des Einzelnen gestellt sein kann. Dies verschleiern die Begriffe Geheimnisherr und Willenstheorie und zeitigen damit die Folge, dass eine systemgerechte, adäquate Durchbrechungsdiskussion nicht geführt werden kann. Das zwangsläufig zu erarbeitende "Wie" der Begrenzung bleibt vollkommen offen. Die Denkkategorien der Willenstheorie und des Geheimnisherrn sollten nach hier vertretener Auffassung folglich im berufsrechtlichen Geheimnisschutz aufgegeben werden. Inhaltlich leisten sie zum einen keinen nennenswerten Beitrag, weil es eines Rückgriffs auf den Willen des Kunden nicht bedarf, um eine rein objektive Summe von Informationen zu bezeichnen. Zum anderen sind sie unergiebig, weil sie bei weiter Tatbestandsfassung zu der dann besonders wichtig werdenden Begrenzungsdiskussion keinerlei inhaltlich belastbaren Anhaltspunkt bieten können. Die Termini sind damit sowohl überflüssig als auch Fehler provozierend.

Die Problematik spiegelt sich in gleicher Weise in der bankrechtlichen Literatur wider. Nur wird sie hier noch durch ein weiteres Phänomen verschärft: Wie gezeigt existiert mit der Bankauskunft ein Institut, bei dem die Rückkopplung an den Kundenwillen bereichsspezifisch ihren guten Sinn macht. Es ist eben eine Frage des Einzelfalls, ob der Kunde mutmaßlich in die Weitergabe seiner Daten einwilligt oder einwilligen würde. In den Fällen der Bankauskunft stehen sich Banken- und Kundeninteressen aber nicht diametral gegenüber, sondern die Bank muss Interesse wahren nachvollziehen, ob Informationen ihres Kunden zur Wahrung von dessen geschäftlichen Belangen weitergegeben werden. Die Fälle unterscheiden sich also grundlegend und den Begriffen Willenstheorie und Geheimnisherr kann hier plötzlich eine materiellrechtlich relevante Funktion zugewiesen werden. Diesen Unterschieden wird die leider allzu pauschale Handhabung der Kategorie des Kundenwillens im Bankvertragsrecht leider bisher nicht gerecht. Bei der Lektüre von Literatur zur Bankauskunft muss demnach darauf geachtet werden, dass hier das dogmatische Vehikel, welches einmütig als Willenstheorie bezeichnet wird, etwas anderes benennt als der ursprüngliche Versuch der Willenstheorie, eine größtmögliche tatbestandliche Weite der Geheimhaltung zu erreichen. Auch um hier die dringend erforderlichen Differenzierungen zu gewährleisten, sollte der Begriff aufgegeben werden und die Bedeutung des Kundenwillens auf das reduziert werden, was er tatsächlich zu bezeichnen vermag: Denn natürlich steht es jederzeit alleine in der Rechtsmacht des Bankkunden, das Kreditinstitut von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden.

cc. Die beteiligten Interessen als Blockade

Der dritte Grund für eine fehlende dogmatische Durchdringung im Bereich der Sonderberufsgeheimnisse ist meines Erachtens, dass neben den Schwierigkeiten, die

jeder Abwägungsentscheidung inne wohnen, - jedenfalls in der Konkurrenz mit bloßen Vermögensinteressen - regelmäßig auf Seiten des Geheimnisherrn das in der konkreten Abwägungskonstellationen grundsätzlich höher bewertete Recht auf informationelle Selbstbestimmung beteiligt ist. Wie soll beispielsweise ein Vermögensinteresse des Verschwiegenheitsverpflichteten ermittelt werden, das Grundlage und Voraussetzung der Vertrauensbeziehung *weit* überwiegt? Die Abwägung wird immer vom gewünschten Ergebnis geleitet sein müssen, wie es die Diskussion um die Forderungsabtretung im Bankgewerbe deutlich gezeigt hat. Die Geschäftsmodelle wurden aus Bankensicht als wirtschaftlich sinnvoll erkannt. Gleichzeitig wurden sämtliche Negativkonsequenzen für die Bankkunden verdrängt und so das gewünschte Ergebnis ermöglicht. Dabei vermag schon die sprachliche Bezeichnung der beteiligten Interessen ergebnisrelevante Verzerrungen herbeizuführen. Speziell für den Bereich der Forderungsabtretung hat sich zudem nachträglich gezeigt, dass die in den Vordergrund gerückten Interessen sich letztlich als weitaus zweischneidiger als ursprünglich angenommen herauskristallisierten.

c. Ergebnis

Insgesamt drei Gründe sprechen also gegen die Begrenzung der Verschwiegenheitspflicht im Wege der Interessenabwägung: Erstens bliebe das Vertrauenselement einer weit verstandenen Berufverschwiegenheitspflicht auf der Strecke. Zweitens bliebe der zwangsläufig typisierte Interessenverzicht auf Seiten des Verschwiegenheitsverpflichteten unberücksichtigt und drittens ist im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung die Abwägung als Mittel vollkommen ungeeignet, wirklich überzeugende Durchbrechungsmöglichkeiten zu beschreiben.

III. Geheimnisdurchbrechung gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG analog

Nur der Vollständigkeit halber muss noch eine weitere, die Abwägungsentscheidung befürwortende Auffassung beurteilt werden. Denn neben der abzulehnenden Auffassung, nach der die Weitergabe von Daten nach den Grundsätzen der Wahrnehmung berechtigter Interessen, § 193 StGB, gerechtfertigt sein kann, hat sich in der Abtretungsdiskussion für das Bankgeheimnis eine Auffassung etabliert, nach der eine Durchbrechung des Geheimnisschutzes möglich sein soll, wenn in entsprechender Anwendung die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG vorliegen⁴⁰². Nach dieser Norm ist die Übermittlung personenbezogener Daten zulässig, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle

402 Vgl. bereits oben Kapitel 4 II. 3.

erforderlich ist und kein Grund zu den Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der Betroffenen Ausschluss der Verarbeitung und Nutzung überwiegt.

1. Übertrag der Einwände

Die entsprechende Anwendung ist schon deshalb abzulehnen, weil es hier strukturell um nichts anderes geht als um die Interessenabwägung, die soeben als systematisch unzulässig verworfen wurde. Denn letztlich liegt der Norm kein anderes Prinzip zugrunde als der bereits diskutierten Wahrnehmung berechtigter Interessen. Auch hier ist lediglich das Prinzip der allgemeinen Güter- und Interessenabwägung abgebildet. Dass dieses zur Konturierung der Geheimhaltungspflichten ungeeignet ist, wurde oben ausführlich gezeigt.

2. Einwände das Verhältnis von Datenschutzrecht und Bankgeheimnis betreffend

Doch sprechen auch weitere Gründe gegen eine Übernahme datenschutzrechtlicher Wertungen. Sie sollen kurz dargestellt werden, weil sie geeignet sind, immer wieder kehrende Fehlannahmen in der bankrechtlichen Literatur offen zu legen.

Es ist bereits gezeigt worden, dass mit dem Datenschutz eine Umkehr in den Prinzipien des Informationsflusses stattgefunden hat und insoweit ein richtungsmäßiger Gleichlauf mit dem Bankgeheimnis besteht.

§ 4 BDSG legt im Gegensatz zum Bankgeheimnis ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt fest. In welchem Verhältnis die beiden Materien der Informationsrestriktion zueinander stehen, wird dann in § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG geklärt. Demnach bleiben die Verpflichtung zur Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungspflichten oder von Berufs- und Amtsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes unberührt. Damit ergibt sich zunächst einmal ein Stufenverhältnis zwischen Geheimnisschutz und Datenschutzrecht. Dieses Stufenverhältnis alleine macht eine Übertragung der Begrenzungsmöglichkeiten der einen Materie in die andere schon äußerst zweifelhaft. Weil beide Rechtsmaterien Datenströme begrenzen, ergibt die Norm nur in einer Weise Sinn: Der Unterschied, den das BDSG macht, soll den Geheimnisschutz nicht betreffen. Dieser Unterschied besteht in den einzelnen Erlaubnistatbeständen, so auch in § 28 Abs. 1 BDSG. Das Geheimnisschutzrecht ist eine weiter reichende Stufe der Informationsrestriktion. Auf Fragen der Informationsbegrenzung durch diese Auffangmaterie kommt es dort nicht an, wo bereits Informationsblockaden verhängt sind. Dieser Gedanke wäre auch ohne die gesetzliche Klarstellung zwingend. Die Übertragung der Grenzen von der einen Materie in die andere umgeht diese gesetzgeberische Absicht. Das Geheimhaltungsrecht bleibt bei entsprechender Anwendung der Erlaubnisvorbehalte eben nicht unberührt. Die Analogie würde auf Umwegen den Geheimnisschutz

abschaffen und zu einer Begrenzung des Datenstromes auf das Nötigste herabqualifizieren.

Die Gründe dafür, dass dennoch immer wieder versucht wird, Wertungen des Datenschutzrechtes und des Bankgeheimnisses zur vermengen, liegen nach hier vertretener Auffassung maßgeblich in der Diskussion der achtziger Jahre um Schufa- und Bankauskunft begründet. Es reichte dort - vor allem bei der Aufnahme in die AGB - regelmäßig nicht aus, eine geheimnisrechtlich zulässige Lösung für die Informationsweitergabe zu entwickeln. Bei der Ausgestaltung - insbesondere des Systems der Schufa - wurde in enger Kooperation mit den Datenschutzbehörden vorgegangen. Die Materien wurden deshalb regelmäßig zusammen behandelt, was bis heute in den Darstellungen zum Bankgeheimnis fortwirkt, auch wenn dies materiellrechtlich nicht gerechtfertigt ist. Es hat sich also in der Diskussion um das Bankgeheimnis und die Forderungsabtretung das bereits angedeutete Risiko realisiert, dass Wertungen der einen Restriktionsstufe der Informationsordnung auf die einer anderen Stufe übertragen wurden. Die Aufgabenstellungen der unterschiedlichen Prinzipien der Informationsrestriktion sind aber vollkommen unterschiedlich. Das Datenschutzrecht soll Informationsströme begrenzend kanalisieren. Es müssen - um im obigen Bild zu bleiben - handlungskreiserweiternde Interessen wahrgenommen werden können, weil sonst die Informationsordnung zu einer vollkommenen Lähmung jedweder wirtschaftlichen Betätigung führen könnte. Hier wird die ursprüngliche, vollkommene Zulässigkeit von Informationsströmen, die Voraussetzung jeder funktionierenden Gesellschaftsordnung ist, im Sinne des Art. 2 i.V.m. 1 GG begrenzt. Mit geheimnisrechtlichen Informationsblockaden in bestimmten Lebensbereichen darf diese Restriktion nicht gleichgesetzt werden.

3. Fazit: Stufenverhältnis

Es bleibt demzufolge im Bereich der Informationsweitergabe bei einem Stufenverhältnis. Der Grundgedanke, der der jeweiligen Stufe zugrunde liegt, darf nicht von der einen in die andere Stufe übertragen werden. Vom Ausgangspunkt Informationsfreiheit über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht schafft das Datenschutzrecht eine Restriktion, die durchlässig sein muss, weil sonst kein sinnvolles Wirtschaften möglich ist. Die Verschwiegenheitspflichten endlich schaffen Restriktionen, die nicht durchlässig sein dürfen und deshalb mit denen des Datenschutzrechtes nichts gemein haben. Das Datenschutzrecht wird im Bankvertragsrecht erstens erst dann relevant, wenn die Zulässigkeit der Geheimnisdurchbrechung bereits begründet wurde, so wie beim Institut der Bankauskunft und der Weitergabe von Kundeninformationen an die Schufa durch die antizipierte Kundeneinwilligung. Erst die auf die zulässige Durchbrechung folgenden Datenströme müssen in ihrer Handhabung den zwingenden Vorgaben des

Datenschutzrechtes genügen⁴⁰³. Natürlich greift die Auffangfunktion des Datenschutzrechtes auch dann, wenn die Geheimhaltungspflicht strukturell nicht passt, also gar nicht in der Lage ist, eine Antwort auf aufgeworfenen Fragen zu geben. Dies unterstreicht zu recht der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 27.02.2007. Hierauf wird noch zurückzukommen sein.

IV. Ergebnisse

Verschwiegenheitspflicht und Geheimhaltungspflicht sind tatbestandlich direkt vergleichbar, weil die in Bezug genommenen Tatsachen und Wertungen identisch sind, auch wenn dies nicht der ursprünglichen Gesetzgeberruffassung zum Begriff des Geheimnisses entspricht.

- Der Grund der Strafbewehr der Geheimhaltungspflichten ist aber vom Grund der Annahme einer Verschwiegenheitspflicht zu unterscheiden. Demzufolge kommen den strafrechtlichen Geheimhaltungspflichten und den berufsrechtlichen Verschwiegenheitsverpflichtungen unterschiedliche Schutzzwecke zu. Die Strafrechtsnorm sanktioniert die Verletzung einer besonderen Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes. Soll nur die Verletzung des Persönlichkeitsrechtes geahndet werden, erscheint die entsprechende Anwendung des Rechtfertigungsgrundes des § 193 StGB als sinnvolle Begrenzungsmöglichkeit, weil nur so zweifelhafte Wertungswidersprüche zwischen Delikts- und Strafrecht vermieden werden können.
- Die berufsrechtlichen Geheimhaltungspflichten wollen dagegen zugleich das Funktionieren von Vertrauensbeziehungen gewährleisten. Eine Auslegung nach diesem Schutzzweck ergibt, dass keine allgemeine Abwägung an die Verschwiegenheitspflichten herangetragen werden darf, weil dem Geheimnisträger durch die rechtliche Anerkennung der Geheimhaltungspflicht grundsätzlich die Wahrnehmung eigener Interessen versagt ist. Geheimhaltungspflicht bedeutet Interessenverzicht.
- Es ergibt sich ein Stufenverhältnis zwischen den unterschiedlichen Arten von Informationsrestriktionen. Eine wechselseitige Übertragung der Grenzen darf nicht vorgenommen werden, weil zum einen die Motive der Restriktionen vollkommen unterschiedlich sind und zum anderen das Prinzip der allgemeinen Güter- und Interessenabwägung sowohl strukturell als auch in der Handhabung nicht geeignet ist, die Geheimhaltungspflichten konturierend zu begrenzen.

403 Vgl. zum Ganzen die Sonderbeilage WM 1980 Bankgeheimnis und Datenschutz.

Kapitel 7 - Übertrag der ermittelten Ergebnisse auf die Konstellation der Forderungsabtretung

Die bisher erarbeiteten Erkenntnisse sollen nun exemplarisch auf die Problematik der Forderungsabtretung übertragen werden. Zur Erinnerung: Maßgebliches Kriterium für die Eröffnung der Abwägungsmöglichkeit war die Frage, inwieweit eine Rechtsgutbeeinträchtigung des Verschwiegenheitsverpflichteten droht. Ausgeschlossen wäre nach oben erarbeiteten Grundsätzen eine Abwägung dann, wenn der Verschwiegenheitsverpflichtete lediglich eigene Interessen wahrnehmen möchte, die eine Erweiterung seines Handlungskreises bedeuteten und nicht lediglich einer Verringerung seiner bedrohten Interessen entgegenwirken soll.

I. Grundsatz: Die einfache Forderungsabtretung

Für den Grundfall einer einfachen Forderungsabtretung haben obige Grundsätze zur Folge, dass ein typisches Verfolgen nicht schutzwürdiger Eigeninteressen gegeben ist, deren Wahrnehmung von einer bestehenden Geheimhaltungspflicht blockiert ist. Dies bedeutet, dass eine Übertragung funktionierender Kreditbeziehungen auf einen Investor eine Verletzung des Bankgeheimnisses darstellt mit der entsprechenden - praktisch unwahrscheinlichen - Verpflichtung zum Schadensersatz oder der Möglichkeit, im Vorfeld Unterlassung der Abtretung zu verlangen. In der funktionierenden Kreditbeziehung ist der Weg zur Interessenabwägung versperrt. Die Anerkennung einer Weitergabemöglichkeit verkennt die strukturellen Grundlagen überkommenen Geheimnisschutzrechtes, wie sie soeben aufgezeigt worden sind. Befürwortet man grundsätzlich die Weitergabe, eröffnet dies den Weg in die unsichere Interessenabwägung. Hier muss der Rechtsanwender Parameter als Entscheidungsgrundlage hadhaben, die sich gegebenenfalls seiner Bewertung entziehen können. Werden - wie bei ABS-Transaktionen in betriebs- und volkswirtschaftlicher Hinsicht - die Bewertungsgrundlagen zu komplex, droht die vorschnelle, von vordergründigen Interessen geleitete Fehlentscheidung. Hinzu kommt im speziellen Fall Forderungsabtretung, dass eine angemessene Auseinandersetzung mit dem Gewicht der Information als Abwägungsparameter nicht erfolgt.

Losgelöst von der konkreten Problematik der Forderungsabtretung zeigt sich das Bankgeheimnis damit also als starr und unflexibel für die Wahrnehmung eigener Interessen durch die Bank.

Es ist misslich, dass sich der BGH der Thematik letztendlich nicht in struktureller Weise angenommen hat. Damit ist die nächste Gelegenheit vertan worden, zu

abstrahierbar belastbaren Ergebnissen zu gelangen. Der BGH argumentiert ja im Wesentlichen wie folgt⁴⁰⁴:

- Er erkennt in einem ersten Schritt das Problem der Kollision mit der Verschwiegenheitspflicht an.
- In einem zweiten Schritt führt er abstrakt aus, dass durch die Kollision allenfalls eine Schadensersatzverpflichtung nach § 280 BGB in Betracht komme.
- In einem dritten Schritt springt er auf eine Mischung aus tatsächlicher und rechtlicher Ebene, in dem er darlegt, dass § 402 BGB eine typisierende aber keinesfalls zwingende Norm sei und der Zedent weiterhin auf die Einziehung der abgetretenen Forderung verpflichtet werden könne. Zugleich erfolgt der Hinweis auf das ABS-spezifische Rundschreiben des BaKred aus dem Jahre 1997.

Das sind nicht die Antworten auf die Frage, ob eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht im konkreten Fall vorlag.

Durch die Loslösung vom zu entscheidenden Fall (es handelte sich nicht um eine ABS-Struktur) und das Vermeiden einer konkreten Subsumtion (das Bankgeheimnis war konkret betroffen, weil eine Informationsweitergabe erfolgt war) musste der BGH die Frage nicht in der Interessenabwägung auflösen.

Mit der hier vertretenen Auffassung, dass die Weitergabe bei funktionierender Kreditbeziehung nicht zulässig ist, ist die Problematik aber nicht erschöpfend abgehandelt. Denn es soll nachstehend ermittelt werden, ob sich die Lösung wenigstens für die Abtretung einer *problematischen* Forderung anders darstellt, weil dem Kunden hier der Vorwurf einer Vertragsverletzung zu machen ist.

II. Die vertragliche Schlechterfüllung auf Seiten des Kunden als Ausnahme?

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, Zahlungsrückstände des Kunden führten dazu, dass die Geheimhaltungspflicht des Kunden begrenzt und die Bank nach erfolgter Abtretung zur Weitergabe der Informationen nach § 402 BGB berechtigt sei⁴⁰⁵. Angesichts des vertragswidrigen Verhaltens des Kreditnehmers verhalte sich dieser *rechtsmissbräuchlich*, wenn er den Einwand erhebe, die Weitergabe verstoße gegen das Bankgeheimnis. Dazu müsse es der Bank auch schon im Vorfeld der Verwertung gestattet sein, alle für das Geschäft erforderlichen, nicht anonymisierten Kreditnehmerdaten zur Verfügung zu stellen. Es sei für diese Bewertung ohne Belang, ob die Kreditforderung bereits gekündigt und fällig gestellt oder wegen vertragswidrigen Verhaltens des Kreditnehmers lediglich

404 BGH NJW 2007, 2106, 2106.

405 Vgl. statt aller exemplarisch Cahn, WM 2004, 2041, 2046; Nobbe, WM 2005, 1537, 1547; Rögner, NJW 2004, 3230, 3232, denn in Nuancen divergieren die Auffassungen, so dass hier eindeutige Vertreter wieder gegeben werden sollen.

kündigungsreif sei⁴⁰⁶. Konsequenz wäre ein Anspruch auf Befreiung von der Geheimhaltungspflicht. Diese Auffassung wäre also zumindest geeignet, alle gängigen Geschäftspraktiken mit Problemkrediten zu legitimieren.

1. Einordnung der Auffassung

Diese Herangehensweise ist aber nicht unproblematisch. Wie oben gezeigt darf sie jedenfalls nicht als Ergebnis eines reinen Abwägungsvorganges verstanden werden, bei der das vermeintliche Schlechterfüllung des Kunden auf Seiten des Bankeninteresses den Ausschlag gibt. Sie ist vielmehr Rechtskorrektur nach § 242 BGB.

2. Ursprung und Entwicklung der Auffassung

Bei der Suche nach Gründen, warum sich in dieser Frage ein Rückgriff auf § 242 BGB durchgesetzt hat, helfen die Ausführungen *Bruchners* zur analogen Anwendung der Grundsätze der *Wahrnehmung berechtigter Interessen* auf das Bankgeheimnis. Dort findet sich nach der Ablehnung einer entsprechenden Anwendung des Rechtsgedankens des § 193 StGB ein Annex, in dem zu bedenken gegeben wird, dass es *Ausnahmekonstellationen* geben müsse, in denen eine Rechtskorrektur unter Berücksichtigung der Gebote von Treu und Glauben denkbar sei. Habe etwa eine Bank durch vertragswidriges Verhalten eines Kunden Nachteile erlangt, so handele dieser rechtsmissbräuchlich, wenn er die Bank unter Hinweis auf ihre Verschwiegenheitspflicht zwingen wollte, Maßnahmen zu unterlassen, die geeignet sind, den durch das rechtswidrige Kundenverhalten entstandenen Nachteil auszugleichen oder den eingetretenen Schaden zu mindern. Der Rechtsmissbrauch soll demnach in der Verweigerung der Zustimmung zur Entbindung von der Geheimhaltungspflicht begründet sein. So dürfe die Bank beispielsweise dem Bankgeheimnis unterliegende Tatsachen offenbaren, wenn dies notwendig sei, um in einem Zivilprozess eigene Forderungen gegen einen Kunden mit Erfolg geltend machen zu können und sich gegen Angriffe des Kunden zu verteidigen. Auch könne der Kunde nicht durch einen Hinweis auf das Bankgeheimnis verhindern, dass die Bank einen gegen ihn erwirkten Vollstreckungstitel nach erfolglosen Vollstreckungsmaßnahmen samt den zugrunde liegenden Kreditforderungen an ein *sorgfältig ausgewähltes Inkassobüro* übertrage. In gleichem Zusammenhang wird noch das Beispiel angeführt, dass das Kreditinstitut aus Erwägungen nach Treu und Glauben einen Anspruch auf Entbindung von der Geheimhaltungspflicht habe, wenn eine Rufschädigung des Kreditinstitutes drohe.

406 *Nobbe*, WM 2005, 1537, 1547.

Die Ausführungen dienten also ursprünglich dazu, den - einzig praktisch relevanten - Fall der Inkassoession zu erläutern. Hierbei wurde den Kreditinstituten von *Bruchner* zugleich die Pflicht auferlegt, selbst vorab eine Verwertung der gestellten Sicherheiten zu versuchen (!).

Das wesentliche Merkmal dieser Auffassung ist dann auf dem Weg in die jüngere Diskussion verschütt gegangen: Denn der *Ausnahme*charakter der Ausführungen ist nicht in die aktuelle Diskussion hinübergerettet worden. Die von *Bruchner* angedachten Kategorien betreffen ultima-ratio-Konstellationen. Es geht um drohenden, totalen Rechtsverlust *nach* Ausschöpfen aller sonstigen Möglichkeiten durch die Bank. Die Generalisierung der Auffassung wurde im Wesentlichen erreicht durch die Gleichsetzung des verwendeten Begriffes der Vertragsverletzung mit dem Begriff der Pflichtverletzung nach den §§ 280 ff. BGB. So wurde plötzlich jede Forderung im Verzug vom Ansatz *Bruchners* erfasst und die Auffassung der Weitergabemöglichkeit "nach § 242 BGB" hat sich verselbständigt. Erst nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 2007 wurde die Ansicht wieder offen in Frage gestellt⁴⁰⁷.

3. Die Problematik der Kategorie Rechtsmissbrauch, § 242 BGB

Meines Erachtens sieht sich die Auffassung zwei wesentlichen Entgegnungen ausgesetzt. Eine ergibt sich aus dem Wesen der Kategorie Rechtsmissbrauch, die andere betrifft die Struktur der Geheimhaltungspflicht selbst.

a. Erwiderungen anhand anerkannter Maßstäbe des Rechtsmissbrauchs und Analyse der objektiven Interessenlage

Ausgangspunkt ist die Frage, wann das Berufen auf die Geheimhaltungspflicht als rechtsmissbräuchlich einzustufen ist. Dahinter verbirgt sich die Vorfrage, inwieweit die Pflichten eines Schuldverhältnisses derart in einem Wechselverhältnis stehen, dass die Verletzung einer Pflicht geeignet ist, eine andere Pflicht entweder ganz aufzuheben, oder es der ihrerseits vertragsuntreuen Partei wenigstens unmöglich macht, Rechtsfolgen aus dieser Vertragsverletzung herzuleiten. Dabei treten zwei Prinzipien gegeneinander an: Das eine lässt sich mit einem Worte *Arndts* folgendermaßen beschreiben: "Niemand kann, wenn Recht herrschen soll, aus der Hand des Rechts fallen."⁴⁰⁸ Auf der anderen Seite liefert die Rechtsordnung eine Vielzahl von Anhaltspunkten, in denen deutlich wird, dass sich der Rechtsuntreue nicht uneingeschränkt auf den Schutz der Rechtsordnung verlassen können darf⁴⁰⁹.

407 *Reifner*, BKR 2008, 142, 151 f.

408 *Arndt*, NJW 1965, 28, 29.

409 Vgl. exemplarisch nur die §§ 817 S.2, 162 BGB.

Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass absolute Rechtsschutzverweigerung eine Rechtsordnung in keiner Weise adelt. Gerade in der differenzierten Reaktion auf wechselseitige Vertragsuntreue kann sich Qualität und Gerechtigkeitsgehalt einer Rechtsordnung behaupten⁴¹⁰.

Eine Rechtsausübung kann also grundsätzlich zwar unzulässig sein, wenn dem Berechtigten eine Verletzung eigener Pflichten zur Last fällt⁴¹¹. Dies darf jedoch nicht dahingehend missverstanden werden, dass es einen allgemeinen Grundsatz gäbe, wonach nur derjenige zur Geltendmachung von Rechten befugt ist, der sich selbst rechtstreu verhalten hat⁴¹². Vielmehr muss die Rechtsverweigerung Grenzkorrektur sein, bei der das andernfalls gefundene Ergebnis untragbar bzw. unzumutbar wäre. Dabei muss - und dies vernachlässigt die herrschende Literatur zuvörderst - zunächst einmal berücksichtigt werden, dass die vertragliche Regelung oder das einfache Recht gegebenenfalls die Sanktionsmechanismen für das missbilligte Verhalten in abgewogener Form bereit stellen. Es stellt sich dann die Frage, inwieweit überhaupt noch Raum für eine Anwendung des § 242 BGB bleibt⁴¹³. Eine Grenzkorrektur darf hier weder Gesetzgeber- noch Parteientscheidung konterkarieren.

Den eigentlichen Sanktionsmechanismus für die in Verzug geratene Forderung stellen die §§ 280 Abs. I, 286 ff. BGB zur Verfügung. Zudem werden dem Darlehensgeber gegebenenfalls gesonderte Loslösungsrechte eingeräumt; so ganz allgemein über den Weg der Abwägungsentscheidung in § 314 BGB oder durch Sonderregelungen wie die §§ 490, 498 BGB. Bei Kündigung des Vertrages kommt es dann zur Offenlegung der Kreditnehmerbeziehung durch die öffentliche Verwertung der Sicherheiten. Diese ist wegen der diesbezüglichen Regelung in den AGB⁴¹⁴ von der Einwilligung des Kreditnehmers gedeckt.

Nun ließe sich noch die Auffassung vertreten, dass die somit existierenden Regelungen bei genauer Betrachtung keine Antwort auf das Schicksal der Nebenpflicht Geheimhaltung geben, weil ja etwaige Loslösungsrechte vor ihrer Ausübung die Frage nach dem Schicksal von Nebenpflichten unbeantwortet lassen. Dann aber ist spätestens die Frage aufgeworfen, was an der Nichtrückführung der Darlehensforderung - selbstverständlich soweit nicht besondere Umstände auf Seiten des Kreditnehmers hinzutreten - rechtsmissbräuchlich sein soll. M. E. bedarf es zur Beantwortung dieser Frage durch Ermittlung von Vergleichsfällen nicht erst einer ausführlichen Analyse exemplarischer Fallgestaltungen und -gruppen, denen allesamt gemein ist, dass sie schwere Verfehlungen des Rechteinhabers sanktionieren⁴¹⁵.

410 Vgl. zum Ganzen *Teubner*, Wechselseitige Vertragsuntreue, passim.

411 Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 242, Rdn. 46.

412 BGH NJW 1971, 1747; BGH NJW 2000, 505; BGH NJW 2007, 504.

413 Vgl. zur möglichen Sperrwirkung durch Positivierung MünchKomm/*Roth*, § 242 Rdn. 239.

414 AGB-Banken, Nr. 17; AGB Sparkassen Nr. 21.

415 Genannt sei nur der anschauliche Fall des Bürgschaftsgläubigers, der den Hauptschuldner zur Nichtleistung veranlasst oder dessen Zahlungsunfähigkeit selbst verursacht oder den

Denn zum einen ist beim Rechtsverlust durch Rechtsmissbrauch im Rahmen des § 242 BGB hinsichtlich der subjektiven Erfordernisse sauber zu differenzieren: Zutreffend ist zwar, dass grundsätzlich in der allgemeinen Ausgangskategorie des Verstoßes gegen Treu und Glauben eine Umgewichtung der Rechtsausübung als Folge einer Abwägung rein objektiver Merkmale erfolgen kann⁴¹⁶. Die spezielleren Fallgruppen - und so auch die unzulässige Rechtsausübung im Falle des Rechtsmissbrauchs - knüpfen dagegen nach allgemeiner Auffassung ganz überwiegend an einen besonderen Unwert der Gesinnung bzw. der Motivation des Rechteinhabers an. Hieran fehlt es regelmäßig bei den in Verzug geratenen Darlehen. Der Schuldner hat regelmäßig die Schiefelage der Finanzierung nicht treuwidrig oder absichtlich herbeigeführt. So zeigt eine empirische Analyse von *Reifner/Keich* aus dem Jahre 1995, dass im Beispiel der mit Grundschulden besicherten Kredite der Vermögensverfall und die folgende Schlechterfüllung der Rückzahlungsverpflichtung auf Gründen beruht wie dem Wertverfall des Grundstücks mit folgender Untersicherung und zudem Schicksalsschlägen wie Arbeitsplatzverlust, Ehescheidung und Krankheit. In ähnlichem Maße verantwortlich sind Spezifika bestimmter Konstruktionen wie Bausparfortfinanzierungen, Kettenkredite, Umstellung auf variable Verzinsung oder Absatzformen wie sie bei den so genannten Schrottimmobilien aufgetreten sind⁴¹⁷.

Zweitens entspricht das Nicht- bzw. Schlechtleisten ja gerade dem Wesen des Darlehensvertrages bzw. dem durch den Vertrag übernommenen Risiko. Die Möglichkeit des Nichtleistens ist dem Vertrag immanent und in der Summe aller Darlehensnehmer von der Bank (idealerweise) einkalkuliert. Das bedeutet, dass die Verwirklichung gerade der typischen vertraglichen Risikoverteilung - auch im Hinblick auf die Neben- und Schutzpflichten - keiner eingreifenden Korrektur nach § 242 BGB bedarf.

Alleine die aufgezeigte historische Entwicklung kann m. E. erklären, warum die Begrenzung des Bankgeheimnisses mehrheitlich anhand der Kategorie des Rechtsmissbrauches versucht wurde. Wenn überhaupt kann aber m. E. im Falle der in Verzug geratenen Kreditforderungen eine Korrektur der Geheimhaltungsverpflichtung im Rahmen des § 242 BGB ausschließlich an objektiven Kriterien versucht werden. Entsprechende Möglichkeiten der Neubewertung einer Verpflichtung anhand der objektiven Interessenlage sind durchaus anerkannt⁴¹⁸ und stellen an sich für die hier aufgeworfenen Fragen den näher liegenden Schritt dar. Ausgangspunkt dabei ist der Gedanke, dass der

Bürgschaftsfall in sonstiger treuwidriger Weise herbeiführt (Aufzählung zitiert nach MünchKomm/*Roth*, BGB, § 242, Rdn. 247).

416 MünchKomm/*Roth*, BGB, § 242, Rdn. 186. Exemplarisch für die hohen subjektiven Anforderungen im Falle einer Bankgarantie auf erstes Anfordern BGH WM 2000, 2334, 2336.

417 Zitiert nach *Reifner*, BKR 2008, 142, 151.

418 Vgl. zum Ganzen die übersichtliche Darstellung bei MünchKomm/*Roth*, BGB, § 242, Rdn. 371.

Rechteinhaber mit der Ausübung des Rechtes gegebenenfalls überhaupt keine schutzwürdigen Belange mehr verfolgt oder die Belange seines Gegenübers ein derartiges Übergewicht erlangen, dass eine Rechtsausübung schlicht unzumutbar, sprich unverhältnismäßig, wäre. Dies ist die allgemeinste und weiteste Kategorie des § 242 BGB. Sie setzt wegen des objektiven Ansatzes folgerichtig kein schuldhaftes oder auch nur objektiv rechts- oder pflichtwidriges Verhalten voraus⁴¹⁹.

Doch auch diese Abwägung kann das Ergebnis "Zulässigkeit der Durchbrechung" nicht bewirken.

Denn zunächst ist die zu beachtende Untergrenze dieses Ansatzes aufzuzeigen: Durch § 242 BGB darf nicht die bei der wohl verstandenen Geheimhaltungsverpflichtung abzulehnende, einfache Interessenabwägung durch die Hintertür wieder rückgängig gemacht werden. Das bedeutet auch, dass der typisierte Interessenverzicht der Kreditinstitute hier nur für den minimalen Rest einer Unzumutbarkeit in Frage gestellt werden darf. Dabei ist gleichzeitig die Grenze zu den anerkannten Rechtfertigungskonstellationen zu beachten.

Diese Grundsätze vorausgesetzt ergibt sich: Die Interessen des Kreditnehmers an der Geheimhaltung bestehen berechtigterweise weiter fort und können nach keiner Betrachtungsweise als unbeachtlich oder vernachlässigungswert qualifiziert werden. Die Schutzwürdigkeit des Kreditnehmers entfällt - jedenfalls bis zur Sicherheitenverwertung - nicht. Ganz im Gegenteil wird sie regelmäßig durch den Vermögensverfall noch verstärkt (dazu ausführlich noch sogleich).

Auf der anderen Seite stellt sich das Berufen auf die Geheimhaltungspflicht aus Sicht des Kreditinstitutes nicht als unzumutbar, weil unverhältnismäßig, dar. Das geeignete und erforderliche Beharren auf der Verschwiegenheit bürdet dem Kreditinstitut lediglich auf, die eingegangene vertragliche Verpflichtung vollständig abzuwickeln. Dies entspricht traditionell gerade seiner Kernkompetenz. Dabei entsprechen sich im Kreditbereich die Beeinträchtigungen der Bank und das von ihr vertraglich übernommene Insolvenzrisiko des Kunden.

Geht man also davon aus, dass einem Vertragsteil niemals eine eigene Vertragsverletzung um einer Vertragsverletzung des anderen Teiles willen gestattet ist, kann die Verletzung eigener Pflichten durch den Gläubiger nur zu Gegenansprüchen des Schuldners führen und den Gläubiger grundsätzlich nicht an der Geltendmachung seines Anspruchs hindern. Von diesem Grundsatz kommt hier nur die Ausnahme in Betracht, nach der dem Gläubiger die Berufung auf den eigenen Anspruch (also die Geheimhaltung) in solchen Fällen verwehrt ist, in denen der Anspruch auf einem erheblichen Verstoß des Gläubigers gegen Pflichten beruht, die in einem *inneren Zusammenhang* mit seinem Anspruch stehen. Dieser Ausnahmetatbestand liegt in den Fällen des Schuldnerverzuges allerdings nicht vor. Die Verpflichtungen des Darlehensnehmers, pünktlich Zins- und Tilgungsleistungen zu erbringen oder innerhalb einer angemessenen Frist Sicherheiten zu bestellen oder zu verstärken (Nr. 13 AGB-Banken), stehen in keinem Zusammenhang mit dem

419 MünchKomm/Roth, BGB, § 242, Rdn. 371.

Anspruch des Darlehensnehmers gegenüber der Bank auf Einhaltung der in Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken festgeschriebenen Verschwiegenheitspflicht.

b. Erwidierungen aus der Struktur der Geheimhaltungspflicht selbst

Diese die Rechtskorrektur ablehnenden Überlegungen werden gestützt durch Erwägungen, die sich zwangsläufig aus dem Wesen der Verschwiegenheitsverpflichtung selbst ergeben.

Denn die Frage der Weitergabe von Kreditnehmerinformationen gerade in der Situation des Vermögensverfalls, rüttelt ja an der Grundfeste der historischen Begründung des Bankgeheimnisses. Ziel der Geheimhaltung sollte es gerade sein, den Rahmen zu schaffen, in dem der Kunde unter vertrauensvollen Bedingungen seine Vermögensangelegenheiten erledigen kann. Insoweit besteht natürlich ein gesteigertes Bedürfnis nach Diskretion in dem Zeitpunkt, in dem sich die Vermögenslage des Schuldners verschlechtert. Seine Persönlichkeitsinteressen sind nur dann in wesentlich wenig gravierender Weise betroffen, wenn sich seine Vermögensverhältnisse als gut darstellen und er seinen Zahlungsverpflichtungen regelmäßig nachkommt. Es kommt sozusagen aus geheimnisrechtlicher Sicht mit der Vermögensverschlechterung erst zum Schwur. Das Diskretionsbedürfnis verdichtet sich, die Rücksichtnahmepflichten erhöhen sich. Jetzt kommt es gerade darauf an, dass niemand von der prekären finanziellen Situation des Kunden erfährt. Dem widerspricht diametral die oben geschilderte Auffassung, die im entscheidenden Zeitpunkt eine Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht erkennen können will.

Dies heißt natürlich nicht, dass die Verpflichtung deswegen uferlos ist. Wie ebenfalls bereits gezeigt, findet die Geheimhaltungsverpflichtung dort ihre Grenze, wo dem Geheimhaltungsverpflichteten eine Rechtsgüterbeeinträchtigung droht. Diesen abstrakten Gedanken auf die Konstellation der Forderungsabtretung zu wenden bedeutet, dass die Bank einen Ausfall mit der Forderung nicht hinnehmen muss. Da sie aber kaufmännischen Grundsätzen entsprechend dem übernommenen Risiko der Zahlungsunfähigkeit ihres Kunden durch eine angemessene Besicherung des Darlehens vorbeugen muss, macht das Wesen der Geheimhaltungsverpflichtung eine vorherige Verwertung der bestellten Sicherheiten erforderlich. Diese Vorgehensweise ist dem Geschäftsmodell Kreditvergabe - anders als die gezielte Weitergabe an Dritte im Rahmen der Abtretung - nach den oben aufgeführten Grundsätzen immanent und die sich zwangsläufig anschließende Veröffentlichung der Kreditnehmerinformationen im Rahmen der Verwertung bedarf keiner Rechtfertigung im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht mehr. Zugegebenermaßen legt die Verwertung der Sicherheiten offen, dass die Kreditbeziehung gescheitert ist. Sie unterscheidet sich wegen des Verbleibs der detaillierten Kreditdaten bei der finanzierenden Bank und der Verwertung in einem formalisierten Verfahren aber immer noch deutlich vom gezielten Anspruch, der Folge eines Forderungserwerbers gemäß § 402 BGB wäre.

4. Die Konstellation nach der Sicherheitenverwertung

Erst wenn *nach* der Verwertung der ordnungsgemäß bestellten Sicherheiten noch eine Restforderung verbleibt, was - dies sei hier gesondert betont - bei ordnungsgemäßer Kalkulation der Sicherheiten nur in Ausnahmesituationen unvorhersehbaren Wertverlustes passieren kann - stellt sich die Frage der Weitergabe der *verbleibenden Restforderung* an ein Inkassobüro⁴²⁰. Auch hier kann nur festgestellt werden, dass die Geheimhaltungspflicht die Frage nach der Weitergabemöglichkeit nicht anders beantworten kann. Es verbleibt immer noch ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung. Das Berufen auf die Geheimhaltungspflicht ist auch nicht unverhältnismäßig. Die Bank hat das Kreditrisiko fehlerhaft mit unzulänglichen Sicherheiten unterlegt und wird jetzt an diesem Fehler festgehalten (Dieser Gedanke ist praktisch nicht unerheblich, betrifft er doch in besonderer Weise die Vielzahl der heute ohne besondere Sicherheiten ausgelegten Konsumentenkredite). Insoweit ist es jedenfalls für das Kreditinstitut nicht unzumutbar, an der weiteren Abwicklung des Kredites festgehalten zu werden. Insbesondere dürfen in diesem Zusammenhang Wertungen, die sich aus dem Bedürfnis der Kreditinstitute nach Eigenkapital- und Risikosteuerung ergeben, nicht in diese Bewertung mit hineingetragen werden, weil sie alleine der Risikosphäre der Banken zuzuordnen sind. Eine Korrektur des Schuldverhältnisses unter Außerachtlassung dieser Risikoverteilung wäre unzulässig. Erst wenn die Besicherungslücke auch bei sorgfältiger kaufmännischer Prognose nicht zu antizipieren war, muss es möglich sein, um den Vermögensverlust abzuwenden, zu einer Verwertung der Restforderung im Wege der Weiterveräußerung zu kommen. Dies setzt aber voraus, dass die bankeigene weitere Abwicklung keinen Erfolg verspricht. Diese Maßnahme entspräche dann - um im obigem Bild zu bleiben - der Abwehr der Verkürzung von Rechtspositionen.

5. Zwischenüberlegung

Wenn die Argumentation anhand des § 242 BGB auch meines Erachtens nicht geeignet ist, das von großen Teilen der Literatur und der Rechtsprechung erwünschte Ergebnis zu begründen, so ist sie dennoch mit einem erheblichen Nutzen verbunden: In der Abwägung werden Aspekte aufgeworfen, die aufzeigen, wo die eigentlichen Probleme der in Rede stehenden Geschäftsfelder liegen. Hat sich die Diskussion um die modernen Kapitalmarktinstrumente auch am Bankgeheimnis als stärkster Form einer Rücksichtnahmeverpflichtung entzündet, so bilden den eigentlichen Stein des Anstoßes doch ganz andere Fragen. Der Begriff vom "sorgfältig ausgewählten Inkassobüro" macht dies besonders anschaulich. Es fragt

420 In den anderen Fällen besteht eine der Bank vorwerfbare, fehlerhafte Besicherung, deren Risiken diese zu tragen hat.

sich nämlich, welche schützenswerte Erwartung des Kunden in der schuldrechtlichen Beziehung zwischen ihm und der Bank hinsichtlich des ausschließlichen Verbleibs der Kreditbeziehung bei dem von ihm gewählten Institut bestehen kann; und dies - wider den Grundsatz der Fungibilität von Forderungen - alleine weil sich der Kunde mit gutem Grunde eine Bank ausgesucht hat und sich - jedenfalls im Falle einer Baufinanzierung - ein halbes Leben lang an dieses Institut bindet. Das Bankgeheimnis als absolute Verschwiegenheitspflicht ist dabei lediglich stärkster möglicher Ausdruck einer vertrauensvollen Rücksichtnahme. Von seinem Ansatz her aber ist es eigentlich völlig ungeeignet, diese Fragen geringerer bzw. anders gearteter Vertrauensqualität zu beantworten.

6. Ergebnis

Die Auffassung nach der die Weitergabe von Kreditnehmerinformationen im Rahmen einer Forderungsabtretung zulässig sein soll, wenn und soweit der Kunde mit der Rückführung des Kredites in Verzug geraten ist, bzw. der Kredit kündigungsreif ist oder bereits gekündigt wurde, ist abzulehnen, weil sie weder das Wesen der Geheimhaltungsverpflichtungen angemessen berücksichtigt, noch sich in zulässiger Weise in die Strukturen des § 242 BGB - insbesondere nicht in die des Rechtsmissbrauches - einordnen lässt. Den Kategorien "Darlehensnehmer im Verzug", "sorgfältig ausgewähltes Inkassobüro" oder "Erfordernisse für ein funktionierendes Kreditgewerbe" kommt - jedenfalls im Hinblick auf das Bankgeheimnis - kein eigener Gehalt zu.

Entsprechende Überlegungen sind aber geeignet zu zeigen, dass es das dogmatisch starre Bankgeheimnis mit sich bringt, flexiblere Erfordernisse, die gegebenenfalls geeigneter sind, das schuldrechtliche Treueverhältnis zu kennzeichnen, zu verdecken. Der Wunsch, dieses Manko zu überwinden, zeigt, wie schwierig im Einzelfall der Umgang mit den Grundsätzen von Treu und Glauben sein kann, insbesondere wenn den betroffenen Rechtskreisen die dogmatische Weiterentwicklung selbst überlassen bleibt.

III. Die Bedeutung der ermittelten Ergebnisse für die Wirksamkeit der Abtretung

Bleibt man beim Verständnis des Bankgeheimnisses als weit reichender Verschwiegenheitspflicht, ist also eine Durchbrechung der Geheimhaltungspflicht für Abtretungsmaßnahmen und die damit verbundenen Verbriefungstechniken nicht möglich. Dies gilt entgegen der herrschenden Auffassung eben auch für notleidende Kreditbeziehungen. Die bisherigen Erörterungen betreffen dabei alleine die tatbestandliche Weite der Verschwiegenheitspflicht.

Es stellt sich dann aber nach wie vor die Frage, ob die in Rede stehenden Abtretungen nicht nur einen Bruch des Bankgeheimnisses darstellen, sondern ob sie als schuldrechtliche Verfügung unwirksam sind. Die Frage wird aus zwei

Blickwinkeln beleuchtet: Zum einen nach der Übertragbarkeit datenschutzrechtlicher Wertungen und zum anderen über die Gleichbehandlung mit anderen Sonderberufsgeheimnissen. Gemeinsam ist beiden diskutierten Ansätzen der Anknüpfungspunkt in § 134 BGB.

1. Zu § 134 Abs. 1 BGB

Die für die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes durch Verstoß gegen ein Verbotsgesetz geltenden Prinzipien sollen hier so kurz wie möglich rekapituliert werden.

a. Wesen der Norm

§ 134 BGB verwirft Rechtsgeschäfte, die im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen⁴²¹. Dabei ruft nicht jeder Normverstoß die Nichtigkeitsfolge hervor. Das Verhältnis von gesetzlicher und rechtsgeschäftlicher Regelung ist vielmehr differenzierter. Die Kernfrage ist die nach der Auslegung der Verbotsnorm ("wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt"). "Ein anderes" ergibt sich, wenn das Gesetz selbst *abschließend* die Sanktion seines Verstoßes anordnet⁴²²; zudem wenn der verletzte Normenkomplex selbst die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes außer Frage stellt oder das Aufrechterhalten des Rechtsgeschäftes dem Sinn und Zweck der Verbotsnorm besser gerecht wird⁴²³.

Die Auslegung des Verbotsgesetzes im Rahmen des § 134 BGB ist zu diesem Zwecke zweigestuft⁴²⁴. Zum einen ist zu ermitteln, ob das betreffende Gesetz den Inhalt oder die Vornahme eines Rechtsgeschäftes untersagen will, d.h. ob die Norm das Rechtsgeschäft als solches missbilligt. Davon zu unterscheiden ist die Frage auf zweiter Ebene, ob die Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB dem Sinn und Zweck des verletzten Gesetzes entspricht⁴²⁵. Dabei soll das Verbotsgesetz grundsätzlich an beide Parteien des Rechtsgeschäftes gerichtet sein⁴²⁶. Zudem kommt § 134 BGB nur bei zwingendem Recht zur Anwendung. Ist ein Rechtsgeschäft lediglich mit dispositivem Recht unvereinbar, gelten die betreffenden Normen als abbedungen⁴²⁷.

421 vgl. zum Ganzen nur die umfangreiche Kommentierung in MünchKomm/*Armbrüster*, BGB, § 134.

422 MünchKomm/*Armbrüster*, BGB, § 134, Rdn. 3; Beispiele finden sich in § 1238 Abs. 2 oder § 61 Abs. 1 S. 1 HGB; für die hier angestellte Untersuchung wird die Frage nach dem abschliessenden Charakter der Sanktionsnormen der §§ 43, 44 BDSG aufzuwerfen sein, vgl. unten 2.

423 MünchKomm/*Armbrüster*, BGB, § 134, Rdn. 1.

424 zur Verteidigung dieser Struktur vgl. MünchKomm/*Armbrüster*, BGB, § 134, Rdn. 42.

425 Staudinger/*Sack*, BGB, § 134, Rdn. 30, 34.

426 MünchKomm/*Armbrüster*, BGB, § 134, Rdn. 47.

427 vgl. exemplarisch BGH NJW 2000, 1187, 1188; BGH MDR 2000, 872, 873.

Vor der materiellen Auslegungsfrage stellt sich aber zunächst einmal das Problem, welche formelle Qualität einer Norm zukommen muss. Ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB kann jedenfalls in jedem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein. Uneinheitlich beantwortet wird die Frage, inwieweit hier alle Rechtsnormen im Sinne des Art. 2 EGBGB mit einzubeziehen sind⁴²⁸.

Die hier in Rede stehende Verbotsnorm ist das Bankgeheimnis. Fraglich ist, ob und wie die dogmatische Verknüpfung zu § 134 BGB herzustellen ist. Wie gezeigt ist das Bankgeheimnis nach herkömmlichem Verständnis ein gesetzliches Schutzpflichtverhältnis, das intersubjektiv zwischen den Beteiligten einer schuldrechtlichen Verbindung wirkt. Dritte sind von der Verpflichtung der Bank lediglich durch Reflexwirkungen betroffen. Die Informationsverweigerung ihnen gegenüber beruht nicht auf einem gegen Dritte wirkenden Recht⁴²⁹.

Eine relative Pflicht ist nicht Norm und damit Anknüpfungspunkt im Sinne des § 134 BGB. Die Vorschrift verwirft Rechtsgeschäfte, wenn die Objektivierung des Verstoßes eine hinreichende Rückkopplung in gesetzgeberischer Aktivität oder zumindest auf vergleichbarer Legitimationshöhe hat⁴³⁰. § 134 BGB überbrückt Differenzen zwischen Rechtsgeschäft und Gesetz. Er liefert keinen rechtlichen Maßstab für das Verwerfen des Rechtsgeschäftes aus sich heraus. Dies gilt unabhängig davon, ob man die Schutzpflichten einer vertraglichen oder außervertraglichen Kategorie zuordnet.

Einigkeit besteht aber jedenfalls darin, dass das gesetzliche Verbot nicht ausdrücklich erfolgen muss. Auch Gewohnheitsrecht kann daher "gesetzliches Verbot" im Sinne des § 134 BGB sein⁴³¹.

Hier zeigt sich also die zweite besondere Bedeutung, die der Qualifikation des Bankgeheimnisses anhand der Kategorie Gewohnheitsrecht zukommt⁴³². In der gewohnheitsrechtlichen Generalisierung liegt der Anknüpfungspunkt für die Übertragbarkeit der Unwirksamkeitsrechtsprechung. Es ist wichtig zu bedenken, dass das Bankgeheimnis über das Schutzpflichtverhältnis zwar immer noch an das Schuldverhältnis rückangekoppelt wird, weil die Entstehung der Sonderverbindung

428 Nachweise zur Auseinandersetzung bei MünchKomm/*Armbrüster*, BGB, § 134, Rdn. 30, Fn. 93.

429 Die Standardformulierung "Das Bankgeheimnis ist Recht und Pflicht" beruht auf der Norm des § 348 ZPO und wurde von dort einfach für die Gesamtstruktur übernommen, ohne zu meinen, was sie sagt. Ein beliebiger Dritter hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Information, deshalb braucht die Bank auch kein spezielles Abwehrrecht gegen das Informationsbegehren. Der Dritte ist lediglich reflexartig mit der Informationsblockade verbunden. Er kann versuchen, Informationen zu erhalten. Die Bank erfüllt mit ihrer Verschwiegenheit die Pflicht, die ihr gegenüber dem Kunden zukommt. Mit einem Recht zur Verschwiegenheit hat dies nichts zu tun.

430 Ein übersichtlicher Katalog der erfassten Normen findet sich bei Bamberger/*Roth/Wendland*, BGB, § 134, Rdn. 5 ff.

431 BGH NJW 1969, 750.

432 Es wurde ja bereits darauf hingewiesen, dass nur die gewohnheitsrechtliche Verfestigung in der Lage war, die Lücke zwischen Reichweite der gesetzlichen Schutzpflicht und tatsächlicher Struktur des Bankgeheimnisses zu schließen.

(sprich: Aufnahme des geschäftlichen Kontaktes) mit der Entstehung des gewohnheitsrechtlichen Schutzes parallel verläuft. Erst die gewohnheitsrechtliche Kategorie eröffnet aber den Anwendungsbereich des § 134 BGB. Erst die Gleichstellung mit dem legislatorisch legitimierten Rechtssatz ermöglicht es, die Vergleichbarkeit mit anderen Geheimhaltungspflichten zu diskutieren.

Die Argumente und Gedanken der jüngeren Diskussion, so sie nicht auf die gewohnheitsrechtliche Kategorie rekurren, können unabhängig davon Geltung beanspruchen. Es ist aber meines Erachtens zweckmäßig, sich der Anknüpfung des § 134 BGB gerade an einer gewohnheitsrechtlichen Regel laufend bewusst zu machen. Meines Erachtens kommt diesem Gedanken eine erhebliche Bedeutung für die Fehlervermeidung zu. Auf die Schwierigkeiten der Rechtsfolgenbegründung aus dem Gewohnheitsrechtssatz wurde ja bereits hingewiesen. In der neueren Diskussion haben sich entsprechende Risiken prompt verwirklicht⁴³³. Diesbezügliche Unklarheiten sollen nun exkursartig vorab behandelt werden.

b. Zu kurz greifende Rechtsfolgenermittlung aus dem Gewohnheitsrechtssatz

In den wenigen Fällen, in denen die Diskussion um Forderungsabtretung und Bankgeheimnis das Gewohnheitsrecht ausdrücklich berücksichtigt hat, schleichen sich zwei fehlerhafte Argumente ein:

- Die gewohnheitsrechtliche Kategorie sei nicht geeignet, ein Abtretungsverbot zu begründen, weil einem Rechtssatz nur dann Verbotscharakter zukomme, wenn er ein Rechtsgeschäft unmissverständlich verwerfe⁴³⁴. Dies soll nicht für das Bankgeheimnis gelten⁴³⁵.
- Zudem sei dem Bankgeheimnis (mit einigen wenigen Ausnahmen) gerade in der Vergangenheit kein Abtretungsverbot entnommen worden. Ein Verwerfen kollidierender Rechtsgeschäfte entspreche damit eben gerade nicht lang andauernder Übung der beteiligten Rechtskreise⁴³⁶.

Diese beiden Argumentationen bilden zwar die Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung⁴³⁷, sehen sich aber doch erheblicher Kritik ausgesetzt:

Das Argument, der Gewohnheitsrechtssatz verwerfe nicht explizit das Verfügungsgeschäft, verwechselt Auslegungsergebnis und Auslegung miteinander. Es ist ja gerade die gestellte Aufgabe herauszufinden, ob das Bankgeheimnis das

433 Dazu sogleich.

434 U.a. *Jobe*, ZIP 2004, 2415, 2418 und aus der Rechtsprechung zentral BGH NJW 2007 2106, 2108, jeweils gestützt auf die Kommentierung bei MünchKomm/Armbrüster, BGB, § 134 Rdn. 32.

435 MünchKomm/Armbrüster, BGB, § 134 Rdn. 32.

436 *Stiller*, ZIP 2004, 2027, 2030; *Nobbe* WM 2005, 1537, 1540.

437 BGH NJW 2007, 2106, 2107.

Rechtsgeschäft Abtretung verwirft. Erst durch Auslegung nach Sinn und Zweck des Bankgeheimnisses kann ermittelt werden, ob sich die Nichtigkeit der Verfügung anschließen muss, oder ob sich nicht "aus dem Gesetz ein anderes" ergibt.

Damit ergibt sich eine Schnittstelle zum zweiten Argument. Denn auch der Gewohnheitsrechtssatz ist der Auslegung zugänglich⁴³⁸. Wird es erforderlich, mit dem Rechtssatz eine neue Konstellation zu bewältigen, muss er systemgerecht und in logischer Fortentwicklung auf die neue Problemstellung angewendet werden. Natürlich gibt es dann kein Gewohnheitsrecht, das eine Lösung der neuen Konstellation vorsieht. Deshalb kann es beispielsweise für eine Fragestellung so bedeutend sein, dass Referenznormkomplexe existieren. An der Vergleichbarkeit lässt sich der Gewohnheitsrechtssatz, der bisher auf die gestellte Frage keine Antwort geben musste, für eine neu aufgeworfene Frage konkretisieren.

Für unseren Fall bedeutet das, dass eben auch eine Rechtsüberzeugung im Sinne einer ständigen, im Kern unwidersprochenen, Rechtsprechung existiert, nach der Abtretungen bei bestehender Geheimhaltungspflicht als unwirksam verworfen werden.

Demgegenüber verneinen beide obigen Argumente unzulässigerweise, dass eine Auslegung des Gewohnheitsrechtes überhaupt möglich ist. Die dringend erforderliche materiell-rechtliche Auseinandersetzung wird mit formalen Argumenten blockiert. Es ist aber gerade nicht entscheidend, ob die Rechtsgemeinschaft in der Vergangenheit beständig entsprechende Rechtsgeschäfte verworfen hat oder nicht. Es reicht, dass die logisch konsequente Anwendung eines gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtssatzes in einer bestimmten Konstellation dies erforderlich macht.

Die erste Auffassung ist also *petitio principii*. Die zweite dagegen überwindet die anerkannte Informationsblockade streng genommen mit dem Argument, dass ein nicht vorhandenes Problembewusstsein eine Rechtsüberzeugung begründet haben soll. Dabei bleibt unberücksichtigt, dass auch der Gewohnheitsrechtssatz einer Entwicklung hin zu einer rechtmäßigen Anwendung in neuen Anwendungsfällen offen steht.

c. Zwischenergebnis

Die neue Rechtsfrage ist an den bestehenden Gewohnheitsrechtssatz heranzutragen, weil dessen Anwendung konsequenter, systemgerechter Auslegung zugänglich ist. Wegen der Weite des Rechtssatzes ist dabei die Inbezugnahme vergleichbarer Fallgestaltungen wichtig, weil nur so rechtseinheitlich die maßgeblichen Kriterien herausgearbeitet werden können. Dies wird im Folgenden versucht.

438 *Larenz, Methodenlehre, 1991, S. 356 f.*

2. Datenschutzrechtliche Wertungen in Verbindung mit § 134 BGB.

Dass die datenschutzrechtlichen Wertungen nicht den entscheidenden Referenznormkomplex bilden dürfen, wurde bereits ausführlich erarbeitet⁴³⁹ und soll hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden.

3. Übertrag der Unwirksamkeitsrechtsprechung des BGH auf das Kreditgewerbe?

Nahe liegt es dagegen - und dies ist folglich auch die Systematik, an der sich die jüngere Diskussion entwickelt hat - die Ergebnisse der sogenannten Unwirksamkeitsrechtsprechung des BGH und damit die Strukturen, die in anderen Bereichen berufsrechtlicher Verschwiegenheitspflicht bestehen, auf die berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht des Bankgewerbes zu übertragen.

a. Überblick

Die Hauptproblematik der Informationsweitergabe bei bestehender Geheimhaltungspflicht liegt in folgendem Ansatz begründet:

"Ohne Zustimmung des Mandanten ist die Abtretung der Honorarforderung eines Rechtsanwaltes wegen der damit nach § 402 BGB verbundenen umfassenden Informationspflicht in der Regel nichtig".

Diese sogenannte Unwirksamkeitsrechtsprechung⁴⁴⁰ des BGH ist geeignet, in gleicher Weise auch die Frage nach der Wirksamkeit der Abtretung einer Bankenforderung aufzuwerfen.

Dabei sind die Parameter dieser Rechtsprechung vielfältig. Zur Einführung in die Thematik sei ein kurzer - um die vorerst vernachlässigbaren, zahllosen Ausdifferenzierungen bereinigter - Überblick gegeben:

Grundsätzlich gilt: Das Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ist § 203 Abs. 1 StGB, in dem die jeweiligen Geheimhaltungspflichten in Katalogform enthalten sind. Die Einordnung dieser Norm als Verbotsgesetz bedeutet nach der ständigen Rechtsprechung nicht lediglich die Nichtigkeit der Verpflichtungsverträge, die im Zusammenhang mit der unzulässigen Weitergabe von Informationen stehen. Aus der Weitergabeverpflichtung des § 402 BGB leitet sich die Unwirksamkeit der Abtretungsverfügung selbst ab. Dabei differenziert diese Rechtsprechung nicht danach, ob die Forderungen rückständig sind oder nicht.

Bei der folgenden Diskussion soll an der grundsätzlichen Richtigkeit und Akzeptanz der Unwirksamkeitsrechtsprechung als Prämisse der Untersuchung nicht

439 So jetzt auch der BGH NJW 2007, 2106, 2108 gestützt auf § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG.

440 Vgl. dazu ausführlich *Otto*, Die Abtretung eines Anwaltshonorars an einen Dritten, 2002, passim und *Berger*, NJW 1995, 1584 ff.;

gerüttelt werden. Diese ist hinreichend diskutiert und im Prinzip einhellig anerkannt worden. Es wird auf die umfangreichen Darstellungen zu diesem Themenkomplex verwiesen⁴⁴¹. Literatur und Rechtsprechung sind sich in den hier relevant werdenden Punkten über Sinn und Struktur des Ansatzes weitestgehend einig. In Frage gestellt wird im Folgenden also lediglich der Schritt der Übertragung auf die Geheimhaltungspflicht im Kreditgewerbe.

Dazu werden jeweils die einzelnen Kriterien, die der Rechtsprechung zugrunde liegen, herausgearbeitet und dann auf ihre Vergleichbarkeit hin untersucht.

b. § 203 Abs. 1 StGB als Verbotsgesetz

Im Zentrum der Unwirksamkeitsrechtsprechung steht die Norm des § 203 Abs. 1 StGB. Die maßgeblichen Bewertungs- und Auslegungsmaßstäbe sind hier bereits ausführlich ermittelt worden⁴⁴².

c. 402 BGB als entscheidende Kollisionsnorm

Es wird - wenigstens in der Rechtsprechung - die bereits erwähnte Zweistufigkeit des Abtretungsvorganges, also Weitergabe von Information durch den Vertrag selbst, § 398 BGB, und Intensivierung⁴⁴³ bei tatsächlicher Weitergabe, § 402 BGB, durchaus berücksichtigt. Das entscheidende Kriterium für die Unwirksamkeit soll nicht die Tatsache sein, dass *bei Vertragsschluss* die Informationen weitergegeben werden müssen, die der Bestimmtheitsgrundsatz fordert. Maßgeblich soll vielmehr sein, dass sich der Zedent mit der Abtretung gemäß § 402 BGB zur Weiterleitung der zur Durchsetzung der Forderung nötigen Informationen verpflichtet⁴⁴⁴. § 402 BGB wird auf diese Weise eine tragende Rolle bei der Konstruktion der verfügungsrechtlichen Unwirksamkeit zugeschrieben. *Otto* spricht von der "Schlüsselfunktion" des § 402 BGB⁴⁴⁵. Damit wird den hier erarbeiteten Begrenzungsmöglichkeiten des Informationsflusses auf der Ebene des Vertragsschlusses Rechnung getragen. Die Unwirksamkeit wird nicht aus der *tatsächlichen*, sondern der *möglichen* Informationsweitergabe nach § 402 BGB

441 MünchKomm/*Armbrüster*, BGB, § 134 Rdn. 54 unter Hinweis auf BGH NJW 1991, 2955, 2956; BGH NJW 1996, 775 f.; BGH NJW 2005, 1505, 1506.

442 Vgl. oben Kapitel 6 II. 6.

443 *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, S. 183 a.E. sprechen für das Bankgeheimnis von "*Vergrößerung* der Verletzung der Geheimhaltungspflicht".

444 MünchKomm/*Armbrüster*, BGB, § 134 Rdn. 54 und der BGH, vgl. Fn. 454.

445 *Otto*, Die Abtretung des Anwaltshonorars an einen Anwalt, 2002, S. Kap. 4: Einordnung des 402; Diese Auffassung ist aber nicht unbestritten. Ebenso finden sich Autoren, die dem Informationsfluss bei Abtretung die verfügungsrechtliche Wirkung zuschreiben, vgl. etwa *Wütz-Bergmann*, Die Abtretung von Honorarforderungen schweigepflichtiger Gläubiger, 1993, S. 44 ff.; *Mankowski*, JZ 1994, 48, 50.

hergeleitet. Die Möglichkeit einer Differenzierung zwischen den einzelnen Stufen des Abtretungsprozesses wird aus teleologischen Gründen abgelehnt. Entscheidend sein soll - und dies leuchtet im Hinblick auf das drohende Verletzungspotential einer denkbaren, problematischen Liquiditätssituation ein - alleine die potentiell mögliche Weitergabe. Dies ist der *rechtliche* Konflikt, der den bereits dargestellten Auffassungen entgegentritt, die beispielsweise für eine Schwärzung von Daten als Legitimationsmöglichkeit eintreten.

d. Übertrag auf das Bankgeheimnis

Die jüngere Diskussion sieht keine andere Möglichkeit, als die Frage nach der Unwirksamkeit in ihrer überkommenen Form an die "neue" Konstellation heranzutragen. Dies würde unweigerlich zur Unwirksamkeit der Abtretung führen. Um die Wirksamkeit der Abtretung zu erhalten, entsteht das Erfordernis, den Blick auf etwaige Besonderheiten des Kreditgewerbes zu lenken⁴⁴⁶. Der entscheidende Unterschied wird gesucht. Mit einer gewichtigen Ausnahme⁴⁴⁷ bleiben Literatur und Rechtsprechung bei dieser Herangehensweise aber bei einem Blick auf die zu übertragenden Daten stehen. In der graduellen Unterscheidung der Sensibilität der Daten (ein an sich schon schwieriges Abgrenzungskriterium, weil sein objektivierbarer Kern nur sehr begrenzt sein kann) und im rein formalen Fehlen des Bankgeheimnisses im Katalog des § 203 Abs. 1 StGB werden die entscheidenden Unterschiede zwischen den verschiedenen Geheimhaltungspflichten gesehen. Eine grundsätzliche, strukturell-kritische Auseinandersetzung wird nicht versucht.

Grund der Entwicklung der Unwirksamkeitsrechtsprechung ist aber das unzulässige Überwinden einer Informationsblockade. Die gesetzlichen Typisierungen des Geheimhaltungsrechtes verleihen der Einzelfallsensibilität der jeweiligen Information absolute Bedeutungslosigkeit. Deshalb ist die gesamte Rechtsprechung abstrakt und typisiert. In keinem der Fälle wird ausgeführt, welche prekäre Sachverhaltskonstellation letztlich beispielsweise durch die Abtretung einer Anwaltsforderung der anwaltlichen Verrechnungsstelle zugespielt wurde. Die Frage nach der Persönlichkeitsverletzung ist aber alleine auf obligatorischer Seite zu beantworten. Wird sie bejaht, hat dies zwingende Konsequenzen für die verfügungsrechtliche Seite. Die Informationen einer Bank können gegebenenfalls weitaus sensibler sein als die eines Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers, aber auch als die eines Anwaltes oder Arztes.

446 Vgl. exemplarisch LG Frankfurt a.M. WM 2005, S. 1120, 1123 und grundlegend *Koberstein-Windpassinger*, WM 1997, 473, 479.

447 *Cahn*, WM 2004, 2041, passim, der zwar zur Unterstützung seiner Argumentation ebenfalls die fehlende Vergleichbarkeit der Datensensibilität in den unterschiedlichen Lebensbereichen bemüht, die ihren Ausdruck in der strafrechtlichen Sanktion gefunden haben soll (S. 2049), im Übrigen aber über diesen Ansatz hinausgeht, vgl. dazu sogleich.

Wie gesagt: Grund für die Unwirksamkeitsrechtsprechung ist die durch gesetzliche Regelung beabsichtigte Informationsblockade⁴⁴⁸. Diese ist nach bisherigem Verständnis des Bankgeheimnisses, das sich wie gezeigt strukturell völlig deckungsgleich zum sonderberufsrechtlichen Geheimhaltungsschutz entwickelt hat, völlig vergleichbar. Auch ist die Strafbewehr nicht das entscheidende Kriterium. Nach den Materialien sind zwar Strafnormen typischerweise dazu angetan, den Anwendungsbereich des § 134 BGB zu eröffnen, weil ihr absoluter Charakter eine Auslegung als Verbotsnorm zwingend nahe legt. Das ändert aber nichts daran, dass auch das Bankgeheimnis in seiner überkommenen Form, den Informationsfluss vermeiden will und daher das Auslegungsergebnis zwingend parallel verlaufen muss. Dieser Gedankengang kann anschaulich gemacht werden, wenn man die Frage stellt, ob die Unwirksamkeitsrechtsprechung des BGH auch an den Verschwiegenheitspflichten der Berufsordnungen hätte entwickelt werden müssen. Sicherlich ist die beteiligte Instanzenrechtsprechung gerade durch die Strafbewehr für die Problematik besser sensibilisiert worden. Die prinzipielle Informationsblockade hätte aber auch ohne Strafbewehr in einer verfügungsrechtlichen Unwirksamkeit umgesetzt werden müssen. Der inzwischen weit verbreiteten Auffassung, die eine Übertragbarkeit der Unwirksamkeitsrechtsprechung wegen der fehlenden Strafbewehr ablehnt, kann demnach nicht gefolgt werden.

e. Abweichende Bewertung durch besondere Gestaltung?

Bleibt noch zu prüfen, ob besondere Gestaltungen und Umstände geeignet sind eine andere rechtliche Bewertung zu rechtfertigen.

aa. Bedeutung einer etwaigen Geheimhaltungspflicht des Zessionars

Zunächst ist in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen, inwieweit es von Bedeutung sein kann, dass auch der Empfänger der Information der Geheimhaltungspflicht unterliegt⁴⁴⁹ bzw. denkbar wäre - abgemildert für das Bankgewerbe - eine Sonderbehandlung zu rechtfertigen, weil der Empfänger doch zumindest gleichwertigen aufsichtsrechtlichen Regelungen unterliege, wenn an ein anderes Kreditinstitut im Sinne des KWG abgetreten wird. Denn eine entsprechende Ausdehnung sieht beispielsweise auch das Datenschutzrecht mit § 39 BDSG vor,

448 Vgl. zum Beispiel BGH WM 1993, 1009, 1010.

449 Hieraus leiten Rechtsfolgen ab *Koberstein-Windpassinger*, WM 1997, 473, 481; *Langenbacher*, BKR 2004, 333, 334; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1565; *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1574; *Stiller*, ZIP 2004, 2027, 2030; *ZBB* 2004, 165, 170 f.; *Theewen*, WM 2004, 105, 114.

wobei auf die Begrenztheit der Übertragbarkeit der dort geltenden Grundsätze auf das Geheimnisschutzrecht bereits hinreichend hingewiesen wurde.

Aber zunächst einmal ist die Geheimhaltungspflicht blind für besondere Qualitäten des Informationsempfängers. Ein höheres Maß an Diskretion im Rahmen der Durchbrechung ist immer noch eine Durchbrechung. Sollen hier Beschränkungen vorgenommen werden bedürfen diese wie jede andere Durchbrechung auch einer legislatorischen (bzw. AGB-rechtlichen) Entscheidung. Eine entsprechende Möglichkeit, wie sie - bei aller abgewogener Zurückhaltung der jetzigen Regelung - mit der Norm des § 49b Abs. 4 BRAO bei Rechtsanwälten mittlerweile vorgesehen ist, fehlt für das Bankgeheimnis. Auch eine entsprechende pauschale Übertragung der dort gefundenen Lösung (und damit Gesetzgeberwertung) auf das Kreditgewerbe verbietet sich, weil die Abtretungsmöglichkeit der Tatsache geschuldet ist, dass die Forderung - wenn überhaupt - nur an einen Empfänger mit Anwaltslizenz und damit äquivalenter, gesetzlich auferlegter Verschwiegenheitspflicht zulässig ist. Wird diesbezüglich dennoch darauf hingewiesen, dass beim Übertrag von Krediten an Banken doch wenigstens auch die Empfängerinstitute Verschwiegenheitsverpflichtet seien⁴⁵⁰, übersieht diese Auffassung dreierlei:

- Erstens unterliegen die betroffenen Geschäfte bei der inländischen Empfängerbank gerade keiner speziellen Aufsicht im Hinblick auf die Kundeninteressen, sondern lediglich der allgemeinen Risikostrukturkontrolle, was schon alleine zu fehlender Vergleichbarkeit führt und
- zweitens findet die Veräußerung regelmäßig an ausländische Investoren statt, was bedeutet, dass die aufsichtsrechtliche Vergleichbarkeit ohnehin in Frage gestellt werden muss und sich zumindest keine rechtssichere grundsätzliche Bewertung der Abtretungsfrage daran ausrichten lässt, was
- drittens von der Erwägung gestützt wird, dass Hauptinvestoren in Verbriefungen amerikanische Investmentbanken und Private Equity Fonds sind, die - zumindest bis in die jüngere Vergangenheit - überhaupt keiner Aufsicht unterlagen.

Eine Vergleichbarkeit mit den ebenfalls geheimhaltungspflichtigen Rechtsanwälten verbietet sich daher.

bb. Hinreichende Sanktion Schadensersatz

Vereinzelte ist in der Diskussion das Argument aufgeworfen worden, ein Verwerfen der Wirksamkeit der Abtretung sei schon alleine deshalb nicht erforderlich, weil dem durch den Geheimnisbruch Verletzten mit dem aus der Verletzung

450 Vgl. soeben Fn. 446.

resultierenden Schadensersatzanspruch eine Kompensation geboten werde. Einer darüber hinausgehenden Sanktion bedürfe es nicht⁴⁵¹.

Dagegen ist zunächst einmal einzuwenden, dass der pauschale Hinweis auf eine etwaige Schadensersatzpflicht unberücksichtigt lässt, dass der Nachweis eines materiellen Schadens dem Bankkunden regelmäßig nicht gelingen wird. Zudem ist zweifelhaft, inwieweit die Sekundärpflichten hier das Auslegungsergebnis auf der primären Ebene beeinflussen können. Es ist ja gerade das Wesen der Geheimhaltungspflicht, dass ihr nahezu ausschließlich ein immaterieller Gehalt zukommt, der nur in Ausnahmekonstellationen zur Geltung kommt, in denen der Geheimnisbruch den Verletzten vermögensschädigenden Dritthandlungen aussetzt, die dem Verletzer zurechenbar sind⁴⁵².

Dieses Ergebnis bestätigt auch ein Abgleich mit den zu § 134 BGB erarbeiteten Fallgruppen. Prinzipiell wird zwar anerkannt, dass Sanktionsmaßnahmen, so sie denn geeignet sind hinreichende Kompensation - sprich eine Zweckerreichung ohne Verwerfen des Rechtsgeschäftes - zu bieten, zum Erhalt des Rechtsgeschäftes führen können. Eine Berücksichtigung der Kompensation durch Schadensersatz findet sich hier allerdings nicht. Diskutiert werden ausschließlich gesonderte Sanktionen wie verwaltungs-, straf- oder standesrechtliche Maßnahmen⁴⁵³.

f. Erfordernis der Verbriefungen

Zuletzt soll hier das Argument genannt werden, dass ein funktionierendes Kreditwesen schlicht auf die Verbriefungstechniken angewiesen sei⁴⁵⁴. Dieses Argument ist dogmatisch schwer zu fassen, weil im jeweiligen Kontext nie ganz deutlich wird, was eigentlich die Konsequenzen dieser Auffassung sein sollen. Soll deshalb das Bankgeheimnis in seinen Grenzen beschränkt werden? Oder zielt die Argumentation alleine darauf, die Wirksamkeit des Forderungsüberganges zu erhalten? Dennoch ist es das wichtigste Argument der gesamten Diskussion. Es besteht aus zwei Elementen: Da ist zum einen der Blick auf die Bilanz des einzelnen Instituts und der positive Effekt, den die Risikoverlagerung unmittelbar nach sich zieht. Da ist zum anderen der Blick in einem globalisierten Markt auf die - insbesondere US-amerikanische - Konkurrenz, die in großem Stil ihre Eigenkapitalkosten und damit ihre Konkurrenzfähigkeit verbessert.

Diese Aspekte haben die Auseinandersetzung um Abtretung und Bankgeheimnis stets als Motivationsgrundlage gefördert und ihr über die schwierigsten Klippen hinweggeholfen. Die Anziehungskraft des Arguments hat die

451 LG Frankfurt a.M. ZIP 2005, 115, 116.

452 Wie beispielsweise in dem populären, aber eben auch singulären Fall Leo Kirch ./.. Deutsche Bank AG.

453 Einen guten Überblick bietet hier Staudinger/Sack, BGB, § 134 Rdn. 79.

454 *Früh*, WM 2000, 497, 503; *Jobe*, ZIP 2004, 2415, 2418; *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, 1560; *Toth-Feher/Schick*, ZIP 2004, 491, 494.

bankenfreundliche Literatur und in deren Gefolge die Gerichte auf die soeben geschilderte Suche nach einer vertretbaren Lösung des Problems gehen lassen. In dieser Triebkraft erschöpft sich dann allerdings auch der Wert des Arguments. Denn inhaltlich ist es zu vage, als dass sich aus ihm alleine juristisch tragfähige Konsequenzen ableiten ließen. Eine Motivation - sei sie nun völlig unbegründet oder nicht - mag dazu führen können, dass die beteiligten Rechtskreise, wenn die rechtlichen Rahmenbedingungen nicht vorliegen, für diese rechtlichen Rahmenbedingungen streiten. Hiervon zeugen anschaulich die geschilderten Bemühungen der True-Sale-Initiative. Die Motivation kann aber die rechtliche Begründung als solche nicht ersetzen. Deshalb kommt es in der Ablehnung der Auffassung vom "funktionsfähigen Verbriefungs- bzw. Kreditmarkt" überhaupt nicht darauf an, dass die in Rede stehenden Produkte letztlich weltweit zu fundamentalen Liquiditätsengpässen geführt haben und damit zum Sinnbild eines völlig funktionsunfähigen Marktes geworden sind. Entscheidend ist diesbezüglich alleine, dass das Argument ohne rechtliche Umsetzung bei der unflexiblen rechtlichen Struktur des Bankgeheimnisses keine dogmatische Wirkung entfalten kann.

4. Ergebnis

Die strafrechtliche Sanktion ist - entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofes - nicht das maßgebliche Kriterium für die Annahme einer Unwirksamkeit der Abtretung sondern die Annerkennung der bereichsbezogenen Geheimhaltungspflicht an sich. Daneben ist auch die typisierte Sensibilität der Daten nicht entscheidend. Das wichtigste, in jüngerer Zeit zur Diskussion gestellte Argument, das für die Ungleichbehandlung der sonstigen Sonderberufsgeheimnisse mit dem Bankgeheimnis streitet, läuft demnach leer. Daneben vermag der Wunsch nach einem florierenden Verbriefungsmarkt alleine die Durchbrechung der Geheimhaltungspflicht nicht zu legitimieren. Dies gilt völlig unabhängig vom völligen Kollaps des Verbriefungsmarktes, der von den Protagonisten der Märkte offenkundig nicht antizipierbar war. Nach hier vertretener Auffassung ist damit aber das letzte Wort über die Unwirksamkeit der Abtretung noch nicht gesprochen.

Kapitel 8 Offene Fragen und Notwendigkeit einer gedanklichen Neuausrichtung

Die Ausführungen zeigen, dass sich die Diskussion in einer Sackgasse festgefahren hat, in der auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes keine Abhilfe schaffen konnte⁴⁵⁵. Das befremdliche Ergebnis der Unzulässigkeit von Forderungsabtretungen bei gleichzeitigem Erhalt ihrer Wirksamkeit bleibt. Das liegt nicht zuletzt daran, dass die Abstraktion der Frage "Forderungsabtretung und Bankgeheimnis" aus dem Kontext der betroffenen Geschäftsmodelle nicht abschließend gelungen ist. Vielfalt und Komplexität der Gestaltungen haben hier einzelfallorientierte Betrachtungen gefördert. Das Fehlen von Abstraktion gilt dann erst recht für die bereits eingangs angedeutete Frage, nach welchen Kriterien sich allgemein die Wahrnehmung von Eigeninteressen bei Kreditinstituten zu richten hat.

Die dringendste hier nach wie vor aufgeworfene Frage ist die nach der bereichsspezifischen Angemessenheit der Starrheit der kreditgewerblichen Verschwiegenheitspflicht. Die umfangreichen Bemühungen, den Verstoß gegen die Geheimhaltungspflicht in den Griff zu bekommen, sind - jedenfalls im Bereich intakter Kreditbeziehungen - letztlich erfolglos geblieben. Nur der Wunsch zur Vermeidung eines Zusammenbrechens von Transaktionen in Milliardenhöhe hat zugleich die Verfügung aufrecht erhalten. Auch eine solche Vorgehensweise hat natürlich ihre bankpraktische Berechtigung. Wären sämtliche Bankentransaktionen höchststrichterlich für unwirksam erklärt worden, wären die Konsequenzen unabsehbar gewesen, gegebenfalls noch abrupter und damit gravierender als die schrittweise Realisierung der verschobenen Risiken. Andererseits ermutigt das gefundene Ergebnis des BGH leider für die Zukunft die Kreditinstitute weiter zur Informationsweitergabe bei rechtlich unwägbaren Rahmenbedingungen⁴⁵⁶.

455 Vgl. als Veröffentlichungen, die die gefundenen Lösungen nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes wieder grundsätzlich in Frage stellen: *Reifner*, BKR 2008, 142 ff.; *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472 ff.

456 Bedenklich ist dies nicht zuletzt für öffentlich-rechtliche Institute, bei denen nach wie vor dringlich die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Hinblick auf die allgemeine Akzeptanz der Amtsträgereigenschaft im Sinne des § 203 Abs. 1 StGB in Verbindung mit § 11 Nr. 2 StGB aufgeworfen ist. Die Bejahung der Verletzung durch den Bundesgerichtshof müsste zwangsläufig die Strafbarkeit von Sparkassen und Landesbankenvorständen nach sich ziehen, auch wenn dies in der Literatur mit einmütiger Zielorientierung verneint wird. Vgl. in diesem Sinne zur Strafbarkeit von Sparkassenvorständen beim Verkauf notleidender Kredite statt aller *Schalast/Safran/Sassenberg*, NJW 2008, 1486 ff.

I. Die Einordnung des Bankgeheimnisses als berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht

Es muss deshalb hier die bereits zu Beginn aufgeworfene Frage nach den Prinzipien der Wahrnehmung von Eigeninteressen durch Kreditinstitute noch einmal aufgenommen werden.

Es ist gezeigt worden, dass die Argumente und Diskussionsbeiträge im Wesentlichen von der Grundannahme ausgehen, dass das Bankgeheimnis als analoge Entwicklung einer Verschwiegenheitsstruktur verstanden werden muss. Das Bankgeheimnis ist also von seinem historischen Ausgangspunkt "ein aus geschäftlichen Erwägungen erforderliches Vertrauensangebot des Kaufmanns" in das dogmatische Fahrwasser der Verschwiegenheitspflichten geraten. Nur so konnte das Kernargument der heutigen höchstrichterlichen Rechtsprechung entstehen, wonach gerade die unterschiedliche Sensibilität von Daten die Unterschiede zwischen dem Bankgeheimnis und den Verschwiegenheitspflichten im Katalog des § 203 Abs. 1 StGB ausmachen soll⁴⁵⁷. Damit bleibt immer noch die ganz grundsätzliche Frage im Raume, ob dieser pauschale Analogieschluss auf das Kreditgewerbe überhaupt richtig war. Die Qualität der weiter gegebenen Daten betrifft den Gegenstand, nicht aber die Struktur der Geheimhaltungspflicht. Dagegen haben die Probleme der Vergleichbarkeit der Materie und der grundsätzlichen Orientierung an den Geheimhaltungsverpflichtungen der Freiberufler bisher nicht im Kern der Diskussion gestanden.

1. Die Auffassung Cahns als Ausnahme

Eine ganz wichtige Ausnahme bildet hier die Ansicht *Cahns*, der bereits im Frühstadium der Diskussion nach den Gründen für eine weit und absolut verstandene Verschwiegenheitspflicht fragt und so erste Zweifel an der Daseinsberechtigung eines absolut verstandenen Bankgeheimnisses aufwirft⁴⁵⁸. Im Folgenden ist der Gedankengang *Cahns* nur insoweit wieder gegeben, als er hier noch nicht erörterte Fragen betrifft⁴⁵⁹.

457 BGH NJW 2007, 2106, 2108.

458 *Cahn*, WM 2004, 2041, 2042 f.

459 Insbesondere findet sich in der Ausarbeitung *Cahns* auch die Grundlagen zur später vom Bundesgerichtshof aufgegriffenen Argumentation der fehlenden Vergleichbarkeit der Datensensibilität im Vergleich zwischen Ärzten bzw. Rechtsanwälten und dem Kreditgewerbe, vgl. bereits oben.

a. Gedankengang

Cahn stellt zunächst heraus, dass sich in der dogmatischen Ausarbeitung der kreditgewerblichen Geheimhaltungspflicht "wenig Erhellendes" zu den Ursachen einer weit verstandenen Verschwiegenheitspflicht finden lasse⁴⁶⁰. Dabei sei es nicht ohne Weiteres einsichtig, warum dem Bankgeheimnis eine Ausprägung zukomme, die das Verbot einer Weitergabe von Kundeninformationen zur Wahrnehmung bankeneigener Zwecke bedeute. Er macht es sich dann in der Folge zur Aufgabe, von ihm so bezeichnete *immanente Grenzen* des Bankgeheimnisses herauszuarbeiten⁴⁶¹.

aa. Ausgangspunkt: Strukturelle Erwägungen

Cahn geht dabei zunächst von der Erwägung aus, das Bankgeheimnis solle den Kunden nicht von der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung entbinden. Die Bank sei ja auch ohne Zustimmung des Kunden befugt, ihre Forderungen gerichtlich geltend zu machen und dabei Tatsachen über die Geschäftsbeziehung offenzulegen, soweit dies für die Durchsetzung ihrer Rechte erforderlich sei. Dies sei mit der Ausnahme vergleichbar, die in der Rechtsprechung für die Schweigepflichten des Katalogs des § 203 Abs. 1 StGB anerkannt sei. In diesem Zusammenhang sei die immanente Grenze des Bankgeheimnisses lediglich so offensichtlich, dass sie keiner besonderen Begründung bedürfe. Sie zeige aber, dass ganz allgemein immanente Grenzen von Geheimhaltungspflichten auch im Rahmen der Verwertung von Forderungen anerkannt sein müssen⁴⁶².

Soweit sich in der Diskussion aus dem Zweck der Geheimhaltung heraus überhaupt Argumente für eine weit verstandene Geheimhaltungspflicht finden ließen, sei dies das Angewiesensein jedes Bürgers auf die Geschäftsbeziehung zur Bank⁴⁶³. Gegen die argumentative Kraft dieses Schlusses spreche jedoch, dass zum einen die Entwicklung der Geheimhaltungspflicht aus einer Zeit herrühre, als dieses Angewiesensein noch gar nicht bestand, weil das Konto nicht Grundlage der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben war, und zum anderen die Bürger auch auf andere schuldrechtliche Verträge wie Mietverhältnisse angewiesen seien, ohne dass in diesem Zusammenhang vergleichbare Geheimhaltungspflichten bestünden⁴⁶⁴.

Des weiteren unterscheide sich die Position der Bank grundsätzlich nicht von der jedes anderen Gläubigers, der einen Kredit gewähre. Die dabei gewonnenen

⁴⁶⁰ *Cahn*, WM 2004, 2041, 2042.

⁴⁶¹ *Cahn*, WM 2004, 2041, 2045 ff.

⁴⁶² *Cahn*, WM 2004, 2041, 2046.

⁴⁶³ *Cahn*, a.a.O., S. 2043, unter Bezugnahme auf *Steindorff*, Zivilrechtliche Grundlagen des Bankgeheimnisses, ZHR 149 (1985), S. 152.

⁴⁶⁴ *Cahn*, a.a.O., S. 2043.

Informationen schlössen ja auch nicht aus, dass die Forderung weiter abgetreten werde⁴⁶⁵.

bb. Ausgangspunkt: Sonstige "anerkannte" Grenzen

Zur Bestätigung dieses Ansatzes führt Cahn dann enumerativ Fälle auf, in denen anerkannterweise Maßnahmen der Bank unter Weitergabe von Kundeninformationen vollzogen werden⁴⁶⁶. Auch hier handele es sich um *immanente Grenzen* des Bankgeheimnisses. Er nennt hier zum einen Umstrukturierungsmaßnahmen wie Fusionen oder Unternehmenskaufverträge unter Beteiligung von Banken (und in diesem Zusammenhang vor allem die diesbezüglichen Offenlegungserfordernisse in dem die Investitionsentscheidung begleitenden Prüfverfahren⁴⁶⁷) und zum anderen die Auslagerung von Unternehmensteilen (Outsourcing), § 25 a Abs. II Satz 1 KWG⁴⁶⁸.

b. Kritik

Allerdings können meines Erachtens die vorgebrachten Argumente bzw. Beispiele nicht abschließend überzeugen.

aa. Einheitliche Behandlung als "Forderungsverwertung"

Gegen den Schluss von der bankeneigenen Geltendmachung der Forderung im Prozess auf die Abtretung an Dritte spricht, dass *Cahn* auf diese Weise versucht, über den Begriff der *Verwertung* einen gemeinsamen Nenner beider Vorgehensweisen zu finden. Dieser ist den beiden Kategorien allerdings nicht zueigen. Denn Durchsetzung und Verwertung unterscheiden sich grundsätzlich. Die Durchsetzung respektiert die Relativität des Bank-Kunde-Verhältnisses und es ist lediglich Ausdruck der auf den Staat übertragenen Durchsetzungshilfe, dass es im Hinblick auf die Öffentlichkeit eines etwaigen Prozesses zur Publikmachung von Informationen kommt. Dabei sind die Verwerfungen durch den Öffentlichkeitsgrundsatz bisher nicht so inakzeptabel gewesen, dass den Geheimhaltungspflichten ein nicht öffentlicher Prozess für die Geltendmachung von Ansprüchen an die Seite gestellt wurde.

465 *Cahn*, a.a.O., S. 2044.

466 *Cahn*, a.a.O., S. 2045.

467 Zu dieser Unumgänglichkeit vgl. bereits oben Kapitel 3 II. 5. a.

468 *Cahn*, a.a.O., S. 2045.

bb. Das Angewiesensein auf die Bankverbindung

Soweit *Cahn* das Angewiesensein auf die Bankverbindung im modernen Wirtschaftsleben als nicht hinreichendes Argument identifiziert, kann sich dem getrost angeschlossen werden. Nicht ausreichend ist dagegen die Bewertung *Cahns*, dieses sei im Rahmen der Diskussion um den Zweck der Geheimhaltungspflicht das einzige überhaupt anzutreffende Argument. Der Zweck der Geheimhaltungspflicht liegt im Bereitstellen eines Ordnungsrahmens für die Abwicklung von Geschäften mit Kreditinstituten. An *dieser* Zweckrichtung muss sich eine die absolute Weite des Schutzes verneinende Argumentation messen lassen.

cc. Die Ungleichbehandlung mit anderen Kreditgebern

Soweit *Cahn* annimmt, eine drohende Ungleichbehandlung mit anderen - nicht geheimhaltungspflichtigen - Kreditgebern rechtfertige die Zulässigkeit der Abtretung, lässt dieses Argument sämtliche sektoriellen Besonderheiten des Kreditgewerbes außer Acht. Dies ist ohne gesonderte Erläuterung bzw. Begründung sicherlich vorschnell. Dem Argument kommt aber ein besonderer Wert zu, weil es den Blick auf den Austauschvertrag Darlehen lenkt. Es soll später noch untersucht werden, wie sich das Kreditgeschäft zu den sonstigen Geschäftsmodellen der Banken verhält⁴⁶⁹.

dd. Sonstige anerkannte Konstellationen

Unzutreffend ist jedenfalls auch die Annahme, eine Vielzahl anderer Durchbrechungskonstellationen sei anerkannt. Diese "anerkannten Durchbrechungskonstellationen" teilen das Schicksal der Forderungsabtretung in dem Punkte, dass in der Vergangenheit keinerlei Sensibilität für die Problematik bestand. Die "Anerkennung" beschränkt sich denn auch auf zwei Stellungnahmen aus der Literatur⁴⁷⁰, die allerdings bereits in der Phase nach Erlass der einstweiligen Verfügung durch das OLG Frankfurt verfasst wurden.

Zugleich ist auch eine Übertragung des Rechtsgedankens des § 25 a Abs. II Satz 1 KWG nicht möglich. Zwar war bei dieser Durchbrechungsmöglichkeit bei Normerlass das erforderliche Problembewusstsein gegeben⁴⁷¹. Die von der Norm als Ausnahme eröffnete Durchbrechungskonstellationsstellung stellt aber eben auch eine nicht verallgemeinerbare, gezielte gesetzgeberische Ausnahme von der Geheimhaltungspflicht dar.

⁴⁶⁹ Sogleich unten Kapitel 8 II.

⁴⁷⁰ *Cahn*, a.a.O., S. 2045, Fn. 45.

⁴⁷¹ Vgl. die Erläuterungen im BaKred Rundschreiben 11/2001 vom 06. Dezember 2001.

3. Fazit

Obwohl *Cahn* zunächst über die soeben diskutierten Argumentationen einen eigenständigen Ansatz geht, ergänzt auch er seine Argumentation mit dem Gedanken, dass eine weitgehende Beschränkung der Informationsweitergabe auf Seiten der Gläubigerbank geeignet sei, ihre Gläubigerinteresse über Gebühr zu beeinträchtigen, ohne dass dies durch legitime Belange des Kunden gerechtfertigt wäre⁴⁷². In gleichem Maße wie die übrige Literatur und die heutige Rechtsprechung lenkt er die Argumentation auch ebenfalls auf die vermeintlich fehlende Schutzwürdigkeit des Kunden⁴⁷³ und das dringende Erfordernis der Abtretungsmaßnahmen.

Damit bleibt auch er - trotz seiner klar aus der Vielzahl der Bemühungen hervorstechenden Ansätze - in struktureller Verbundenheit den überkommenen geheimhaltungsrechtlichen Strukturen verhaftet. Doch trägt er über den Begriff der *immanenten Begrenzung* die wesentliche Erkenntnis bei, dass gegebenenfalls ein Blick auf Wurzel, Ursprünge und Motivation der Geheimhaltungspflicht im Kreditgewerbe aufschlussreiche Erkenntnisse für einen Ansatz zur Lösung des Problems bieten können. Zugleich lenkt er den Blick über die Frage nach der Selbstverständlichkeit der Wahrnehmung von Gläubigerrechten auf die besondere Problemlagerung, die sich aus der Verknüpfung der Begrenzungsfragen mit dem Rechte- und Pflichtenkanon des Austauschvertrages ergibt.

II. Überlegungen zur Rechtfertigung einer absoluten Geheimhaltungspflicht

Es ist also weiter die Aufgabe gestellt, in der Marschrichtung *Cahns* zu hinterfragen, ob - unabhängig von der überkommenen Handhabung des Bankgeheimnisses, dem Selbstverständnis des Kreditgewerbes und der AGB-rechtlichen Ausgestaltung - Gründe für eine absolute Reichweite der Geheimhaltungspflicht gefunden werden können.

Nur eine Krisis der Grundbegriffe des Bankgeheimnisses bzw. eine Kritik seiner unveränderten Einordnung in die sonstigen berufsbezogenen Verschwiegenheitspflichten und die Entwicklung eigener bereichsspezifischer Grundsätze kommen als verbleibende Schlüssel zum Verständnis der Wahrnehmung von Eigeninteressen durch Kreditinstitute in Betracht. Denn die Fragwürdigkeit des Ergebnisses bleibt ja bestehen. Ist die Ungleichbehandlung der Bank zu anderen Darlehensgebern alleine vor dem Hintergrund des Bestehens der sektoriellen Verschwiegenheitspflicht tatsächlich gerechtfertigt?

Von Folgendem muss dabei - wie bereits erarbeitet - ausgegangen werden: Die Geheimhaltungspflichten konnten sich in den betroffenen Lebensbereichen nur

⁴⁷² *Cahn*, a.a.O., S. 2043.

⁴⁷³ Ganz deutlich LG Koblenz WM 2005, 30, 31 f.

pauschal und absolut entwickeln, weil die Interessenwahrnehmung des Verpflichteten nie im Blickpunkt stand.

Dieser Umstand hat seine Ursache ganz alleine im Geschäftsbesorgungscharakter der betroffenen Geschäftsfelder. Der Informationsweitergabe folgt bei den Freiberuflern eine Beratungs- oder sonstige Dienstleistung höherer Art bzw. die Begründung eines besonderen Treueverhältnisses. Originäre vertragliche Eigeninteressen entstehen nicht. Daraus kann bzw. besser gesagt *konnte* eine Struktur erwachsen, die die Interessenwahrnehmung auf Seiten des Verpflichteten unter eine Grenze verschiebt, in der bei diesem akute Rechtsverletzungen bzw. Vermögensbeeinträchtigungen drohen. Diese Grundsätze können solange unverändert auf das Kreditgewerbe übertragen werden, wie dort ebenfalls ausschließlich Dienstleistungen bzw. Geschäftsbesorgungen erbracht werden. Das bedeutet, dass die Übernahme nur gerechtfertigt ist, wenn tatsächlich genau diese Vergleichbarkeit gegeben ist.

Dieser Grundgedanke "*Ursprung im Geschäftsbesorgungscharakter*" ist bei der dogmatischen Entwicklung des Bankgeheimnisses außer Acht gelassen worden. Die Orientierung erfolgte alleine am Kundeninteresse. Man erkannte im Bankgeheimnis eine besondere Ausprägung gewährten Vertrauens und fragte, an welchem Punkte die Schutzwürdigkeit des Kundeninteresses wohl unter ein Maß falle, dass die Bank zur Informationsweitergabe berechtigt. Diese Herangehensweise entspricht vollständig derjenigen bei den berufsspezifischen Verschwiegenheitspflichten. Sie konnte nur in den Fällen zum Erfolg führen, in denen substantielle Interessen der Bank wie die Abwehr einer Rufschädigung zur Debatte standen.

Doch schon im Rahmen der Geschäftsbesorgungsverträge selbst kann einer entsprechenden Herangehensweise kein Erfolg beschieden sein. Dies zeigt eindeutig die Entwicklung der Unwirksamkeitsrechtsprechung des BGH, die letztlich ebenfalls Gesetzgebermaßnahmen erforderlich machte. Die Schutzwürdigkeit des Kunden/Mandanten/Patienten kann über seine Zahlungsunfähigkeit nicht einfach verneint werden. Zumindest bleibt die Geltendmachung der Forderung durch den Geheimhaltungsverpflichteten selbst möglich und zumutbar. Nur eine legislatorische Entscheidung kann hier eine Neudifferenzierung ermöglichen. Dies gilt in einem Bereich, in dem die Forderungsentstehung (und damit das Entstehen eines Eigeninteresses des Geheimhaltungsverpflichteten) lediglich notwendige Konsequenz der Geschäftsbesorgung im Rahmen unserer Geldwirtschaft ist. Ohne faktische Kreditgewähr bei der Behandlung/Beratung würden sich die hier aufgeworfenen Fragen nicht stellen.

Daraus muss aber gefolgert werden, dass die Strukturen der Geheimhaltungspflichten dort überhaupt nicht passen, wo Austauschverträge mit Rechten und Pflichten der Beteiligten und der Schaffung originärer Aktivpositionen beim Geheimhaltungsverpflichteten entstehen. Übernahme durch und Anpassung an das Kreditgewerbe hätten nur in den Segmenten erfolgen dürfen, in denen Geschäftsbesorgungsverträge geschlossen und reine Dienstleistungen angeboten werden. Die Verdichtung eines Treueverhältnisses zu einer Geheimhaltungsverpflichtung jenseits dieser Bereiche findet strukturell keinerlei Legitimation.

Das bedeutet, dass das Selbstverständnis des Bankengewerbes von seiner eigenen Verpflichtung sektoriell unzutreffend ist. Oder anders formuliert: Jedenfalls im Kreditgeschäft kann und muss und darf es kein absolutes Bankgeheimnis geben, obwohl die Banken in den AGB ein entsprechendes pauschales Vertrauensangebot machen. Die Bank ist im Kreditgeschäft Partner eines Austauschvertrages auf Augenhöhe. Ein starr verstandenes Bankgeheimnis ist hier dogmatisch verfehlt.

Die fehlerhafte Übernahme konnte sich vollziehen, weil diese Grundsätze aus den bereits angedeuteten Gründen nicht aufgefallen sind: Die (seltenen Fälle der) Inkassoessionen nach einem völligen Scheitern des Kredites blieben ungerügt. Im Zuge des Austauschvertrages ist es aber erforderlich, den Blick von der Reichweite des angebotenen Vertrauens und der Schutzwürdigkeit des - dies sei hier nochmals betont - regelmäßig nicht verneinbaren Kundenvertrauens weg auf das Bankeninteresse zu wenden. Dies macht das Wesen des Austauschvertrages erforderlich. Aus Geschäftsbesorgungen erwachsen keine originären Eigeninteressen. Die Vergleichbarkeit der Fälle *Forderungsabtretung durch Freiberufler* und *Forderungsabtretung durch Banken* ist demnach nur eine scheinbare. Auf der einen Seite stehen Leistungen, denen das originäre Entstehen von Eigeninteressen fremd ist. Hier ist lediglich die Tatsache der Vergütung in Geld eine notwendige Folge. Die Abwicklung dieser Konsequenz ist in irgendeiner die Interessen zum Ausgleich bringenden Form (vom Gesetzgeber) zu handhaben.

Ganz anders ist dagegen das Kreditgeschäft geartet. Hier bringt die vertragliche Gestaltung, die Sicherheitenbestellung, etc. unmittelbar einen fungiblen Vermögenswert hervor. Dabei darf die Bank - um im obigen Bild zu bleiben - eben nicht informatorische Sackgasse sein, sondern muss als informatorisches Nadelöhr verstanden werden. Geheimhaltungspflichten suspendieren die Wahrnehmung der Interessen des Vertragspartners. Dies kann nur bei Geschäftsbesorgungsverträgen funktionieren. Der pauschale Analogieschluss auf das Bankgewerbe ist außerhalb *dieses* vertraglichen Charakters unzutreffend. Auch der Bankkaufmann des 17. Jahrhunderts, der um Vertrauen bemüht war, hätte sich der Wahrnehmung seiner eigenen, vertraglich eingeräumten Rechte nicht begeben wollen, wenn er für diese Frage sensibilisiert gewesen wäre. Nur die fehlende praktische Relevanz der Frage hat die moderne Diskussion um die Zulässigkeit der Abtretung überhaupt möglich gemacht. Ein frühzeitigeres Erkennen der Problematik hätte bereits die Orientierung des Bankgeheimnisses an den pauschalen Strukturen der strafbewehrten Geheimhaltungspflichten ausgeschlossen.

III. Folgen dieses Verständnisses

Die aus diesem Verständnis des Bankgeheimnisses resultierenden Folgen sollen nun nachstehend aufgeführt werden:

1. Verallgemeinerung des Gedankens?

Als allererstes stellt sich die Frage nach der Verallgemeinerung des Gedankens. Hierbei ist Zurückhaltung geboten. Zunächst einmal stellen die hergebrachten Grundsätze des Bankgeheimnisses in allen Geschäftsbereichen, in denen die Bank ausschließlich Geschäfte ihrer Kunden besorgt⁴⁷⁴, eine handhabbare Grundlage dar. In diesen Fällen bleibt es dabei, dass sich Offenbarung von Daten auf Fälle beschränken muss, in denen die Bank einen Schaden von ihren materiellen oder immateriellen Rechtsgütern abwenden muss.

Bei allen anderen Vertragstypen muss es der Bank aber - zumindest an den Grenzen des Bankgeheimnisses gemessen - erlaubt sein, Kundeninformationen weiterzugeben, wenn damit die Wahrnehmung vertragsimmanenter Rechte verbunden ist. Denn hier passen die am Geschäftsbesorgungscharakter entwickelten Strukturen einer absoluten Geheimhaltungspflicht nicht. Vertragsimmanent bedeutet dabei, dass es natürlich auch in diesen Fällen der Bank untersagt bleibt, neu generierte Eigeninteressen mit ausschließlichem Informationsbezug und damit jenseits des vertraglichen Rahmens wahrzunehmen; so beispielsweise die Datenweitergabe zur gewerblichen Nutzung durch Dritte.

2. Beeinträchtigung der tatbestandlichen Reichweite?

Die so gewonnene Erkenntnis ändert natürlich auch an der tatbestandlichen Weite der Geheimhaltungspflicht im Kreditgewerbe zunächst einmal nichts. Denn dieser, auf die Struktur bezogenen Erkenntnis steht nach wie vor die Weite des mit den AGB geschaffenen Vertrauenstatbestandes gegenüber. Es bleibt daher trotz des dogmatischen Bruches bei einer weit zu verstehenden Verschwiegenheitspflicht, solange nicht eine ausdrückliche Änderung des AGB-rechtlichen Rahmens erfolgt. Mit dem AGB-rechtlichen Angebot gehen die Banken nach hier vertretener Auffassung über das dogmatisch Erforderliche hinaus.

3. Beeinträchtigung des Auslegungsergebnisses zu § 134 BGB?

Anders stellt sich aber nunmehr die Auslegung der kreditgewerblichen Verschwiegenheitspflicht als Verbotsnorm dar. Bricht man - wie es hier vorgeschlagen sei - mit der traditionell überkommenen Struktur als pauschaler Geheimhaltungspflicht und reduziert die absolute Verschwiegenheitspflicht auf Segmente, in denen ausschließlich Prinzipien des Geschäftsbesorgungsvertrages gelten, so wird der Weg zu einer bereichsspezifischen Auslegung frei, nach der die gewohnheitsrechtliche Verbotsnorm die Unwirksamkeit der Verfügung gerade nicht

474 Also beispielsweise im Zahlungsverkehr, der Konto- und Depotverwaltung, etc.

herbeiführen will. Vielmehr gebietet ihre Struktur eine Begrenzung, so dass jedenfalls im Hinblick auf das Bankgeheimnis, die Fungibilität der Forderung wieder hergestellt wird.

Mit dieser Erkenntnis schließt sich auch der Kreis zur höchstrichterlichen Rechtsprechung: Das vom BGH gefundene, eigentümliche Ergebnis - Verletzung der Verschwiegenheitspflicht bei zugleich wirksamer Verfügung - erweist sich zwar nicht in der Begründung aber doch im Ergebnis als zutreffend. Die Vertragsverletzung ergibt sich aber alleine aus dem Vertrauenstatbestand, den das Kreditgewerbe mit den AGB selbst schafft. Weil die strukturellen Erwägungen zum unpassenden Charakter einer Geheimhaltungspflicht bei sonstigen Verträgen mit dem Kreditinstitut aber im Rahmen der Auslegung der gewohnheitsrechtlichen Verbotsnorm zur Geltung kommen, kann das Ergebnis hinsichtlich der Verfügung abweichen.

Damit ist dieses Resultat alleine der Tatsache geschuldet, dass das Kreditgewerbe sich bei der gewohnheits- und AGB-rechtlichen Ausgestaltung seines unzweifelhaft bestehenden Diskretionsbedürfnisses zu sehr an der Systematik der Geheimhaltungspflichten orientiert hat und die datenschutzrechtliche Debatte wie gezeigt diese Orientierung nicht hat aufbrechen können.

4. Erfordernis AGB-Änderung

Das so gefundene Ergebnis führt zwangsläufig zu einer Handlungsanweisung an das Kreditgewerbe: Die Schließung der ontologischen Lücke obliegt dem AGB-Verwender. Das besondere Erfordernis des Kreditgeschäfts macht ein eindeutiges Abwenden von den Freiberuflern erforderlich. Unter dem anfänglichen Eindruck des Urteils des OLG Frankfurt hätten sich hier Handlungsoptionen eröffnet. Mit der weiteren Rechtsprechungsentwicklung und insbesondere der - jedenfalls aus Bankensicht - hinreichend legitimierenden Rechtsprechung des BGH sind diese Möglichkeiten fortgefallen. Eine allgemeine AGB-Änderung durch die Zentralverbände konnte sich insbesondere im Hinblick auf die den Banken ungünstige Erwähnung der Investorenzessionen in den AGB nicht durchsetzen. Gleiches gilt für den im Herbst 2007 unternommenen Versuch des Bundesbankvorstandes *Zeitler*, zu einer Selbstverpflichtung des Kreditgewerbes zu gelangen, nach der mehr Transparenz hinsichtlich der Möglichkeit eines Verkaufes des Kredites an Dritte geschaffen werden sollte⁴⁷⁵. Mit der Gesetzgeberinitiative des sogenannten Risikobegrenzungsgesetzes⁴⁷⁶, das sowohl einen Beitrag zur Transparenz als auch einen Interessenausgleich von Kredit Schuldner und Interessen Dritter Vollstreckungsgläubiger sucht, wurde die Diskussion um eine AGB-

475 Vgl. dazu FAZ vom 26.10.2007 "Transparentere Kreditverkäufe".

476 "Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz)", Gesetz vom 12. August 2008, BGBl. I S. 1666.

Änderung durch entsprechende Korrekturen der Geheimhaltungspflicht dann entgültig nicht mehr weiter verfolgt.

Begünstigt von der dringenden Notwendigkeit, das in den betroffenen Geschäftsmodellen verlorene Kundenvertrauen wenigstens teilweise wieder zurück zu gewinnen, sei hier daher weiter der Vorschlag verfolgt, zu einer AGB-Änderung zu kommen. Auf diese Weise bleibt es den AGB-Verwendern selbst überlassen, den dogmatischen Einklang der Verschwiegenheitspflicht mit den Erfordernissen des modernen Bankgeschäftes selbst wieder herzustellen und die Abkehr vom bzw. Modifizierung des Gewohnheitsrechtssatzes einzuleiten. Dabei sollten folgende Leitlinien Berücksichtigung finden:

- Wie gezeigt finden sich an verschiedenen Stellen in den AGB-Banken lediglich konkludent Erlaubnisse zur Informationsweitergabe als notwendige Folge der dort jeweils beschriebenen Vorgehensweise der Banken. Musterbeispiel ist die Sicherheitenverwertung, die ohne Offenlegung der betroffenen Informationen nicht möglich ist.
- Im Hinblick auf das AGB-rechtliche Transparenzgebot sollten diese Regelungen zur Vorgehensweise unberührt bleiben und zugleich eine spezifisch informationsrechtliche Ergänzung geschaffen werden, die - neben der erforderlichen antizipierten Einwilligung in die Informationsweitergabe - dem Kunden verdeutlicht, dass die Geheimhaltungspflicht nicht eine absolute ist. Vielmehr ist zu verdeutlichen, dass in den Fällen, in denen Verträge mit der Bank geschlossen werden, die nicht der Natur eines Geschäftsbesorgungsvertrages entsprechen, eine der Wahrnehmung der vertraglichen Rechte entsprechende Informationsweitergabe erfolgen darf. Hierbei sollte im Hinblick auf die vollkommen offene Entwicklung künftiger Geschäftsmodelle eine entsprechend offene Formulierung gewählt werden.
- Gleichzeitig sollte die Verpflichtung im klassischen Geschäftsbesorgungsbereich unangetastet bleiben. Insbesondere sollte eine Veränderung der dogmatischen Grundlage über die Aufnahme der Möglichkeit einer Interessenabwägung vermieden werden.
- In dem Bereich, in dem der Rückzug der absoluten Geheimhaltungspflicht durch ein vertrauensvolles Abwickeln der Kundenbeziehung ersetzt wird, sollte die Offenheit in der Formulierung im Hinblick auf größere Anschaulichkeit zwar konkretisiert werden. Dies sollte aber maximal über die Regelbeispielmethode erfolgen, indem bereits anerkannte Vertrauenskategorien wie beispielsweise das "ausgewählte Inkassobüro" aufgeführt werden, die sich nach hier vertretener Auffassung eben nicht aus der Geheimhaltungspflicht selbst ergeben. Es muss dabei klar sein, dass hier nicht eine Ausgestaltung einer Geheimhaltungsverpflichtung, sondern eine Konkretisierung der Anforderungen des Maßstabes von Treu und Glauben, § 242 BGB, erfolgt. Die AGB-Verwender sind insofern frei, hier eigenen Vorstellungen, die ihrer Auffassung von einem angemessenen Ausgleich zwischen Kunde- und Bankeninteresse entsprechen, Ausdruck zu verleihen.

- Zugleich sollte für den Kreditbereich vermieden werden, hinsichtlich des Forderungstatus (notleidend, im Verzug, Sicherheiten bereits verwertet) zu Festlegungen zu kommen, die eine flexible Handhabung der Kreditabwicklung zu beeinträchtigen geeignet sind. Aus diesem Grunde und zur eindeutigen Abgrenzung vom datenschutzrechtlichen System sollte auch eine Konturierung über den Begriff "Weitergabe, wenn sie der Zweckbestimmung des Vertrages dient" wie sie aus § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG bekannt ist, vermieden werden. Hier ruht ein erhebliches Unsicherheitenpotential im Hinblick auf die Zweckbestimmung gerade von Kreditverträgen, wenn die beabsichtigte Diversifizierung des Risikos nicht deutlich wird.
- Zugleich ist den allseits anerkannten Prinzipien der geringst möglichen Weitergabe durch eine Erforderlichkeitsklausel Ausdruck zu verleihen.
- Eine Auffangklausel schließlich kann einer heute ungewissen, künftigen Entwicklung von Geschäftsmodellen Rechnung tragen.
- Wegen der Schwierigkeit der Differenzierung und im Hinblick auf eine möglichst breite und verdeutlichende Beschreibung der Informationsflüsse, sollten die Geschäfte, die originären Geschäftsbesorgungscharakter haben und gleichzeitig Informationsflüsse zeitigen, mit in die darstellende Erläuterung aufgenommen werden.
- Dabei braucht im Hinblick auf die gesetzliche Gestattung in § 25 KWG der Sonderfall der Auslagerung von Geschäften auf gesonderte Serviceeinheiten nicht mit in die Regelung aufgenommen werden.
- Wegen der dargestellten strukturellen Besonderheiten des Auskunftsrechts, sollten daneben die ausgewogenen, praxistauglichen Regelungen über die Bankauskunft unangetastet bleiben.

Eine neue Nr. 2 AGB-Banken könnte dementsprechend lauten (Änderungen kursiv):

2. Bankgeheimnis und Bankauskunft

(1) Bankgeheimnis

Die Bank ist zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen verpflichtet, von denen sie Kenntnis erlangt (Bankgeheimnis). Informationen über den Kunden darf die Bank nur weitergeben, wenn gesetzliche Bestimmungen dies gebieten oder der Kunde eingewilligt hat oder die Bank zur Erteilung einer Bankauskunft befugt ist.

(2) Diese Verpflichtung zur Verschwiegenheit besteht vor allem dort, wo die Bank als Geschäftsbesorger für den Kunden tätig wird, wie in der Konto- und Depotverwaltung, im Zahlungsverkehr, etc. Die Verpflichtung bedeutet dagegen nicht, dass sich die Bank in sonstigen Fällen ihrer Rechte als Vertragspartner des Kunden begibt.

So ist die Bank insbesondere berechtigt, solche wirtschaftlichen Eigeninteressen zu verfolgen, die nur unter Weitergabe von Kundeninformationen zu erreichen sind, wie insbesondere

- die Verwertung der vom Kunden eingeräumten Sicherheiten im Sicherungsfall⁴⁷⁷
- die Übertragung etwaiger Kreditbeziehungen des Kunden auf Dritte, zum Beispiel zur Weiterreichung des Kreditrisikos am Kapitalmarkt⁴⁷⁸
- die Abtretung etwaiger Forderungen gegen den Kunden an ein sorgfältig ausgewähltes Inkassobüro⁴⁷⁹
- sonstige Transaktionen der Bank, bei denen kundenbezogene Vermögenswerte der Bank auf Dritte übertragen werden⁴⁸⁰.

Dabei verpflichtet sich die Bank, die Weitergabe der Informationen jeweils auf das geringst mögliche Maß zu beschränken und ihre Vertragspartner ebenfalls auf das nach dem jeweiligen Geschäftsmodell mögliche Maß an Verschwiegenheit zu verpflichten.

(3) Bankauskunft

Eine Bankauskunft enthält allgemein gehaltene Feststellungen und Bemerkungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden, seine Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit; betragsmäßige Angaben über Kontostände, Sparguthaben, Depot- oder sonstige der Bank anvertraute Vermögenswerte sowie Angaben über die Höhe von Kreditinanspruchnahmen werden nicht gemacht.

(4) Voraussetzungen für die Erteilung einer Bankauskunft

Die Bank ist befugt, über juristische Personen und im Handelsregister eingetragene Kaufleute Bankauskünfte zu erteilen, sofern sich die Anfrage auf ihre geschäftliche Tätigkeit bezieht. Die Bank erteilt jedoch keine Auskünfte, wenn ihr eine anders lautende Weisung des Kunden vorliegt. Bankauskünfte über andere Personen, insbesondere über Privatkunden und Vereinigungen erteilt die Bank nur dann, wenn diese generell oder im Einzelfall ausdrücklich zugestimmt haben. Eine Bankauskunft wird nur erteilt, wenn der Anfragende ein berechtigtes Interesse an der gewünschten Auskunft glaubhaft darlegt und kein Grund zu der Annahme besteht, dass schutzwürdige Belange des Kunden der Auskunftserteilung entgegenstehen.

(5) Empfänger von Bankauskünften

Bankauskünfte erteilt die Bank nur eigenen Kunden sowie anderen Kreditinstituten für deren Zwecke oder die Ihrer Kunden.

Dabei sprechen meiner Auffassung nach der dogmatische Kontext und Transparenzerwägungen dafür, zu einer Verortung der Durchbrechungsmöglichkeiten beim Bankgeheimnis selbst zu kommen. Nur so wird dem Kunden deutlich, dass es sich bei der Verschwiegenheitspflicht nicht um eine

⁴⁷⁷ Dieses Regelbeispiel soll als Platzhalter für die einleitend geschilderten Weitergabepflichten der geschäftlichen Immanenz stehen und kann für die Anschaulichkeit aus Kundensicht beliebig ergänzt werden.

⁴⁷⁸ Beispiel für ein Geschäftsmodell ohne Geschäftsbesorgungscharakter.

⁴⁷⁹ Exemplarische Ausprägung einer vertrauensvollen Bank-Kunde-Beziehung in einem Bereich, in dem das starre Bankgeheimnis nicht greift; ebenfalls beliebig ergänzbar.

⁴⁸⁰ Auffangtatbestand.

absolute Kategorie handelt. Und nur so wird deutlich, was das Verschwiegenheitsrecht und seine Konturierung zu leisten vermag.

Ein anderer Ansatz ist dagegen die Aufnahme der Abtretungsmöglichkeit in den Kreditvertrag selbst⁴⁸¹. Beide Wege kämpfen mit der Schwierigkeit, dem Kunden die ganze Konsequenz der Weitergabemöglichkeit vor Augen zu führen. Nur bei der Ansiedlung im Kreditvertrag ist diese Aufgabe allerdings überhaupt gestellt. Nur hier tritt die ergänzende Frage nach dem Ausgleich der vertragsspezifischen Nachteile, zum Beispiel aus der Möglichkeit einer Drittvollstreckung bzw. einer unerwarteten Zinsanpassung durch Dritte, hinzu. Bei einer einheitlichen Regelung im Vertrag vermengen sich diese Fragen mit denen des Geheimhaltungsrechts, welches nur Informationsströme und ihre Unterbindung beschreiben bzw. regulieren kann. Eine eindeutige Trennung - allgemeine Möglichkeit von Informationsströmen in die Banken-AGB, kreditrechtliche Spezifika in die konkreten Verträge - ist daher nach hier vertetener Auffassung vorzugswürdig.

5. Sonstige Konsequenzen

Erkennt man - wie soeben vorgeschlagen - im Bereich der kreditgewerblichen Verschwiegenheitspflicht an, dass ihre pauschale Handhabung sektoriell dogmatisch fehlerhaft ist, ergibt sich als notwendige Konsequenz wegen § 1 Abs. III BDSG das Erfordernis der Berücksichtigung des Datenschutzrechtes. Wie jeder andere Unternehmer unterliegt das Kreditinstitut bei der Datenweitergabe dann den Anforderungen an eine ordnungsgemäße datenschutzrechtliche Handhabung. Für die Forderungsabtretung, die vom Datenschutzrecht nicht behindert werden soll, hat dies keinerlei Auswirkungen.

III. Lehren aus der Diskussion

Die damit gegebene Erläuterung zum Erfordernis eines bereichsweisen, dogmatischen Umdenkens im Bereich der kreditgewerblichen Verschwiegenheitspflicht ist eine gute Grundlage, um zu einer Bewertung der jüngeren Gesetzgebertätigkeit in den betroffenen Geschäftsfeldern zu gelangen. Im Juli 2008 hat sich der Gesetzgeber im bereits erwähnten *Risikobegrenzungsgesetz* der Problematik der Veräußerung von Kreditforderungen angenommen⁴⁸². Das

481 Eine vorbildliche Musterklausel zur Abtretbarkeit für Darlehensverträge findet sich bei *Wunderlich/Lwowski*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § 76 Rdn. 179. Durch die jüngere Gesetzgebung - dazu sogleich - wird die bis dato unvollkommene einheitliche Umsetzung in der Praxis leider perpetuiert werden.

482 Der Bundesrat hat dem zustimmungsbedürftigen Gesetz vom 27.06.2008 in der Sitzung vom 04.07.2008 zugestimmt (BR-Drucksache 449/08). Das Gesetz ist mit Verkündung am 13.07.2008 in Kraft getreten.

Gesetz soll unerwünschten Entwicklungen in Bereichen, in denen Finanzinvestoren tätig sind, entgegenwirken, ohne die Handlungsmöglichkeiten der Finanzinvestoren über Gebühr einzuschränken. Der Gesetzgeber hat sich dabei auf die vom BGH herausgearbeitete Struktur gestützt. Das bedeutet, dass sich, wegen der ungünstigen Signalwirkung des Urteils, im Risikobegrenzungs-gesetz keine konkrete Auseinandersetzung mit der Problematik der Geheimhaltungspflicht finden lässt. Im Folgenden werden die Regelungen mit Bezug zum Kreditgeschäft, soweit sie für die hier aufgeworfene Fragestellung Erkenntniswert besitzen, kurz dargestellt, bevor im Anschluss eine Analyse der Regelungen vorgenommen werden soll.

1. Die Regelungen des Risikobegrenzungs-gesetzes

Folgende Maßnahmen bzw. Regelungen bilden *im Bereich Kreditvergabe* den hier relevanten Teil des neuen Gesetzes:

- Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, mit denen der Kreditnehmer einer Auswechslung des Vertragspartners im Vorhinein zustimmt, wird künftig unwirksam sein. In § 309 Nr. 10 werden die Wörter „Kauf-, Dienst- oder Werkverträgen“ durch die Wörter „Kauf-, Darlehens-, Dienst- oder Werkverträgen“ ersetzt. Dadurch wird die antizipierte Zustimmung unmöglich gemacht, wie es § 309 Nr. 10 BGB für andere Vertragsarten bereits vorsah.
- Es besteht eine vorvertragliche Informationspflicht bei Immobiliendarlehen über Abtretbarkeit beziehungsweise Übertragbarkeit des Darlehens auf Dritte. § 492 Abs. 1 a n.F. BGB lautet:

Bei Immobiliendarlehensverträgen muss die vom Darlehensnehmer zu unterzeichnende Vertragserklärung auch einen deutlich gestalteten Hinweis darauf enthalten, dass der Darlehensgeber Forderungen aus dem Darlehensvertrag ohne Zustimmung des Darlehensnehmers abtreten und das Vertragsverhältnis auf einen Dritten übertragen darf, soweit nicht die Abtretung im Vertrag ausgeschlossen ist oder der Darlehensnehmer der Übertragung zustimmen muss.

- Der Darlehensgeber wird künftig zum Folgeangebot bzw. Hinweis auf Nicht-Verlängerung des Vertrages drei Monate vor Ablauf der Zinsbindung bzw. des Vertrages verpflichtet sein. Die gleiche Verpflichtung trifft einen Rechtsnachfolger (Zessionar). § 492 a n. F. BGB lautet:

Unterrichtungspflichten während des Vertragsverhältnisses

(1) Ist im Darlehensvertrag ein fester Zinssatz vereinbart und endet die Zinsbindung vor der für die Rückzahlung bestimmten Zeit, unterrichtet der Darlehensgeber den Darlehensnehmer spätestens drei Monate vor Ende der Zinsbindung darüber, ob er zu einer neuen Zinsbindungsabrede bereit ist. Erklärt sich der Darlehensgeber hierzu bereit, muss die Unterrichtung den zum Zeitpunkt der Unterrichtung vom Darlehensgeber angebotenen Zinssatz enthalten.

(2) Der Darlehensgeber unterrichtet den Darlehensnehmer spätestens drei Monate vor Beendigung eines Darlehensvertrages darüber, ob er zur Fortführung des

Darlehensverhältnisses bereit ist. Erklärt sich der Darlehensgeber zur Fortführung bereit, muss die Unterrichtung die zum Zeitpunkt der Unterrichtung gültigen Pflichtangaben aus § 492 Abs. 1 Satz 5 enthalten.

(3) Wurden Forderungen aus dem Darlehensvertrag abgetreten, treffen die Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 auch den neuen Gläubiger, wenn nicht der bisherige Gläubiger mit dem neuen Gläubiger vereinbart hat, dass im Verhältnis zum Darlehensnehmer weiterhin allein der bisherige Darlehensgeber auftritt.

- Der Darlehensgeber wird künftig zur Anzeige der Abtretung bzw. des Wechsels des Darlehensgebers gegenüber dem Darlehensnehmer verpflichtet sein. Der neue § 496 BGB durch Einfügen eines neuen Abs. II:

(2) Wird eine Forderung des Darlehensgebers aus einem Darlehensvertrag an einen Dritten abgetreten oder findet in der Person des Darlehensgebers ein Wechsel statt, ist der Darlehensnehmer unverzüglich darüber sowie über die Kontaktdaten des neuen Gläubigers gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 der BGB-Informationspflichten-Verordnung zu unterrichten. Die Unterrichtung ist bei Abtretungen entbehrlich, wenn der bisherige Darlehensgeber mit dem neuen Gläubiger vereinbart hat, dass im Verhältnis zum Darlehensnehmer weiterhin allein der bisherige Darlehensgeber auftritt. Fallen die Voraussetzungen des Satzes 2 fort, ist die Unterrichtung unverzüglich nachzuholen.

- Der Kündigungsschutz des Darlehensnehmers von Immobiliendarlehen wird erweitert. Eine Kündigung wird erst bei Verzug mit mindestens zwei Teilzahlungen und 2,5 Prozent des Darlehensbetrags möglich sein. Dies regelt der neue § 498 Abs. III folgenden Wortlauts:

(3) Bei Immobiliendarlehensverträgen gilt Absatz 1 mit der Maßgabe, dass der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinander folgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise und mindestens 2,5 Prozent des Nennbetrags des Darlehens in Verzug sein muss.

- Es besteht künftig ein verbesserter Schutz des Darlehensnehmers gegenüber dem neuen Gläubiger bei Abtretungen im Hinblick auf die Geltung einer bestehenden Sicherungsabrede. Das bedeutet, dass Einreden aufgrund des Sicherungsvertrags jedem Erwerber der Grundsuld entgegengesetzt werden können. Dazu wird in § 1192 nach Absatz 1 folgender Absatz 1a eingefügt:

(1a) Ist die Grundsuld zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden (Sicherungsgrundsuld), können Einreden, die dem Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundsuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundsuld entgegengesetzt werden; § 1157 Satz 2 findet insoweit keine Anwendung. Im Übrigen bleibt § 1157 unberührt.

Des Weiteren wird dem § 1193 Abs. 2 wird folgender Satz angefügt:

Dient die Grundsuld der Sicherung einer Geldforderung, so ist eine von Absatz 1 abweichende Bestimmung nicht zulässig.

- Vereinbarungen, nach denen die Zwangsvollstreckung aus einer Grundsuld ohne Kündigung fällig wird, sind künftig verboten, § 1193 Abs. II n.F. BGB.
- Eine Sicherheitsleistung für die Einstellung der Zwangsvollstreckung ist nicht festzulegen, wenn der Darlehensnehmer zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist und die Rechtsverfolgung durch ihn hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, § 769 Abs. I S. 2 n.F. ZPO.

- Künftig soll ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch bei ungerechtfertigter Vollstreckung aus Urkunden über die Erklärung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung eingeführt werden. § 799a n.F. BGB lautet:

Schadensersatzpflicht bei der Vollstreckung aus Urkunden durch andere Gläubiger

Hat sich der Eigentümer eines Grundstücks in Ansehung einer Hypothek oder Grundschuld in einer Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück unterworfen und betreibt ein anderer als der in der Urkunde bezeichnete Gläubiger die Vollstreckung, so ist dieser, soweit die Vollstreckung aus der Urkunde für unzulässig erklärt wird, dem Schuldner zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der diesem durch die Vollstreckung aus der Urkunde oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung erbrachte Leistung entsteht. Satz 1 gilt entsprechend, wenn sich der Schuldner wegen der Forderungen, zu deren Sicherung das Grundpfandrecht bestellt worden ist, oder wegen der Forderung aus einem demselben Zweck dienenden Schuldanerkenntnis der sofortigen Vollstreckung in sein Vermögen unterworfen hat.“

- Nicht abtretbare Unternehmenskredite können künftig auch Kaufleuten als Darlehensnehmern angeboten werden. Dazu wird § 354 a HGB neu gefasst wie folgt:
 - (2) Absatz 1 ist nicht auf eine Forderung aus einem Darlehensvertrag anzuwenden, deren Gläubiger ein Kreditinstitut im Sinne des Kreditwesengesetzes ist.

2. Bewertung im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht

Die Regelungen lassen sich wie folgt systematisieren: Zum einen finden sich solche Regelungen, die ganz konkret ein Verschieben des Kräftegleichgewichtes zwischen Bank und Kunde unternehmen. Dabei wird mit den Regelungen zu Kündigung und Zinsanpassung am Vertrag selbst angesetzt, zudem aber über die Gestaltung der Zwangsvollstreckung die Sicherheitenverwertung neu reguliert. In beiden Fällen ist Aufhänger das konkrete Geschäftsmodell Baufinanzierung. Für das sonstige Kreditgeschäft werden Regelungserfordernisse nicht gesehen. Regelungstechnisch stellt das Gesetzesvorhaben also eine reine Verbraucherschutzmaßnahme dar. Verschwiegenheitsrechtliche Relevanz haben die Regelungen nicht. Das Gesetz sieht sich grundsätzlicher Kritik ausgesetzt⁴⁸³, so ist beispielsweise bedenklich, dass auch jenseits der klassischen verbraucherschützenden Regelungen grundlegende Eingriffe in das Recht der Immobiliarsicherheiten - insbesondere in der Norm des § 1192 BGB - unter dem Eindruck bestimmter Geschäftsmodelle vorgenommen wurden. Zudem sollte ursprünglich ein § 490 Abs. III BGB geschaffen werden, der dem Darlehensnehmer bei einem Vertragspartnerwechsel die Möglichkeit eingeräumt hätte, sich ohne Vorfälligkeitsentschädigung mittels

⁴⁸³ Zimmermann, BKR, 2008, 95, 101; Reifner, BKR 2008, 142, 152 f.

Sonderkündigungsrecht vom Vertrag zu lösen. Die wirksamste Abwehrmöglichkeit der Verbraucher scheint ist aber am Bankenwiderstand gescheitert zu sein.

Auf der anderen Seite gibt es Regelungen, die die zur vollständigen Beurteilung sämtlicher Implikationen des Vertragsschlusses fehlende Transparenz wieder herstellen sollen. Das heißt nichts anderes, als dass den Kreditinstituten Pflichten auferlegt werden, ihr geschäftliches Gebaren vollständig offen zu legen. Auch dieser Regelungsbereich ist Verbraucherschutzrechtlicher Natur und arbeitet - insbesondere über die Anknüpfung an die BGB Info-VO - mit modernen Regelungstechniken des Verbraucherschutzes. Weil Benachrichtigungs- und Informationspflichten die Kenntnis des Kunden von möglichen Informationsflüssen weg vom Kreditinstitut verändern, hat ein Teil der Regelungen zumindest *mittelbar* Auswirkung auf das Verschwiegenheitsrecht. Dies gilt nicht für die Anzeigeverpflichtung *nach* Abtretung gemäß § 496 Abs. II n.F. BGB. Anders ist dies aber bei der gemäß § 492 Abs. I a n.F. BGB erforderlichen Hinweispflicht auf die Möglichkeit, dass es zu Abtretungen - und damit zwangsläufig: zur Informationsweitergabe - kommen kann. Hier bleibt dann zumindest Raum für eine Interpretation, nach der der Kunde mit dem Vertragsschluss konkludent in die ihm als Möglichkeit zur Kenntnis gebrachte Informationsweitergabe einwilligt.

Auch diese Interpretationsmöglichkeit ist allerdings keineswegs Ausdruck einer gezielten, geheimnisrechtliche Erfordernisse berücksichtigenden, gesetzgeberischen Maßnahme. Die geheimnisrechtliche Legitimation stellt sich hier - wie so oft - als zufälliger Reflex einer anderweitigen Regelung dar. Eine Neukonturierung der Geheimhaltungspflicht ist mit der bereichsspezifischen Regelung keineswegs verbunden. Dabei hat sich der Gesetzgeber weitest möglich von der ursprünglichen Zielsetzung des Justizministeriums, in einem neuen § 16 KWG die Kreditinstitute gesetzlich zu verpflichten, unter Aufsicht durch die BaFin abtretbare und nicht abtretbare Kredite anzubieten, vollständig abbringen lassen. Eine solche Regelung hätte dann für das gesamte Darlehensgeschäft über die Krücke der konkludenten Einwilligung wenigstens mittelbare Auswirkung auf die Verschwiegenheitspflicht gehabt. Die oben beschriebene Schwäche des Geheimhaltungsrechts, nur eine an/aus-Kategorie für Informationsströme zu sein, hat sich in der Nichtberücksichtigung dieser Maßstäbe im Gesetzgebungsprozess also voll verwirklicht. Die hier befürwortete Trennung von geheimhaltungsrechtlichen Fragen und vertragsspezifischem Ausgleich ist unbewusst vollzogen worden.

Abschließend sei noch hervorgehoben, dass die Wiederherstellung von Transparenz und ausgeglichenem Kräfteverhältnis nur *eine* Regelungsdimension ist, in der die Fehlentwicklungen der jüngeren Zeit ausgeglichen werden müssen. Neben der verbraucherschützenden Dimension wird der aufsichtsrechtlichen Seite maßgebliche Bedeutung zukommen. Nur hier - und nur im internationalen Kontext - kann die große Linie der strukturellen, bilanziellen Fehlentwicklungen bekämpft werden. Auch hier ist nach jetzigem Stand nicht damit zu rechnen, dass sich,

beispielsweise im Rahmen einer KWG-Novelle, Regelungen zur Neukonturierung des kreditgewerblichen Geheimnisschutzes finden werden⁴⁸⁴.

3. Schlussfolgerungen

Will man die Kernelemente der hier aufgezeigten und bewerteten Diskussion zusammenfassen und in Beziehung zum sonstigen Geheimhaltungsrecht setzen, so ergibt sich das Folgende:

Da das Bankgeheimnis ein besonderer gewohnheitsrechtlicher Ausdruck von Vertrauen ist, hat es auf den ersten Blick einen Anreiz gesetzt, als Ad-hoc-Regulativ empfundene Fehlentwicklungen in einzelnen Geschäftsmodellen zu korrigieren. Weil es bereichsspezifisch völlig unpassend ist und sich darüber hinaus - über die fehlerhafte Anknüpfung in den überkommenen Strukturen der Geheimhaltungspflichten der Freiberufler - auch als dogmatisch völlig unflexibel erwiesen hat, stellt es sich nunmehr nicht als passendes Regulativ sondern als starrer Hemmschuh heraus. Die Diskussion um die Zulässigkeit von Abtretungen hat sich viel zu lange um geheimnisrechtliche Denkansätze im Kreis gedreht. Dabei ist der Blick auf die wahren Probleme verstellt geblieben. Der absolute Geheimnisschutz jenseits solcher vertraglichen Kategorien, die durch einen Geschäftsbesorgungscharakter geprägt sind, blockiert den Weg zu einem angemessenen Ausgleich der Interessen der Vertragspartner und die Wahrnehmung ihrer vertraglichen Rechte. Hinter der Blockade Geheimhaltung führen die eigentlichen Fragen ein Schattendasein. Wie ist die vertragliche Schiefelage zu korrigieren? Muss ein Kreditkunde von vornherein damit rechnen, Schuldner eines Drittinvestors zu werden? Wie werden seine Erwartungen hinsichtlich einer behutsamen, seinen Einzelfall berücksichtigenden, verständnisvollen Handhabung der Sicherheitenverwertung auf Dritte berücksichtigt werden? Alle diese Fragen müssen mindestens transparent gemacht, wenn nicht gar über vertragliche Regelungen zu einem Ausgleich gebracht werden. Dabei sind die Banken als AGB-Verwender in besonderer Weise gefordert. Für die erforderlichen, differenzierenden Antworten ist das Verschwiegenheitsrecht mit seinem Schwarz-Weiß-Charakter die falsche Kategorie. Neben den verdeckten vertragsspezifischen Fragen stehen dann eigenständig die aufsichtsrechtlichen Problematiken.

Damit ist der Gesetzgebung zuzugeben, dass sie, wenn auch ohne Bewusstsein für die geheimnisrechtlichen Zusammenhänge, mit zeitgemäßen Instrumenten des Verbraucherschutzes, in den Kern der vertraglichen Ungleichgewichte eingegriffen hat. Am augenfälligsten wird die Schwäche des Bankgeheimnisses dabei an folgender Tatsache: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes statuiert mit Unterstützung gewichtiger Stimmen in der jüngeren Literatur gegen die herrschende Literaturauffassung eine Verletzung des Bankgeheimnisses bei der

484 Aus der Erfahrung des Verfassers ist das Thema für die Rechtsabteilungen der Banken schlicht erledigt.

Forderungsabtretung eines nicht notleidenden Kredites. Man darf die Problematik angesichts dieser Tatsache getrost als umstritten ansehen. Dennoch trifft der Gesetzgeber - ohne spezifisch verschwiegenheitsrechtliches Problembewusstsein - wie selbstverständlich Regelungen auch für die nicht in Verzug geratenen Forderungen. Die Verschwiegenheitspflicht ist förmlich unter die Räder der Rechtsentwicklung geraten, ohne eigene dogmatische Akzente setzen zu können.

Dennoch sollten die Versäumnisse der fehlenden isolierten Entwicklung dogmatischer Strukturen im kreditgewerblichen Verschwiegenheitsrecht noch nachgeholt werden. Denn die jüngere Gesetzgebung zeigt: Was hilft eine Regelung von Anzeigepflichten bezüglich der Abtretbarkeit ausschließlich für den Bereich Baufinanzierung, wenn in naher Zukunft im großen Stil Kreditkartenforderungen und solche aus Konsumentenkrediten veräußert werden? Die Diskussion wird gegebenenfalls von vorne beginnen und erneut könnte sich die nicht weiter entwickelte Geheimhaltungspflicht als hinderlich zur Erarbeitung der wahren Problematik erweisen. Deshalb sei hier noch einmal nachdrücklich die Aufforderung an das Kreditgewerbe gerichtet, selbst die Zügel für eine ausgewogene Berücksichtigung von Eigen- und Kundeninteressen in der Hand zu behalten. Diese Aufgabe darf nicht weiter der Rechtsprechung ausschließlich anhand der vagen Kategorien des § 242 BGB überlassen bleiben.

Man kann die Situation des Bankgeheimnisses also wie folgt zusammenfassen: Es hat als besondere Vertrauenskategorie den "richtigen Riecher" bewiesen, ist aber dann wegen seiner nicht handhabbaren Starrheit von ausgewogeneren Feinsteuernungsmaßnahmen überrollt worden. Eine frühere Erkenntnis der Untauglichkeit des Instruments hätte die eingangs erwähnte Feststellung *Nobbes* auch für die jüngere Vergangenheit fortgeschrieben: Das Bankgeheimnis wäre eines der seltenen juristischen Felder geblieben, in denen die Zahl der Veröffentlichungen abgenommen hätte.

Thesen

- Die Geheimhaltungspflichten stehen zu anderen Formen von Informationsrestriktionen wie dem Datenschutzrecht in einem Stufenverhältnis. Die fehlende Kodifikation des Bankgeheimnisses begünstigt dabei die fehlerhafte Übernahme von Strukturen und Wertungen anderer Restriktionsstufen.
- Die Durchbrechung der Geheimhaltungspflicht kann durch Kundeneinwilligung gerechtfertigt sein. Bringt ein Rechtsgeschäft mit einem Kreditinstitut zwangsläufig und erkennbar eine Informationsweitergabe durch das geheimhaltungspflichtige Institut mit sich, kann eine solche Rückkopplung an den Kundenwillen gelingen, weil eine konkludente Einwilligung angenommen werden darf. Diese Konstellation ist strikt von Fällen zu trennen, denen eindeutig kein Erklärungswert zukommt. Hier besteht eine Einbruchstelle für die Legitimation gewünschter Durchbrechungskonstellationen, ohne Erklärungswert des in Bezug genommenen Rechtsgeschäftes. Gleichzeitig ist der Schluss auf den konkludenten Kundenwillen insoweit zu kritisieren, als er eine dogmatische Weiterentwicklung des Bankgeheimnisses blockiert.
- Die Rechtsgrundlage des Bankgeheimnisses kann ohne systematischen Bruch nur die Kategorie des Gewohnheitsrechtes sein.
- Sämtliche legislatorische Maßnahmen zur Förderung von Verbriefungstechniken können nur als Wunsch des Gesetzgebers zur Förderung dieser Geschäftsmodelle verstanden werden. Das Problem der Forderungsabtretung vor dem Hintergrund der Geheimhaltungspflicht lösen sie nicht. Insbesondere der neuen Regelung des § 22d Abs. IV KWG kommt eine geheimhaltungsrechtliche Relevanz nicht zu.
- Eine dogmatisch tragbare und praktisch umsetzbare Begrenzung von Informationsströmen weg vom Kreditinstitut ist im Rahmen von Forderungsabtretungen und der auf ihnen basierenden Geschäftsmodelle undenkbar. Auch wenn das Ziel der größtmöglichen Begrenzung von Informationsströmen weiter zu verfolgen bleibt, muss die rechtliche Frage der Kollision von Datenweitergabe und Verschwiegenheitspflicht gelöst werden.
- Der Abschluss eines Darlehensvertrages mit einem Kreditinstitut beinhaltet keine konkludente Erklärung eines Abtretungsverbotes gemäß § 399 Var. 2 BGB. Eine entsprechende Annahme stellt eine bloße Fiktion und damit eine typische Fehlerquelle bei der Auslegung von Willenserklärungen dar. Die Rechtsgeschäftslehre ist als Kategorie ungeeignet, Konturierungen von Verschwiegenheitsverpflichtungen vorzunehmen.
- Das Bankgeheimnis in seiner überkommenen Struktur transportiert keine spezifisch verbraucherrechtlichen Wertungen.

- Die Abtretung einer Forderung durch eine Bank stellt keine Inhaltsänderung im Sinne des § 399 Var. 1 BGB dar.
- Die Entwicklung von Begrenzungsmöglichkeiten der kreditgewerblichen Verschwiegenheitspflicht kann nicht ohne eine Analyse der sonstigen Sonderberufsgeheimnisse gelingen, weil deren gesetzliche Ausgestaltung zu einer traditionellen Orientierung an den kodifizierten dogmatischen Leitlinien geführt hat. Dabei besteht auch zunächst einmal eine tatbestandliche Vergleichbarkeit, weil die in Bezug genommenen Tatsachen und Wertungen identisch sind.
- Legt man das überkommene Verständnis der beruflichen Verschwiegenheitspflichten auch beim Bankgeheimnis zugrunde, kann eine Begrenzung der Verschwiegenheitspflicht zur Wahrnehmung eigener Interessen im Wege einer Interessenabwägung nicht gelingen. Dem steht der Charakter der Verschwiegenheitspflicht als typisiertem Interessenverzicht im Wege. Die Abwägung ist zwar geeignet im strafrechtlichen Kontext zu einer sinnvollen Begrenzung der tatbestandlichen Reichweite von Geheimhaltungspflichten zu gelangen. Eine Konturierung im zivilrechtlich verankerten Bankgeheimnis mittels einer Interessenabwägung ist unzulässig.
- Drei Gründe sind im Wesentlichen entscheidend für die fehlende berufsrechtliche Durchdringung der Frage nach der Interessenabwägung: Zum einen blockiert die strafrechtliche Kodifikation eines Kataloges von Geheimhaltungspflichten eine originär berufsrechtliche Durchdringung, zudem macht die fehlerhafte Hinwendung zur sogenannten Willentheorie eine dogmatische Ablösung vom Kundenwillen, und damit eine Hinwendung zu objektiven Bewertungskategorien, unmöglich. Dieser Fehlentwicklung wurde durch das ausschließlich bankspezifische Institut der Bankauskunft und die datenschutzrechtliche Diskussion der frühen 80iger Jahre unnötiger Weise gefördert. Schließlich erschwert die Beteiligung des Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung auf Seiten des Kunden die Erarbeitung handhabbarer Abwägungsmuster.
- Ein Übertrag datenschutzrechtlicher Wertungen auf die Verschwiegenheitspflichten ist im Hinblick auf die strukturellen Unterschiede und das zwischen den Regelungsmaterien bestehende Stufenverhältnis unzulässig.
- Versteht man das Bankgeheimnis als berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht mit den damit einhergehenden dogmatischen Implikationen, bedeutet die Abtretung einer Forderung - entgegen der herrschenden Auffassung in der Literatur - eine Verletzung des Bankgeheimnisses. Insbesondere über eine unzulässige Interessenabwägung bzw. die Rechtfertigung anhand der *Wahrnehmung berechtigter Interessen* entsprechend § 193 StGB kann kein abweichendes Ergebnis erzielt werden.
- Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht für eine in Verzug geratene bzw. notleidende Kreditforderung rechtfertigen. Mit der Verschlechterung der Darlehensbeziehung verdichtet sich die Geheimhaltungspflicht bzw. erlangt überhaupt erst ihre eigentliche Bedeutung. Die Risikoübernahme im

Darlehensvertrag verpflichtet die Bank im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht zu eigener Abwicklung. Zuerst ist gemeinsam mit dem Kunden eine Lösung der angespannten Liquiditätssituation zu suchen. Für den Fall des Scheiterns muss die Bank selbst die bestellten Sicherheiten verwerten. Hier darf bei angemessener kaufmännischer Besicherung grundsätzlich keine Restforderung verbleiben. Dies kann allenfalls bei unvorhersehbarem Wertverfall der Sicherheiten der Fall sein. Im übrigen liegt eine vorwerfbare fehlerhafte Besicherung der Bank vor, die diese zu tragen hat. Nur für den absoluten Ausnahmefall der unvorhersehbaren Entwicklung (beispielsweise ein kaufmännisch nicht zu antizipierender, erheblicher Verfall von Immobilienpreisen) eröffnet dann die Möglichkeit, die verbleibende Forderung an ein ausgesuchtes Inkassobüro abzutreten. Diese Bewertung passt insbesondere in der Vielzahl der kaufmännisch fehlerhaft vergebenen unbesicherten Konsumentenkredite, bei denen die statistische Rückführwahrscheinlichkeit zu einer letztlich den Kunden benachteiligenden Besicherung führt.

- Dagegen ist der Auffassung zu widersprechen, wonach die Forderung im Verzug bereits eine entsprechende Abtretungsmöglichkeit eröffnen soll. Insbesondere die Kategorien von Treu und Glauben, § 242 BGB, eröffnen eine solche Möglichkeit nicht, weil der Kunde im Regelfall der Verschlechterung der Vermögenssituation nicht rechtsmissbräuchlich handelt.
- Das überkommene Verständnis des gewohnheitsrechtlich anerkannten Bankgeheimnisses als berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht würde im Hinblick auf § 134 BGB grundsätzlich den Schluss auf die Unwirksamkeit der Abtretung zwangsläufig machen. Insbesondere die fehlende strafrechtliche Sanktion oder vermeintliche qualitative Unterschiede in der Sensibilität der weitergegebenen Informationen sind im Hinblick auf die erforderliche Auslegung der Verbotsnorm nicht geeignet, hier zu Differenzierungen zu kommen.
- Dieses überkommene Verständnis des Bankgeheimnisses ist aber fehlerhaft. Die pauschale Annahme einer Verschwiegenheitspflicht ist nur da gerechtfertigt, wo die Bank, wie die dogmatischen Paten der Verschwiegenheitspflichten, die Freiberufler, Geschäftsbesorgungen für den Kunden unternehmen. Im Bereich sonstiger Verträge, ist eine absolute Verschwiegenheitsverpflichtung verfehlt. Deshalb ergibt eine dogmatische Auslegung der Gewohnheitsrechtssatzes anhand von § 134 BGB, dass dieser das Verwerfen der Wirksamkeit der Abtretung nicht herbeiführen will. Dem steht auch keine dogmatisch zu berücksichtigende gewohnheitsrechtliche Verfestigung von Grundsätzen gerade für die Forderungsabtretung entgegen, weil die beteiligten Rechtskreise nie entsprechend einer solchen Überzeugung agiert haben.
- Diese Erkenntnis bestätigt zumindest das vom Bundesgerichtshof gefundene Ergebnis des Auseinanderfallens von schuldrechtlicher und verfügungsrechtlicher Bewertung. Der Grund dieser Eigentümlichkeit liegt aber ausschließlich in der Tatsache begründet, dass das Kreditgewerbe wegen seiner "überschießender" AGB hier einen Haftungstatbestand herbeiführt, der nach

obigen Grundsätzen verfügungsrechtlich wirkungslos bleiben muss. Eine entsprechende AGB-Änderung, die diese Erkenntnisse umsetzt, ist anzuraten.

- Diese Änderung sollte in den AGB selbst erfolgen. Damit kann die Herauslösung der allgemeinen geheimnisrechtlichen Fragen aus dem jeweiligen vertragsspezifischen Kontext gewährleistet werden. So wird eine Konfusion von Geheimhaltungsrecht und sonstigen Vertrauensaspekten vermieden.
- Die hier vorgestellten Annahmen sind geeignet, die dogmatische Starre der kreditgewerblichen Verschwiegenheitspflicht aufzubrechen. So kann für die Zukunft vermieden werden, dass sich am Bankgeheimnis Diskussionen entzünden (und insbesondere festfahren) und eigentliche, vorhandene Ungleichgewichte in der Bank-Kunde-Verbindung ungelöst bleiben. Diese Problematik zeigt exemplarisch der verbraucherschutzrechtliche Teil des Risikobegrenzungs-gesetz, das im Jahre 2008 die im Jahre 2004 erkannten Schwierigkeiten löst, ohne sich dabei auf Ergebnisse stützen zu können, die aus der umfangreichen Diskussion hätten generiert werden können. Die Auseinandersetzung hatte sich in den Strukturen der Geheimhaltungspflichten festgefahren, ohne die dahinter verborgenen Rechtsprobleme zu erkennen.

Literaturverzeichnis

Adolff, Johannes, Abtretungsverbot und Bankgeheimnis, in: Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, Verlag C.H. Beck, München, 2005, S. 3 ff.

zitiert: *Adolff*, Festschrift Heldrich, S.

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bände 1-3, 2. Auflage, Beck, München 2008.

zitiert: *Bamberger/Roth/Bearbeiter*, BGB, § Rdn.

Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J., Handelsgesetzbuch - mit GmbH und Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), Kommentar, 33. Auflage, Beck, München 2008.

zitiert: *Baumbach/Hopt/Bearbeiter*, HGB, § Rdn.

Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht der kartengestützten Zahlungen, 23. Auflage, Beck, München 2008.

zitiert: *Baumbach/Hefermehl/Bearbeiter*, Wechsel- und Scheckgesetz, Art. Rdn.

Baums, Theodor, Asset Backed Finanzierungen im deutschen Wirtschaftsrecht, in: WM 1993, 1 ff.

zitiert: *Baums*, WM 1993, S. 1

Berger, Christian, Die Abtretung ärztlicher Honorarforderungen, in: NZW 1995, S. 1584 ff.

zitiert: *Berger*, NJW 1995, 1584, S.

Bomhard, Roland/Kessler, Oliver/Dettmeier, Michael, Wirtschafts- und steuerrechtliche Gestaltungsfragen bei der Ausplazierung Not leidender Immobilienkredite, in: BB 2004, 2085 ff.

zitiert: *Bomhard/Kessler/Dettmeier*, BB 2004, 2085, S.

Böhm, Michael, Asset Backed Securities und die Wahrung des Bankgeheimnisses, in: BB 2004, 1641 ff.

zitiert: *Böhm*, BB 2004, 2085, S.

Bruchner, Helmut, Kein stillschweigender Abtretungsausschluss bei Bankforderungen, BKR 2004, S. 394 ff.

zitiert: *Bruchner*, BKR 2004, 394, S.

Bruchner, Helmut/Stützle, Werner, Leitfaden zu Bankgeheimnis und Bankauskunft, 2. Auflage, Sparkassenverlag, Stuttgart, 1990.

zitiert: *Bruchner/Stützle*, Leitfaden, S.

Bütter, Michael/Aigner, Kathrin, Sieg der Vernunft: Notleidende Darlehensforderungen sind abtretbar, in: BB 2005, 119 ff.

Bütter/Aigner, BB 2005, 119, S.

Bütter, Michael/Tonner, Martin, Übertragungen von Darlehensforderungen und Bankgeheimnis, in: ZBB 2004, 165 ff.

zitiert: *Bütter/Tonner*, ZBB 2004, 165, S.

Cahn, Andreas, Bankgeheimnis und Forderungsverwertung, in: WM 2004, 2041 ff.

zitiert: *Cahn*, WM 2004, 2041, S.

Canaris, Claus-Wilhelm, in: GrossKomm HGB, München 1988

zitiert: *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1988, Rdn.

- Canaris, Claus Wilhelm*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner Materialisierung, in: Archiv für die Civilistische Praxis, Band 200 (2000), S. 273-364.
zitiert: *Canaris*, Wandlungen Schuldvertragsrecht, AcP Bd. 200 (2000), S.
- Clemente, Clemens*, Verwertung der nicht akzessorischen Grundschild im Rahmen eines Forderungsverkaufs, in: ZfIR 2007, S. 737 ff.
zitiert: *Clemente*, ZfIR 2007, 737, S.
- Derleder, Peter/Knops, Kai-Oliver/Bamberger, Heinz Georg*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Auflage, Springer, Heidelberg, 2008.
zitiert: *Bearbeiter*, in: Derleder/Knops/Bamberger, Hdb. BkR., § Abs. Rdn.
- Ebenroth, Carsten Thomas/Joost, Detlev/Boujong, Karl-Heinz*, Handelsgesetzbuch, Kommentar, Band 2, §§ 343 - 475h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht, Beck/Verlag Franz Vahlen, München 2001.
zitiert: *Ebenroth/Bearbeiter*, HGB, § Rdn.
- Ehmann, Horst*, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, in: Archiv für die Civilistische Praxis, Band 188 (1988), S. 231-379.
zitiert: *Ehmann*, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, AcP Bd. 188 (1988), S.
- Ehmann, Horst*, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht - Zur Transformation unmoralischer in unerlaubte Handlungen -, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, S. 613-674.
zitiert: *Ehmann*, Persönlichkeitsrecht, S.
- Ehricke, Ulrich/Hoepner, Olaf/Münscher, Michael* (Hrsg.), Bankrechtstag 2005 - Verbraucherkredite, insbesondere für Immobilienanlagen. Forderungsübertragungen, insbesondere im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz, Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, Band 25, de Gruyter, Berlin, 2006.
zitiert: *Ehricke, u. a.*, Bankrechtstag 2005, S.
- Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch, Hrsg.: Westermann, Harm Peter, 12. Auflage, Verlag Dr.OttoSchmidt, Köln, 2008.
zitiert: *Erman/Bearbeiter*, BGB, § Rdn.
- Eser, Albin*, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsrund, Verlag Gehlen, Bad Homburg, 1969.
- Feuerich, Wilhelm/Weyland Dag*, Bundesrechtsanwaltsordnung - Kommentar, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2008.
zitiert: *Feuerich/Weyland*, BRAO, § Rdn.
- Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Auflage, Beck, München 2009.
zitiert: *Fischer*, StGB, § Rdn.
- Fleckner, Andreas*, Vom partiellen Ende des Unmittelbarkeitsprinzip im Recht der Treuhand - Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung , des Kreditwesengesetzes und anderer Gesetze: Erleichterungen für Asset Backed Securities, Konsortialkredite und das Portfoliomanagement - , in: WM 2004, 2050 ff.
zitiert: *Fleckner*, WM 2004, 2050, S.
- ders.*, Insolvenzzrechtliche Risiken bei Asses Backed Securities, in: ZIP 2004, 585 ff.
zitiert: *Fleckner*, ZIP 2004, 585, S.

Freitag, Robert, Kurzkommentar zu OLG Frankfurt/M. EWIR § 399 BGB 1/04, 741 - Bankgeheimnis, Abtretung von Rückzahlungsansprüchen aus Verbraucherdarlehensverträgen, vertragliches Abtretungsverbot, in: EWIR 2004, 741 f.

zitiert: *Freitag*, EWIR 2004, 741, S.

Früh, Andreas, Abtretungen, Verpfändungen, Unterbeteiligungen, Verbriefungen und Derivate bei Kreditforderungen vor dem Hintergrund von Bankgeheimnis und Datenschutz, in: WM 2000, 497 ff.

zitiert: *Früh*, WM 2000, 497, S.

Gehring, Babett, Asset-Backed Securities im amerikanischen und im deutschen Recht, Bank- und kapitalmarktrechtliche Schriften des Instituts für Bankrecht Köln, Band 11, Beck, München 1999.

zitiert: *Gehring, Babett*, Asset-Backed Securities, 1999, S.

Geppert, Klaus, Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB), in: Jura 1985, S. 25 ff.

zitiert: *Geppert*, Jura 1985, 25, S.

Gernhuber, Joachim (Hrsg.), Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Band 2 - Sukzessionen, Bearbeiter: *Nörr, Knut Wolfgang/Scheyhing, Robert*, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck, Tübingen 1983.

zitiert: *Bearbeiter*, in: Hdb. des Schuldrechts, Band 2 - Sukzessionen, § Abs.

Geurts/Koch/Schebesta/Weber; Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis, 6. Auflage, Bank-Verlag Medien, Köln, 2000.

zitiert: *Geurts/Koch/Schebesta/Weber*; Bankgeheimnis, S.

Hartung, Wolfgang/Holl, Thomas, Anwaltliche Berufsordnung, Kommentar, 4. Auflage, C. H. Beck, München, 2008

zitiert *Hartung/Holl/Bearbeiter*, AnwBerufsO, § Rdn.

Henssler, Martin, Das anwaltliche Berufsgeheimnis, in: NJW 1994, S. 1817 ff.

Henssler, Martin/Prütting, Hanns, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2009, München.

zitiert: *Henssler/Prütting/Bearbeiter*, BRAO, § Rdn.

Hellner, Thorwald/Steuer, Stephan/Schröter, Jürgen (Hrsg.), Bankrecht und Bankpraxis, Band 1-6 (Loseblattsammlung), Stand 79. Lieferung, 11/2008, Bankverlag Köln, 2005.

zitiert: *Bearbeiter*, in: BuB Bd. , 2005, Rdn. /

Hofmann, Stefan/Walter, Bernhard, Die Veräußerung Not leidender Kredite - aktives Risikomanagement der Bank im Spannungsverhältnis zwischen Bankgeheimnis und Datenschutz, in: WM 2004, 1566 ff.

zitiert: *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566, S.

Horn, Norbert, Die AGB-Banken, Heymanns, Köln, 1994.

zitiert: *Horn*, AGB-Banken, 1994, S.

Horn, Norbert, Die Neufassung 1984 der AGB -Banken, in: WM 1984, 449 ff.

zitiert: *Horn*, WM 1984, 449, S.

Jäger, Ernst, Die ältesten Banken und der Ursprung des Wechsels, Liesching, Stuttgart, 1897 (Nachdruck Osaka 1974).

zitiert: *Jäger*, Banken, S.

- Jauernig, Othmar*, Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009.
zitiert: *Jauernig/Bearbeiter*, BGB, § Rdn.
- Jobe, Clemens J.*, Verkauf und Abtretung von Kreditforderungen und das Bankgeheimnis, in: ZIP 2004, 2415 ff.
zitiert: *Jobe*, ZIP 2004, 2415, S.
- Kloepfer, Michael*, Informationsrecht, Beck, München 2002.
zitiert: *Kloepfer*, Informationsrecht, S.
- Klüwer, Arne/Meister, Matthias*, Forderungsabtretung und Bankgeheimnis, in: WM 2004, 1157 ff.
zitiert: *Klüwer/Meister*, WM 2004, 1157, S.
- Klüwer, Arne*, Asset-Backed-Securitisation, Dissertation, Verlag, Ort, 2001
zitiert: *Klüwer*, Asset-Backed-Securitisation, S.
- Koberstein-Windpassinger, Carmen*, Wahrung des Bankgeheimnisses bei Asset-Backed-Securities-Transaktionen, in: WM 1997, 473 ff.
zitiert: *Koberstein-Windpassinger*, WM 1997, 473, S.
- Kreutzer, Peter*, Bankgeheimnis und Auskunftspflicht unter besonderen Berücksichtigung der rechtlichen Grundlagen, Diss. Würzburg 1956
zitiert: *Kreutzer*, Bankgeheimnis, S.
- Kristen, Sebastian/Kreppel, Ulf*, NPL-Transaktionen aus Sicht des Verkäufers - Risiken und Lösungsansätze, in: BKR 2005, S. 123 ff.
zitiert: *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123, S.
- Kuder, Karen*, Bankgeheimnis als Abtretungsverbot? - Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urt. v. 25.5.2004 - 8 U 84/04, in: ZInsO 2004, 903 f.
zitiert: *Kuder*, ZInsO 2004, 903, S.
- Kümpel, Siegfried*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2004
zitiert: *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2004, Rdn.
- Kusserow/Dittrich*, Rechtsprobleme bei Asset-Backed Securities Transaktionen deutscher Kreditinstitute unter besonderer Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Aspekte, in: WM 1997, 1786 ff.
zitiert: *Kusserow/Dittrich* WM 1997, 1786, S.
- Lackner, Karl/Kühl Christian*, StGB Kommentar, 26. Auflage, Beck, München, 2007.
zitiert: *Lackner/Kühl*, § , Rdn.
- Lammel*, Zur Auskunftshaftung, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 179 (1979), S. 337.
zitiert: *Lammel*, Auskunftshaftung, AcP 179 (1979), S.
- Langenbacher, Katja*, Anmerkung zu OLG Frankfurt a.M. vom 25. Mai 2004 8 U 84/04 (Bankgeheimnis und Kapitalmarktfähigkeit von Kreditportfolios), in: BKR 2004, S. 333 ff.
zitiert: *Langenbacher*, BKR 2004, 333, S.
- Larenz, Karl, Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, Beck, München 2004,
zitiert: *Larenz/Wolf*, BGB AT, Kapitel, §, Nr., lit.
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Springer-Verlag, München 1991.
zitiert: *Larenz, Methodenlehre*, 1991, S.

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Zwei Bände in drei Teil-Bänden, Band I (Allgemeiner Teil); 14. Auflage, Beck, München 1987.

zitiert: *Larenz/Canaris*, Schuldrecht, Kapitel, Ziffer

Lenckner, Theodor, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein "übergesetzlicher" Rechtfertigungsgrund?, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, Herausgegeben von Robert Hauser, Jörg Rehberg, Günter stratenwerth, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984.

Lerche, Peter, Bankgeheimnis - verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen, in ZHR 149 (1985), S. 165-176

zitiert: *Lerche*, ZHR 149 (1985), S.

Lieth, Oliver, Anmerkung zu BGH Urt. vom 27.02.2007 - XI ZR 195/05, in: BKR 2007, S. 198 f.

zitiert: *Lieth*, BKR 2007, 198, S.

Maas, Hans, Information und Geheimnis im Zivilrecht, Dissertation, Stuttgart 1970.

zitiert: *Maas*, Information und Geheimnis im Zivilrecht, S.

Mankowski, Peter, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 25.03.1993 - IX ZR 192/92 (OLG Bamberg), in: JZ 1994, 48 ff.

zitiert: *Mankowski*, JZ 1994, 48, S.

Medicus, Dieter, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2008.

zitiert: *Medicus*, SR AT, Rdn.

Müller-Erbach, Deutsches Handelsrecht, 1. Teil, 3. Auflage, JCB Mohr, Tübingen, 3. Auflage, 1928

zitiert: *Müller-Erbach*, Handelsrecht, S.

Münchener Kommentar zum bürgerlichen Recht, Herausgegeben von Rebmann, Kurt / Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland; Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 5. Auflage, 2008, Beck, München.

zitiert: *MünchKomm/Bearbeiter*, BGB, § Rdn.

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Herausgegeben von Schmidt, Karsten, 2. Auflage, 2006, Beck, München.

zitiert: *MünchKomm/Bearbeiter*, HGB, § Rdn.

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Herausgegeben von Kirchhof, Hans-Peter / Lwowski, Hans-Jürgen / Stürner, Rolf, 3 Bände, 2. Auflage, Beck, München, 2008.

zitiert: *MünchKomm/Bearbeiter*, InsO, § Rdn.

Musielak, Hans-Joachim, Die Bankauskunft nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland, in: Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen, Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Abteilung B: Rechtswissenschaft, Band 49, Berlin 1986, S. 9 ff.

zitiert: *Musielak*, Bankauskunft, S.

Nobbe, Gerd, Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen, in: WM 2005, 1537 ff.

zitiert: *Nobbe*, WM 2005, 1537, S.

Oechsler, Jürgen, Schuldrecht Besonderer Teil Vertragsrecht, Verlag Vahlen, München, 2003

zitiert: *Oechsler*, Schuldrecht, Rn.

Oechsler, Jürgen, Die Entwicklung des privaten Bankrechts im Jahre 2004, in: NJW 2004, 1406 ff.
Otto, Dirk-Ulrich, Die Abtretung des Anwaltshonorars an einen Anwalt, Schriftenreihe des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln, Band 49, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn 2002.
zitiert: *Otto*, Die Abtretung des Anwaltshonorars an einen Anwalt, 2002, S.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2010.

zitiert: *Palandt/Bearbeiter*, BGB, § Rdn.

Petersen, Jens, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionsschutz, Mohr Siebeck 2005.

zitiert: *Petersen*, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionsschutz, 2005, S.

Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinrich, Gerd, BGB Kommentar, 5. Auflage 2010, Luchterhand.

zitiert: *PWW/Bearbeiter*, BGB, § Rn.

Rehbein, Dieter, Rechtsfragen zum Bankgeheimnis, ZHR 149 (1985), S. 139 - 150

zitiert: *Rehbein*, ZHR 149, S.

Reifner, Udo, Risiko Baufinanzierung - Rechtliche und wirtschaftliche Probleme privater Bauherren, Luchterhand (Hermann), 2. Auflage, Köln 1996.

Reifner, Udo, Der Verkauf notleidender Verbraucherdarlehen, in: BKR 2008, S. 142 ff.

zitiert: *Reifner*, BKR 2008, 142, S.

Rinze, Jens/Heda, Klaudius, Non-Performing Loan und Verbriefungstransaktionen: Bankgeheimnis, Datenschutz, § 203 StGB und Abtretung, in: WM 2004, 1557 ff.

zitiert: *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557, S.

Rögner, Herbert, Bankgeheimnis im Spannungsverhältnis mit dem Kapitalmarktrecht?, in: NJW 2004, S. 3230 ff.

zitiert: *Rögner*, NJW 2004, 3230, S.

Röhl, Klaus F., Allgemeine Rechtslehre - Ein Lehrbuch, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2001.

zitiert: *Röhl*, Rechtslehre, S.

Rogall, Klaus, Die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB) - Aktuelle Probleme und ungelöste Fragen, in: NStZ 1983, S. 1 ff.

zitiert: *Rogall*, NStZ 1983, 1, S.

Schalast, Christoph/Safran, Robert/ Sassenberg, Thomas, Strafbarkeit von Sparkassenvorständen beim Verkauf notleidender Kredite, in: NJW 2008, S. 1486 ff.

zitiert: *Schalast/Safran/Sassenberg*, NJW 2008, 1486, S.

Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen, Bankrechtshandbuch, 3. Auflage, Beck, München 2007.

zitiert: *Bearbeiter*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch Band 1, 2007, § Rdn.

Schmalenbach, Dirk/Sester, Peter, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Eintragung in das neu geschaffene Finanzierungsregister, in: WM 2005, S. 2025.

Schneider, Egon, Abtretung und Verschwiegenheitspflicht, in: MDR 1992, S. 640 f.

zitiert: *Schneider*, MDR 1992, 640, S.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, Beck, München 2006

zitiert: Schönke/Schröder, StGB, § Rdn.

Schönle, Herbert, Bank- und Börsenrecht, 2. Auflage München 1976,

zitiert: *Schönle*, Bank- und Börsenrecht, S.

Schraepler, Hans-Joachim, Kreditauskunft - Einschränkung des Bankheimnisses, in: NJW 1972, S. 1836 ff.

zitiert: *Schraepler*, NJW 1972, 1836, S.

Schneider, Hans, Gesetzgebung - Ein Lehr- und Handbuch, 3. Auflage, C.F. Müller, Karlsruhe 2002.

zitiert: *Schneider*, Gesetzgebung, S.

Schmalenbach, Dirk/Sester, Peter, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Eintragung in das neu geschaffene Refinanzierungsregister, in: WM 2005, 2025 ff.

zitiert: *Schmalenbach/Sester*, WM 2005, 2025, S.

Schwintowski, Hans-Peter/Schäfer, Frank A., Bankrecht, Commercial Banking - Investment Banking, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 2002.

zitiert: *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht, 2002, § Rdn.

Schwintowski, Hans-Peter/Schantz, Peter, Grenzen der Abtretbarkeit grundpfandrechtlich gesicherter Darlehensforderungen, in: NJW 2008, 472 ff.

zitiert: *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, 472, S.

Sichtermann, S./Feuerborn, S./Kirchherr, R./Terdenge, R., Bankheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland sowie in wichtigen ausländischen Staaten, 3. Auflage, Fritz Knapp Verlag, Frankfurt a.M. 1984.

zitiert: *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankheimnis und Bankauskunft, 1984, S.

Simitis, Spiros/Dammann, Ulrich/Geiger, Hansjörg/Mallmann, Otto/Walz, Stefan, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, x. völlig neubearbeitete Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 6. Auflage 2006.

zitiert: *Simitis u.a.*, BDSG, § Rdn.

von Sivers, Katharina, Der Handel mit Not leidenden Forderungen, in: ZInsO 2005, 290 ff.

zitiert: *von Sivers*, ZInsO 2005, 290, S.

Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241 - 432), Verlag W. Kohlhammer, Stand: Juli 1990.

zitiert: *Soergel/Bearbeiter*, § Rdn.

Staudinger, Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 134-163 (Allgemeiner Teil 4), Neubearbeitung 2003 von Bork, Reinhard/Kohler, Jürgen/Roth, Herbert/Sack, Rolf, Sellier - de Gruyter, Berlin.

zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*, BGB, § Rdn.

Staudinger, Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §§ 241 ff.; §§ 241-243, Neubearbeitung 1995, bearb. Redakteur der Einl. zu §§ 241 ff. und § 241 f.: Schmidt, Jürgen.

zitiert: *Staudinger/J. Schmidt* (1995), Einl zu §§ 241 ff., Rdn.

zitiert: *Staudinger/J. Schmidt* (1995), § 242, Rdn.

Staudinger, Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432 (Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern), Neubearbeitung 2005 von Busche, Jan/Noack, Ulrich/Rieble, Volker, Sellier - de Gruyter, Berlin.

zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*, BGB, § Rdn.

Steindorff, Ernst, Zivilrechtliche Grundlagen des Bankgeheimnisses, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Band 149 (1985), S. 151 - 164.

zitiert: *Steindorff*, Zivilrechtliche Grundlagen des Bankgeheimnisses, ZHR 149 (1985), S.

Stiller, Dirk, Asset-Backed-Securities und das Bankgeheimnis, in: ZIP 2004, 2027 ff.

zitiert: *Stiller*, ZIP 2004, 2027, S.

Streit, Georg/Schiermeyer, Florian, Urteilsanmerkung LG Frankfurt/M. EWiR § 399 BGB 2/05, 295 f.

zitiert: *Streit/Schiermeyer*, EWiR § 399 BGB 02/05, 295, S.

Teubner, Gunther, Gegenseitige Vertragsuntreue, Dissertation Tübingen, Mohr Siebeck 1975.

zitiert: *Teubner*, Vertragsuntreue, S.

Theewen, Eckhard M., Problemerkredite und die "Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft der Kreditinstitute" - Workout, Outsourcing oder Bad Bank?, in: WM 2004, 105 ff.

zitiert: *Theewen*, WM 2004, 105, S.

Tollmann, Claus, Die Sicherstellung der Insolvenzfestigkeit bei der Asset Backed Securitization nach dem neuen Refinanzierungsregister gemäß §§ 22a ff. KWG, in: WM 2005, S. 2017 ff.

zitiert: *Tollmann*, WM 2005, 2017, S.

Toth-Feher, Geza M./Schick, Olaf, Distressed Opportunities - Rechtliche Probleme beim Erwerb notleidender Forderungen von Banken, in: ZIP 2004, 491 ff.

zitiert: *Toth-Feher/Schick*, ZIP 2004, 491, S.

Weber, Ahrend, Das deutsche Bankgeheimnis, in: Die Bank 1996, 84 ff.

zitiert: *Weber*, Die Bank 1996, Bankgeheimnis, 84, S.

Weber, Ahrend, Die neue SCHUFA-Klausel, in: Die Bank 1986, 370 ff.

zitiert: *Weber*, Die Bank 1986, SCHUFA-Klausel, 370, S.

Weber, Ahrend, Neuordnung des SCHUFA-Verfahrens für Kreditinstitute, in: WM 1986, 845 ff.

zitiert: *Weber*, WM 1986, 845, S.

Weber, Ahrend/Schebesta, Michael/Koch, Christian/Geurts, Matthias, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis, 1. Auflage, Bankverlag, Köln, 2000.

Weichert, Thilo, Die datenschutzrechtlich bedingte Unwirksamkeit der Forderungsabtretung, in: VuR 2007, S. 373 ff.

zitiert: *Weichert*, VuR 2007, 373, S.

Wenger, Georg/Widmann, Andreas/Wengert, Katharina, Bankfusion und Datenschutz, in: NJW 2000, 1289 ff.

zitiert: *Wengert/Widmann/Wengert*, NJW 2000, 1289, S.

Wiegand, Wolfgang, Bankrechtliche Aspekte der Asset Backed Securities, in: Bankrecht-Schwerpunkte und Perspektiven, Festschrift für Herbert Schimansky, Norbert Horn (Hrsg.), Köln 1999, S. 837-857.

zitiert: *Wiegand*, Asset Backed Securities, S.

Wolff, Jürgen, Die Geheimhaltungspflicht der Banken, in: DB 1968, S. 695 ff.

zitiert: *Wolff*, DB1968, 695, S.

Zimmermann, Steffen, Geierfonds erwerben ungekündigte Darlehensverträge und Grundschulden ohne fiduziarische Zweckbindung - Zur Rechtslage nicht notleidender Kreditengagements im Dreieck Kunde/Investor/Hausbank, in: BKR 2008, S. 95 ff.

zitiert: *Zimmermann*, BKR, 2008, 95, S.

Abkürzungen wurden so weit wie möglich vermieden oder erläutert. Im Übrigen folgen sie der Systematik von *Kirchner, Hildebert/Pannier, Dieter*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. neu bearbeitete Auflage, Verlag DeGruyter Recht, Berlin 2008.

Lebenslauf

Persönliche Daten

Name: Kersten Pabst
geb. am 23.06.1976 in Köln



Schulbildung / Zivildienst

1986 - 1995 Georg-Büchner-Gymnasium, Köln
08/1995 - 07/1996 Fahrtendienst, Arbeiter-Samariter-Bund, Köln

Berufsausbildung

08/1996 - 06/1998 Ausbildung zum Bankkaufmann IHK, Westdeutsche Landesbank
Girozentrale (WestLB), Düsseldorf

Studium

11/1998 - 03/2001 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Passau
davon 09/2000 - 01/2001 Auslandssemester am Institut D'Etudes Politiques, Rennes (Sciences
Politiques), Frankreich
04/2001 - 09/2004 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Köln
davon 09/2002 - 08/2003 Examenstutorium an der Universität Heidelberg
09/2004 1. Staatsexamen, Köln
Wahlfachgruppe: Völker- und Europarecht

Referendariat am Landgericht Köln

08/2006 - 12/2006 Gerichtsstation Amtsgericht Köln, Allgemeine Zivilsachen
01/2007 - 03/2007 Staatsanwaltschaft Landgericht Köln, Jugendsachen
04/2007 - 06/2007 Verwaltungsstation bei der Ständigen Vertretung der Bundesrepublik
Deutschland bei den Vereinten Nationen, New York, U.S.A.
07/2007 - 04/2008 Anwaltsstation Linklaters LLP, Bereich Insolvenz und Sanierung, Köln
05/2008 - 07/2008 Rechtsabteilung NRW.BANK, Düsseldorf
09/2008 2. Staatsexamen, Düsseldorf

Promotion

08/2010 Disputation am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und
Gesellschaftsrecht, Prof. Dr. Dauner-Lieb, Universität zu Köln,
zum Thema: "Zur Reichweite der Verschwiegenheitspflicht im
Kreditgewerbe".

Berufserfahrung

08/09/1999 und 03/04/2001	Assistenz der Kundenbetreuung, Geschäftsbereich Banken Europa, WestLB, Düsseldorf
12/2004 - 03/2007	Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Wirtschaftskanzlei Linklaters LLP, Bereich Gewerblicher Rechtsschutz, Köln
seit 01/2009	Referent im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin