

# Bank- und Kapitalmarktrecht

Claussen / Erne

6. Auflage 2023  
ISBN 978-3-406-72212-7  
C.H.BECK

ihn Auskunft zu geben oder einzuholen (zB im Wege der Bankauskunft oder des Schufa-Verfahrens).<sup>10</sup>

Das Bankgeheimnis hat in Deutschland lange Tradition. Schon Art. 19 des „Reglements der Königlichen Giro- und Lehn-Banco“ Friedrich des Großen aus dem Jahre 1765 befasste sich damit und schrieb vor:

„Wir verbieten bey Unserer Königlichen Ungnade, allen und jeden nachzuforschen, wie viel ein anderer auf sein Folium zugute habe, auch soll niemand von denen Bancoschreibern sich unterstehen, solches zu offenbaren, weder durch Worte, Zeichen oder Schrift, bey Verlust ihrer Bedienungen und bey denen Strafen, die meyneidige zu erwarten haben. Zu dem Ende sollen sie bey Antretung ihres Amtes besonders schwören, dass sie alle die Geschäfte, die sie als Bediente der Banco unter Händen haben werden, als das größte Geheimnis mit in die Grube nehmen werden.“

Diese elementare Sprache vor mehr als 250 Jahren hat bis heute nichts an Aussagekraft über das Bankgeheimnis verloren, obgleich sich in den letzten Jahren in puncto Bankgeheimnis eine deutliche Richtungsänderung eingestellt hat. Besaß das Bankgeheimnis in der Bundesrepublik Deutschland in der Vergangenheit stets einen hohen Stellenwert, so wird es zunehmend zugunsten der steuereinfordernden Staatsgewalt (etwa durch Aufhebung des § 30a AO) aufgeweicht. Auf europäischer Ebene kam es in den vergangenen Jahren im Zuge der entschiedenen Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung zu einer Vielzahl von gesetzgeberischen Maßnahmen auf dem Gebiet des zwischenstaatlichen Informationsaustauschs<sup>11</sup>, was innerhalb der Europäischen Union faktisch zu einer deutlichen Einschränkung des Bankgeheimnisses führte. Dieser Befund lässt sich auch auf globaler Ebene feststellen. Hervorzuheben ist hierbei insbesondere der sog. Common Reporting Standard (CRS)<sup>12</sup>, der am 15.7.2014 von der OECD veröffentlicht wurde und einen internationalen Austausch von Finanzinformationen zwischen 144 Staaten<sup>13</sup> sicherstellt. Somit lässt sich zusammenfassend eine zunehmende Abkehr von einem strikten Bankgeheimnis feststellen.

## 1. Rechtsgrundlage des Bankgeheimnisses

Verschwiegenheit ist eine menschliche Tugend, deren Verbreitung – über das Bankgeheimnis hinaus – in vielen Bereichen menschlichen Zusammenlebens zu wünschen wäre. So ist die Wahrung des Bankgeheimnisses zunächst einmal ein ethisches Postulat. Juristisch wird weit gegriffen, um das Bankgeheimnis rechtlich zu begründen. Hergeleitet wird das Bankgeheimnis mangels gesetzlicher Definition dabei aus dem Grundgesetz sowie aus dem Zivilrecht.

Sieht man die Funktionen des Bankgeheimnisses darin, Bankkunden vor der unberechtigten Weitergabe ihrer Bankdaten zu schützen und Kreditinstituten das Recht zur Verweigerung von Auskünften zu gewähren, ist das Bankgeheimnis vor dem Zugriff staatlicher Stellen zunächst verfassungsrechtlich durch verschiedene **Grundrechte** geschützt. Teilweise wird vertreten, dass einem Bankkunden das Recht auf Geheimhaltung seiner Bankdaten als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts iSv Art. 1 Abs. 1 GG zusteht, auch die Menschenwürde wird zur Begründung des Bankgeheimnisses herangezogen.<sup>14</sup> Eher mag der verfassungsrechtliche Schutz des Bankgeheimnisses vor dem Zugriff staatlicher

<sup>10</sup> → § 3 Rn. 29 ff. und → § 3 Rn. 47.

<sup>11</sup> Hervorzuheben sind insbes.: Richtlinie 2003/48/EG vom 3.6.2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen, Richtlinie 2011/16/EU vom 15.2.2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden; Richtlinie 2014/107/EU vom 16.12.2014, Richtlinie 2015/2376/EU vom 8.12.2015, Richtlinie 2016/881/EU vom 25.5.2016 sowie Richtlinie 2016/2258/EU vom 6.12.2016.

<sup>12</sup> Vgl. OECD, Tax, Automatic Exchange Portal, CRS, abrufbar unter: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard/> – zuletzt abgerufen am: 1.11.2022.

<sup>13</sup> Siehe hierzu die von der OECD veröffentlichte Liste der teilnehmenden Staaten, abrufbar unter: [https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Status\\_of\\_convention.pdf](https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf) – zuletzt abgerufen am: 1.11.2022.

<sup>14</sup> Früher Lerche ZHR 149 (1985), 165 (174 ff.); vgl. Sichtermann MDR 1965, 697.

Stellen auf Kundenseite jedoch aus Art. 2 GG hergeleitet werden, nämlich dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Auf Bankenseite lässt sich der Schutz des Bankgeheimnisses (Auskunftsverweigerungsrecht gegenüber staatlichen Stellen) aus Art. 12 GG herleiten, dem Recht der freien Berufsausübung in der Kreditwirtschaft.<sup>15</sup> Auf europäischer Ebene garantiert Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)<sup>16</sup> zwar ein Recht auf den Schutz personenbezogener Daten, jedoch ist bezüglich einer vorschnellen Annahme eines unionsrechtlichen Schutzes des Bankgeheimnisses Zurückhaltung geboten. Zwar deutete der EuGH im Jahre 2015 das Bestehen eines Bankgeheimnisses im Rahmen des Art. 8 GRCh iVm der EU-Datenschutzrichtlinie (Richtlinie 2004/47/EG) an<sup>17</sup>, sah jedoch ein Jahr später in einem anderen Verfahren keine Veranlassung zu einer Prüfung von Art. 8 GRCh.<sup>18</sup> Auf Unionsebene kann somit bislang nicht von einem hinreichenden Schutz des Bankgeheimnisses ausgegangen werden. Perspektivisch könnte sich ein solcher innerhalb der Europäischen Union allerdings im Zuge eines (bislang diskutierten, jedoch noch nicht vollzogenen) Beitritts der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>19</sup> ergeben, erkennt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)<sup>20</sup> doch bereits seit 2015 das Bankgeheimnis als Teil der von Art. 8 EMRK geschützten Privatsphäre ausdrücklich an.<sup>21</sup> Zwar hat sich der EuGH bislang einem Beitritt der Europäischen Union zur EMRK entgegenstellt,<sup>22</sup> weshalb die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag nicht Bestandteil des Unionsrechts und die Rechtsprechung des EGMR aus unionsrechtlicher Sicht nicht bindend ist.<sup>23</sup> Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK ist jedoch gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV vorgesehen.

- 6 Die exakte **zivilrechtliche Grundlage des Bankgeheimnisses** ist umstritten.<sup>24</sup> Sie wird teilweise in dem der Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunden zugrundeliegenden allgemeinen Bankvertrag gesehen<sup>25</sup>, der die Rechtspflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses als Nebenpflicht enthält, ferner als Gegenstand eines konkreten Konto-<sup>26</sup> bzw. Kreditvertrags<sup>27</sup>. Daneben wird ua auf Nr. 2 Abs. 1 S. 1 AGB-Banken sowie auf Nr. 1 Abs. 1 S. 2 AGB-Sparkassen zurückgegriffen.<sup>28</sup> Andere wiederum sehen als Rechtsgrundlage für das Bankgeheimnis das Gewohnheitsrecht<sup>29</sup> oder das mit der Aufnahme des geschäftlichen Kontakts entstehende Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB<sup>30</sup>.

<sup>15</sup> Nobbe WM 2005, 1537 (1538); Staub/Staub, HGB, 10. Bd. 2, Teil Rn. 74.

<sup>16</sup> Die Europäische Grundrechtecharta wurde am 7.12.2000 vom Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission proklamiert. Sie geht maßgeblich auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zurück, der schon früh Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze entwickelte. Siehe hierzu die Geschichte der Charta in: Jarass, Charta EU-Grundrechte, Einl. Rn. 3 ff.

<sup>17</sup> EuGH 16.7.2015 – C-580/13, WM 2015, 1557.

<sup>18</sup> EuGH 14.4.2016 – C-522/14, DStR 2016, 911.

<sup>19</sup> Die Europäische Menschenrechtskonvention ist ein völkerrechtlicher Vertrag und wurde am 4.11.1950 als Konvention des Europarats unterzeichnet. Siehe zur Entstehungsgeschichte: HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Nettesheim EMRK Einl. Rn. 1 ff.

<sup>20</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ist das Rechtsprechungsorgan der EMRK und gewährleistet einen Mindeststandard des Menschenrechtsschutzes innerhalb Europas; vgl. HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Nettesheim EMRK Einl. Rn. 9.

<sup>21</sup> EGMR 7.7.2015 – 28007/12, – M. N. AND OTHERS/SAN MARINO.

<sup>22</sup> EuGH ECLI:EU:C:2014:2454, Gutachten 2/13 des Gerichtshofs vom 18.12.2014. Siehe hierzu auch die Anmerkungen von Wendel NJW 2015, 921 ff.

<sup>23</sup> Ambos, Internationales Strafrecht, § 10 Rn. 7 ff.

<sup>24</sup> Zum Streitstand siehe: MAH BankR/Neth-Unger § 3 Rn. 225.

<sup>25</sup> BGH DB 1953, 1031; Hopt/Hopt HGB (7) BankGesch Rn. A9; Kusserow/Dietrich WM 1997, 1786 (1792); zum allgemeinen Bankvertrag, → § 1 Rn. 243 ff.

<sup>26</sup> BGHZ 27, 241 (246).

<sup>27</sup> BGH WM 1985, 1305.

<sup>28</sup> Giannopoulos, Die Harmonisierung des privatrechtlichen Bankgeheimnisses im europäischen Wirtschaftsverkehr, S. 33.

<sup>29</sup> Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Krepold/Zahrte § 8 Rn. 14 mwN; Hofmann/Walter WM 2004, 1566 (1570).

<sup>30</sup> Canaris, Bankvertragsrecht, Rn. 42; Nobbe WM 2005, 1537 (1539); Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Krepold/Zahrte § 8 Rn. 11; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/von Spannenberg, HGB, Die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden, Rn. 144; MüKoHGB/Herresthal A Rn. 391.

Teilweise wird das Bankgeheimnis aus der schuldrechtlichen Interessenwahrungspflicht abgeleitet.<sup>31</sup> Der BGH hat bisher offengelassen, ob das Bankgeheimnis auf vertraglicher oder gewohnheitsrechtlicher Grundlage beruht. Er ist der Auffassung, dass es sich bei der Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses um eine besondere Ausprägung der allgemeinen Pflicht eines Kreditinstitutes handelt, die Vermögensinteressen des Vertragspartners zu schützen und nicht zu beeinträchtigen.<sup>32</sup> Unabhängig davon, welche der zuvor dargestellten Meinungen man für zutreffend hält, lässt sich als Gemeinsamkeit aller zivilrechtlichen Ansätze festhalten, dass die Wahrung des Bankgeheimnisses eine Verpflichtung von Kreditinstituten mit rein schuldrechtlichem Charakter ist, die mit bestehenden oder in der Anbahnung befindlichen Schuldverhältnissen zwischen Kreditinstitut und Kunde einhergeht und von allen Kreditinstituten zu beachten ist.

## 2. Geheimnisherr über das Bankgeheimnis

Abgesehen vom Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für das Bankgeheimnis und von 7 bestehenden Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich seiner dogmatischen Herleitung steht fest, dass es das Bankgeheimnis gibt und dass der Bankkunde Geheimnisherr über das Bankgeheimnis ist.<sup>33</sup> Denn die Verpflichtung des Kreditinstitutes zur Verschwiegenheit erstreckt sich auf „Tatsachen und Wertungen,[...] die der Kunde geheim zu halten wünscht“.<sup>34</sup> Dem Bankkunden als Geheimnisherr ist es natürlich jederzeit unbenommen, seine Bank anzuweisen, dass gegenüber Anfragenden das Bankgeheimnis aufgehoben wird. Ist ein Bankkunde geschäftsunfähig oder lediglich beschränkt geschäftsfähig, tritt sein gesetzlicher Vertreter als Geheimnisherr an seine Stelle; in der Insolvenz des Kunden folgt ihm der Insolvenzverwalter als Geheimnisherr, im Todesfall seine Erben.<sup>35</sup> Ist eine GmbH Bankkunde, so ist sie der Geheimnisträger und nicht die Gesellschafter, auch nicht der Alleingesellschafter oder eine Konzernobergesellschaft.<sup>36</sup>

Da ein Bankkunde seinem Kreditinstitut im Hinblick auf die Einhaltung des Bank- 8 geheimnisses idR keine ausdrückliche Weisung erteilt, welche von seinen Daten er geheim zu halten wünscht und welche nicht, muss das Kreditinstitut im Zweifel aus der Gesamtheit der Umstände, vor allem aus dem Interesse des Bankkunden an einer Auskunftserteilung, den dahingehenden Kundenwillen ermitteln.

## 3. Gegenstand des Bankgeheimnisses

**Gegenstand des Bankgeheimnisses** sind alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen, 9 die einem Kreditinstitut aufgrund, aus Anlass oder im Rahmen der Geschäftsverbindung zum Kunden bekannt geworden sind und die der Kunde geheim zu halten wünscht.<sup>37</sup> Es ist dabei unerheblich, ob die Kenntnis des Kreditinstitutes auf einer Mitteilung des Kunden, eines Dritten oder auf eigener Wahrnehmung beruht. Es genügt, dass die Kenntnis im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit des Kreditinstitutes erlangt wurde.<sup>38</sup> Unter das Bankgeheimnis fällt dabei nicht nur die wirtschaftliche, sondern auch die persönliche Sphäre als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts des Bankkunden.

**Das Bankgeheimnis besteht grundsätzlich gegenüber jedermann**, dh auch gegen- 10 über dem Ehepartner des Kontoinhabers und natürlich gegenüber Lebenspartnern, die

<sup>31</sup> Langenbucher/Bliesener/Spindler/Müller-Christmann 1. Kap. Rn. 56.

<sup>32</sup> BGH NJW 2010, 361 (362); 2007, 2106 (2107); 2006, 830 (834).

<sup>33</sup> Weber, Bankrecht und Bankpraxis, 2/846; Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Krepold/Zahrte § 8 Rn. 39; Bunte/Zahrte/Bunte, AGB-Banken, Rn. 41.

<sup>34</sup> BGH NJW 2010, 361 (362); 2007, 2106 (2107).

<sup>35</sup> Weber, Bankrecht und Bankpraxis, 2/847, 2/848; MüKoHGB/Herresthal A Rn. 400.

<sup>36</sup> BGH NJW 2006, 830 (Leitsatz 4).

<sup>37</sup> Vgl. auch BGH GRUR 2016, 497 (498); NJW 2010, 361 (362); 2007, 2106 (2107).

<sup>38</sup> BGH GRUR 2016, 497 (498); Nobbe WM 2005, 1537 (1539); vgl. auch Nr. 2 Abs. 1 S. 1 AGB-Banken.

keine Ehepartner sind. Es findet seine Grenze jedoch zum **Beispiel** bei Einrichtung einer gewillkürten Vertretung: ein Bankkunde setzt einen Dritten als Generalbevollmächtigten ein, eine Firma setzt einen neuen Prokuristen ein. In jedem Fall ist die Bank dann zur Unterrichtung dieses gewillkürten Vertreters verpflichtet, ihm gegenüber gilt das Bankgeheimnis nicht.<sup>39</sup> Darüber hinaus besteht das Bankgeheimnis grundsätzlich auch gegenüber staatlichen Stellen.<sup>40</sup>

- 11 **Zeitlich** gesehen erfasst das Bankgeheimnis die Dauer der konkreten Geschäftsbeziehung des Kunden zur Bank und gilt zudem nach Beendigung einer Bankverbindung fort.<sup>41</sup> Auch ein Nichtkunde, etwa ein Kreditinteressent, der ohne konkrete Geschäftsbeziehung lediglich Kreditgespräche mit einem ihm fremden Kreditinstitut sucht, ist schon im Stadium einer Geschäftsanhahnung sowie danach – etwa bei Abbruch der Verhandlungen – vom Bankgeheimnis geschützt, § 311 BGB.
- 12 **Beispiele für typische Gegenstände des Bankgeheimnisses:** Name und Anschrift eines Kontoinhabers<sup>42</sup>; das Bestehen von Wertpapierdepots, deren Wert und Zusammensetzung; die Tatsache der Kontoführung ist ein Bankgeheimnis<sup>43</sup>, sofern der Kunde nicht auf eine Geheimhaltung verzichtet, was konkludent dadurch geschieht, dass er seine Bankverbindung auf Briefbogen und Rechnungen angibt<sup>44</sup>; der Kontostand, etwa eingeräumte Kreditlinien, deren Besicherung und Ausnutzung. Weitere Geheimnisgegenstände sind persönliche Tatsachen, wie Erbschaften des Kontoinhabers, Einsetzung als Testamentserben uä. Was bereits öffentlich bekannt ist, ist nicht mehr geheim.<sup>45</sup> Der BGH sieht dennoch auch in diesem Fall eine Pflicht des Kreditinstitutes zur Zurückhaltung in Werturteilen und Meinungsäußerungen hinsichtlich der Kreditwürdigkeit eines Kunden, selbst wenn es sich um wahre Tatsachen handelt.<sup>46</sup>
- 13 Das Bankgeheimnis findet auch innerhalb einer Bank Anwendung (sog. **inneres Bankgeheimnis**). Es gilt bankintern deshalb ebenso gegenüber Angestellten und Aufsichtsorganen der Bank, wenn deren Kenntnisnahme nicht im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsverkehrs erforderlich ist.<sup>47</sup> Kundengeheimnisse dürfen anderen Bankmitarbeitern daher erst ab dem Zeitpunkt offenbart werden, ab dem sie in die Bearbeitung eines den Kunden betreffenden Geschäftsvorfalles eingebunden sind.<sup>48</sup> **Beispiele:** Die kontoführende Stelle kann einem Kreditsachbearbeiter Auskunft über einen kreditsuchenden Kunden erteilen. Interne Abteilungen wie die Interne Revision oder die zur Geldwäschebekämpfung zuständige Stelle können zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben auf Kundendaten zugreifen.<sup>49</sup>
- 14 Das Bankgeheimnis gilt grundsätzlich auch gegenüber vom Kreditnehmer personenverschiedenen Sicherheitengebern (sog. **Drittsicherheitengeber**), die für den Kredit an den Kreditnehmer eine Sicherheit bestellen (zB Bürgschaft, Grundpfandrecht), ohne selbst Partei des Kreditvertrages zu sein.<sup>50</sup> In diesen Fällen stellt sich häufig die umstrittene Frage, ob und inwieweit der Drittsicherheitengeber mit Rücksicht auf das Bankgeheimnis einen **Auskunftsanspruch gegen das Kreditinstitut** über die Höhe der gesicherten Forderung

<sup>39</sup> Siehe zu den Durchbrechungen des Bankgeheimnisses auch nachfolgende Ziffern 4. und 5.

<sup>40</sup> Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Krepold/Zahrte § 8 Rn. 57; Hoffmann/Fahr/Pick, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis, S. 15.

<sup>41</sup> Hoffmann/Fahr/Pick, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis, S. 15; Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Krepold/Zahrte § 8 Rn. 54.

<sup>42</sup> BGH GRUR 2016, 497 (498).

<sup>43</sup> OLG Stuttgart NZG 2012, 272 (273).

<sup>44</sup> Weber, Bankrecht und Bankpraxis, 2/844.

<sup>45</sup> Möllers/Beutel NZG 2006, 338.

<sup>46</sup> BGH NJW 2006, 830 – Kirch/Breuer und Deutsche Bank; siehe auch: Canaris, Bankvertragsrecht, Rn. 49.

<sup>47</sup> Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Krepold/Zahrte § 8 Rn. 59; Baumbach/Hopt/Hopt HGB (7) Bank-Gesch Rn. A9.

<sup>48</sup> Weber, Bankrecht und Bankpraxis, 2/852.

<sup>49</sup> Kimpel/Mülbert/Früh/Seyfried Bank-/KapMarktR/Büchel Rn. 3.244.

<sup>50</sup> Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Krepold/Zahrte § 8 Rn. 121; vgl. Hoffmann, Bankrecht und Bankpraxis, 2/938.

hat. Dabei ist dem Drittsicherheitsgeber jedenfalls dann, wenn die Besicherung mit Zustimmung des Kreditnehmers erfolgte, ein Anspruch auf Auskunft über die jeweils aktuelle Höhe der gesicherten Forderung – nicht jedoch über sonstige Geschäftsvorfälle – zuzubilligen.<sup>51</sup> Denn der Kreditnehmer erklärt insoweit mit seiner Zustimmung zur Drittbesicherung stillschweigend einen Verzicht auf die Verschwiegenheitspflicht der Bank.<sup>52</sup> Gleichwohl ist Drittsicherheitsgebern in der Praxis zur Vermeidung von Zweifelsfällen anzuraten, den Kreditnehmer vertraglich zu verpflichten, das Kreditinstitut insoweit ausdrücklich vom Bankgeheimnis gegenüber dem Drittsicherheitsgeber freizustellen. Das Bankgeheimnis findet bei **Sicherheitenverwertung** und bei **Insolvenzverfahren** sein Ende gegenüber denjenigen Rechtsträgern, die von der Sicherheitenverwertung – etwa als Drittschuldner<sup>53</sup> – betroffen oder als Insolvenzverwalter neuer Träger der Verwaltungs- und Verfügungskompetenz über das Unternehmen sind.<sup>54</sup>

Fragen des Bankgeheimnisses stellen sich regelmäßig auch im Bereich des **Kredithandels** 15 und der damit einhergehenden dinglichen Übertragung von Forderungen aus Kreditverträgen. Diskutiert wird dabei insbesondere, ob das Bankgeheimnis eine Abtretung oder Veräußerung von Bankforderungen ausschließt.<sup>55</sup> Die vorherrschende Auffassung sieht eine Abtretung oder Veräußerung von Darlehensforderungen als generell zulässig an. Dabei soll es unerheblich sein, ob es sich um **notleidende Darlehensforderungen** (sog. **non-performing loans**) oder **Darlehensforderungen vertragstreuer Kreditnehmer** (sog. **performing loans**) handelt.<sup>56</sup> Denn das Bankgeheimnis begründe wegen seines rein schuldrechtlichen Charakters kein dingliches Abtretungsverbot.<sup>57</sup> Allerdings kann die aus dem Bankgeheimnis folgende Verschwiegenheitspflicht mit der Auskunftspflicht des Zedenten nach § 402 BGB kollidieren und bei erteilten Auskünften Schadensersatzansprüche des Kreditnehmers gegen das zedierende Kreditinstitut wegen Verstoßes gegen das Bankgeheimnis auslösen.<sup>58</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen in der Erfüllung der Auskunftspflichtung des Zedenten (Forderungsverkäufer) gegenüber dem Zessionar (Forderungskäufer) bei fehlender Zustimmung des Kreditnehmers ein Verstoß gegen das Bankgeheimnis liegt.<sup>59</sup> Vorzugswürdig, da interessengerecht, erscheint es in diesem Zusammenhang, bei Forderungen gegen vertragstreue Kreditnehmer (sog. **performing loans**) dem Schutz des Bankgeheimnisses gegenüber dem Interesse des Zedenten an der Auskunftserteilung den Vorrang einzuräumen, dh einen Verstoß zu Lasten des Kreditnehmers bei jedenfalls nichtanonymisierten Auskünften des Forderungsverkäufers gegenüber dem Forderungskäufer anzunehmen.<sup>60</sup> Dagegen liegt kein Verstoß vor bei Auskünften im Zusammenhang mit Abtretungen von Forderungen gegen „vertragsuntreue“ Kreditnehmer notleidender Darlehen (non-performing loans).<sup>61</sup> Begründen lässt sich dies mit dem Rechtsgedanken der Wahrung berechtigter Interessen, da die

<sup>51</sup> Zutreffend: Ellenberger/Bunte BankR–HdB/Krepold/Zahrte § 8 Rn. 117 (für die Bürgschaft), Rn. 122 (generell für Drittsicherheiten); MAH BankR/Neth-Unger § 3 Rn. 291 (für die Bürgschaft), Rn. 293 (generell für Drittsicherheiten); Hoffmann, Bankrecht und Bankpraxis, 2/938 (für die Bürgschaft); siehe auch mit vergleichbarem Ergebnis für die Grundschild: OLG Oldenburg WM 1985, 748 (749); OLG Hamm BeckRS 2005, 03650; OLG Frankfurt a. M. BKR 2012, 66 (71); Staudinger/Bittner/Kolbe BGB § 260 Rn. 20; aA Wenzel, Bankrecht und Bankpraxis, 4/2595.

<sup>52</sup> Ellenberger/Bunte BankR–HdB/Krepold/Zahrte § 8 Rn. 122.

<sup>53</sup> Hoffmann, Bankrecht und Bankpraxis, 2/865; Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried Bank-/KapMarktR/Büchel Rn. 3.256.

<sup>54</sup> Baumbach/Hopt/Hopt HGB (7) BankGesch Rn. A9; InsolvenzR–HdB/Obermüller § 98 Rn. 33.

<sup>55</sup> Zum Streitstand siehe: jurisPK–BGB/Rosch § 399 Rn. 22.

<sup>56</sup> BGH NJW 2010, 361 (362); OLG München BKR 2008, 420 (bzgl. nicht-notleidender Forderungen); MAH BankR/Neth-Unger § 3 Rn. 326; mwN BeckOKG/Lieder § 399 Rn. 124.

<sup>57</sup> Zutreffend: BGH NJW 2007, 2106 (2107); 2011, 3024 (3025); OLG Köln BKR 2005, 450 (451); jurisPK–BGB/Rosch § 399 Rn. 23; BeckOKG/Lieder § 399 Rn. 124; aA OLG Frankfurt a. M. NJW 2004, 3266.

<sup>58</sup> BGH NJW 2007, 2106 (2107); 2010, 361 (363); MAH BankR/Neth-Unger § 3 Rn. 331.

<sup>59</sup> Zum Streitstand siehe: Nobbe ZIP 2008, 97 (102) mwN.

<sup>60</sup> Zustimmend: MüKoHGB/Herresthal A Rn. 403.

<sup>61</sup> Zutreffend: Nobbe ZIP 2008, 97 (103).

Bank bei vertragsbrüchigen Kreditnehmern ein Eigeninteresse daran hat, ihren Schaden möglichst gering zu halten.<sup>62</sup>

#### 4. Durchbrechung des Bankgeheimnisses, insbes. zugunsten des Fiskus

- 16 Das Bankgeheimnis hat wie jedes Recht seine Grenzen. Eine Weitergabe von Informationen über den Kunden durch die Bank, dh eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses, kommt insbesondere in Betracht, „wenn gesetzliche Bestimmungen dies gebieten“ (siehe Nr. 2 Abs. 1 S. 2 AGB-Banken).<sup>63</sup> Grenzen des Bankgeheimnisses bestehen daher vor allem gegenüber dem Staat. Die Aufhebung des Bankgeheimnisses für Staatsziele ist für jeden Bereich staatlicher Tätigkeit gesondert geregelt. – **Beispiele:** Im **Strafverfahren** gilt zB § 161a StPO, wonach die Inhaber und Mitarbeiter von Kreditinstituten verpflichtet sind, als Zeugen vor der Staatsanwaltschaft auszusagen. Denn das Bankgeheimnis gehört nicht in den Katalog der in § 53 Ziff. 1–5 StPO zur Zeugnisverweigerung berechtigenden Berufsgeheimnisse.<sup>64</sup> Bei den vor dem Strafverfahren anhängigen Ermittlungen der Kriminalpolizei gilt hingegen das Bankgeheimnis auch dann, wenn die Polizei von der Staatsanwaltschaft mit den Ermittlungen beauftragt wurde.<sup>65</sup> – Im **Zivilprozess** können sich Inhaber und Mitarbeiter von Kreditinstituten unter Verweis auf das Bankgeheimnis auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO und § 384 Nr. 3 ZPO ist ein Zeuge im Zivilprozess berechtigt, das Zeugnis hinsichtlich solcher Tatsachen zu verweigern, zu deren Geheimhaltung er verpflichtet ist, sowie hinsichtlich solcher Fragen, die er ohne Offenbarung eines Gewerbegeheimnisses nicht beantworten könnte. Das Bankgeheimnis ist insoweit also geschützt.<sup>66</sup> Diese Regelung gilt auch im Arbeitsgerichts-, dem Sozialgerichts- und im Verwaltungsgerichtsverfahren. Andererseits darf ein Kreditinstitut im Zivilprozess zur Wahrnehmung eigener berechtigter Interessen dem Bankgeheimnis unterliegende Tatsachen offenbaren, um eigene Forderungen gegen einen Kunden mit Erfolg geltend machen oder um sich gegen Angriffe des Kunden verteidigen zu können.<sup>67</sup> – Im Bereich der **Bankenaufsicht** gilt § 44 Kreditwesengesetz (KWG), wonach die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) oder die Deutsche Bundesbank von Kreditinstituten und ihren Organmitgliedern Auskünfte über Geschäftsangelegenheiten verlangen und sich die Bücher vorlegen lassen können. Die Mitarbeiter der BaFin und der Deutschen Bundesbank unterliegen ihrerseits nach § 9 KWG der Verschwiegenheitspflicht.<sup>68</sup> Daneben hat die BaFin faktisch jederzeit Zugriff auf die von allen Kreditinstituten nach § 24c KWG vorzuhaltenden Datenbanken, über die jeweils vom Kreditinstitut geführten Kundenkonten und -depots (sog. **automatisierter Kontenabruf**).<sup>69</sup> Abfragen durch die BaFin erfolgen dabei nicht nur zum Zwecke der Bankenaufsicht, sondern insbesondere auch zur Auskunfterteilung gegenüber Strafverfolgungsbehörden, Gerichten und Sozialbehörden (§ 24c Abs. 3 Nr. 2 KWG). Hierbei besteht über § 93b Abs. 2 AO iVm § 93 Abs. 7 AO auch eine Vernetzung zum Steuerrecht, was Finanzbehörden den Zugriff auf Daten des automatisierten Kontenabrufs ermöglicht. Zudem sind gemäß § 93 Abs. 1a AO Auskunftersuchen der Finanzbehörden über eine ihr noch unbekannt Anzahl von Sachverhalten mit

<sup>62</sup> Ellenberger/Bunte BankR–HdB/Krepold/Zahrte § 8 Rn. 137.

<sup>63</sup> Daneben kann nach Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken auch eine (konkludente) Einwilligung des Kunden zur Durchbrechung des Bankgeheimnisses führen.

<sup>64</sup> Weber/Hoffmann, Bankrecht und Bankpraxis, 2/886.

<sup>65</sup> Ellenberger/Bunte BankR–HdB/Krepold/Zahrte § 8 Rn. 280; Dahm, Bankrecht und Bankpraxis, 2/902; KK–StPO/Greisbaum § 163 Rn. 15.

<sup>66</sup> Siehe zu § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO: BGH GRUR 2016, 497 (498).

<sup>67</sup> Ellenberger/Bunte BankR–HdB/Krepold/Zahrte § 8 Rn. 187; Hoffmann, Bankrecht und Bankpraxis, 2/926.

<sup>68</sup> Siehe in diesem Zusammenhang etwa: VG Minden WM 2011, 1130 mit Entscheidungsbesprechung Kirchhartz GWR 2011, 65.

<sup>69</sup> Gesichert sind darin ua Kontonummer, Kontoinhaber, Verfügungsberechtigte und der Tag der Kontoeröffnung, nicht jedoch Kontostände oder Daten zu Kontenbewegungen (siehe § 24c KWG).

dem Grunde nach bestimmbar, ihr noch nicht bekannten Personen (sog. Sammelauskunftsersuchen) gesetzlich gestattet.<sup>70</sup>

Die Geschichte des Bankgeheimnisses gegenüber dem Fiskus ist wechselhaft. Traditionell bestand das Bankgeheimnis grundsätzlich auch gegenüber den **Steuerbehörden**. Dies schrieb der Bankenerlass von 1949 und seine Neufassung von 1979<sup>71</sup> in etwa so vor. Von 1988 bis 2017 galt § 30a AO,<sup>72</sup> der den Schutz des Bankgeheimnisses in der Gestalt vorsah, dass die Prüfungsbeamten der Finanzbehörden bei Untersuchungen auf das Vertrauensverhältnis zwischen Kreditinstitut und Kunden Rücksicht zu nehmen hatten (sog. **steuerliches Bankgeheimnis**). Durch einen immer weitreichenderen Datenaustausch auf globaler Ebene und schließlich infolge der Veröffentlichung der sog. „Panama Papers“<sup>73</sup> im Jahre 2016 wurden die Kontrollmöglichkeiten der Finanzbehörden durch das Inkrafttreten des Steuerumgehungsbekämpfungsgesetzes (StUmgBG) gestärkt und § 30a AO mit Wirkung zum 25.6.2017 aufgehoben.<sup>74</sup>

Weiterhin gilt, dass das Bankgeheimnis gegenüber dem Fiskus insbesondere dann sein Ende findet, wenn Anhaltspunkte für Steuerverkürzungen vorliegen. Dies gilt nicht erst im Bereich der Steuerfahndung (§§ 208 ff. AO) und des Strafverfahrens (§§ 385 ff. AO), sondern bereits im Besteuerungsverfahren. Ein Anfangsverdacht genügt. Dieser Anfangsverdacht wird häufig durch anonyme Anzeigen ausgelöst. Anzeigende sind zB verärgerte Familienmitglieder oder unzufriedene, auch ehemalige Mitarbeiter. Liegt ein solcher Anfangsverdacht vor, haben nach § 93 Abs. 1 S. 1 AO die am Steuerverfahren Beteiligten und andere Personen – auch Kreditinstitute – der Finanzbehörde die zur Feststellung eines für die Besteuerung erheblichen Sachverhaltes erforderlichen Auskünfte zu erteilen.<sup>75</sup> Das Auskunftsersuchen muss allgemeine rechtsstaatliche Grenzen, wozu auch das Zweck-/Mittel-Verhältnis gehört, einhalten.<sup>76</sup> **Beispiel:** In einem Steuerungsverfahren, in dem Steuerverkürzung zu untersuchen war, verlangte das Finanzamt von einer Sparkasse rückwirkend für einen Zeitraum von 44 Jahren einen Ausdruck der Kontoauszüge eines Steuerpflichtigen. Das Zweck/Mittel-Verhältnis war gestört, das Auskunftsverlangen zurückzuweisen.<sup>77</sup> Andererseits kann die Finanzbehörde bei hinreichendem Verdacht der Steuerhinterziehung bei der Bank des Verdächtigen – wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte oder nach allgemeiner Erfahrung die begründete Vermutung für das Vorliegen steuerrelevanter Sachverhalte gegeben ist<sup>78</sup> – Kontenbewegungen untersuchen, auch Buchungsunterlagen, die sich nicht auf den Beschuldigten beziehen.<sup>79</sup> Die Finanzbehörde ist danach auch zur Mitnahme der Kontenunterlagen berechtigt, sofern ein Beschluss nach §§ 102, 105 StPO vorliegt.<sup>80</sup> Schließlich können Finanzbehörden, wie vorstehend bereits angesprochen, in den Grenzen von §§ 93b Abs. 2, 93 Abs. 7 AO über die BaFin die von Kreditinstituten nach § 24c KWG vorzuhaltenden Kontoinformationen abrufen, wobei sich Abfragen jedoch nicht auf einzelne Konto- oder Depotbewegungen erstrecken (vgl. § 24c Abs. 3 KWG).

<sup>70</sup> Wonka NJW 2017, 3334 (3338).

<sup>71</sup> BStBl. I 1979, 590 f.

<sup>72</sup> Eingeführt durch Gesetz v. 25.7.1988 (BGBl. 1988 I 1093).

<sup>73</sup> Als sog. „Panama Papers“ bezeichnet man die Geschehnisse um die Veröffentlichung einer Vielzahl an Dokumenten im Jahr 2016, in denen man Belege für die Gründung und Nutzung von ausländischen Domizilgesellschaften (auch bekannt als „Briefkastenfirmen“) in Panama zwecks Steuervermeidung bzw. -umgehung fand. Siehe in diesem Zusammenhang: Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Steuerumgehung und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften vom 13.2.2017, BT-Drs. 18/11132, 2.

<sup>74</sup> Tormöhlen AO-StB 2019, 25 (26, 27); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/v. Spannenberg, HGB, Die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden, Rn. 161; siehe auch Art. 97 § 1 Abs. 12 EGAO.

<sup>75</sup> Zu Ausmaß und Grenzen dieses Auskunftsrechtes: Ellenberger/Bunte BankR.-HdB./Krepold/Zahrte § 8 Rn. 315 ff.

<sup>76</sup> Klein/Rätke AO § 93 Rn. 12.

<sup>77</sup> BFH BB 1991, 753.

<sup>78</sup> BFH BStBl. II 1987, 484; NJW 2002, 2340 (2342); Klein/Rätke AO § 93 Rn. 6.

<sup>79</sup> LG Baden-Baden ZIP 1989, 764.

<sup>80</sup> LG Baden-Baden ZIP 1989, 764 (766).

- 19 Eine weitere Durchbrechung erfährt das Bankgeheimnis zu Gunsten des Fiskus bei Todesfällen von Kunden. Im **Todesfall von Konto- oder Depotinhabern** besteht eine Meldepflicht der Kreditinstitute nach § 33 ErbStG iVm §§ 1 ff. ErbStDV gegenüber dem zuständigen Finanzamt im Hinblick auf im Gewahrsam des Kreditinstitutes befindliche Vermögensgegenstände.
- 20 Auf internationaler Ebene erfährt das Bankgeheimnis weitere Durchbrechungen zu Gunsten des Fiskus. Betroffen sind dabei insbesondere Fälle, in denen Kunden zB **Konten bei ausländischen Kreditinstituten** unterhalten, auf denen sie grundsätzlich in ihrem Heimatland zu versteuernde Zinsen erzielen. **Beispiel:** Eine in Deutschland ansässige Person unterhält ein Konto in Italien und erzielt darauf Zinserträge. Um zu vermeiden, dass derartige Kontoverbindungen deutschen Finanzbehörden verborgen bleiben, wird die effektive Besteuerung von natürlichen Personen im Gebiet der Europäischen Union durch einen weitreichenden automatisierten Informationsaustausch im Bereich der Besteuerung sicher gestellt.<sup>81</sup> Hierbei erstreckt sich der Austausch zwischen den Finanzbehörden zwecks Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung auf das Bestehen einer Kontoverbindung bei einem ausländischen Kreditinstitut und erfolgte Zinszahlungen sowie darüber hinaus auf den Austausch von Dividenden. Dies stellt einen erheblichen Eingriff in das Bankgeheimnis dar, der sogar über das inländische Verfahren zum automatisierten Kontenabruf (§ 24c KWG) hinaus geht.
- 21 Eine weitere, faktische Variante der Durchbrechung des Bankgeheimnisses anderer Staaten durch den deutschen Fiskus stellte in der jüngeren Vergangenheit der Ankauf sog. **Steuer-CDs** dar, die deutschen Finanzbehörden von Informanten, insbesondere von Mitarbeitern im Ausland ansässiger Banken (etwa aus der Schweiz, Lichtenstein oder Luxemburg) zum Kauf angeboten wurden.<sup>82</sup> Diese CDs enthielten zumeist Daten über Konten von in Deutschland steuerpflichtigen Personen bei ausländischen Banken, die den deutschen Finanzbehörden bisher verborgen waren. Die Frage, ob sich die am Kauf von Steuer-CDs beteiligten Personen (etwa Beamte von Finanzbehörden) strafbar machen und, ob ggf. ein Beweisverwertungsverbot in einem Strafverfahren besteht, ist trotz gesetzgeberischer Maßnahmen und höchstrichterlicher Rechtsprechung im Einzelnen umstritten.<sup>83</sup> Wenngleich derartige Eingriffe bei alleiniger Beteiligung von Auslandsbanken grundsätzlich keinen Eingriff in das deutsche Bankgeheimnis darstellen, wäre rechtspolitisch eine eindeutige gesetzliche Regelung zur Fassung derartiger Sachverhalte und zur Schaffung von Rechtssicherheit für handelnde Personen begrüßenswert. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Durchbrechung des deutschen Bankgeheimnisses durch den Staat nur auf Basis gesetzlicher Grundlagen möglich ist. Mit der Einführung des Straftatbestandes der Datenhehlerei (§ 202d StGB)<sup>84</sup> im Jahr 2015 und des darin enthaltenen Tatbestandsausschlusses für Handlungen von Amtsträgern, mit denen Daten der Verwertung in einem Besteuerungs-, Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren zugeführt werden sollen (Abs. 3), wurde auf strafrechtlicher Ebene eine gesetzliche Wertung zur Straf-

<sup>81</sup> Richtlinie 2011/16/EU vom 15.2.2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich Besteuerung; siehe auch deren Änderungen durch Richtlinie 2014/107/EU vom 9.12.2014, Richtlinie 2015/2376/EU vom 8.12.2015, Richtlinie 2016/881/EU vom 25.5.2016 sowie Richtlinie 2016/2258/EU vom 6.12.2016.

<sup>82</sup> Befeuert wurde die Diskussion um Steuer-CDs insbes. durch das am 21.9.2011 abgeschlossene, jedoch vom Deutschen Bundestag am 17.1.2013 nicht ratifizierte Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt. Siehe hierzu: Gehm ZRP 2012, 45.

<sup>83</sup> Gegen eine Strafbarkeit und für eine Verwertbarkeit im Strafverfahren: Klengel/Gans ZRP 2013, 16; Kaiser NStZ 2011, 383; VerfGH Rheinland-Pfalz NJW 2014, 1434 (1437, 1440); FG Köln DStRE 2011, 1076 (1077); FG Münster NZWiSt 2014, 312 (315); grundsätzlich für eine Verwertbarkeit: BVerfG NJW 2011, 2417 (2418 f.); EGMR NJW 2018, 921 (923); VerfGH Rheinland-Pfalz 24.2.2014 – VG B 26/13, NJW 2014, 1434. Für eine Strafbarkeit und gegen eine Verwertbarkeit im Strafverfahren: Ignor/Jahn JuS 2010, 390; Trüg/Habetha NJW 2008, 887; WirtschaftsStrafR-HdB/Pflaum 21. Kapitel Rn. 276.

<sup>84</sup> Eingeführt durch Gesetz vom 10.12.2015 (BGBl. 2015 I 2227).