

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

ANDREAS CAHN

BANKGEHEIMNIS UND FORDERUNGSVERWERTUNG



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT

WORKING PAPER SERIES No. 32



PROF. DR. THEODOR BAUMS
PROF. DR. ANDREAS CAHN

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT

SENCKENBERGANLAGE 31

D-60054 FRANKFURT AM MAIN

TEL: +49 (0)69 / 798-28941

FAX: +49 (0)69 / 798-29018

(INTERNET: [HTTP://WWW.ILF-FRANKFURT.DE](http://www.ilf-frankfurt.de))

Andreas Cahn

Bankgeheimnis und Forderungsverwertung

Institute for Law and Finance

WORKING PAPER SERIES NO. 32

08/2004

Bankgeheimnis und Forderungsverwertung

I. Einleitung.....	2
II. Das Urteil des OLG Frankfurt vom 25. Mai 2004.....	3
III. Das Bankgeheimnis als Schranke für eine Weitergabe von Informationen über Kunden....	5
1. Schutzrichtung und Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses.....	5
2. Grund und Grenzen des Bankgeheimnisses	6
a) Der Grund für besondere Geheimhaltungspflichten im Kreditgewerbe	6
b) Immanente Grenzen des Bankgeheimnisses	12
aa) Fusionen und Unternehmensverträge unter Beteiligung von Banken.....	12
bb) Auslagerung von Unternehmensbereichen (Outsourcing)	14
cc) Einziehung von Forderungen.....	15
dd) Veräußerung und Abtretung von Forderungen bei vertragswidrigem Verhalten des Kunden	16
ee) ABS-Transaktionen.....	17
ff) Weitere Fälle der Informationsweitergabe	18
c) Folgerungen.....	19
IV. Das Bankgeheimnis als Abtretungsverbot?	20
1. Unvereinbarkeit der beiden Begründungsansätze für einen Abtretungsausschluß	20
2. Das Bankgeheimnis als stillschweigend vereinbarter Abtretungsausschluß oder als gesetzliches Abtretungsverbot.....	21
a) Das Bankgeheimnis als vertragliches Abtretungsverbot	21
b) Das Bankgeheimnis als gesetzliches Abtretungsverbot	22
V. Das Datenschutzrecht als Schranke für eine Weitergabe kundenbezogener Daten	25
1. Anwendungsbereich und Voraussetzungen des datenschutzrechtlichen Weitergabeverbots	25

2. Auswirkungen eines Verstoßes gegen das Datenschutzrecht auf die Wirksamkeit einer Forderungsübertragung	26
VI. Zusammenfassung	28

I. Einleitung

„Man gebe niemand Aufschluß 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“ bestimmten bereits die Regeln der Bank des Heiligen Ambrosius von 1593¹ und die Bankordnung der Hamburger Bank von 1619² verlangte von den Bankbediensteten „bei ihrem geleisteten Eid und höchster Strafe...niemandem, was in der Banco passiret und geschrieben wird, zu offenbaren.“ Noch heute gebietet das Bankgeheimnis die Geheimhaltung aller kundenbezogenen Tatsachen, die der Bank aufgrund der Geschäftsbeziehung mit dem Kunden zugänglich geworden sind, sowie die Pflicht zur Verschwiegenheit über Wertungen, die auf solchen Tatsachen beruhen³.

Zahlreiche Geschäftstätigkeiten und organisatorische Maßnahmen sind indessen nicht oder nicht wirtschaftlich sinnvoll möglich, ohne daß Kreditinstitute bestimmte Kundendaten gegenüber Dritten offenlegen. Das gilt für die Auslagerung des Forderungseinzugs oder der Datenverarbeitung ebenso wie für die Verbriefung von Forderungsportfolios oder die Veräußerung notleidender Ansprüche. Das Geheimhaltungsinteresse der Kunden steht damit in einem Spannungsverhältnis zu den Bedürfnissen der Kreditinstitute nach effizienter Organisation und einer wirtschaftlich sinnvollen Verwaltung und Verwertung ihres Forderungsbestandes.

In einer Entscheidung vom 25. Mai 2004⁴ hat das OLG Frankfurt für den Sonderfall von Konsumentenkrediten, die möglicherweise auf der Grundlage unwirksamer Verträge ausgereicht wurden, aus dem Bankgeheimnis ein Abtretungsverbot hergeleitet. Die allgemein

¹ Zitiert nach *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland sowie in wichtigen ausländischen Staaten, 3. Aufl., 1984, S. 71.

² Zitiert nach *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft (Fn. 1) S. 72.

³ In diesem Sinne etwa *Weber* in *Hellner/Schröter/Steuer/Weber*, Bankrecht und Bankpraxis, Loseblatt, Stand: 61. Lfg., 2004, Rn. 2/844; *Bruchner* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl., 2001, § 39 Rn. 8; *Canaris* Bankvertragsrecht, 4. Aufl., 1988, Rn. 49, 52; *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., 2004, Rn. 2.142 und 2.152; *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht, 2. Aufl., 2004, § 3 Rn. 1; *Geurts/Koch/Schebesta/Weber*, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis, 7. Aufl., 2000, Rn. 24; *Sichtermann/Feuerborn*, Das Bankgeheimnis, 7. Aufl., 1987, Rn. 23 f.

⁴ OLG Frankfurt WM 2004, 1386; näher zu dieser Entscheidung etwa *Böhm* BB 2004, 1641; *Rinze/Heda* WM 2004, 1557; vgl. auch *Hofmann/Walter* WM 2004, 1566, 1571 f.

gehaltenen Formulierungen über die Reichweite des Bankgeheimnisses und die Rechtsfolgen seiner Verletzung, die in der Fachöffentlichkeit für erhebliches Aufsehen gesorgt haben⁵, geben Anlaß dazu, näher über Grundlagen und Grenzen der im Kreditgewerbe geltenden Geheimhaltungspflichten nachzudenken. Zu diesem Zweck soll zunächst die Entscheidung des OLG Frankfurt vorgestellt (II.) und anschließend einer kritischen Prüfung unterzogen werden (III. und IV.). Den Abschluß bildet ein kurzer Blick auf die datenschutzrechtlichen Grenzen der Informationsweitergabe durch Banken (V.).

II. Das Urteil des OLG Frankfurt vom 25. Mai 2004

Die Verfügungskläger hatten von einer mittlerweile insolventen Bank Darlehen für private Zwecke erhalten. Die Wirksamkeit der zugrunde liegenden Verträge ist umstritten. Zur Sicherung ihrer Ansprüche aus den Darlehensverträgen war der Bank ein Pfandrecht an einigen bei ihr geführten Wertpapierdepots der Verfügungskläger eingeräumt worden. Der Insolvenzverwalter hatte die Ansprüche der Bank gegen die Verfügungskläger an die Verfügungsbeklagte abgetreten. Das Berufungsurteil des OLG Frankfurt bestätigt das Urteil des LG Frankfurt, mit dem dieses eine einstweilige Verfügung aufrechterhielt, durch die der Verfügungsbeklagten die Veräußerung oder sonstige Verwertung der Wertpapierdepots untersagt wurde.

Die Abtretung der Darlehensrückzahlungsansprüche durch den Insolvenzverwalter sei wegen Verstoßes gegen das Bankgeheimnis unwirksam, so daß auch die Pfandrechte wegen ihrer Akzessorietät nicht auf die Verfügungsbeklagte übergegangen seien⁶. Aus dem Bankgeheimnis folge in der Regel ein stillschweigendes Abtretungsverbot gemäß § 399 BGB. In Anbetracht der Pflicht des Zedenten, dem Zessionar nach § 402 BGB die zur Geltendmachung der Forderung notwendigen Informationen über den Schuldner zu erteilen, verstoße eine Abtretung gegen die Verschwiegenheitspflicht der Bank. Die Rechtsprechung des BGH zur Unzulässigkeit der Abtretung der Ansprüche von Ärzten, Rechtsanwälten und Vertretern ähnlicher Berufe, die wegen des Umgangs mit persönlichen und privaten Geheimnissen ihrer Vertragspartner zur Verschwiegenheit verpflichtet seien, gelte aus den gleichen Gründen auch für Banken⁷.

⁵ Vgl. neben den Nachw. in Fn. 12 die Kommentare in *Börsenzeitung* v. 1. 7. 2004, S. 3 und v. 18. 8. 2004, S. 2; *Handelsblatt* v. 30. 6. 2004, S. 17 und v. 1. 7. 2004, S. 23; *FAZ* v. 1. 7. 2004, S. 20.

⁶ OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1387.

⁷ OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1387 f.

Die Abtretung sei hier auch nicht durch einen Vertragsbruch der Verfügungskläger gerechtfertigt. Die als Darlehen ausgereichten Beträge seien zwar bislang nicht zurückgezahlt worden. Da aber der wirksame Abschluß der Kreditverträge mit schlüssiger Begründung bestritten worden sei, könne diese Frage nicht im Eilverfahren abschließend entschieden werden, so daß nicht von einem Vertragsbruch durch die Verfügungskläger auszugehen sei⁸.

Ein Verstoß gegen das aus dem Bankgeheimnis folgende Abtretungsverbot hat nach Auffassung des OLG Frankfurt nicht nur die Unwirksamkeit des Forderungskaufs als Verpflichtungsgeschäft, sondern auch die Unwirksamkeit der Abtretung zur Folge⁹.

In dem vom OLG Frankfurt entschiedenen Fall war zwar auch unabhängig von der Frage nach der Wirksamkeit der Abtretung aus verschiedenen Gründen zweifelhaft, ob der Verfügungsbeklagten Forderungen gegen die Verfügungskläger zustanden, die durch ein Pfandrecht an dem Wertpapierdepot gesichert werden konnten. Auch hat das Gericht offen gelassen, ob das Bankgeheimnis einer Forderungsübertragung und der damit verbundenen Offenlegung von Kundendaten selbst dann entgegenstehen soll, wenn der Schuldner sich in Verzug befindet oder sich auf andere Weise rechtswidrig verhalten hat¹⁰. Die allgemein gehaltenen Aussagen des Bankgeheimnis sind aber so weit gefasst, daß sie Unsicherheit über die Reichweite der Verschwiegenheitspflicht über Kundendaten und die daraus folgenden Konsequenzen für die Geschäftstätigkeit und die Organisation von Kreditinstituten hervorrufen könnten.

Bei näherer Betrachtung überzeugt die Entscheidung des OLG Frankfurt weder im Hinblick auf den Umfang der aus dem Bankgeheimnis folgenden Verschwiegenheitspflicht noch hinsichtlich der daraus abgeleiteten Folge eines Abtretungsverbotes für Forderungen einer Bank gegen ihre Kunden. Entgegen der Auffassung, die dem Urteil des OLG Frankfurt offenbar zugrunde liegt, stellt das Bankgeheimnis keineswegs ein absolutes Verbot der Weitergabe kundenbezogener Informationen dar, das eine sinnvolle Organisation und Geschäftstätigkeit von Kreditinstituten wenn nicht ausschließen, so doch empfindlich beeinträchtigen würde, sondern wird, wie im folgenden gezeigt werden soll, seinerseits durch immanente Grenzen eingeschränkt.

⁸ OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1389.

⁹ OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1389.

¹⁰ OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1388, linke Sp.

III. Das Bankgeheimnis als Schranke für eine Weitergabe von Informationen über Kunden

1. Schutzrichtung und Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses

Das Bankgeheimnis hat eine doppelte Schutzrichtung: Zum einen soll der Zugriff Dritter, insbesondere staatlicher Stellen, auf die bei der Bank vorhandenen Kundendaten beschränkt werden. Zum anderen dient das Bankgeheimnis dem Schutz des Kunden vor Weitergabe der über ihn vorhandenen Informationen durch die Bank¹¹. Insoweit ist nicht nur eine Weitergabe an Dritte untersagt; das Bankgeheimnis setzt vielmehr auch dem bankinternen Informationsfluß Grenzen: Die Weitergabe von Kundendaten ist hier nicht unbeschränkt, sondern nur zulässig, soweit dies für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb erforderlich ist (sogenanntes inneres Bankgeheimnis)¹².

Entsprechend dieser doppelten Schutzrichtung des Bankgeheimnisses als Verbot des Zugriffs durch Dritte und als Verbot der Informationsweitergabe durch die Bank beruht das Bankgeheimnis auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen.

Soweit es um den Schutz vor dem Zugriff staatlicher Stellen geht, wird die Grundlage für das Bankgeheimnis auf verfassungsrechtlicher Ebene überwiegend in dem durch Art. 2 GG verbürgten Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit gesehen¹³. Auf der Ebene des einfachen Gesetzes wird dieser verfassungsrechtlich gebotene Schutz durch zahlreiche Vorschriften konkretisiert¹⁴.

Zivilrechtliche Grundlage des Bankgeheimnisses ist die rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen Bank und Kunden. Als vertragliche Nebenpflicht war das Bankgeheimnis bereits seit jeher anerkannt. Seine Aufnahme in die AGB-Banken anlässlich ihrer Novellierung im Jahre 1993 hatte nur deklaratorische Bedeutung, hat aber am Inhalt der schon zuvor geltenden Verschwiegenheitspflicht nichts geändert¹⁵. Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken¹⁶ sollte lediglich das

¹¹ *Weber* in Bankrecht und Bankpraxis (Fn. 3), Rn. 1/35 ff.; *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht (Fn. 3), § 3 Rn. 6; *Geurts/Koch/Schebesta/Weber*, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis (Fn. 3), Rn. 1; *Sichtermann/Feuerborn*, Das Bankgeheimnis (Fn. 3), Rn. 5; *Junker* DStR 1996, 224.

¹² *Weber* in Bankrecht und Bankpraxis (Fn. 3), Rn. 2/851 f.; *Bruchner* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch (Fn. 3), § 39 Rn. 13 f.

¹³ Vgl. etwa *Canaris*, Bankvertragsrecht (Fn. 3), Rn. 36 f.; *Weber* in Bankrecht und Bankpraxis (Fn. 3), Rn. 2/857; *Sichtermann/Feuerborn*, Das Bankgeheimnis (Fn. 3), Rn. 11; *Geurts/Koch/Schebesta/Weber*, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis (Fn. 3), Rn. 9, jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹⁴ Vgl. nur die Übersicht bei *Weber* in Bankrecht und Bankpraxis (Fn. 3), Rn. 2/857 ff.

¹⁵ *Weber* in Bankrecht und Bankpraxis (Fn. 3), Rn. 2/842; *Bruchner* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch (Fn. 3), § 39 Rn. 1 ff.; *Geurts/Koch/Schebesta/Weber*, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis (Fn. 3), Rn. 2.

Bankgeheimnis schärfer konturieren und Zweifel ausländischer Verkehrsteilnehmer an seiner Geltung ausräumen¹⁷. Nach verbreiteter Auffassung hat das Bankgeheimnis mittlerweile sogar die Qualität von Gewohnheitsrecht erlangt¹⁸. Dementsprechend gilt es bereits im vorvertraglichen Stadium¹⁹, auch dann, wenn die AGB-Banken ausnahmsweise nicht Vertragsbestandteil geworden sind²⁰, sowie für den Sparkassensektor, obwohl die AGB-Sparkassen keine Bestimmung über die Verschwiegenheitspflicht enthalten²¹. Daneben genießt das Bankgeheimnis nach verbreiteter Auffassung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auch deliktischen Schutz²².

2. Grund und Grenzen des Bankgeheimnisses

a) Der Grund für besondere Geheimhaltungspflichten im Kreditgewerbe

So ausführlich die rechtlichen Grundlagen des Bankgeheimnisses erörtert werden, so wenig Erhellendes findet sich zu der Frage, warum gerade Banken unabhängig von einer entsprechenden Vereinbarung einer derart weitgehenden Geheimhaltungspflicht unterliegen sollen.

Soweit es um den Schutz des Einzelnen vor dem Zugriff staatlicher Stellen auf Daten über seine Vermögensverhältnisse geht, mag dies daran liegen, daß der Zweck des Bankgeheimnisses offensichtlich ist: Der Kunde wird der Bank nur dann den für die Abwicklung von Bankgeschäften notwendigen Einblick in seine Vermögensverhältnisse gewähren, wenn er sicher sein kann, daß die Informationen dort vor dem Zugriff Dritter,

¹⁶ Die Regelung lautet in der gegenwärtig geltenden Fassung: „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.“

¹⁷ Weber in Bankrecht und Bankpraxis (Fn. 3), Rn. 2/843; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht (Fn. 3), Rn. 2.149, Koberstein-Windpassinger WM 1999, 473, 474.

¹⁸ Dafür etwa Sichertmann/Feuerborn, Das Bankgeheimnis (Fn. 3) Rn. 13; Sichertmann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge, Bankgeheimnis und Bankauskunft (Fn. 1), S. 62 f.; Bruchner/Stützle, Leitfaden zu Bankgeheimnis und Bankauskunft, 2. Aufl., 1990, S. 4 f.; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht (Fn. 3), § 3 Rn. 1; Böhm BB 2004, 1641, 1642; Rinze/Heda WM 2004, 1557, 1561; dagegen beispielsweise K. Schmidt, Das Bankgeheimnis im Spannungsfeld zwischen privatem und öffentlichem Recht, WirtschaftsR. 1972, 127, 131; Ungnade WM 1975, 1210.

¹⁹ Canaris, Bankvertragsrecht (Fn. 3), Rn. 42; Sichertmann/Feuerborn, Das Bankgeheimnis (Fn. 3), Rn. 22; Junker DStR 1996, 224, 225.

²⁰ Weber in Bankrecht und Bankpraxis Rn. 2/842; Canaris, Bankvertragsrecht (Fn. 3) Rn. 42; vgl. auch OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1387.

²¹ Bruchner in Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Handbuch (Fn. 1) § 39 Rn. 3.

²² Canaris, Bankvertragsrecht (Fn. 1) Rn. 41; Schwintowski/Schäfer Bankrecht (Fn. 1) § 3 Rn. 47.

insbesondere staatlicher Stellen, ähnlich sicher sind wie bei ihm selbst²³. Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Kunden bedürfen daher stets einer gesetzlichen Grundlage und müssen im Einzelfall dem Übermaßverbot genügen²⁴. In seiner Ausprägung als Zugriffsverbot verlängert das Bankgeheimnis also den Grundrechtsschutz des Kunden in die Bank und gewährleistet damit zugleich eine Funktionsbedingung des Bankwesens.

Demgegenüber erschließt sich der Zweck des Bankgeheimnisses in seiner im vorliegenden Zusammenhang allein interessierenden Ausprägung als Verbot einer Weitergabe von Informationen durch die Bank für deren eigene Zwecke nicht ohne weiteres. Dabei geht es nicht um eine Begründung dafür, daß eine Bank kundenbezogene Informationen, die ihr anvertraut oder auf sonstige Weise im Rahmen der Geschäftsbeziehung bekannt geworden sind, nicht zu Zwecken offenbaren darf, die mit der Wahrnehmung ihrer Rechte aus der Geschäftsbeziehung nichts zu tun haben, wie dies etwa bei Auskünften an die Presse²⁵ oder der Weitergabe von Kundendaten für Werbezwecke²⁶ der Fall ist. Die Frage lautet vielmehr, ob und in welchem Umfang das Bankgeheimnis organisatorische Maßnahmen oder die Verwaltung und Verwertung von Forderungen durch die Bank beschränkt oder gar ausschließt.

Nähme man, wie dies möglicherweise das OLG Frankfurt getan hat, die übliche Begriffbestimmung des Bankgeheimnisses²⁷ beim Wort, dürfte eine Bank die ihr bekannten Informationen über die Geschäftsbeziehung ohne Zustimmung des Kunden nicht einmal zum Zweck der Verfolgung ihrer Gläubigerrechte weitergeben. So ist etwa die für eine gerichtliche Durchsetzung von Forderungen gegen den Kunden notwendige Offenlegung der Geschäftsbeziehung und der anspruchsbegründenden Tatsachen regelmäßig weder von der Einwilligung des Kunden gedeckt noch durch gesetzliche Bestimmungen geboten, wie dies nach Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken für eine zulässige Weitergabe erforderlich wäre.

Offensichtlich würde eine derart weitgehende Beschränkung der Informationsweitergabe das Gläubigerinteresse der Bank über Gebühr beeinträchtigen, ohne daß dies durch legitime Belange des Kunden gerechtfertigt wäre. Das Bankgeheimnis soll den Kunden nicht von der Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten entbinden. Die Bank ist daher auch ohne Zustimmung des Kunden dazu befugt, ihre Forderungen gerichtlich geltend machen und dabei Tatsachen

²³ Vgl. *Weber* in *Bankrecht und Bankpraxis* (Fn. 3), Rn. 2/857.

²⁴ Näher dazu etwa *Canaris*, *Bankvertragsrecht* (Fn. 3), Rn. 37 ff.; *Bruchner* in *Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Handbuch* (Fn. 3), § 39 Rn. 44 ff.; *Weber* in *Bankrecht und Bankpraxis* (Fn. 3), Rn. 2/862 ff.

²⁵ Vgl. OLG München ZIP 2004, 19 und LG München I BKR 2003, 244 „Kirch“.

²⁶ Vgl. dazu BGH ZIP 1999, 846, OLG Frankfurt WM 1998, 1064.

²⁷ Vgl. den Text zu Fn. 3 sowie den Wortlaut von Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken (Fn. 16).

über die Geschäftsbeziehung offenzulegen, soweit dies für die Durchsetzung ihrer Rechte erforderlich ist²⁸. Eines ausdrücklichen Vorbehalts in den AGB-Banken für die Weitergabe kundenbezogener Informationen zum Zweck der gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen der Bank bedarf es dafür nicht. Eine vergleichbare Ausnahme von der Schweigepflicht ist in der Rechtsprechung sogar für Ärzte und Rechtsanwälte anerkannt, die nach § 203 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 StGB sogar einer strafbewehrten Verschwiegenheitspflicht unterliegen²⁹.

Wie das Beispiel der Durchsetzung von Forderungen gegenüber Kunden zeigt, reicht das Bankgeheimnis also keineswegs so weit, wie die herkömmliche umfassende Begriffsbestimmung³⁰, die in Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken übernommen worden ist, den Anschein erweckt. Die Weitergabe kundenbezogener Daten ist vielmehr auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt in den AGB zulässig, wenn die Geheimhaltung durch den Zweck des Bankgeheimnisses erkennbar nicht geboten ist. In diesem Fall wird die Reichweite des Bankgeheimnisses durch immanente Grenzen beschränkt.

Im vorstehenden Beispiel der gerichtlichen Durchsetzung einer Forderung steht das Bankgeheimnis der Offenlegung kundenbezogener Informationen so offenkundig nicht entgegen, daß zur Begründung dieses Ergebnisses eine genaue Bestimmung des Zwecks der Geheimhaltungspflicht und der daraus folgenden immanenten Grenzen des Bankgeheimnisses nicht notwendig ist. Dagegen erfordert eine Antwort auf die Frage, ob und inwieweit das Bankgeheimnis die Veräußerung und Abtretung von Forderungen und die dafür regelmäßig erforderliche Offenlegung kundenbezogener Tatsachen gegenüber dem Zessionar ausschließt, wenn der Kunde nicht ausdrücklich hierin einwilligt³¹, ein genaueres Verständnis der Gründe für eine besondere, über die Verpflichtung zur Vertraulichkeit in anderen Austauschbeziehungen hinausgehende Verschwiegenheitspflicht im Verhältnis einer Bank zu ihren Kunden.

Soweit sich überhaupt Ansätze für eine Begründung dieser besonderen Verschwiegenheitspflicht finden, wird vor allem darauf verwiesen, daß heute jeder Bürger auf

²⁸ Zutreffend *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht (Fn. 3), § 3 Rn. 46; *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht (Fn. 3), Rn. 2.174.

²⁹ Vgl. BGHZ 115, 123, 129; BGHZ 122, 115, 120.

³⁰ Vgl. den Text zu Fn. 3 sowie den Wortlaut von Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken (Fn. 16).

³¹ Vgl. einerseits etwa LG Frankfurt Urteil 2/23 O 78/04 vom 25. 3. 2004, S. 3 f. und die Berufungsentscheidung OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1387 ff.; *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft (Fn. 1), S. 183: Bankgeheimnis stellt stillschweigend vereinbarten Abtretungsausschluß gemäß § 399 BGB dar; andererseits mit unterschiedlichen Nuancen hinsichtlich der Zustimmungsbedürftigkeit einer Offenlegung von Kundendaten *Früh* in Bankrecht und Bankpraxis (Fn. 23), Rn. 3/138h; *ders.* WM 2000, 497, 501; *Klüwer*, Asset-Backed-Securitisation, 2001, S. 215 f.; *Canaris* Bankvertragsrecht (Fn. 3) Rn. 61a; *Baums* WM 1993, 1, 6 f.; *Koberstein-Windpassinger* WM 1999, 473, 479.

Geschäftsbeziehungen zu einer Bank angewiesen sei. Wie ein Arzt erfahre auch die Bank Dinge, deren Bekanntgabe dem Bankkunden ebenso wie dem Kranken unerwünscht sein könne. Wegen des Angewiesenseins auf den Bankverkehr sei dem Kunden weder anzusinnen, im Einzelfall ein Vertraulichkeitsverhältnis zu vereinbaren, noch sei ihm zuzumuten, im Einzelfall darzutun oder gar nachzuweisen, daß eine der Bank bekannt gewordene Tatsache sonst nicht bekannt, also geheim sei³².

Es mag zwar zutreffen, daß heutzutage jedermann faktisch auf eine Bankverbindung angewiesen ist. Bereits der Umstand, daß eine besondere Verschwiegenheitspflicht von Banken schon anerkannt war, als eine Bankverbindung keineswegs zu den Notwendigkeiten des täglichen Lebens gehörte³³, zeigt indessen, daß das Angewiesensein des Bürgers auf die Geschäftsbeziehung zur Bank kaum der tragende Grund für die besondere Vertraulichkeitsverpflichtung im Bank-Kunden-Verhältnis sein kann. Im übrigen ist ein Großteil der Bevölkerung auch auf andere Arten von Vertragsbeziehungen, beispielsweise auf Mietverhältnisse, angewiesen, ohne daß dort dem Bankgeheimnis vergleichbare besondere Geheimhaltungspflichten anerkannt wären. Schließlich bleibt bei dieser Begründung unklar, warum es für die Geltung eines Verbots der Informationsweitergabe überhaupt auf die große Verbreitung der betreffenden Art von Rechtsbeziehungen ankommen sollte.

Ebensowenig wie aus dem Gesichtspunkt des Angewiesenseins folgt aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses zwischen Bank und Kunde, daß der Schutz der Persönlichkeitssphäre des Kunden es erfordern würde, die Übertragung von Ansprüchen der Bank aus der Geschäftsbeziehung wegen der damit regelmäßig verbundenen Pflicht zur Weitergabe von Kundendaten an den Erwerber generell auszuschließen.

Zwar kann sich aus dem Gegenstand des Schuldverhältnisses, das einer Forderung zugrunde liegt, ergeben, daß eine Informationsweitergabe an Dritte unzulässig und damit im Ergebnis auch die Übertragbarkeit der Forderung ausgeschlossen ist. So sind insbesondere für Honoraransprüche von Ärzten und Rechtsanwälten weitgehende Abtretungsbeschränkungen anerkannt³⁴. Entscheidend dafür ist indessen die besondere Vertraulichkeit der zugrunde

³² *Steindorff* ZHR 149 (1985), 151, 152.

³³ Vgl. dazu die Nachweise bei *Sichtermann/Feuerborn* Das Bankgeheimnis (Fn. 3), Rn. 6 ff. zu Geheimhaltungspflichten von Banken seit dem 16. Jahrhundert; vgl. dazu auch *Weber* in Bankrecht und Bankpraxis (Fn. 3), Rn. 2/841.

³⁴ BGHZ 115, 123, 124 ff.; BGHZ 122, 115, 117 ff.; BGH NJW 1993, 2795; BGH NJW 1996, 775; weitere Nachweise aus der Rechtsprechung der Instanzgerichte bei *Roth* in MünchKommBGB, 4. Aufl., 2003, § 399 26.

liegenden Rechtsbeziehungen, die häufig den privatesten Lebensbereich des Schuldners berührt. Dementsprechend hat der BGH die grundsätzliche Unabtretbarkeit ärztlicher Honoraransprüche damit begründet, daß die Abrechnungsunterlagen häufig über die „intimsten Dinge des Patienten“ Auskunft geben³⁵. Die Unabtretbarkeit und das damit verbundene Verbot der Informationsweitergabe für anwaltliche Honoraransprüche beruht auf der auch für juristische Personen und Personenvereinigungen geltenden Erwägung, daß der Mandant Rat und Hilfe in Anspruch nehmen muß, die er nur bei rückhaltloser Offenheit zu erlangen vermag³⁶. Schließlich hat das OLG Düsseldorf aus der Vereinbarung „strengsten Stillschweigens“ über die Vertragsbeziehung gefolgert, daß die Abtretung der Honoraransprüche eines Unternehmensanierers ausgeschlossen worden sei³⁷.

Die Tatsache, daß und zu welchen Bedingungen ein Kunde von einer Bank Kredit erhalten hat, ist indessen mit derartigen besonders sensiblen oder gar intimen Informationen typischerweise nicht vergleichbar³⁸. Das Regel-Ausnahme Verhältnis stellt sich vielmehr umgekehrt dar: Während Ärzten und Rechtsanwälten typischerweise Informationen aus dem intimen Lebensbereich bzw. der Individualsphäre³⁹ anvertraut werden, ist das bei Banken selbst dann die Ausnahme, wenn es sich beim Kreditnehmer um eine natürliche Person handelt.

Zwar mögen Bankkunden regelmäßig daran interessiert sein, daß die Bank vertraulich mit Informationen umgeht, die ihnen im Rahmen der Geschäftsbeziehung zugänglich gemacht worden sind. Insoweit besteht aber kein wesentlicher Unterschied zu Schuldern, denen ein anderer Gläubiger als eine Bank Kredit einräumt. Sofern hier nicht ausnahmsweise ein Abtretungsverbot vereinbart worden ist, kann und darf ein solcher Gläubiger seine Ansprüche abtreten. Nach § 402 BGB ist er in diesem Fall verpflichtet, dem Zessionar die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen. Dementsprechend muß ein Schuldner grundsätzlich damit rechnen, daß der Gläubiger seine Ansprüche an Dritte überträgt und dem Zessionar die für die Geltendmachung der Forderung notwendigen Auskünfte erteilt. Darüber hinaus wird ein Erwerbsinteressent bereits im Vorfeld der Veräußerung und Abtretung Informationen über die Bonität des Schuldners und die Werthaltigkeit etwaiger Sicherheiten verlangen. Auch wenn § 402 BGB den Zedenten insoweit nicht zur Erteilung von Auskünften verpflichtet, wird ein an der Veräußerung einer

³⁵ BGHZ 115, 123, 128.

³⁶ BGHZ 122, 115, 117.

³⁷ OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 438.

³⁸ Anders, aber ohne Begründung OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1388.

³⁹ So BGHZ 122, 115, 117.

Forderung interessierter Gläubiger eine Antwort auf diese Fragen nicht verweigern. Der Umstand, daß es sich bei dem Gläubiger um eine Bank handelt, begründet insoweit keine größere Schutzbedürftigkeit des Schuldners. Auch hier hängt es vielmehr von den Umständen des Einzelfalles ab, ob wegen der besonderen Sensibilität der Vertragsbeziehung, etwa im Hinblick auf eine vertraulichkeitsbedürftige Zweckbestimmung des Kredits, das dem Gläubiger von Gesetzes wegen zustehende Recht, über sein Vermögen zu verfügen, ausnahmsweise auch ohne eine dahin gehende ausdrückliche Vereinbarung ausgeschlossen oder beschränkt ist.

Ebensowenig unterscheidet sich die Position der Bank grundsätzlich von der jedes anderen Gläubigers, der seinem Schuldner Kredit gewährt⁴⁰. Jeder Gläubiger wird sich dafür entweder Sicherheiten stellen lassen oder Informationen über die Kreditwürdigkeit des Schuldners einholen, durch die er Einblick in dessen Vermögensverhältnisse erlangt. Diese mit einer Kreditgewährung regelmäßig verbundenen Informationen über den Schuldner und seine Vermögensverhältnisse schließen indessen nicht per se aus, daß der Gläubiger seine Forderung auf einen Dritten überträgt und diesem dabei sein Wissen über die Verhältnisse des Schuldners offen legt. Das Gesetz geht vielmehr grundsätzlich davon aus, daß Ansprüche dennoch abgetreten werden können. Soweit nicht ausnahmsweise ein Abtretungsverbot vereinbart worden ist, gilt dies auch für Ansprüche aus langfristigen Geschäftsbeziehungen, die ihrerseits durchaus von erheblichem wechselseitigen Vertrauen getragen und insoweit einer langjährigen Bank-Kunden-Beziehung vergleichbar sein können.

Die Geheimhaltungsinteressen von Bankkunden und den Geschäftspartnern anderer Gläubiger sind danach grundsätzlich vergleichbar. Die Pflicht der Kreditinstitute, Informationen über ihre Kunden auch dann mit besonderer Diskretion zu behandeln, wenn es um die Wahrnehmung ihrer eigenen Gläubigerinteressen geht, beruht daher jedenfalls nicht ausschließlich auf dem legitimen Interesse der Kunden an Wahrung der Vertraulichkeit über ihre finanziellen Verhältnisse. Zu einem ganz erheblichen Teil dürfte sie vielmehr nur historisch zu erklären sein. Zu Zeiten eines Hausbankensystems, das sich durch die Dauerhaftigkeit der Geschäftsbeziehungen auszeichnete und in dem Banken Ansprüche gegenüber ihren Kunden ohnehin nicht zu veräußern pflegten, mag es nahegelegen haben und unschädlich gewesen sein, die Pflicht der Bank zum Schutz der Vertraulichkeitssphäre vor dem Eindringen von außen unbesehen auf die Ausübung der Gläubigerrechte der Bank zu

⁴⁰ Zutr. *Canaris*, Bankvertragsrecht (Fn. 3), Rn. 61a.; zu Recht gegen die Übertragbarkeit der Erwägungen des OLG Düsseldorf auf das Verhältnis zwischen Bank und Kunde auch *Klüwer*, Asset-Backed-Securitisation (Fn. 31), S. 215 f.

übertragen. In einem durch stärkeren Wettbewerb und zunehmend strengere aufsichtsrechtliche Vorgaben geprägten Bankenmarkt zeigt sich dagegen, daß ein Gleichlauf zwischen dem Schutz von Informationen gegenüber dem Zugriff Dritter und den Schranken der Wahrnehmung eigener Rechte der Bank nicht gerechtfertigt wäre. Dabei ist das Bankgeheimnis auch als Grenze der Rechtsausübung für die Kreditinstitute alles andere als bedeutungslos. Vielmehr sind Banken nach wie vor in erheblich weitergehendem Maße als andere Gläubiger zur vertraulichen Behandlung von Informationen über ihre Kunden verpflichtet, wenn sie ihre Rechte wahrnehmen. Entgegen der Annahme des LG Frankfurt⁴¹ und der Berufungsentscheidung des OLG Frankfurt⁴² folgt jedoch aus dem Zweck des Bankgeheimnisses nicht, daß es einer Bank grundsätzlich untersagt wäre, ihre Ansprüche gegenüber Kunden ohne deren Einverständnis auf Dritte zu übertragen und die dafür notwendigen Informationen weiterzugeben. Eine solche Regel würde nicht nur das Gläubigerinteresse der Bank über Gebühr beeinträchtigen, ohne daß dies durch legitime Belange des Kunden geboten wäre⁴³. Wollte man dem Kundeninteresse an Geheimhaltung durchgängig Vorrang gegenüber dem Interesse der Bank an effizienter Organisation, der Entwicklung neuer Geschäftsfelder und einer eigenkapitalschonenden Bilanzstrukturierung einräumen, würde dies vielmehr auch zu einer volkswirtschaftlich bedenklichen Beschränkung der Entwicklungsmöglichkeiten der Kreditwirtschaft führen⁴⁴, die vermittelt über eine Anpassung der Kreditzinsen letztlich auf die Kunden selbst zurückfallen müßte.

b) Immanente Grenzen des Bankgeheimnisses

Dementsprechend ist schon bisher eine ganze Reihe von Fällen anerkannt, in denen die Bank auch ohne die Einwilligung des Kunden und ohne daß dies durch gesetzliche Vorschriften geboten wäre, ihre Forderungen übertragen und in diesem Zusammenhang Informationen über den Kunden weitergeben darf. Im Folgenden sollen diese Ausnahmen dargestellt und daraufhin überprüft werden, ob sich aus ihnen Grundsätze für eine nähere Bestimmung der immanenten Grenzen des Bankgeheimnisses ergeben.

aa) Fusionen und Unternehmensverträge unter Beteiligung von Banken

Beim Abschluß von Unternehmensverträgen oder bei Fusionen unter Beteiligung von Banken müssen bereits im Vorfeld des Hauptversammlungsbeschlusses die wirtschaftlichen

⁴¹ Urteil 2/23 O 78/04 vom 25. 3. 2004, S. 3 f.

⁴² OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1387 ff., allerdings in einem Fall, in dem die Wirksamkeit der Kreditverträge zweifelhaft war.

⁴³ So im Ergebnis auch *Canaris*, Bankvertragsrecht (Fn. 3), Rn. 61a; *Baums* WM 1993, 1, 6 f.

⁴⁴ Vgl. auch *Langenbucher* BKR 2004, 333, 334.

Verhältnisse der beteiligten Institute hinreichend offengelegt werden, um die Entscheidungsfindung zu ermöglichen und Ausgleich und Abfindung bzw. das Umtauschverhältnis festzulegen. Darüber hinaus hat eine Prüfung durch unabhängige Prüfer zu erfolgen, in der unter anderem auf die Angemessenheit dieser im Vertrag vorgesehenen Regelungen einzugehen ist (§§ 293 b ff. AktG, §§ 9 ff. UmwG). Die Forderungsbestände der beteiligten Institute gehören dabei zu den wichtigsten Vermögenspositionen. Ohne ihre Bewertung kann weder ein Vertragsentwurf erstellt noch eine aussagekräftige Prüfung dieses Entwurfs durchgeführt werden. Eine Bewertung von Forderungen ist aber ohne Kenntnis des Schuldners und solcher Umstände, aus denen sich Einwände gegen Ansprüche der Bank oder sonstige Wertminderungen ergeben können, nicht möglich. Die Offenlegungserfordernisse bei Unternehmensverträgen und Fusionen von Banken stehen daher in einem Spannungsverhältnis zum Bankgeheimnis.

Dennoch ist anerkannt, daß das Bankgeheimnis Umstrukturierungen von Kreditinstituten nicht dadurch faktisch ausschließt, daß die Zustimmung jedes Kunden zu den für solche Maßnahmen notwendigen Informationserteilungen erforderlich wäre. Soweit eine Offenlegung von Kundendaten erforderlich ist, um eine solche Maßnahme durchzuführen, ist sie daher auch ohne Einwilligung der Betroffenen zulässig⁴⁵.

Entscheidend ist damit eine sorgfältige Prüfung der Erforderlichkeit der Informationsweitergabe, also der Frage, auf welche Weise dem Geheimhaltungsinteresse der Kunden so weit wie möglich Rechnung getragen werden kann. Insoweit wird es für ausreichend gehalten, wenn der Zugang zu den Kundendaten im Vorfeld der Entscheidung auf die zur Verschwiegenheit verpflichteten Prüfer beschränkt wird und die Parteien selbst nur aggregierte und anonymisierte Daten erhalten⁴⁶. Obwohl den Prüfern bei Einhaltung der vorstehenden Anforderungen individualisierte Daten einzelner Kunden zugänglich gemacht werden können, bedarf die Offenlegung nicht der Zustimmung der Betroffenen. Die Zulässigkeit der Informationsweitergabe beruht dabei nicht etwa auf dem mutmaßlichen Einverständnis der Kunden. Zum einen wäre ein Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen nur zulässig, wenn sich der wirkliche Wille nicht ermitteln ließe; das wäre aber regelmäßig durch Befragung der Betroffenen möglich. Zum anderen könnten Kunden selbst durch ausdrücklichen Widerspruch die gebotenen Prüfungsmaßnahmen nicht verhindern. Ihr

⁴⁵ *Geurts/Koch/Schebesta/Weber*, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis (Fn. 3) Rn. 7c; *Rinze/Heda* WM 2004, 1557, 1559.

⁴⁶ So für die Wahrung der datenschutzrechtlich gebotenen Vertraulichkeit Innenministerium Baden-Württemberg, Hinweise zum Datenschutz für die private Wirtschaft (Nr. 38) vom 18. 1. 2000, S. 1 f.

legitimes Interesse an der Geheimhaltung von Informationen über sie wird vielmehr durch die Verschwiegenheitspflicht der Prüfer gewährleistet.

Das Gleiche gilt für die Weitergabe von Kundeninformationen nach einer Fusionsentscheidung und erst recht nach dem Forderungsübergang auf das aufnehmende oder neu gegründete Unternehmen. Hier ist wiederum ohne Rücksicht auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Kunden eine vollständige Offenlegung ihrer individualisierten Kundendaten an die Gesamtrechtsnachfolgerin der durch die Fusion als juristische Person untergegangenen Bank zulässig⁴⁷.

bb) Auslagerung von Unternehmensbereichen (Outsourcing)

Nach § 25a Abs. 2 Satz 1 KWG darf ein Kreditinstitut auch Bereiche, die für die Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen wesentlich sind, auf ein anderes Unternehmen auslagern, wenn dadurch weder die Ordnungsmäßigkeit dieser Geschäfte oder Dienstleistungen noch die Steuerungs- oder Kontrollmöglichkeiten der Geschäftsleitung, noch die Prüfungsrechte und Kontrollmöglichkeiten der BaFin beeinträchtigt werden.

Die Vorschrift setzt voraus, daß eine Auslagerung von Unternehmensbereichen auch ohne Einwilligung derjenigen Kunden zulässig ist, deren Daten im Rahmen des Outsourcing weitergegeben werden müssen. Anderenfalls könnten einzelne Kunden im Interesse der Bank liegende und volkswirtschaftlich erwünschte Umstrukturierungen durch Widerspruch gegen eine Weitergabe der sie betreffenden Daten verhindern. Damit könnte die vom Gesetz vorausgesetzte Möglichkeit der Auslagerung in der Praxis nicht genutzt werden. Fraglich ist daher nicht, ob eine Weitergabe kundenbezogener Daten überhaupt zulässig ist, sondern lediglich, welche Vorkehrungen zur Wahrung größtmöglicher Vertraulichkeit getroffen werden müssen.

Das frühere Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen hat dazu in seinem Rundschreiben 11/2001 zur Auslagerung von Bereichen auf ein anderes Unternehmen gemäß § 25a Abs. 2 KWG (im folgenden: Auslagerungsrundschreiben)⁴⁸ klargestellt, daß grundsätzlich jeder Tätigkeitsbereich einer Bank einer Auslagerung zugänglich ist⁴⁹. Insbesondere stellt das Auslagerungsrundschreiben klar, daß die „Wesentlichkeit“ eines Geschäftsbereichs i.S.v. §

⁴⁷ Innenministerium Baden-Württemberg, Hinweise zum Datenschutz für die private Wirtschaft (Nr. 38) vom 18. 1. 2000, S. 3 f.

⁴⁸ Vom 6. 12. 2001.

⁴⁹ Auslagerungsrundschreiben Tz. 12.

25a Abs. 2 KWG nicht Voraussetzung für die Zulässigkeit seiner Auslagerung ist⁵⁰. Als Beispiel für einen nicht wesentlichen Geschäftsbereich nennt das Auslagerungsroundschreiben unter anderem das Inkassowesen⁵¹, das naturgemäß nur unter Kenntnis der persönlichen Daten des Kunden und der für die Forderungsdurchsetzung notwendigen Informationen über den Anspruch betrieben werden kann. Sofern die Auslagerung die Weitergabe von Kundendaten erfordert, reicht es aus, wenn das Auslagerungsunternehmen dem Bankgeheimnis des auslagernden Instituts unterstellt wird und sich ausdrücklich verpflichtet, die Vertraulichkeit der Kundendaten zu wahren⁵². Sogar eine Auslagerung von Tätigkeiten mehrerer Institute auf dasselbe Auslagerungsunternehmen unter Weitergabe der jeweiligen Kundendaten ist danach zulässig, wenn die Vertraulichkeit auch zwischen den verschiedenen auslagernden Unternehmen gewahrt bleibt⁵³.

Die Versorgung insbesondere des Mittelstands mit Krediten leidet nicht zuletzt unter den unverhältnismäßig hohen Bearbeitungskosten. Die Kreditwirtschaft geht daher zunehmend dazu über, Kreditbedingungen zu standardisieren und die Entscheidung über die Vergabe und die Kreditbearbeitung auf sog. Kreditfabriken auszulagern, die für mehrere Institute tätig sind⁵⁴. Auf diese Weise sollen das Bedürfnis der Wirtschaft nach ausreichender Versorgung mit Krediten und die Notwendigkeit für die Kreditinstitute, auskömmliche Margen zu erzielen, miteinander in Einklang gebracht werden. Die BaFin hat dazu in ihrem Vermerk „Kreditfabriken – Aufsichtliche Rahmenbedingungen und Anforderungen“⁵⁵ (Kreditfabriken-Vermerk), in dem die sie zum Auslagerungsroundschreiben sowie zu ihrem Roundschreiben 34/2002 (BA) – Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft des Kreditinstituts (MaK) Stellung nimmt, ausgeführt, daß grundsätzlich auch eine solche Auslagerung der Kreditsachbearbeitung zulässig ist⁵⁶.

cc) Einziehung von Forderungen

Wie bereits erwähnt, darf eine Bank selbstverständlich auch ohne Zustimmung des Schuldners Einzelheiten der Kundenbeziehung offen legen, soweit dies zur Durchsetzung

⁵⁰ Ebenso etwa *Braun* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, 2. Aufl., 2004, § 25a Rn. 602 ff.

⁵¹ Auslagerungsroundschreiben Tz. 11.

⁵² Auslagerungsroundschreiben Tz. 43; zustimmend etwa *Bruchner* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch (Fn. 3), § 39 Rn. 14a; *Geurts/Koch/Schebesta/Weber*, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis (Fn. 3), Rn. 7b; *Weber* in Bankrecht und Bankpraxis (Fn. 3), Rn. 2/855; *Braun* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG (Fn. 50), § 25a Rn. 639.

⁵³ Auslagerungsroundschreiben Tz. 44.

⁵⁴ Zu neuesten Entwicklungen in diesem Bereich vgl. FAZ v. 26. 8. 2004, S. 11.

⁵⁵ Vom 12. 12. 2003.

⁵⁶ Kreditfabriken-Vermerk unter III.

ihres Anspruchs erforderlich ist⁵⁷. Das Bankgeheimnis hat nicht den Zweck, den Kunden vor der Durchsetzung von Erfüllungsansprüchen der Gläubigerbank zu schützen.

dd) Veräußerung und Abtretung von Forderungen bei vertragswidrigem Verhalten des Kunden

Es wird allgemein für zulässig gehalten, daß eine Bank Rückzahlungsansprüche gegenüber Kunden, die in Verzug geraten sind oder denen ein anderweitiger Pflichtverstoß zur Last fällt, durch Veräußerung und Abtretung verwertet. Dabei darf die Bank dem Zessionar nach § 402 BGB die für die Geltendmachung der Forderung erforderlichen Auskünfte erteilen und ihm die in ihrem Besitz befindlichen Urkunden zum Beweis der Forderung ausliefern⁵⁸. Zu den Informationen, deren Weitergabe nach § 402 BGB geschuldet ist, gehören unter anderem Name, Wohnsitz oder Aufenthaltsort des Schuldners, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, Grundlage und Höhe des Anspruchs sowie Umstände, die zur Entkräftung etwaiger Einwendungen dienen können⁵⁹.

Die Vereinbarkeit der Auskunftserteilung an den Zessionar mit dem Bankgeheimnis folgt dabei nicht etwa daraus, daß § 402 BGB als ein gesetzliches Offenlegungsgebot im Sinne von Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken zu qualifizieren wäre⁶⁰. Zum einen handelt es sich bei § 402 BGB um eine dispositive Vorschrift, die im Einvernehmen mit dem Zessionar abbedungen werden kann⁶¹. Zum anderen beruht die Abtretung, die die Auskunftspflicht nach § 402 BGB auslöst, ihrerseits auf einer freiwilligen Entscheidung des Gläubigers. § 402 BGB regelt daher keinen Fall, in dem die Informationsweitergabe kraft Gesetzes geboten und damit bereits nach dem Wortlaut von Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 AGB-Banken gestattet wäre.

Die Zulässigkeit der Forderungsabtretung und der Auskunftserteilung an den Zessionar ergibt sich vielmehr daraus, daß das Bankgeheimnis der Weitergabe kundenbezogener Informationen nicht unter allen Umständen entgegensteht, sondern seinerseits immanente

⁵⁷ Schwintowski/Schäfer, Bankrecht (Fn. 3), § 3 Rn. 46; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht (Fn. 3), Rn. 2.174.

⁵⁸ Vgl. BGH NJW 1982, 839, 840; OLG Celle WM 2004, 1384, 1385; LG Mainz, Urteil 3 S 42/03 vom 24. 6. 2003, S. 2; Bruchner in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch (Fn. 3), § 39 Rn. 29; Canaris, Bankvertragsrecht (Fn. 3), Rn. 61a; Früh WM 2000, 497, 503 linke Sp. und 504 linke Sp.; ders. in Bankrecht und Bankpraxis (Fn. 3), Rn. 3/138I; Theewen WM 2004, 105, 113; Paetzmann ZfgK 2003, 968, 971; Toth-Feher/Schick ZIP 2004, 491, 494; Klüwer/Meister WM 2004, 1157, 1161 f.; offengelassen von OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1388 wo allerdings die Wirksamkeit der Kreditverträge streitig war, vgl. OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1389.

⁵⁹ Vgl. Soergel-Zeiss, 12. Aufl., 1990, § 402 Rn. 2; Staudinger-Busche, 13. Bearbeitung, 1999, § 402 Rn. 9 ff.; Roth in MünchKommBGB (Fn. 34), § 402 Rn. 5.

⁶⁰ Nicht zutr. insoweit Rinze/Heda WM 2004, 1557, 1564.

⁶¹ Vgl. dazu im vorliegenden Zusammenhang Rinze/Heda WM 2004, 1557, 1559.

Grenzen hat, jenseits derer einer Bank die Verwertung ihrer Kundenforderungen und die dafür erforderliche Auskunftserteilung erlaubt ist⁶². Ob man die Entbehrlichkeit einer Zustimmung des Kunden in die Datenweitergabe im einzelnen damit begründet, daß angesichts seines eigenen vertragswidrigen Verhaltens der Einwand, die Auskunftserteilung an den Zessionar verstoße gegen das Bankgeheimnis, offensichtlich rechtsmissbräuchlich wäre⁶³, oder sich dafür stattdessen auf ein höherrangiges rechtliches Interesse der Bank stützt⁶⁴, ist dabei von untergeordneter Bedeutung.

Auch der BGH hat diese Grenze des Bankgeheimnisses implizit in einer Entscheidung aus dem Jahr 1982 anerkannt, in der er ohne weiteres davon ausgegangen ist, daß die Bank ihren Darlehensrückgewähranspruch gegen einen säumigen Kreditnehmer abtreten konnte⁶⁵. Der Einwand des OLG Frankfurt, in dem vom BGH entschiedenen Fall sei die Abtretung möglicherweise „aus besonderen Gründen – etwa durch Einwilligung des Forderungsschuldners oder gemäß § 354a Satz 1 HGB – gerechtfertigt“ gewesen⁶⁶, ist nicht plausibel. Besondere tatsächliche Umstände wären in der Begründung erwähnt worden, wenn der BGH im Bankgeheimnis grundsätzlich ein Abtretungshindernis gesehen hätte; der Hinweis auf § 354a Satz 1 HGB verfährt schon deswegen nicht, weil diese Vorschrift erst im Jahr 1994 in das Gesetz eingefügt wurde.

Im übrigen zeigen Nr. 17 Abs. 1 AGB-Banken und Nr. 21 Abs. 5 AGB-Sparkassen über die Verwertung von Sicherheiten durch die Bank, daß ein Recht der Bank zur Offenlegung von Daten über die Geschäftsbeziehung bei Verzug des Kunden auch in den Vertragsbedingungen vorausgesetzt wird.

ee) ABS-Transaktionen

Zur Weitergabe kundenbezogener Informationen im Rahmen von ABS-Transaktionen hat die Rechtsvorgängerin der BaFin, das frühere Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, in ihrem Rundschreiben 4/97 über die „Veräußerung von Kundenforderungen im Rahmen von Asset-Backed-Securities-Transaktionen durch deutsche Kreditinstitute“ vom 19. März 1997⁶⁷ (im folgenden: ABS-Rundschreiben) Stellung genommen. Wenngleich das Bankgeheimnis nicht

⁶² LG Mainz, Urteil 3 S 42/03 vom 24. 6. 2003, S. 2; *Bruchner* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch (Fn. 3), § 39 Rn. 29; *Canaris*, Bankvertragsrecht (Fn. 3), Rn. 61a.

⁶³ *Früh* in Bankrecht und Bankpraxis (Fn. 3), Rn. 3/1381; *Bruchner* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch (Fn. 3), § 39 Rn. 29; *Böhm* BB 2004, 1641, 1643; zust. OLG Celle WM 2004, 1384, 1385.

⁶⁴ *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht (Fn. 3), Rn. 2.174

⁶⁵ BGH NJW 1982, 839, 840.

⁶⁶ OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1388.

⁶⁷ Abgedruckt in WM 1997, 1821.

zur Disposition der Bankenaufsicht steht, gibt das ABS-Rundschreiben doch die Rechtsauffassung einer unabhängigen, der Funktionsfähigkeit des Kreditwesens verpflichteten Behörde wieder und verdient schon aus diesem Grunde besondere Beachtung.

Nach Ziff. III. des ABS-Rundschreibens ist bei der Übertragung von Forderungen im Rahmen von ABS-Transaktionen die Weitergabe solcher kundenbezogener Daten zulässig,

„die zur Einhaltung des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes und für eine etwaige Rechtsverfolgung notwendigen Daten in der Abtretungserklärung lediglich verschlüsselt angegeben werden und deren Entschlüsselung bei einer neutralen Stelle verschlossen hinterlegt wird;

oder

deren Weitergabe an einen Dritten (Rating-Agentur, Wirtschaftsprüfer, Treuhänder) aus technischen Gründen erforderlich ist, ohne daß dabei die Identität des Kunden aufgedeckt werden dürfte. Die Dritten sind ihrerseits zur Vertraulichkeit verpflichtet.“

Obwohl das Bankgeheimnis nach dem Wortlaut von Nr. 2 Abs. 1 S. 1 AGB-Banken jegliche Weitergabe kundenbezogener Daten untersagt, ist nach Ziff. III. des ABS-Rundschreibens im Rahmen von ABS-Transaktionen eine solche Weitergabe auch ohne Einwilligung der Betroffenen insoweit zulässig, als sie für die Durchführung solcher Transaktionen und damit zur Wahrung des Veräußerungsinteresses der Bank zum Zweck der Eigenkapitalentlastung erforderlich ist. Das Geheimhaltungsinteresse der Schuldner wird durch die Anonymisierung und Verschlüsselung der Kundendaten so weit wie möglich gewahrt. Mit diesem Interessenausgleich ist dem Bankgeheimnis Genüge getan⁶⁸.

ff) Weitere Fälle der Informationsweitergabe

Die Weitergabe kundenbezogener Informationen wird schließlich im Schrifttum für zulässig gehalten, soweit dies für eine Veräußerung von Forderungen zum Zweck der Refinanzierung der Bank⁶⁹ oder im Rahmen der Syndizierung von Krediten oder für Unterbeteiligungen erforderlich ist⁷⁰. Das Ausnutzen derartiger Finanzierungsmöglichkeiten ist nicht nur ein

⁶⁸ Ebenso Bruchner in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch (Fn. 3), § 39 Rn. 31; Klüwer, Asset-Backed-Securitisation (Fn. 31), S. 214; ders./Meister WM 2004, 1157, 1160; Früh WM 2000, 497, 502;

⁶⁹ Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge, Bankgeheimnis und Bankauskunft (Fn. 1), S. 183; Früh WM 2000, 497, 503; ders. in Bankrecht und Bankpraxis (Fn. 3), Rn. 3/138m; Klüwer/Meister WM 2004, 1157, 1161; Canaris Bankvertragsrecht Rn. 61a.

⁷⁰ Bruchner in Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Handbuch (Fn. 1) § 39 Rn. 31.

volkswirtschaftliches Anliegen, sondern entspricht auch dem Interesse der Kunden, die ihrerseits durch niedrigere Zinsen profitieren⁷¹.

c) Folgerungen

Bei aller Unterschiedlichkeit im einzelnen weisen die vorstehend erörterten Gestaltungen, in denen die Weitergabe kundenbezogener Daten und die Übertragung von Bankforderungen ohne einen entsprechenden Vorbehalt in Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken und ohne Zustimmung der Betroffenen für zulässig gehalten wird, eine Gemeinsamkeit auf: Es geht durchweg um die Verwirklichung von Gläubigerrechten der Bank im Wege einer wirtschaftlich sinnvollen Verwaltung und Verwertung ihrer Forderungen unter geringstmöglicher Beeinträchtigung der Geheimhaltungsinteressen der Kunden. Soweit die Weitergabe von Kundendaten hierfür nicht notwendig ist, muß sie selbst innerhalb der Bank unterbleiben (inneres Bankgeheimnis)⁷², obwohl der Wortlaut von Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken einer solchen Weitergabe nicht entgegenstehen würde. Andererseits schließt das Bankgeheimnis eine Weitergabe kundenbezogener Informationen an Dritte nicht aus, soweit sie für eine wirtschaftlich sinnvolle Verwaltung und Verwertung von Ansprüchen der Bank erforderlich ist.

Der Schutz der Geheimhaltungsinteressen wird zum Teil dadurch sichergestellt, daß eine Weitergabe kundenbezogener Daten nur in aggregierter und anonymisierter Form erfolgt. Wo eine solche Datenweitergabe nicht ausreicht, wird die Geheimhaltung dadurch gewährleistet, daß der Empfänger der Informationen den gleichen Vertraulichkeitsverpflichtungen unterliegt oder vertraglich unterstellt wird wie die Bank. In diesem Fall muß es sich beim Zessionar nicht notwendigerweise um ein Kreditinstitut handeln⁷³. Rein formal mag es zwar zutreffen, daß auch eine vertraulich weitergegebene Information nicht mehr geheimgehalten ist⁷⁴. Das Gesetz erkennt aber selbst an, daß die Interessen des Gläubigers an der Verwertung „vertraulicher Forderungen“ Vorrang vor dem Geheimhaltungsinteresse des Schuldners haben kann, wenn der Zessionar den gleichen Vertraulichkeitsanforderungen unterworfen ist wie der ursprüngliche Schuldner. So ist nach § 49b Abs. 4 Satz 1 BRAO eine Abtretung von Honorarforderungen und die Erteilung der für die Forderungsdurchsetzung erforderlichen Auskünfte unter Rechtsanwälten trotz der Geheimhaltungspflicht des § 203 Abs. 1 Nr. 3

⁷¹ So etwa *Früh* WM 2000, 497, 503; *ders.* in Bankrecht und Bankpraxis (Fn. 3), Rn. 3/138m.

⁷² *Weber* in Bankrecht und Bankpraxis (Fn. 3), Rn. 2/851 f.; *Bruchner* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch (Fn. 3), § 39 Rn. 13 f.; vgl. bereits oben, 2. a).

⁷³ Zu restriktiv möglicherweise *Langenbacher* BKR 2004, 333, 334, die lediglich Abtretungen an ein anderes Kreditinstitut in Betracht zieht.

⁷⁴ So der Einwand des LG Frankfurt, Urteil 2/23 O 78/04 vom 25. 3. 2004, S. 5 als Vorinstanz zu OLG Frankfurt WM 2004, 1386.

StGB zulässig und vergleichbare Ausnahmen sind für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer anerkannt⁷⁵.

Vor allem aber zeigt die Vielgestaltigkeit der Fälle, in denen Geheimhaltungsinteressen der Kunden mit dem Bedürfnis der Bank nach Weitergabe von Informationen über die Geschäftsbeziehung zusammentreffen können, daß die Verschwiegenheitspflicht der Banken nicht statisch als absolutes Verbot jeglicher Weitergabe kundenbezogener Informationen verstanden werden darf. Nicht nur die zahlreichen neuen Geschäftsfelder, die in jüngerer Zeit erschlossen worden sind und sich auch in Zukunft entwickeln werden, sondern auch aufsichtsrechtliche Anforderungen an die Eigenkapitalunterlegung werden Banken künftig in immer weitergehendem Umfang dazu zwingen, Forderungen zu veräußern und dadurch ihre Bilanzen zu entlasten. Wenn das Bankgeheimnis nicht in weiten Bereichen die Anpassung der Banken und ihrer Geschäftstätigkeit an diese Marktentwicklung ausschließen soll, muß ein Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen der Kunden an vertraulicher Behandlung der im Rahmen der Geschäftsbeziehung bekannt gewordenen Tatsachen und den Interessen der Banken an der Wahrnehmung ihrer Gläubigerrechte gefunden werden.

IV. Das Bankgeheimnis als Abtretungsverbot?

Auch abgesehen von dem zu weitgehenden Verständnis der aus dem Bankgeheimnis folgenden Geheimhaltungspflicht geben die Erwägungen, mit denen das OLG Frankfurt ein Abtretungsverbot für Bankforderungen herleitet, Anlaß zur Kritik. Das Gericht stützt einen Abtretungsausschluß auf zwei Grundlagen, die dieses Ergebnis weder jeweils für sich genommen noch gar in ihrem Zusammenspiel tragen.

1. Unvereinbarkeit der beiden Begründungsansätze für einen Abtretungsausschluß

Als Grundlage für ein solches Abtretungsverbot nennt das OLG zunächst § 399 BGB⁷⁶. Unmittelbar daran anschließend führt es aus, die für Ärzte, Steuerberater, Rechtsanwälte und Vertreter ähnlicher Berufe entwickelte Rechtsprechung über die Unabtretbarkeit von Ansprüchen gegen Patienten bzw. Mandanten habe aus den gleichen Gründen auch für Banken zu gelten⁷⁷.

Beide Begründungsansätze sind indessen nicht miteinander vereinbar. Ein vertragliches Abtretungsverbot nach § 399 Alt. 2 BGB beruht auf einer Vereinbarung der Parteien. Eine

⁷⁵ Vgl. Roth in MünchKommBGB (Fn. 34) § 399 Rn. 26.

⁷⁶ OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1387.

⁷⁷ OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1387 f.

Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung der Umstände, auf denen die Forderung beruht, ist mit einer solchen Abrede nicht notwendig verbunden. Für Ansprüche aus beiderseitigen Handelsgeschäften entwickelt ein rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot nach § 354a HGB nur begrenzte Wirkung. Grundlage für die Unabtretbarkeit der Ansprüche von Berufsträgern, die einer nach § 203 StGB strafbewehrten Geheimhaltungspflicht unterliegen, ist demgegenüber § 134 BGB. Die Rechtsprechung hat die Geheimhaltungspflichten nach § 203 StGB als gesetzliche Verbote qualifiziert und daraus gefolgert, daß die Abtretung der Forderungen von Ärzten und Rechtsanwälten gegen ihre Patienten bzw. Mandanten in aller Regel nach § 134 BGB nichtig sei⁷⁸, denn die Abtretung lasse sich nicht von der damit verbundenen Pflicht zur Informationserteilung trennen⁷⁹. Übertragen auf das Verhältnis der Bank zu ihren Kunden würde dies bedeuten, daß selbst Zahlungsansprüche aus beiderseitigen Handelsgeschäften nicht wirksam übertragen werden könnten, denn § 354a Satz 1 HGB schränkt nur die Wirksamkeit eines nach § 399 BGB vereinbarten Abtretungsausschlusses ein, nicht aber die Wirkungen eines gesetzlichen Abtretungsverbotes. Die Annahme des OLG Frankfurt, bei Ansprüchen der Bank aus beiderseitigen Handelsgeschäften sei eine Abtretung durch die Bank nach § 354a Satz 1 HGB wirksam⁸⁰, ist daher nicht mit der Auffassung des Gerichts vereinbar, die Regelungen für die Geheimnisträger nach § 203 StGB beanspruchten auch für Banken Geltung.

2. Das Bankgeheimnis als stillschweigend vereinbarter Abtretungsausschluß oder als gesetzliches Abtretungsverbot

Die beiden disparaten Begründungen für ein Abtretungsverbot vermögen aber auch je für sich nicht zu überzeugen.

a) Das Bankgeheimnis als vertragliches Abtretungsverbot

Ein Abtretungsverbot nach § 399 Alt. 2 BGB würde eine entsprechende Vereinbarung voraussetzen. Da das Bankgeheimnis keine ausdrückliche Regelung über einen Abtretungsausschluß enthält, käme lediglich eine konkludente Vereinbarung in Betracht. Die Bejahung einer solchen Vereinbarung wäre indessen nichts weiter als eine Fiktion, denn ein Abtretungsausschluß würde den Interessen der Bank offensichtlich widersprechen, ohne zum

⁷⁸ BGHZ 115, 123, 124 ff.; BGHZ 122, 115, 117 ff.; BGH NJW 1993, 2795; BGH NJW 1996, 775 f.

⁷⁹ BGH NJW 1993, 2795; kritisch dazu *Böhm* BB 2004, 1641, 1643.

⁸⁰ OLG Frankfurt WM 2004, 1386, 1388.

Schutz legitimer Kundenbelange erforderlich zu sein. Es fehlt schlichtweg an dem für ein vertragliches Abtretungsverbot erforderlichen übereinstimmenden Parteiwillen⁸¹.

b) Das Bankgeheimnis als gesetzliches Abtretungsverbot

Im Schrifttum ist umstritten, ob das Bankgeheimnis die Qualität von Gewohnheitsrecht erlangt hat⁸² oder lediglich als Nebenpflicht die Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde prägt⁸³. Wenn man annähme, die Quelle des Bankgeheimnisses sei Gewohnheitsrecht, könnte sich die Unwirksamkeit einer Abtretung von Ansprüchen der Bank gegen ihre Kunden möglicherweise aus § 134 BGB ergeben. Nach dieser Vorschrift ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Als „Gesetz“ im Sinne des § 134 BGB gelten nach h.L. grundsätzlich auch Normen des Gewohnheitsrechts⁸⁴.

Zwar verbietet das Bankgeheimnis nur die Weitergabe kundenbezogener Informationen und besagt unmittelbar nichts über die Zulässigkeit einer Abtretung. Die Rechtsprechung hat jedoch die Geheimhaltungspflichten nach § 203 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 StGB als gesetzliche Verbote qualifiziert und daraus gefolgert, die Abtretung der Forderungen von Ärzten und Rechtsanwälten gegen ihre Patienten bzw. Mandanten sei in aller Regel nach § 134 BGB nichtig⁸⁵. Wie bereits ausgeführt⁸⁶, beruht diese Rechtsprechung indessen auf der besonderen Sensibilität der Informationen, die Ärzten und Rechtsanwälten typischerweise offenbart werden, und dem daraus folgenden überragenden Bedürfnis nach Schutz der Vertraulichkeit. In den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen waren die Informationen, um deren Geheimhaltung es ging, den Zessionaren bereits mitgeteilt worden, bevor diese die abgetretenen Forderungen einklagten. Die Annahme, die Abtretung sei wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig, konnte die Geheimhaltung folglich nicht mehr gewährleisten. Die Bejahung eines Abtretungsverbotes mit der Konsequenz der Unwirksamkeit der Zession läßt sich daher nur als Sanktion verstehen, die wegen des

⁸¹ Ebenso etwa *Klüwer*, Asset-Backed-Securitisation (Fn. 31), S. 216.

⁸² Dafür etwa *Sichtermann/Feuerborn*, Das Bankgeheimnis (Fn. 3), Rn. 13; *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft (Fn. 1), S. 62 f.; *Bruchner/Stützle*, Leitfaden zu Bankgeheimnis und Bankauskunft (Fn. 18), S. 4 f.; *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht (Fn. 3), § 3 Rn. 1; *Böhm* BB 2004, 1641, 1642; *Rinze/Heda* WM 2004, 1557, 1561; dagegen beispielsweise *K. Schmidt*, Das Bankgeheimnis im Spannungsfeld zwischen privatem und öffentlichem Recht, WirtschaftsR. 1972, 127, 131; *Ungnade* WM 1975, 1210.

⁸³ So etwa BGH BB 1953, 993; BGHZ 27, 241, 246; BGHZ 95, 362, 365; BGH *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht (Fn. 1) Rn. 2.149; *Canaris* Bankvertragsrecht (Fn. 1) Rn. 42.

⁸⁴ Vgl. *Staudinger-Sack* (2003), §§ 134, 138, § 134 Rn. 17 mit zahlreichen Nachweisen.

⁸⁵ BGHZ 115, 123, 124 ff.; BGHZ 122, 115, 117 ff.; BGH NJW 1993, 2795; BGH NJW 1996, 775 f.

⁸⁶ Vgl. oben, III. 2. a).

überragenden, vom Gesetz durch die Strafbewehrung der Verschwiegenheitspflicht anerkannten Bedürfnisses nach Wahrung der Vertraulichkeit in der Patienten- bzw. Mandantenbeziehung auch mit zivilrechtlichen Mitteln jeden Anreiz zur Verletzung der Verschwiegenheitspflicht ausschließen soll, der trotz der drohenden Strafbarkeit möglicherweise verbleiben könnte.

Einen vergleichbaren Bezug zu besonders sensiblen und vertraulichkeitsbedürftigen Lebensbereichen des Kunden weist eine Bankbeziehung regelmäßig nicht auf. Dementsprechend ist auch die Verletzung des Bankgeheimnisses nicht etwa unter Strafe gestellt oder zumindest bußgeldbewehrt. Die Gründe, die die Rechtsprechung dazu bewogen haben, die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht von Ärzten und Rechtsanwälten über die Strafsanktion hinaus durch ein Abtretungsverbot zu sichern, treffen daher auf das Bankgeheimnis nicht zu⁸⁷.

Für den Bereich der Bankbeziehungen zu Kaufleuten wäre die Annahme, eine Abtretung von Bankforderungen ohne Einverständnis des Kunden verstoße gegen ein gesetzliches Verbot und sei daher nach § 134 BGB nichtig, jedenfalls nicht mit § 354a HGB vereinbar. Ein erheblicher Teil der Zahlungsverbindlichkeiten von Kaufleuten stammt aus Kreditgeschäften mit Banken. Nach § 354a Satz 1 und 3 HGB würde selbst ein ausdrückliches Abtretungsverbot die Wirksamkeit der Übertragung der korrespondierenden Forderungen nicht ausschließen. Diese gesetzliche Anordnung würde unterlaufen, wenn man eine Abtretung wegen der damit verbundenen Weitergabe von Kundendaten nach § 134 BGB für nichtig hielte. Auch wenn man das Bankgeheimnis als Satz des Gewohnheitsrecht qualifizieren würde, könnte es sich doch schon deswegen nicht gegenüber der gesetzlichen Regelung des § 354a HGB durchsetzen, weil es letztlich auf dem Parteiwillen und damit auf privatautonomer Geltungsanordnung beruht.

Die Herleitung eines Abtretungsverbotes aus dem Bankgeheimnis, wie sie das OLG Frankfurt unternimmt, ist aber auch für das Verhältnis zu Privatkunden mehr als bedenklich. Die Mobilität von Vermögensgegenständen ist eine Grundlage unserer Wirtschaftsordnung. Sie findet ihren zivilrechtlichen Ausdruck in der Bestimmung des § 137 Satz 1 BGB, wonach die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Die Möglichkeit, nach § 399 Alt. 2 BGB durch ein Abtretungsverbot die Übertragbarkeit einer Forderung auszuschließen, ist eine Ausnahme von dieser Regel, die jeweils einer Vereinbarung zwischen den Parteien bedarf. Wenn die

⁸⁷ Ebenso im Ergebnis *Langenbacher* BKR 2004, 333 f.

Rechtsprechung aus dem Bankgeheimnis ein flächendeckendes Abtretungsverbot ableitete, würde sie dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis für den praktisch wichtigsten Bereich von Zahlungsansprüchen umkehren. Der bereits erwähnte § 354a HGB zeigt unmißverständlich die Skepsis des Gesetzgebers gegenüber der Ausbreitung selbst ausdrücklich vereinbarter Abtretungsausschlüsse und den daraus folgenden Beschränkungen der Refinanzierungsmöglichkeiten der betroffenen Gläubiger⁸⁸. Die Ableitung eines Abtretungsverbotes für Kreditinstitute aus dem Bankgeheimnis wäre mit der dadurch bekräftigten gesetzlichen Grundentscheidung für die Verfügungsfreiheit nicht zu vereinbaren.

Ein judizielles Verständnis des Bankgeheimnisses als Abtretungsverbot würde aber darüber hinaus ohnehin nicht dauerhaft verhindern, daß Banken ihre Forderungen gegen Privatkunden übertragen können und wäre daher als Mittel des Verbraucherschutzes wenig tauglich. Selbst wenn man annehmen wollte, Grundlage des Bankgeheimnisses und eines daraus folgenden Abtretungsverbotes sei nicht lediglich eine vertragliche Nebenpflicht, sondern Gewohnheitsrecht, könnte es sich dabei doch lediglich um dispositives Recht handeln. Da selbst die strafbewehrten Geheimhaltungspflichten nach § 203 StGB und das von der Rechtsprechung daraus abgeleitete Abtretungshindernis durch eine entsprechende Vereinbarung mit der dadurch geschützten Partei beschränkt oder aufgehoben werden können, würde für ein aus dem Bankgeheimnis folgendes Abtretungsverbot nichts anderes gelten.

Die dafür erforderliche Vereinbarung, durch die die Rechtsposition der Kreditinstitute dem gesetzlichen Regelfall der freien Übertragbarkeit von Forderungen angenähert würde, könnte durch eine entsprechende Klarstellung in den AGB erfolgen. Eine unangemessene Benachteiligung der Kunden wäre in einer solchen Anpassung der AGB jedenfalls dann nicht zu sehen, wenn die Banken sich dazu verpflichteten, entsprechend der bisherigen Praxis bei einer Forderungsübertragung die Vertraulichkeit der Informationen über die Schuldner so weit wie möglich zu wahren. Die Bedenken, die den BGH im Jahr 1985 dazu bewogen haben, die seinerzeitige „Schufa-Klausel“ nach § 9 AGBG für unwirksam zu erklären⁸⁹, bestünden hier nicht. Zum einen ist das Interesse einer Bank, die ihr zustehenden Forderungen wie jeder andere Gläubiger verwalten und verwerten zu können, erheblich gewichtiger als das Interesse an einem Kreditinformationssystem. Zum anderen werden die kundenbezogenen Informationen bei einer Forderungsübertragung oder bei einer Forderungsverwaltung durch zur Verschwiegenheit verpflichtete Dritte nicht einer unbestimmten Vielzahl potentieller

⁸⁸ Vgl. auch die Erwägungen in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf des § 354a HGB, BT-Drucks. 12/7912 v. 15. 6. 1994, S. 24 f.

⁸⁹ Vgl. BGHZ 95, 362.

Kreditgeber, sondern allein dem Zessionar zugänglich gemacht. Schließlich würde selbst insoweit bei einer klarstellenden Anpassung der AGB an die bisherige Praxis den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Kunden durch den Vorbehalt Rechnung getragen, daß eine Weitergabe kundenbezogener Informationen nur insoweit erfolgen dürfte, wie dies für die jeweilige Maßnahme der Forderungsverwaltung oder -verwertung unerlässlich wäre.

V. Das Datenschutzrecht als Schranke für eine Weitergabe kundenbezogener Daten

Die Informationen über die Geschäftsbeziehung einer Bank zu ihren Kunden werden regelmäßig unter Einsatz elektronischer Datenverarbeitung verwaltet. Abschließend soll daher ein kurzer Überblick über die Grenzen gegeben werden, die das BDSG einer Weitergabe von Kundendaten durch Banken zieht.

1. Anwendungsbereich und Voraussetzungen des datenschutzrechtlichen Weitergabeverbots

Nach §§ 1 Abs. 1 und 3 Abs. 1 BDSG ist der Anwendungsbereich des Gesetzes beschränkt auf personenbezogene Daten, d.h. auf Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse bestimmter oder bestimmbarer natürlicher Personen. Insoweit gilt das Gesetz gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 4 BDSG auch für die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung (§ 3 Abs. 3 bis 5 BDSG) durch Private, soweit sie dabei Datenverarbeitungsanlagen einsetzen oder die Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeiten, nutzen oder dafür erheben. Als Nutzung unter Einsatz einer Datenverarbeitungsanlage gilt dabei auch die Verwendung eines Ausdrucks oder von Erinnerungsaufzeichnungen, denn auch solchen Vorgängen liegt ein EDV-Einsatz zugrunde⁹⁰.

Angaben über juristische Personen und Personenmehrheiten, wie etwa Personengesellschaften, sind zwar bewußt von der Anwendung des BDSG ausgenommen worden⁹¹. Soweit aber die zu einer Personenmehrheit gespeicherten Daten zugleich etwas über die Verhältnisse der einzelnen Mitglieder aussagen, handelt es sich um deren personenbezogene Daten, für deren Schutz das BDSG gilt⁹².

Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung folgt aus § 1 Abs. 3 Satz 2 BDSG, daß das Bankgeheimnis als ein nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhendes Berufsgeheimnis in

⁹⁰ Vgl. *Dammann* in Simitis, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 5. Aufl., 2003, § 1 Rn. 141.

⁹¹ Vgl. etwa *Dammann* in Simitis BDSG (Fn. 90), § 3 Rn. 17.

⁹² *Dammann* in Simitis BDSG (Fn. 90), § 3 Rn. 19; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht, § 3 BDSG Rn. 12; *Koberstein-Windpassinger* WM 1999, 473, 478.

seinem Geltungsbereich das BDSG verdrängt⁹³. Richtiger und herrschender Ansicht nach stellen derartige Berufsgeheimnisse jedoch lediglich eine zusätzliche Schutzebene dar, neben der die Vorschriften des BDSG anwendbar bleiben⁹⁴.

Das Verarbeiten (§ 3 Abs. 4 BDSG) und Nutzen (§ 3 Abs. 5 BDSG) von personenbezogenen Daten ist gemäß § 4 Abs. 1 BDSG ohne Einwilligung des Betroffenen nur zulässig, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt. Als gesetzliche Grundlage für ein Recht zur Weitergabe von unter das BDSG fallenden Portfolioinformationen ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG von Bedeutung. Nach dieser Vorschrift ist das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, 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 Ausschluß der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt.

Bezogen auf die Weitergabe kundenbezogener Daten durch eine Bank erfordert die Vorschrift damit eine Abwägung der widerstreitenden Interessen der Bank an einer für die wirtschaftlich sinnvolle Verwertung ihrer Forderungen notwendige Datenweitergabe an Erwerbsinteressenten einerseits und der Darlehensnehmer an Geheimhaltung andererseits. Für diese Abwägung sind indessen dieselben Gesichtspunkte maßgeblich wie für die Bestimmung der immanenten Grenzen des Bankgeheimnisses⁹⁵, so daß auch das Ergebnis der Abwägung regelmäßig das Gleiche ist.

2. Auswirkungen eines Verstoßes gegen das Datenschutzrecht auf die Wirksamkeit einer Forderungsübertragung

Verstößt die Weitergabe kundenbezogener Daten durch die Bank im Einzelfall gegen § 4 Abs. 1 BDSG, der die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ohne die Einwilligung des Betroffenen nur gestattet, wenn das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet⁹⁶, könnte die Übertragung einer Forderung, auf die sich diese Daten beziehen, im Hinblick auf den untrennbaren Zusammenhang zwischen

⁹³ So etwa *Koberstein-Windpassinger* WM 1999, 473, 476 f. mit weiteren Nachweisen.

⁹⁴ Vgl. etwa *Walz* in *Simitis BDSG* (Fn. 90), § 1 Rn. 174; *Zöllner* ZHR 149 (1985), 179, 180; *Kusserow/Dittrich* WM 1997, 1786, 1792; *Klüwer*, *Asset-Backed-Securitisation* (Fn. 31), S. 210 f.; *Rinze/Heda* WM 2004, 1557, 1563.

⁹⁵ Für Parallelität der für die Abwägung nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG und für die Bestimmung der Grenzen des Bankgeheimnisses maßgeblichen Wertungen auch *Kusserow/Dittrich* WM 1997, 1786, 1792; *Toth-Feher/Schick* ZIP 2004, 491, 494.

⁹⁶ Zur zentralen Bedeutung des § 4 Abs. 1 BDSG vgl. *Sokol* in *Simitis BDSG* (Fn. 90) § 4 Rn. 2.

Informationsweitergabe und Abtretung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nichtig sein.

Das OLG Celle hat zwar in einem Urteil jüngeren Datums⁹⁷ angenommen, die Vorschriften des BDSG seien keine Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB, weil das BDSG in den Bußgeld- und Strafvorschriften der §§ 43 und 44 die Rechtsfolgen von Verstößen selbständig regelt⁹⁸. Diese Folgerung ist jedoch in Anbetracht des Umstandes, daß zahlreiche Strafvorschriften eine Rechtsfolgenanordnung für den Fall ihrer Verletzung enthalten und dennoch als Verbotsgesetze nach § 134 BGB anerkannt sind, in dieser Form nicht zutreffend. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob das jeweilige Gesetz die Rechtsfolgen von Verstößen *abschließend* regelt oder ob es Raum für ergänzende zivilrechtliche Rechtsfolgen nach § 134 BGB läßt⁹⁹. Dem BDSG sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, daß Verstöße gegen seine Bestimmungen lediglich mit Bußgeld- oder Strafsanktionen nach §§ 43, 44 BDSG belegt werden könnten, im übrigen aber folgenlos bleiben müßten.

Entscheidend gegen die Annahme, ein Verstoß gegen Bestimmungen des BDSG ziehe gemäß § 134 BGB die Nichtigkeit einer damit im Zusammenhang stehenden Abtretung nach sich, sprechen indessen folgende Erwägungen:

Ein Vergleich mit der Rechtsprechung des BGH zur Übertragbarkeit ärztlicher und anwaltlicher Honorarforderungen zeigt entscheidende Unterschiede zwischen diesen Fällen und Verstößen gegen das BDSG. Die Annahme, die Abtretung bestimmter Honorarforderungen sei wegen Verstoßes gegen eine berufliche Geheimhaltungspflicht nach § 134 BGB nichtig, beruht auf der besonderen Sensibilität der offenbarten Daten; auf die Art und Weise ihrer Verarbeitung kommt es dagegen nicht an. Demgegenüber geht es dem BDSG nicht nur um den Schutz von Informationen, die typischerweise den engsten persönlichen Lebensbereich betreffen. Entscheidend ist vielmehr der Einsatz von Mitteln der elektronischen Datenverarbeitung zur Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Informationen ohne Rücksicht auf deren besondere Sensibilität. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit einer Abtretung bei Verstößen gegen die Bestimmungen des BDSG würde in Anbetracht des weiten Anwendungsbereichs des Gesetzes eine völlig unverhältnismäßige Reaktion darstellen.

⁹⁷ OLG Celle WM 2004, 1384, 1385.

⁹⁸ Zustimmend etwa *Rinze/Heda* WM 2004, 1557, 1563.

⁹⁹ Vgl. *Staudinger-Sack* (Fn. 84) § 134 Rn. 67.

Vor allem aber ließe sich ein solches Ergebnis nicht mit § 354a HGB vereinbaren, der selbst ausdrücklichen Abtretungsverboten für Zahlungsansprüche zwischen Kaufleuten ihre wesentliche Wirkung nimmt. Diese gesetzliche Entscheidung für die Fungibilität von Geldforderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften würde in einem wesentlichen Bereich unterlaufen, wenn man die Abtretbarkeit solcher Ansprüche aus datenschutzrechtlichen Gründen an die Zustimmung des Schuldners knüpfen würde, sofern es sich bei ihm um eine natürliche Personen handelt oder personenbezogene Daten der Mitglieder einer Schuldnergesellschaft identifiziert werden könnten.

Ein Verstoß der Weitergabe kundenbezogener Daten gegen § 4 Abs. 1 BDSG führt aus diesen Gründen nicht zur Unwirksamkeit der Übertragung von Forderungen der Bank.

VI. Zusammenfassung

Das Bankgeheimnis stellt weder ein absolutes Verbot der Weitergabe kundenbezogener Informationen noch ein Verbot der Abtretung von Forderungen gegen Kunden dar. Die aus dem Bankgeheimnis folgende Pflicht zur vertraulichen Behandlung von Informationen über Kunden wird ihrerseits durch immanente Grenzen beschränkt, soweit es die Ausübung von Gläubigerrechten der Bank in Frage steht. Eine Veräußerung und Abtretung von Forderungen und die dafür notwendige Weitergabe der Kundendaten wird daher durch das Bankgeheimnis nicht ausgeschlossen. Das Bankgeheimnis verpflichtet die Bank allerdings dazu, bei der Ausübung ihrer Gläubigerrechte die Vertraulichkeit der Informationen über die Geschäftsbeziehung so weit wie nur möglich zu wahren. Weitergehende Schranken zieht auch das Datenschutzrecht der Verwaltung und Verwertung von Forderungen durch die Bank nicht.

WORKING PAPERS

- 1 Andreas Cahn Verwaltungsbefugnisse der Bundesanstalt für
Finanzdienstleistungsaufsicht im Übernahmerecht und
Rechtsschutz Betroffener
(publ. in: ZHR 167 [2003], 262 ff.)
- 2 Axel Nawrath Rahmenbedingungen für den Finanzplatz Deutschland: Ziele
und Aufgaben der Politik, insbesondere des
Bundesministeriums der Finanzen
- 3 Michael Senger Die Begrenzung von qualifizierten Beteiligungen nach § 12
Abs. 1 KWG
(publ. in: WM 2003, 1697-1705)
- 4 Georg Dreyling Bedeutung internationaler Gremien für die Fortentwicklung
des Finanzplatzes Deutschland
- 5 Matthias Berger Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz – Schwerpunkt
Börsen- und Wertpapierrecht
- 6 Felicitas Linden Die europäische Wertpapierdienstleistungsrichtlinie-
Herausforderungen bei der Gestaltung der Richtlinie
- 7 Michael Findeisen Nationale und internationale Maßnahmen gegen die
Geldwäsche und die Finanzierung des Terrorismus – ein
Instrument zur Sicherstellung der Stabilität der
Finanzmärkte
- 8 Regina Nößner Kurs- und Marktpreismanipulation – Gratwanderung
zwischen wirtschaftlich sinnvollem und strafrechtlich
relevantem Verhalten
- 9 Franklin R. Edwards The Regulation of Hedge Funds: Financial Stability and
Investor Protection
- 10 Ashley Kovas Should Hedge Fund Products be marketed to Retail
Investors? A balancing Act for Regulators
- 11 Marcia L. MacHarg Waking up to Hedge Funds: Is U.S. Regulation Taking a
New Direction?
- 12 Kai-Uwe Steck Legal Aspects of German Hedge Fund Structures
- 13 Jörg Vollbrecht Investmentmodernisierungsgesetz – Herausforderungen bei
der Umsetzung der OGAW – Richtlinien

- | | | |
|----|----------------------------------|---|
| 14 | Jens Conert | Basel II – Die Überarbeitung der Eigenkapitalmarktregelungen der Kreditinstitute im Fokus von Wirtschaft- und Wettbewerbspolitik |
| 15 | Bob Wessels | Germany and Spain lead Changes towards International Insolvencies in Europe |
| 16 | Theodor Baums / Kenneth E. Scott | Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and in Germany |
| 17 | Bob Wessels | International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (groups of) Companies |
| 18 | Michael Gruson | Die Doppelnotierung von Aktien deutscher Gesellschaften an der New Yorker und Frankfurter Börse: die sogenannte Globale Aktie |
| 19 | Michael Gruson | Consolidated and Supplementary Supervision of Financial Groups in the European Union |
| 20 | Andreas Cahn | Das richterliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter und seine Folgen
(publ. in: Der Konzern 2004, 235ff.) |
| 21 | David C. Donald | The Nomination of Directors under U.S. and German Law |
| 22 | Melvin Aron Eisenberg | The Duty of Care in American Corporate Law |
| 23 | Jürgen Than | Rechtsfragen bei der Festlegung von Emissionsbedingungen für Schuldverschreibungen unter besonderer Berücksichtigung der Dematerialisierung und des Depotgesetzes |
| 24 | Philipp von Randow | Inhaltskontrolle von Emissionsbedingungen |
| 25 | Hannes Schneider | Die Änderung von Anleihebedingungen durch Beschluß der Gläubiger |
| 26 | Hans-Gert Vogel | Die Stellung des Anleihetreuhänders nach deutschem Recht |
| 27 | Georg Maier-Reimer | Rechtsfragen der Restrukturierung, insbesondere der Ersetzung des Schuldners |

- 28 Christoph Keller Umschuldung von Staatenanleihen unter Berücksichtigung der Problematik einer Aggregation aller Anleihegläubiger
- 29 René Bösch Die Emission von Schuldverschreibungen nach schweizerischem Recht – ein Rechtsvergleich mit dem geplanten deutschen Schuldverschreibungsrecht
- 30 Lachlan Burn Bond Issues under U.K. law: How the proposed German Legislation compares
- 31 Patrick S. Kenadjian Bond Issues under New York and U.S. Law: Considerations for the German Law Maker from a U.S. Perspective

ILF



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT