

Claus-Wilhelm Canaris  
Bankvertragsrecht



Claus-Wilhelm Canaris

# Bankvertragsrecht

3., neubearbeitete  
und erheblich erweiterte Auflage

Erster Teil



1988

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Sonderausgabe der Kommentierung des Bankvertragsrechts aus Handelsgesetzbuch,  
Großkommentar, 4. Auflage

Dr. jur. *Claus-Wilhelm Canaris*, o. Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Arbeitsrecht  
sowie Rechtsphilosophie an der Universität München

**Zitiervorschlag**

*Canaris*, Bankvertragsrecht, 3. Aufl. 1988, Rdn. X

*CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek*

**Canaris, Claus-Wilhelm:** Bankvertragsrecht / Claus-Wilhelm Canaris. — Sonderausg. d. Kommentierung d. Bankvertragsrechts aus Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 4. Aufl. — Berlin; New York: de Gruyter.

Sonderausg. d. Kommentierung d. Bankvertragsrechts aus Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 4. Aufl., Teil 1. — 3., neubearb. u. erhebl. erw. Aufl. — 1988

ISBN 3-11-011686-3

©

Copyright 1988 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz und Druck: H. Heenemann GmbH & Co, 1000 Berlin 42

Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer, 1000 Berlin 61

## Vorwort

Die letzte Auflage meines „Bankvertragsrechts“ liegt genau sieben Jahre zurück. Wegen der Fülle des zu bewältigenden Materials und meiner zahlreichen anderweitigen Belastungen ist es mir nicht mehr möglich, das Werk in einem einzigen Bande neu aufzulegen. Mancher Benutzer wird das angesichts der größeren Handlichkeit, die die Zweiteilung mit sich bringt, ohnehin als Vorteil ansehen. Auch sind die Materien — der vorliegende Band enthält die Allgemeinen Lehren und das Zahlungswesen, der zweite Band wird das Kreditwesen, das Effektenwesen und die Kommentierung der AGB umfassen — so verschieden, daß sie ohne wesentlichen Verlust an Sachsubstanz und ohne Gefährdung der inneren Einheit in getrennten Bänden erscheinen können; soweit einzelne Klauseln der AGB von besonderer Bedeutung für die im vorliegenden Band behandelten Gegenstände sind, habe ich sie — ebenso wie in den Voraufgaben — weitgehend bereits hier einbezogen.

Die Neuauflage ist allein in diesem Band gegenüber der Voraufgabe um etwa 200 Seiten angeschwollen. Darin spiegelt sich die außerordentlich lebhafte Entwicklung dieses Rechtsgebiets wider. Diese ist teilweise auf Neuschöpfungen der Praxis wie das Bankomatensystem, das Btx-Verfahren und das beleglose Scheckinkasso zurückzuführen, die erstmals in dieser Auflage behandelt worden sind. Andere Problemfelder existierten zwar schon früher, sind aber erst in den letzten Jahren in ihren (auch) bankrechtsspezifischen Besonderheiten voll ins Bewußtsein getreten; so ist jetzt erstmals ein ausführlicher Abschnitt über den Geheimnisschutz im Bankwesen durch das BDSchG aufgenommen worden. Eine Reihe von Änderungen und Erweiterungen ist ferner durch die zwischenzeitliche Änderung der einschlägigen Abkommen und AGB wie z. B. des Lastschriftabkommens und der Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive bedingt. Im übrigen waren Rechtsprechung und Schrifttum unermüdlich am Werk. Ich habe mich bemüht, alle wesentlichen Anregungen aufzunehmen, und insbesondere auch wieder die Rechtsprechung der Untergerichte vollständig eingearbeitet, soweit in ihr irgendwelche relevanten Gesichtspunkte oder Probleme zu Tage treten. Außerdem sind an zahlreichen Stellen neue eigene Gedanken, teils auf Grund dogmatischer Einsichten, teils auf Grund praktischer Erfahrungen, eingeflossen — dem ständigen Drange eines Autors nach Verbesserung seines Buches entsprechend. Insgesamt hat sich dabei aber die in der letzten Auflage gefundene Grundstruktur des Buches als erfreulich stabil erwiesen, so daß die Neuauflage zwar zahllose Erweiterungen sowie manche Modifikationen und Detailkorrekturen, aber keine grundlegenden Änderungen der bisher von mir eingenommenen Positionen enthält. Diese Stabilität hat es auch erlaubt, die Randnummern im wesentlichen unverändert zu lassen. Dadurch sind Zitate der Voraufgabe nach wie vor weitgehend benutzbar (wenn auch kontrollbedürftig) und die Verfasser anderer Bücher der stumpfsinnigen Umstellung von Zitaten meines Buches enthoben; daß dafür mitunter das Alphabet für die Gewinnung zusätzlicher Randnummern strapaziert werden mußte, scheint mir jedenfalls bei dieser Auflage das bei weitem kleinere Übel zu sein.

Wie in den Voraufgaben stammt auch in dieser Auflage jedes Wort und jedes Zitat allein von mir selbst. Bei der Materialsammlung hat mir mein Assistent Herr Assessor

## Vorwort

Reinhard Singer überaus wertvolle Hilfe geleistet; er hat auch das neue alphabetische Gesamtregister angefertigt, das auf Wunsch zahlreicher Benutzer stark ausgeweitet worden ist. Für beides danke ich ihm auch an dieser Stelle auf das herzlichste. Großer Dank für ihre Unterstützung gebührt ferner meinen Mitarbeitern Herrn Assessor Jörg Neuner, Herrn Rechtsreferendar Thorsten Pötzsch und Herrn Rechtsreferendar Franz Ruhland.

München, im Juli 1988

*Claus-Wilhelm Canaris*

# Inhalt

## Erstes Kapitel

### Allgemeine Grundlagen

	Seite
<b>1. Abschnitt: Die Geschäftsverbindung zwischen der Bank und dem Kunden und ihre dogmatische Einordnung</b> . . . . .	1
I. Ablehnung der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ . . . . .	3
II. Die Geschäftsverbindung als gesetzliches Schuldverhältnis ohne „primäre Leistungspflicht“ und als Grundlage einer „Vertrauenshaftung“ . . . . .	8
<b>2. Abschnitt: Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank</b> . . . . .	21
I. Das Bankgeheimnis und der Datenschutz nach dem BDSchG . . . . .	25
II. Die Bankauskunft . . . . .	58
III. Die Beratungs-, Warn- und Aufklärungspflichten der Bank . . . . .	74
IV. Sonstige Verhaltenspflichten der Bank gegenüber ihren Kunden . . . . .	86
V. Pflichten der Bank gegenüber „unverbundenen Dritten“ (Deliktshaftung) . . . . .	89
<b>3. Abschnitt: Das Konto</b> . . . . .	100
I. Begriff und Rechtsnatur des Kontos . . . . .	104
II. Der Inhaber des Kontos und seine Bestimmung . . . . .	105
III. Vertretungs- und Verfügungsmacht über das Konto . . . . .	114
IV. Übertragung und Verpfändung des Kontos . . . . .	125
V. Die Pfändung des Kontos und der Pfändungsschutz . . . . .	127
VI. Der Tod des Kontoinhabers sowie unentgeltliche Zuwendungen des Kontos auf den Todesfall durch Rechtsgeschäft unter Lebenden . . . . .	140
VII. Besondere Gestaltungsformen des Kontos: Gemeinschaftskonto, Fremdkonto, Separat- oder Sonderkonto, Sperrkonto, Treuhandkonto sowie Anderkonto . . . . .	151

## Zweites Kapitel

### Das Zahlungsverkehrswesen

<b>4. Abschnitt: Die Giroüberweisung</b> . . . . .	193
I. Begriff und Wesen der Giroüberweisung . . . . .	201
II. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Überweisenden und seiner Bank . . . . .	210
III. Die Rechtsverhältnisse im mehrgliedrigen Überweisungsverkehr . . . . .	248

## Inhalt

IV. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Überweisungsempfänger und seiner Bank . . . . .	261
V. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Überweisenden und dem Überweisungsempfänger (Valutaverhältnis) . . . . .	310
VI. Die Beendigung des Girovertrages, insbesondere Konkurs und Vergleich . . . . .	324
VII. Der beleglose Datenträgeraustausch . . . . .	347
VIII. Das ec-Geldautomaten-System . . . . .	357
IX. Das ec-Kassen- oder Point-of-Sale-System . . . . .	384
X. Das Bildschirmtext- oder Btx-Verfahren im Zahlungsverkehr . . . . .	384
<b>5. Abschnitt: Das Lastschriftverfahren . . . . .</b>	<b>391</b>
I. Begriff und Wesen des Lastschriftverfahrens . . . . .	395
II. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Lastschriftschuldner und seiner Bank (Zahlstelle) . . . . .	410
III. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Lastschriftgläubiger und seiner Bank (erste Inkassostelle) . . . . .	424
IV. Die Rechtsverhältnisse im zwischenbetrieblichen Lastschriftverkehr . . . . .	431
V. Das Rechtsverhältnis zwischen Lastschriftgläubiger und Lastschriftschuldner (Valutaverhältnis) . . . . .	459
VI. Die Beendigung des Lastschriftverfahrens, insbesondere Konkurs und Vergleich . . . . .	466
<b>6. Abschnitt: Die Scheckzahlung . . . . .</b>	<b>482</b>
I. Begriff und Wesen der Scheckzahlung . . . . .	487
II. Das Rechtsverhältnis zwischen der bezogenen Bank und dem Aussteller des Schecks . . . . .	492
III. Die Rechtsverhältnisse beim Einzug des Schecks . . . . .	517
IV. Das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner (Valutaverhältnis) . . . . .	546
V. Das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem wahren Berechtigten bei abhanden gekommenen Schecks . . . . .	556
VI. Die Beendigung des Scheckgeschäfts, insbesondere Konkurs und Vergleich . . . . .	571
VII. Die Scheckkarte . . . . .	576
VIII. Der Reisescheck . . . . .	595
<b>7. Abschnitt: Der Abrechnungsverkehr (Skontration) . . . . .</b>	<b>606</b>
I. Begriff und Wesen des Abrechnungsverkehrs . . . . .	607
II. Das Rechtsverhältnis zwischen der Deutschen Bundesbank und den Abrechnungsteilnehmern . . . . .	623
III. Das Rechtsverhältnis der Abrechnungsteilnehmer untereinander . . . . .	627
IV. Das Rechtsverhältnis zwischen Abrechnungsteilnehmern und außerhalb des Abrechnungsverkehrs stehenden Dritten . . . . .	629
V. Die Beendigung der Teilnahme am Abrechnungsverkehr . . . . .	629

## Inhalt

<b>8. Abschnitt: Akkreditivgeschäft und Dokumenteninkasso</b> . . . . .	631
I. Begriff und Wesen des Akkreditivgeschäfts . . . . .	636
II. Die einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Akkreditive . . . . .	639
III. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Akkreditiv-Auftraggeber und seiner Bank . . . . .	660
IV. Die Rechtsverhältnisse im mehrgliedrigen Akkreditivverkehr . . . . .	674
V. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Begünstigten und der Akkreditivbank sowie der Bestätigungsbank . . . . .	679
VI. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Akkreditiv-Auftraggeber (Käufer) und dem Begünstigten (Verkäufer) . . . . .	714
VII. Die Beendigung des Akkreditivgeschäfts . . . . .	724
VIII. Sonderformen des Akkreditivgeschäfts . . . . .	731
IX. Das Dokumenteninkasso . . . . .	732
<b>9. Abschnitt: Die Bankgarantie</b> . . . . .	745
I. Begriff und Wesen des Garantiegeschäfts . . . . .	748
II. Das Rechtsverhältnis zwischen Garantieauftraggeber und seiner Bank . . . . .	751
III. Besonderheiten bei Einschaltung einer weiteren Bank . . . . .	754
IV. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Begünstigten und der Garantiebank . . . . .	759
V. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Garantieauftraggeber (Schuldner) und dem Begünstigten (Gläubiger) . . . . .	787
VI. Die Beendigung des Garantiegeschäfts . . . . .	789
<b>Register</b> . . . . .	793



Erstes Kapitel  
**ALLGEMEINE GRUNDLAGEN**

**1. Abschnitt**

**Die Geschäftsverbindung zwischen der Bank und dem Kunden  
 und ihre dogmatische Einordnung**

*Systematische Übersicht*

	Rdn.		Rdn.
<b>I. Ablehnung der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“</b>		<b>II. Die Geschäftsverbindung als gesetzliches Schuldverhältnis „ohne primäre Leistungspflicht“ und als Grundlage einer „Vertrauenshaftung“</b>	
1. Begriff und Inhalt des „allgemeinen Bankvertrags“ . . . . .	2	1. Dogmatische Einordnung . . . . .	12
2. Kritik der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“		2. Voraussetzungen und Folgen der „Vertrauenshaftung kraft Geschäftsverbindung“	
a) Die Herstellung der Geschäftsverbindung als unzureichende Grundlage für die Annahme eines Vertrages . . . . .	4	a) Die Unabhängigkeit der Haftung von den Einzelverträgen und die Bedeutung von Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen . . . . .	15
b) Ablehnung einer allgemeinen Pflicht der Bank zur Übernahme von Bankgeschäften . . . . .	6	b) Die Einstandspflicht für Erfüllungsgehilfen . . . . .	17
c) Die Vereinbarung über die Geltung der AGB als unzureichende Grundlage für die Annahme eines „allgemeinen Bankvertrages“	10	c) Die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich der Vertrauenshaftung . . . . .	21
d) Zusammenfassende Würdigung der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ . . . . .	11	d) Die Beweislast . . . . .	29
		e) Der Ausschluß der Vertrauenshaftung durch Freizeichnungsklauseln . . . . .	31
		f) Schadensersatz- oder Erfüllungsansprüche als Rechtsfolge der Vertrauenshaftung . . . . .	34

*Alphabetische Übersicht*

Abschlußpflicht 9	Erfüllungsgehilfen 18 f
Abschlußvollmacht 17	gegenüber Nichtkunden 18, 28, 32
Abschreibungsgesellschaft 28	Bankgeheimnis 23, 25
Allgemeine Geschäftsbedingungen 8	Drittenschutz 25
Freizeichnungsklausel 31 ff	Bankvertrag, allgemeiner 2 ff
Anfechtung 16	aus AGB 8
Auskunft — siehe Bankauskunft	aus Geltungsabrede zu AGB 10
Bankauskunft, Haftung 14 f	aus Geschäftsverbindung 4
Beweislast 29 f	„neutrale“ Geschäfte 7
Drittenschutz 25	aus Schutzpflichten 5
	als tatsächliches Verhältnis 1

## 1. Abschnitt. Die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden

- |  |  |
|--|--|
| Baukonto 28  | Nichtigkeit der Einzelverträge 16        |
| culpa in contrahendo 5, 12, 17, 25, 27<br>Freizeichnung 33 | Organisationspflicht 19                  |
| Dritthaftung 27 f  | Scheckvertrag 7                          |
| Drittschadensliquidation 22, 24, 26                        | Scheingeschäft 16                        |
| Ehepartner des Kunden 23                                   | Schrankfach 7                            |
| Einlagengeschäft 7   | Schuldverhältnis                         |
| Erfüllungsgehilfen 14, 17 ff<br>Begriff 19                 | Dritthaftung 27                          |
| Haftungsbegründung 17                                      | gesetzliches 1, 12 ff                    |
| Pflichtverletzung 18                                       | ohne primäre Leistungspflicht 12 ff      |
| Sorgfaltsmaßstab 20  | Schutzwirkung zugunsten Dritter 21 ff    |
| Zeitpunkt 19   | Beweislast 29 f                          |
| falsus procurator 18                                       | Freizeichnung 32                         |
| Freizeichnungsklauseln 31 ff                               | Fürsorgepflicht 22 ff, 25                |
| Geschäft, „neutrales“ 7                                    | geschützte Personen 22                   |
| Geschäftsbedingungsvertrag 10                              | Kundenschutz 25                          |
| Geschäftsbesorgung 3, 9                                    | im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr 22, 25 |
| Geschäftsverbindung  | Schuldner des Kunden 25                  |
| Begriff 1  | Stellvertretung 17                       |
| Rechtsnatur 3, 4 ff  | Verbot, gesetzliches 16                  |
| Girovertrag, Rechtspflichten der Bank 7                    | Verhandlungsvollmacht 17                 |
| Gleichbehandlung der Kunden 7                              | Vermögensschäden 14                      |
| Kreditgewährung, Pflicht zur 9                             | Vertragsauslegung, ergänzende 21         |
| Lastschriftverfahren 22, 25 f                              | Vertrag zugunsten Dritter 21             |
| Massengeschäfte 22   | Vertrauenshaftung 14 ff                  |
|  | Freizeichnungsklauseln 31 ff             |
|  | Rechtsfolge 34 f                         |
|  | Vertrauensverhältnis 12 ff               |
|  | Zahlungsverkehr, mehrgliedriger 22, 25   |

### Literatur

*Altjohann* Der Bankvertrag, ein Beitrag zur Dogmatik des Bankrechts, Diss. München 1962; *Avancini/Iro/Koziol* Österreichisches Bankvertragsrecht, 1987, Rdn. 1/1 ff; *Fuchs* Zur Lehre vom allgemeinen Bankvertrag, 1982; *Gaede* Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte, Diss. Köln 1970; *Hadding* Drittschadensliquidation und „Schutzwirkungen für Dritte“ im bargeldlosen Zahlungsverkehr, Festschr. für Werner, 1984, S. 165 ff; *Haupt* Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, 1937; *Herold/Lippisch* Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. 1962, S. 33 f und 41 ff; *Hopt* Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975, S. 393 ff; *Koch, Arwed* Banken und Bankgeschäfte, 1931, 306 ff; *derselbe* Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, 1932, S. 10 ff; *Lwowski* Geschäftsbeziehungen zwischen Bank und Kunden, in: Bankrecht und Bankpraxis, Band I Teil 2, 1978 (zit. BuB); *Müller-Graff* Rechtliche Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung im amerikanischen und deutschen Recht, 1974; *derselbe* Die Geschäftsverbindung als Schutzpflichtverhältnis JZ 1976, 153 ff; *Pikart* Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bankvertrag, WM 1957, 1238 ff; *Raiser, Ludwig* Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, S. 133 ff; *Rümker* Vertrauenshaftung — ein Strukturprinzip des Bankvertragsrechts? ZHR 147 (1983) 27 ff; *Schaudwet* Bankenkontokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1967, S. 29 ff; *Sichtermann* Bankgeheimnis und Bankauskunft, 3. Aufl. 1984.

- 1 Die Beziehungen zwischen der Bank und ihren Kunden erschöpfen sich i. d. R. nicht in einem einzigen Geschäft — etwa der Vornahme einer Überweisung —, sondern sind meist auf längere Dauer und auf eine unbestimmte Mehrzahl von Geschäftsvorfällen

angelegt. Dann besteht eine „Geschäftsverbindung“. Über deren Rechtsnatur sind verschiedene Theorien aufgestellt worden. Im Einklang mit den vom allgemeinen Zivilrecht gebotenen Kategorien reichen diese von der Annahme eines Vertrages über quasivertragliche Lösungen und die Konstruktion eines gesetzlichen Schuldverhältnisses bis zu der Ansicht, die Geschäftsbeziehung sei ein rein tatsächliches Verhältnis ohne spezifisch rechtlichen Charakter. Allen Theorien gemeinsam ist lediglich die Problemstellung: es geht nicht um die dogmatische Einordnung der einzelnen Verträge, also z. B. des Girovertrags, des Diskontvertrags, des Darlehensvertrags usw., sondern um die Rechtsnatur der — von den Einzelverträgen grundsätzlich zu unterscheidenden — Geschäftsverbindung als solcher.

## I. Ablehnung der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“

### 1. Begriff und Inhalt des „allgemeinen Bankvertrags“

Als Vertrag wird die Geschäftsverbindung von den Anhängern der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ qualifiziert<sup>1</sup>. Diese Lehre stößt im neueren Schrifttum in zunehmendem Maße auf Skepsis<sup>2</sup>; teilweise wird sie sogar mit Nachdruck abgelehnt<sup>3</sup>. Die Rechtsprechung spricht zwar nicht selten von einem Bankvertrag<sup>4</sup>; sie vermeidet jedoch i. d. R., daraus spezifische Rechtsfolgen abzuleiten, und macht überdies nicht deutlich, ob sie im Bankvertrag überhaupt einen eigenständigen Vertragstypus sieht oder ob sie diesen Terminus lediglich als Synonym für bestimmte Einzelverträge wie vor allem den Girovertrag verwendet.

Inhaltlich faßt die h. L. „unter dem Begriff des Bankvertrags diejenigen vertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen Bank und Bankkunden zusammen, die im Unterschied zum Abschluß eines unbedeutenden Einzelgeschäfts auf eine wesentliche oder nicht vorübergehende Inanspruchnahme der Einrichtungen und Dienste der Bank durch den Kunden gerichtet sind“<sup>5</sup>. Dabei soll „auch die vertragliche Herstellung und Unterhaltung solcher Geschäftsbeziehungen ausreichen, für die die Eröffnung eines Kontos nicht wesentlich ist, z. B. die Einleitung von Verhandlungen über Einräumung eines Kredits oder über An- und Verkauf von Wertpapieren. Es kommt mithin überhaupt nur auf die Herstellung einer auf eine gewisse Dauer und Intensität berechneten Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden an“<sup>5</sup>. Auch nach *von Godin*, der den wichtigsten Beitrag zur Lehre vom allgemeinen Bankvertrag geleistet hat, ist „das Essentielle des Bankvertrags die Einigung über die Begründung einer Geschäftsverbindung“<sup>6</sup>. Von

<sup>1</sup> Vgl. *Müller-Erbach*, Handelsrecht, 2./3. Aufl. 1928, S. 651 unter D II; *Dermittel/Pollems* aaO S. 3; *Neustätter* S. 65 ff; *Pikart* WM 1957, 1238; *Nebeling* NJW 1959, 1069; *Schraepler* NJW 1972, 1838; *Schaudwet* S. 29 ff; *Stolz* S. 13 f und S. 28 ff; *Gaede* S. 29 ff; *Herold/Lippisch* S. 33 f; *von Gierke* § 62 III; *von Godin* Anm. 1 und Anm. 4 ff nach § 365; *P. Ulmer* Der Vertragshändler, 1969, S. 318 f; *Hopt* S. 395 ff; *Lwowski* BuB 2/1.

<sup>2</sup> Vgl. z. B. *Meyer-Cording* Das Recht der Banküberweisung, 1951, S. 9; *Sichtermann* S. 112 mit Fn. 3.

<sup>3</sup> Vgl. *Altjohann* S. 82 ff, 112 ff, 124 ff und ihm folgend *Schönle* § 3 II; ebenso *Schlegelberger/Hefermehl*<sup>5</sup> Anh. nach § 365 Rdn. 13; ablehnend ferner

z. B. *Schwark* Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, 1979, S. 100 ff; *Stierle* Der Bereicherungsausgleich bei fehlerhaften Banküberweisungen, 1980, S. 60 ff; *Staudinger/Wittmann*<sup>12</sup>, § 675 Rdn. 19; *H. P. Westermann* in MünchKomm., 1980, Vorbem. vor § 607 Rdn. 12 ff; *Fuchs* S. 196 f und passim; *Avancini/Iro* Rdn. 1/3 f.

<sup>4</sup> Vgl. z. B. BGHZ 23, 222, 226 f; BGH NJW 1954, 72; BGH WM 1956, 920; OLG Stuttgart MDR 1956, 428; OLG Karlsruhe WM 1971, 486, 487; vgl. ferner die eingehende Zusammenstellung von *Pikart* WM 1957, 1238 ff.

<sup>5</sup> *Pikart* S. 1238 m. Nachw. aus der Rspr.

<sup>6</sup> Vgl. Anm. 4 unter b und ähnlich Anm. 1 unter Ziff. 2 am Anfang; ihm folgend *Gaede* S. 33.

Godin geht allerdings noch einen Schritt darüber hinaus und sieht als Inhalt des Bankvertrags außerdem an, „daß der Kunde regelmäßig, ohne sich dazu zu verpflichten, Vermögensangelegenheiten irgendwelcher Art, deren Erledigung in den Rahmen der von der Bank ausgeübten gewerblichen Betätigung und ihrer dafür geschaffenen Organisation und Einrichtungen fällt, durch sie oder mittels ihrer erledigen läßt, und daß die Bank sich verpflichtet, im Rahmen ihrer gewerblichen Betätigung, Organisation . . . und Einrichtungen sich dafür zur Verfügung zu stellen“<sup>7</sup>. Typologisch soll es sich dabei um einen *Dienst- oder Werkvertrag* handeln, der eine *Geschäftsbesorgung* zum Gegenstand hat, in dem aber auch noch andere Elemente enthalten sein können<sup>8</sup>.

## 2. Kritik der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“

Die Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ ist nur haltbar, wenn die von ihr gegebene Definition mit dem allgemeinen Vertragsbegriff vereinbar ist und wenn der von ihr behauptete Vertrag einen eigenständigen, anderweitig nicht befriedigend einzuordnenden Inhalt hat. Dazu sind die verschiedenen Bestandteile, die der „allgemeine Bankvertrag“ nach der h. L. haben soll, gesondert zu überprüfen.

### a) Die Herstellung der Geschäftsverbindung als unzureichende Grundlage für die Annahme eines Vertrages

- 4 Was zunächst die **Herstellung der Geschäftsverbindung** angeht, so vermag diese die Konstruktion eines „allgemeinen Bankvertrags“ nicht zu tragen. Essentiale des Vertragsbegriffes ist es nämlich, daß durch die von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen eine *Rechtsfolge in Geltung gesetzt* wird, und daran fehlt es insoweit. Denn die Herstellung der Geschäftsverbindung als solche hat keinerlei rechtliche Gebundenheit zur Folge, da sie, wie auch die Anhänger der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ nicht verkennen, jederzeit abgebrochen werden kann<sup>9</sup>; die rechtliche Bindung macht aber gerade das Wesen des Vertrages aus<sup>10</sup>.
- 5 Allerdings hat die Aufnahme der Geschäftsverbindung eine Reihe von **Schutzpflichten** zur Folge wie z. B. Verschwiegenheits-, Aufklärungs-, Auskunft- oder Beratungspflichten. Auch das Entstehen von Schutzpflichten kann jedoch nicht als Inhalt eines „allgemeinen Bankvertrags“ angesehen werden<sup>11</sup>. Diese Schutzpflichten entstehen nämlich nicht deshalb, weil die Parteien sie in Geltung gesetzt haben, sondern unabhängig vom Willen der Parteien kraft objektiven Rechts. Das zeigt sich insbesondere daran, daß sie anerkanntermaßen schon vor Vertragsschluß bestehen können und insoweit die Grundlage für die Haftung aus culpa in contrahendo bilden. Diese Haftung aber ist unstreitig nicht vertraglicher, sondern gesetzlicher Natur, und es stellt daher einen inakzeptablen dogmatischen Rückschritt dar, wenn man z. B. in der „Einleitung von Verhandlungen über Einräumung eines Kredits oder über An- und Verkauf von Wertpapieren“ nun doch wieder einen Vertragsschluß sieht<sup>12</sup>. Auch im Stadium nach Vertragsschluß haben die Schutzpflichten nach richtiger Ansicht ihren Rechtsgrund nicht im

<sup>7</sup> Anm. 4 unter b und ähnlich Anm. 1 unter Ziff. 2 am Anfang; im selben Sinne auch *Pikart* S. 1239 unter 2; aus dem älteren Schrifttum ähnlich z. B. *Koch* S. 11 f und 16; *Raiser* S. 145.

<sup>8</sup> Vgl. z. B. *Neustätter* S. 71; *Raiser* S. 145; *Pikart* S. 1238; von *Godin* Anm. 4 unter a; *Herold/Lippisch* S. 33 f; *Hopt* S. 398.

<sup>9</sup> Vgl. z. B. *Pikart* S. 1239; von *Godin* Anm. 1 unter Ziff. 2 am Anfang.

<sup>10</sup> Vgl. statt aller *Larenz* Allg. Teil des BürgRechts<sup>6</sup>, § 2 II e.

<sup>11</sup> So aber von *Godin* Anm. 1 unter Ziff. 2 c; *Pikart* S. 1239 f und 1241 ff.

<sup>12</sup> So aber *Pikart* S. 1238; wie hier dagegen z. B. *Schlegelberger/Hefermehl*<sup>5</sup> Anh. nach § 365 Rdn. 13.

Vertrag, sondern in einem von diesem unabhängigen gesetzlichen Schuldverhältnis (vgl. näher unten Rdn. 12 ff). Auch wenn man dem nicht folgt, wären sie jedoch lediglich *Nebenschichten* eines anderweitig begründeten Vertrages, keinesfalls aber einziger oder auch nur primärer Inhalt eines solchen, und daher ließe sich auf sie allein die Annahme eines „allgemeinen Bankvertrags“ jedenfalls nicht stützen. Weder die Aufnahme der Geschäftsverbindung noch die daran anknüpfenden Schutzpflichten stellen somit eine hinreichende Grundlage für die Konstruktion eines „allgemeinen Bankvertrags“ dar.

### b) Ablehnung einer allgemeinen Pflicht der Bank zur Übernahme von Bankgeschäften

Darüber hinaus soll der „allgemeine Bankvertrag“ noch beinhalten, daß der Kunde **6** bestimmte Vermögensangelegenheiten durch die Bank erledigen läßt und daß diese ihm hierfür ihre Einrichtungen zur Verfügung stellt (vgl. die Nachw. oben Fn. 5 und 7). Daß hierzu eine **allgemeine Rechtspflicht** besteht, nehmen hinsichtlich des *Kunden* nicht einmal die Anhänger dieser Lehre selbst an<sup>13</sup>. In der Tat wäre die Behauptung absurd, der Kunde verpflichte sich durch die Aufnahme der Geschäftsverbindung oder durch den Abschluß eines Girovertrags oder dgl., nun sämtliche Bankangelegenheiten gerade über diese Bank laufen zu lassen. Der Kunde geht daher auch insoweit keinesfalls eine vertragliche Bindung ein. Anders soll es dagegen bezüglich der *Bank* liegen; diese soll „verpflichtet sein, dem Kunden ihre Geschäftseinrichtungen und Dienste für die Erledigung der in ihr Geschäftsgebiet fallenden Aufgaben gegen eine entsprechende Vergütung zur Verfügung zu stellen“<sup>14</sup>. Das soll allerdings nicht für Kreditgeschäfte gelten, sondern nur für „neutrale“ Geschäfte, d. h. „alle bankmäßigen Geschäfte, welche eine Geschäftsbesorgung der Bank nach § 675 BGB zum Gegenstand haben“<sup>15</sup>.

In Wahrheit gibt es jedoch eine solche **allgemeine Pflicht der Bank zur Durchführung** **7** „neutraler“ Geschäfte nicht<sup>16</sup>. Das gilt jedenfalls dann, wenn man für das Zustandekommen des „allgemeinen Bankvertrags“ schon die „Einleitung von Verhandlungen“ über ein bestimmtes Geschäft, z. B. die Aufnahme eines Darlehens genügen läßt<sup>17</sup>. Denn es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum die Bank schon mit derartigen bloßen Vertragsverhandlungen eine Pflicht zum Abschluß eines Girovertrags, eines Diskontgeschäfts, eines Depotgeschäfts und dgl. übernehmen sollte; die Hypostasierung einer entsprechenden Vertragspflicht ist daher mit den §§ 133, 157 BGB unvereinbar. Aber auch nach Abschluß eines bestimmten Einzelvertrags — z. B. eines Girovertrags — besteht keine allgemeine Pflicht der Bank zur Übernahme sonstiger Geschäfte. Eine solche Pflicht steht nämlich mit den erkennbaren Interessen der Bank nicht in Einklang, und daher kann sie bei einer Auslegung ihres Verhaltens nach § 157 BGB nicht als Vertragsinhalt angenommen werden. So kann z. B. keinesfalls davon ausgegangen werden, daß die Bank mit Abschluß eines Girovertrages auch die Pflicht übernehmen will, dem Kunden ein *Schrankfach* zur Verfügung zu stellen; denn sie kann nicht mit Sicherheit vorhersehen, ob sie im fraglichen Zeitpunkt ein solches überhaupt frei haben wird. Ebenso kann die Bank u. U. ein Interesse daran haben, *Spareinlagen* eines Kunden, der bei ihr bisher lediglich ein Girokonto unterhält, zurückzuweisen; man denke etwa

<sup>13</sup> Vgl. ausdrücklich *Raiser* S. 145 Fn. 2; *von Godin* Anm. 4 unter b.

<sup>14</sup> *Pikart* S. 1239 unter 2 am Anfang; der Sache nach ebenso *von Godin* aaO, vgl. das Zitat oben bei Fn. 7; ähnlich auch schon *Koch* S. 11 f und 16; *Haupt* S. 27 Fn. 5, 35, 43 f; *Raiser* S. 145 bei Fn. 2;

aus dem neueren Schrifttum z. B. *P. Ulmer* Der Vertragshändler, 1969, S. 318 f; *Hopt* S. 397 f.

<sup>15</sup> *Koch* S. 11; ähnlich *Raiser* S. 145 mit Fn. 4.

<sup>16</sup> Ebenso i. E. *Altjohann* S. 108 ff; *Schönle* § 3 II; *Lwowski* BuB 2/3.

<sup>17</sup> So *Pikart* S. 1238.

## 1. Abschnitt. Die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden

daran, daß der Kunde der Bank eine sehr hohe Summe als Termingeld oder dgl. anbietet, diese aber augenblicklich keinen Bedarf für eine Erhöhung ihrer Liquidität hat und daher lieber die Zinsen sparen will. Nicht einmal die Verpflichtung zur Eingehung eines *Scheckvertrags* muß notwendig mit einem Girovertrag oder einem sonstigen Bankgeschäft verbunden sein; denn die Bank hat ein vernünftiges Interesse daran, „unsicheren“ Kunden trotz Bestehens eines Girokontos die Ausstellung eines Scheckhefts zu verweigern, um sich die mit der Präsentation ungedeckter Schecks regelmäßig verbundenen Unannehmlichkeiten zu ersparen und um den Scheck- und Bankverkehr vor den daraus resultierenden Gefahren zu bewahren<sup>18</sup>. Es ist daher zwar richtig, daß sich *im Einzelfall* eine Pflicht zum Abschluß weiterer Bankgeschäfte aus Treu und Glauben ergeben kann, doch trifft es nicht zu, daß die Bank eine solche *ganz allgemein* schon mit Aufnahme der Geschäftsverbindung vertraglich übernehmen will. Der Kunde kann den Abschluß weiterer Einzelverträge auch nicht mit der Begründung verlangen, die Bank lehne nur ihm gegenüber, nicht aber auch den übrigen Kunden gegenüber, die Übernahme des fraglichen Geschäfts ab und diskriminiere ihn dadurch; denn die Bank hat grundsätzlich keine Pflicht zur Gleichbehandlung ihrer Kunden (vgl. unten Rdn. 121).

**8** Auch aus den **AGB der Banken** folgt keine allgemeine Pflicht zur Übernahme beliebiger Geschäfte. Zwar ist in den AGB eine Vielzahl unterschiedlicher Geschäfte geregelt, doch bedeutet das nicht, daß die Bank sich zu deren Abschluß bereits durch die Aushändigung der AGB verpflichten will<sup>19</sup>, sondern lediglich, daß die Bedingungen auch für andere Geschäfte als das gerade abgeschlossene gelten sollen, *falls* es auch darüber zu einem Vertragsschluß kommt. Daß die AGB Klauseln für Geschäfte unterschiedlicher Art enthalten, erklärt sich unschwer aus dem Bestreben nach Vereinfachung und Vereinheitlichung. Auch aus der Einleitung der AGB ergibt sich keine allgemeine Pflicht der Bank, alle „neutralen“ Geschäfte oder dgl. zu übernehmen. Allerdings heißt es dort, die Bank stelle „ihrem Kunden ihre Geschäftseinrichtungen zur Erledigung verschiedenartigster Aufträge zur Verfügung“. Von einer *Verpflichtung* hierzu ist jedoch gerade nicht die Rede, und auch die systematische Stellung dieses Satzes als Teil der Einleitung statt als eigenständige Klausel zeigt, daß die Übernahme einer Rechtspflicht nicht gewollt ist. Es handelt sich daher hier nicht um ein verbindliches Vertragsangebot, sondern lediglich um eine *invitatio ad offerendum*<sup>20</sup>.

**9** Eine **allgemeine Pflicht zur Übernahme von Geschäftsbesorgungen** besteht somit für die Bank nicht. Lehnt diese den Abschluß eines entsprechenden Einzelvertrages ab, so hat daher der Kunde grundsätzlich weder einen Erfüllungs- noch einen Schadensersatzanspruch. Die Ablehnung muß allerdings unverzüglich erfolgen, da anderenfalls das Angebot des Kunden gemäß § 362 HGB als angenommen gilt. In besonders gelagerten Einzelfällen kann darüber hinaus mit Rücksicht auf das Bestehen der Geschäftsverbindung aus Treu und Glauben auch eine Pflicht zur Übernahme von Geschäften folgen; das kann vor allem dann der Fall sein, wenn diese mit bereits abgeschlossenen Verträgen in engem Zusammenhang stehen — was z. B. für das Verhältnis von Girovertrag und Scheckabrede zutrifft — oder wenn die Bank in dem Kunden das berechtigte Vertrauen erweckt hat, sie werde einen entsprechenden Antrag nicht ablehnen (vgl. z. B. unten Rdn. 1271 ff bezüglich der Kreditgewährung).

<sup>18</sup> So mit Recht *Altjohann* S. 115 f.

<sup>19</sup> So aber *Koch* S. 11.

<sup>20</sup> Vgl. *Schaudwet* S. 31 f.; a. A. z. B. *Hopt* S. 397 mit Fn. 151.

**c) Die Vereinbarung über die Geltung der AGB als unzureichende Grundlage für die Annahme eines „allgemeinen Bankvertrages“**

Bei Aufnahme der Geschäftsverbindung „unterwirft“ sich der Kunde regelmäßig **10** ausdrücklich oder konkludent den AGB der Bank. Auch diese Vereinbarung über die Geltung der AGB wird nicht selten als Inhalt des „allgemeinen Bankvertrags“ angesehen<sup>21</sup>. Dem wird von den Gegnern dieser Lehre entgegengehalten, die Geltung der AGB beruhe nicht auf einem selbständigen Vertrag, sondern diese würden lediglich Bestandteil der jeweiligen Einzelverträge<sup>22</sup>. Es kann hier dahingestellt bleiben, wie diese Frage zu entscheiden ist (vgl. dazu unten Rdn. 2500). Denn auch wenn man in der „Unterwerfung“ unter die AGB einen selbständigen Vertrag sieht, so reicht das zur Rettung der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ doch nicht aus. Es handelt sich dann nämlich nicht um ein Spezifikum des Bankrechts, sondern um einen gewöhnlichen „Geschäftsbedingungsvertrag“, wie er in der Form des „Normenvertrags“ oder des „Richtlinienvertrags“ auch zwischen anderen Personen geschlossen werden könnte<sup>23</sup>. Es liegt also insoweit nicht anders, als würde z. B. eine Maschinenfabrik mit ihrem Kunden vereinbaren, daß für alle zukünftig zwischen ihnen abzuschließenden Verträge die AGB der Fabrik gelten sollen. Dann aber ist es sinnlos, eine derartige Vereinbarung der Bank mit ihren Kunden als Vertragstypus eigener Art anzusehen und für sie den besonderen Terminus des „allgemeinen Bankvertrags“ zu verwenden. Man könnte daher zwar u. U. die AGB als Bestandteil eines „allgemeinen Bankvertrags“ ansehen, wenn es einen solchen *auch unabhängig von der Vereinbarung über die Geltung der AGB* gäbe und dieser also einen darüber hinausgehenden Inhalt hätte; da dies jedoch, wie gezeigt, nicht der Fall ist, kann man in der bloßen „Unterwerfung“ des Kunden unter die AGB für sich allein keine hinreichende Grundlage für die Konstruktion eines „allgemeinen Bankvertrags“ erblicken.

**d) Zusammenfassende Würdigung der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“**

Insgesamt ergibt sich somit, daß die Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ unhaltbar **11** ist. Soweit dessen Inhalt in der Einigung über die Aufnahme der Geschäftsverbindung gesehen wird, sind die Voraussetzungen des allgemeinen Vertragsbegriffs nicht erfüllt, da es an einer rechtlichen Bindung der Parteien fehlt (Rdn. 4). Die entstehenden Schutzpflichten lassen sich ebenso gut und z. T. sogar besser mit Hilfe eines gesetzlichen Schuldverhältnisses erklären (Rdn. 5 und unten Rdn. 12 ff). Eine über die Pflichten aus dem konkreten Einzelgeschäft hinausgehende Verpflichtung der Bank zur Übernahme von Geschäftsbesorgungen besteht nicht (Rdn. 6 ff). Die „Unterwerfung“ unter die AGB stellt auch dann, wenn sie durch eine selbständige Vereinbarung erfolgt und nicht lediglich als Teil der Einzelgeschäfte anzusehen ist, keine Besonderheit des Bankrechts dar (Rdn. 10). Irgendwelche Rechtsfolgen, die sich auf den „allgemeinen Bankvertrag“ zurückführen lassen, gibt es daher nicht. Folglich ist dieser mit dem allgemeinen Vertragsbegriff unvereinbar; denn ein Vertrag liegt nur vor, wenn durch die Willenserklärungen der Parteien Rechtsfolgen in Geltung gesetzt werden. Ein „allgemeiner Bankvertrag“ ist somit dem geltenden Recht unbekannt.

<sup>21</sup> Vgl. z. B. Müller-Erbach S. 651 unter D II; von Gierke § 62 III 1; Herold/Lippisch S. 33.

<sup>22</sup> Vgl. Altjohann S. 82 ff; Schönle § 3 II.

<sup>23</sup> Vgl. dazu allgemein Raiser S. 118 ff, 130 ff; Ulmer/Brandner/Hensen Komm. zum ABGB<sup>5</sup> § 2 Rdn. 70 ff.

## II. Die Geschäftsverbindung als gesetzliches Schuldverhältnis „ohne primäre Leistungspflicht“ und als Grundlage einer „Vertrauenshaftung“

### 1. Dogmatische Einordnung

- 12** Läßt sich die Geschäftsverbindung auch nicht als Vertrag qualifizieren, so heißt das doch nicht, daß sie deshalb ein rein tatsächliches Verhältnis ohne spezifische Rechtsbedeutung sein müßte. Das moderne Schuldrecht verfügt nämlich über Kategorien, mit denen sich diese Problematik ohne Schwierigkeiten theoretisch erfassen läßt. Für das Bankrecht ist der richtige Lösungsansatz schon im Jahre 1935 von *Ludwig Raiser* vorgezeichnet worden. Er sieht in der Geschäftsverbindung „ein Rechtsverhältnis, sogar ein Schuldverhältnis“, das nicht durch „Rechtsgeschäft entstanden ist“; vielmehr handele es sich um „eine außervertragliche ‚Sonderverbindung von derselben Art wie die Vertragsverhandlungen, die die Grundlage der Haftung bei ‚culpa in contrahendo‘ bilden“ (aaO S. 135). Sowohl der Begriff der „außervertraglichen Sonderverbindung“ als auch der Hinweis auf die Parallele zur culpa in contrahendo sind außerordentlich fruchtbar. Die moderne Dogmatik hat daraus die allgemeine Kategorie des „**Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflicht**“ entwickelt<sup>24</sup>. Dieses erschöpft sich zunächst in der Begründung von Verhaltenspflichten und enthält also keine (primären) Leistungspflichten; erst wenn die Verhaltenspflichten verletzt werden, entstehen Schadensersatzansprüche und damit (sekundäre) Leistungspflichten. Diese Kategorie ist nicht auf das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen beschränkt. Dieselben Grundsätze gelten vielmehr auch und erst recht *nach* Vertragsschluß; alle Schutzpflichten sind daher unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Entstehung oder ihrer Verletzung in einem **einheitlichen „Schuldverhältnis“** zusammenzufassen<sup>25</sup>. Ebenso wie das „Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen“ ist dieses nicht „vertraglicher“, sondern „gesetzlicher“ Natur, d. h., es hat seine Grundlage nicht im rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien, sondern in einem (ungeschriebenen) Satz des objektiven Rechts und in § 242 BGB. Der innere Grund für die Annahme dieses Rechtsverhältnisses und für die daraus folgende Haftungsverschärfung liegt in der gesteigerten **Einwirkungsmöglichkeit** auf die Rechtsgüter des anderen Teils und dem damit verbundenen besonderen Vertrauensverhältnis<sup>26</sup>.
- 13** Diese Kriterien lassen sich unschwer auf die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden übertragen. Denn es liegt auf der Hand, daß diese zu einer gesteigerten **Einwirkungsmöglichkeit** führt; man denke nur an die „klassischen“ Fälle wie den Bruch des Bankgeheimnisses oder die Erteilung einer falschen Auskunft: erst aufgrund der Geschäftsverbindung hat die Bank das Geheimnis erfahren bzw. die Gelegenheit zu der Auskunft erhalten, und nur aufgrund der Geschäftsverbindung kann sie daher dem Kunden Schaden zufügen. Ebenso offenkundig ist, daß die Geschäftsverbindung ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunden zur Folge hat<sup>27</sup>. Darauf wird z. B. in der Einleitung zu den AGB ausdrücklich hingewiesen, wo es heißt: „Das Geschäftsverhältnis zwischen Bank und Kunden ist ein Vertrauensverhältnis“. Auch in der Rechtsprechung wird die Geschäftsverbindung immer wieder als Vertrauensverhältnis bezeichnet. So hat das RG bereits in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1891 ausgeführt: „Wenngleich . . . eine Geschäftsverbindung zweier Personen an

<sup>24</sup> Vgl. statt aller *Larenz Schuldrecht I*<sup>14</sup>, § 2 I a. E. und § 9.

<sup>25</sup> Vgl. eingehend *Canaris JZ* 1965, 475 ff; zustimmend z. B. *Thiele JZ* 1967, 649 ff; *Müller NJW* 1969, 2172 ff; *Gerhardt JZ* 1970, 535 f; *Nirk* 2. Festschr. für Möhring, 1975, S. 73 ff, 78, 100;

*Müller-Graff JZ* 1976, 155 f; zur neueren Entwicklung der Diskussion vgl. näher *Canaris* 2. Festschr. für Larenz, 1983, S. 102 ff m. w. Nachw.

<sup>26</sup> Vgl. näher *Canaris* aaO im Anschluß an *Heinrich Stoll* Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936.

<sup>27</sup> Richtig auch insoweit bereits *Raiser* S. 135 f.

## II. Die Geschäftsverbindung als gesetzliches Schuldverhältnis

sich zunächst nichts anderes ist als das zufällige Nebeneinanderbestehen von Geschäften, . . ., so bildet sich durch die häufige geschäftliche Berührung und die Erkenntnis, daß es für beide Teile nur vorteilhaft sein kann, einander entgegenzukommen, ein Vertrauensverhältnis aus, in welchem die Wahrung von Treu und Glauben in erhöhtem Maße und in weiterem Umfange als im Verkehr zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Übung wird. Nicht nur der Abschluß und die Erfüllung der einzelnen Geschäfte, sondern die ganze Geschäftsverbindung wird von Treue und Glauben beherrscht, und dadurch kommt es, daß Handlungen, welche, abgesehen von dieser Verbindung der Handelnden, als rechtlich indifferente Tatsachen erscheinen, einen rechtlichen Inhalt gewinnen“<sup>28</sup>.

Die Haftung aus der Geschäftsverbindung ist somit weder eine vertragliche Haftung **14** noch eine bloße deliktische Haftung, sondern — ähnlich wie z. B. die Haftung für culpa in contrahendo — eine zwischen diesen beiden Kategorien stehende Vertrauenshaftung, die ein „gesetzliches“ Schuldverhältnis begründet<sup>29</sup>. Der Vertrauensgedanke und die Anknüpfung an die Geschäftsverbindung stehen dabei nicht beziehungslos nebeneinander. Eine Vertrauenshaftung gibt es nämlich nicht zwischen „unverbundenen“ Rechtsgenossen, sondern lediglich zwischen solchen, die in einer „Sonderverbindung“ stehen, die also ein bestimmter „Kontakt“ verbindet. Dieser muß nach herrschender und richtiger Ansicht „rechtsgeschäftlicher“ und nicht lediglich „sozialer“ Natur sein<sup>30</sup>; denn die Vertrauenshaftung führt insoweit, wie insbesondere wiederum das Beispiel der culpa in contrahendo verdeutlicht, zu denselben Rechtsfolgen wie die Vertragshaftung — also vor allem zur Anwendbarkeit des § 278 BGB und zur Ersatzfähigkeit bloßer Vermögensschäden —, und das läßt sich nur rechtfertigen, wenn wenigstens ein Handeln innerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs und damit eine gewisse Verwandtschaft mit den Fällen einer echten Vertragsverletzung gegeben ist. Die Vertrauenshaftung ist daher zwar **Haftung kraft Gesetzes** und nicht kraft Rechtsgeschäfts, aber doch immerhin **Haftung kraft rechtsgeschäftlichen Kontakts** oder **kraft Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr**<sup>31</sup>. Die Geschäftsverbindung hat somit die Funktion, den erforderlichen rechtsgeschäftlichen Kontakt zu begründen. Das bedeutet allerdings zugleich, daß sie nur eine mögliche und nicht eine notwendige Voraussetzung der Haftung ist und durch andere Formen des rechtsgeschäftlichen Kontakts ersetzt werden kann — eine Einsicht, die vor allem für die Haftung wegen falscher Auskünfte erhebliche praktische Bedeutung hat (vgl. näher unten Rdn. 28 a. E., 78 a. E. und 89 ff).

### 2. Voraussetzungen und Folgen der „Vertrauenshaftung kraft Geschäftsverbindung“

#### a) Die Unabhängigkeit der Haftung von den Einzelverträgen und die Bedeutung von Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen

Das durch die Geschäftsverbindung entstehende „Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“ hat eine Fülle unterschiedlicher Schutzpflichten zur Folge, deren wichtigste die Geheimhaltungs-, die Auskunfts- und die Beratungspflicht sind (vgl. im einzelnen unten Rdn. 27 ff, 77 ff, 103 ff). Da diese Pflichten, wie dargelegt, nicht vertraglicher, sondern gesetzlicher Natur sind, bestehen sie unabhängig von den Einzelver-

<sup>28</sup> RGZ 27, 118, 121; ebenso oder ähnlich RGZ 65, 134, 141; 122, 351, 355 f; 126, 50, 52; RG JW 1931, 3097, 3098 unter 2; BGHZ 21, 102, 107; weitere Nachweise unten Anm. 44.

<sup>29</sup> Ebenso z. B. *Hopt* S. 404 ff (trotz seiner Zustimmung zur Lehre vom „Allgemeinen Bankvertrag“); *Müller-Graff* Geschäftsverbindung S. 247 ff und

JZ 1976, 153 ff; *Emmerich* in MünchKomm.<sup>2</sup> vor § 275 Rdn. 188; z. T. kritisch *Rümker* ZHR 147 (1983) 31ff.

<sup>30</sup> Vgl. z. B. *Larenz* MDR 1954, 515 ff; *Canaris* VersR 1965, 116 m. Nachw.

<sup>31</sup> Vgl. eingehend *Canaris* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 442 ff und S. 538 f.

trägen, also z. B. dem Girovertrag, dem Darlehensvertrag, dem Diskontvertrag usw. Das bedeutet zunächst, daß sie bereits **vor Abschluß** eines derartigen Vertrages gegeben sein können — was ohnehin aus den Regeln über die culpa in contrahendo folgt. Es bedeutet weiterhin, daß sie auch noch **nach Erfüllung** aller Einzelverträge fortbestehen können — was ebenfalls eine bekannte Erscheinung ist und in der Figur der „nachwirkenden Vertragspflichten“ allgemeine Anerkennung gefunden hat. Es bedeutet ferner, daß die fragliche Schutzpflichtverletzung — also z. B. die Erteilung einer falschen Auskunft — nicht mit einem bestimmten Einzelvertrag, sondern lediglich **mit der Geschäftsverbindung als solcher in innerem Zusammenhang** stehen muß<sup>32</sup>. Geschützt wird also z. B. auch, wer bei einer Bank lediglich ein Girokonto unterhält und von dieser eine falsche Auskunft bekommt, die nichts mit Fragen des Girokontos zu tun hat, die ihm aber in seiner Eigenschaft als Kunde gegeben worden ist. Fehlt dagegen ein solcher innerer Zusammenhang wie z. B., wenn ein Bankangestellter unabhängig von seiner Stellung — also als „Privatmann“ — ein Geheimnis des Kunden erfährt oder eine Auskunft erteilt, so kommt eine Haftung der Bank wegen Schutzpflichtverletzung von vornherein nicht in Betracht<sup>33</sup>.

- 16** Die Unabhängigkeit der Schutzpflichten von den Einzelverträgen bedeutet schließlich, daß auch deren **Nichtigkeit** die Möglichkeit einer Vertrauenshaftung grundsätzlich nicht berührt<sup>34</sup>. Daher haftet die Bank z. B. auch dann für den Bruch des Bankgeheimnisses, wenn sie den Girovertrag mit dem Kunden nach § 119 BGB wirksam angefochten hat oder wenn er wegen Geschäftsunfähigkeit des Kunden nichtig war<sup>35</sup>. Die vertraglichen Nichtigkeits- und Anfechtungsvorschriften sind allerdings nicht ausnahmslos ohne Bedeutung für die Vertrauenshaftung, sondern lassen sich teilweise analog anwenden<sup>36</sup>. So wird man z. B. bei einem *Scheingeschäft* eine Vertrauenshaftung ablehnen müssen, sofern nicht hinter dem simulierten ein dissimuliertes Geschäft steht. Eine Haftung wegen Schutzpflichtverletzung scheidet ferner in den *Fällen des § 123 BGB* aus, also wenn der Inanspruchgenommene arglistig getäuscht oder widerrechtlich bedroht worden ist. Dasselbe gilt schließlich bei einem *Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot* i. S. von § 134 BGB *und gegen die guten Sitten* i. S. von § 138 BGB, sofern sich der Verstoß gerade gegen den anderen Teil richtet, nicht jedoch, wenn er sich gegen die Allgemeinheit oder Dritte richtet<sup>37</sup>.

#### b) Die Einstandspflicht für Erfüllungsgehilfen

- 17** Auch die Einstandspflicht für Hilfspersonen richtet sich nach den allgemeinen Regeln der Vertrauenshaftung. Wiederum bieten dabei die entsprechenden Regeln über die culpa in contrahendo einen fruchtbaren Ausgangspunkt. Dementsprechend ist scharf zwischen der Begründung des Vertrauensverhältnisses einerseits und der Verletzung der daraus entspringenden Schutzpflichten andererseits zu unterscheiden. Hinsichtlich der **Begründung des Vertrauensverhältnisses** sind die **§§ 164 ff BGB analog** anzuwenden; denn dadurch wird die Grundlage für eine Haftung geschaffen, die nicht den Vorschrif-

<sup>32</sup> So in der Tat z. B. RGZ 122, 351, 356; 126, 50, 52; RG JW 1930, 2927, 2928 m. w. Nachw.

<sup>33</sup> Vgl. auch RG SeuffArch. 84 Nr. 174 S. 293; BGH WM 1962, 1110, 1111 unter II; 1967, 714, 715 unter II; 1973, 635 unter I 1; 1977, 994, 996 unter IV 2.

<sup>34</sup> Vgl. dazu allgemein *Canaris JZ 1965, 475 ff*; zustimmend für die vorliegende Problematik *Hopt S. 404 ff*; *Schlegelberger/Hefermehl*<sup>5</sup> Anh. nach § 365 Rdn. 13 a. E.

<sup>35</sup> Ebenso i. E. *Sichtermann S. 124*; *Wolff DB 1968, 696*.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu und zum folgenden eingehend *Canaris JZ 1965, 481 f* und *Die Vertrauenshaftung aaO S. 451 ff*.

<sup>37</sup> Bedenklich daher BGH WM 1958, 1078, 1079, wo jedoch über c. i. c. gleichwohl das richtige Ergebnis erreicht wird.

ten des Deliktsrechts, sondern denen des Vertragsrechts entspricht, und daher muß folgerichtig auch die vertragliche Zuständigkeitsordnung zum Zuge kommen<sup>38</sup>. § 278 BGB kann insoweit nicht angewendet werden, da diese Vorschrift das *Bestehen* eines Schuldverhältnisses voraussetzt und es hier um dessen *Begründung* geht. Die Analogie zu den §§ 164 ff BGB darf allerdings nicht starr gehandhabt werden, sondern muß den Besonderheiten der Sachproblematik angepaßt werden. Daher braucht derjenige, der das Vertrauensverhältnis mit dem Kunden begründet, lediglich *hierzu*, also zur Anknüpfung der *Geschäftsverbindung*, zuständig zu sein und muß nicht notwendig auch Vollmacht zum Abschluß des betreffenden *Vertrags*, also z. B. eines Giro- oder eines Darlehensvertrags haben (vgl. auch BGH WM 1977 994 unter II). Das stimmt mit den entsprechenden Grundsätzen bei der culpa in contrahendo überein, für die es anerkannt ist, daß zu einer wirksamen Begründung des „rechtsgeschäftlichen Kontakts“ nicht eine *Abschlußvollmacht* erforderlich ist, sondern eine *Verhandlungsvollmacht* genügt<sup>39</sup>; ebenso hat der BGH mit Recht auch für die Haftung aus Gefälligkeitsverhältnissen entschieden<sup>40</sup>.

Ist das Vertrauensverhältnis einmal wirksam begründet, so richtet sich die **Einstandspflicht für die Verletzung einer Schutzpflicht** — wiederum ebenso wie bei der culpa in contrahendo — nunmehr nach § 278 BGB. Jetzt liegt nämlich bereits ein Schuldverhältnis vor, und daher kommt die verschärfte Haftung für Erfüllungsgehilfen zum Zuge. Folglich haftet die Bank z. B. für eine *falsche Auskunft* jetzt grundsätzlich auch dann, wenn der betreffende Angestellte keine Vertretungsmacht besaß<sup>41</sup>. Darüber hinaus ist es nicht einmal erforderlich, daß der Angestellte für die Erteilung von Auskünften zuständig war, sofern er wenigstens im Verkehr mit Kunden eingesetzt war (vgl. insoweit sogleich unten Rdn. 19); denn schon darin, daß er die Auskunft überhaupt gegeben hat, statt den Kunden ordnungsgemäß an den zuständigen Kollegen zu verweisen, liegt eine schuldhaftige Pflichtverletzung gegenüber dem Kunden, so daß die Haftungsvoraussetzungen — vorbehaltlich der Kausalitätsproblematik und eines etwaigen Mitverschuldens — erfüllt sind (ebenso *Avancini/Koziol* Rdn. 3/11). Bestand dagegen noch keine Geschäftsverbindung, wurde die Auskunft also einem Nichtkunden erteilt, so kommt es darauf an, ob der auskunftgebende Angestellte wenigstens für die Anknüpfung des rechtsgeschäftlichen Kontaktes zuständig war (vgl. soeben Rdn. 17), d. h. hier, ob er mit Wissen und Willen der Bank eine Position bekleidete, zu deren Aufgabenkreis auch die Erteilung von Auskünften gehörte. Vertretungsmacht zum Abschluß von Verträgen braucht er hingegen auch hier nicht zu haben. Die Rechtsprechung kommt zum selben Ergebnis, was freilich von ihrem dogmatischen Ausgangspunkt aus inkonsequent ist (vgl. näher unten Rdn. 90 m. Nachw.).

Der hier vertretene **Doppelschritt von analoger Anwendung der §§ 164 ff BGB und 18 a anschließender Anwendung von § 278 BGB** wird im Schrifttum z. T. nachdrücklich abgelehnt und durch die ausschließliche Heranziehung von § 278 BGB ersetzt (vgl. z. B. MünchKomm.-*Thiele*<sup>2</sup> § 164 Rdn. 10 m. Nachw.; wie hier demgegenüber i. E. z. B. *Avancini/Koziol* Rdn. 3/10). Er ist aber dogmatisch unerlässlich, da § 278 BGB das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraussetzt und über dessen Begründung gar nichts aussagt. Außerdem kann er auch praktische Bedeutung haben. So ist es z. B. selbstverständlich, daß das gesetzliche Schuldverhältnis durch eine andere Person begründet

<sup>38</sup> Vgl. näher *Canaris* Die Vertrauenshaftung aaO S. 458 ff, insbesondere S. 460 mit Fn. 36.

<sup>39</sup> Vgl. z. B. RGZ 162, 129, 156 ff; BGHZ 6, 330, 334; MünchKomm.-*Hanau* 2 Vor § 275 Rdn. 80.

<sup>40</sup> Vgl. BGHZ 21, 102, 2. Leits. und S. 105.

<sup>41</sup> Vgl. auch RGZ 157, 228; RG JW 1933, 2513; Bank Arch. 1935, 218; BGH BB 1955, 142; *Wolff* Die AG 1968, 289.

worden sein kann als diejenige, die die betreffende Pflichtverletzung begangen hat. Auch ist es denkbar, daß der rechtsgeschäftliche Kontakt nur auf einer Seite von einer dazu befugten Person aufgenommen worden ist; soll dann etwa diese Seite aus Schutzpflichtverletzung i. V. mit § 278 BGB haften, obwohl die andere nicht haftet?! Darüber hinaus ist die Analogie zu den §§ 164 ff BGB z. B. auch deshalb sinnvoll, weil der Geschäftsherr danach die unbefugte Aufnahme des rechtsgeschäftlichen Kontakts durch eine Genehmigung analog § 177 BGB zu einer befugten machen und sich so Ansprüche aus Schutzpflichtverletzung verschaffen kann — freilich nur um den Preis, daß er auch seinerseits diesen grundsätzlich ausgesetzt ist. Die Richtigkeit einer Analogie zu den §§ 164 ff BGB zeigt sich ferner daran, daß eine ohne die erforderliche „Verhandlungsvollmacht“ oder dgl. agierende Mittelsperson selbst analog § 179 BGB zu haften hat — wobei freilich i. d. R. nur eine Haftung auf den Vertrauensschaden analog Abs. 2 und nicht auch eine Erfüllungshaftung analog Abs. 1 in Betracht kommt, weil (und sofern) die Mittelsperson keine Abschlußvollmacht behauptet hat.

**19** Für den **Begriff des Erfüllungsgehilfen** gelten die allgemeinen Grundsätze. Erfüllungsgehilfe ist daher jeder, der mit Wissen und Willen des Schuldners bei der Erfüllung tätig wird. Für „Wissen und Willen“ der Bank kommt es dabei gemäß § 166 I BGB auf die Person eines ihrer vertretungsberechtigten Angestellten oder Organe an. Nicht „bei der Erfüllung“ tätig ist der Gehilfe, wenn seine schädigende Handlung in keinem inneren sachlichen Zusammenhang mit den ihm übertragenen Aufgaben steht<sup>42</sup>. Bei der Erfüllung bloßer Schutzpflichten — um die es hier allein geht — ist im Bankverkehr grundsätzlich jedenfalls derjenige tätig, der im Verkehr mit Kunden eingesetzt ist; denn bereits dieser Kontakt mit den Kunden schafft die gesteigerte Möglichkeit einer Einwirkung auf deren Rechtsgüter, worin der tiefere Grund für die Statuierung der Schutzpflichten liegt. Ob der Gehilfe darüber hinaus gerade zu der fraglichen Handlung bestellt war, ist hier demnach für den Begriff des Erfüllungsgehilfen unerheblich. Auch unter diesem Gesichtspunkt (vgl. im übrigen oben Rdn. 18) ist daher die Einstandspflicht der Bank für falsche Auskünfte eines unzuständigen Angestellten zu bejahen, sofern dieser wenigstens befugtermaßen im Verkehr mit Kunden tätig war. Fehlt es dagegen an letzterer Voraussetzung, so braucht die Bank für *diesen* Angestellten nicht nach § 278 BGB einzustehen; daß er sich in den Verkehr mit den Kunden eindringen konnte, wird jedoch nicht selten auf einen Organisationsmangel schließen lassen, und dann haftet die Bank aus diesem Grund dem Kunden, da auch die für die Organisation zuständigen Personen Erfüllungsgehilfen i. S. von § 278 BGB, wenn nicht sogar Organe i. S. von § 31 BGB sind. Auch sonst beschränkt sich der Kreis der Erfüllungsgehilfen selbstverständlich nicht auf die Personen, die *unmittelbar* mit den Kunden in Berührung kommen. Entscheidend ist allein, ob der Gehilfe aufgrund der ihm übertragenen Aufgabe die Möglichkeit einer besonderen Einwirkung auf die Rechtsgüter des Kunden — d. h. hier i. d. R. auf dessen Vermögen — hatte.

Nach diesem Kriterium richtet sich folgerichtig auch der *Zeitpunkt*, in dem die Begriffsmerkmale des Erfüllungsgehilfen vorliegen müssen. Erfüllungsgehilfe kann daher hinsichtlich der Schutzpflichten auch noch sein, wer aus den Diensten der Bank bereits ausgeschieden ist. Entscheidend ist also nicht, ob er die Schutzpflichtverletzung vor oder nach seinem Ausscheiden begangen hat, sondern ob er die Möglichkeit zur Einwirkung auf die Rechtsgüter des Kunden noch in Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für die Bank erlangt hat. Daher kommt es z. B. hinsichtlich des Bankgeheimnisses

<sup>42</sup> Vgl. dazu z. B. BGHZ 13, 111, 113; 31, 358, 366; 33, 293, 299 ff; BGH WM 1977, 994, 995 vor III und 996 unter IV 1 a.

nicht auf den Augenblick an, in dem der Gehilfe es gebrochen hat, sondern auf den, in dem er von ihm Kenntnis erlangt hat.

Der **Sorgfaltsmaßstab**, insbesondere Art und Grad der erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten, bestimmen sich nicht nach der Person des jeweiligen Erfüllungsgehilfen, sondern nach der des Bankiers bzw. eines Organs<sup>43</sup>. Das ergibt sich aus dem Zweck des § 278 BGB, den Gläubiger so zu stellen, als hätte sein Vertragspartner nicht einen Erfüllungsgehilfen zwischengeschaltet, sondern die geschuldete Leistung selbst erbracht. 20

### c) Die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich der Vertrauenshaftung

Der Vertrauensgedanke bietet auch den richtigen Ansatz für die Lösung der bisher wenig geklärten, aber praktisch höchst bedeutsamen Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Dritte denselben Schutz genießen wie die Kunden der Bank. Insoweit ist als erstes auf das Institut des **Schuldverhältnisses mit Schutzwirkungen für Dritte** zu verweisen. Dieses beruht nicht auf einem Vertrag zugunsten Dritter i. S. von § 328 BGB und auch nicht auf einer ergänzenden Vertragsauslegung i. S. von § 157 BGB, sondern auf den Geboten von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB<sup>44</sup>. Folglich ist die Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und ihrem Kunden auch dann eine geeignete Grundlage für die Ausdehnung der Schutzpflichten auf Dritte, wenn man sie entgegen der Lehre vom „allgemeinen Bankvertrag“ nicht als Vertrag ansieht, sondern mit der hier vertretenen Ansicht als gesetzliches Schuldverhältnis qualifiziert (vgl. oben Rdn. 2 ff bzw. 12 ff); denn im Gegensatz zu § 328 und § 157 BGB gilt § 242 BGB nicht nur für vertragliche, sondern auch für gesetzliche Schuldverhältnisse — wie überhaupt die Schutzpflichten gegenüber Dritten ganz allgemein gesetzlicher und nicht vertraglicher Natur sind und einen weiteren Tatbestand der Vertrauenshaftung bilden (vgl. näher *Canaris* JZ 1965 477 f). Es kann auch keine Rede davon sein, daß Schutzwirkungen für Dritte nur bei bestimmten Rechtsverhältnissen oder bestimmten Vertragstypen wie Miet- und Beförderungsverträgen gegeben sein können, und vollends unhaltbar wäre die Beschränkung dieses Instituts auf bestimmte Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit (unrichtig daher *von Godin* 2. Aufl. Anh. I zu § 365 Anm. 3, 2. Absatz); vielmehr kommen Rechtsverhältnisse aller Art als Anspruchsgrundlage in Betracht, da § 242 BGB sich nicht auf bestimmte Tatbestände beschränken läßt, und aus demselben Grund ist jedes beliebige Rechtsgut, insbesondere auch das Vermögen als solches, als mögliches Schutzobjekt anzusehen (vgl. näher *Canaris* aaO S. 478 und bezüglich eines „allgemeinen Vermögensschadens“ BGHZ 69 82, 86 ff). Irgendwelche grundsätzlichen Einwände gegen die Möglichkeit, die Lehre von den Schutzwirkungen für Dritte auch im Bankrecht fruchtbar zu machen, bestehen daher entgegen der von *v. Godin* aaO vertretenen Ansicht nicht. 21

Hinsichtlich des **Kreises der geschützten Personen** stellte die Rechtsprechung früher im wesentlichen darauf ab, ob der einen Partei eine „Fürsorgepflicht“ gegenüber dem Dritten obliegt (vgl. z. B. BGH LM Nr. 11 zu § 328 BGB) oder ob sie auf dessen Sicherheit ebensolchen Wert legt wie auf ihre eigene (vgl. z. B. BGHZ 51 91, 96; BGH NJW 1970 38, 40). Daraus ist z. T. gefolgert worden, das Verhältnis zwischen der Partei und dem Dritten müsse einen **personenrechtlichen Einschlag** haben. In einer zum Last- 22

<sup>43</sup> Vgl. allgemein BGHZ 31, 358, 367 m. Nachw. und speziell zu einer bankrechtlichen Frage BGH WM 1964, 609 unter 2 a.

<sup>44</sup> Vgl. näher *Larenz* Schuldrecht I aaO § 17 II; *Canaris* JZ 1965, 477 f; a. A. z. B. BGH LM Nr. 18 zu

§ 328 BGB; BGH NJW 1984, 355 (ergänzende Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB); *von Caemmerer* Festschr. für Wieacker, 1978, S. 315 („kraft Parteiautonomie mögliche Spielart des Vertrages zugunsten Dritter“).

schriftverfahren ergangenen Entscheidung hat der BGH dieses Erfordernis indessen als „unnötig eng“ bezeichnet, „wenn es sich um Massengeschäfte eines bestimmten Typs mit einem einheitlich praktizierten Verfahren handelt, das dem Rechtsverkehr in großem Stile unter Inanspruchnahme des Vertrauens auf sach- und interessengerechte Abwicklung angeboten wird“ (BGHZ 69 82, 86). Zwar überzeugt der Hinweis auf den Massencharakter des Lastschriftverkehrs nicht, doch trifft die Entscheidung entgegen manchen kritischen Stimmen gleichwohl i. E. voll zu (vgl. näher unten Rdn. 617). Man muß sich allerdings darüber im klaren sein, daß die Figur der „Schutzwirkungen zugunsten Dritter“ dabei neuen Zwecken dienstbar gemacht wird und daß es insoweit demgemäß um **zwei unterschiedliche Fallgruppen** geht. Bei der ersten Fallgruppe sollen die Schutzwirkungen auf Außenstehende erstreckt werden; es handelt sich hier um das alte Problem der Einbeziehung solcher Personen in die vertragsgleiche Haftung, die der einen Partei irgendwie „nahestehen“ und die man etwas ungenau, aber im Prinzip nicht unzutreffend mit Hilfe des Kriteriums der Fürsorgepflicht oder des personenrechtlichen Einschlags einzugrenzen versucht<sup>45</sup>. Bei der zweiten Fallgruppe, für die die Entscheidung BGHZ 69 82 repräsentativ ist, erscheint dagegen der Bankkunde selbst in der Rolle des Dritten; hier geht es i. d. R. darum, die Zufälligkeiten der Mehrgliedrigkeit von bankrechtlichen Vorgängen zu korrigieren und das „Leerlaufen“ von Schutzpflichten zu verhindern, deren Bestehen bei einem zweigliedrigen Vorgang unzweifelhaft wäre — also um eine eng mit der Drittschadensliquidation verwandte Problematik (vgl. näher unten Rdn. 25 und Rdn. 613).

**23** Was zunächst den **Schutz nahestehender Dritter** angeht<sup>46</sup>, so greift dieser z. B. ein, wenn die Bank ein **Geschäftsgeheimnis des Ehepartners** eines ihrer Kunden aufgrund der Geschäftsbeziehung mit diesem erfährt — etwa weil auf das Girokonto des Kunden Einzahlungen von Schuldnern des Ehegatten erfolgen oder weil letzterer Abhebungen von dem Konto vornimmt. Das gleiche gilt etwa, wenn die Bank durch ihre Geschäftsbeziehung mit einer Gesellschaft ein **Geheimnis eines Gesellschafters** erfährt — zumal wenn dieser der Mehrheitsgesellschafter oder gar der Alleingesellschafter ist — (insoweit unzutreffend daher BGH DB 1953 1031 unter 2) sowie auch wenn sie umgekehrt durch die Verbindung mit dem Gesellschafter ein **Geheimnis der Gesellschaft** erfährt (vgl. näher unten Rdn. 44). Ähnliche Konstellationen können sich auch bei **Auskünften** ergeben, wenn diese erkennbar die Vermögensdispositionen eines Dritten — wiederum z. B. des Ehepartners oder der Gesellschaft — beeinflussen können.

**24** Kein Dritter i. S. der Lehre von den Schutzwirkungen für Dritte ist dagegen der **Schuldner des Bankkunden**. Denn den Kunden trifft im allgemeinen gegenüber seinen Schuldnern keineswegs eine der Fürsorgepflicht vergleichbare Schutzpflicht, und diese sind auch nicht in das Vertrauensverhältnis zwischen jenem und der Bank einbezogen. Die Bank haftet daher dem Schuldner nicht aus Schutzpflichtverletzung, wenn sie eine von ihm ausgehende Zahlung ihrem Kunden nicht oder nicht rechtzeitig gutschreibt und dadurch einen Schaden hervorruft; die richtige Lösung liegt hier vielmehr entweder in einer auf § 278 BGB gestützten Einstandspflicht des Kunden für den Fehler der Bank mit anschließendem Regreß bei dieser oder aber im Institut der Drittschadensliquidation.

<sup>45</sup> Daß dieses für primäre Vermögensschäden — um die es im Bankrecht nahezu immer geht — generell nicht paßt, wie von Caemmerer aaO (Fn. 44) S. 320 ff anzunehmen scheint, dürfte schwerlich zutreffen, wie z. B. die unten Rdn. 23 und 24 behandelten Fragen zeigen.

<sup>46</sup> Vgl. zum folgenden auch *Gottwald* Münch-Komm. 2 § 328 Rdn. 85, der der hier vertretenen Ansicht im wesentlichen zustimmt.

Das Bedürfnis nach einem **Schutz des Bankkunden selbst** ergibt sich vor allem aus der Arbeitsteiligkeit und Mehrgliedrigkeit des Bankverkehrs. Diese birgt die Gefahr in sich, daß Schutzpflichten, deren Bestehen bei einem nur zweiseitigen Verhältnis unzweifelhaft ist, gegenstandslos werden, weil die eingeschaltete weitere Bank zu dem Kunden nicht in einem Vertragsverhältnis steht und auch nicht Erfüllungsgehilfin der ersten Bank ist. So lag es im Fall BGHZ 69 82, wo die „Zahlstelle“ der „Inkassostelle“ bzw. dem Einreicher der Lastschrift nicht schnell genug mitgeteilt hatte, daß der Bezogene die Einlösung der Lastschrift abgelehnt hatte (vgl. näher unten Rdn. 617). Hier rechtfertigt sich die Anerkennung von Schutzpflichten zugunsten Dritter zum einen daraus, daß nicht einzusehen ist, warum die Rechte und Pflichten der Beteiligten geringer sein sollen als bei einem innerbetrieblichen Zahlungsvorgang, und zum anderen wohl auch daraus, daß die Risiko- und Schadensverteilung zwischen der erstbeauftragten Bank und ihrem Kunden ein Internum darstellt, aus welchem die zweitbeauftragte Bank keinen Nutzen ziehen darf. Paradigmatisch hierfür ist der **gesamte Bereich des mehrgliedrigen Zahlungsverkehrs**, auf den demgemäß das der Entscheidung BGHZ 69 82 zugrundeliegende — wengleich vom BGH nicht in voller Klarheit formulierte — Haftungsprinzip auszuwehnen ist (vgl. z. B. unten Rdn. 395 zur Giroüberweisung); der BGH hat seine Rechtsprechung denn auch mit Recht entgegen ablehnenden Stimmen im Schrifttum (vgl. vor allem *Hadding* Festschr. für Werner S. 198 f) auf das Scheckinkasso übertragen (vgl. BGHZ 96 9, 17), wengleich leider in einem dafür ungeeigneten Fall (vgl. unten Rdn. 741). Es gehören aber auch andere Fälle in diesen Zusammenhang. Zu denken ist vor allem daran, daß die Bank ein **Geheimnis des Kunden** (befugter- oder unbefugtermaßen) einer anderen Bank offenbart oder daß sie bei dieser eine erkennbar **für den Kunden bestimmte Auskunft** einholt. Das Rechtsverhältnis, an das die Schutzwirkungen anknüpfen, ist dann nicht das zwischen der Bank und ihrem Kunden, sondern das der beiden Banken untereinander. Dieses kann auf einer zwischen ihnen bestehenden Geschäftsverbindung beruhen, doch braucht eine solche nicht unbedingt vorzuliegen. Denn schon das in Frage stehende Geschäft — also z. B. die Weiterleitung einer Überweisung — begründet einen rechtsgeschäftlichen Kontakt zwischen den Banken und damit ein (gesetzliches) „Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“; dieses aber reicht ohne weiteres für die Anknüpfung von Schutzwirkungen zugunsten Dritter aus, da diese nicht nur bei Verträgen, sondern auch bei gesetzlichen Schuldverhältnissen wie z. B. bei der culpa in contrahendo in Betracht kommen (vgl. z. B. BGHZ 66 51, 56 ff; *Canaris* JZ 1965 480). Der rechtsgeschäftliche Kontakt zwischen den beiden Banken kann dabei auch durch eine Zwischenbank — z. B. die Landeszentralbank — „vermittelt“ werden (vgl. als Beispiel den Fall BGHZ 27 241 und dazu unten Rdn. 44 f, 387 und 396). Darüber hinaus wird man sich sogar von der Figur eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im engeren Sinne u. U. lösen und ein **unmittelbares gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem geschädigten Kunden und der schädigenden Bank** annehmen können. Denn wenn mehr als zwei Banken beteiligt sind, kann es höchst gekünstelt wirken, die Schutzwirkungen an einen ganz bestimmten Vertrag (welchen?) anzuknüpfen, und daher dogmatisch eleganter sein, ein eigenständiges gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger zu konstruieren, da auch diese in einer — durch die anderen Banken vermittelten — Sonderbeziehung stehen. Im übrigen sollte es entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BGH (vgl. z. B. BGHZ 74 300, 303) eine Selbstverständlichkeit sein, daß die Schutzpflichtkonstruktion nicht nur zu Gunsten, sondern auch zu Lasten des Bankkunden wirken kann (vgl. als Beispiel unten Rdn. 613); denn auch insoweit muß folgerichtig gelten, daß die Rechtslage im mehrgliedrigen Bankverkehr grundsätzlich keine andere sein kann als bei Einschaltung nur einer einzigen Bank und daß nicht Pflichten, die im letzteren Falle unzweifelhaft als quasivertragli-

che Schutzpflichten bestünden, nur deshalb plötzlich entfallen, weil noch ein weitere Bank eingeschaltet ist.

- 26 Bei der in der vorigen Rdn. behandelten Problematik drängt sich nun freilich die Frage auf, ob man nicht lieber mit den Regeln über die **Drittschadensliquidation** arbeiten sollte. Gewiß ist zuzugeben, daß es sich um einen Grenzfall handelt. Die besseren Gründe sprechen dabei jedoch für die Heranziehung des Instituts der Schutzwirkungen zugunsten Dritter und gegen die Drittschadensliquidation. Das gilt schon deshalb, weil für diese das Kriterium der Schadensverlagerung charakteristisch ist, während mit Hilfe der Schutzwirkungen zugunsten Dritter auch Schadenserweiterungen erfaßt werden können. Gerade um die letztere Fallkonstellation kann es aber im Bankverkehr, insbesondere im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr typischerweise gehen. Das illustriert der Lastschriftfall BGHZ 69 82 trefflich: Hier hatte der Lastschrifteinreicher dadurch Schaden erlitten, daß er wegen des Unterbleibens einer rechtzeitigen Nachricht über die Nichteinlösung einer Lastschrift dem Lastschriftbezogenen noch weiteren Kredit gegeben und dann dadurch in dessen Konkurs einen Ausfall erlitten hatte; hätte nun die erste Inkassostelle dem Lastschrifteinreicher die Verfügung über den Lastschriftbetrag erlaubt und dieses Geld von ihm nicht zurückholen können, so hätte auch sie einen Schaden erlitten — und zwar einen zusätzlichen Schaden, der nur in ihrer Person und nicht in der des Lastschrifteinreichers eintreten konnte und bei dem es daher um eine echte Schadenserweiterung geht. Dagegen wird nun freilich eingewandt, es handele sich hier um Fälle der mittelbaren Stellvertretung und für diese sei die Zulässigkeit einer Drittschadensliquidation anerkannt, ohne daß es auf das Vorliegen einer Schadensverlagerung ankomme<sup>47</sup>. Das trifft jedoch in dieser Form nicht zu. Richtig ist lediglich, daß der Schaden bei der mittelbaren Stellvertretung aus der Person des Vertretenen und nicht aus der des Vertreters berechnet wird. Das bedeutet jedoch nicht, daß dabei auf das Kriterium der Schadensverlagerung verzichtet wird. Denn dieses besagt nicht, daß der Schaden aus der Person des Verletzten und nicht des Geschädigten zu berechnen ist, sondern lediglich, daß typischerweise nur *einer* von beiden einen Schaden hat und es also nicht zu einer Schadenserweiterung kommt. Das trifft auf den Regelfall der mittelbaren Stellvertretung in der Tat zu, da z. B. der Einkaufskommissionär typischerweise nicht zusätzlich zum Kommittenten einen eigenen Schaden hat bzw. dieser sich bei letzterem im Wege der Vorteilsausgleichung anspruchsmindernd auswirkt und dadurch im Ergebnis neutralisiert (z. B. wenn der Kommissionär wegen des Schadensereignisses seinen Provisionsanspruch gegen den Kommittenten verliert). In den hier zur Diskussion stehenden bankrechtlichen Fällen können demgegenüber, wie am Lastschriftbeispiel dargelegt, typischerweise bei *beiden* Betroffenen *kumulativ* Schäden eintreten. Dabei die Drittschadensliquidation heranzuziehen, würde daher eine Fortbildung dieses Rechtsinstituts über seinen anerkannten Anwendungsbereich hinaus erforderlich machen. Das empfiehlt sich aber schon deshalb nicht, weil die Drittschadensliquidation sowohl dogmatisch als auch praktisch jede Kontur verliert, wenn man auch Fälle mit ihrer Hilfe löst, in denen es typischerweise zu einer Schadenserweiterung kommen kann. Auch befindet sich das Institut der Drittschadensliquidation mehr und mehr auf dem Rückzug<sup>48</sup>, während das Feld der Schutzwirkungen zugunsten Dritter von der Rechtsprechung

<sup>47</sup> Vgl. *Hadding* Festschr. für Werner, 1984, S. 180 ff m. Nachw. aus dem schadensersatzrechtlichen Schrifttum; ihm insoweit folgend *Möschel* AcP 186 (1986) 223.

<sup>48</sup> Repräsentativ vor allem *Hagen* Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, 1971; *Peters* AcP 180 (1980) 329 ff.

## II. Die Geschäftsverbindung als gesetzliches Schuldverhältnis

zunehmend ausgedehnt wird<sup>49</sup> und z. T. sogar geradezu die Drittschadensliquidation aus ihren ursprünglichen Anwendungsbereichen verdrängt. Im übrigen sollte man bei dem Versuch, sachgerechte Abgrenzungskriterien zwischen diesen beiden Rechtsfiguren zu finden<sup>50</sup>, pragmatisch vorgehen und bei dem praktischen Hauptunterschied ansetzen: Während der Ersatzanspruch bei der Drittschadensliquidation dem in seinen Rechten Verletzten und nicht dem Geschädigten zusteht, so daß eine Schadensabwicklung „übers Eck“ erforderlich ist und der Geschädigte zunächst von dem Verletzten die Abtretung des Anspruchs verlangen muß, hat der Geschädigte beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter einen eigenen Anspruch gegen den Schädiger. Man sollte daher in Grenzfällen, in denen tatbestandlich beide Konstruktionen in Betracht kommen könnten, darauf abstellen, ob die Zwischenschaltung des Verletzten als Anspruchsinhaber und die daraus folgende Abtretungslösung sach- und interessengerecht ist<sup>51</sup>. Das aber ist in den hier zur Diskussion stehenden Fällen — anders als z. B. beim Einkaufskommissionär<sup>52</sup> — regelmäßig zu verneinen. Die Bank des Geschädigten hat nämlich grundsätzlich kein legitimes Eigeninteresse daran, daß der Schadensersatzanspruch durch ihr Vermögen geht und sie demgemäß dessen Abtretung auf Grund von Pfand- und Zurückbehaltungsrechten — etwa nach Ziff. 19 AGB — verzögern oder verhindern oder ihn selbst einklagen und auf den Erlös zugreifen kann; denn der Schadensersatzanspruch tritt nicht an die Stelle eines Gutes, an dem die Bank normalerweise irgendwelche Sicherungsrechte hätte. Daher stellt es regelmäßig eine unbillige Belastung des Kunden dar, wenn man diesen vor die Notwendigkeit stellt, erst gegen seine Bank und u. U. sogar noch eine weitere Bank vorzugehen und diese notfalls auf Abtretung zu verklagen und dann einen zweiten Prozeß gegen die schädigende Bank zu führen. Das gilt um so mehr, als Banken erfahrungsgemäß mitunter eine beträchtliche Zurückhaltung an den Tag legen, wenn ihr Kunde gegen eine andere Bank vorgehen will; es besteht daher die Gefahr, daß die Bank des Geschädigten die Abtretung des Ersatzanspruchs verweigert, indem (schon) sie dessen Existenz bestreitet. Der Vorrang der Drittschadensliquidation gegenüber dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter läßt sich auch nicht damit begründen, daß in Ziff. 9 S. 4 AGB der Banken und Ziff. 19 I 4 AGB der Sparkassen eine Pflicht des Kreditinstituts zur Abtretung von Ansprüchen gegen zwischengeschaltete Dritte, denen die Durchführung des Auftrags übertragen worden ist, statuiert wird<sup>53</sup>. Denn diese Klauseln hindern die Bank nicht, die Abtretung mit der Begründung zu verweigern, ein abtretbarer Anspruch bestehe gar nicht. Im übrigen ist in ihnen nicht einmal andeutungsweise ein Hinweis darauf enthalten, daß sie dem Kunden einen unmittelbaren Anspruch gegen den Dritten aus Schutzpflichtverletzung nehmen wollen; auch würden sie in diesem Falle einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG nicht standhalten. Allerdings gibt es Fälle, wo nicht eine Schutzpflicht, sondern eine echte Vertragspflicht verletzt ist und wo der Drittschadensliquidation der Vorzug gebührt; dazu gehört der Fall BGHZ 96 9 (vgl. unten Rdn. 741 sowie auch unten Rdn. 395 a. E.).

<sup>49</sup> Vgl. außer den oben Rdn. 25 zitierten bankrechtlichen Entscheidungen z. B. BGHZ 75, 321; BGH NJW 1980, 1524; 1984, 355; BauR 1985, 704, 705; WM 1986, 711.

<sup>50</sup> Vgl. dazu z. B., wengleich ohne bankrechtlichen Bezug, Berg JuS 1977, 363 und NJW 1978, 2018; Hohloch FamRZ 1977, 530; Rebe JA 1979, 148; MünchKomm.-Gottwald 2 § 328 Rdn. 75; Soergel/Mertens 11 Vor § 249 Rdn. 247 ff; Soergel/Hadding 11 Anhang zu § 328 Rdn. 11 f.

<sup>51</sup> Vgl. näher Canaris 2. Festschr. für Larenz, 1983, S. 99 f; zustimmend Möschel AcP 186 (1986) 223.

<sup>52</sup> Vgl. näher Canaris aaO S. 99.

<sup>53</sup> So aber Hadding Festschr. für Werner S. 182 ff. Dieser weist außerdem darauf hin, daß das früher im Lastschriftabkommen enthaltene Verbot der Drittschadensliquidation in der heute gültigen Fassung nicht mehr enthalten ist, doch ist nicht ersichtlich, warum das dem Bankkunden den für ihn praktikableren Anspruch aus Schutzwirkung zugunsten Dritter nehmen kann.

27 Ein dritter Weg, zu einer Ausweitung der Schutzwirkungen zu gelangen, liegt in der Möglichkeit der **Haftung Dritter aus Schutzpflichtverletzung**. Daß für eine Schutzpflichtverletzung nicht nur die Vertragsparteien selbst, sondern u. U. auch Dritte einzustehen haben, ist für die culpa in contrahendo heute nicht mehr bestritten; gleiches gilt, wie der BGH mittlerweile anerkannt hat (vgl. BGHZ 70 337, 344 im Anschluß an *Canaris VersR 1965 114 ff*), grundsätzlich auch nach Vertragsabschluß, also für die entsprechenden Fälle der positiven Forderungsverletzung. Daraus folgt ganz allgemein, daß Dritte u. U. aus Schutzpflichtverletzung haften. Wann das im einzelnen der Fall ist, ist noch nicht abschließend geklärt, doch zeichnen sich auch insoweit die maßgeblichen Kriterien ab: die Rechtsprechung nimmt eine Haftung des Dritten an, wenn er „wirtschaftlich selbst an dem Abschluß des Vertrages stark interessiert ist und aus dem Geschäft persönlichen Nutzen erstrebt, oder wenn er in besonderem Umfange persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat“ (BGH LM Nr. 14 [Fa] zu § 276 BGB; weitere Nachw. bei *Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 6 C c*). Entscheidend sind also das *wirtschaftliche Eigeninteresse* einerseits und die *persönliche Vertrauenswerbung* andererseits; die Rechtsprechung läßt dabei beide Kriterien alternativ genügen, während im Schrifttum z. T. das letztere als allein ausschlaggebend angesehen wird (so z. B. *Ballerstedt AcP 151 501 ff* und *Canaris VersR 1965 118*).

28 Es liegt auf der Hand, daß diese Konstruktion im Bankrecht von außerordentlicher praktischer Bedeutung sein kann. Mit ihrer Hilfe dürfte sich z. B. u. U. eine Schadenersatzpflicht einer Bank begründen lassen, wenn diese duldet, daß ein Unternehmen wie etwa eine Abschreibungsgesellschaft ein bei der Bank geführtes Konto als „**Baukonto**“ bezeichnet und Anleger, also etwa Gesellschafter, zu Einzahlungen auf dieses Konto veranlaßt, obwohl es sich in Wahrheit um ein gewöhnliches Girokonto handelt und die Bank demgemäß nicht kontrolliert, ob Verfügungen über das Konto nur „nach Bautenstand“ erfolgen oder dgl.

Weiterhin gehören in diesen Zusammenhang bestimmte Fälle der Haftung für falsche **Auskünfte**. Hier nimmt die Bank nämlich regelmäßig in starkem Umfang Vertrauen für sich selbst in Anspruch, und daher drängt sich eine Anwendung des soeben dargelegten Haftungsprinzips geradezu auf. Dafür besteht allerdings kein Bedürfnis, soweit es um die Haftung der Bank gegenüber ihren Kunden geht; denn insoweit liegt, wie dargelegt, bereits in der Geschäftsbeziehung selbst eine hinreichende Haftungsgrundlage. Um so größer ist das Bedürfnis aber gegenüber *Dritten*, die von der Bank eine Auskunft erhalten. Diese stehen dabei regelmäßig mit einer anderen Person, meist mit einem Kunden der befragten Bank, in Vertragsverhandlungen oder sonst in rechtsgeschäftlichem Kontakt. In *diese* Rechtsbeziehung kann nun die Bank eingeschaltet werden. Da sie dabei selbstverständlich Vertrauen für sich selbst in Anspruch nimmt, sind die Voraussetzungen erfüllt, die die Rechtsprechung für die Haftung Dritter aus Schutzpflichtverletzung, insbesondere aus culpa in contrahendo aufgestellt hat — zumal meist auch noch (zusätzlich) das Kriterium des Eigeninteresses gegeben ist. Es bedarf daher zur Begründung der Haftung nicht der — fiktiven — Annahme eines „stillschweigend“ abgeschlossenen Auskunftsvertrages (vgl. eingehend unten Rdn. 88 m. Nachw.). Anders als bei den „Schutzwirkungen zugunsten Dritter“ knüpft die Haftung dabei nicht an die Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und ihrem Kunden an, sondern an das Rechtsverhältnis zwischen dem Kunden und dem Dritten oder an den unmittelbaren Kontakt zwischen der Bank und dem Dritten. Es bestätigt sich hier also die Erkenntnis, daß die Geschäftsbeziehung nur eine von mehreren Möglichkeiten ist, um den für eine Vertrauenshaftung erforderlichen rechtsgeschäftlichen Kontakt zu begründen (vgl. oben Rdn. 14 a E.).

## d) Die Beweislast

Die Beweislast richtet sich grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln. Sie ist jedoch **29** hinsichtlich des **Verschuldens** und hinsichtlich des **Kausalzusammenhangs zwischen dem Fehler und dem Schadenseintritt** zu Lasten des Schädigers umzukehren, sofern der schadensauslösende Umstand in dessen Sphäre liegt. Denn die Grundsätze, die insoweit für die positive Forderungsverletzung entwickelt worden sind (vgl. z. B. *Palandt-Heinrichs* § 282 Anm. 2), sind ihrer inneren Konsequenz nach auf alle Fälle von Schutzpflichtverletzungen anwendbar.

Auch die **Kausalität zwischen dem Vertrauenstatbestand und der Disposition des Vertrauens** wird vermutet (vgl. näher *Canaris* Die Vertrauenshaftung aaO S. 516). Daher braucht z. B. der Empfänger einer falschen Auskunft nicht zu beweisen, daß er die daraufhin vorgenommene Maßnahme nicht auch bei Erhalt einer richtigen Auskunft vorgenommen hätte; er ist insoweit auch nicht lediglich auf die Grundsätze des prima-facie-Beweises beschränkt (so aber wohl BGH WM 1959 1458; 1962 1110 unter I 1 b; 1965 150), sondern kommt in den Genuß einer echten Beweislastumkehr. Der andere Teil muß daher den vollen Gegenbeweis führen, daß der Empfänger die schadensauslösende Disposition auch bei Richtigkeit der Auskunft vorgenommen hätte. Das entspricht der neueren Rspr. des BGH, wonach sich bei der Verletzung von Aufklärungspflichten die Beweislast insoweit zugunsten des Geschädigten umkehrt<sup>54</sup>.

## e) Der Ausschluß der Vertrauenshaftung durch Freizeichnungsklauseln

Die Haftung kann weiterhin an einer Freizeichnungsklausel scheitern. Diese Problematik ist an sich erst bei der Kommentierung von Ziff. 10 der AGB näher zu erörtern. Im vorliegenden Zusammenhang ist lediglich darauf hinzuweisen, daß der Haftungsausschluß grundsätzlich auch die **Vertrauenshaftung** ergreift. Das wird sich regelmäßig schon daraus ergeben, daß die Geltung der AGB nicht nur hinsichtlich eines einzelnen Vertrages, sondern hinsichtlich der Geschäftsbeziehung als ganzer vereinbart ist. Selbst wenn das nicht der Fall sein sollte, gilt jedoch nichts anderes. Denn die Vertrauenshaftung kann grundsätzlich auch einseitig, d. h. ohne Zustimmung des anderen Teils, ausgeschlossen werden<sup>55</sup>. Das ergibt sich daraus, daß durch eine solche Freizeichnung meist die Entstehung des Vertrauenstatbestandes verhindert wird und es daher an einer Anspruchsvoraussetzung für die Vertrauenshaftung fehlt (vgl. freilich auch die Einschränkungen unten Rdn. 84 f). Daher kann sich die Bank hinsichtlich der Vertrauenshaftung z. B. auch gegenüber einem Geisteskranken auf einen Haftungsausschluß berufen, obwohl eine vertragliche Freizeichnung wirkungslos wäre. In der Tat geht es auch vom Ergebnis her gesehen nicht an, dem Geisteskranken zwar einen Schutz wie bei einem wirksamen Vertrag zu gewähren (vgl. oben Rdn. 16), einem Haftungsausschluß aber die Wirkung zu versagen; denn der Geisteskranke stünde dann besser, als wenn er einen wirksamen Vertrag geschlossen hätte.

Aus demselben Grund wirkt die Freizeichnungsklausel **auch gegenüber dem in die** **32** **Schutzwirkungen einbezogenen Dritten**, obwohl auch mit ihm keine vertragliche Vereinbarung über den Haftungsausschluß vorliegt. Wiederum ergibt sich das nicht nur aus den immanenten Grenzen des Vertrauensgedankens, sondern auch aus einer Argumentation vom Ergebnis her: der Dritte kann nicht besser stehen als die Partei, von der er

<sup>54</sup> Vgl. z. B. BGHZ 61, 118, 122; 64, 46, 51; 72, 92, 106; BGH NJW 1978, 41, 42; ZIP 1981, 1213, 1215.

<sup>55</sup> Ebenso i. E. *Gerhardt* JZ 1970, 537 f; *Pleyen/Hegel* ZIP 1985, 1376 m. w. Nachw.; stark einschränkend freilich BGH WM 1984, 1075, 1077 unter II.

seinen Anspruch „ableitet“<sup>56</sup>, bzw. als wäre er selbst die Hauptpartei; anderenfalls könnte er einen Schutz erlangen, der ihm bei unmittelbarem Kontakt mit dem Inanspruchgenommenen niemals zuteil würde. Daher wirkt die Freizeichnungsklausel auch ihm gegenüber, wobei man sich unterstützend auch auf den Rechtsgedanken des § 334 BGB berufen kann. — Folgerichtig ist die Wirkung des Haftungsausschlusses nach Ziff. 10 der AGB bei **Auskünften an einen Nichtkunden** auch dann anzuerkennen, wenn man die Haftung für Falschankünfte entgegen der h. L. nicht aus einem besonderen Auskunftsvertrag, sondern aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis kraft Vertrauenshaftung ableitet (vgl. dazu unten Rdn. 88 ff). Das stimmt i. E. mit der Rechtsprechung überein, die auch bei Auskünften an Nichtkunden die Geltung der AGB bejaht (vgl. BGH WM 1970 632; 1972 583; 1973 636).

- 33** Schließlich ergibt sich aus der Möglichkeit eines einseitigen Haftungsausschlusses auch, daß dieser bereits im vorvertraglichen Stadium eingreift und somit grundsätzlich auch die Ansprüche aus **culpa in contrahendo** begrenzt. Das gilt insbesondere auch für Ansprüche aus c. i. c. gegen einen Dritten (vgl. BGHZ 63 382, 388).

**f) Schadensersatz- oder Erfüllungsansprüche als Rechtsfolge der Vertrauenshaftung**

- 34** Wie stets im Falle einer Schutzpflichtverletzung besteht die Rechtsfolge in einem Anspruch auf Schadensersatz. Dieser ist grundsätzlich auf das **negative Interesse** gerichtet; denn nach § 249 BGB hat der Schädiger den Geschädigten so zu stellen, als hätte er die Schutzpflichtverletzung nicht begangen. Liegt die Schutzpflichtverletzung gerade in der Vereitelung eines Vertragsschlusses, wäre dieser also bei pflichtgemäßem Verhalten des Schädigers mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zustande gekommen, so ist ausnahmsweise ein Anspruch auf das **positive Interesse** gegeben; die hierüber für die culpa in contrahendo entwickelten Regeln (vgl. z. B. BGH NJW 1965 812) müssen folgerichtig auch hier zum Zuge kommen.
- 35** Darüber hinaus kann unter besonderen Voraussetzungen auch ein **Anspruch auf Erfüllung** gegeben sein, da die Vertrauenshaftung vom Grundsatz der „*Zweispurigkeit*“ der *Rechtsfolgen* beherrscht wird und da somit sowohl Schadensersatz- als auch Erfüllungsansprüche in Betracht kommen (vgl. näher *Canaris* Die Vertrauenshaftung aaO S. 5 ff). Wann letztere zu bejahen sind, richtet sich nach den allgemeinen Regeln der Vertrauenshaftung. Im Bankrecht spielt insoweit vor allem die *Rechtsscheinhaftung* eine gewisse Rolle, die z. B. bei Auskünften über die Echtheit einer Unterschrift oder über das Bestehen eines Guthabens eingreifen kann (vgl. näher unten Rdn. 87). Daneben kann auch die *Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens* zur Gewährung eines Erfüllungsanspruchs führen (vgl. allgemein *Canaris* aaO S. 287 ff), was etwa bei Auskünften über die Bonität eines Schecks oder eines Wechsels von praktischer Bedeutung sein kann (vgl. näher unten Rdn. 87).

---

<sup>56</sup> Vgl. z. B. BGHZ 56, 269, 272 f; BGH NJW 1976, 1843, 1844; WM 1988, 246, 248 (zum Scheckinkasso); OLG Düsseldorf WM 1982, 575, 577 (zum Girovertrag).

## 2. Abschnitt

### Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank

#### Systematische Übersicht

	Rdn.		Rdn.
<b>I. Das Bankgeheimnis</b>			
1. Die Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses		b) Die Bedeutung des BDSchG für Bankauskünfte . . . . .	73
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen . . . . .	36	c) BDSchG und Schufa-Verfahren . . . . .	74
b) Privatrechtliche Grundlagen . . . . .	40	<b>II. Die Bankauskunft</b>	
2. Die geschützten Personen		1. Die Problematik eines Anspruchs auf Erteilung einer Auskunft . . . . .	75
a) Der Kunde als Geheimnisträger . . . . .	43	2. Die Haftung für eine unrichtige Auskunft gegenüber einem Kunden	
b) Möglichkeiten zur Erstreckung des Schutzes auf Dritte . . . . .	44	a) Dogmatische Grundlagen . . . . .	77
c) Der deliktsrechtliche Schutz . . . . .	47	b) Die Unrichtigkeit der Auskunft . . . . .	79
3. Die dem Bankgeheimnis unterfallenden Informationen und Äußerungen		c) Sonstige Haftungsvoraussetzungen . . . . .	82
a) Der Wille des Kunden bzw. seines Stellvertreters oder Rechtsnachfolgers als primäres Kriterium . . . . .	48	d) Der Vorbehalt „unverbindlich“ oder „ohne unser Obligo“ . . . . .	84
b) Das Erfordernis eines Zusammenhangs mit der Geschäftsverbindung . . . . .	52	e) Die Rechtsfolgen einer falschen Auskunft . . . . .	86
4. Die Personen und Organe, denen gegenüber das Bankgeheimnis zu wahren ist		3. Die Haftung für eine unrichtige Auskunft gegenüber einem Nichtkunden	
a) Der Wille des Kunden bzw. seines Stellvertreters oder Rechtsnachfolgers als primäres Kriterium . . . . .	54	a) Dogmatische Grundlagen . . . . .	88
b) Das Verhältnis von Bankgeheimnis und Bankauskunft . . . . .	56	b) Die wichtigsten Fallgruppen: Wertpapierauskünfte und Kreditauskünfte . . . . .	91
c) Die Aufdeckung des Geheimnisses gegen den Willen des Kunden zugunsten anderer Privatrechtssubjekte . . . . .	58	c) Freizeichnungsklauseln . . . . .	95
d) Die Verschwiegenheitspflicht gegenüber staatlichen Organen und das aus dem Bankgeheimnis folgende Aussageverweigerungsrecht . . . . .	63	d) Deliktsansprüche . . . . .	96
e) Bankgeheimnis und Steuerrecht . . . . .	65	4. Die Haftung gegenüber demjenigen, über den eine Auskunft erteilt wird . . . . .	98
5. Die Rechtsfolgen einer Verletzung des Bankgeheimnisses		5. Die „Grundsätze für die Durchführung des Bankauskunftsverfahrens zwischen Kreditinstituten“ . . . . .	99 a
a) Schadensersatzansprüche und die Problematik der Ersatzfähigkeit des Schadens . . . . .	66	<b>III. Die Beratungs-, Warn- und Aufklärungspflichten der Bank</b>	
b) Sonstige Rechtsfolgen . . . . .	69	1. Die Haftung für die Erteilung eines falschen Rats oder einer falschen Empfehlung . . . . .	100
6. Die Ergänzung des Bankgeheimnisses durch das BDSchG . . . . .	72	2. Die Haftung für die Unterlassung eines Rats, einer Warnung oder einer Aufklärung	
a) Das Verhältnis von BDSchG und Bankgeheimnis . . . . .	72	a) Die Warnpflicht im bargeldlosen Zahlungsverkehr . . . . .	104
		b) Die Warnpflicht bei Kreditgeschäften . . . . .	109
		c) Die Pflicht zur Beratung und Aufklärung über Rechtsfragen . . . . .	115
		d) Informationspflichten bei Millionenkreditmeldungen gemäß § 14 KWG . . . . .	117 a
		<b>IV. Sonstige Verhaltenspflichten der Bank gegenüber ihren Kunden</b>	
		1. Die Treupflicht . . . . .	118

## 2. Abschnitt. Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank

	Rdn.				Rdn.
		2. Die Problematik der Gleichbehand- lungspflicht . . . . .	121		
		3. Kontroll- und Überwachungspflich- ten . . . . .	123		
		4. Organisationspflichten . . . . .	126		
V.		<b>Die Pflichten der Bank gegenüber „un- verbundenen“ Dritten</b>			
		1. Die Haftung aus § 823 BGB . . . . .	128	b)	Die Problematik des Vorsatzes, des Rechtswidrigkeitszusam- menhangs und der Geltendma- chung der Ansprüche . . . . .
		2. Die Haftung aus § 826 BGB			
		a) Fallgruppen und Grundsätze zur Konkretisierung von § 826 BGB	130	3.	Die Einstandspflicht der Bank für ihre Leute
				a)	Die Haftung für Verrichtungs- gehilfen gemäß § 831 BGB . . . . .
				b)	Die Haftung für Organe gemäß § 31 BGB . . . . .

### *Alphabetische Übersicht*

<p>Abrechnungsverkehr 108 Allgemeine Geschäftsbedingungen (Ziff. 10) 56 f, 75, 82, 84 f, 95, 103 Anderkonto 125 Arbeitnehmerbeteiligung 111 Arbeitsplatzverlust 68 Aufklärungspflichten 100 ff, s. Beratungspflicht Auskunftshaftung s. Bankauskunft Auskunftspflichten     gesetzliche 61—61 b, 76     aus Treu und Glauben 75 Auskunftsvertrag 77 f, 88 f Auslandsgeschäft 116 Ausageverweigerungsrecht 63 ff     Bundesaufsichtsamt f. d. Kreditwesen 64     Bundesbank 64     Bußgeldverfahren 64     Finanzbehörden 65     Strafprozeß 64     Zivilprozeß 63</p> <p>Bankauskunft     Ablehnung 59 f, 75, 79     AGB (Ziff. 10) 56 f, 75, 82, 84 f, 95, 103     für „alle, die es angeht“ 92 f     Anspruch auf Erteilung 75 ff     und Bankgeheimnis 56, 76, 79     Bank-zu-Bank-Auskunft 93     Einverständnis des Kunden 55 ff     „Grundsätze“ 99 a     Haftung gegenüber Nichtkunden 88 ff, 99     „ohne Obligo“ 84 f, 95     Rechtsscheinhaftung 87     Rückfragen 98     unrichtige 77 ff, 130     „unverbindliche“ 84 f, 95     Vertrauenshaftung 78 ff, 88 f</p> <p>Bankenerlaß 65 Bankgeheimnis 36 ff     bei Abtretung 61 a     gegenüber Aktionär 61 b Aufdeckung 58 ff     und Bankauskunft 56 f, 73, 76 deliktsrechtlicher Schutz 40 f Dritthaftung 46</p>	<p>Drittschutz 44 ff Eigeninteresse 62 Entbindung von Verschwiegenheitspflicht 60 a. E., 74 Erbe siehe Rechtsnachfolge Gegenstand 48 ff     und gesetzliche Auskunftsspflicht 61     im Giroverkehr 44 immanente Grenzen 58 ff     und Handelsbrauch 56     und Inkassobüro 61 a     bei Nichtigkeit des Vertrages mit dem Kunden 42 Personenkreis 54 f Pflichtenkollision 60     privatrechtliche Grundlagen 40 ff Rechtsfolgen der Verletzung 66 ff Rechtsnachfolge 43 Schutz der Bank 38 f Stellvertretung 43, 50 Treuhand 43     und überwiegende Eigeninteressen 62 verfassungsrechtlicher Schutz 36 ff     und Verkehrssitte 56     vor Vertragsschluß 42, 53     und Warnpflicht 105     und Zession 61 a</p> <p>Bankvertrag, allgemeiner 77 Beratungspflicht 63, 100 ff     Abzahlungsgeschäft 116     Abrechnungsverkehr 108     Beteiligungen 111 f     Börsentermingeschäft 116     Bürgschaft 112     Darlehen 111     devisenrechtliche Vorschriften 116     Giroverkehr 104 ff     Kreditaufnahme 113     Kreditgeschäft 109 ff     Rechtsfragen 111, 115 ff     Scheckverkehr 107     Steuerfragen 116     unrichtiger Rat 100     Unterlassung 103     Wechselverkehr 116</p> <p>Beratungsvertrag 100</p>
--	---

## 2. Abschnitt. Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank

- Berufsfreiheit der Bank 38 f
- Bezugsrecht 122
- Börsentermingeschäft 116
- Bürgschaft 112, 113
- BundesdatenschutzG 72 ff
- culpa in contrahendo 89, 91
  
- Datenschutz 72 ff
- Deliktsrecht 41, 47, 96, 99, 128 ff
- Depotsstimmrecht 122
- Diskriminierungsverbot 122
- Dritthaftung 46, 92
- Drittschadensliquidation 45, 93
- Drittsschutz 44 ff, 128 ff
  - Auskunft 88 ff, 98 f
  
- Ehepartner des Kunden 44, 54 f
- Eigentumsvorbehalt, verlängerter 133
- einstweilige Verfügung 66, 70, 73
- Entschuldigungsgründe, Geheimnisaufdeckung 58
- Erfüllungsgehilfen 83, 97, 111
- Evidenzmeldung 117 a
  
- Finanzierungsbestätigung 94
- Freizeichnungsklauseln 82, 84 f, 95, 103, 127
  
- Garantenstellung der Bank 81
- Geheimnisschutz s. Bankgeheimnis
- Geheimsphäre
  - Grundrechtsschutz 36
  - als sonstiges Recht i. S. v. § 823 I BGB 40, 47
- Geschäftsfähigkeit des Kunden 50, 124
- Geschäftsverbindung 52 f, 77 f
- Gesellschaft 44
- Gewerbebetrieb, Recht am eingerichteten und ausgeübten 41, 47, 96, 128
- Giroverkehr s. Überweisung
- Gläubigergefährdung 132
- Gleichbehandlungspflicht 121 f
- Grundsätze für die Bankauskunft 99 a
  
- Handelsbrauch 56
  
- Identitätskontrolle 124
- Intimsphäre, Grundrechtsschutz 36
- Investmentgeschäft 122
  
- Kaufleute 56
- Konkurs
  - Bankgeheimnis 51, 55
  - Geheimnisaufdeckung 63
  - des Kreditnehmers 110
  - des Kunden 51, 55, 130
  - des Scheckeinreichers 107
  - des Überweisungsempfängers 105
- Konkursverschleppung 131
- Kontokorrent 117
- Kontrahierungszwang 74 e
- Kontrollpflicht 123 ff
- Konzernzugehörigkeit 117 a
- Kreditauftrag 110, 117
- Kreditauskunft 56, 80, 91 ff, 109
  
- Kreditbetrug 59
- Kreditgeschäft, Warnpflicht 109 ff
- Kreditschädigung 97
- Kredittäuschung 130
- Kreditwürdigkeitsbescheinigung 92
- Kündigungsrecht 69
  
- Massen-KG 111, 125
- Millionenkreditmeldung 117 a
  
- Nothilfe 59
- Notwehr 59
- Nummernkonto 124
  
- Oder-Konto 117
- Organhaftung 140
- Organisationspflicht 126
  
- Persönlichkeitsrecht, allgemeines 37 ff, 41, 47, 55
- Pfandrecht aus AGB 117
  
- Rechtfertigungsgründe, Geheimnisaufdeckung 59 ff
- Rechtsmißbrauchseinwand 71
- Rechtsnachfolger 43, 55, 65 a
- Rechtswidrigkeitszusammenhang 138
- Rücktrittsrecht 69
  
- Sanierungsfälle 130
- Schadensersatz
  - Bankauskunft 77 ff
  - Geheimnisaufdeckung 66 ff
  - Schadensumfang 66 f
- Scheck
  - Auskunft 57, 80, 91
  - Einlösung 61
  - Gutschrift 133
  - ungedeckter 80
  - Veruntreuung 124
  - Warnpflicht 107, 117
- Scheckkartenscheck 107
- Scheckreiterei 134
- Scheckringverkehr 134
- Schneeballsystem 133
- Schufa 74
- Schuldverhältnis
  - gesetzliches 42, 53
  - ohne primäre Leistungspflicht 89
- Schutzwirkung zugunsten Dritter 44, 93
- Stellvertretung 43, 50, 55, 90, 124
- Steuern 65 f, 67, 116
- strafbare Handlung des Kunden 58, 64, 67
  
- Tod des Kunden
  - Bankgeheimnis 43, 51, 55, 65 a
- Treuhand 43, 45
- Treuhandkonto 125
- Treupflicht 118 ff
  
- Überweisung
  - Fälschung 124
  - unwiderrufliche 94
  - unzweckmäßige 104

## 2. Abschnitt. Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank

Verschwiegenheitspflicht 44  
Veruntreuung 106, 125  
Warnpflicht 104 ff  
Unterlassungsanspruch 70  
USA 62 mit Fn. 40

venire contra factum proprium 85  
Verbotsirrtum 60  
Vergleich s. Konkurs  
Verkehrssitte 56  
Vermögensschutz 129  
Verrechnungsscheck 61  
Verrichtungsgehilfen 139  
Vertragsbruch 133  
Vertrauenshaftung  
Bankauskunft 78 ff

Bankgeheimnis 42 ff  
Beratungspflicht 100  
Vorsatz 136 ff

Warnpflicht 63, 100 ff, s. Beratungspflicht  
Wechsel  
Auskunft 57, 80, 87, 91  
Einlösung 61  
Rechtsfragen 116  
Wertpapierauskunft 87, 91 ff, 100 ff  
Werturteile 49, 101  
Wettbewerbsverbot 120

Zahlungseinstellung s. u. Konkurs  
Zwangsversteigerung  
Auskunft 80  
Zwangsvollstreckung 66

### Literatur

*Avancini/Iro/Koziol* Österreichisches Bankvertragsrecht, 1987, Rdn. 2/1 ff und 3/1 ff; *Bärmann* Europäisches Geld-, Bank- und Börsenrecht Band 1, 1974, § 13 (bearbeitet von *Scheerer*); *Bosch* Das Bankgeheimnis im Konflikt zwischen US-Verfahrensrecht und deutschem Recht, IPRax 1984, 127 ff; *Cordes* Haftung für Kreditauskunft, BankArch. 1931, 161 ff; *derselbe* Die Kreditauskunft der Banken, BB 1949, 90; *Dammann/Stange* Reform des Datenschutzes im Kreditinformationssystem, ZIP 1986, 488 ff; *Danz* Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs, 1909; *Dechamps* Haftung wegen Kreditvergabe an solvenzschwache Unternehmen, Diss. Hamburg 1983; *Dirichs* Die Haftung der Banken für Rat und Auskunft, Diss. Münster 1976; *derselbe* Die Haftung für die Erteilung einer falschen Kreditauskunft bei Mitwirkung zweier Banken, WM 1976, 1078 ff; *Ebeling* Haftung für unrichtige Bankauskünfte, WM 1955, 1366 ff; *Eblers* Durchsuchung — Beschlagnahme — Bankgeheimnis BB 1978, S. 1513 ff; *Eisner* Das Bankgeheimnis im deutsch-amerikanischen Handelsverkehr, WM 1969, 198 ff; *Feuerborn* Bankgeheimnis und Bankauskunft, Sparkasse 1982, 87 ff; *Fischer* Neue Entwicklungen in der Haftung für Rat und Auskunft, in *Königden* (Hrsg.) Neue Entwicklungen im Bankhaftungsrecht, 1987, S. 95 ff; *Gaede* Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte, Diss. Köln 1970; *derselbe* Die vertragliche Haftung der Banken für Kreditauskünfte, NJW 1972, 926 ff; *Hamacher* Internationale Informationshilfe contra Bankgeheimnis, Die Bank 1985, 476 ff; *Herold/Lippisch* Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. 1962, S. 33 f und 41 ff; *Hoffmann/Riem* Steuerermittlung und Bankgeheimnis, Steuer und Wirtschaft, 1972, S. 127 ff; *H. Honsell* Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten, JuS 1976, 621 ff; *Kirchherr/Stützle* Aktuelle Probleme zu Bankgeheimnis und Bankauskunft, ZIP 1984, 515 ff; *Koch, Arwed* Banken und Bankgeschäfte, 1931, 306 ff; *derselbe* Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, 1932, S. 10 ff; *Koller* Sittenwidrigkeit der Gläubigergefährdung und Gläubigerbenachteiligung, JZ 1985, 1013 ff; *Kreutzer* Bankgeheimnis und Auskunftspflicht unter besonderer Berücksichtigung der rechtlichen Grundlagen, Diss. Würzburg 1956; *Lammel* Zur Auskunftshaftung, AcP 179 (1979), 337 ff; *Langohr* Datenschutz und Kreditgewerbe, Diss. Köln 1986; *Lerche* Bankgeheimnis — verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen, ZHR 149 (1985) 165 ff; *Lohmeyer* Das Bankgeheimnis und seine Durchbrechung im Steuerrecht, JR 1970, 248; *Lorenz* Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft, Festschrift für Larenz, 1973, S. 575 ff; *Maass* Information und Geheimnis im Zivilrecht, 1970 (allerdings ohne unmittelbare Behandlung des Bankgeheimnisses); *Mertens* Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung ZHR 143 (1979), S. 174 ff; *Mielke* Das Bankgeheimnis gegenüber Behörden, Die AG 1964, 182; *Müller* Die Grenzen des Bankgeheimnisses, NJW 1963, 833 ff; *Musielak* Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 1974; *derselbe* Die Haftung der Banken für falsche Kreditauskünfte, VersR 1977, 973 ff; *derselbe* Die Bankauskunft nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland, in *Hadding/Schneider* (Hrsg.) Bankgeheimnis und Bankauskunft . . ., 1986, S. 9 ff (zit. *Musielak*); *Neustätter* Die Kontokorrentbedingungen der Banken, 1921, 65 ff; *Obermüller* Zahlungsverkehr bei Insolvenz des Empfängers

## I. Das Bankgeheimnis

— Warnpflichten der Empfängerbank? ZIP 1981, 1045 ff; *Pikart* Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung für Ratschläge und Auskünfte, WM 1966, 698 ff; *Prost* Bankgeheimnis und neues Strafprozeßrecht, NJW 1976, S. 214 f; *Raiser, Ludwig* Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, 133 ff; *Rech* Die strafrechtliche Sicherung des Bankgeheimnisses, ZKW 1962, 156; *Rehbein* Rechtsfragen zum Bankgeheimnis, ZHR 149 (1985) 139 ff; *Rössler* Bankgeheimnis und Auskunftspflicht der Kreditinstitute gegenüber den Finanzverwaltungsbehörden, NJW 1968, 1998 ff; *Roy* Haftung des Darlehensgebers eines Unternehmens gegenüber den Drittgläubigern des Gemeinschuldners im deutschen, amerikanischen und französischen Recht, Diss. Gießen 1986; *Rümker* Gläubigerbenachteiligung durch Gewährung und Belassung von Krediten, ZHR 143 (1979) S. 195 ff; *Ruppelt* Das Bankgeheimnis, Diss. Köln 1959; *Schaudwet* Bankenkotokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1967, S. 29 ff; *Scheerer* Probleme der Haftung der Kreditinstitute für die Erteilung von Auskünften in Deutschland und Frankreich unter besonderer Berücksichtigung der Haftungsfreizeichnungsklauseln, Festschrift für Bärmann, 1975, S. 801 ff; *Reimer Schmidt* Das Bankgeheimnis im Spannungsfeld zwischen privatem und öffentlichem Recht, WirtschaftsR 1972, 127 ff; *Schönle* Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. 1976, §§ 3 und 5; *Schraepler* Kreditauskunft — Einschränkung des Bankgeheimnisses, NJW 1972, 1826 ff; *Schütz* Die Sorgfaltspflicht des Bankkunden, JR 1960, 444 ff; *Selmer* Steuerrecht und Bankgeheimnis, 1981; *Sichtermann* Bankgeheimnis und Bankauskunft, 3. Aufl. 1984; *derselbe* Das Bankgeheimnis als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, MDR 1965, 697 ff; *derselbe* Strafverfahren und Bankgeheimnis, NJW 1968, 1996 ff; *derselbe* Die Grenzen des Bankgeheimnisses — eine Entgegnung, ZKW 1963, 642; *derselbe* Das Bankgeheimnis in den europ. Gemeinschaften, ZKW 1965, 1080; *derselbe* Neue Fragen zum Thema Bankgeheimnis, ZKW 1968, 1063; *Steindorff* Zivilrechtliche Grundfragen von Bankgeheimnis, Bankauskunft und Persönlichkeitsschutz, ZHR 149 (1985) 151 ff; *Stoll* Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen, Festschrift für Flume, 1978, S. 741 ff, insbesondere S. 764 ff; *Stolz* Die Kreditauskunft der Banken, Diss. Köln 1966; *Subr* Schadensersatzhaftung für Rat und Auskunft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Diss. Hamburg 1969; *Tepe* Die Haftung des Bankiers für die Erteilung von Rat, Empfehlung und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung der Haftung für die Empfehlung von Wertpapieren, Diss. Göttingen 1931; *Thilo* Bankgeheimnis, Bankauskunft und Datenschutzgesetz, NJW 1984, 582 ff; *Ungnade* Bankgeheimnis gegenüber den Strafverfolgungsbehörden, WM 1976, 1210 ff; *Ungnade/Gorynia* Datenschutz und Kreditgewerbe, WM 1983 Sonderbeilage Nr. 7; *Weber* Neue Grundsätze über die Erteilung von Bankauskünften, Die Bank 1983, 182 ff; *Welser* Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 1983 (vorwiegend zum österreichischen Recht); *Wolff* Die Geheimhaltungspflicht der Banken, DB 1968, 695 ff; *derselbe* Bankgeheimnis und Kreditauskunft, Die AG 1968, 286 ff; *Zöllner* Datenschutzrechtliche Aspekte der Bankauskunft, ZHR 149 (1985) 179 ff.

### I. Das Bankgeheimnis

#### 1. Die Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses

##### a) Verfassungsrechtliche Grundlagen

Das Bankgeheimnis ist in mehrfacher Hinsicht verfassungsrechtlich abgesichert, da **36** es sich sowohl auf Grundrechte des Kunden als auch auf Grundrechte der Bank zurückführen läßt. Hinsichtlich des Kunden wird im Schrifttum meist auf das „**allgemeine Persönlichkeitsrecht**“ und dessen Verankerung in den Art. 1 und 2 GG abgestellt<sup>1</sup>. Aus diesem wird von manchen Autoren ein **Recht auf Schutz der Geheimsphäre** mit dem Rang eines „verfassungsrechtlich anerkannten Grundrechts jeder Person“ abgeleitet (*Sichtermann* MDR 1965 697). Dabei wird der Begriff der Geheimsphäre außerordentlich weit gefaßt, da zu dieser alles gehören soll, „was der einzelne erkennbar geheimhält“ (*Hubmann* JZ 1957 524; ihm folgend *Sichtermann* aaO). Andererseits wird die

<sup>1</sup> Vgl. vor allem *Kreutzer* S. 14 ff und S. 23 ff; *Ruppelt* S. 98 und S. 124; *Sichtermann* MDR 1965,

697 ff; *Schönle* § 5 I 1; *Lerche* ZHR 149 (1985) 174 f.

Geheimsphäre ohne weiteres mit der „Intimsphäre“ gleichgesetzt (vgl. *Sichtermann* MDR 1965 697 Fn. 6).

Damit wird der verfassungsrechtliche Schutz des Bankgeheimnisses indessen überspannt. Der Schutz der Intimsphäre ist nämlich ein Unterfall des Schutzes der **Menschenwürde** i. S. von Art. 1 GG. Aus diesem fundamentalsten aller Verfassungsgüter aber läßt sich, will man nicht „Heiligtümer in Vorhöfe zerrén“, keinesfalls ein Recht auf Schutz alles dessen ableiten, „was der einzelne erkennbar geheimhält“. Es geht denn auch beim Schutz der „Intimsphäre“ in Wahrheit nicht um diese allgemeine, höchst diffuse Geheimsphäre, sondern um einen wesentlich elementarerem Bereich der Person. Das machen die „klassischen“ Beispiele für Verletzungen der Intimsphäre ohne weiteres deutlich: gedacht ist dabei zum einen an den Schutz gegen die unbefugte Verwendung von höchstpersönlichen Äußerungen wie z. B. Tagebüchern und Privatbriefen, die die „geheimsten“ und „innersten“ Regungen der Person enthalten können und diese gewissermaßen in ihrem „Wesen“ preisgeben, und zum anderen an den Schutz gegen ein heimliches Eindringen in den persönlichen Lebensbereich und gegen ein heimliches Festhalten „unmittelbarer“ und „spontaner“ Kundgebungen der Person durch Minuspione, verborgene Kameras, heimliche Tonbandaufnahmen usw. Es liegt auf der Hand, daß die Problematik des Bankgeheimnisses grundlegend anders strukturiert ist. Denn es fehlt hier regelmäßig sowohl am Merkmal der Höchstpersönlichkeit als auch an einer Kundgebung aus dem unmittelbaren Persönlichkeitsbereich, da das Bankgeheimnis grundsätzlich lediglich *vermögensbezogen* ist. Zwar kann auch bei Eingriffen in ein Geheimnis die Würde des Menschen tangiert sein, doch wird man das nur dann annehmen können, wenn dieses Geheimnis höchstpersönlichen Charakter hat und sich auf den Elementarbereich der Person bezieht. Daher könnten zwar staatliche Eingriffe in das Beichtgeheimnis oder in das Berufsgeheimnis des Arztes u. U. Verstöße gegen Art. 1 GG darstellen, grundsätzlich aber nicht Eingriffe in das Bankgeheimnis, soweit dieses nicht ausnahmsweise Vorgänge aus der Intimsphäre betrifft, was im Einzelfall vorkommen kann, aber nicht die Regel ist; die verschiedenen Berufsgeheimnisse lassen sich eben verfassungsrechtlich nicht einheitlich beurteilen, wie ihr Schutz ja derzeit auch auf der Ebene des einfachen Gesetzes durchaus unterschiedlich ausgestaltet ist. Im vermögensrechtlichen und insbesondere im wirtschaftlich-geschäftlichen Bereich dürfte somit ein Geheimnisschutz aus Art. 1 GG regelmäßig nicht abzuleiten sein — von hier nicht relevanten extremen Ausnahmefällen wie einer allgemeinen staatlichen „Vermögens- und Wirtschaftsschnüffelei“ einmal abgesehen. Es geht jedenfalls nicht an, die für die Respektierung der Intimsphäre entwickelten Grundsätze auf Vorgänge des Wirtschaftslebens zu übertragen (so mit Recht auch BGHZ 36 77, 80). Auf Art. 1 GG läßt sich der verfassungsrechtliche Schutz des Bankgeheimnisses folglich grundsätzlich nicht stützen<sup>2</sup>.

**37** Es bleibt daher nur der Rückgriff auf das **Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit** i. S. von Art. 2 I GG. In der Tat gewährleistet dieses grundsätzlich einen verfas-

<sup>2</sup> Ebenso *Selmer* Steuerrecht und Bankgeheimnis, 1981, S. 7 f; *Sichtermann/Kirchherr* S. 42 und S. 44; *Rehbein* ZHR 149 (1985) 144. Kritisch *Lerche* ZHR 149 (1985) 174, der „Art 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 GG“ heranziehen will, diese — aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht stammende — Formulierung jedoch selbst als „unklar“, wenn auch als „sympathisch-unklar“ bezeichnet und sie dahin deutet, daß „auch für die

nicht unmittelbar von Art. 1 Abs. 1 GG grundrechtlich erfaßten Schichten des Persönlichkeitsrechts je nach ihrer Nähe zum unantastbaren Bereich die Anforderungen an die Einschränkbarkeiten entsprechend ansteigen“ (aaO Fn. 41); dem ist entgegenzuhalten, daß das Bankgeheimnis wegen seines ganz überwiegend *vermögensbezogenen* Charakters im Regelfall eben keine „Nähe zu dem unantastbaren Bereich“ hat.

sungsrechtlichen Schutz des Bankgeheimnisses. Denn Art. 2 GG verbürgt die allgemeine menschliche Handlungsfreiheit in allen Bereichen (vgl. BVerfGE 6 36) und umfaßt daher ohne weiteres auch den Schutz des Bankgeheimnisses. Des näheren geht es dabei um zwei besondere Erscheinungsformen der menschlichen Freiheit: zum einen um die *Möglichkeit, sich vorbehalt- und gefahrlos einem anderen anzuvertrauen* und bei ihm Rat und Unterstützung zu suchen, und zum zweiten um die *Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und die Vertragsfreiheit*; letztere wird durch staatliche Eingriffe in das Bankgeheimnis deshalb eingeschränkt, weil dadurch den Parteien eine umfassende rechtsgeschäftliche Absicherung des Bankgeheimnisses (z. B. durch ein vertragliches Aussageverbot und dgl.) unmöglich gemacht wird. Darüber hinaus dürfte das Bankgeheimnis nicht nur durch die allgemeine menschliche Handlungsfreiheit, sondern auch durch das Recht auf *informationelle Selbstbestimmung* gedeckt sein. Denn dieses beinhaltet die „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“ (vgl. BVerfGE 65 1, 41 f), und zu diesen gehören grundsätzlich auch wirtschaftliche Angelegenheiten, da „persönlich“ nicht eng im Sinne von „höchstpersönlich“ oder auch nur „personal“ verstanden werden darf. Daraus zu schließen, daß das Bankgeheimnis verfassungsrechtlich zur „engeren Persönlichkeitssphäre“ gehört (so *Lerche* ZHR 149 174 f), geht jedoch wegen dessen ganz überwiegend vermögensbezogenen Charakters zu weit.

Der Schutz des Art. 2 I GG ist allerdings erheblich schwächer als der des Art. 1 GG, weil Art. 2 aufgrund der „Schrankentrias“ des Abs. 1 HS 2 wesentlich weitergehende Einschränkungen zuläßt. Vor allem wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht unter der „verfassungsmäßigen Ordnung“ i. S. des Art. 2 jede formell und materiell verfassungsmäßige Norm versteht (vgl. BVerfGE 6 38), ist für gesetzgeberische Eingriffe in das Bankgeheimnis ein verhältnismäßig breiter Spielraum gegeben. Art. 2 I GG ist jedoch auch bei dieser Sichtweise nicht „leerlaufend“, so daß der auf ihn gestützte verfassungsrechtliche Schutz des Bankgeheimnisses trotz der weitgehenden Einschränkungsmöglichkeiten keineswegs wertlos ist; das gilt um so mehr, als das BVerfG auch bei Art. 2 die Kriterien der Zumutbarkeit und der Verhältnismäßigkeit heranzieht und dadurch der Vorschrift mittelbar einen eigenständigen materiellen Gehalt zurückgibt (vgl. z. B. BVerfGE 29 221, 242; 38 281, 302 f; 44 353, 373). Demgemäß unterliegen staatliche Eingriffe in das Bankgeheimnis grundsätzlich dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot (so auch *Selmer* S. 5, 10, 86 ff; *Lerche* ZHR 149 175 f). Soweit das Bankgeheimnis allerdings auch im Verhältnis zu anderen Privatrechtssubjekten verfassungsrechtliche Wirkungen entfaltet (vgl. dazu eingehend *Lerche* aaO S. 167 ff), kommt Art. 2 I GG grundsätzlich nicht in seiner Funktion als Eingriffsverbot und Abwehrrecht, sondern nur in seiner Funktion als Schutzgebot zum Zuge und zieht dabei nicht die Anwendung des Übermaßverbotes, sondern nur die eines Untermaßverbotes nach sich, das lediglich das unerläßliche Schutzminimum gewährleistet (vgl. dazu, wengleich ohne unmittelbaren Bezug auf das Bankgeheimnis, *Canaris* AcP 184 225 ff, insbesondere S. 231 f; gegen eine unmittelbare „Drittwirkung“ des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung OLG Düsseldorf WM 1985 1220).

Außer Grundrechten des Kunden können auch **Grundrechte der Bank** durch Eingriffe in das Bankgeheimnis verletzt sein. Praktische Bedeutung hat das u. a. deshalb, weil dadurch auch die Bank die Möglichkeit zur Erhebung einer Verfassungsbeschwerde erhält. Zu denken ist dabei zunächst wieder an das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit; denn auch auf seiten der Bank stellen Eingriffe in das Bankgeheimnis Einschränkungen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit und der Vertragsfreiheit dar. Allerdings dürfte insoweit das Grundrecht der **Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG** als

Sondergrundrecht vorgehen, so daß ein Rückgriff auf Art. 2 I GG weder erforderlich noch möglich ist. Die Einhaltung des Bankgeheimnisses ist nämlich für eine ungestörte Tätigkeit der Banken grundsätzlich unerlässlich, weil andernfalls die Kunden der Bank nicht das nötige Vertrauen entgegenbringen und ihr nicht in dem erforderlichen Ausmaß ihre Vermögensangelegenheiten aufdecken könnten. Gesetzliche Durchbrechungen des Bankgeheimnisses können daher Eingriffe in die Berufsfreiheit der Banken darstellen<sup>3</sup>. Daß sie i. d. R. keine unmittelbar berufsregelnde Tendenz haben, steht nicht ohne weiteres entgegen, da in den Schutzbereich von Art. 12 GG auch mittelbare Beeinträchtigungen fallen können (vgl. auch BVerfGE 46 120, 137 f.).

Freilich handelt es sich dabei grundsätzlich lediglich um eine Regelung der *Berufsausübung* i. S. von Art. 12 I 2 GG, so daß der in dieser Vorschrift enthaltene Gesetzesvorbehalt uneingeschränkt zum Zuge kommt. Das bedeutet jedoch nicht, daß dem Gesetzgeber jede beliebige Einschränkung des Bankgeheimnisses offen steht. Vielmehr ist er auch im Rahmen des Art. 12 I 2 GG an die Grenzen des „Übermaßverbots“ gebunden. Der Eingriff darf also nicht übermäßig belastend und unzumutbar sein (vgl. BVerfGE 18 361 f), sondern muß durch „sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“ gerechtfertigt werden (vgl. BVerfGE 7 405 f; 9 221 f; 10 197; 14 22). Außerdem ist zu bedenken, daß der Übergang zwischen Regelungen der *Berufsausübung* und Eingriffen in die Berufswahl fließend ist und daß der verfassungsrechtliche Schutz sich daher nach der vom BVerfG entwickelten „Stufentheorie“ zunehmend verstärkt, je mehr die Berufswahl berührt wird. Gesetzgeberische Durchbrechungen des Bankgeheimnisses sind daher, je mehr sie die Funktionsfähigkeit der Banken in Frage stellen, desto strengeren Voraussetzungen unterworfen.

**39 Zusammenfassend** ergibt sich: Das Bankgeheimnis ist auf seiten des Kunden durch Art. 2 I GG und auf seiten der Bank durch Art. 12 I GG geschützt. Gesetzgeberische Eingriffe in das Bankgeheimnis sind daher grundsätzlich in verhältnismäßig weitem Umfang möglich, da für Art. 2 I GG nur die Schranke der „verfassungsmäßigen Ordnung“ besteht und Regelungen der Berufsausübung dem Gesetzesvorbehalt nach Art. 12 I 2 GG unterliegen. Sie müssen jedoch in jedem Falle mit dem „Übermaßverbot“ vereinbar sein und auf „sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls“ beruhen. Strengere Maßstäbe wie z. B. das Erfordernis, daß der Eingriff zur Durchsetzung von „überragenden Forderungen des Gemeinwohls unabdingbar und zwingend geboten ist“, bestehen dagegen grundsätzlich nicht (unrichtig daher *Sichtermann* MDR 1965 698 Sp. 2 und, ihm folgend, *Eblers* BB 1978 1515); eine derartige Verschärfung der Voraussetzungen kommt vielmehr nur in Ausnahmefällen in Betracht, in denen der Eingriff in das Bankgeheimnis nicht nur die *Berufsausübung* der Banken einschränkt, sondern so weit geht, daß er sogar die *Berufswahl* berührt oder in den Kern des Persönlichkeitsrechts des Kunden eingreift.

Was die **derzeit geltenden Durchbrechungen des Bankgeheimnisses** betrifft (vgl. zu diesen näher unten Rdn. 61 ff und 66 ff), so kann man zwar nicht sagen, daß sich deren Verfassungswidrigkeit im Lichte dieser Kriterien geradezu aufdrängt, doch ist andererseits den im Schrifttum geäußerten Bedenken die Berechtigung keineswegs ohne weiteres abzusprechen<sup>4</sup>. Wegen der besonderen Schwierigkeiten, die eine Prüfung am Maßstabe des Übermaßverbots stets mit sich bringt, dürfte endgültige Klarheit erst durch

<sup>3</sup> Ebenso LG Hamburg NJW 1978, 958, 959; *Selmer* S. 9; *Sichtermann/Kirchherr* S. 45; *Lerche* ZHR 149 (1985) 165; *Rehbein* ZHR 149 (1985) 145; zu sonstigen Berufsgeheimnissen vgl. *Maass* S. 52 m. w. Nachw.

<sup>4</sup> Vgl. vor allem *Sichtermann* MDR 1965, 699 f; wesentlich zurückhaltender *Mielke* Die AG 1964, 182 f; jeden Verfassungsverstoß ablehnend *Kreutzer* S. 64 ff und *Schmidt* WiR 1972, 140 ff, 145 f.

subtile Einzeluntersuchungen<sup>5</sup> oder eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu gewinnen sein.

### b) Die privatrechtlichen Grundlagen

Die privatrechtlichen Grundlagen des Bankgeheimnisses sind durch dessen verfassungsrechtlichen Schutz nicht determiniert. Zwar mag sich aus diesem das grundsätzliche Gebot ergeben, das Bankgeheimnis auch privatrechtlich in irgendeiner Form zu schützen, doch bleibt die Ausgestaltung dieses Schutzes im einzelnen dem einfachen Gesetz überlassen (vgl. auch oben Rdn. 37 a. E.). Sie hat daher mit privatrechtskonformen und privatrechtsimmanenten Mitteln zu erfolgen. Insoweit liegt es nun zunächst nahe, den Schutz des Bankgeheimnisses auf ein **subjektives Recht an der Geheimsphäre** zurückzuführen und dieses als „sonstiges Recht“ i. S. von § 823 I BGB anzusehen<sup>6</sup>. Ein solches Recht gibt es indessen de lege lata nicht (vgl. zuletzt *Maass* S. 20 ff und S. 107 ff m. umfass. Nachw. zum Streitstand). Das folgt schon daraus, daß ein derartiges „Recht“ nicht die für ein „sonstiges Recht“ i. S. von § 823 I BGB erforderliche tatbestandliche Bestimmtheit und Offenkundigkeit besäße und daher mit dem System des geltenden Deliktsrechts nicht vereinbar wäre. Das gilt in verstärktem Maße, soweit es wie beim Bankgeheimnis nicht um die persönliche Sphäre im engeren Sinne, sondern um die Verwaltung des Vermögens und um den Bereich der gewerblichen und beruflichen Betätigung geht. Hier würde die Anerkennung eines Rechts an der Geheimsphäre als eines subjektiven Rechts i. S. von § 823 I BGB nämlich zu einem dazu führen, daß entgegen der unzweifelhaften Intention des Gesetzes auch allgemeine Vermögensschäden generell zu Deliktsansprüchen führen würden — und zwar schon bei lediglich fahrlässiger Weitergabe eines Geheimnisses, das der Schädiger vielleicht nicht einmal als ein solches erkannt hatte; und zum anderen wäre eine derartige Konstruktion auch mit den Grundprinzipien der geltenden Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung unvereinbar, da dieser ein solch umfassender Geheimnisschutz fremd ist und da er mit der hier herrschenden grundsätzlichen Freiheit der übrigen Rechtssubjekte in Widerspruch stände (vgl. auch BGHZ 36 77, 80 f; *Maass* S. 93 ff und S. 138 ff m. Nachw.). Die Geheimsphäre im allgemeinen und das Bankgeheimnis im besonderen genießen daher den Schutz eines subjektiven Rechts nicht schon als solche, sondern nur insoweit, als sie sich einem der anerkannten subjektiven Rechte unterordnen lassen (ebenso *Steindorff* ZHR 149 154).

Dabei ist in erster Linie auf das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** — wenn auch nicht auf dessen besondere Ausprägung in Form eines Rechts an der Intimsphäre (vgl. oben Rdn. 36 a. E.) — sowie auf das **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** zurückzugreifen. Was insbesondere das letztere betrifft, so ist in der Rechtsprechung heute anerkannt, daß es nicht nur den Bestand des Gewerbebetriebs, sondern auch dessen einzelne Erscheinungsformen umfaßt und alles einschließt, „was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Gewerbebetriebs ausmacht“ (BGHZ 23 157, 163); dazu gehören auch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Dieser Schutz ist jedoch ziemlich beschränkt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht am Gewerbebetrieb haben nämlich anders als die „klassischen“ in § 823 I genannten Rechte *keine rechtswidrigkeits-indizierende Funktion*, sondern stellen lediglich Bezugspunkte für die Entwicklung deliktischer Verhaltensnormen dar. Die Rechtswidrigkeit der schädi-

<sup>5</sup> Für Teilaspekte der steuerrechtlichen Problematik vgl. immerhin *Selmer* S. 85 ff, 106 ff, 126 ff; *Sichtermann/Kirchherr* S. 48 ff, 52 ff.

<sup>6</sup> So in der Tat *Kreutzer* S. 21 ff; *Sichtermann* MDR 1965, 697 f; *Schönle* § 5 I 1; *Liesecke* WM 1975, 247.

genden Handlung muß daher in jedem Einzelfall positiv festgestellt und besonders begründet werden, wobei es regelmäßig auf eine *Güter- und Interessenabwägung* ankommt. Bei der Verletzung eines Geheimnisses kann das Rechtswidrigkeitsurteil dabei entweder darauf gestützt werden, daß das Geheimnis *unbefugt erlangt* wurde (z. B. durch „Ausspähung“ oder durch „Ausnutzung fremden Geheimnisbruchs“), oder darauf, daß bei seiner *Weitergabe* gegen allgemeine Verhaltenspflichten verstoßen wurde (vgl. näher *Maass* S. 112 f und 138 f bzw. S. 144 ff m. Nachw.; vgl. auch unten Rdn. 47).

Eine gewisse Intensivierung des persönlichkeitsrechtlichen Schutzes läßt sich allerdings erreichen, wenn man § 22 KUG analog anwendet. Das wird mit der Begründung vorgeschlagen, diese Vorschrift erfasse in analoger Anwendung auch die Verbreitung des Charakterbildes einer Person und ein solches sei auch das Urteil über die Kreditwürdigkeit; zumindest müsse das Bankgeheimnis für den Bankkunden durch dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht so geschützt werden wie das Recht am eigenen Bild durch § 22 KUG (so *Steindorff* ZHR 149 155 f). Die Konsequenz ist, daß es zur Feststellung der Rechtswidrigkeit keiner Güter- und Interessenabwägung bedarf, sondern daß die Rechtswidrigkeit indiziert wird, soweit nicht der Ausnahmetatbestand des § 23 KUG eingreift. Freilich ist dieser Schutz nur lückenhaft. So greift er nicht ein, wenn nur eine einzelne Tatsache mitgeteilt wird, die keinen Rückschluß auf die Kreditwürdigkeit erlaubt. Selbst wenn ein solcher möglich ist, versagt die Analogie zu § 22 KUG, sofern es an einer „Verbreitung“ fehlt wie z. B., wenn nur ein einzelner Gläubiger des Bankkunden von der Bank informiert wird. Darüber hinaus ist die Analogie zu § 22 KUG auf natürliche Personen beschränkt, obwohl sich die Notwendigkeit eines Geheimnisschutzes bei juristischen Personen, oHG und KG in prinzipiell gleicher Weise stellt. Ein umfassender Deliktsschutz ist daher auf diesem Wege nicht zu erreichen.

Neben den persönlichkeitsrechtlichen Schutz tritt bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten die Haftung wegen **Schutzgesetzverletzung nach § 823 II BGB i. V. m. § 203 II StGB**, doch ist auch dieser Deliktsschutz nicht umfassend, da er gemäß § 15 StGB nur bei vorsätzlichem Geheimnisbruch in Betracht kommt. Für privatrechtlich organisierte Kreditinstitute enthalten zwar die §§ 404 AktG, 85 GmbHG und 151 GenG ebenfalls einen strafrechtlichen Schutz gegen Geheimnisbruch, doch läßt sich auf diese Vorschriften auch dann, wenn man das Bankgeheimnis in ihren Schutzbereich einbezieht (so *Bosch* IPRax 1984 60), ein zivilrechtlicher Anspruch des Bankkunden nicht stützen. Denn sie stellen nach herrschender und richtiger Ansicht keine Schutzgesetze im Sinne von § 823 II BGB zugunsten der Gesellschaftsgläubiger dar (vgl. z. B. *Geilen* Kölner Komm. zum AktG, 1983 § 404 Rdn. 11 m. Nachw.); das folgt daraus, daß sie nach ihrem klaren Wortlaut nur für Geheimnisse „der Gesellschaft“ bzw. „der Genossenschaft“ gelten und nur auf deren Antrag verfolgt werden.

- 42** Umfassender als der deliktsrechtliche Schutz des Bankgeheimnisses ist der Schutz, der aus der „Sonderbeziehung“ zwischen Bank und Kunden folgt. Dieser stellt *de lege lata* den primären, um nicht zu sagen „eentlichen“ Schutz des Bankgeheimnisses dar. Rspr. und h. L. gründen ihn auf die **vertraglichen Beziehungen** des Kunden zur Bank<sup>7</sup>. Das ist jedoch weder dogmatisch folgerichtig noch praktisch befriedigend. Zutreffend ist demgegenüber, daß es sich hier um einen **Unterfall der auf der Geschäftsverbindung beruhenden Vertrauenshaftung der Bank** handelt (vgl. oben Rdn. 12 ff). Das stimmt nicht nur mit der Erkenntnis überein, daß es ganz allgemein beim Geheimnisschutz

<sup>7</sup> Vgl. BGHZ 27, 241, 246; BGH DB 1953, 1031 unter 1; Dresden OLG 1940, 377; OLG Karlsruhe WM 1971, 486, 487; *Müller-Erzbach* S. 651; *von Gierke* § 62 III 2; *Kreutzer* S. 29 ff; *Schönle*

§ 5 I 1; *Stolz* S. 14; *Müller* NJW 1963, 835; *Wolff* DB 1968, 695 f; *Schraepfer* NJW 1972, 1838; *Schmidt* WiR 1972, 133; *Liesecke* WM 1975, 247; *Sichtermann/Kirchherr* S. 111 ff.

grundsätzlich um ein Problem des Vertrauensschutzes geht<sup>8</sup>, sondern es wird auch durch eine Reihe von Einzelheiten aus dem Bereich des Bankgeheimnisses bestätigt. So ist z. B. anerkannt, daß dieses schon im *vorvertraglichen Stadium* geschützt ist<sup>9</sup>, obwohl hier noch kein Vertrag, sondern nur ein gesetzliches Schuldverhältnis aus rechtsgeschäftlichem Kontakt vorliegt und obwohl daher ein Bruch des Bankgeheimnisses keine Vertragshaftung, sondern nur eine Vertrauenshaftung zur Folge haben kann. Ebenso steht außer Streit, daß die Haftung für eine Verletzung des Bankgeheimnisses von der *Nichtigkeit des Vertrags* zwischen der Bank und dem Kunden grundsätzlich nicht berührt wird<sup>10</sup> und daß die Bank das Geheimnis nicht im Zusammenhang mit einem bestimmten Einzelvertrag, sondern lediglich *im Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung als solcher* erfahren haben muß<sup>11</sup>. Mitunter wird denn auch ausdrücklich das Vertrauensverhältnis zwischen der Bank und ihrem Kunden als Grundlage der Geheimhaltungspflicht bezeichnet<sup>12</sup>, doch wird dieses nicht klar von den spezifisch vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien getrennt. Dogmatisch folgerichtig ist demgegenüber allein die hier vertretene Ansicht, wonach die Schutzpflichten, also auch die Verschwiegenheitspflicht der Bank, ihre Grundlage in dem durch den rechtsgeschäftlichen Kontakt begründeten „gesetzlichen Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“ haben<sup>13</sup> und bei ihrer Verletzung zu einer Vertrauenshaftung führen (vgl. oben Rdn. 12 ff).

## 2. Die geschützten Personen

### a) Der Kunde als Geheimnisträger

Der Kreis der geschützten Personen wird grundsätzlich durch die Anspruchsgrundlage bestimmt. Der deliktsrechtliche Schutz (vgl. oben Rdn. 41) besteht also für jedermann, der vertrauensrechtliche Schutz (vgl. oben Rdn. 42) nur für denjenigen, der innerhalb der erforderlichen Sonderverbindung mit der Bank steht. Das ist grundsätzlich der **Kunde**. Demgemäß ist bei **Stellvertretung** als Geheimnisträger der Vertretene und nicht der Vertreter anzusehen. Letzterer kommt folglich nur im Rahmen der unten Rdn. 44 ff entwickelten Grundsätze in den Genuß des Geheimnisschutzes. Die Bank wird daher durch das Bankgeheimnis z. B. nicht gehindert, den Vertretenen zu warnen, wenn ihr Anhaltspunkte für ein mißbräuchliches Verhalten des Vertreters vorliegen. Dagegen ist bei der **Vollrechtstreuhand** der Treuhänder und nicht der Treugeber Geheimnisträger, da nur mit ersterem die Geschäftsverbindung (bzw. der sonstige rechtsgeschäftliche Kontakt) besteht. Folglich fällt ein mißbräuchliches Verhalten eines Treuhänders anders als das eines Stellvertreters grundsätzlich in den Schutzbereich des Bankgeheimnisses, so daß eine Warnung des Treugebers nur bei Vorliegen der unten Rdn. 61 ff herausgearbeiteten Voraussetzungen zulässig ist. Bei einer **rechtsgeschäftlichen Nachfolge** wie z. B. bei Zession einer Guthabenforderung oder bei Übertragung eines Depots nach § 931 BGB wird (auch) der Rechtsnachfolger geschützt. Auch zugunsten des **Erben** gilt grundsätzlich das Bankgeheimnis (vgl. aber auch unten Rdn. 55).

### b) Möglichkeiten zur Erstreckung des Schutzes auf Dritte

Für eine Erstreckung des Geheimnisschutzes auf Dritte bietet sich in erster Linie die **44**

<sup>8</sup> Vgl. *Maass* S. 47 ff und S. 139, 143, der daraus jedoch nicht die erforderlichen dogmatischen Konsequenzen zieht.

<sup>9</sup> Vgl. z. B. *BGH DB* 1953, 1031 unter 1; *Wolff DB* 1968, 696; *Sichtermann/Kirchherr* S. 122 f.

<sup>10</sup> Vgl. z. B. *Wolff DB* 1968, 696; *Sichtermann/Kirchherr* S. 123 f.

<sup>11</sup> Vgl. *Sichtermann/Kirchherr* S. 126 ff.

<sup>12</sup> Vgl. z. B. *RG BankArch.* 34, 326 = *HRR* 1935 Nr. 662; *Herold/Lippisch* S. 41.

<sup>13</sup> Zustimmung *Steindorff ZHR* 149 (1985) 153 f.; *H. J. Becker Der Bankenerlaß*, 1983, S. 120; *Avancini Rdn.* 2/2.

**Lehre von den Schutzwirkungen zugunsten Dritter** an (vgl. dazu oben Rdn. 21 ff). Zu denken ist z. B. an Fälle, in denen die Bank durch die Geschäftsverbindung mit ihrem Kunden ein Geheimnis von dessen **Ehepartner** oder ein Geheimnis einer **Personengesellschaft**, deren Mitglied der Kunde ist, erfährt<sup>14</sup> (vgl. auch oben Rdn. 23). Das Rechtsverhältnis, an das die Schutzwirkungen anknüpfen, braucht indessen nicht das zwischen der Bank und ihrem Kunden zu sein, sondern kann auch das mehrerer Banken untereinander sein; in diesem Falle kann dann **der Kunde selbst** sich in der Position des geschützten Dritten befinden (vgl. auch oben Rdn. 25). Ein Beispiel dieser Art liegt etwa vor, wenn eine Bank wegen eines **Auskunftsbegehrens** bei einer anderen Bank rückfragt und ihr dabei ein Geheimnis des auskunftssuchenden Kunden offenbart: verletzt die zweite Bank das Geheimnis, so hat der Kunde — vorbehaltlich eines weitergeleiteten Haftungsausschlusses — einen eigenen Anspruch gegen sie (a. A. *Stolz* S. 61; *Gaede* S. 108). Auch im **Überweisungsverkehr** können sich Fälle ergeben, die in den vorliegenden Zusammenhang gehören. So kann der Auftraggeber ein Interesse daran haben, daß die Person des Überweisungsempfängers oder der Eingang der Überweisung einem Dritten — z. B. einem auf eine Pfändungsmöglichkeit wartenden Gläubiger — nicht bekannt werden. Die daraus folgende Verschwiegenheitspflicht trifft dann nicht nur die vom Kunden beauftragte Bank, sondern auch die Empfangsbank (so mit Recht BGHZ 27 241; zustimmend auch *Wolff* DB 1968 695 f). Diese Pflicht der Empfangsbank gegenüber dem Auftraggeber — nicht bzw. nicht allein gegenüber dem Überweisungsempfänger! — läßt sich nur durch die Annahme von „Schutzwirkungen für Dritte“ erklären, da ja nicht der Auftraggeber selbst, sondern nur dessen Bank in einer Geschäftsverbindung mit der Empfangsbank steht<sup>15</sup>. Statt einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung zwischen den beiden Banken genügt insoweit auch das Rechtsverhältnis, das erst durch das fragliche Geschäft (also die Weiterleitung der Überweisung) begründet wurde. Dabei ist es gleichgültig, ob man dieses als echten Vertrag qualifiziert oder nicht; denn zumindest entsteht zwischen den beiden Banken ein rechtsgeschäftlicher Kontakt und damit das (erforderliche, aber auch hinreichende) „gesetzliche Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“. Auch daß eine weitere Bank — z. B. eine Landeszentralbank — zwischengeschaltet war, wie das im Falle BGHZ 27 241 in der Tat zutraf, steht der Annahme von Schutzwirkungen zugunsten des Auftraggebers nicht entgegen, da der rechtsgeschäftliche Kontakt zwischen den Banken kein unmittelbarer zu sein braucht, sondern auch durch einen anderen vermittelt werden kann<sup>16</sup>. Im Bankverkehr entsteht somit ein weit verzweigtes Netz von gesetzlichen Schuldverhältnissen aus rechtsgeschäftlichem Kontakt, das allenthalben die Anknüpfung von Schutzwirkungen erlaubt und so für die Kunden einen umfassenden Schutz des Bankgeheimnisses gewährleistet.

**45** Zum selben Ergebnis ist u. U. mit dem Institut der **Drittschadensliquidation** zu kommen (vgl. BGHZ 27 241, 247; *Wolff* DB 1968 696). Das gilt zumindest dann, wenn eine echte *Verlagerung* des Schadens auf den Dritten vorliegt (vgl. freilich auch oben Rdn. 26 am Anf.). Eine solche war im Falle BGHZ 27 241 (247) in der Tat gegeben, da die überweisende Bank durch den Geheimnisbruch einen Rückzahlungsanspruch gegen die Empfangsbank verlor und gleichzeitig in entsprechender Höhe von ihrer Herausgabepflicht gegenüber dem Kunden befreit wurde. Auch wenn ein Treuhänder der Bank

<sup>14</sup> Zu eng BGH DB 1953, 1031 unter 2; unzutreffend *Wolff* DB 1968, 696 unter IV 1.

<sup>15</sup> Unklar insoweit BGHZ 27, 241; zutreffend dagegen BGHZ 69, 88 f zu einem ähnlichen Problem im Lastschriftverfahren (vgl. dazu näher oben Rdn. 22).

<sup>16</sup> Ebenso i. E. BGHZ 69, 88 für das Lastschriftverfahren; vgl. auch unten Rdn. 93 zur Auskunft und allgemein *Canaris* 2. Festschr. für Larenz, 1983, S. 96 und S. 108.

ein Geheimnis des Treugebers anvertraut und diese es bricht, dürfte das Kriterium der Schadensverlagerung meist erfüllt sein. Im übrigen aber wird es hieran häufig fehlen, weil auch dem Kunden selbst und nicht nur dem Dritten ein Schaden aus dem Geheimnisbruch erwachsen kann. Im Zweifel sollte man ohnehin einem Anspruch aus Schutzwirkung für Dritte den Vorzug geben (vgl. oben Rdn. 26).

Schließlich kann in diesem Zusammenhang auch die Figur einer **Haftung Dritter aus Schutzpflichtverletzung**, insbesondere aus culpa in contrahendo oder positiver Forderungsverletzung, relevant werden (vgl. näher oben Rdn. 27). Diese käme z. B. dann zum Zuge, wenn die Bank in die Vertragsverhandlungen zwischen einem ihrer Kunden und dessen Geschäftspartner beratend oder auskunftgebend eingeschaltet würde und dabei ein Geheimnis des letzteren erführe. Für dessen Bruch hätte sie diesem auch dann aus Vertrauenshaftung einzustehen, wenn sie bisher mit ihm nicht in geschäftlichem Kontakt stand und auch der Rat bzw. die Auskunft nicht auf dem Abschluß eines entsprechenden Vertrages beruhte (vgl. auch unten Rdn. 88 ff, insbesondere 92 f).

### c) Der deliktsrechtliche Schutz

Versagen diese Möglichkeiten einer Einbeziehung des Dritten in den Bereich der Vertrauenshaftung und der daraus entspringenden Schutzpflichten, so bleibt allenfalls der Rückgriff auf die Deliktshaftung. Auch diese gewährleistet zwar in gewissem Umfang einen Geheimnisschutz (vgl. oben Rdn. 41), doch reicht sie nicht so weit wie der vertrauens- bzw. vertragsrechtliche Schutz. Das tritt nicht nur in der **unterschiedlichen Ausgestaltung der Gehilfenhaftung** gemäß § 831 BGB einerseits und § 278 BGB andererseits in Erscheinung, sondern vor allem auch in der **Beschränkung des Schutzes auf bestimmte Formen der Verletzung**. Der deliktsrechtliche Schutz richtet sich nämlich in erster Linie gegen die *unbefugte* Erlangung des Geheimnisses, wohingegen der vertrauensrechtliche Schutz gerade das *befugtermaßen* erlangte Geheimnis betrifft. Dabei gelten keine bankrechtlichen Besonderheiten, so daß insoweit auf die im Deliktsrecht entwickelten Tatbestände wie „Erschleichung“, „Ausspähung“, „Ausnutzung fremden Geheimnisbruchs“ und dgl. zu verweisen ist (vgl. näher *Maass* S. 112 f und S. 138 f m. Nachw.). Wurde das Geheimnis rechtmäßig erlangt, kann weder in seiner Ausnutzung für eigene Zwecke noch in seiner Weitergabe an Dritte ohne weiteres eine unerlaubte Handlung gesehen werden; denn ein allgemeines subjektives Recht an der Geheimnisphäre gibt es nicht (vgl. oben Rdn. 40). Es kann darin jedoch die Verletzung eines Persönlichkeitsrechts, z. B. ein Eingriff in die Intimsphäre sowie eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb liegen. Die Rechtswidrigkeit wird dabei allerdings aufgrund der „offenen“ Struktur dieser Rechtsgüter nicht schon durch die Ausnutzung bzw. Weitergabe des Geheimnisses indiziert, sondern ist im Wege einer Güter- und Interessenabwägung jeweils besonders zu ermitteln. Dabei reicht der Schutz der gewerblichen Betätigung keineswegs so weit wie der Schutz des privaten Bereichs i. e. S. (vgl. BGHZ 36 77, 80). Hinsichtlich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kann man sich an den Grundsätzen orientieren, die für die Verbreitung *wahrer* Tatsachen entwickelt worden sind; denn bei einem Geheimnisbruch geht es nicht um den Schutz vor unrichtigen Behauptungen, sondern um die Weitergabe wahrer Tatsachen. Es kommt daher im wesentlichen auf Art und Form der Weitergabe an, also vor allem darauf, ob diese ohne gebotenen Anlaß oder in unnötig scharfer Form erfolgt ist (vgl. z. B. BGHZ 8 142; 36 18). Strengere Maßstäbe gelten, wenn und soweit man § 22 KUG analog anwendet (vgl. *Steindorff* ZHR 149 155 f und dazu oben Rdn. 41 Abs. 2).

### 3. Die dem Bankgeheimnis unterfallenden Informationen und Äußerungen

#### a) Der Wille des Kunden bzw. seines Stellvertreters oder Rechtsnachfolgers als primäres Kriterium

- 48** Das Bankgeheimnis umfaßt „alle Tatsachen, die der Kunde geheimzuhalten wünscht“<sup>17</sup>. Maßgeblich ist also in erster Linie der **wirkliche Wille des Kunden**. Das gilt auch dann, wenn der Kunde an der Geheimhaltung kein vernünftiges Interesse hat<sup>18</sup>. Denn zum einen ist es nicht Sache der Bank, sondern Sache des Kunden zu entscheiden, wann ein Interesse an der Geheimhaltung gegeben ist, und zum anderen fordert das Vertrauensverhältnis seiner Natur nach die uneingeschränkte Respektierung auch rein subjektiver, durch die objektive Interessenlage nicht gedeckter Wünsche des Kunden; auch kann die Bank die wirklichen Interessen des Kunden häufig gar nicht beurteilen, zumal dieser ihr nicht immer den wahren Grund für seinen Geheimhaltungswunsch offenbaren wird und dazu auch nicht verpflichtet ist.
- 49** Läßt sich der wirkliche Wille des Kunden nicht ermitteln, so kommt es auf seinen **mutmaßlichen Willen** an (vgl. auch BGHZ 95 362, 365). Erst wenn auch dieser nicht erkennbar ist, entscheidet das Kriterium des **objektiven Interesses**, das somit wenigstens subsidiär zum Zuge kommen kann<sup>19</sup>. Im Zweifel unterliegt der Geheimhaltungspflicht alles, was die Bank im Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung erfahren hat. Irgendwelche generellen **Einschränkungen hinsichtlich der Art des Geheimnisses** bestehen nicht. Insbesondere ist das Bankgeheimnis nicht auf *Tatsachen i. e. S.* beschränkt, sondern umfaßt auch *Werturteile*<sup>20</sup>. Auch diese kann die Bank nämlich nur deshalb in fundierter bzw. glaubwürdiger Weise äußern, weil sie aufgrund der Geschäftsverbindung Einblick in die Verhältnisse ihres Kunden besitzt und so die für eine Urteilsbildung erforderlichen Tatsachen erfahren hat. Die Bank darf daher negative Werturteile über ihren Kunden grundsätzlich auch dann nicht abgeben, wenn sie richtig sind (vgl. auch unten Rdn. 56 ff und 98). — Auch daß die fragliche Tatsache *offenkundig* oder *allgemein bekannt* war, steht der Verschwiegenheitspflicht wohl nicht entgegen, sofern der Kunde gleichwohl ihre Geheimhaltung wünschte und der Dritte sie erst durch die Bank erfahren hat<sup>21</sup>. Unerheblich ist schließlich auch, ob das Geheimnis *vermögens- oder persönlichkeitsbezogen* ist. Auch daß die Aussage der Bank nur *mittelbare Rückschlüsse* auf Person und/oder Verhältnisse des Kunden zuläßt, schließt die Geheimhaltungspflicht grundsätzlich nicht aus, da auch dabei Wille und/oder Interesse des Kunden einer Offenbarung entgegenstehen können; anderes gilt freilich, sofern die Bank eine Pflicht zur Auskunft gegenüber einem Dritten hat (vgl. BGHZ 86 1, 22 und dazu unten Rdn. 61 a. E.).
- 50** Der Wille des Kunden kann u. U. durch den **Willen eines Dritten** ersetzt werden. Dabei geht es hier nicht um die Frage, wer *Träger* des Geheimnisses ist und als solcher in den Schutzbereich der Geheimhaltungspflicht fällt (vgl. dazu oben Rdn. 43), sondern um die davon scharf zu unterscheidende Frage, wer *Herr* des Geheimnisses ist und demgemäß die Bank von der Pflicht zu dessen Einhaltung entbinden kann. Während z. B. der Stellvertreter nicht Träger des Bankgeheimnisses ist (vgl. oben Rdn. 43), ist er

<sup>17</sup> BGHZ 27, 246; ähnlich RGZ 139, 103, 105; RG HRR 1935 Nr. 662 = BankArch. 1934, 326; Stolz S. 15; Wolff DB 1968, 696 und Die AG 1968, 288; Schlegelberger/Hefermehl<sup>5</sup> Anh. zu § 365 Rdn. 22; Schönle § 5 I 1; Sichertmann/Kirchherr S. 134 f.

<sup>18</sup> Vgl. Dresden OLGE 40, 377; Schönle § 5 I 1; Sichertmann/Kirchherr S. 135; Feuerborn Sparkasse 1982, 88.

<sup>19</sup> Vgl. auch Sichertmann/Kirchherr S. 136 f.; noch weitergehend Wolff DB 1968, 696.

<sup>20</sup> Vgl. Wolff DB 1968, 696; Schraepfer NJW 1972, 1836 f.; Sichertmann/Kirchherr S. 131; Feuerborn Sparkasse 1982, 88.

<sup>21</sup> Ähnlich Wolff DB 1968, 696; Sichertmann/Kirchherr S. 139; a. A. Musielak S. 15.

grundsätzlich sehr wohl dessen Herr. Demgemäß bestimmen sich bei **Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Kunden** Inhalt und Umfang des Bankgeheimnisses anerkanntermaßen nicht nach dessen Willen, sondern nach dem des gesetzlichen Vertreters<sup>22</sup>. Bei **gewillkürter Stellvertretung** ist neben dem Willen des Kunden auch der des Vertreters maßgeblich<sup>23</sup>. Ein Recht und eine Pflicht zur Offenbarung des Geheimnisses *gegenüber dem Vertreter* dürfte die Bank dabei schon dann haben, wenn dessen Vertretungsmacht sich auf das fragliche Konto und die sonstigen mit der Geschäftsverbindung zusammenhängenden Fragen erstreckt; die Erlaubnis zur Offenbarung des Geheimnisses *gegenüber Dritten*, also die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht, kann der Vertreter dagegen nur dann wirksam erteilen, wenn er außerdem auch hinsichtlich der Angelegenheit, auf die sich die Geheimhaltungspflicht bezieht und um derentwillen sie also besteht, vertretungsberechtigt ist, was bei Geschäftsgeheimnissen häufig, bei persönlichen Geheimnissen dagegen nur selten der Fall sein wird. Bei **Gesamtvertretung** kommt es auf die Person *aller* Vertreter an; denn es geht um ein Problem der Willensvertretung und nicht um ein solches der bloßen *Wissensvertretung*, bei der nach dem Rechtsgedanken des § 28 II BGB grundsätzlich schon die Kenntnis eines einzelnen Vertreters genügen würde.

Im **Konkurs** kommt es nicht auf die Person des Gemeinschuldners, sondern auf die des Konkursverwalters an, soweit das Bankgeheimnis sich auf einen zur Masse gehörenden Gegenstand bezieht und konkursunabhängige Interessen des Gemeinschuldners nicht berührt sind<sup>24</sup>. Beim **Tode des Bankkunden** geht der Anspruch auf Geheimhaltung grundsätzlich auf die Erben über<sup>25</sup>, da er nicht höchstpersönlicher Natur ist und daher dem Prinzip der Universalsukzession gemäß § 1922 BGB unterliegt. Bei einer Erbengemeinschaft kann jeder Miterbe gemäß § 2039 BGB die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht verlangen. Eine Schadensersatzklage wegen Bruchs des Bankgeheimnisses ist auf Leistung an alle Miterben zu richten. Dasselbe gilt für eine Klage auf Auskunft<sup>26</sup>.

### b) Das Erfordernis eines Zusammenhangs mit der Geschäftsverbindung

Der Wille des Kunden ist nicht das einzige Kriterium, das den Kreis der geheimhaltungspflichtigen Tatsachen bestimmt. Zusätzlich kommt es vielmehr darauf an, ob ein **innerer Zusammenhang zwischen der Kenntnis des Geheimnisses und dem Bestehen der Geschäftsverbindung** gegeben ist<sup>27</sup>. Denn der Grund für die besondere Verschwiegenheitspflicht der Bank liegt in dem durch die Geschäftsverbindung hervorgerufenen Vertrauensverhältnis sowie in der gesteigerten Schädigungsmöglichkeit, die die Bank durch den Einblick in die Angelegenheiten des Kunden erlangt hat (vgl. oben Rdn. 13). Daher kommt nicht die umfassende vertrauensrechtliche Haftung, sondern allenfalls die wesentlich schwächere deliktsrechtliche Einstandspflicht (vgl. oben Rdn. 41) zur Anwendung, wenn die Bank die fragliche Tatsache lediglich zufällig, also ohne inneren Zusammenhang mit ihren Beziehungen zu dem Kunden erfahren hat. Ein Zusammenhang mit einem **bestimmten Einzelvertrag** ist allerdings nicht erforderlich; es genügt

<sup>22</sup> Vgl. OLG München JW 1932, 2176 Nr. 30; Wolff DB 1968, 697; Schönle § 5 I 3 a; Sichertermann/Kirchherr S. 161.

<sup>23</sup> Vgl. auch OLG Celle NJW 1955, 1844; Wolff DB 1968, 697; Schönle § 5 I 3 a; differenzierend Sichertermann/Kirchherr S. 160.

<sup>24</sup> Vgl. RGZ 59, 85; LG Lübeck ZIP 1983, 711, 712 m. zust. Anm. von Henckel; Wolff DB 1968, 697; Schönle § 5 I 3 a a. E.

<sup>25</sup> Vgl. OLG Frankfurt MDR 1966, 503; Schönle § 5 I 3 a; Wolff DB 1968, 697; Sichertermann/Kirchherr S. 155.

<sup>26</sup> Vgl. Schönle § 5 I 3 a; Wolff DB 1968, 697; Sichertermann/Kirchherr S. 155 und S. 174 f.

<sup>27</sup> Vgl. auch Schönle § 5 I 1; Wolff DB 1968, 696; Sichertermann/Kirchherr S. 126ff; Avancini Rdn. 2/50.

vielmehr, wenn die Kenntnis mit der Geschäftsverbindung *als solcher* in Zusammenhang steht.

- 53** Im übrigen braucht nicht unbedingt eine Geschäftsverbindung im strengen Sinn des Wortes vorzuliegen. Diese stellt vielmehr nur eine unter mehreren möglichen Formen des rechtsgeschäftlichen Kontakts dar (vgl. oben Rdn. 14 a. E.), und daher genügt es folgerichtig, daß die Bank das Geheimnis im Rahmen **irgendeiner Art von rechtsgeschäftlichem Kontakt** erfahren hat. Dieser kann anerkanntermaßen z. B. lediglich **vorvertraglicher** Art sein (vgl. oben Rdn. 42 m. Nachw.). Auch die **Beendigung der Geschäftsverbindung** läßt die Geheimhaltungspflicht für vorher erlangte Informationen unberührt<sup>28</sup>. Art und Intensität des Schutzes sind im vor- und nachvertraglichen Stadium grundsätzlich dieselben wie während der Dauer der Geschäftsverbindung. Insbesondere gilt auch hier der Grundsatz vom Vorrang des Kundenwillens vor dem objektiven Kundeninteresse. Denn die Geheimhaltungspflicht beruht in allen Stadien auf einem einheitlichen gesetzlichen Schutzverhältnis (vgl. oben Rdn. 12 ff) und weist keinerlei strukturelle Verschiedenheiten auf, die eine unterschiedliche Ausgestaltung des Schutzes rechtfertigen könnten.

#### 4. Die Personen und Organe, denen gegenüber das Bankgeheimnis zu wahren ist

a) Der Wille des Kunden bzw. seines Stellvertreters oder Rechtsnachfolgers als primäres Kriterium

- 54** In persönlicher Hinsicht, also für die Frage, welchen Personen gegenüber die Verschwiegenheitspflicht besteht, beurteilen sich Inhalt und Umfang des Bankgeheimnisses grundsätzlich nach denselben Regeln wie in gegenständlicher Hinsicht. Auch hier sind also nacheinander die Kriterien des **wirklichen Willens**, des **mutmaßlichen Willens** und des **objektiven Interesses** heranzuziehen (vgl. oben Rdn. 48 f). Ausgangspunkt ist dabei ebenso wie dort der **Grundsatz des weitest möglichen Schutzes**: ähnlich wie sich die Geheimhaltungspflicht im Zweifel auf *alle* im Rahmen der Geschäftsverbindung bekannt gewordenen Tatsachen bezieht (vgl. Rdn. 49), so besteht sie auch grundsätzlich *gegenüber jedermann*. Es bedarf daher stets eines besonderen Grundes, wenn die Bank einem Dritten ein Geheimnis ihres Kunden aufdecken will. Keinesfalls genügt dafür, daß der Dritte ein Interesse an der Mitteilung des Geheimnisses hat oder dem Geheimnisträger besonders nahesteht; demgemäß ist es anerkannt, daß das Bankgeheimnis grundsätzlich auch gegenüber dem **Ehegatten** des Bankkunden zu wahren ist<sup>29</sup>.
- 55** Dagegen darf die Bank das Geheimnis aufdecken, soweit der Wille des Erklärungsadressaten den des Geheimnisträgers zu ersetzen vermag wie bei wirksamer **Stellvertretung** und bei **Konkursverwaltung** (vgl. oben Rdn. 50 f). Auch gegenüber den **Erben** unterliegt die Bank i. d. R. keiner Verschwiegenheitspflicht, weil diese mit dem Erbfall zum Geheimnisherrn werden (vgl. oben Rdn. 51). Allerdings kann sich aus dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Erblassers etwas anderes ergeben, wobei vor allem an Geheimnisse zu denken ist, die nicht vermögens-, sondern persönlichkeitsbezogen sind<sup>30</sup>. Denn kraft seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann der Erblasser auch für die Zeit nach seinem Tod der Bank die Aufdeckung des Geheimnisses untersagen. Wer in einem solchen Fall zur Durchsetzung des Anspruchs auf Geheimhaltung legitimiert ist, bestimmt sich bei Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung des Erblassers nach

<sup>28</sup> Vgl. BGH DB 1953, 1031 unter 1; *Sichtermann/Kirchherr* S. 206 f.

<sup>29</sup> Vgl. *Wolff* DB 1968, 696; *Liesecke* WM 1975, 247; *Schönle* § 5 I 3 a.

<sup>30</sup> Vgl. auch *Liesecke* WM 1975, 248 *Sichtermann/Kirchherr* S. 155.

dessen mutmaßlichem Willen; meist werden es die nächsten Angehörigen, vor allem der Ehegatte sein, doch kann auch eine Person, die durch die Aufdeckung des Geheimnisses betroffen ist — z. B. die Geliebte oder ein uneheliches Kind des Erblassers — gemäß oder analog § 328 BGB zur postmortalen Geltendmachung des Geheimhaltungsanspruchs befugt sein.

### b) Das Verhältnis von Bankgeheimnis und Bankauskunft

Das Verhältnis von Bankgeheimnis und Bankauskunft ist heute in Ziff. 10 AGB der **56** Banken näher geregelt. Danach ist die Bank berechtigt, über juristische Personen und im Handelsregister eingetragene Kaufleute Bankauskünfte zu erteilen, sofern ihr keine anderslautende Weisung des Kunden vorliegt. Bankauskünfte über alle sonstigen Personen und Vereinigungen erteilt die Bank dagegen nur dann, wenn diese allgemein oder im Einzelfall zugestimmt haben. Diese Klausel ist im einzelnen erst unten bei der Kommentierung der AGB zu behandeln. An dieser Stelle ist daher nur auf das grundsätzliche Verhältnis von Bankgeheimnis und Bankauskunft einzugehen, wie es sich ohne die Regelung in den AGB darstellen würde. Das ist für deren Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG wesentlich und kann darüber hinaus in Zweifelsfällen u. U. auch für die Auslegung der Klausel Bedeutung gewinnen. Die wichtigste Frage ist dabei, ob die AGB-Klausel bezüglich der juristischen Personen und der Kaufleute lediglich die schon bisher geltende Rechtslage klarstellt, also nur deklaratorischen Charakter hat, oder ob sie konstitutiv die Befugnis zur Auskunftserteilung begründet. Die Frage ist im letzteren Sinne zu beantworten. Denn ohne besondere vertragliche Regelung gilt grundsätzlich auch hier das Prinzip vom **Vorrang des Geheimnisschutzes**<sup>31</sup>. Daß die Bank kraft Verkehrssitte bzw. Handelsbrauchs ein Recht zur Auskunft auch ohne Einwilligung des Kunden habe<sup>32</sup>, trifft nicht zu. Auch ein weit verbreiteter oder gar einheitlicher Brauch der Kreditinstitute, Auskünfte über ihre Kunden ohne Rückfrage bei diesen zu erteilen, erlangt nämlich nicht den Rang einer Verkehrssitte oder eines Handelsbrauchs, da die Kunden an dieser Praxis nicht mitgewirkt haben und es daher an dem Erfordernis einer freiwilligen Anerkennung<sup>33</sup> fehlt. Außerdem dürfte selbst ein echter Handelsbrauch nicht die Kraft haben, ein so fundamentales Gebot wie das Bankgeheimnis für den Bereich der Auskünfte generell außer Kraft zu setzen, da er zwar an sich dem dispositiven Recht vorgeht, die dafür geltenden Grenzen<sup>34</sup> hier aber wohl überschritten wären. Ziff. 10 AGB der Banken weist somit einen eigenständigen Regelungsgehalt auf und ist demgemäß uneingeschränkt an § 9 AGBG zu messen.

Von praktischer Bedeutung ist der Vorrang des Bankgeheimnisses vor der Befugnis **57** der Bank zur Erteilung von Auskünften des weiteren auch deshalb, weil Ziff. 10 AGB den Begriff der Auskunft näher umreißt und darunter vor allem Kreditauskünfte, keineswegs aber alle Arten denkbarer Auskünfte von Banken fallen. So dürften z. B. **Scheck- und Wechselauskünfte**, d. h. Kundgaben darüber, ob ein Scheck bzw. Wechsel gedeckt ist, nicht von dem Auskunftsrecht nach Ziff. 10 AGB umfaßt sein. Für sie bleibt es daher bei den allgemeinen Regeln. Die Bank darf daher die Auskunft grundsätzlich

<sup>31</sup> Vgl. eingehend und mit im jetzigen Text nicht mehr behandelten Einzelheiten Voraufgabe, 1981, Rdn. 56—60; zustimmend *Hopt* ZIP 1982, 1379 Sp. 1 und im wesentlichen auch *Sichtermann/Kirchherr* S. 164 ff.; ähnlich auch BGHZ 95, 362, 365.

<sup>32</sup> So vor allem *Schraepler* NJW 1972, 1839 f.; ihm folgend LG Mönchengladbach WM 1981, 288 f.; m. zust. Anm. von *Stützle*; eingehende Kritik in

Voraufgabe, 1981, Rdn. 57; dieser zustimmend *Musielak* S. 16.

<sup>33</sup> Vgl. zu diesem z. B. *Schlegelberger/Hefermehl* 5 1976, § 346 Rdn. 10; *K. Schmidt* Handelsrecht, 1980, § 1 III 3 a; *Capelle/Canaris*<sup>20</sup> 1985, § 22 I 2 a.

<sup>34</sup> Vgl. zu diesen z. B. *Schlegelberger/Hefermehl* aaO Rdn. 39; *K. Schmidt* aaO § 1 III 3d bb; *Capelle/Canaris* aaO § 22 V 2.

nur erteilen, wenn dies dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Kunden entspricht (vgl. oben Rdn. 48 f). Das ist nicht schon deshalb anzunehmen, weil der betreffende Kunde am Scheck- oder Wechselverkehr teilnimmt<sup>35</sup>. Zum einen kann es nämlich sein, daß der Kunde erst noch Deckung anschaffen will und aus diesem Grund mit einer negativen Auskunft seiner Bank nicht einverstanden ist, und zum anderen kann die Bank bei der Anfrage, zumal wenn diese telephonisch erfolgt, nicht wissen, ob der Kunde wirklich einen Scheck bzw. Wechsel begeben hat oder ob der Anfragende das lediglich behauptet und die Auskunft in Wahrheit aus ganz anderen — u. U. mißbräuchlichen — Gründen haben will. Die Bank wird daher meist bei ihrem Kunden rückfragen müssen, ob dieser mit der Auskunft einverstanden ist. Anders mag z. B. bei einer positiven Auskunft gegenüber der Anfrage eines seriösen Unternehmens zu entscheiden sein, wobei die Bank sich freilich grundsätzlich durch Rückruf bei diesem vergewissern muß, ob eine telephonische Anfrage auch wirklich von ihm stammt. Weiterreichende Auskunftsbefugnisse hat die Bank, wenn sie einer gesetzlichen Auskunftspflicht unterliegt (vgl. dazu unten Rdn. 61).

**c) Die Aufdeckung des Geheimnisses gegen den Willen des Kunden zugunsten anderer Privatrechtssubjekte**

**58** In besonderen Fällen kann auch eine Aufdeckung des Geheimnisses gegen den Willen des Kunden zulässig sein. Gegenüber staatlichen Organen sind derartige Durchbrechungen der Verschwiegenheitspflicht in weitem Umfang geltendes Recht (vgl. unten Rdn. 63 ff), doch kommen sie auch gegenüber Privatpersonen in Betracht. Zu denken ist dabei vor allem an Fälle, in denen die Bank Kenntnis von einem **rechtswidrigen, vielleicht sogar strafbaren Verhalten ihres Kunden** erlangt hat. Die Bank kann dann nämlich in erhebliche rechtliche oder moralische Konflikte geraten, zumal sich das Verhalten des Kunden gegen sie selbst oder gegen einen anderen Kunden richtet. Zur Lösung dieser Problematik dürften sich hauptsächlich zwei Wege anbieten: zum einen die Herausarbeitung immanenter Grenzen der Verschwiegenheitspflicht, die ihre Grundlage ja in den Geboten von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB hat und die daher auch ihre Schranken in eben diesen Geboten finden kann, und zum anderen der Rückgriff auf die allgemeinen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe wie Notwehr und Notstand. Die erste Lösungsmöglichkeit erweist sich indessen bei näherer Überprüfung als nur in ziemlich begrenztem Umfang tragfähig. Unhaltbar wäre vor allem die — auf den ersten Blick vielleicht naheliegende — Annahme, daß derjenige, der sich selbst außerhalb der Rechts- oder Sittenordnung stellt, deren Schutz verwirkt habe. Ein solch allgemeiner Rechtssatz ist nämlich dem geltenden Recht fremd; insbesondere läßt sich weder aus den §§ 134, 138 BGB noch aus § 817 S. 2 BGB eine generelle Versagung des Vertrauensschutzes — um den es beim Bankgeheimnis ja geht! — ableiten (vgl. näher *Canaris JZ 1965 481 f* und die Vertrauenshaftung S. 464). Aus demselben Grunde wäre auch die Maxime, wer gegen Treu und Glauben verstoße, könne sich nicht auf Treu und Glauben berufen, viel zu pauschal und rigoros, um dogmatisch begründbar und praktisch handhabbar zu sein (vgl. auch *Larenz Schuldrecht I*<sup>13</sup> § 23 II a. E.). Eher ist schon mit dem — wesentlich engeren — Satz weiterzukommen, wer das Vertrauensverhältnis zu Angriffen gegen den anderen Teil mißbrauche, gehe insoweit des Vertrauensschutzes verlustig (vgl. dazu allgemein *Canaris aaO*). Demgemäß ist die Bank zur Aufdeckung eines Geheimnisses befugt, wenn dies zur Abwehr eines Angriffes des Kunden gegen sie — z. B. eines ehrenrührigen Vorwurfs — erforderlich ist<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> A. A. *Sichtermann/Kirchherr* S. 178 m. w. Nachw.; *Kirchherr/Stützle ZIP* 1984, 521 f.

<sup>36</sup> Richtig daher i. E. BGH DB 1953, 1031; vgl. im übrigen auch RG BankArch. 34, 326 = HRR 1935 Nr. 662; *Sichtermann/Kirchherr* S. 181.

Die Verschwiegenheitspflicht der Bank entfällt grundsätzlich auch dann nicht, wenn sich das Geheimnis auf eine **Straftat** bezieht. Denn auch der Straftäter geht nicht ohne weiteres des Vertrauens- und Geheimnisschutzes verlustig (vgl. auch, in verwandtem Zusammenhang, BGH NJW 1976 193, 194 Sp. 2). Anders ist allerdings zu entscheiden, soweit die Bank ausnahmsweise eine vorrangige Pflicht zur Anzeige der Straftat hat wie z. B. im Falle des § 138 StGB. Im übrigen aber hat die Bank grundsätzlich, d. h. abgesehen von sogleich näher zu erörternden Fällen der Nothilfe und der Kollision mit Schutz- und Auskunftspflichten, auch bei Straftaten das Bankgeheimnis zu wahren. Eine andere Frage ist freilich, ob der aus einem Bruch des Bankgeheimnisses folgende Schaden im Falle einer Straftat ersatzfähig ist, vgl. dazu unten Rdn. 66 ff.

Wesentlich sachhaltiger und auch dogmatisch fundierter als der Rückgriff auf (etwaige) immanente Grenzen des Bankgeheimnisses ist die Heranziehung des Gedankens der **Notwehr bzw. Nothilfe**. Da diese zugunsten jedes beliebigen Dritten geübt werden kann und da zudem anerkanntermaßen jedes Rechtsgut, also insbesondere auch das Vermögen als solches „notwehrfähig“ ist, kommt diesem Rechtfertigungsgrund ein verhältnismäßig breites Anwendungsfeld zu. Das kann vor allem im Kreditwesen eine erhebliche Rolle spielen. Erkennt die Bank z. B. anlässlich eines Ersuchens um eine Kreditauskunft oder bei einem ihr erteilten Kreditauftrag (vgl. zu diesem insoweit näher *Sichtermann/Kirchherr* S. 187 f), daß einer ihrer Kunden gegenüber einem Dritten einen **Kreditbetrug** begehen will, so darf sie diesen unter Durchbrechung des Bankgeheimnisses warnen, sofern dieses Mittel zur Verhinderung des „Angriffs“ erforderlich ist und der Angriff „gegenwärtig“ ist — wobei das letztere Merkmal aufgrund der Eigenart der Problematik i. d. R. verhältnismäßig weit auszulegen sein dürfte. Dabei kommt es auf die Verwirklichung eines Straftatbestandes nicht einmal entscheidend an; denn die „Rechtswidrigkeit“ des Angriffs i. S. der §§ 32 StGB, 227 BGB ist nicht nur Strafrechts-, sondern auch Zivilrechtswidrigkeit und umfaßt daher auch Verstöße gegen die §§ 823 ff BGB oder die aus § 242 BGB folgenden Verhaltenspflichten. Ganz allgemein darf die Bank ihre Verschwiegenheitspflicht somit brechen, wenn dies das erforderliche Mittel ist, um einen anderen — sei es einen Kunden der Bank, sei es sogar einen Dritten — vor einer rechtswidrigen Schädigung durch den Geheimnisträger zu bewahren. Nimmt die Bank irrtümlich die Voraussetzungen der Notwehr an, was z. B. hinsichtlich der Rechtswidrigkeit oder der Gegenwärtigkeit des Angriffs leicht vorkommen kann, so haftet sie nur dann, wenn ihr Irrtum auf Verschulden beruht; eine darüber hinausgehende Haftung — etwa eine Risikohaftung in Analogie zu § 229 BGB — wird von der h. L. abgelehnt (vgl. z. B. *Staudinger/Dilcher*<sup>12</sup> § 227 Rdn. 37 m. Nachw.).

Ob man den Notwehrgesichtspunkt in der traditionellen Form des Rechtfertigungsgrundes verwendet oder ob man in den einschlägigen Fällen schon tatbestandlich das Bestehen einer Verschwiegenheitspflicht verneint, ist eine Frage von untergeordneter Bedeutung. Hinsichtlich der Voraussetzungen, insbesondere bezüglich der Gegenwärtigkeit des Angriffs und der Erforderlichkeit des Geheimnisbruchs zur Angriffsabwehr sollte man sich jedoch grundsätzlich an den Notwehr- bzw. Nothilfemerkmale orientieren. Gleiches gilt für die Beweislast, die demgemäß bei der Bank liegt.

Auch soweit die Voraussetzungen der Nothilfe nicht gegeben sind, kann die Bank **60** zur Aufdeckung des Geheimnisses befugt sein, sofern eine **Kollision mit einer Schutzpflicht zugunsten eines anderen Kunden**, insbesondere mit einer **Warn- oder Beratungspflicht** besteht. Freilich wird dieser Fall verhältnismäßig selten sein, weil die Voraussetzungen einer Warn- oder Beratungspflicht sehr eng sind (vgl. näher unten Rdn. 103 ff). Liegen sie ausnahmsweise vor, so bedarf es einer Güter- und Interessenabwägung. Diese kann entgegen der in der Erstaufgabe vertretenen Ansicht (vgl. Anm. 39 Abs. 3 =

S. 574 f und Anm. 55 a. E. = S. 588 f) nicht *abstrakt*, d. h. allein nach der Natur der kollidierenden Rechtsgüter, vorgenommen werden und führt daher nicht ohne weiteres zur grundsätzlichen Gleichrangigkeit der kollidierenden Interessen und Pflichten; eine solche Betrachtungsweise mag zwar i. d. R. sachgerecht sein, wenn Leben mit Leben, Gesundheit mit Gesundheit kollidiert, paßt aber nicht bei der hier in Frage stehenden Kollision von Vermögensinteressen. Bei einer solchen ist vielmehr eine *konkrete* Abwägung unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles erforderlich. Es kommt daher darauf an, welches Interesse nach Treu und Glauben den Vorrang verdient. Dabei wird das Interesse des Geheimnisträgers häufig zurückzutreten haben (vgl. auch BGH WM 1986 1409, 1410); denn da eine Warnpflicht vor allem bei Zahlungseinstellung oder unmittelbar bevorstehendem Zusammenbruch des Geheimnisträgers in Betracht kommt (vgl. unten Rdn. 105), läßt sich der fragliche Umstand i. d. R. ohnehin nur noch kurze Zeit geheimhalten und wird der Schaden durch eine vorzeitige Aufdeckung meist allenfalls geringfügig vergrößert. Je nach den Umständen des Einzelfalles können aber auch die Interessen des Geheimnisträgers vorrangig sein; so wird die Bank, z. B. bei Überweisung eines Bagatellbetrags nicht ohne weiteres den bevorstehenden Zusammenbruch des Überweisungsempfängers offenbaren dürfen.

Greift die Bank bei der Interessenabwägung objektiv gesehen fehl, so wird ihr Verschulden mitunter aufgrund eines *Verbotsirrtums* zu verneinen sein. Voraussetzung ist allerdings, daß derjenige, der das Geheimnis aufgedeckt hat, überhaupt eine (diskutable) Interessenabwägung vorgenommen und erforderlichenfalls Rechtsrat eingeholt hat.

Denkbar sind auch Fallkonstellationen, in denen die Bank zwar nicht zum Bruch des Bankgeheimnisses befugt ist, andererseits aber eine für einen anderen Kunden gefährliche, dem Geheimnisträger günstige Maßnahme nur vornehmen darf, wenn sie zuvor von der Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses entbunden worden ist und daher den gefährdeten Kunden gebührend aufklären darf (vgl. BGHZ 72 92, 104; OLG Hamm ZIP 1982 1061, 1062).

- 61** Ähnliche Grundsätze gelten bei **Kollisionen mit einer gesetzlichen Auskunftspflicht gegenüber einem Dritten**. Eine solche kommt z. B. in Betracht, wenn sich in einem Depot unberechtigterweise fremde Effekten befinden. Denn da die Bank diese nach § 985 BGB herauszugeben hat und es sich dabei i. d. R. um einen „Inbegriff von Gegenständen“ i. S. von § 260 BGB handeln wird, ist die Bank gegenüber dem wahren Berechtigten zur **Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses gemäß § 260 BGB** verpflichtet. Entsprechendes gilt, sofern die Bank dem Dritten schadensersatzpflichtig ist — z. B. aus § 990 oder aus §§ 823 ff BGB — und die Auskunft zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs erforderlich ist (vgl. dazu allgemein z. B. *Palandt/Heinrichs* § 261 Anm. 2 d bb). Auch mit den **Besichtigungs- und Einsichtsansprüchen aus §§ 809 f BGB** kann das Bankgeheimnis kollidieren wie z. B., wenn ein Kunde abhanden gekommene Sachen eines Dritten der Bank als Sicherheit überläßt oder wenn das der Bank nach Ziff. 19 AGB zustehende Pfandrecht auf einen Dritten übergegangen ist (z. B. gemäß §§ 774, 412, 401 BGB). Schließlich gehört in diesen Zusammenhang auch die **Auskunftspflicht aus § 666 BGB**.

In derartigen Fällen wird die Auskunftspflicht i. d. R. Vorrang gegenüber der Geheimhaltungspflicht haben<sup>37</sup> (vgl. auch unten Rdn. 217, 342 und 571). Einerseits wiegen nämlich die Interessen des Geheimnisträgers weniger schwer als im allgemeinen, da er nicht der wahre Berechtigte der fraglichen Gegenstände ist, andererseits kommt den

<sup>37</sup> A. A. für §§ 809 f BGB *Sichtermann/Kirchherr* S. 180.

Interessen des Dritten ein verhältnismäßig hoher Rang zu, weil (und sofern) er seine Ansprüche nur mit Hilfe der Auskunft angemessen verfolgen kann; außerdem kann auch die Bank ein legitimes Interesse daran haben, sich durch die Auskunft von dem Verdacht zu befreien, daß sie unter dem Deckmantel des Bankgeheimnisses die Ansprüche des Dritten nicht korrekt erfüllt. Allerdings müssen die Interessen des Geheimnisträgers möglichst weitgehend geschont werden. Die Auskunft darf daher grundsätzlich nicht mehr umfassen, als zur Durchsetzung der Ansprüche des Dritten unerlässlich ist (vgl. auch unten Rdn. 191); auch kommt u. U. als Ausweg eine Auskunftserteilung an eine Person in Betracht, die ihrerseits einer Verschwiegenheitspflicht unterliegt (wie z. B. ein Notar oder Rechtsanwalt) und an deren Vertrauenswürdigkeit zu zweifeln der Dritte keinen Anlaß hat. Generellen, d. h. nicht von einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung abhängigen Vorrang vor dem Bankgeheimnis hat die Auskunftspflicht nach § 840 ZPO (vgl. näher unten Rdn. 191). Das gleiche dürfte für den Anspruch des **Ausstellers eines Verrechnungsschecks** (bzw. im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr seiner Bank) gegen die Inkassobank aus § 666 BGB auf Mitteilung des Namens des Einreichers gelten<sup>38</sup>; denn der Sinn eines Verrechnungsschecks liegt gerade darin, erforderlichenfalls feststellen zu können, wer ihn eingezogen hat, und daher ist in dessen Einreichung bei einer Bank zur Gutschrift zugleich das konkludente Einverständnis des Kontoinhabers mit der Weitergabe seiner Personalien an den Aussteller zu sehen.

Voraussetzung der hier behandelten Auskunftspflichten ist freilich grundsätzlich, daß die Bank selbst einem Anspruch des Dritten (auf Herausgabe, Schadensersatz oder dgl.) ausgesetzt ist und die Auskunft zur Durchsetzung dieses Anspruchs dient, nicht aber lediglich die Geltendmachung von Ansprüchen des Dritten gegen einen anderen vorbereiten soll (vgl. auch, in verwandtem Zusammenhang, BGH NJW 1976 193, 194). Demgemäß ist die Bank grundsätzlich weder verpflichtet noch berechtigt, Auskunft über ein Konto zu geben, auf dem sich **veruntreute Gelder** befinden. Denn mangels dinglicher Surrogation steht dem Dritten, dessen Geld veruntreut worden ist, kein Recht an oder aus dem Konto zu. Sofern die Bank allerdings aus § 951 BGB haftet (was bei Bösgläubigkeit i. S. von § 932 II BGB in Betracht kommt), ist sie u. U. aus § 242 BGB zur Aufdeckung der Kontoeinzahlungen verpflichtet (vgl. dazu allgemein *Palandt/Heinrichs* § 261 Anm. 2 d aa). Auch gegenüber dem **Einreicher eines nicht-eingelösten Schecks oder Wechsels** hat die bezogene Bank grundsätzlich keine Auskunftspflicht — z. B. über Namen, Wohnsitz usw. der Schuldner aus dem Papier; denn zum einen erwächst der bezogenen Bank aus der Vorlage des Papiers keine Auskunftspflicht aus §§ 675, 666 BGB, sondern nur der vorlegenden Bank eine Pflicht, für die Maßnahmen nach Art. 40 ScheckG Sorge zu tragen (vgl. unten Rdn. 743), und zum anderen ist es grundsätzlich Sache des Einreichers, sich die Angaben über seine wertpapierrechtlichen Schuldner — mit denen er meist zusätzlich durch ein schuldrechtliches Verhältnis verbunden sein wird — zu verschaffen. Man wird der bezogenen Bank jedoch gleichwohl die Befugnis zur Mitteilung der für den Rückgriff notwendigen Angaben zuzubilligen haben, da das einer ordnungsgemäßen Abwicklung des Scheck- und Wechselverkehrs dienlich ist und somit in der Beteiligung an diesem wohl eine entsprechende konkludente Einwilligung des Zeichners in die Mitteilung gesehen werden kann. Im übrigen ist in derartigen Fällen zu beachten, daß ein etwaiger Bruch des Bankgeheimnisses grundsätzlich keinen ersatzfähigen Schaden zur Folge hat, wenn er lediglich zur Durchsetzung eines bestehenden Anspruchs führt (vgl. unten Rdn. 66).

<sup>38</sup> Ähnlich *Sichtermann/Kirchherr* S. 179, wonach freilich eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen den Interessen des Ausstellers und des Ein-

reichers erforderlich sein soll; noch enger *Kirchherr/Stützle* ZIP 1984, 521.

**61a** Hat die Bank eine Forderung gegen ihren Kunden wirksam abgetreten, so unterliegt sie grundsätzlich einem **Auskunftsanspruch des Zessionars gemäß § 402 BGB**. Dieser hat in aller Regel Vorrang vor dem Bankgeheimnis (vgl. auch *Sichtermann/Kirchherr* S. 183 f). Denn das Bankgeheimnis ist ja nichts anderes als eine Konkretisierung allgemeiner privatrechtlicher Rechtsfiguren (vgl. oben Rdn. 40 ff), so daß kein Anlaß besteht, aus ihm bei einer Zession einen stärkeren Schutz herzuleiten als bei der Zession sonstiger Forderungen — und für diese gilt nun einmal § 402 BGB; an der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift zu zweifeln, besteht auch nach Anerkennung des Rechts auf „informationelle Selbstbestimmung“ durch das Bundesverfassungsgericht kein Anlaß, da sich etwa erforderliche Korrekturen ohne weiteres aus § 242 BGB herleiten lassen, der grundsätzlich auch zu Einschränkungen von § 402 BGB führen kann. Entgegen einer für das österreichische Recht vertretenen Ansicht (vgl. *Arnold ÖBA 1987 622 ff*) schränkt das Bankgeheimnis daher z. B. die Möglichkeit der Bank zur Einschaltung eines **Inkassobüros** grundsätzlich nicht ein. Das gilt auch für die bloße Einziehungsermächtigung. Zwar ist auf diese § 402 BGB möglicherweise nicht analog anwendbar, da die Ermächtigung allein dem Interesse des Ermächtigenden dient und § 402 BGB demgegenüber den Zessionar zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung seines (!) Rechts in Stand setzen soll, doch ist auch insoweit von dem Grundsatz auszugehen, daß die Forderung der Bank gegen ihren Kunden sich nicht qualitativ von anderen Forderungen unterscheidet und das Bankgeheimnis daher i. d. R., d. h. vorbehaltlich etwaiger Einschränkungen nach § 242 BGB, nicht deren Durchsetzung auf den nun einmal für Forderungen anerkannten Wegen hindert.

**61b** Der **Auskunftsanspruch eines Aktionärs der Bank gegen diese nach § 131 AktG** hat nach Ansicht des BGH jedenfalls dann Vorrang vor dem Bankgeheimnis, wenn die Auskunft lediglich Mutmaßungen über die Lage bestimmter Kunden auslösen könnte (vgl. BGHZ 86 1, 22). Der Umkehrschluß aus § 131 III AktG, insbesondere aus dessen Ziff. 5, scheint es nahezulegen, auch dann ebenso zu entscheiden, wenn die Auskunft sichere Rückschlüsse ermöglicht. Es ist indessen überaus zweifelhaft, ob § 131 III AktG auf die besondere Lage der Kreditinstitute überhaupt zugeschnitten ist und auch bei wirklich gravierenden Kollisionen mit dem Bankgeheimnis paßt, bei denen es ja u. U. geradezu um die Existenz des betroffenen Bankkunden gehen kann. Es dürfte daher mehr dafür sprechen, § 131 III Ziff. 1 AktG analog anzuwenden und dem Vorstand einen Spielraum zu einer vernünftigen Interessenabwägung einzuräumen.

**62** Schließlich kann die Bank aufgrund eines **überwiegenden Eigeninteresses** zur Aufdeckung des Geheimnisses befugt sein. Der Fall, daß diese zur *Widerlegung eines ebrenrührigen Vorwurfs* des Geheimnisträgers gegen sie erforderlich ist, wurde oben Rdn. 58 bereits erwähnt. Gleiches mag z. B. in Betracht kommen, wenn die Bank *im Ausland zur Mitteilung einer nach deutschem Recht geheimzuhaltenden Tatsache verurteilt* wird<sup>39</sup> und ihr bei Mißachtung des Urteils eine Bestrafung, Nachteile für eine ausländische Filiale bzw. Tochter oder dgl. drohen. Auch in derartigen Fällen kann aber nicht generell und abstrakt eine Befugnis zum Geheimnisbruch bejaht werden<sup>40</sup>; vielmehr bedarf es auch

<sup>39</sup> Vgl. dazu z. B. die in WM 1969, 201 auszugsweise abgedruckte Entscheidung des U.S. Court of Appeals vom 26. 6. 68 und den Aufsatz von *Eisner* WM 1969, 198 sowie *Kleiner* Festschr. für Bärman, 1975, S. 523 ff, insbesondere S. 525; vgl. ferner die Nachw. in der folgenden Fn.

<sup>40</sup> Ebenso i. E. LG Kiel IPRax 1984, 146, 147 = RIW 1983, 206. Dieses hat einem deutschen Kreditinstitut im Wege der einstweiligen Verfü-

gung verboten, bestimmte Unterlagen seines Kunden, die dem Bankgeheimnis unterlagen, auf Verlangen eines US-amerikanischen Gerichts herauszugeben; den Einwand des Kreditinstituts, ihm drohe in den USA, wo es eine Filiale unterhalte, eine Bestrafung, hat das LG Kiel mit der — freilich fragwürdigen — Begründung zurückgewiesen, eine Strafverhängung für ein Verhalten, mit dem das Kreditinstitut der Anordnung eines deutschen

hier einer konkreten, d. h. einzelfallbezogenen Abwägung, bei der die der Bank und die dem Geheimnisträger drohenden Nachteile unter Verhältnismäßigkeits- und Zumutbarkeitsgesichtspunkten miteinander zu vergleichen sind<sup>41</sup>. Darüber hinaus ist zu erwägen, ob der Kunde seiner Bank nicht in Analogie zu § 670 BGB (i. V. m. § 675 BGB) schadensersatzpflichtig wird, wenn er sie trotz Unanfechtbarkeit einer ausländischen Strafandrohung nicht von der Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses entbindet. Im übrigen kann das Bankgeheimnis u. U. nach den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Rechts durchbrochen werden, wenn ein ausländisches Gericht oder eine ausländische Behörde sich im Wege des Rechtshilfeverfahrens an das zuständige deutsche Organ wendet (vgl. auch BFH WM 1979 619 ff).

**d) Die Verschwiegenheitspflicht gegenüber staatlichen Organen und das aus dem Bankgeheimnis folgende Aussageverweigerungsrecht**

Die Bank ist ihrem Kunden grundsätzlich auch zur Verschwiegenheit gegenüber **63** staatlichen Organen verpflichtet. Vor Gericht steht ihr demgemäß in weitem Umfang ein Aussageverweigerungsrecht zu<sup>42</sup>. So hat sie z. B. im **Zivilprozeß** das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs. 1 Ziff. 6 ZPO<sup>43</sup>. Ähnliches gilt im Verfahren der **freiwilligen Gerichtsbarkeit** nach § 15 FGG, im **Arbeitsgerichtsverfahren** nach § 46 II ArbGG, im **Sozialgerichtsverfahren** nach §§ 118, 202 SGG und im **Verwaltungsgerichtsverfahren** nach § 98 VwGO. Diese Zeugnisverweigerungsrechte dienen dem Schutz des Bankkunden und sollten daher nicht dadurch ausgehöhlt werden, daß das Gericht beweismäßige Folgerungen zu seinem Nachteil zieht, wenn er eine Entbindung der Bank vom Bankgeheimnis verweigert (bedenklich daher OLG Celle ZIP 1981 1323, 1324).

Ob die Bank von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht, hat sie unter Berücksichtigung und Abwägung der kollidierenden Interessen zu entscheiden. Sagt sie aus, ohne daß der Bankkunde sein Einverständnis erteilt hat und ohne daß eine besondere Befugnis zur Aufdeckung des Geheimnisses gegeben ist (vgl. dazu soeben Rdn. 58 ff), so verletzt sie ihre Verschwiegenheitspflicht gegenüber ihrem Kunden; dem kann dieser grundsätzlich mit Schadensersatzansprüchen und auch präventiv mit einer einstweiligen Verfügung begegnen (vgl. näher unten Rdn. 66 ff). Ist die Bank dagegen zum Schutze eines anderen Kunden zum Bruch des Geheimnisses befugt, hat letzterer i. d. R. auch einen Anspruch auf ein entsprechendes Verhalten der Bank; dieser ändert zwar wohl nichts an der prozessualen Lage als solcher, also am Bestehen des Aussageverweigerungsrechts<sup>44</sup>, bildet jedoch materiellrechtlich die Grundlage eines etwaigen Schadensersatzanspruchs und ist wohl auch im Wege einer einstweiligen Verfügung durchsetzbar.

Grundlegend anders ist die Situation im **Strafverfahren**. Hier hat die Bank nämlich **64** kein Zeugnisverweigerungsrecht, da das Bankgeheimnis nicht unter § 53 StPO fällt<sup>45</sup>; gegen die Verfassungsmäßigkeit dieses Rechtszustandes sind allerdings Bedenken gel-

Gerichts (nämlich der einstweiligen Verfügung) nachkomme, sei „schwer vorstellbar“. Vgl. zu der Entscheidung näher *Stiefel/Petzinger* RIW 1983, 242 ff und *Bosch* IPRax 1984, 127 ff.

<sup>41</sup> Vgl. dazu auch *Bosch* IPRax 1984, 131.

<sup>42</sup> Vgl. eingehend *Sichtermann/Feuerborn* S. 210 ff m. umf. Nachw.

<sup>43</sup> Vgl. z. B. BGH DB 1953, 1031 unter 1; OLG Köln

MDR 1968, 931; OLG Celle ZIP 1981, 1323, 1324; vgl. dazu auch EuGH WM 1986, 877, 878.

<sup>44</sup> Vgl. dazu statt aller *Stein/Jonas/Schumann/Leipold* <sup>19</sup> § 383 Anm. I 3.

<sup>45</sup> Vgl. z. B. LG Hof NJW 1968, 65; *Wolff* DB 1968, 698; *Sichtermann* NJW 1968, 1996 f.; *Schönle* § 5 II 1 b; *Sichtermann/Feuerborn* S. 324 f m. w. Nachw.

tend gemacht worden<sup>46</sup>, doch dürfte sich ein Verstoß gegen das Übermaßverbot schwerlich überzeugend begründen lassen. Seit Erlaß von § 161 a StPO zum 1. 1. 1975 steht ferner außer Frage, daß das Bankgeheimnis entgegen einer früher verbreiteten Ansicht auch gegenüber der **Staatsanwaltschaft** kein Zeugnisverweigerungsrecht gewährt<sup>47</sup> — es sei denn, man bemüht wiederum das Verfassungsrecht<sup>48</sup>. Auch im **Bußgeldverfahren wegen einer Ordnungswidrigkeit** versagt das Bankgeheimnis, wie sich aus §§ 36 I Nr. 1, 46 II OWiG i. V. m. § 161 a StPO ergibt. Daher darf die Bank z. B. in einem Verfahren wegen eines Verstoßes gegen das GWB nicht die Aussage verweigern. Dagegen gilt § 161 a StPO für die **Kriminalpolizei** nicht, so daß ihr gegenüber wohl das Bankgeheimnis Vorrang hat<sup>49</sup>. — Kommt die Bank einer Aussagepflicht nach, so wird durch diese die Aufdeckung des Geheimnisses gerechtfertigt. Das ändert indessen nichts daran, daß das Bankgeheimnis grundsätzlich auch Straftaten deckt (vgl. oben Rdn. 58 Abs. 2). Die Bank darf daher *nicht von sich aus* eine Straftat anzeigen, es sei denn, es liegt einer der oben Rdn. 59 ff behandelten Ausnahmefälle vor. Tut sie es dennoch, ist der Schaden freilich meist wohl nicht ersatzfähig (vgl. unten Rdn. 66 ff).

Auch außerhalb des Strafrechts gibt es noch eine Reihe weiterer Durchbrechungen des Bankgeheimnisses<sup>50</sup>. Besondere praktische Bedeutung haben dabei vor allem die **Auskunftspflichten gegenüber dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen und gegenüber der Bundesbank** nach §§ 13, 14, 16, 30, 44 KWG.

#### e) Bankgeheimnis und Steuerrecht

**65** Gegenüber den **Finanzbehörden** gilt das Bankgeheimnis gemäß § 93 bzw. § 208 AO weder im Besteuerungs- noch im Steuerfahndungsverfahren, da es nicht unter die durch § 102 AO privilegierten Berufsgeheimnisse fällt<sup>51</sup>. Der BFH hält grundsätzlich auch ein Sammelersuchen der Steuerfahndungsbehörde um Auskunft von einer Bank für zulässig (vgl. BFH WM 1987 884, 885). Außerdem kann die Bank u. U. sogar zugunsten ausländischer Steuerbehörden auskunftspflichtig sein, wenn diese die deutschen Finanzämter im Wege der Amtshilfe einschalten<sup>51a</sup>. Auch im Steuerstrafverfahren tritt das Bankgeheimnis grundsätzlich zurück<sup>52</sup>. Die Finanzbehörden haben sich jedoch an den sogenannten **Bankenerlaß** des Bundesfinanzministeriums vom 31. 8. 1979 zu halten. Dessen Rechtsnatur und dessen Wirkung sind freilich lebhaft umstritten. Vereinzelt wird angenommen, er verstoße in einigen Bestimmungen gegen das Gesetz<sup>53</sup>. Nach anderer Ansicht soll er nicht mehr sein als eine „Goodwill-Erklärung der Finanzverwaltung, die

<sup>46</sup> Vgl. *Sichtermann* MDR 1965, 699 f; *Sichtermann/Kirchherr* S. 56 ff, wonach eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen dem staatlichen Interesse an der Verbrechenverfolgung und dem Bankgeheimnis verfassungsrechtlich geboten sein soll; gegen die Annahme eines Verfassungsverstosßes *Schmidt* WR 1972, 143 f.

<sup>47</sup> Vgl. z. B. LG Hamburg NJW 1978, 958; *Liesecke* WM 1975, 248; *Prost* NJW 1976, 214 f; *Ungnade* WM 1976, 1211 ff; *Ehlers* BB 1978, 1515; *Schönle* § 5 II 1 b; *Sichtermann/Feuerborn* S. 326.

<sup>48</sup> So in der Tat *Sichtermann/Kirchherr* S. 61, weil die Staatsanwaltschaft weisungsgebunden sei und § 161 a StPO nur ein „schematisches“ Handeln zulasse, so daß „das Gebot der Verhältnismäßigkeit überhaupt nicht beachtet werden kann“.

<sup>49</sup> Vgl. z. B. *Ungnade* WM 1976, 1214; *Selmer* S. 62 f; *Sichtermann/Feuerborn* S. 329 ff; differenzierend *Prost* NJW 1976, 215.

<sup>50</sup> Vgl. eingehend *Sichtermann/Feuerborn* S. 360 ff.

<sup>51</sup> Vgl. z. B. *Schneider* DB 1979, 36 ff; *Selmer* S. 24 f; *Sichtermann/Feuerborn* S. 277 m. w. Nachw. und S. 305 f; zur Lage im Steuerfahndungsverfahren eingehend *Bilsdorfer* DStZ 1984, 415 ff; vgl. dazu ferner OLG Hamm WM 1985, 996.

<sup>51a</sup> Vgl. BFH WM 1979, 619 ff; vgl. dazu im übrigen auch *Hamacher* Die Bank 1985, 476 ff; *Eilers/Heintzen* RIW 1986, 619 ff.

<sup>52</sup> Das ist h. L., vgl. eingehend *Ungnade* WM 1976, 1218 ff m. w. Nachw.; ebenso z. B. *Sichtermann/Feuerborn* S. 296; a. A. *Ehlers* BB 1978, 1515 f; *Sichtermann/Kirchherr* S. 59.

<sup>53</sup> So z. B. *Herrler* Mitwirkung der Banken bei der Besteuerung von Bankkunden, 1984, S. 202 f; *Bilsdorfer* DStR 1984, 503 ff; a. A. z. B. *Selmer* S. 35; *Hamacher* DB 1985, 1807 ff; *Sichtermann/Feuerborn* S. 280 ff.

ein tatsächlich unverbindliches Versprechen der freiwilligen Selbstbeschränkung“ enthält<sup>54</sup>. Richtig dürfte demgegenüber sein, daß er eine Konkretisierung des Übermaßverbots, d. h. der Prinzipien der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit darstellt<sup>55</sup> oder doch zumindest als ermessensbindende Verwaltungsanordnung über Art. 3 I GG eine mittelbare Außenwirkung entfaltet<sup>56</sup>; folgerichtig kann seine Einhaltung im Klagewege erzwingen werden<sup>57</sup> und sind auch die Finanzgerichte grundsätzlich an ihn gebunden<sup>58</sup>. Er hat folgenden Wortlaut:

1. „Bei der Anwendung der im Einföhrungsleraf zur AO 1977 (BStBl 1976 I S. 576) unter Nr. 1 und 2 zu § 88 niedergelegten Grundsätze ist auf das Vertrauensverhältnis zwischen den Kreditinstituten und ihren Kunden besonders Rücksicht zu nehmen. Danach kann für den Regelfall davon ausgegangen werden, daß die Angaben in der Steuererklärung vollständig und richtig sind.“

2. Die Finanzämter dürfen von den Kreditinstituten für Zwecke der allgemeinen Überwachung die einmalige oder periodische Mitteilung von Konten bestimmter Art oder bestimmter Höhe nicht verlangen.

3. Die Guthabekonten oder Depots, bei deren Errichtung eine Legitimationsprüfung nach § 154 Abs. 2 AO vorgenommen worden ist, dürfen anlässlich der Außenprüfung bei einem Kreditinstitut nicht zwecks Nachprüfung der ordnungsmäßigen Versteuerung festgestellt oder abgeschrieben werden. Die Ausschreibung von Kontrollmitteilungen soll insoweit unterbleiben.

4. In Vordrucken für Steuererklärungen soll die Angabe der Nummern von Konten und Depots, die der Steuerpflichtige unterhält, nicht verlangt werden, soweit nicht steuermindernde Ausgaben oder Vergünstigungen geltend gemacht werden oder die Abwicklung des Zahlungsverkehrs mit dem Finanzamt dies bedingt.

5. Einzelauskunftersuchen an Kreditinstitute sind zulässig. Für das Verfahren gelten die Vorschriften der §§ 93 ff AO. Ist die Person des Steuerpflichtigen bekannt, so soll das Kreditinstitut erst um Auskunft gebeten werden, wenn die Sachverhaltsaufklärung durch den Steuerpflichtigen nicht zum Ziele geführt hat oder keinen Erfolg verspricht. In dem Auskunftersuchen ist anzugeben, daß die genannten Voraussetzungen erfüllt sind, worüber Auskünfte erteilt werden sollen und daß die Auskunft für die Besteuerung anderer Personen angefordert wird.

6. Für die Steuerfahndung gilt § 208 AO. Ist die Person des Steuerpflichtigen bekannt und gegen ihn kein Verfahren wegen einer Steuerstraftat oder einer Steuerordnungswidrigkeit eingeleitet, so soll auch im Verfahren nach § 208 Abs. 1 Satz 1 AO das Kreditinstitut erst um Auskunft und Vorlage von Urkunden gebeten werden, wenn die Sachverhaltsaufklärung durch den Steuerpflichtigen nicht zum Ziele geführt hat oder keinen Erfolg verspricht“.

Eine besonders gravierende Durchbrechung des Bankgeheimnisses stellt die **Anzeigepflicht der Kreditinstitute beim Tode eines Kunden gemäß § 33 ErbStG** dar. Danach sind diese verpflichtet, dem für die Erbschaftssteuer zuständigen Finanzamt Mitteilung über die Guthaben und die sonstigen in ihrem Gewahrsam befindlichen Vermögensgegenstände zu machen, die dem Verstorbenen gehörten oder über die er Verfügungsmacht hatte. Diese Regelung soll eine korrekte Ermittlung der Erbschaftssteuer erleichtern. Sie wird darüber hinaus von der Finanzverwaltung auch für Zwecke der Einkommens- und Vermögenssteuererhebung benutzt. Denn durch gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 17. 2. 1986 wurde bestimmt, daß die Erbschaftssteuer-Finanzämter den für die Einkommens- und die Vermögenssteuer zuständigen Stellen Kontrollmitteilungen zu machen haben — und zwar bezüglich des Erblas-

<sup>54</sup> So *Kühn/Kutter* Abgabenordnung<sup>13</sup>, § 93 Anm. 4; ihm folgend LG Hamburg NJW 1978, 958, 959; a. A. z. B. *Selmer* S. 34 f.; *Sichtermann/Feuerborn* S. 279.

<sup>55</sup> Zustimmung *Lothar H. J. Becker* Der Bankenerlaß, 1983, S. 127; *Lerche* ZHR 149 (1985) 176.

<sup>56</sup> Vgl. z. B. *Söhn* NJW 1980, 1430; *Selmer* S. 34; *Herrler* aaO (Fn. 53) S. 75; *Becker* aaO (Fn. 55) S. 142 ff.; *Sichtermann/Feuerborn* S. 279.

<sup>57</sup> Ebenso *Herrler* aaO (Fn. 53) S. 75 (soweit er den Bankenerlaß als gesetzeskonform ansieht); a. A. z. B. *Söhn* NJW 1980, 1430; *Sichtermann/Feuerborn* S. 280 m. w. Nachw.

<sup>58</sup> So mit Recht *Selmer* S. 34; a. A. offenbar *Becker* aaO (Fn. 55) S. 148 f.

sers, wenn der Wert des gesamten Nachlasses mehr als DM 250 000,— oder das zum Nachlaß gehörende Kapitalvermögen mehr als DM 50 000,— beträgt, und bezüglich des Erben, wenn der erbschaftssteuerliche Wert des Nachlasses DM 50 000,— übersteigt (vgl. BStBl 1986 I S. 82). Darin liegt ein eklatanter Fall von *Normenmißbrauch*, da § 33 ErbStG allein erbschafts- und nicht einkommens- und vermögenssteuerlichen Zwecken dient. Außerdem ist es sachlich in keiner Weise begründet und verstößt daher gegen das Willkürverbot, gerade den Erbfall zum Anlaß einer umfassenden Kontrolle der Plausibilität der Kapitalertrags- und Vermögenssteuererklärungen des Erblassers und des Erben zu nehmen, während eine solche ansonsten auf Grund des Bankenerlasses grundsätzlich nicht stattfindet. Die Erlasse vom 17. 2. 1986 sind daher mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar.

### 5. Die Rechtsfolgen einer Verletzung des Bankgeheimnisses

#### a) Schadensersatzansprüche und die Problematik der Ersatzfähigkeit des Schadens

**66** Als Rechtsfolge einer Verletzung des Bankgeheimnisses kommt in erster Linie ein Anspruch auf Schadensersatz in Betracht. Für diesen gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln über Schutzpflichtverletzungen (vgl. dazu oben Rdn. 13 ff). Besonderheiten können sich jedoch bezüglich des Schadens und seiner Ersatzfähigkeit ergeben. So stellen z. B. **Steuernachzahlungen** des Kunden keinen ersatzfähigen Schaden dar. Das folgt schon aus der herkömmlichen Fassung der Differenztheorie, ohne daß es insoweit auf eine normative Auflockerung oder Eingrenzung des Schadensbegriffs ankommt. Denn die Steuerschuld belastete das Vermögen des Kunden schon vor dem Bruch des Bankgeheimnisses und völlig unabhängig von diesem, so daß durch ihre Bezahlung ein Passivum entfällt und per saldo in der Vermögensbilanz des Kunden keine Minderung eintritt. Gleiches gilt folgerichtig, wenn durch die Verletzung des Bankgeheimnisses die **Durchsetzung bestehender privatrechtlicher Ansprüche** gegen den Kunden — z. B. auf Schadensersatz, Herausgabe, Gewinnabführung, Unterhalt usw. — möglich wird, indem die Bank dem Gläubiger die erforderliche Kenntnis von der Existenz des Anspruchs oder den für seine Höhe maßgeblichen Umständen verschafft<sup>59</sup>. Auch wenn ein Gläubiger durch einen Bruch des Bankgeheimnisses von einem Konto seines Schuldners oder von einem Zahlungseingang für diesen erfährt, liegt nicht schon allein in der **Pfändung und Einziehung des Guthabens** ein ersatzfähiger Schaden, sofern und soweit die Forderung des Gläubigers wirklich bestand (a. A. wohl BGHZ 27 241, 247); ein solcher ist vielmehr nur dann gegeben, wenn der Kunde einen über die Schuldtilgung hinausgehenden Nachteil erlitten hat wie z. B., wenn er ohne die Pfändung mit dem Geld eine anderweitige Schuld bezahlt hätte und nun einen Verzugsschaden oder eine Vertragsstrafe bezahlen muß und dgl.

**67** Größere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Bruch des Bankgeheimnisses zu einer Bestrafung des Kunden führt — sei es zu einer **Geldstrafe** oder sei es gar zu einer **Freiheitsstrafe mit Einkommensverlust**. Diese Fälle generell aus dem Schutzbereich der Verschwiegenheitspflicht auszuklammern, erscheint nicht sachgerecht (vgl. oben Rdn. 58). Auch läßt sich schwerlich leugnen, daß hier ein Schaden i. S. der Differenztheorie vorliegt. Indessen dürfte dessen Ersatzfähigkeit zu verneinen sein, da die Differenztheorie insoweit gewisser normativer Korrekturen bedarf<sup>60</sup>. Zwar kann an sich auch eine Strafe zu einem ersatzfähigen Schaden führen (vgl. z. B. RGZ 169 267, 268 ff;

<sup>59</sup> Vgl. auch von Caemmerer Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, 1956, S. 16.

<sup>60</sup> Vgl. auch von Caemmerer aaO (Fn. 59); wie im

Text auch *Avancini* 2/146; anders *Kleiner Festschr. für Bärmann*, 1975, S. 530 für das schweizerische Recht.

BGHZ 23 222, 227), doch kann das grundsätzlich nicht gelten, wenn die Strafe bereits endgültig verwirkt und nur mangels Aufdeckung der Tat noch nicht verhängt ist; denn dem Täter hier die finanziellen Folgen seiner Tat im Wege des Schadensersatzrechts abzunehmen, würde zu einem nicht zu rechtfertigenden Wertungswiderspruch gegenüber dem Zweck der betreffenden Strafnorm führen (während in den Fällen, in denen die Pflichtwidrigkeit des Schädigers in der mangelnden Verhinderung der Straftat liegt, eine teilweise Belastung des Schädigers mit den finanziellen Folgen der Tat keineswegs dem Schutzzweck der Strafnorm zu widersprechen braucht, vgl. auch unten Rdn. 116). Eine gewisse Sonderstellung nimmt dabei die **Aufdeckung von Steuerstraftaten** ein, weil sie dem Kunden die Möglichkeit raubt, durch eine Selbstanzeige gemäß § 371 AO Straffreiheit zu erlangen; hier spricht einiges für die Ersatzfähigkeit des Schadens<sup>60a</sup>.

Problematisch ist die Ersatzfähigkeit des Schadens ferner, wenn ein unbefugter **Bruch des Bankgeheimnisses zu einem Verlust des Arbeitsplatzes** oder dgl. durch Kündigung, Entlassung aus dem Beamtenverhältnis usw. führt. Hier generell den Rechtswidrigkeitszusammenhang oder das Vorliegen eines Schadens i. S. der Differenztheorie zu verneinen, geht noch weniger an als in den Fällen der Bestrafung. Auch kann man anders als in diesen nicht auf den Schutzzweck der Norm, die die Kündigungs- bzw. Entlassungsmöglichkeit begründet, zurückgreifen, da damit die Abwälzung des Schadens auf die Bank i. d. R. durchaus vereinbar ist. Allerdings war hier schon eine „Schadensanlage“ vorhanden, weil der Kündigungs- bzw. Entlassungsgrund ja auch auf andere Weise hätte aufgedeckt werden können, doch geht es insoweit lediglich um eine *hypothetische* Ursache, so daß nicht schon die mehr oder weniger entfernte Möglichkeit, sondern allenfalls die — von den Umständen des Einzelfalles abhängige — an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit einer anderweitigen Aufdeckung des Geheimnisses die Ersatzpflicht der Bank entfallen läßt. Insgesamt läßt sich hier daher mit gutem Grund die Ansicht vertreten, daß die Bank den Schaden (in den Grenzen von § 254 BGB) grundsätzlich zu ersetzen hat<sup>61</sup>. Dafür spricht nicht zuletzt auch die Überlegung, daß zu weitreichende Einschränkungen der Ersatzfähigkeit des Schadens die Präventivwirkung der Schadenshaftung stark beeinträchtigen und Verletzungen des Bankgeheimnisses u. U. nahezu völlig sanktionslos machen würden, zumal Unterlassungsansprüche oft zu spät kommen werden, eine Bestrafung gemäß § 203 II StGB nur bei öffentlichrechtlichen Kreditinstituten in Betracht kommt und eine Entlassung des schuldigen Bankangestellten nicht im Einflußbereich des Kunden liegt.

### b) Sonstige Rechtsfolgen

Neben dem Schadensersatzanspruch kann ein **Rücktrittsrecht** wegen positiver Vertragsverletzung und ein — wegen Ziff. 17 S. 2 AGB allerdings i. d. R. bedeutungsloses — Recht zur **Kündigung** der Geschäftsverbindung aus wichtigem Grund gegeben sein (vgl. auch *Schönle* § 5 I 2); denn eine Schutzpflichtverletzung kann gleichzeitig einen Verstoß gegen die Vertragspflichten darstellen und daher die entsprechenden Rechtsfolgen auslösen (vgl. näher *Canaris* JZ 1965 477 unter Ziff. 2). Allerdings kann das keineswegs generell angenommen werden, sondern bedarf sorgfältiger Prüfung im Einzelfall. Nur wenn die durch den Geheimnisbruch hervorgerufene Störung des Vertrauensver-

<sup>60a</sup> Vgl. auch RGZ 169, 267, wo es jedoch insofern besonders kraß lag, als es um die Verletzung einer Pflicht zur Beratung über die Möglichkeit der Selbstanzeige ging; skeptisch gegenüber der im Text vertretenen Ansicht *Avancini* Rdn. 2/146 unter Hinweis auf die Kausalitätsproblematik.

<sup>61</sup> So in der Tat *Esser Schuldrecht*<sup>2</sup> § 61, 3 c = S. 249 i. V. m. Beispiel a vor § 61; wie im Text i. E. auch *Avancini* Rdn. 2/144; anders von *Caemmerer* aaO S. 16 bezüglich der entsprechenden Problematik bei Verletzungen des Briefgeheimnisses.

hältnisses so schwerwiegend ist, daß dem Kunden ein Festhalten an dem betreffenden Vertrag bzw. eine Fortsetzung der Geschäftsverbindung nicht mehr zumutbar ist, hat er die betreffenden Lösungsrechte. Dann allerdings kann er u. U. auch von solchen Einzelverträgen zurücktreten, die von der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nicht unmittelbar betroffen waren; denn er hat dann möglicherweise berechtigten Anlaß zu der Befürchtung, daß die Bank auch bei anderer Gelegenheit das Bankgeheimnis nicht wahren wird.

**70** Als dritter Rechtsbehelf steht dem Kunden ein **Unterlassungsanspruch** zur Seite (vgl. auch *Wolff* DB 1968 697 f; *Schönle* § 5 I 2), zu dessen Sicherung er gegebenenfalls auch eine **einstweilige Verfügung** gemäß § 935 ZPO erwirken kann. Dieser Anspruch ist dabei nicht nur in den Fällen der Deliktshaftung, sondern auch in denen der Vertrauenshaftung gegeben. Denn die vorbeugende Unterlassungsklage findet ihre innere Rechtfertigung in dem Gedanken, daß Schaden zu verhüten besser ist als Schaden auszugleichen, und sie muß daher folgerichtig nicht nur bei unerlaubten Handlungen i. S. der §§ 823 ff BGB zum Zuge kommen, sondern auch bei Vertrags- und Schutzpflichtverletzungen; das gilt um so mehr, als es sich auch hier um eine Einstandspflicht für rechtswidriges Verhalten handelt. Dabei ist nicht unbedingt erforderlich, daß bereits eine Rechtsverletzung stattgefunden hat, sondern u. U. schon genügend, daß ein Geheimnisbruch erstmals droht<sup>62</sup>. Hat bereits einmal eine Rechtsverletzung stattgefunden, so entfällt die erforderliche Wiederholungsgefahr i. d. R. nicht schon aufgrund der bloßen Erklärung des Beklagten, er werde keine erneute Rechtsverletzung begehen (vgl. BGH DB 1953 1032 unter 4); anders liegt es insoweit allerdings, wenn der Bruch des Bankgeheimnisses aufgrund eines besonderen Anlasses, mit dessen Wiederkehr nicht zu rechnen ist, erfolgte (vgl. BGH aaO).

**71** Schließlich kann auch der **Einwand des Rechtsmißbrauchs** gegen eine unter Bruch des Bankgeheimnisses erlangte Rechtsposition — z. B. ein Pfändungspfandrecht an einem Guthaben — in Betracht kommen, doch genügt dafür nicht, daß jemand lediglich eine von einem Dritten erlangte Information ausgenutzt hat, ohne dessen Geheimnisbruch gefördert oder angeregt zu haben<sup>63</sup>.

## 6. Die Ergänzung des Bankgeheimnisses durch das BDSchG

### a) Das Verhältnis von BDSchG und Bankgeheimnis

**72** Das Bankgeheimnis wird in weiten Bereichen durch das BDSchG ergänzt und z. T. verstärkt. Allerdings ist schon das Verhältnis von BDSchG und Bankgeheimnis unklar und umstritten. Der BGH geht ersichtlich davon aus, daß das Bankgeheimnis insoweit nicht zum Zuge kommt, als die Voraussetzungen für eine Anwendung des BDSchG vorliegen<sup>64</sup>, also vom **Vorrang des BDSchG**. Dem kann indessen nicht gefolgt werden. Allerdings wird man das nicht schon aus § 45 S. 1 BDSchG folgern können<sup>65</sup>; danach gehen „besondere Rechtsvorschriften des Bundes“, soweit sie „auf in Dateien gespeicherte personenbezogene Daten anzuwenden sind“, den Vorschriften des BDSchG vor. Würde man zu diesen „besonderen Rechtsvorschriften“ auch Normen wie §§ 157 bzw. 242 BGB und/oder § 823 BGB i. V. m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht rechnen

<sup>62</sup> Vgl. *Wolff* DB 1968, 697 f sowie — wenn auch nicht zum Bankgeheimnis — z. B. BGH NJW 1951, 843; *Palandt/Thomas* Einf. vor § 823 Anm. 8 b ee a. E.

<sup>63</sup> Vgl. BGH WM 1973, 892, 894; zustimmend *Liesecke* WM 1975, 316; *Gaul* Festschr. für die Sparkassenakademie, 1978, S. 112 f.

<sup>64</sup> Vgl. BGHZ 95, 362, 367 f unter 5 a mit insoweit kritischer Anmerkung von *Koller* EWiR § 24 BDSchG 2/85, 837.

<sup>65</sup> So aber *Steindorff* ZHR 149 (1985) 163 unter 2 c.

— auf denen das Bankgeheimnis beruht (vgl. oben Rdn. 41 f) —, so wäre das BDSchG wegen des in § 45 S. 1 ausgesprochenen Subsidiaritätsprinzips überall dort unanwendbar, wo es schon bisher einen Geheimnisschutz gab. Dadurch würde die Effizienz des vom BDSchG gewährleisteten Datenschutzes so stark gemindert, daß dies nicht der Sinn von § 45 S. 1 BDSchG sein kann, wie auch die in dessen S. 2 enthaltenen sehr speziellen Beispielsfälle erkennen lassen. Der Begriff der „besonderen“ Rechtsvorschriften ist daher in dem Sinne eng auszulegen, daß so „allgemeine“ Normen wie die §§ 157, 242, 823 BGB nicht darunter fallen<sup>66</sup>. Deswegen darf man nun aber nicht ins entgegengesetzte Extrem verfallen und dem BDSchG grundsätzlich Vorrang vor dem Bankgeheimnis zusprechen. Denn sonst kommt man zu untragbaren Wertungswidersprüchen. So ist insbesondere kein Grund dafür ersichtlich, auf natürliche Personen grundsätzlich nur das BDSchG anzuwenden, während juristischen Personen der Schutz des Bankgeheimnisses voll erhalten bleibt, weil sie nicht unter das BDSchG fallen<sup>67</sup>; ebenso ungereimt ist es, die Übermittlung gespeicherter Daten vom Schutz des Bankgeheimnisses auszunehmen, nur weil für sie das BDSchG gilt, während es bei der Übermittlung nicht gespeicherter Daten, die vom BDSchG nicht erfaßt werden, bei den allgemeinen Regeln über das Bankgeheimnis bleibt<sup>68</sup>. Auch dogmatisch ist die Ansicht des BGH nicht haltbar. Das BDSchG ist nämlich auf den spezifischen Vertrauensschutz, der sich aus einer *Sonderverbindung* ergibt, gar nicht zugeschnitten und kann diesen daher nicht verdrängen. Zumindest die *vertrags- bzw. vertrauensrechtliche* Grundlage des Bankgeheimnisses, die auf § 157 bzw. § 242 BGB beruht (vgl. dazu oben Rdn. 42), muß daher erhalten bleiben und ergänzend neben das BDSchG treten<sup>69</sup> — wie das ja auch dem Grundsatz der Anspruchskonkurrenz entspricht. Das hat praktische Bedeutung insofern, als Durchbrechungen des Bankgeheimnisses grundsätzlich nur mit *Einwilligung des Kunden* möglich sind (vgl. oben Rdn. 48 f und 56), während eine solche nach dem BDSchG unter den Voraussetzungen des § 24 entbehrlich ist. Eher mag es vertretbar sein, die *persönlichkeitsrechtliche* Grundlage des Bankgeheimnisses (vgl. dazu oben Rdn. 41) hinter das BDSchG zurücktreten zu lassen<sup>70</sup>, weil man dieses u. U. als spezielle gesetzliche Regelung des Persönlichkeitsrechtes auffassen kann. Indessen dürfte auch diese Einschränkung letztlich jedenfalls insoweit nicht überzeugen, als es sich nicht nur um die Weitergabe einzelner Daten, sondern um darüber hinausgehende Persönlichkeitsverletzungen handelt<sup>71</sup>; denn das BDSchG soll den Persönlichkeitschutz ausbauen, und daher wäre es ungereimt, aus ihm dessen Verringerung herzuleiten, soweit wirklich das allgemeine Persönlichkeitsrecht und nicht nur ein (etwaiges) Recht „am Datum“<sup>72</sup>, verstanden als

<sup>66</sup> Ebenso i. E. *Zöllner* ZHR 149 (1985) 180 Fn. 3.

<sup>67</sup> Zu dieser Differenzierung gelangt der BGH aaO (Fn. 64).

<sup>68</sup> Auch diese Differenzierung macht der BGH aaO (Fn. 64).

<sup>69</sup> Ebenso i. E. *Zöllner* ZHR 149 (1985) 180 und 194 f.

<sup>70</sup> So *Zöllner* aaO S. 180 f.

<sup>71</sup> So *Steindorff* aaO S. 162 f. Unklar, ja wohl geradezu widersprüchlich ist insoweit die Rspr. des BGH, wonach einerseits das allgemeine Persönlichkeitsrecht als bloßer „Auffangtatbestand“ gegenüber dem BDSchG zurücktritt (vgl. BGHZ 80, 311, 319; 89, 218, 226; 91, 233, 238; BGH, WM 1986, 189, 191; ebenso BAG WM 1987, 875, 877), andererseits jedoch jede durch das BDSchG nicht gedeckte Übermittlung personenbezogener Daten eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeits-

rechts darstellt und die Folgen des § 1004 BGB (und folgerichtig erst recht die des § 823 BGB) nach sich zieht (vgl. BGHZ 91, 233, 239 f; BGH WM 1983, 1188 unter II); die Einschränkung, dies gelte nur, „soweit nicht spezielle datenschutzrechtliche Ansprüche bestehen“ (so WM aaO), löst diesen Widerspruch nicht auf, weil nicht einsichtig zu machen ist, warum das BDSchG dem Verletzten die nach dem BGB gegebenen Ansprüche soll nehmen wollen.

<sup>72</sup> Vgl. dazu *MünchKomm.-Mertens*<sup>2</sup> § 823 Rdn. 134, der freilich entgegen der Voraufgabe die Konstruktion eines Rechts „am Datum“ aufgibt und statt dessen das allgemeine Persönlichkeitsrecht heranzieht; gegen ein Recht am Datum auch *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* Komm. zum BDSchG<sup>3</sup>, 1981, § 4 Rdn. 37 m. w. Nachw.; *Langobro* S. 237 f.

ein sich erst aus dem BDSchG selbst ergebendes besonderes Persönlichkeitsrecht, verletzt ist.

**72 a** Insgesamt ergibt sich somit, daß die Vorschriften des BDSchG und die Regeln über das Bankgeheimnis grundsätzlich nebeneinander stehen und zwischen ihnen somit weder Subsidiarität noch Spezialität, sondern **Anspruchskonkurrenz** herrscht. Tatbestandlich bedeutet das vor allem, daß auch im Anwendungsbereich des BDSchG, insbesondere seines § 24, zusätzlich die — weitgehend ungeschriebenen — Rechtsätze über das Bankgeheimnis gelten, während umgekehrt auch die Vorschriften des BDSchG ergänzend und erweiternd neben jene treten können. Was die Rechtsfolgen anbelangt, so bleibt es folglich auch im Anwendungsbereich des BDSchG bei den oben Rdn. 66 ff dargestellten Grundsätzen. Hinzutreten gegebenenfalls die spezifischen Ansprüche des BDSchG auf Auskunft, Berichtigung, Sperrung und Löschung (vgl. §§ 4, 26 f, 34 f) sowie die aus dessen Verletzung herzuleitenden Ansprüche aus § 823 und analoger Anwendung von § 1004 BGB<sup>73</sup>.

### b) Die Bedeutung des BDSchG für Bankauskünfte

**73** Von praktischer Bedeutung kann das BDSchG für die Erteilung von Bankauskünften sein. Allerdings kommt das von vornherein nur in Betracht, sofern diese in den **persönlichen Anwendungsbereich des BDSchG** fallen. Das ist nach § 2 I BDSchG nur der Fall, wenn sich die Auskunft auf eine natürliche Person bezieht. Juristische Personen sowie oHG und KG werden demgemäß als solche durch das BDSchG nicht geschützt. Eine Auskunft über eine oHG oder KG betrifft freilich zugleich die Verhältnisse der oHG-Mitglieder bzw. der Komplementäre und unterliegt daher dem BDSchG, sofern diese natürliche Personen sind<sup>74</sup>; gleiches gilt für die Ein-Mann-GmbH<sup>75</sup> und darüber hinaus wohl sogar allgemein für eine „personalistisch“ strukturierte GmbH<sup>76</sup>.

**73 a** Bezüglich des **sachlichen Anwendungsbereichs** ist vor allem zu beachten, daß das BDSchG nach seinem § 1 II 1 nur Daten schützt, die „in Dateien gespeichert, verändert, gelöscht oder aus Dateien übermittelt werden“, und daß nach § 2 III Ziff. 3 HS 2 BDSchG „Akten und Aktensammlungen“ keine Datei sind. Daher unterfällt eine Auskunft, die lediglich aus der Kreditakte erteilt wird, auch dann nicht dem BDSchG, wenn die mitgeteilten Tatsachen gleichzeitig in einer Datei gespeichert sind, jedoch anlässlich der Auskunft nicht aus dieser entnommen werden<sup>77</sup>; denn es fehlt dann an der Übermittlung „aus einer Datei“. Allerdings wird man die Beweislast dafür, daß die Datei für die Auskunftserteilung wirklich nicht benutzt wurde, nach dem Sphärengedanken und zur Verhinderung von Umgehungen des BDSchG zu Lasten der Bank umzukehren haben. Dagegen ist die Anwendbarkeit des BDSchG unabhängig von Beweislastfragen zu bejahen, wenn die Auskunft zwar nur aus „allgemein gehaltenen Feststellungen und Bemerkungen“ im Sinne von Ziff. 10 II AGB der Banken besteht und also nicht die Mitteilung konkreter Tatsachen umfaßt, aber auf Daten beruht, die in einer Datei

<sup>73</sup> Vgl. dazu z. B. BGHZ 91, 233, 239 f; BGH WM 1983, 1188 unter II; *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* § 4 Rdn. 34 ff; *Ordemann/Schomerus* BDSchG<sup>3</sup>, 1982, § 4 Anm. 2.2; MünchKomm./Mertens<sup>2</sup> § 823 Rdn. 134.

<sup>74</sup> Vgl. z. B. *Ordemann/Schomerus* § 2 Anm. 1.5; *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh* § 2 Rdn. 57; *Zöllner* ZHR 149 (1985) 182.

<sup>75</sup> Vgl. BGH WM 1986, 189 (freilich nur für den Fall,

daß die Angaben über die GmbH als Teil der Angaben über den Gesellschafter gespeichert sind); *Zöllner* aaO S. 183 m. Nachw. zur Gegenmeinung.

<sup>76</sup> So mit Recht *Zöllner* aaO S. 183.

<sup>77</sup> Ebenso *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr* S. 424; *Kirchherr/Stützle* ZIP 1984, 519; a. A. *Ungnade/Gorynia* WM 1983 Beil. Nr. 7 S. 9 und wohl auch *Zöllner* aaO S. 184.

gespeichert sind<sup>78</sup>; zwar mag es sein, daß ein derartiges Werturteil streng genommen unter keinen der vier Tatbestände des § 2 II BDSchG fällt, doch ist dessen Ziff. 2 („Bekanntgeben gespeicherter oder durch Datenverarbeitung unmittelbar gewonnener Daten an Dritte“) jedenfalls analog anzuwenden, da pauschale Werturteile wegen ihrer Unüberprüfbarkeit noch gefährlicher für den Betroffenen sind als Tatsachenmitteilungen und daher auch und erst recht vom BDSchG erfaßt werden müssen, falls ihre Informationsgrundlage auf einer Datei basiert.

Sofern danach das BDSchG tatbestandlich einschlägig ist — d. h. bei Auskünften über eine natürliche Person, die in dem dargelegten (weiten) Sinne „aus einer Datei übermittelt“ werden —, kommt es des weiteren darauf an, ob die **Zulässigkeitsvoraussetzungen des BDSchG** erfüllt sind. Das ist nach § 3 BDSchG zunächst dann der Fall, wenn der Betroffene eingewilligt hat. Diese Einwilligung bedarf indessen der Schriftform, „soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist“. Diesem Erfordernis wird bei Bankauskünften nur in Ausnahmefällen genügt sein<sup>79</sup>. Insbesondere ist es nicht durch Ziff. 10 I 1 AGB der Banken erfüllt (a. A. wohl *Langobr* S. 47 ff, 59 f); das ergibt sich bei Kunden, denen gegenüber die AGB schon bisher galten, ohne weiteres daraus, daß es an einer auf diese Klausel bezüglichen Unterschrift und damit an den Voraussetzungen von § 126 I BGB fehlt, doch ist auch bei einer Unterschrift unter die neuen, d. h. Ziff. 10 I 1 in der derzeitigen Fassung beinhaltenden AGB nicht anders zu entscheiden, da der Kunde dabei in aller Regel nicht das Bewußtsein hat, ein konstitutives Formerfordernis i. S. von § 126 BGB zu erfüllen, und außerdem meist der nach § 3 S. 2 HS. 2 BDSchG erforderliche besondere schriftliche Hinweis auf die in Ziff. 10 I 1 AGB enthaltene Einwilligung fehlen wird. Anders ist allerdings zu entscheiden, wenn der Kunde seine Bank gegenüber dem Auskunftsuchenden schriftlich als Referenz angegeben hat; denn die Einwilligung kann nach dem Grundgedanken von § 182 I BGB auch gegenüber dem Auskunftsuchenden erteilt werden. Anders ist ferner dann zu entscheiden, wenn die Einwilligung zwar nur mündlich, insbesondere telephonisch, erteilt wird, die Auskunft jedoch so eilbedürftig ist, daß für eine schriftliche Zustimmung des betroffenen Bankkunden sinnvollerweise keine Zeit mehr blieb; hier ist „wegen besonderer Umstände eine andere Form — nämlich die mündliche — angemessen“.

Liegt eine wirksame Einwilligung nicht vor, so hängt die Zulässigkeit der Bankauskunft von den Voraussetzungen des § 24 I 1 BDSchG ab. Nach dessen erster Alternative „ist die Übermittlung personenbezogener Daten zulässig im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen“. Diese Voraussetzung ist bei Bankauskünften grundsätzlich nicht erfüllt<sup>80</sup>. Sofern diese einen Kunden betreffen, der kein eingetragener Kaufmann ist, folgt das schon daraus, daß die Bank über ihn nach Ziff. 10 I 2 AGB grundsätzlich keine Auskünfte erteilt; daraus wird deutlich, daß bei diesen Personen die Erteilung von Auskünften über sie nicht zur „Zweckbestimmung“ des (angeblichen) „allgemeinen Bankvertrags“ bzw. (richtig) der Geschäftsverbindung und des daraus folgenden „ver-

<sup>78</sup> Ebenso *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr* S. 435 und wohl auch *Ungnade/Gorynia* aaO S. 9; a. A. *Zöllner* aaO S. 185 f; *Musielak* S. 20.

<sup>79</sup> Ebenso i. E. *Thilo* NJW 1984, 583; *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr* S. 431; *Zöllner* aaO S. 187 f; *Langobr* S. 37.

<sup>80</sup> Ebenso i. E. *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr* S. 436 f; *Thilo* NJW 1984, 584; *Musielak* S. 20 f;

*Langobr* S. 39; a. A. *Ungnade/Gorynia* aaO S. 10 f bezüglich der Geschäftskunden, während sie für Privatkunden auf dem hier vertretenen Standpunkt stehen; ähnlich, wenn auch sehr vorsichtig formulierend *Zöllner* aaO S. 189 f; dezidiert für die Anwendbarkeit von § 24 I 1 Alt. 1 BDSchG *Kirchherr/Stützle* ZIP 1984, 520 auf Grund von Ziff. 10 AGB in der damals geltenden Fassung.

tragsähnlichen Vertrauensverhältnisses“ gehört. Nichts anderes gilt aber auch bezüglich der eingetragenen Kaufleute. Denn eine Verkehrssitte oder ein Handelsbrauch, auf Grund derer die Bank über sie ohne ihre Einwilligung Auskünfte erteilen darf, ist nicht anzuerkennen (vgl. oben Rdn. 56), und daher liegt die Auskunftserteilung auch hier nicht im Rahmen der „Zweckbestimmung“ des „allgemeinen Bankvertrags“ bzw. der Geschäftsverbindung. Daran kann Ziff. 10 I 1 AGB nichts ändern. Zum einen kann man nämlich aus der dort statuierten „Berechtigung“ zur Auskunftserteilung nicht einfach schließen, diese werde nun geradezu zur „Zweckbestimmung“, und zum anderen würde sonst das Schriftformerfordernis für die Einwilligung nach § 3 BDSchG unterlaufen; denn da diesem, wie soeben dargelegt, in Hinsicht auf Ziff. 10 I 1 ABG nicht genügt ist, darf man nicht unter Heranziehung eben dieser Klausel auf dem Umweg über die „Zweckbestimmung“ des Bankvertrags bzw. der Geschäftsverbindung doch noch zur generellen Zulässigkeit von Bankauskünften über eingetragene Kaufleute kommen, da Ziff. 10 I 1 ABG nichts anderes als eine Einwilligung enthält und daher nur an den — gegenüber § 24 BDSchG insoweit vorrangigen — Erfordernissen von § 3 BDSchG zu messen ist.

Die Zulässigkeit der Auskunft kann sich daher in aller Regel nur aus der zweiten Alternative von § 24 I 1 BDSchG ergeben. Danach ist die Datenübermittlung zulässig, soweit sie „zur Wahrung berechtigter Interessen der übermittelnden Stelle oder eines Dritten oder der Allgemeinheit erforderlich ist und dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen nicht beeinträchtigt werden“. Die Erforderlichkeit wird bei den in Betracht kommenden Auskünften, insbesondere bei Kreditauskünften nahezu immer zu bejahen sein, weil (und sofern) der Auskunftsuchende auf die Auskunft angewiesen ist<sup>81</sup>, um seine Dispositionen entsprechend einzurichten, also z. B. über einen Kredit an den betroffenen Bankkunden zu entscheiden. Es kommt also darauf an, ob die Auskunft „schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt“. Das wird man bei uneingeschränkt positiven Auskünften grundsätzlich verneinen können. Problematisch sind dagegen (ganz oder teilweise) negative Auskünfte. Sicher darf die Bank diese in den Fällen geben, in denen sie ausnahmsweise zur Durchbrechung des Bankgeheimnisses berechtigt ist, also vor allem bei Nothilfe für den Auskunftsuchenden oder Bestehen einer Warnpflicht der Bank ihm gegenüber (vgl. dazu oben Rdn. 59 f); denn dann sind die Belange des Betroffenen nicht „schutzwürdig“. Ebenso ist aus dem gleichen Grunde ferner dann zu entscheiden, wenn der Betroffene die in der Auskunft enthaltene negative Tatsache eigentlich von sich aus dem Auskunftsuchenden mitteilen müßte — etwa auf Grund einer Aufklärungspflicht aus § 242 BGB im Rahmen von Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*). Der BGH und die h. L. interpretieren indessen das Tatbestandsmerkmal, daß „schutzwürdige Belange des Betroffenen nicht beeinträchtigt werden“ dürfen, sehr weich und wenig wortlautgetreu, indem sie die Schutzwürdigkeit der Belange des Betroffenen nicht für sich allein prüfen, sondern sie den „berechtigten Interessen der übermittelnden Stelle oder eines Dritten oder der Allgemeinheit“ gegenüberstellen und mit diesen nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten einzelfallbezogen abwägen<sup>82</sup>. Danach lassen sich generelle Aussagen außer in den oben erwähnten Extremfällen nur schwer machen, weil es eben auf eine einzelfallbezogene Abwägung ankommt. Immerhin hat der BGH aber den doch ziemlich allgemein gehaltenen Satz aufgestellt, daß „Auskünfte, die geeignet sind, etwaige Kreditgeber zu einer sorgfältigen Bonitätsprüfung zu veranlassen, . . . wenn sie zutreffen und nicht den sensitiven persön-

<sup>81</sup> In diesem Sinne interpretiert Zöllner aaO S. 191 mit Recht das Merkmal der Erforderlichkeit.

<sup>82</sup> Vgl. BGH WM 1983, 1188, 1189; 1984, 398, 399;

1986, 189, 190; Zöllner aaO S. 191 m. umf. Nachw. aus der datenschutzrechtlichen Literatur; strenger Musielak S. 21.

lichen Bereich berühren, regelmäßig vom Betroffenen hingenommen werden müssen, wenn er Vertrauen in seine Kreditwürdigkeit in Anspruch nehmen will“<sup>83</sup>. Macht man mit dieser Formulierung Ernst, so dürfte die große Masse der Bankauskünfte auch bei negativem Inhalt nach § 24 I 1 Alt. 2 BDSchG zulässig sein (a. A. i. E. *Langobro* S. 39 f).

### c) BDSchG und Schufa-Verfahren

Von größter praktischer Bedeutung ist das BDSchG für das Schufa-Verfahren. **74** Dabei geht es im wesentlichen darum, daß die Kreditinstitute der „Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung“ **Daten über Girokonten, Kredite und Bürgschaften** melden und von dieser ihrerseits Auskünfte über die dort registrierten Daten erhalten<sup>84</sup>. Die Übermittlung der Daten an die Schufa unterliegt dem BDSchG, soweit sie in dessen persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich fallen; das ist der Fall, wenn sie sich auf natürliche Personen beziehen und aus Dateien entnommen werden (vgl. näher oben Rdn. 73 am Anf.). Darüber hinaus stellt die Übermittlung der Daten grundsätzlich auch eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses dar. Die Kreditinstitute bedürfen daher grundsätzlich der Einwilligung des betroffenen Kunden. Aus praktischen Gründen kann diese nur durch eine vorformulierte Erklärung eingeholt werden und unterliegt daher dem AGBG. Die **seit 1. 7. 1980 verwendete Klausel** hat der BGH wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG verworfen und dies im wesentlichen damit begründet, daß sie zu allgemein gehalten sei und keinen Raum für die sowohl nach § 24 BDSchG als auch bei Durchbrechungen des Bankgeheimnisses gebotene Abwägung der Interessen im Einzelfall lasse (vgl. BGHZ 95 362, 367 f; ebenso für eine pauschale Einwilligung in Leasing-AGB OLG Hamm WM 1986 1362, 1366). Für die **Altverträge**, die unter Zugrundelegung dieser Klausel abgeschlossen worden sind, bedeutet dies, daß sich die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Übermittlung von Daten an die Schufa sowie der Speicherung durch diese allein nach §§ 24, 32 BDSchG richtet und daher von einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung abhängt<sup>85</sup>; darüber hinaus hat es zur Folge, daß die Übermittlung mangels einer wirksamen Einwilligung einen Bruch des Bankgeheimnisses darstellt — und zwar vom hier vertretenen Standpunkt aus auch im Anwendungsbereich des BDSchG (vgl. oben Rdn. 72), vom Standpunkt der Gegenmeinung aus nur außerhalb desselben.

Seit dem 1. 7. 1986 verwenden die Kreditinstitute eine **neue Schufa-Klausel**<sup>85a</sup> (abgedruckt unten Rdn. 74 f). Diese beinhaltet eine dreifach gestufte Regelung. Im ersten Absatz ist eine echte konstitutive **Einwilligungserklärung des Kunden** mit der Datenübermittlung enthalten. Diese umfaßt indessen nicht alle Daten, sondern klammert die sogenannten Negativmerkmale aus und bezieht sich lediglich auf gewissermaßen **neutrale Daten** — nämlich Daten über die Beantragung, die Aufnahme und die Beendigung einer Kontoverbindung, über die Beantragung, die Aufnahme (Kreditnehmer, Mitschuldner, Kreditbetrag, Laufzeit, Ratenbeginn) und vereinbarungsgemäße Abwicklung

<sup>83</sup> So BGH WM 1986, 189, 190 unter Berufung auf BGH WM 1978, 999 und 1983, 1188, wo diese Aussage indessen zumindest nicht mit dieser Deutlichkeit getroffen ist.

<sup>84</sup> Vgl. zum Schufa-Verfahren in rechtstatsächlicher Hinsicht eingehend *Hendriks* ZHR 149 (1985) 179 ff; vgl. ferner das von den Kreditinstituten herausgegebene Merkblatt über das Schufa-Verfahren, abgedruckt ZIP 1986, 470 ff.

<sup>85</sup> Vgl. auch *Weber* WM 1986, 849 f; a. A. *Simitis* JZ 1986, 191, wonach es „einer besonderen Interes-

senabwägung gar nicht erst bedarf“, weil diese nur dort eine Rolle spiele, „wo eine Speicherungsmöglichkeit besteht“ und es „genau daran fehlt, wenn, wie hier, die Verletzung einer Übermittlungsvorschrift eine Speicherungssperre auslöst“ — eine Ansicht, die aus dem Gesetz nicht zu begründen, ja geradezu unverständlich ist.

<sup>85a</sup> Vgl. dazu *Weber* WM 1986, 845 ff und *Die Bank* 1986, 370 ff; *Geiger/Gröschel* Sparkasse 1986, 294 ff; *Schapper/Dauer* Computer und Recht 1986, 319 ff; *Koeppe* FLF 1987, 92 ff.

## 2. Abschnitt. Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank

(z. B. vorzeitige Rückzahlung, Laufzeitverlängerung) von Krediten sowie über eine vorgesehene Bürgschaft, ihre Übernahme (Bürge, Kreditnehmer, Betrag, Laufzeit, Ratenbeginn des Kredits) und Erledigung. Weil (und sofern) die Schufa-Klausel vom Kunden gesondert unterschrieben wird, genügt diese Einwilligungserklärung dem Schriftformerfordernis von § 3 S. 2 Halbs. 1 BDSchG, ohne daß es eines „besonderen Hinweises“ auf sie nach Halbs. 2 dieser Vorschrift bedarf (vgl. auch *Dammann/Stange ZIP 1986 491*). Diese Einwilligungserklärung ist auch so ausführlich und präzise abgefaßt, daß dem Kunden hinreichend vor Augen geführt wird, worauf sich seine Einwilligung bezieht, und dem Bestimmtheitserfordernis somit genügt ist. Auch einer Kontrolle an § 9 AGBG dürfte sie standhalten (vgl. auch *Schwark ZHR 151, 1987 333*). Zwar gilt das Erfordernis der einzelfallbezogenen Interessenabwägung nach § 24 I 1 BDSchG an sich nicht nur für Negativmerkmale, sondern grundsätzlich auch für neutrale Daten, doch ist bei diesen weit eher anzunehmen, daß durch die Übermittlung „schutzwürdige Belange des Betroffenen nicht beeinträchtigt werden“. Eine AGB-Klausel, die insoweit von einer einzelfallbezogenen Prüfung absieht, erscheint daher als zulässig, zumal der BGH sogar bei der Übermittlung von Negativmerkmalen ohne (!) Einwilligung gewisse Generalisierungen der Interessenabwägung für zulässig hält (vgl. BGH WM 1983 1188, 1189 unter III 2 a). Dafür spricht maßgeblich auch, daß das Schufa-System nicht nur den Interessen der Kreditinstitute und der kreditgebenden gewerblichen Wirtschaft, sondern auch denen der Kreditnehmer dient, weil diese dadurch verhältnismäßig leicht, zinsgünstig und häufig ohne Sicherheitsleistung Personalkredite erhalten können (vgl. BGH WM 1978 999, 1001 unter II 2 b bb).

**74b** Wesentlich anders ist der zweite Absatz der Schufa-Klausel gestaltet. Dieser betrifft die sogenannten **Negativmerkmale**; als deren Beispiele sind aufgezählt bei laufenden Konten Scheckkartenmißbrauch durch den rechtmäßigen Karteninhaber, Scheckrückgabe mangels Deckung, Wechselprotest, beantragter Mahnbescheid bei unbestrittener Forderung sowie Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, bei Krediten deren Kündigung, die Inanspruchnahme einer vertraglich vereinbarten Lohnabtretung, beantragter Mahnbescheid bei unbestrittener Forderung sowie Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und bei Bürgschaften ebenfalls beantragter Mahnbescheid bei unbestrittener Forderung sowie Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. Hinsichtlich der Übermittlung dieser Merkmale enthält die neue Schufa-Klausel (anders als nach Ansicht des BGH die alte) nach ihrem unmißverständlichen Wortlaut keine Einwilligung des Kunden, sondern nur die Mitteilung, daß das Kreditinstitut „unabhängig“ von der in Abs. 1 erteilten Einwilligung der Schufa Negativmerkmale „melden wird“, sowie den Hinweis, daß „diese Meldungen nach dem Bundesdatenschutzgesetz nur erfolgen dürfen, soweit dies zur Wahrung berechtigter Interessen des Kreditinstituts, eines Vertragspartners der Schufa oder der Allgemeinheit erforderlich ist und dadurch schutzwürdige Belange (des Betroffenen) nicht beeinträchtigt werden“. Die Schufa-Klausel hat also insoweit keinen konstitutiven, sondern nur deklaratorischen Charakter. Das bedeutet einerseits, daß sie nach § 8 AGBG nicht der Inhaltskontrolle am Maßstab von § 9 AGBG unterliegt, andererseits aber auch, daß sie für die Kreditinstitute keinerlei Vereinfachung der Rechtslage mit sich bringt, sondern diese auf die Vornahme einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung nach § 24 I 1 BDSchG verweist. Wann diese die Übermittlung von Negativmerkmalen erlaubt, ist grundsätzlich nicht generell zu sagen, sondern kann von Fall zu Fall unterschiedlich zu beurteilen sein<sup>86</sup>. Immerhin hat der BGH aber ausgesprochen, daß

<sup>86</sup> Vgl. dazu BGH WM 1983, 1188, 1189; 1984, 398, 399; OLG München WM 1982, 51 und 1985, 255 f; OLG Hamm WM 1983, 852 m. krit. Anm.

von *Helle* WM 1983, 1248 ff; OLG Düsseldorf WM 1983, 1142 und 1985, 1220 f; OLG Hamburg WM 1984, 257; OLG Köln ZIP 1982, 1059 und

die Übermittlung von Daten über die Konkursöffnung, die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO und die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners „in aller Regel“ zulässig sein werden (vgl. BGH WM 1983 1188, 1189); das soll sogar dann gelten, wenn diese Daten sich nicht auf den Betroffenen selbst, sondern auf eine GmbH beziehen, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer er ist (vgl. BGH WM 1986 189, 190). Hinsichtlich der Beantragung eines Mahnbescheids ist die Problematik durch die jetzt verwendete Klausel im wesentlichen entschärft, weil dieses Datum nur „bei unbestrittener Forderung“ an die Schufa übermittelt wird und die Gefahr einer Mißdeutung der Zahlungsfähigkeit oder -willigkeit des Betroffenen (vgl. dazu BGH WM 1984 398, 399 Sp. 2) daher nicht gegeben sein dürfte; insoweit enthält die beispielhafte Aufzählung in Abs. 2 der Schufa-Klausel eine vertragliche Selbstbindung der Kreditinstitute. Hinsichtlich der Inanspruchnahme einer Lohnabtretung ist dagegen eine derartige Einschränkung nicht vorgesehen; deren Meldung an die Schufa ist daher zwar nicht generell unzulässig (vgl. BGH WM 1983 1188, 1189 unter III 2 b aa; 1984 398, 399 unter III), doch muß gewährleistet sein, daß ein etwaiger Widerspruch des Betroffenen gegen diese Maßnahme mit- oder nachgemeldet wird. Gleiches gilt bezüglich der Konto- oder Kreditkündigung, des Scheckkartenmißbrauchs, der Scheckrückgabe mangels Deckung sowie überhaupt aller Maßnahmen, deren Berechtigung der Kunde bestreitet. Wird dies beachtet, so dürfte die Übermittlung zutreffender Daten an die Schufa in sehr vielen Fällen zulässig sein, weil und soweit sie „geeignet sind, etwaige Kreditgeber zu einer sorgfältigen Bonitätsprüfung zu veranlassen“ (vgl. BGH WM 1986 189, 190). Die Darlegungs- und Beweislast für ein berechtigtes Interesse an der Übermittlung bzw. Speicherung und für dessen Überwiegen gegenüber den schutzwürdigen Belangen des Betroffenen liegt freilich grundsätzlich bei dem übermittelnden Kreditinstitut bzw. der Schufa (a. A. OLG Düsseldorf WM 1985 1220, 1221); denn § 3 BDSchG geht von der grundsätzlichen Unzulässigkeit aus (arg. „nur zulässig“), und daher müssen die Zulässigkeitsvoraussetzungen von § 24 bzw. § 32 BDSchG von demjenigen dargetan werden, der Daten übermittelt oder speichert. Im übrigen muß das Informationssystem als solches gewissen Mindestanforderungen an seine Zuverlässigkeit genügen. Vor allem müssen alle Vorkehrungen getroffen sein, um zu gewährleisten, daß der gespeicherte Datenbestand durch Nachmeldungen der angeschlossenen Unternehmen unverzüglich und vollständig aktualisiert wird (vgl. BGH WM 1984 398, 400). Außerdem wird man hinreichende Kontrollmechanismen fordern müssen, um sicherzustellen, daß der Anfragende sein berechtigtes Interesse an der Auskunft wirklich glaubhaft macht; ein solches ist dabei nur anzunehmen, wenn die Kenntnis der Daten für die vom Empfänger beabsichtigten Ziele und Zwecke erforderlich ist (vgl. BGHZ 91 233, 240). Ob darüber hinaus auch noch dem Betroffenen ein über die im BDSchG vorgesehenen Rechte hinausgehender Zugang zu dem Informationssystem gegeben werden muß (so *Dammann/Stange ZIP 1986 491 f*), ist zumindest sehr zweifelhaft und findet weder im Gesetz noch in der bisherigen Rechtsprechung des BGH eine Grundlage.

Im dritten Absatz enthält die Schufa-Klausel eine **Entbindung vom Bankgeheimnis. 74c** Diese ist nach der oben Rdn. 72 f vertretenen Ansicht auch im Anwendungsbereich des BDSchG erforderlich, da dieses keinen Vorrang gegenüber dem Schutz des Bankgeheimnisses genießt und daher die Einwilligung des Kunden in dessen Durchbrechung nicht zu ersetzen vermag. Darüber hinaus ist die Entbindung vom Bankgeheimnis

WM 1984, 1022; LG Köln ZIP 1981, 727; LG München WM 1985, 164 f; Weber WM 1986, 849; Geigen/Gräschel Sparkasse 1986, 295; Teske Die Datenverarbeitung durch die Datenbanken der

Wirtschaft am Beispiel der Schufa, in *Vollkommer* (Hrsg.) Datenverarbeitung und Persönlichkeitsschutz, 1986, S. 131 ff, 152 ff.

jedenfalls insoweit erforderlich, als die übermittelten Daten nicht in den persönlichen oder sachlichen Anwendungsbereich des BDSchG fallen. Die Entbindung erfolgt nach dem Wortlaut der Klausel nur, „soweit hiernach eine Übermittlung erfolgen kann“. Mit „hiernach“ sind ersichtlich die beiden vorausgehenden Absätze gemeint. Bei Negativmerkmalen ist daher für die Entbindung vom Bankgeheimnis eine Interessenabwägung nach Maßgabe von § 24 BDSchG auch dann erforderlich, wenn die übermittelten Daten eigentlich gar nicht in den Anwendungsbereich des BDSchG fallen; insoweit entfaltet Abs. 2 der Schufa-Klausel auf dem Umweg über Abs. 3 mittelbar doch eine gewisse konstitutive Wirkung. „Kann“ wird man im Sinne von „darf“ zu lesen haben, so daß die Entbindung vom Bankgeheimnis nur für solche Daten gilt, zu deren Übermittlung das Kreditinstitut nach Abs. 2 S. 3 der Klausel berechtigt ist, und nicht etwa für alle die Daten, die es rein faktisch übermitteln „kann“. Unter dieser Voraussetzung ist die Entbindung vom Bankgeheimnis mit § 9 AGBG vereinbar, da sie bei dieser Interpretation nicht pauschal ist, sondern bei Negativmerkmalen grundsätzlich von einer Interessenabwägung abhängt; daß diese für die Zulässigkeit einer formularmäßigen Einwilligung in die Durchbrechung des Bankgeheimnisses anders ausfallen müßte als nach § 24 BDSchG, kann man auch dann nicht sagen, wenn man wie hier den Standpunkt vertritt, daß § 24 BDSchG selbst — also unabhängig von der Einwilligung des Kunden — eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses nicht erlaubt. — Nicht gedeckt ist durch Abs. 3 der Schufa-Klausel allerdings die Meldung, daß der Kunde der Schufa-Klausel widersprochen hat. Wenn ausweislich des Merkblatts über die Schufa auch ein solcher Widerspruch gemeldet wird (vgl. ZIP 1986 472), so liegt darin eine Verletzung des Bankgeheimnisses; denn die Entbindung von diesem nach Abs. 3 der Schufa-Klausel ist wegen des Widerspruchs nicht wirksam geworden, und die etwaige Zulässigkeit der Meldung nach § 24 BDSchG erlaubt die Durchbrechung des Bankgeheimnisses nicht (vgl. oben Rdn. 72). Dabei ist zu beachten, daß das Bankgeheimnis auch schon im vorvertraglichen Stadium gilt (vgl. oben Rdn. 42).

**74d** Überhaupt nicht erfaßt von der Schufa-Klausel sind **unzutreffende Mitteilungen** — sei es *an* die Schufa, sei es *durch* die Schufa. Gegen diese wird der Betroffene nicht nur in den engen Grenzen des § 824 BGB geschützt (vgl. dazu OLG Frankfurt WM 1988 154, 159), sondern grundsätzlich auch nach §§ 27, 35 BDSchG (vgl. dazu OLG Hamburg NJW 1987 659) und nach § 823 I BGB i. V. m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und/oder dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Die Kreditinstitute und die Schufa haben grundsätzlich durch geeignete Organisationsmaßnahmen sicherzustellen, daß unzutreffende Mitteilungen unterbleiben. Das gilt auch für die Vermeidung von Namensverwechslungen, die jetzt offenbar durch die Speicherung von Geburtsdatum und Anschrift vermieden werden (vgl. ZIP 1986 472 Sp. 2); die Bedenken gegen die Entscheidung BGH WM 1978 999, 1001, wo eine entsprechende Organisationspflicht der Schufa verneint wurde, mögen daher heute auf sich beruhen<sup>87</sup>.

**74e** Aus der Tatsache, daß die Kreditinstitute regelmäßig auf der Schufa-Klausel beharren, läßt sich grundsätzlich **kein Kontrahierungszwang** herleiten (vgl. *Simon* ZIP 1987 1234 ff).

**74f** Der Text der Schufa-Klausel lautet:

**SCHUFA-Klausel auf Kreditanträgen**

Ich/Wir willige(n) ein, daß das Kreditinstitut der für meinen/unseren Wohnsitz zuständigen

<sup>87</sup> Kritisch zu der Entscheidung z. B. *Deutsch* JZ 1979, 102; *Simon* NJW 1979, 265; zustimmend z. B. *Schaffland* BB 1978, 1587.

## I. Das Bankgeheimnis

SCHUFA-Gesellschaft (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung) Daten über die Beantragung, die Aufnahme (Kreditnehmer, Mitschuldner, Kreditbetrag, Laufzeit, Ratenbeginn) und vereinbarungsgemäße Abwicklung (z. B. vorzeitige Rückzahlung, Laufzeitverlängerung) dieses Kredits übermittelt.

Unabhängig davon wird das Kreditinstitut der SCHUFA auch Daten aufgrund nicht vertragsgemäßer Abwicklung (z. B. Kündigung des Kredits, Inanspruchnahme einer vertraglich vereinbarten Lohnabtretung, beantragter Mahnbescheid bei unbestrittener Forderung sowie Zwangsvollstreckungsmaßnahmen) melden. Diese Meldungen dürfen nach dem Bundesdatenschutzgesetz nur erfolgen, soweit dies zur Wahrung berechtigter Interessen des Kreditinstituts, eines Vertragspartners der SCHUFA oder der Allgemeinheit erforderlich ist und dadurch meine/unsere schutzwürdigen Belange nicht beeinträchtigt werden.

Soweit hiernach eine Übermittlung erfolgen kann, befreie(n) ich/wir das Kreditinstitut zugleich vom Bankgeheimnis.

Die SCHUFA speichert die Daten, um den ihr angeschlossenen Kreditinstituten, Leasinggesellschaften, Einzelhandels-, Versandhandels- und sonstigen Unternehmen, die gewerbsmäßig Geld- oder Warenkredite an Konsumenten geben, Informationen zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit von Kunden geben zu können. Sie stellt diese Daten ihren Vertragspartnern nur zur Verfügung, wenn diese ein berechtigtes Interesse an der Datenübermittlung glaubhaft darlegen. Die SCHUFA übermittelt nur objektive Daten ohne Angabe des Kreditgebers; subjektive Werturteile, persönliche Einkommens- und Vermögensverhältnisse sind in SCHUFA-Auskünften nicht enthalten.

Ich kann/Wir können Auskunft bei der SCHUFA über die mich/uns betreffenden gespeicherten Daten erhalten. Die Adresse der SCHUFA lautet:

...

Ich/Wir willige(n) ein, daß im Falle eines Wohnsitzwechsels die vorgenannte SCHUFA die Daten an die dann zuständige SCHUFA übermittelt.

Weitere Informationen über das SCHUFA-Verfahren enthält ein Merkblatt, das auf Wunsch zur Verfügung gestellt wird.

...

Unterschrift(en)

### **SCHUFA-Klausel auf Kontoeröffnungsanträgen**

Ich/Wir willige(n) ein, daß das Kreditinstitut der für meinen/unsere(n) Wohnsitz zuständigen SCHUFA-Gesellschaft (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung) Daten über die Beantragung, die Aufnahme und Beendigung dieser Kontoverbindung übermittelt.

Unabhängig davon wird das Kreditinstitut der SCHUFA auch Daten aufgrund nicht vertragsgemäßen Verhaltens (z. B. Scheckkartenmißbrauch durch den rechtmäßigen Karteninhaber, Scheckrückgabe mangels Deckung, Wechselprotest, beantragter Mahnbescheid bei unbestrittener Forderung sowie Zwangsvollstreckungsmaßnahmen) melden. Diese Meldungen dürfen nach dem Bundesdatenschutzgesetz nur erfolgen, soweit dies zur Wahrung berechtigter Interessen des Kreditinstituts, eines Vertragspartners der SCHUFA oder der Allgemeinheit erforderlich ist und dadurch meine/unsere schutzwürdigen Belange nicht beeinträchtigt werden.

Soweit hiernach eine Übermittlung erfolgen kann, befreie(n) ich/wir das Kreditinstitut zugleich vom Bankgeheimnis.

Die SCHUFA speichert die Daten, um den ihr angeschlossenen Kreditinstituten, Leasinggesellschaften, Einzelhandels-, Versandhandels- und sonstigen Unternehmen, die gewerbsmäßig Geld- oder Warenkredite an Konsumenten geben, Informationen zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit von Kunden geben zu können. Sie stellt diese Daten ihren Vertragspartnern nur zur Verfügung, wenn diese ein berechtigtes Interesse an der Datenübermittlung glaubhaft darlegen. Die SCHUFA übermittelt nur objektive Daten ohne Angabe des kontoführenden Instituts; subjektive Werturteile, persönliche Einkommens- und Vermögensverhältnisse sind in SCHUFA-Auskünften nicht enthalten.

## 2. Abschnitt. Die allgemeinen Verhaltenspflichten der Bank

Ich kann/Wir können Auskunft bei der SCHUFA über die mich/uns betreffenden gespeicherten Daten erhalten. Die Adresse der SCHUFA lautet:

...

Ich/Wir willige(n) ein, daß im Falle eines Wohnsitzwechsels die vorgenannte SCHUFA die Daten an die dann zuständige SCHUFA übermittelt.

Weitere Informationen über das SCHUFA-Verfahren enthält ein Merkblatt, das auf Wunsch zur Verfügung gestellt wird.

...

Unterschrift(en)

### **SCHUFA-Klausel auf Bürgschaftserklärungen**

Ich/Wir willige(n) ein, daß das Kreditinstitut der für meinen/unseren Wohnsitz zuständigen SCHUFA-Gesellschaft (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung) Daten über die vorgesehene Bürgschaft, ihre Übernahme (Bürge, Kreditnehmer, Betrag, Laufzeit, Ratenbeginn des Kredits) und Erledigung übermittelt.

Unabhängig davon wird das Kreditinstitut der SCHUFA auch Daten aufgrund nicht vertragsgemäßer Erfüllung dieser Bürgschaft (z. B. beantragter Mahnbescheid bei unbestrittener Forderung sowie Zwangsvollstreckungsmaßnahmen) melden. Diese Meldungen dürfen nach dem Bundesdatenschutzgesetz nur erfolgen, soweit dies zur Wahrung berechtigter Interessen des Kreditinstituts, eines Vertragspartners der SCHUFA oder der Allgemeinheit erforderlich ist und dadurch meine/unserer schutzwürdigen Belange nicht beeinträchtigt werden.

Soweit hiernach eine Übermittlung erfolgen kann, befreie(n) ich/wir das Kreditinstitut zugleich vom Bankgeheimnis.

Die SCHUFA speichert die Daten, um den ihr angeschlossenen Kreditinstituten, Leasinggesellschaften, Einzelhandels-, Versandhandels- und sonstigen Unternehmen, die gewerbsmäßig Geld- oder Warenkredite an Konsumenten geben, Informationen zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit von Kunden geben zu können. Sie stellt diese Daten ihren Vertragspartnern nur zur Verfügung, wenn diese ein berechtigtes Interesse an der Datenübermittlung glaubhaft darlegen. Die SCHUFA übermittelt nur objektive Daten ohne Angabe des Kreditgebers; subjektive Werturteile, persönliche Einkommens- und Vermögensverhältnisse sind in SCHUFA-Auskünften nicht enthalten.

Ich kann/Wir können Auskunft bei der SCHUFA über die mich/uns betreffenden gespeicherten Daten erhalten. Die Adresse der SCHUFA lautet:

...

Ich/Wir willige(n) ein, daß im Falle eines Wohnsitzwechsels die vorgenannte SCHUFA die Daten an die dann zuständige SCHUFA übermittelt.

Weitere Informationen über das SCHUFA-Verfahren enthält ein Merkblatt, das auf Wunsch zur Verfügung gestellt wird.

...

Unterschrift(en)

## **II. Die Bankauskunft**

### **1. Die Problematik eines Anspruchs auf Erteilung einer Auskunft**

- 75** Eine allgemeine Rechtspflicht zur Erteilung von Auskünften an ihre Kunden trifft die Bank nicht. Das gilt unzweifelhaft in dem Sinne, daß die Bank nicht *von sich aus* mit einer von dem Kunden gar nicht erbetenen Auskunft an diesen heranzutreten braucht

## II. Die Bankauskunft

(vgl. freilich auch unten Rdn. 103 ff zur Beratungspflicht). Es gilt jedoch darüber hinaus auch in dem Sinne, daß die Bank ihrem Kunden i. d. R. auch *auf dessen Aufforderung* keine Auskunft zu erteilen braucht, soweit nicht besondere Anspruchsgrundlagen eingreifen (vgl. dazu sogleich Rdn. 76). Der Kunde hat also grundsätzlich keinen Anspruch auf Auskunftserteilung. Ein solcher ergibt sich nämlich weder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen noch aus den AGB der Banken. Zwar ist in Ziff. 10 die Erteilung von Auskünften an eigene Kunden und Kreditinstitute vorgesehen, doch ist dies nicht im Sinne einer bindenden Verpflichtung, sondern lediglich im Sinne einer unverbindlichen Inaussichtstellung zu verstehen. Die Bank haftet daher für die Verweigerung einer Auskunft oder für Verzug bei deren Erteilung ihren Kunden grundsätzlich nicht. Das gilt auch, sofern der Inhaber einer Bank oder ein Organ i. S. von § 276 BGB die Auskunft vorsätzlich verweigert; denn es geht hier nicht um den vertraglichen Ausschluß einer an sich bestehenden Haftung, der insoweit gemäß § 276 II BGB unwirksam wäre, sondern um das Fehlen der Übernahme einer vertraglichen Pflicht zur Auskunftserteilung, das nach dem Prinzip der Abschlußfreiheit unbedenklich ist. In besonders gelagerten Ausnahmefällen kann allerdings auch einmal unabhängig vom Vorliegen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung eine Pflicht zur Auskunftserteilung bestehen. Das ist dann der Fall, wenn die Verweigerung der Auskunft gegen Treu und Glauben oder gar gegen die guten Sitten i. S. von § 826 BGB verstoßen würde (vgl. auch OLG Hamm WM 1987 1297, 1298 im Anschluß an BGHZ 93 191, 204 f). Bei der Annahme einer solchen Rechtspflicht ist jedoch äußerste Zurückhaltung geboten. Keinesfalls aber kann eine allgemeine, d. h. von besonderen Voraussetzungen unabhängige Rechtspflicht zur Auskunftserteilung bejaht werden.

In einer Reihe von Fällen bestehen allerdings **gesetzliche Auskunftsansprüche**. Zu **76** nennen sind insbesondere die Ansprüche des Zessionars aus § 402 BGB, des Auftraggebers aus § 666 BGB, des Pfändungspfandgläubigers aus § 840 ZPO und des Ablösungsberechtigten aus § 242 BGB (vgl. dazu OLG Oldenburg WM 1985 748 f). Einem Auskunftsanspruch sehr ähnlich sind die Ansprüche auf Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses gemäß § 260 BGB und auf Besichtigung und Einsicht gemäß §§ 809 f BGB. Diese Ansprüche werden häufig mit dem **Bankgeheimnis** kollidieren, haben aber meist Vorrang (vgl. näher oben Rdn. 61).

### 2. Die Haftung für eine unrichtige Auskunft gegenüber einem Kunden

#### a) Dogmatische Grundlagen

Von der Problematik einer Rechtspflicht zur Auskunftserteilung scharf zu unterscheiden ist die Frage, ob die Bank eine **Einstandspflicht für die Richtigkeit einer Auskunft** hat, falls sie einem Kunden oder einem anderen Kreditinstitut eine solche (freiwillig) gibt. Daß sie das tut, entspricht verbreiteter Übung. Eine vertragliche Haftungsgrundlage haben die Banken in ihren AGB indessen nicht vorgesehen (sondern nur eine Haftungsbeschränkung in Ziff. 10, die erst im Rahmen der AGB-Kommentierung näher zu behandeln ist); insbesondere ist eine solche in den vom Zentralen Kreditausschuß der deutschen Banken beschlossenen „Grundsätzen über die Erteilung von Bankauskünften“<sup>88</sup>, die den technischen Verfahrensablauf im Interesse einer Standardisierung des Auskunftswesens regeln, nicht enthalten, zumal sie keine Verbindlichkeit im Verhältnis zum Auskunftsuchenden entfalten und nicht den Charakter von AGB haben. Die Haftung für falsche Auskünfte richtet sich daher nach den allgemeinen Vorschriften

<sup>88</sup> Abgedruckt z. B. ZIP 1983, 379 f und Die Bank 1983, 182 f mit Kommentierung von A. Weber.

und Grundsätzen. Danach wird an sich gemäß § 676 BGB durch die Erteilung eines Rates oder einer Empfehlung eine besondere Haftung nicht begründet, was unstreitig auch für Auskünfte gilt (vgl. z. B. RGZ 126 50, 51; 148 286, 293). Die Vorschrift besagt jedoch nicht mehr, als daß die Rat- bzw. Auskunftserteilung *als solche* keine Haftungsgrundlage erzeugt, insbesondere also im Zweifel nicht als Begründung eines Beratungs- bzw. Auskunftsvertrags anzusehen ist. Andere Anspruchsgrundlagen läßt § 676 BGB dagegen ausdrücklich unberührt. Es steht denn auch im Ergebnis außer Streit, daß die Bank ihren Kunden für schuldhaft unrichtige Auskünfte einzustehen hat. Fraglich ist jedoch die Rechtsgrundlage dieser Haftung. Mit Deliktsansprüchen ist dabei von vornherein wenig auszurichten, da es bei der Einstandspflicht für Fehlankünfte regelmäßig um allgemeine Vermögensschäden geht und diese deliktsrechtlich nur in den seltenen Ausnahmefällen einer Haftung nach § 823 II oder § 826 BGB ersatzfähig sind (vgl. im übrigen unten Rdn. 96 f). Im Schrifttum versucht man daher meist mit einer **vertraglichen Haftung** zum Ziel zu kommen; dabei wird überwiegend wohl an einen besonderen — u. U. „stillschweigend“ geschlossenen — *Auskunftsvertrag* gedacht, teilweise aber auch an eine *Nebenpflicht* der zwischen der Bank und dem Kunden bestehenden Einzelverträge oder an die — verfehlt (vgl. oben Rdn. 4 ff) — Lehre vom „*allgemeinen Bankvertrag*“<sup>89</sup>. Die Rechtsprechung leitet die Haftung gegenüber einem Kunden statt dessen vorwiegend aus der **Geschäftsverbindung** und dem durch diese hervorgerufenen **Vertrauensverhältnis** ab<sup>90</sup>. Das findet auch in der Lehre zunehmend Beifall<sup>91</sup>. Dabei wird diese Anspruchsgrundlage allerdings regelmäßig nicht klar von einer echten Vertragshaftung unterschieden und häufig mit dieser geradezu identifiziert<sup>92</sup>.

**78** Der Rechtsprechung, insbesondere der wegweisenden Entscheidung RGZ 27 118 ist im Ausgangspunkt zu folgen (vgl. schon oben Rdn. 13). Dabei muß jedoch eine klare **Grenze gegenüber einer echten Vertragshaftung** gezogen werden. Eine solche kommt zwar in besonders gelagerten Fällen durchaus in Betracht (richtig daher z. B. BGHZ 100 117, 120 ff), bildet jedoch für den Regelfall keine methodenehrliche Lösung. Denn die Banken schließen mit ihren Kunden grundsätzlich eben keinen Auskunftsvertrag ab (vgl. oben Rdn. 75) — was sich überdies im Zweifel auch aus § 676 BGB ergibt. Es ist daher äußerst gekünstelt und stellt regelmäßig eine reine Fiktion dar anzunehmen, daß die Banken zwar keine Verpflichtung zur *Erteilung* einer Auskunft eingehen, wohl aber eine Haftung für die *Richtigkeit* ihrer Auskünfte vertraglich übernehmen, also zwar keinen *Auskunftsvertrag* i. e. S., wohl aber einen *Haftungsvertrag* abschließen. Ebensovienig läßt sich die Problematik mit der Konstruktion einer aus einem Einzelvertrag, also z. B. einem Girovertrag, folgenden Nebenpflicht befriedigend lösen. Zwar kann selbstverständlich im Einzelfall in der Tat eine Nebenpflicht zur Erteilung einer richtigen Auskunft bestehen, doch braucht die Auskunft anerkanntermaßen nicht im Zusammenhang mit einem bestimmten Einzelvertrag, sondern lediglich mit der Geschäftsverbindung als solcher zu stehen (vgl. z. B. RGZ 126 50, 52), und daher versagt auch die Konstruktion einer vertraglichen Nebenpflicht gerade in den problematischen Fällen. Richtig ist folglich, die Haftung der Bank nicht aus einem Vertrag, sondern aus einem gesetzlichen „Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“ abzuleiten und darin einen besonde-

<sup>89</sup> Vgl. *Gaede* S. 27 ff m. Nachw. aus dem älteren Schrifttum; *Schönle* § 5 II 2 c unter Ziff. 1; *Scheerer* S. 804 ff.

<sup>90</sup> Grundlegend RGZ 27, 118, 121; ferner vor allem RGZ 126, 50, 52; RG BankArch. 1929, 256 und 257; RG HRR 1930 Nr. 6 = RG JW 1930, 2927, 2928; BGHZ 13, 198, 200; 21, 102, 107; 49, 167, 168; OLG Stuttgart WM 1969, 278, 279.

<sup>91</sup> Vgl. z. B. *Raiser* S. 135 f; *Tepe* S. 10 ff; *Enneccerus/Lehmann*<sup>15</sup> § 164 II 2 b; *Stolz* S. 47 ff; *Musielak* S. 25.

<sup>92</sup> Vgl. z. B. RGZ 67, 394, 395; RG BankArch. 1932, 228, 229; 1934, 189, 190; BGH WM 1955, 230, 233 unter III 4; 1956, 1056 unter I 1; 1971, 817, 818.

ren Fall einer **Vertrauenshaftung kraft Schutzpflichtverletzung** zu sehen. Diese Konstruktion ist am besten geeignet, die Haftung für falsche Auskünfte dogmatisch zu erfassen<sup>93</sup>, und sie bewährt sich in besonderem Maße im Bankrecht (vgl. eingehend oben Rdn. 12 ff); insbesondere ist allein sie geeignet, das **Stellvertretungsproblem** widerspruchsfrei zu lösen (vgl. näher unten Rdn. 90). Der Geschäftsverbindung kommt dabei lediglich die Funktion zu, den für die Vertrauenshaftung erforderlichen „rechtsgeschäftlichen Kontakt“ zu begründen, und sie kann daher durch andere Formen des „rechtsgeschäftlichen Kontakts“ ersetzt werden<sup>94</sup>. Es ist deshalb i. E. durchaus zutreffend, daß die Rechtsprechung das Erfordernis der Geschäftsverbindung mehr und mehr verwässert und insbesondere eine Haftung schon mit Beginn der Geschäftsverbindung bejaht hat<sup>95</sup>.

### b) Die Unrichtigkeit der Auskunft

Entscheidende Voraussetzung einer Haftung ist im übrigen die Unrichtigkeit der Auskunft, da nur darin die Schutzpflichtverletzung liegen kann. Dabei ist jedoch nicht schon jede **Unklarheit** als Unrichtigkeit anzusehen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, daß die Banken ihre Auskünfte vorsichtig und zurückhaltend zu formulieren pflegen. Von dem Anfragenden ist daher grundsätzlich zu erwarten, daß er sich nicht „blind“ auf die Auskunft verläßt, sondern u. U. „zwischen den Zeilen“ zu lesen versteht<sup>96</sup>. Die Bank darf aber ihre Vorsicht und Zurückhaltung nicht so weit treiben, daß ein „täuschendes Bild“ entsteht<sup>97</sup>. Glaubt sie dem von der Anfrage betroffenen Kunden gegenüber eine wahrheitsgemäße Auskunft nicht verantworten zu können, so bleibt ihr nichts anderes übrig, als die Auskunft abzulehnen (so mit Recht RGZ 139 106) bzw. bestimmte Einzelfragen unbeantwortet zu lassen (vgl. RG BankArch. 1929 258). Im übrigen ist nach der derzeitigen Fassung von Ziff. 10 AGB die Erteilung von Auskünften über juristische Personen und eingetragene Kaufleute grundsätzlich zulässig und bei allen sonstigen Personen von deren ausdrücklicher Zustimmung abhängig. Der früher bestehende Konflikt zwischen Bankgeheimnis und korrekter Auskunftserteilung ist daher ausgeräumt, und daher darf der Auskunftsuchende jetzt grundsätzlich eine unmißverständliche Auskunft erwarten, die die Interessen des Betroffenen nicht ungebührlich schont. Keinesfalls geht es an, daß die Bank sich, wie mitunter zu beobachten ist, auf eine „Schlüsselsprache“ zurückzieht, die nur für Insider oder mit dem Auskunftswesen gut Vertraute voll verständlich ist<sup>98</sup>; Bankauskünfte sind vielmehr analog §§ 133, 157 BGB so auszulegen, wie der Anfragende sie redlicher- und vernünftigerweise verstehen durfte. Daher geht es nicht an, die Aussage, die Bank gewähre Kredit „gegen bankübliche Sicherheit“, als Warnung vor der Gewährung ungesicherter Kredite zu deuten, oder aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Antwort auf die Frage, ob der Betroffene für einen Kredit in bestimmter Höhe gut sei, trotz eines positiven Gesamteindrucks der Auskunft

<sup>93</sup> Vgl. *Canaris* Die Vertrauenshaftung S. 539; *Lorenz* S. 618 f; *Stoll* S. 764 ff; *Schlegelberger/Hefermehl*<sup>5</sup> § 347 Rdn. 42; *Staudinger/Wittmann* 12 § 676 Rdn. 7; *Erman/Hauß*<sup>7</sup> § 676 Rdn. 1 a. E. und 5; *Sichtermann/Feuerborn* S. 396 f.

<sup>94</sup> Zu eng daher RG BankArch. 1910, 12 Sp. 1; richtig dagegen z. B. BGH WM 1959, 1458, 1460 unter III 2; vgl. im übrigen näher oben Rdn. 14 a. E.

<sup>95</sup> Vgl. RGZ 126, 50, 52; RG JW 1905, 502 Nr. 35; 1911, 809 Nr. 14; 1936, 2066 Nr. 7; BankArch. 1932, 228; 1934, 190; 1936, 519; HRR 1937 Nr. 117 S. 278.

<sup>96</sup> Vgl. auch RGZ 139, 103, 106; RG BankArch. 1929, 257; 1930, 245, 246; HRR 1930 Nr. 6 m. w. Nachw.; BGH WM 1961, 510; 1971, 818; *Lorenz* S. 585 f. mit Fn. 18.

<sup>97</sup> So mit Recht RGZ 139, 106; ähnlich RG BankArch. 1929, 256, 258; 1932, 443, 444; BGH WM 1971, 817, 818; 1972, 583, 584.

<sup>98</sup> Bedenklich sind daher z. T. die bei *Lorenz* 1. Festschr. für Lorenz, 1973, S. 585 Fn. 18 mitgeteilten Formulierungen; wesentlich deutlicher sind dagegen die bei *Rebbein* ZHR 149 (1985) 147 f mitgeteilten Auskünfte.

eine Mahnung zu größter Vorsicht abzulesen (unzutreffend daher OLG Frankfurt WM 1985 253, 254 f). Erst recht darf die Bank nicht einen Einblick in die Bilanzen des Betroffenen behaupten, wenn ihr für ein Jahr nur eine vorläufige Gewinn- und Verlustrechnung vorlag (vgl. BGH WM 1985 381, 382).

**80** Die Unrichtigkeit kann auch in der **Unvollständigkeit** der Auskunft liegen, sofern die Bank Tatsachen verschweigt, die erkennbar für den Anfragenden von Bedeutung sind<sup>99</sup>. So wirft z. B. die Ausstellung ungedeckter Schecks ein so ungünstiges Licht auf einen Kaufmann, daß die Bank diesen Umstand nicht verschweigen darf, wenn er ihr bekannt ist (vgl. BGH WM 1962 1110, 1111 unter I 2 a). Das gleiche gilt, wenn Wechselproteste vorgekommen sind (vgl. BGH WM 1979 548, 549). Relevante Umstände sind ferner i. d. R., daß Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung in ein Grundstück dessen, über den eine Kreditauskunft erteilt wird, angeordnet worden sind (vgl. BGH WM 1972 583, 584), daß die Bank selbst bereits Sicherungsgut des Kunden verwerten mußte (vgl. BGH WM 1973 635, 636), daß dieser seine Kreditlinie trotz entsprechender Warnungen seit längerer Zeit ohne zureichende Sicherheiten in ständig zunehmendem Maße überzogen hat (vgl. BGH WM 1974 685, 686), daß er hohe, seine Bonität gefährdende Schulden hat (OLG Oldenburg WM 1987 836) und daß in der Auskunft erwähnter Grundbesitz in erheblichem Umfang dinglich belastet ist (vgl. BGH WM 1979 548, 549). Darüber hinaus kann sogar das Fehlen solcher Tatsachen, die der Bank selbst nicht bekannt sind, die Auskunft unvollständig und unrichtig machen. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Anfragende aus der Auskunft den Eindruck gewinnen muß, diese stelle eine abgerundete und im wesentlichen vollständige Antwort auf seine Frage dar; ist die Bank selbst nur mangelhaft oder unvollständig unterrichtet, so muß sie dies durch einen entsprechenden Vorbehalt zum Ausdruck bringen (vgl. BGH WM 1962 1110, 1111 unter I 2 c). Auf der anderen Seite dürfen die Anforderungen an die Vollständigkeit der Auskunft auch nicht überspannt werden. Zu weit ginge es jedenfalls zu verlangen, daß die Bank dem Anfragenden stets ein (etwaiges) eigenes Interesse an dem in Aussicht genommenen Geschäft, um dessentwillen die Auskunft begehrt wird, aufdeckt<sup>100</sup>; denn die Anfrage bezieht sich ja nicht auf die Angelegenheiten der Bank, sondern auf die des Kunden, und die Bank genügt daher grundsätzlich ihren Pflichten, wenn sie die Auskunft *über diesen* zutreffend abgibt und sich dabei von ihrem Eigeninteresse nicht beeinflussen läßt.

**81** Bei **nachträglicher Einsicht in die Unrichtigkeit der Auskunft** ist die Bank zur Berichtigung verpflichtet<sup>101</sup>. Das ergibt sich sowohl aus Treu und Glauben als auch aus den Grundsätzen über das „vorangegangene Tun“, da die Bank durch die Auskunft das Risiko entsprechender Dispositionen des Anfragenden hervorgerufen oder zumindest verstärkt hat und da sie daher insoweit eine gewisse „Garantenstellung“ besitzt. Anders mag es liegen, wenn die Auskunft ursprünglich richtig war und lediglich aufgrund nachträglich eingetretener Veränderungen später nicht mehr zutrifft<sup>102</sup>; allerdings kann sich auch hier aus besonderen Umständen des Einzelfalls eine Berichtigungspflicht ergeben (vgl. BGHZ 61 176, 179 f).

<sup>99</sup> Vgl. auch BGHZ 49, 167, 169; BGH WM 1957, 545; 1962, 1110; 1972, 583, 584; 1979, 548, 549.

<sup>100</sup> Zumindest mißverständlich daher RGZ 139, 109; richtig dagegen insoweit RG BankArch. 1935, 493 Sp. 2; vgl. auch RG BankArch. 1930, 246.

<sup>101</sup> Vgl. RG JW 1917, 286; BGH WM 1962, 1110, 1111 unter I 2 e sowie auch BGH WM 1962, 932; RG BankArch. 1916, 215; Wolff Die AG 1968,

290; Gaede S. 83 f; Sichtermann/Feuerborn S. 414; anders RG BankArch. 1932, 500; BGH WM 1956, 283.

<sup>102</sup> Vgl. RG JW 1917, 285 = BankArch. 1916, 215; BGH WM 1956, 283, 284 unter 5 a; OLG München WM 1980, 505, 507; Wolff Die AG 1968, 290; Gaede S. 83; *Sicherheitsmaßnahmen* S. 413 ff; Lauer WM 1985, 706.

Beinhaltet die Auskunft eine **Prognose** oder ein **Werturteil**, so gelten für ihre Unrichtigkeit die Ausführungen unten Rdn. 101 entsprechend. **81a**

### c) Sonstige Haftungsvoraussetzungen

Bezüglich des **Verschuldens** gelten die allgemeinen Regeln. Dieses wird daher gemäß **82** oder analog § 282 BGB **vermutet**, so daß der Kunde nur die Unrichtigkeit der Auskunft zu beweisen braucht und die Bank dann ihrerseits ihre Schuldlosigkeit dartun muß<sup>103</sup>. Allerdings greift in weitem Umfang die **Freizeichnungsklausel gemäß Ziff. 10 AGB** ein, so daß die Bank i. d. R. nur in Fällen eines besonders krassen Verschuldens oder bei Eigennützigkeit der Auskunft für deren Unrichtigkeit haftet (vgl. näher unten die Kommentierung von Ziff. 10 AGB).

Für **Erfüllungshelfen** hat die Bank nach § 278 BGB einzustehen. In Betracht kommen insoweit in erster Linie ihre **Angestellten**. Ob diese Vertretungsmacht haben, ist unerheblich (vgl. oben Rdn. 18 m. Nachw.). Auch **eine andere Bank** kann Erfüllungshelfin sein. Das ist vor allem dann zu bejahen, wenn die auskunftgebende Bank sich der anderen Bank bei der Beschaffung der erforderlichen Informationen zwar bedient, dies aber dem Auskunftsuchenden gegenüber nicht aufdeckt, sondern die Auskunft als ihre eigene erteilt<sup>104</sup>. Macht die Bank dagegen dem Kunden gegenüber deutlich, daß sie die Auskunft nicht aus eigenem Wissen erteilt, sondern nur eine fremde Auskunft weiterleitet, so haftet sie nur für die sorgfältige Auswahl des Informanten und die korrekte Weitergabe der Auskunft, nicht aber auch nach § 278 BGB für den Fehler der anderen Bank; ob diese ihrerseits in Anspruch genommen werden kann, ist eine Frage, die nicht in diesen Zusammenhang gehört (vgl. dazu näher unten Rdn. 93). **83**

Die **Kausalität** zwischen der Pflichtverletzung und der schädlichen Disposition des Kunden wird grundsätzlich vermutet<sup>105</sup> (vgl. oben Rdn. 30). Der Schaden muß jedoch innerhalb des **Schutzbereichs der verletzten Pflicht** liegen<sup>106</sup>; es muß also ein innerer Zusammenhang zwischen der Fehlerhaftigkeit der Auskunft und dem Schaden bestehen. **83a**

### d) Der Vorbehalt „unverbindlich“ oder „ohne unser Obligo“

Die Banken fügen ihren Auskünften — insbesondere den Kreditauskünften — häufig Vorbehalte der Art bei, daß die Auskunft „unverbindlich“ sei oder „ohne unser Obligo“ erfolge. Die Rechtsprechung mißt derartigen Klauseln **keine weiterreichende Wirkung als dem Haftungsausschluß nach Ziff. 10 AGB** zu und unterwirft sie demgemäß denselben inhaltlichen Schranken<sup>107</sup>. Im Schrifttum wird diese Ansicht mit der Begründung abgelehnt, es gehe in Wahrheit nicht um Vertrags-, sondern um Vertrauenshaftung und aus deren „Wesen“ folge, daß die fraglichen Klauseln deren immanente Voraussetzungen hinfällig machten und daher eine Schadensersatzpflicht „im allgemeinen ausschließen“; da es sich demnach nicht um einen rechtsgeschäftlichen Haftungsausschluß handele, komme es nicht darauf an, „ob sich der Auftraggeber durch die Klausel von einer vertraglich übernommenen Haftung gültig hätte freizeichnen können“ (Stoll S. 769). Dieser Kritik ist indessen — auch und gerade unter vertrauensrechtlichen Gesichtspunkten — nicht zu folgen. Denn auch wenn eine Auskunft „unverbindlich“ oder „ohne Obligo“ erteilt wird, setzt sie doch einen objektiven Vertrauenstatbe- **84**

<sup>103</sup> So mit Recht BGH WM 1972, 584 gegen BGH WM 1956, 1585. <sup>106</sup> Vgl. dazu auch BGH VersR 1967, 65, 67 zur Auskunft eines Steuerberaters.

<sup>104</sup> Vgl. auch Stolz S. 59 ff; Gaede S. 103 ff; Musielak VersR 1977, 975. <sup>107</sup> Vgl. BGH WM 1970, 1021, 1022; ähnlich WM 1973, 635, 636; 1974, 685, 686; OLG Köln WM 1973, 1125, 1127 f.

<sup>105</sup> Vgl. z. B. BGH WM 1979, 548, 550 unter III 2; 1988, 95, 96 a. E.; Sichter mann/Feuerborn S. 401.

stand dahin, daß der Vertrauende jedenfalls nicht vorsätzlich oder leichtfertig etwas Falsches erklärt; auf die *Richtigkeit der Erklärung* und nicht auf den *Willen zur Übernahme einer Einstandspflicht* richtet sich aber das Vertrauen des Auskunftsuchenden (a. A. *Stoll* aaO in merkwürdiger Vermischung von vertrags- und vertrauensrechtlichen Gesichtspunkten). Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit des Auskunftgebers bzw. seiner Organe und sonstigen unter § 31 BGB fallenden Repräsentanten ist daher der fragliche Vorbehalt nicht geeignet, die immanenten Voraussetzungen einer Vertrauenshaftung zu beseitigen.

- 85** Andererseits geht die Rechtsprechung aber doch zu weit, indem sie insoweit ohne weiteres **dieselben Maßstäbe wie im Rahmen von Ziff. 10 AGB** anwendet. Der Vorbehalt ist nämlich integrierender Bestandteil der Auskunft und da diese i. d. R. eine *Individual*-erklärung ist, ist auch er selbst grundsätzlich als eine solche und mithin nicht nach den Regeln über AGB zu behandeln<sup>108</sup>. Qualifiziert man den Vorbehalt als rechtsgeschäftlichen Haftungsausschluß — was auch vom Boden vertrauensrechtlicher Lösungen aus nach dem Gesagten jedenfalls insoweit zutreffend sein dürfte, als es um die Freizeichnung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Auskunftgebenden geht — so kommen demgemäß nur die für Individualerklärungen geltenden Freizeichnungsschranken der §§ 276 II, 138 BGB sowie der Einwand des Rechtsmißbrauchs gemäß § 242 BGB in Betracht. Letzterer wird freilich häufig zum selben Ergebnis wie im Falle von Ziff. 10 AGB führen; vor allem wenn die Bank aus einer Auskunft Vorteile gezogen hat und ihr Erfüllungsgehilfe dies angestrebt hatte, dürfte eine Berufung der Bank auf die Freizeichnung trotz deren Qualifikation als Individualerklärung regelmäßig rechtsmißbräuchlich sein, insbesondere wegen Verstoßes gegen das Verbot des *venire contra factum proprium* (zutreffend daher insoweit i. E. BGH WM 1973 635, 636 unter 2 d).

#### e) Die Rechtsfolgen einer falschen Auskunft

- 86** Die Rechtsfolge einer falschen Auskunft besteht in erster Linie in einer Schadensersatzpflicht, da es sich entweder um Ansprüche aus Schutzpflichtverletzung oder um Ansprüche aus Delikt handelt. Der Verletzte ist dabei gemäß § 249 BGB so zu stellen, als wäre der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten, d. h. als hätte er die falsche Auskunft nicht erhalten. Er hat also einen Anspruch auf das **negative Interesse** (vgl. auch BGH WM 1958 1081; *Wolff* Die AG 1968 290).
- 87** Dagegen kann er grundsätzlich nicht verlangen, so gestellt zu werden, als wäre die Auskunft richtig, d. h. als stimmten die Tatsachen mit der Auskunft überein (vgl. auch BGH BB 1958 896; WM 1964 381; *Wolff* Die AG 1968 290). Denn die Bank ist nicht dazu verpflichtet, den der Auskunft entsprechenden Zustand herzustellen, ja i. d. R. nicht einmal dazu, überhaupt eine Auskunft zu erteilen (vgl. insoweit oben Rdn. 75). In Ausnahmefällen kann allerdings auch einmal ein solcher **Anspruch auf Erfüllung bzw. auf das positive Interesse** gegeben sein. Dieser kann sich vor allem aus einem entsprechenden Rechtsgeschäft ergeben. So ist es z. B. denkbar, daß mit einer Auskunft ein Garantievertrag verbunden wird (vgl. auch BGH WM 1964 1163) und daß dieser nicht nur die Verpflichtung enthält, bei einer Unrichtigkeit der Auskunft unabhängig von Verschulden auf Schadensersatz zu haften, sondern noch weitergehend den Auskunftsuchenden so zu stellen, als wäre die Auskunft richtig gewesen. Ein rechtsgeschäftlicher Erfüllungsanspruch wird von der h. L. ferner dann angenommen, wenn jemand eine Anfrage über die Echtheit eines Papiers zu Unrecht bejaht, da darin eine Genehmigung

<sup>108</sup> Zustimmend *Sichtermann/Feuerborn* S. 420 f; a. A. OLG Köln WM 1973, 1125, 1127 f; *Musielak* S. 41 f.

analog § 177 BGB liegen soll<sup>109</sup>. In Wahrheit geht es hier allerdings um einen Fall der **Rechtsscheinhaftung** (vgl. eingehend *Canaris* Die Vertrauenshaftung S. 243 ff), womit man indessen ebenfalls zur Gewährung eines Erfüllungsanspruchs kommt. Auch sonst kann die Rechtsscheinhaftung im vorliegenden Zusammenhang eine erhebliche Rolle spielen. Vor allem bei falschen Auskünften über die Verität eines Wertpapiers wird sie häufig zu einer Erfüllungshaftung führen. Bei Papieren ohne Umlaufcharakter gilt dies allerdings nur für wissentlich unrichtige Auskünfte. Bei diesen ist dann in der Tat — entgegen der h. L. — nicht nur eine Schadensersatzhaftung, sondern darüber hinaus in Analogie zu den §§ 405, 172 I BGB eine Erfüllungshaftung zu bejahen (vgl. eingehend *Canaris* Die Vertrauenshaftung S. 94 ff m. Nachw.); damit wären z. B. die Fälle RGZ 124 217 und RG JW 1931 3097, in denen es um falsche Auskünfte über die Deckung eines Sparbuchs ging, zu lösen gewesen (vgl. *Canaris* aaO S. 100 Fn. 74). Die h. L. müßte übrigens in folgerichtiger Fortentwicklung der Grundsätze über die „Annahme einer Forderung“ (vgl. dazu z. B. BGH NJW 1970 321; *Canaris* aaO S. 102 ff m. umf. Nachw.) hier häufig zu demselben Ergebnis kommen, indem sie die Beantwortung der Anfrage als vertragliches Schuldanerkenntnis deutet. Bei Papieren mit Umlaufcharakter ist die Rechtsscheinhaftung noch schärfer, da man hier auch für die unwissentliche Schaffung eines Scheintatbestandes einzustehen hat (vgl. näher *Canaris* aaO S. 234 ff). Auch bei falschen Auskünften über die Bonität eines Papiers kann u. U. eine Erfüllungshaftung in Betracht kommen. Dabei ist vor allem an die Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens zu denken (vgl. zu dieser näher *Canaris* aaO S. 266 ff, 287 ff). Diese könnte z. B. zum Zuge kommen, wenn eine Bank zu Unrecht einen Wechsel als „gut“ bezeichnet und seine Einlösung als sicher hinstellt und dadurch den Anfragenden um ihres eigenen Vorteils willen zu Kreditgewährungen an den Aussteller veranlaßt (vgl. zur Bedeutung des Vorteilsgedankens näher *Canaris* aaO S. 299 ff und S. 531 m. Nachw.). Allerdings ist dabei zu beachten, daß die Bank die Einlösung des Wechsels lediglich in Aussicht stellt, ohne dazu bereits jetzt eine vertragliche Verpflichtung einzugehen; nach dem caveat-creditor-Prinzip ist der Vertrauende daher insoweit nur dann schutzwürdig, wenn er — z. B. wegen des drückenden Übergewichts der Bank — nicht die Möglichkeit hatte, die Übernahme einer vertraglichen Einstandspflicht durchzusetzen (vgl. näher *Canaris* aaO S. 352 ff insbesondere auch S. 364 ff). Meist wird es hier daher mit Schadensersatzansprüchen wegen Schutzpflichtverletzung sein. Bewenden haben (vgl. im übrigen auch unten Rdn. 730 ff zur Scheckauskunft).

### 3. Die Haftung für eine unrichtige Auskunft gegenüber einem Nichtkunden

#### a) Dogmatische Grundlagen

Gegenüber Nichtkunden liegt die Haftungsproblematik insofern wesentlich anders, **88** als die Anspruchsgrundlage hier nicht in der Geschäftsverbindung und dem durch diese hervorgerufenen Vertrauensverhältnis erblickt werden kann. Von wenigen Ausnahmen abgesehen<sup>110</sup> kommen Rechtsprechung und h. L. gleichwohl weitgehend zu denselben Ergebnissen wie bei Auskünften an Kunden, indem sie sich der Konstruktion eines **stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrags** bedienen<sup>111</sup>. Das steht in Einklang mit

<sup>109</sup> Vgl. z. B. RGZ 145, 87, 93; BGH LM Nr. 1–3 zu Art. 7 WG; *Baumbach/Hejermehl*<sup>15</sup> Art. 7 WG Rdn. 8.

<sup>110</sup> Vgl. vor allem RG JW 1930, 2927; HRR 1930 Nr. 6; BankArch. 1929, 257 und 373; 1930, 245; 1935, 491 und 492; *Gaede* NJW 1972, 928 ff.

<sup>111</sup> Vgl. RGZ 131, 239, 246; RG JW 1931, 3097, 3098 unter 2; *SeuffArch.* 80 Nr. 10 S. 19; BGH WM 1955, 230, 233 unter III 4, wo es freilich in Wahr-

heit um die Haftung gegenüber einem Kunden ging; BGH WM 1962, 1110 unter I 1 a; 1970, 632; 1971, 206, 207 unter II 2; 1972, 583; 1973, 635; 1980, 527, 528; OLG Nürnberg WM 1961, 1007; OLG Stuttgart NJW 1959, 581, 583 f und WM 1969, 278, 280 Sp. 1; *Ebeling* WM 1955, 1366; *Pikart* WM 1966, 699; *Wolff* Die AG 1968, 289; *Schönle* § 5 II 2 c unter Ziff. 1 b; *Musiellak* S. 33.

einer auch außerhalb des Bankrechts weit verbreiteten Ansicht<sup>112</sup>. Der stillschweigende Abschluß eines Auskunftsvertrages soll dabei immer dann anzunehmen sein, „wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung war und dieser sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse oder Maßnahmen machte“; das soll insbesondere dann gelten, „wenn der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft sachkundig ist oder wenn bei ihm ein eigenes wirtschaftliches Interesse im Spiel steht“<sup>113</sup>.

Diese Theorie kann nicht befriedigen. Zwar ist nicht zu bestreiten, daß im Einzelfall einmal ein stillschweigender Vertragsschluß vorliegen kann, doch ist diese Annahme für den Regelfall eine reine Fiktion<sup>114</sup>. Der Auskunftgebende legt nämlich meist in keiner Weise ein Verhalten an den Tag, aus dem ein rechtsgeschäftlicher Verpflichtungswille hervorgeht, sondern beschränkt sich darauf, die Auskunft zu geben. Deren Erteilung als solche kann aber nach der eindeutigen Wertung des § 676 BGB keinesfalls als Abschluß eines Verpflichtungsvertrages angesehen werden. Zwar erklärt der Auskunftgebende konkludent, daß er seine Auskunft nach bestem Wissen und Gewissen abgegeben habe und daß er sie für richtig halte, doch schließt das keineswegs die Erklärung ein, daß er für die Richtigkeit seiner Auskunft vertraglich einstehen wolle; es handelt sich also insoweit um eine rein deklaratorische Wissenserklärung, nicht aber um eine Willenserklärung. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Auskunft für den anderen Teil von erheblicher Bedeutung ist und daß er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse macht. Abgesehen davon, daß dieses Kriterium bei nahezu allen Auskünften zutreffen wird und daher kein aussagekräftiges Merkmal für die Abgrenzung zwischen vertraglichen und unverbindlichen Auskünften bildet, ist es nämlich Sache des Anfragenden, seine Interessen durch den unmißverständlichen Abschluß eines Vertrages zu schützen und von dem Auskunftgebenden eine entsprechend eindeutige Erklärung zu verlangen. Das ergibt sich sowohl aus dem Umstand, daß die Auskunft unentgeltlich erteilt wird und daß überdies die Initiative in aller Regel vom Anfragenden ausgeht, als auch aus der Wertung des § 676 BGB, wonach im Zweifel eben kein Vertragsschluß anzunehmen ist. Wie wenig der Anfragende das Verhalten des Auskunftgebenden als Übernahme einer Vertragshaftung verstehen kann, zeigt dabei nicht zuletzt die Überlegung, wie letzterer wohl auf das Ansinnen zu einer entsprechenden ausdrücklichen Erklärung reagieren würde: er würde diese — wie für den Anfragenden ohne weiteres erkennbar ist — nahezu immer ablehnen, ja daraufhin vielleicht sogar die Auskunft überhaupt nicht mehr erteilen. Die h. L. verlagert daher die Obliegenheit, für Klarheit über den Verpflichtungswillen zu sorgen, zu Unrecht vom Auskunftsuchenden auf den Auskunftgebenden. Daran ändert auch das Kriterium der besonderen Sachkenntnis des Auskunftgebenden nichts, da dieses insoweit keinen wesentlichen Einfluß auf die Interessenlage hat. Eher könnte schon das Merkmal des Eigeninteresses eine andere Beurteilung rechtfertigen, doch dürfte auch das zu einer Umkehrung der Klarstellungsobliegenheit regelmäßig nicht ausreichen, weil und soweit das primäre Interesse beim Auskunftsuchenden liegt und weil die Auskunft jedenfalls nicht den Charakter der Unentgeltlichkeit verliert.

**89** Wie gekünstelt die h. L. ist, zeigt sich auch daran, daß sie in Wahrheit gar keinen echten *Auskunftsvertrag*, sondern lediglich einen *Haftungsvertrag* annimmt<sup>115</sup>. Auch sie

<sup>112</sup> Vgl. z. B. RGZ 101, 297, 301; BGHZ 7, 371, 374 f.; 12, 105, 108; BGH WM 1962, 845, 846; 1965, 287 m. w. Nachw.; WM 1969, 36, 37; Palandt/Thomas § 676 Anm. 3.

<sup>113</sup> BGH WM 1969, 37 unter I 1; vgl. ferner z. B. BGH WM 1962, 1110 unter I 1 a; 1965, 287 vor 1 m. w. ausf. Nachw.; 1980, 527, 528.

<sup>114</sup> Vgl. auch Stolz S. 35 ff.; Gaede S. 49 ff.; von Goding 2. Aufl. Anh. I zu § 365 Anm. 9 C a und e; Lorenz S. 616 ff.; Stoll S. 765; Schlegelberger/Helfermehl<sup>5</sup> § 347 Rdn. 42; Avancini/Koziol Rdn. 3/6 a. E.

<sup>115</sup> Übereinstimmend z. B. Köndgen Selbstbindung ohne Vertrag 1981, S. 355.

will nämlich nicht etwa dem Befragten eine *Rechtspflicht zur Erteilung der Auskunft* auferlegen, sondern lediglich eine Grundlage für die Gewährung von *Schadensersatzansprüchen* konstruieren. In die Sprache der modernen Dogmatik übersetzt bedeutet das, daß es nicht um die Begründung von „*Leistungspflichten*“ geht, sondern lediglich um die Begründung von „*Verhaltenspflichten*“, die dann bei ihrer Verletzung eine Schadensersatzpflicht zur Folge haben. Es bedarf also gar nicht der Annahme eines Vertrages, sondern lediglich der eines „**Schuldverhältnisses ohne (primäre) Leistungspflicht**“. Dieses aber braucht nicht auf dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien zu beruhen, sondern kann, wie vor allem das Musterbeispiel der culpa in contrahendo zeigt, auch gesetzlicher Natur sein (vgl. oben Rdn. 12 ff). Es liegt insbesondere dort regelmäßig vor, wo eine **Vertrauenshaftung** Platz greift. In der Tat sind deren Voraussetzungen bei der Erteilung einer Auskunft typischerweise gegeben (vgl. auch BGH WM 1984 1017, 1018). Denn durch diese wird in zurechenbarer Weise ein Vertrauenstatbestand geschaffen, den der Auskunftsuchende in gutem Glauben zur Grundlage einer Disposition macht (vgl. näher zu den allgemeinen Merkmalen der Vertrauenshaftung *Canaris Die Vertrauenshaftung* S. 491 ff). Dabei ist hier insbesondere die Parallele zur culpa in contrahendo offenkundig. Diese bildet nämlich anerkanntermaßen ebenfalls einen Fall der Vertrauenshaftung (vgl. statt aller *Ballerstedt AcP* 151 501 ff) und beruht ebenfalls auf einem „Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“ (vgl. statt aller *Larenz Schuldrecht I*<sup>14</sup> § 9 I). Vor allem aber ist die Anknüpfung an die Lehre von der c. i. c. hier insofern äußerst fruchtbar, als bei dieser der Kreis der Haftenden nicht etwa auf diejenigen beschränkt ist, die einen Vertrag miteinander schließen wollen, sondern anerkanntermaßen auch andere Personen wie z. B. Stellvertreter umfaßt; als maßgebliche Kriterien hat die Rechtsprechung insoweit bezeichnenderweise genau wie bei der Haftung für falsche Auskünfte die Merkmale des besonderen Sachverstandes und des Eigeninteresses herausgearbeitet (vgl. näher oben Rdn. 27 m. Nachw.). Man sollte daher auch im vorliegenden Zusammenhang nicht länger mit der dogmen- und methodengeschichtlich längst überholten Fiktion eines stillschweigenden Vertragsabschlusses arbeiten, sondern in Fortbildung der Regeln über die culpa in contrahendo ein gesetzliches Schuldverhältnis und einen Fall der Vertrauenshaftung annehmen<sup>116</sup>.

Diese Konstruktion ist der Vertragstheorie auch bei der Lösung praktischer Probleme überlegen. Das zeigt sich vor allem bei der Frage, ob der Auskunftgebende **Vertretungsmacht zum Abschluß von Verträgen** haben muß. Während das im Schrifttum z. T. in strenger Durchführung der Vertragstheorie bejaht wird (vgl. z. B. *Gaede* S. 84 ff m. Nachw.), wird es von der Rspr. verneint — und zwar auch für den Fall, daß die Bank nur jeweils zwei Angestellten gemeinsam Gesamtvertretungsmacht erteilt hat (vgl. RGZ 131 239, 246 f; BGH WM 1955 230, 233 unter III 4; 1973 635). Das ist dogmatisch inkonsequent, überzeugt aber im Ergebnis. Vom hier vertretenen Standpunkt aus läßt es sich ohne weiteres daraus erklären, daß es für eine — an die c. i. c. angelehnte — Vertrauenshaftung nicht auf die Vertretungsmacht zum Abschluß von Verträgen, sondern nur auf die Befugnis zur Herstellung des rechtsgeschäftlichen Kontakts ankommt (vgl. oben Rdn. 18). Es genügt daher, daß der auskunftgebende Angestellte mit Wissen und Willen der Bank eine Position bekleidet, zu deren Aufgabenkreis auch die Erteilung von Auskünften gehört (ebenso BGH aaO). Darüber hinaus wird man in Analogie zu den Regeln über die Anscheinsvollmacht eine Haftung der Bank sogar dann zu bejahen haben, wenn der betreffende Angestellte sich die Befugnis zur Auskunfterteilung ledig-

<sup>116</sup> Vgl. schon *Canaris Die Vertrauenshaftung* S. 539 mit Fn. 75; ebenso oder ähnlich seither vor allem *Lorenz* S. 618 f; *Stoll* S. 763 ff; *Schlegelberger*

*Hefermehl* § 347 Rdn. 42; *Honsell* JuS 1976, 626; *Nirk* Festschr. für Hauß, 1978, S. 281 f; *Avancini* *Koziol* Rdn. 3/6 a. E.

lich angemäÙt hatte und der Auskunftsuchende darauf vertrauen durfte, die Bank kenne und dulde sein Handeln. Liegen freilich nicht einmal diese Voraussetzungen vor, scheidet eine Vertrauenshaftung der Bank grundsätzlich aus (richtig daher BGH WM 1984 1017, 1018).

**b) Die wichtigsten Fallgruppen: Wertpapierauskünfte und Kreditauskünfte**

**91** Die Vertrauenshaftung im allgemeinen und die Haftung für culpa in contrahendo im besonderen setzen das Vorliegen eines **rechtsgeschäftlichen Kontaktes** voraus (vgl. näher oben Rdn. 14). Überprüft man unter diesem Gesichtspunkt die einschlägigen bankrechtlichen Entscheidungen, so ergeben sich im wesentlichen zwei Fallgruppen: erstens Anfragen über die Verität oder die Bonität eines Wertpapiers<sup>117</sup> und zweitens Kreditauskünfte über Kunden der befragten Bank<sup>118</sup>. Dabei gibt es gewisse Übergänge zwischen den beiden Fallgruppen, wobei z. B. die Anfrage über die Bonität eines Wechsels typologisch gesehen ungefähr in der Mitte stehen dürfte. Was die erste Fallgruppe betrifft, also die **Anfragen über die Verität oder die Bonität eines Papiers**, so ist hier das Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Kontakts evident. Denn es geht dabei natürlich nicht um irgendwelche beliebigen Papiere, sondern um solche, die eine Beziehung zu der befragten Bank haben, also z. B. um auf diese gezogene Wechsel oder Schecks; dementsprechend zielt die Anfrage regelmäßig darauf ab, zu klären, welche Aussichten für eine Einlösung des Papiers durch die Bank bestehen. Diese Einlösung — bzw. beim Wechsel schon das Akzept — stellen aber ein Rechtsgeschäft zwischen der Bank und dem Auskunftsuchenden dar, und folglich bezieht sich die Anfrage hier auf ein *zukünftiges Rechtsgeschäft zwischen dem Fragenden und dem Befragten*. Das aber ist mit vertraglichen Vorverhandlungen so eng verwandt, daß man die Regeln über die culpa in contrahendo hier wohl nicht einmal fortzuentwickeln braucht, sondern unmittelbar anwenden kann. Denn ganz allgemein besteht im vorvertraglichen Stadium die Verhaltenspflicht, den anderen Teil nicht über die Bereitschaft zu einem Vertragsschluß schuldhaft irreführen und ihn nicht über die dafür maßgeblichen Umstände zu täuschen<sup>119</sup>. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Vertrauende den Kontakt nicht willkürlich und einseitig von sich aus herzustellen versucht hatte, sondern der andere Teil sein grundsätzliches Einverständnis mit diesem erkennbar gemacht hatte. Ein derartiges grundsätzliches Einverständnis mit der Aufnahme des rechtsgeschäftlichen Kontakts aber ist hier — ähnlich wie übrigens mutatis mutandis in den „Warenhausfällen“ — gegeben; denn zum einen ist sie ganz allgemein in der Eröffnung eines entsprechenden Kontos für den Kunden zu sehen, da diese zwangsläufig Kontakte mit den Scheck- oder Wechselnehmern usw. zur Folge hat, und zum anderen liegt sie auch darin, daß die Bank sich überhaupt auf eine Beantwortung der Frage einläßt und diese nicht von vornherein zurückweist.

**92** Bei der zweiten Fallgruppe, der **Kreditauskunft über einen Kunden der befragten Bank** (vgl. die Nachw. in Fn. 118), liegt die Problematik insofern etwas komplizierter, als es hier nicht um ein zukünftiges Rechtsgeschäft mit der Bank selbst, sondern um ein solches mit dem von der Anfrage betroffenen Kunden geht, da der Auskunftsuchende ja mit diesem (oder mit dessen Gläubiger) das Kreditgeschäft tätigen will. Die Bank ist hier

<sup>117</sup> Vgl. RGZ 131, 239; RG JW 1931, 3097; BGH WM 1955, 230; OLG Stuttgart WM 1969, 278; vgl. auch RGZ 101, 297.

<sup>118</sup> Vgl. BGH WM 1962, 1110; 1970, 632; 1970, 1021; 1971, 206; 1972, 583; 1973, 635; 1974, 685; 1976, 498; OLG Nürnberg WM 1961, 1007; vgl. ferner die — freilich noch rein deliktistisch argumen-

tierenden — Entscheidungen RG BankArch. 1929, 257 und 373; 1935, 491 und 492; JW 1930, 2927; HRR 1930 Nr. 6 sowie die — eine c. i. c. erwägende — Entscheidung BGH WM 1959, 1458, 1460 unter III 2.

<sup>119</sup> Vgl. z. B. *Canaris* Die Vertrauenshaftung S. 543; *Palandt/Heinrichs* § 276 Anm. 6 B a m. w. Nachw.

also nicht potentielle Vertragspartei, sondern Dritte und daher kann sie grundsätzlich nicht wegen einer Schutzpflichtverletzung in Anspruch genommen werden. Indessen wird dieser Grundsatz, wie bereits erwähnt, durch wichtige Ausnahmen eingeschränkt. Deren Voraussetzungen liegen hier regelmäßig vor — ohne daß es insoweit auf den Streit um das maßgebliche Abgrenzungskriterium ankommt (vgl. dazu oben Rdn. 27). Anerkanntermaßen reicht es nämlich jedenfalls aus, daß der in Anspruch Genommene eine besondere persönliche Vertrauenswerbung entfaltet hat<sup>120</sup>. Das aber ist hier der Fall; denn die Bank wird gerade deshalb befragt, weil von ihr ein besonders zuverlässiges Urteil über ihren (!) Kunden zu erwarten ist, und daher nimmt sie — ähnlich wie z. B. ein Sachverständiger — in besonderem Maße Vertrauen für sich selbst in Anspruch, wenn sie die Kreditauskunft erteilt<sup>121</sup>. Auf das zweite Merkmal, das Eigeninteresse, das häufig ebenfalls vorliegt, kommt es daher insoweit nicht einmal mehr an. Die Voraussetzungen für eine Haftung aus Schutzpflichtverletzung sind somit auch bei dieser Fallgruppe in aller Regel erfüllt.

Das gilt auch dann, wenn der Auskunftsuchende sich nicht von sich aus an die Bank wendet, sondern diese vielmehr ihrem Kunden eine für einen unbestimmten Adressatenkreis bestimmte **Bescheinigung** über seine Kreditwürdigkeit aushändigt; denn „für die rechtliche Beurteilung kann es keinen Unterschied machen, ob die Bank die Anfrage des Interessenten abwartet und dann die Auskunft erteilt oder ob sie ohne solche Anfrage dem Kunden eine Bescheinigung mit dem Inhalt einer Auskunft gibt und ihm damit die Möglichkeit eröffnet, mit dieser an eine Vielzahl vielleicht noch ausfindig zu machender Interessenten heranzutreten und diesen die Anfrage zu ersparen“ (BGH WM 1970 1021, 1022; der Sache nach ähnlich BGH WM 1979 548, 549). Im Zweifel kann jedoch nicht angenommen werden, daß die Auskunft der Bank für „alle, die es angeht“ bestimmt ist<sup>122</sup>. Zum einen brächte das nämlich für die Bank ein unüberschaubares Risiko mit sich, und zum anderen stehen die Auskünfte in aller Regel in Zusammenhang mit bestimmten Projekten, die der befragten Bank zumindest in Umrissen — Größenordnung, etwaige Sicherheiten usw. — bekanntgegeben werden, so daß eine Auskunft ohne einen derartigen Bezugspunkt nicht nur wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit, sondern auch wegen ihrer praktischen Seltenheit im Zweifel nicht unterstellt werden darf.

Gewisse Zusatzprobleme ergeben sich, wenn der Auskunftsuchende weder unmittel- 93  
 bar Kontakt mit der auskunftgebenden Bank aufnimmt noch eine von dieser ausgestellte Bescheinigung vorgelegt bekommt, sondern die Auskunft unter **Zwischenschaltung seiner eigenen Bank** einholt. Steht diese ihrerseits mit der auskunftgebenden Bank in Geschäftsverbindung, so dürfte sich die Haftung der letzteren schon aus den Regeln über das Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte herleiten lassen<sup>123</sup>, wie oben

<sup>120</sup> Vgl. z. B. BGHZ 63, 382, 385 f.; BGH LM Nr. 14 Fa zu § 276 BGB; *Canaris* VersR 1965, 118; *Palandt/Heinrichs* § 276 Anm. 6 C c m. w. Nachw. Die Kritik von *Köndgen* aaO (Fn. 115) S. 356 an dieser Formulierung geht fehl, weil „persönlich“ hier nicht im Sinne von „personal“ oder dgl. gemeint ist, sondern in Anlehnung an die Rspr. des BGH im Sinne von „für die eigene Person“ (im Gegensatz zu „für einen anderen“, etwa den Vertretenen bei der Stellvertretung); vgl. dazu auch *Canaris* 2. Festschr. für Larenz, 1983, S. 106 mit Fn. 259.

<sup>121</sup> Auf einen Rechtsbindungswillen kommt es nicht an, da die Vertrauenshaftung kraft Gesetzes eintritt; verfehlt daher BGH WM 1985, 1446, 1447.

<sup>122</sup> Vgl. BGH WM 1970, 1021, 1022; 1976, 498, 499; 1979, 548, 550; OLG Karlsruhe WM 1967, 1257, 1258; *Lorenz* S. 592 ff und S. 618 f.; *Stoll* S. 767 f.; *Honsell* JuS 1976, 626 f.; noch enger offenbar *Staudinger/Wittmann*<sup>12</sup> § 676 Rdn. 16.

<sup>123</sup> Vgl. schon Erstauflage Anm. 45 Abs. 2; ebenso seither vor allem *Musielak* VersR 1977, 976 ff und Bankauskunft S. 37 f.; *Sichtermann/Feuerborn* S. 411 f.; *Schwarz* ZHR 151 (1987) 334; der Sache nach grundsätzlich auch BGH WM 1974, 685, 686 unter 1 b, wo freilich merkwürdigerweise noch mit der überholten Konstruktion eines echten Vertrags zugunsten Dritter i. S. von § 328 BGB gearbeitet wird; schief BGH WM 1976, 498, 499 unter I 2, wo zwar einerseits zureffend der Gerichts-

Rdn. 25 eingehend dargelegt ist. Treten die beiden Banken dagegen erst anlässlich dieses Auskunftsbegehrens in Verbindung, erscheint zwar die Heranziehung der Lehre von den Schutzwirkungen für Dritte als problematisch — denn das drittsschützende Schuldverhältnis durch den Auskunftskontakt allein entstehen zu lassen, erweckt den Verdacht einer *petitio principii* —, doch kommt man jedenfalls mit der in der vorigen Rdn. vorgeschlagenen Vertrauenshaftung auch hier zum Ziel. Es steht nämlich nichts im Wege, auch einen durch die eigene Bank des Auskunftsuchenden *vermittelten* Kontakt genügen zu lassen<sup>124</sup>; insbesondere kann es keinen Unterschied machen, ob derjenige, auf den sich die Auskunft bezieht, dem anderen Teil eine schriftliche Auskunft seiner Bank vorlegt oder ob deren Auskunft durch die eigene Bank des Auskunftsuchenden — schriftlich oder mündlich — übermittelt wird. Allerdings muß auch hier für die befragte Bank erkennbar sein, daß die Auskunft für einen bestimmten — wenn auch nicht unbedingt namentlich benannten — Dritten eingeholt wird<sup>125</sup>. Eine **Bank-zu-Bank-Auskunft**, die nur für die eigenen Zwecke der anfragenden Bank erteilt wird oder die überhaupt keine Richtung auf einen bestimmten Adressaten erkennen läßt (ohne doch für „alle, die es angeht“ bestimmt zu sein), begründet grundsätzlich keine Schutzpflichten gegenüber dem auskunftsuchenden Bankkunden<sup>126</sup> (vgl. auch die vorige Rdn. a. E.). Auch mit einer Drittschadensliquidation ist dann i. d. R. nicht weiterzukommen, weil hier regelmäßig die *Kumulierung* mehrerer Schäden droht und es daher an dem Merkmal einer bloßen *Verlagerung* des Schadens fehlt<sup>127</sup>.

**94** Über die beiden genannten Fallgruppen hinaus gehören auch noch andere Fallkonstellationen in den vorliegenden Zusammenhang. Man denke etwa daran, daß eine Bank einem Nichtkunden auf Anfrage **Auskunft über den Eingang einer unwiderruflichen Giroüberweisung** zu seinen Gunsten erteilt (vgl. RG LZ 1926 225, 226 f; BGH WM 1958 1080, 1081; zu ähnlichen Fällen im Scheckrecht vgl. unten Rdn. 733). Die Bank tritt dadurch zu dem Überweisungsbegünstigten in einen Kontakt, der wegen seiner Beziehung auf den Giroverkehr rechtsgeschäftlicher und nicht nur allgemein sozialer Natur ist, und sie entfaltet eine „persönliche Vertrauenswerbung“, indem sie eine Tatsache mitteilt, die in ihrem Kenntnisbereich liegt und die sie daher ungleich besser beurteilen kann als der Überweisungsbegünstigte. Auch die Abgabe einer **Finanzierungsbestätigung** kann die Bank nach den Grundsätzen über falsche Auskünfte schadensersatzpflichtig machen (vgl. *Lauer* WM 1985 705 f; vgl. dazu im übrigen unten Rdn. 397 a).

punkt der „Schutzwirkungen zugunsten Dritter“ anstelle von § 328 BGB herangezogen wird, andererseits aber zu Unrecht auf eine „Fürsorgepflicht“ der die Auskunft einholenden Bank gegenüber ihrem Kunden abgestellt wird (vgl. demgegenüber oben Rdn. 22 und BGHZ 69, 82, 88) und das richtige Ergebnis (Verneinung der Haftung) nur deshalb getroffen wird, weil die Auskunft nicht für den betreffenden Kunden bestimmt war, sondern eine reine Bank-zu-Bank-Auskunft darstellte. Zu eng *Honsell* JuS 1976, 627 und erst recht *Staudinger/Wittmann* § 676 Rdn. 15, wo unter Berufung auf das veraltete Merkmal des personenrechtlichen Einschlags (vgl. dazu oben Rdn. 22) eine Haftung aus Schutzwirkung zugunsten Dritter überhaupt abgelehnt wird.

<sup>124</sup> Vgl. auch BGH WM 1980, 527, 528, wo freilich mit der Fiktion eines im Namen des Kunden geschlossenen Auskunftsvertrages gearbeitet wird.

<sup>125</sup> Vgl. auch BGH WM 1976, 498, 499; *Lorenz* S. 618 f; *Stoll* S. 767 ff; *Musiak* VersR 1977,

978; *Schwark* ZHR 151 (1987) 334; gegen jegliche Vertrags- oder Vertrauenshaftung der Korrespondenzbank zu Unrecht *Dirichs* WM 1976, 1080 f; zu eng auch *Staudinger/Wittmann* § 676 Rdn. 15, wo im Anschluß an die (nicht zur Bankauskunft ergangene) Entscheidung BGH WM 1970, 878, 880 gefordert wird, die Bank müsse das *Bewußtsein* gehabt haben, daß die Auskunft für den Dritten als Grundlage wichtiger Vermögensdispositionen dienen werde — ein Erfordernis, das nur im Rahmen von § 826 BGB passen würde, im Rahmen einer Haftung wegen Schutzpflichtverletzung aber system- und sachwidrig ist.

<sup>126</sup> Vgl. auch OLG Köln WM 1985, 598, 599; *Sichtermann/Feuerborn* S. 421; *Avancini/Koziol* Rdn. 3/17.

<sup>127</sup> Dieser Gesichtspunkt wird zu Unrecht vernachlässigt von BGH WM 1972, 583, 585 und *Musiak* VersR 1977, 978; wie hier demgegenüber *Dirichs* WM 1976, 1081; *Sichtermann/Feuerborn* S. 412.

c) Freizeichnungsklauseln

Für Freizeichnungsklauseln gelten gegenüber Nichtkunden dieselben Grundsätze **95** wie gegenüber Kunden. Bezüglich des Vorbehalts „unverbindlich“ oder „ohne unser Obligo“ ist daher auf die Ausführungen oben Rdn. 84 f zu verweisen. Dieser Vorbehalt wird meist auch dann gemacht und weitergeleitet, wenn die Bank des Auskunftsuchenden die Auskunft bei einer anderen Bank einholt. Die Haftung der letzteren (vgl. Rdn. 93) ist dann entsprechend eingeschränkt (vgl. dazu auch *Gaede* S. 162 f). Die allgemeine **Freizeichnungsklausel nach Ziff. 10 ABG** wirkt grundsätzlich ebenfalls auch gegenüber Nichtkunden (vgl. BGH WM 1970 632; 1972 583; 1973 636 und dazu oben Rdn. 32).

d) Deliktsansprüche

Angesichts des Schutzes durch einen fingierten Vertrag bzw. durch eine Vertrauenshaftung haben Deliktsansprüche auch im Verhältnis zu Nichtkunden nur eine ganz **96** untergeordnete praktische Bedeutung. Das gilt um so mehr, als ihre Voraussetzungen nur sehr selten gegeben sind — was ja gerade das Bedürfnis nach einer Vertrags- oder Vertrauenshaftung hervorgerufen hat. Das liegt daran, daß Schäden aus Fehlausekünften in aller Regel reine Vermögensschäden sind und das Vermögen als solches nicht unter § 823 I BGB fällt. Denkbar wäre allerdings, in der Erteilung einer falschen Auskunft gegebenenfalls einen Eingriff in das **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** zu sehen und so doch zu einer Anwendung des § 823 I zu kommen. Rechtsprechung und Lehre haben sich dazu jedoch bisher, soweit ersichtlich, nicht entschlossen. Ein solcher Schritt erscheint auch nicht ohne weiteres möglich. Denn anders als die „klassischen“ absoluten Rechte i. S. des § 823 I BGB hat das sogenannte Recht am Gewerbebetrieb keinen festumrissenen Schutzbereich; es stellt vielmehr in Wahrheit lediglich ein Bündel an Verhaltensnormen dar, die sich für bestimmte Fallgruppen aufgrund eines besonderen Schutzbedürfnisses entwickelt haben (vgl. z. B. *Fikentscher Schuldrecht*<sup>7</sup>, § 103 II 1; *Larenz Schuldrecht II*<sup>12</sup>, § 72 IIIb). Jede Anerkennung einer neuen Fallgruppe bildet daher einen Akt der Rechtsfortbildung und nicht lediglich — wie im Normalfall des § 823 I — einen solchen der Gesetzesanwendung. Eine derartige Rechtsfortbildung ist aber für den Fall der Falschausekunft nicht angezeigt, da zum einen das Recht am Gewerbebetrieb ohnehin eine systemwidrige, contra legem entstandene Rechtsfigur darstellt und daher in möglichst engen Grenzen gehalten werden sollte, und da zum anderen hier die Gefahr einer gesetzeswidrigen „Erschleichung“ eines Deliktsschutzes für allgemeine Vermögensschäden besonders evident ist. Letzteres gilt auch gegenüber dem Vorschlag, Verkehrspflichten zum Schutze des Vermögens in den Rang von Schutzgesetzen i. S. von § 823 II BGB zu erheben<sup>128</sup>.

Es bleibt daher nur die Möglichkeit einer (echten) **Schutzgesetzverletzung** i. S. von **97** § 823 II BGB, wobei vor allem an Betrug oder Untreue zu denken ist, sowie einer **vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung** i. S. von § 826 BGB. Letztere ist nach der Rechtsprechung vor allem bei wissentlich falschen Ausekünften anzunehmen<sup>129</sup>. Der Sittenverstoß kann dabei auch im vorsätzlichen Verschweigen erforderlicher Angaben liegen (vgl. BGH WM 1967 1258 unter I 2 vor a), wenngleich insoweit keine zu scharfen

<sup>128</sup> Dafür vor allem *Konrad Huber* Festschr. für von Caemmerer, 1978, S. 359 ff; *von Bar* Verkehrspflichten, 1980, S. 233 ff; *MünchKomm.-Mertens*<sup>2</sup> § 823 Rdn. 475 ff; kritisch dazu *Canaris*, 2. Festschr. für Larenz 1983, S. 81 ff; *Lorenz*, 25 Jahre Karlsruher Forum, 1983, S. 48 ff; *Picker* AcP 183 (1983) 495 ff.

<sup>129</sup> Vgl. RGZ 94, 318; 126, 50; RG BankArch. 1910, 12; WarnRspr. 1911 Nr. 376; 1912 Nr. 24; LZ 1914, 1021; BGH WM 1957, 545; 1967, 1258; 1973, 636; 1974, 153; 1984, 126; OLG Hamburg WM 1975, 703

Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. RG BankArch. 1932 443, 444), sowie auch im vorsätzlichen Unterlassen der Berichtigung einer von Anfang an unrichtigen, aber guten Glaubens gegebenen Auskunft (vgl. RG BankArch. 1916 215 und dazu auch Rdn. 81). Darüber hinaus kann ein Sittenverstoß sogar bei Unkenntnis der Unrichtigkeit gegeben sein, sofern die Auskunft mit gewissenloser Leichtfertigkeit erteilt wurde und hinsichtlich des Schadenseintritts wenigstens *dolus eventualis* vorlag<sup>130</sup>. Bei der Auskunftserteilung durch Hilfspersonen ist freilich in allen derartigen Fällen zu beachten, daß innerhalb des Deliktsrechts § 278 BGB keine Anwendung findet und daß die Haftung daher vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 31 BGB oder des § 831 BGB abhängt (vgl. dazu eingehend unten Rdn. 139 ff). Ein etwaiges Mitverschulden des Aufkunftsempfängers tritt hinter dem Vorsatz eines verfassungsmäßigen Vertreters der Bank, z. B. eines Filialleiters, grundsätzlich völlig zurück (vgl. BGH WM 1984 126, 127). Hat der Geschädigte von der falschen Auskunft keine Kenntnis erlangt, so scheidet eine Haftung aus § 826 BGB für nachteilige Maßnahmen des Geschädigten wie z. B. Kreditgewährungen auch dann aus, wenn die Tatbestandsmerkmale der Sittenwidrigkeit, des Schädigungsvorsatzes und der Kausalität erfüllt sind (vgl. BGH WM 1979 428, 429); denn es fehlt dann an dem erforderlichen Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeitszusammenhang.

#### 4. Die Haftung gegenüber demjenigen, über den eine Auskunft erteilt wird

98 Nicht nur derjenige, an den eine Auskunft erteilt wird, sondern auch derjenige, über den sie erteilt wird, kann einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Bank haben. Wegen der Unterschiedlichkeit der Anspruchsgrundlagen ist dabei wieder zwischen Kunden und Nichtkunden zu unterscheiden. Die **Haftung gegenüber dem Kunden** beruht auch insoweit in erster Linie auf der Geschäftsverbindung und den aus dieser folgenden **Ansprüchen wegen Schutzpflichtverletzung**. Daraus folgt vor allem, daß die Bank ihrem Kunden grundsätzlich jeden Schaden zu ersetzen hat, den dieser durch eine schuldhaft *unrichtige* Auskunft erleidet; denn aus Treu und Glauben ergibt sich mit Selbstverständlichkeit die Rechtspflicht, über einen Kunden nur richtige Auskünfte zu geben. Darüber hinaus kann die Bank ihrem Kunden aber auch bei Erteilung einer *richtigen* Auskunft Schadensersatzpflichtig werden, sofern sie durch diese ihre Verschwiegenheitspflicht verletzt hat (vgl. dazu eingehend oben Rdn. 56 ff). In beiden Fällen gelten die allgemeinen Regeln über Schutzpflichtverletzungen, so daß z. B. auch bloße Vermögensschäden zu ersetzen sind und § 278 BGB zur Anwendung kommt (vgl. oben Rdn. 15 ff). Die Geltendmachung seiner Ansprüche wird dem Kunden dadurch erleichtert, daß er u. U. einen Anspruch gegen die Bank auf Mitteilung der über ihn gegebenen Auskunft hat (vgl. OLG Karlsruhe WM 1971 486, 487 f), soweit darin nicht ein unzulässiger Ausforschungsbeweis liegt.

99 Daneben kann eine **Deliktshaftung** gegeben sein. Allein nach dieser richtet sich die **Haftung gegenüber dem Nichtkunden**. Gegen eine schuldhaft *unrichtige* Auskunft wird auch dieser in verhältnismäßig weitem Umfang geschützt, weil darin i. d. R. entweder ein Verstoß gegen § 824 BGB (vgl. auch BGH DB 1953 1031) oder ein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder die Verletzung eines Persönlichkeitsrechts liegt; allerdings wird die Haftung nicht selten an dem Entlastungsbeweis gemäß § 831 I 2 BGB scheitern. Gegenüber *richtigen* Auskünften ist der Schutz des Nichtkunden dagegen wesentlich schwächer. Hier haftet die Bank nämlich grund-

<sup>130</sup> Vgl. RG BankArch. 1929, 373, 374; JW 1933, 2513 m. Nachw.; BGH WM 1964, 1165 unter II; 1967, 1258 unter I 2 vor a; 1976, 498, 500.